

Laudo Arbitral

Empresa Nacional Minera Ltda. - Minercol Ltda.

v.

Drummond Ltda.

Septiembre 20 de 2001

Bogotá, D.C., 20 de septiembre de 2001

Agotado el trámite previsto en la ley y dentro de la oportunidad legal para hacerlo, se pronuncia en derecho el laudo que pone fin al proceso convocado por Empresa Nacional Minera Ltda., Minercol Ltda. (Minercol) contra Drummond Ltda. (Drummond), el cual se pronuncia en forma unánime por los árbitros que integran el tribunal, los doctores Sergio Rodríguez Azuero, quien lo preside, Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Rodrigo Llorente Martínez.

CAPÍTULO I

Antecedentes del trámite arbitral

Presentación y contestación de la demanda de Minercol contra Drummond. La solicitud de pruebas adicionales por parte de Minercol.

El 29 de marzo de 2000 por conducto del doctor Gilberto Peña Castrillón, apoderado especial constituido con tal fin, Minercol presentó ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá una convocatoria arbitral para que se dirimieran las diferencias que esta planteó contra Drummond relacionadas con el contrato 078 del 23 de agosto de 1988 y las modificaciones de las cuales ha sido objeto el mismo, negocio jurídico que vincula a las partes de este proceso.

Dicha convocatoria arbitral fue admitida mediante auto del 28 de abril de 2000, proferido por el director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, doctor Hernando Herrera Mercado.

En esa misma fecha y en nombre y representación de la parte convocada, el doctor José Miguel Linares Martínez se notificó personalmente del auto admisorio de la convocatoria arbitral.

Por medio de escrito radicado ante el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá el 15 de mayo de 2000, obrando dentro del término previsto en la ley para tal efecto, la parte convocada dio oportuna contestación a la demanda promovida en su contra. Lo hizo por conducto de su apoderado especial, el doctor José Vicente Guzmán Escobar.

De las excepciones de mérito propuestas contra la demanda se corrió traslado a la parte convocante en los términos del artículo 108 del Código de Procedimiento Civil, a partir del 24 de mayo de 2000.

Por medio de escrito presentado en forma oportuna, el 29 de mayo de 2000 el apoderado de Minercol solicitó que fueran tenidas como pruebas del proceso las facturas presentadas en desarrollo del negocio jurídico debatido en el mismo por parte de Minercol a Drummond, durante los años 1997, 1998 y 1999.

Hechos en los cuales se basan las pretensiones de la demanda. Su contestación

La parte convocante presentó los hechos sobre los cuales descansan las pretensiones que formuló en la demanda en la forma que a continuación se resume.

Hechos relacionados con los contratos debatidos en el proceso

1. Con el objeto de proveer a “la exploración hasta factibilidad, construcción, montaje y explotación” del proyecto carbonífero ubicado en los municipios de Chiriguaná, El Paso y La Jagua de Ibirico (departamento del Cesar) se

suscribió el contrato 078 de 1988 contenido en la escritura pública 2411 del 23 de agosto de 1988, entre Carbocol y Drummond.

2. Dicho contrato fue cedido con la anuencia de Drummond y el lleno de los requisitos legales por Carbocol a Ecocarbón. Dicha cesión quedó recogida en un convenio interadministrativo suscrito entre cedente y cesionaria el 9 de diciembre de 1993.

3. El contrato 078 de 1988 fue objeto de las siguientes modificaciones que interesan para los fines del proceso: i) La del 18 de agosto de 1993 (escritura pública 4142 de esa fecha), que es consecuencia del estudio de factibilidad aprobado por Carbocol que, al determinar un esquema de transporte diverso al definido en el contrato, conduce a la aplicación de la cláusula 23.3.2; ii) La modificación de esa misma fecha (escritura pública 4143) con la cual se incluyó a la sociedad American Port Company como subordinada de Drummond encargada del embarque en puerto del carbón; iii) La modificación del 16 de diciembre de 1993 (escritura pública 6564), ampliando los plazos del contrato 078 de 1988 para presentar “la información sobre infraestructura de transporte y la desagregación de costos” para definir la forma de calcular el flete presunto habida cuenta del nuevo esquema de transporte que resultó del ya citado estudio de factibilidad; iv) La modificación del 19 de mayo de 1994 (escritura pública 2890), por la cual se definen los precios FOB boca de mina y monto deducible (antes flete presunto), modificación esta última que se imponía como consecuencia de la aplicación de la cláusula 23.3.2 que se refiere a la necesidad de definir los valores del anexo 4 del contrato si varía el esquema de transporte.

4. Drummond y Ferrovías, a su turno, suscribieron un contrato operacional para el tránsito y transporte hasta de 10'000.000 de toneladas de carbón anuales por la llamada línea principal de Ferrovías. El carbón a transportar bajo este contrato es el mismo al cual se refiere el contrato 078.

5. El contrato suscrito entre Drummond y Ferrovías fue objeto de algunas modificaciones relevantes como las siguientes: i) La del 6 de junio de 1997 por la cual se establecieron nuevos valores para la tarifa básica por tonelada; ii) La del 3 de marzo de 1999 por medio de la cual se acordó un sistema de garantías para asegurar Ferrovías unos ingresos mínimos por el transporte de carbón de Drummond, se adoptaron una serie de ajustes por garantía y volúmenes y se acordó un promedio ponderado en dólares americanos y en pesos colombianos para la tarifa básica por tonelada; iii) El “acuerdo de garantía” del 19 de abril de 1999.

Hechos relativos a la evolución de las estipulaciones en las cuales se basa la reclamación de Minercol.

Están planteados en los numerales 6º y siguientes del escrito que contiene la convocatoria arbitral y se resumen así:

6. En el contrato 078 de 1988 las partes establecieron una regalía (cláusula 23) del “15% del precio FOB presuntivo en boca de mina por cada tonelada del proyecto vendida en cualquier momento y hasta finalizar el período de explotación...” (las negrillas son del texto original).

7. En la estipulación 23.3.1 de dicho contrato se definió el significado del precio FOB presuntivo en boca de mina por tonelada del proyecto como la resultante del “precio de venta FOBT promedio ponderado por tonelada, en dólares USA del Cerrejón Zona Norte y en puerto colombiano, para todas las toneladas de carbón del proyecto El Cerrejón zona norte vendidas durante dicho mes” a lo cual debía restarse “El flete presunto por tonelada del proyecto Drummond desde la boca de mina hasta el puerto, calculado de acuerdo con el anexo 4 del contrato donde se fija tanto el procedimiento para ello, como el conjunto de costos en los que incurriría Drummond para el transporte del carbón, y con el fin de determinar las regalías que debía pagar” (negrillas del texto original).

8. El precio de venta FOBT se encontraba definido en la cláusula 23.3.4 del citado contrato.

9. El término de flete presunto estaba igualmente definido en la cláusula 23.3.2 como “... un costo asociado al esquema básico de transporte desde la mina hasta el sitio de embarque para la exportación del carbón...” estando allí previstos los elementos a tomar en cuenta, siendo necesario, para su determinación, definir unos costos operacionales y otros no operacionales de transporte clasificados, según su origen, en pesos o en dólares.

10. La fórmula contractual puede sintetizarse en la expresión según la cual la regalía total es igual a la regalía por tonelada por el número de toneladas vendidas. Es claro, bajo el anterior esquema, que a menor flete presunto es

mayor la regalía por tonelada.

11. El flete presunto, según el texto de la propia cláusula 23.3.2, era revisable y ajustable según que el “... estudio de factibilidad determinare un esquema de infraestructura fundamentalmente distinto al descrito atrás...” debiendo revisarse y ajustarse “... al esquema de transporte y embarque definido en el estudio de factibilidad”.

12. Efectivamente la condición anteriormente reseñada se presentó en desarrollo del contrato 078 de 1988 pues el estudio de factibilidad que presentó Drummond arrojó una variación del esquema original de la infraestructura de transporte, lo que conllevaba ciertos cambios sobre la determinación del flete presunto, los cuales se dieron como a continuación se sintetiza.

i) La modificación del 18 de agosto de 1993. En razón de esta, se modificó la cláusula 23.3.2 del contrato original, asociando el flete presunto a un sistema de transporte por ferrocarril desde la mina hasta el puerto de carbón de Ciénaga de propiedad de American Port Company. Igualmente se determinó incluir en el contrato 078 “... todos los contratos que se realicen con terceros para el uso por Drummond de la infraestructura de propiedad de aquellos, junto con las bases de cálculo de las tarifas pactadas y su desagregación por elementos de costo y monedas de origen” (negrillas del texto original).

ii) La modificación del 16 de diciembre de 1993. Consiste en la modificación de los plazos de los cuales gozaba Drummond para presentar la información sobre la infraestructura de transporte y desagregación de costos, lo cual influye en la negociación del nuevo cálculo del flete presunto.

iii) La modificación del 24 de febrero de 1994. Esta se contrae a la formalización de la cesión de su posición contractual por parte de Carbocol a Ecocarbón así como a la ampliación del plazo para la negociación del flete presunto.

iv) La modificación del 19 de mayo de 1994. Por virtud de la misma los contratantes modificaron el término de flete presunto por el de monto deducible aclarándose que el mismo se mantendría igual durante la vigencia del contrato, “... salvo en el caso en que se disminuya la tarifa básica por tonelada que cobrará Ferrovías a Drummond”.

Parte de esta modificación también consiste en que la reducción de esa tarifa conlleva la del monto deducible, lo que directamente implicaría el aumento de las regalías pactadas a favor de Ecocarbón.

13. Como consecuencia de las modificaciones anteriormente mencionadas la determinación del monto deducible quedó afectada por las variables que a continuación se enuncian: monto deducible = combustible (pesos) + partes y suministros (dólares) + mano de obra (pesos) + tarifa de ferrocarril (dólares y pesos) + depreciación (dólares) + rendimiento sobre inversión (dólares).

14. Estos factores fueron cuantificados e incluidos en las tablas 4.1 y 4.2 del anexo 4 del contrato así como en el parágrafo segundo de dicho anexo “... para cuando se vendieran 6 millones de toneladas al año, o para cuando esa venta alcanzara 10 millones de toneladas al año”.

15. Para el caso de ventas hasta de 6 millones de toneladas, el monto deducible por tonelada, teniendo en cuenta la tasa de cambio a 31 de diciembre de 1991, ascendía a US\$ 17.580.

16. Para ventas iguales o superiores a 10 millones de toneladas, el monto deducible, calculado con la misma tasa de cambio, ascendía a US\$ 15.163.

17. Las partes estipularon que los valores acordados como base para determinar el monto deducible serían multiplicados por unos índices en dólares y otros en pesos con el fin de determinar mensualmente, durante toda la vigencia del contrato, la regalía pagadera periódicamente por Drummond a Minercol.

18. Los valores sometidos a actualizaciones fueron:

i) Valor del combustible: sometido al Índice de productos derivados del carbón y del petróleo.

ii) Partes y suministros: sometido al US Producer Price Index – Industrial Commodities.

iii) Mano de obra: sometido al Índice de mano de obra suministrado por el DANE según IPC nivel medio, ciudad de Barranquilla.

iv) Tarifa ferroviaria en pesos: sometida al promedio del IPC nacional del DANE.

v) Tarifa ferroviaria en dólares: sometida al United States All Items Consumer Price Index.

19. Entre Ferrovías y Drummond se suscribió un contrato operacional para el tránsito y transporte de hasta 10 millones de toneladas de carbón anuales por las líneas de la primera. Este instrumento hace referencia al mismo carbón al cual está afectado el contrato 078 de 1988 y fue objeto de modificaciones el 6 de junio de 1997, el 3 de marzo de 1999 y el 19 de abril del 1999.

20. En el citado contrato entre Ferrovías y Drummond se determinó la forma de calcular la tarifa férrea, a cuyo efecto se estableció una tarifa básica para las toneladas transportadas entre los años 1992 y 2001. La mencionada tarifa básica se obtiene de sumar unos valores en dólares de los Estados Unidos de América y en pesos colombianos según cifras de junio de 1991 acordadas en una tabla.

21. Conforme a la estipulación comentada los valores de la tabla se modifican según el volumen de toneladas anuales exportadas. Para aplicar sus valores en cada uno de los años entre 1992 y 2001, los mismos se ajustan de acuerdo con la inflación de los Estados Unidos de América o de Colombia según se trate de rubros en dólares de aquel país o en pesos de este.

22. Según el contrato Ferrovías Drummond, la tarifa básica por tonelada máxima que la primera cobrará a la segunda asciende a US\$ 2.00 y a \$ 1256.

23. Esta tarifa básica por tonelada es un componente del monto deducible según la modificación de mayo de 1994 del contrato entre Ecocarbón y Drummond.

24. En junio 6 de 1997 el contrato Drummond Ferrovías se modificó por primera vez. Esta modificación tuvo relación con el cambio de la tarifa básica por tonelada según se transportaran efectivamente al año menos de seis millones de toneladas o dicho transporte estuviera en el rango de seis a diez millones de toneladas. En esa misma modificación se variaron los índices de ajuste por inflación en dólares y pesos y se modificó la tabla 1 del anexo E estableciéndose una nueva tarifa básica por tonelada, quedando en US\$ 3.45 y \$ 1223 para el rango entre 0 y 6 millones de toneladas de carbón.

25. Por razón de la modificación sobre la cual se viene tratando, la tarifa básica disminuye y así se cumple con lo señalado en la cláusula 23.3.2, lo que conlleva a un mayor valor por regalías a liquidar, que favorece a Minercol y debe retrotraerse a mayo de 1997 ya que los nuevos valores base acordados corresponden a esa fecha.

26. Como consecuencia de lo anteriormente señalado, las regalías que Drummond debía reconocer a Minercol, previstas en el contrato 078 de 1988 y sus modificaciones pasaron a ser mayores a las que se venían reconociendo y pagando hasta el 6 de junio de 1997.

27. El contrato Drummond Ferrovías fue objeto de una segunda modificación el 3 de marzo de 1999. En virtud de tal modificación Drummond le garantizaba a Ferrovías un volumen mínimo de toneladas de carbón a transportar; la tarifa básica por tonelada se mantiene, no obstante se modifica la forma de utilizarla; igualmente se redujo la tarifa de acuerdo al rango de toneladas efectivamente transportadas, pero se mantienen los índices de ajuste por fecha.

28. Drummond se ha negado a reconocer el impacto económico que favorece a Minercol y que es consecuencia de las modificaciones introducidas al contrato Drummond Ferrovías en junio de 1997 y marzo de 1999.

29. Los mayores cobros a los cuales da lugar la aplicación de las modificaciones del contrato Drummond Ferrovías a favor de Minercol los ha rechazado Drummond.

30. Según lo estima la parte actora, el impacto económico de la primera modificación del contrato Drummond Ferrovías no es inferior a US\$ 4'500.000.

31. Si se tiene en cuenta la segunda modificación del contrato Drummond Ferrovías —es decir la de marzo de 1999— la cifra antes mencionada tiende a alcanzar la cantidad de US\$ 6'000.000.

La contestación de los hechos de la demanda

Es la que a continuación se resume.

1. Drummond aceptó como ciertos los hechos primero, segundo y cuarto.
2. Con respecto a lo expresado en el hecho tercero sobre las modificaciones de las cuales fue objeto el contrato 078 de 1988, Drummond las aceptó al contestar los hechos de la demanda, haciendo la salvedad en cuanto a que el restante contenido de los numerales del mismo corresponde a apreciaciones jurídicas de la parte demandante con respecto a las cuales se atendería a lo probado en el proceso.
3. Sobre lo afirmado en el hecho quinto, Drummond aceptó por conducto de su apoderado que el contrato operacional de transporte suscrito entre Ferrovías y Drummond fue objeto de las modificaciones mencionadas por la parte demandante, sobre cuyo alcance puntualizó algunos aspectos. Respecto de las restantes afirmaciones contenidas en dicho hecho, manifestó el apoderado de Drummond que no le constaban y por lo tanto se atendería a lo que resultara probado en el proceso.
4. Frente a los hechos sexto, séptimo, octavo y noveno de la demanda que versan sobre el contenido y alcance de las cláusulas de regalías y la forma de determinarlas, Drummond dijo atenerse al texto de las mismas y de sus modificaciones.
5. Con relación al décimo hecho de la demanda que resume la evolución contractual del concepto de flete presunto y la metodología para determinarlo, Drummond aceptó su veracidad y fue enfático al referirse al cumplimiento de la elaboración del estudio de factibilidad que le correspondía realizar de acuerdo con la cláusula 23.3.2 del contrato 078.
6. Negó que fuera cierto lo afirmado en el hecho número once sobre la fórmula de los elementos que confluyen a la determinación del monto deducible por tonelada de carbón transportada atribuyendo la proposición de Minercol a una interpretación jurídica más que a un hecho de la demanda.
7. Refiriéndose a los hechos duodécimo a décimo sexto sobre índices, parámetros de deducción, volúmenes y otros elementos relativos a la evolución del monto deducible, Drummond manifestó por conducto de su apoderado judicial que ninguno de los anteriormente mencionados era un hecho sino una interpretación jurídica de la parte actora, por lo cual se atendería al texto del anexo 4 del contrato 078 de 1988 tal como se encontraba concebido en la escritura pública en la cual quedó recogido dicho acuerdo de voluntades.
8. Admitió como cierto el hecho décimo séptimo referente a la celebración del contrato operacional de transporte entre Drummond y Ferrovías.
9. Señaló como cierto lo afirmado en el décimo octavo hecho de la demanda relativo a que el contrato entre Ferrovías y Drummond ciertamente establecía una forma de calcular la tarifa férrea pero sobre la diferencia entre la tarifa básica por tonelada y la tarifa efectiva por tonelada existen sensibles diferencias.
10. Aceptó como ciertos los valores mencionados en el hecho décimo noveno de la demanda sobre valor máximo por tarifa básica por tonelada en pesos y en dólares según el contrato Drummond Ferrovías.
11. Negó que fuera cierto lo afirmado en el hecho vigésimo de la demanda sobre la forma de determinar si se presentó o no una reducción de la tarifa básica por tonelada y negó que para su determinación fueran aplicables los índices de actualización previstos en el numeral 2.4 del anexo E del contrato sobre el cual se viene tratando.
12. Aceptó que el contrato Ferrovías Drummond hubiera sido objeto de la modificación del 6 de junio de 1997,

pero negó que los valores de indexación del numeral 2.4 del anexo E del contrato incidieran en la determinación de la tarifa básica por tonelada, por lo cual negó que la misma se hubiera reducido.

13. Aceptó lo atinente a la segunda modificación del contrato Ferrovías Drummond, que tuvo lugar el 3 de marzo de 1999, y se reafirmó en señalar que la tarifa básica por tonelada no disminuyó como consecuencia de tal modificación.

14. Aceptó que Drummond se hubiera negado a atender el pago que por mayores regalías le ha solicitado Minercol, pero aclaró que tal negativa tiene un soporte jurídico que sería demostrado en el curso del proceso.

15. Negó la veracidad de los hechos vigésimo quinto y vigésimo sexto de la demanda en los cuales Minercol se refirió al impacto económico del presunto desconocimiento de los efectos de las modificaciones de las cuales fue objeto el contrato Drummond Ferrovías por parte de la sociedad demandada.

Las pretensiones de la demanda de Minercol

Son las que a continuación se transcriben:

“Primera. Que existe, se encuentra vigente y en ejecución un contrato, identificado con el 078, que obra en la escritura 2.411 de la Notaría 20 del Círculo de Bogotá, suscrito originalmente entre Carbocol como parte estatal contratante y Drummond Limited como parte contratista, el día 23 de agosto de 1988, que tiene por objeto la exploración y explotación minera carbonífera en una zona del departamento del Cesar y que comprende la exploración, construcción y montaje para la extracción del mineral, así como la explotación. Esta última actividad comprende la extracción, el beneficio, el transporte y la comercialización.

“Segunda. Que como consecuencia de negocios jurídicos debidamente probados, Minercol Limitada es la sucesora de la parte estatal contratante, beneficiaria de unas determinadas regalías y participaciones en las utilidades obtenidas por Drummond Limited, todo ello de acuerdo con estipulaciones contractuales debidamente probadas.

“Tercera. Que el anterior contrato ha sido objeto de varias modificaciones entre las que se indican las fechadas los días (i) 18 de agosto de 1993, (ii) 16 de diciembre de 1993, (iii) 24 de febrero de 1994 y, (iv) 19 de mayo de 1994, o cualquiera otra que se pruebe.

“Cuarta. Que como parte de las contraprestaciones económicas (capítulo V del contrato a que se refieren las anteriores pretensiones), debe Drummond Limited pagar a Minercol Limitada, antes Ecocarbón, y antes Carbocol, una regalías determinadas, o en todo caso determinables, fijadas en ese mismo contrato en el quince por ciento (15%) del predio FOB boca de mina, el cual resulta, en resumen:

- De tomar el precio de venta FOB promedio ponderado por tonelada de carbón en dólares USA y en puerto colombiano, para todas las toneladas de carbón del proyecto El Cerrejón zona norte vendidas durante el mes de que se trate.
- Y a la anterior suma restante el denominado monto deducible, el que corresponde, se deriva o está vinculado al esquema de transporte de carbón en ferrocarril (contrato de Drummond Limited con Ferrovías) y al embarque de carbón.

“O de acuerdo con lo que se acredite en el proceso.

“Quinta. Que existe entre Drummond Limited y Ferrovías un “Contrato operacional para transporte privado” suscrito el día 13 de septiembre de 1991, modificado dos veces (6 de junio de 1997 y 3 de marzo de 1999), o las veces que se pruebe del que se toma el factor o ítem identificado como la tarifa básica por transporte de tonelada de carbón que cobra Ferrovías a Drummond Limited, factor o ítem que a su vez constituye uno de los elementos determinantes del denominado monto deducible, de tal manera que si el valor de la tarifa básica por transporte de tonelada de carbón disminuye a favor de Drummond Limited, igualmente disminuye el denominado monto deducible, y aumenta el valor de la regalía que debe pagar Drummond Limited a Minercol Limitada, antes Ecocarbón, antes Carbocol.

“Sexta. Que por causa de las modificaciones que introdujeron Ferrovías y Drummond Limited el 6 de junio de 1997 al contrato “Operacional de transporte privado” a que se refiere la quinta pretensión se disminuyó la tarifa básica por transporte de tonelada de carbón, a favor de Drummond Limited, razón por la cual ello implicó, a partir de ese momento, una disminución en el denominado monto deducible, en cuanto factor de liquidación de las regalías que debe pagar periódicamente Drummond Limited a Minercol Limitada, en la cuantía, niveles o porcentajes que se demuestren en este proceso.

“Séptima. Que como consecuencia de lo anterior, a partir de la modificación el 6 de junio de 1997 efectuada al “Contrato operacional de transporte privado” indicando en las pretensiones anteriores, Drummond Limited ha debido pagar un monto dinerario mayor, a título de regalías, del que venía pagando a Minercol Ltda. (antes Ecocarbón) hasta el momento de aquella modificación (6 de junio de 1997).

“Octava. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones debe Drummond Limited pagar a Minercol Limitada, en el término que señale el laudo arbitral, el mayor valor de las regalías que resultan de todo lo anterior y que Drummond Limited ha dejado de pagar a partir de junio de 1997 y hasta la fecha del laudo arbitral, bien en las cuantías que Minercol Ltda., o antes Ecocarbón, ha venido facturando mes a mes a cargo de Drummond Limited y esta ha dejado de pagar por esa vía de cobro, y no lo ha hecho por ninguna otra hasta el momento de la presentación de esta demanda, o en las cuantías periódicas y totales que se demuestren en este proceso.

“Novena. Las regalías constitutivas de la condena anterior deben adicionarse con intereses moratorios de conformidad con lo previsto en el contrato a que se refieren las cuatro primeras pretensiones, y se utilizará la tasa que hubieren acordado las partes, o la que corresponda legalmente, o la que encuentre aplicable el honorable tribunal.

“Novena. Subsidiaria. En subsidio de lo anterior, esto es, si el honorable tribunal no encontrare aplicable el interés moratorio que se solicita en la pretensión novena principal, las sumas que deba pagar Drummond Limited a Minercol Limitada, a título de las regalías que se reclaman en este proceso, se actualizarán con el índice de precios al consumidor que se acredite para el período pertinente, o con cualquier otro índice que corresponda legalmente o que encuentre aplicable el honorable tribunal.

“Décima. Se condenará en costas a la parte demandada”.

Pronunciamiento sobre las pretensiones de la demanda principal y excepciones de mérito propuestas por Drummond.

En su escrito de contestación a la demanda, el apoderado judicial de Drummond manifestó expresamente que en consideración al contenido y alcance de la cláusula cuarta del compromiso que dio lugar al presente proceso, la cual delimita la materia arbitrable, el tribunal debía abstenerse de pronunciarse sobre las pretensiones primera a quinta de la demanda.

En el capítulo III del escrito de contestación a la demanda denominado “falta de competencia del tribunal de arbitramento”, el apoderado judicial de Drummond expuso detalladamente las razones que en su opinión le impedían al tribunal declararse con competencia para desatar las pretensiones primera a quinta de la demanda de Minercol.

El doctor Guzmán Escobar se pronunció sobre la totalidad de las pretensiones de Minercol, reiterando y ampliando lo afirmado con respecto a las pretensiones primera a quinta y oponiéndose a las restantes.

Como excepciones de mérito tendientes a enervar las pretensiones de la demanda principal, (capítulo IV de la contestación a la demanda) propuso las que denominó así: “Inexistencia del derecho invocado por Minercol”; “Indebida modificación del contrato 078 de 1988”; “Enriquecimiento sin causa a favor del Estado”, y; “Excepción genérica”.

Igualmente, el apoderado judicial de Drummond, en el capítulo V de su escrito de contestación a la demanda se opuso a que el tribunal accediera a algunas de las preguntas contenidas en el cuestionario formulado por el apoderado judicial de Minercol a los peritos cuya designación solicitó la parte convocante.

La demanda y su contestación. El pronunciamiento sobre las excepciones de mérito propuestas por Drummond al contestar la demanda.

Minercol no reformó su demanda dentro de la oportunidad legal prevista en la ley con tal fin. Contestada como fue en tiempo la convocatoria por parte de Drummond, Minercol se pronunció sobre las excepciones de mérito propuestas y aportó pruebas documentales adicionales, las cuales fueron tenidas como tales oportunamente por el tribunal.

La fase prearbitral. Audiencias y trámite de la misma.

Por medio de auto del 31 de mayo de 2000 se fijó como fecha para que tuviera lugar la audiencia de conciliación de la fase prearbitral el día 22 de junio de ese año a las 2:30 p.m.

La mencionada providencia del director del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, fue explícita en señalar que, de fracasar la etapa conciliatoria del proceso, se realizaría inmediatamente la audiencia de designación de árbitros.

En esa fecha y hora se hicieron presentes los apoderados de las partes y sus representantes legales, así: por parte de Minercol, asistió a la audiencia la doctora María Inés Castro de Ariza como representante legal de esa entidad y su apoderado el doctor Peña Castrillón; en representación de Drummond tomaron parte en la audiencia el doctor José Miguel Linares Martínez, representante legal de la convocada, y su apoderado, el doctor José Vicente Guzmán Escobar.

Habiendo quedado clara en esa diligencia la imposibilidad de llegar a un acuerdo que pudiera poner fin al proceso, en el curso de la misma y para que tuviera el alcance de una conciliación parcial las partes convinieron en modificar el párrafo primero de la cláusula cuarta del pacto arbitral celebrado por ellas el 18 de mayo de 1999, relativo a la materia arbitrable de la cual debía conocer el tribunal, ampliándola para que se extendiera hasta contemplar la segunda modificación de la cual fue objeto el contrato Drummond Ferrovías que se presentó el 3 de marzo de 1999.

En esa misma audiencia la parte convocante hizo la expresa manifestación sobre la suma en la cual apreciaba la cuantía del proceso, estimándola en trece mil millones de pesos colombianos (\$13.000'000.000), manifestación sobre la cual se declaró enterada la convocada.

Con respecto a la designación de árbitros, manifestaron las partes que dentro de los 15 días siguientes al de la audiencia del 22 de junio de 2000, procederían a designar de común acuerdo a los mismos (principales y suplentes) y que dentro de un lapso allegarían las cartas de aceptación de quienes aceptaran tal encargo.

Según consta en el expediente entre folios 83 a 87 del cuaderno principal, los tres árbitros que integran este tribunal aceptaron en forma oportuna la designación de que fueron objeto por común acuerdo entre Minercol y Drummond, la cual les fue comunicada el 29 de junio de 2000 por medio de comunicación suscrita conjuntamente por los apoderados de estas.

Surtido el trámite anterior, por medio de auto del 26 de julio de 2000, se fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia de instalación del tribunal el día 2 de agosto de 2000 a las 10:00 a.m.

En dicha fecha y hora se reunieron los árbitros designados por las partes así como los apoderados judiciales de las mismas en presencia del doctor Andrés Fernando Torres Martínez, funcionario del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien actuó como secretario *ad hoc* de la audiencia de instalación del tribunal.

En el curso de la misma fue designado como presidente del tribunal el doctor Sergio Rodríguez Azuero y como secretario del mismo Juan Pablo Riveros Lara.

Los apoderados solicitaron conjuntamente la suspensión del trámite hasta el día 4 de septiembre de 2000, a lo cual se accedió por parte del tribunal.

Igualmente y por medio del auto 1 del tribunal, se fijaron los gastos del proceso y los honorarios de sus integrantes, providencia que no fue objeto de ningún recurso.

Por medio de memorial del 15 de septiembre de 2000, suscrito conjuntamente por los apoderados, se solicitó una suspensión adicional del proceso hasta el día 26 de septiembre inclusive.

El 13 de octubre de 2000 sesionó el tribunal sin la presencia de las partes. En esa fecha el secretario tomó posesión ante los árbitros; el presidente informó que las partes le habían hecho entrega oportuna de las sumas a cargo de cada una de ellas y en consecuencia, por medio de auto 2 de esa fecha, se fijó para que tuviera lugar la primera audiencia del trámite el día 24 de octubre de 2000 a las 2:30 p.m.

CAPÍTULO II

El trámite arbitral

Se inició con la primera audiencia del trámite que tuvo lugar el 24 de octubre de 2000.

En el curso de la misma el tribunal, previa lectura y análisis del compromiso suscrito entre Drummond y Minercol tanto en su versión original como en la forma como fue modificado en la audiencia de conciliación de la fase prearbitral, se declaró con competencia para conocer y decidir el proceso, según auto 3 que no fue objeto de ningún recurso.

Por medio del auto 4 de esa misma fecha, fueron decretadas las pruebas del proceso según se resume a continuación:

De las solicitadas por la parte convocante, fueron decretadas y practicadas: el interrogatorio de parte del representante legal de Drummond; las documentales aportadas junto con la demanda y con el escrito por medio del cual el apoderado de Minercol se pronunció sobre las excepciones de mérito propuestas por Drummond; las documentales producidas mediante oficios librados a terceros, a saber: el DANE, la Superintendencia Bancaria y el Ministerio de Minas y Energía, hecha la salvedad de que esta última prueba fue legal y oportunamente desistida por el apoderado de Minercol; los testimonios, que se verificaron, habiendo concurrido a deponer ante el tribunal las siguientes personas como testigos de Minercol: María Isabel Díaz de Castilla, Jairo Bernal Lozano y Ruthy Paola Ortiz; el dictamen pericial que fue solicitado como concomitante con una inspección judicial con exhibición de documentos en las instalaciones de Drummond, hecha en este caso la salvedad de que el tribunal se abstuvo en su momento y a lo largo del proceso de decretarla, pues tal como se afirmó en la primera audiencia del trámite, esta solo se decretaría en la medida en que se juzgara necesaria para esclarecer los hechos debatidos en el proceso, necesidad que el tribunal no consideró a lo largo del debate probatorio.

Con respecto al dictamen pericial, no obstante que en la primera audiencia de trámite se dispuso que el mismo fuera rendido por los doctores Hernán Pérez de Brigard y Moisés Rubinstein, las partes, obrando de común acuerdo y haciendo uso de la facultad legal que les está reconocida en las normas vigentes, hicieron recaer ese nombramiento en los doctores Germán del Corral y Aurelio Martínez Canabal, quienes la practicaron e hicieron llegar al proceso en forma oportuna en las dos ocasiones que se les solicitó su concurso, esto es, para rendir el experticio y para aclarar y complementarlo según les fue solicitado por los apoderados de las dos partes.

En el caso de la solicitud de pruebas de la parte convocada, esta se cumplió en el curso del proceso así: el interrogatorio de parte del representante legal de Minercol fue absuelto por la doctora María Inés Castro de Ariza; los testimonios del ingeniero Sergio Sarmiento y del doctor José Miguel Linares también se llevaron a cabo, haciéndose necesario repetir el del primero de los citados ante las dificultades técnicas ocurridas con la transcripción de su versión inicial; la prueba documental aportada junto con la contestación de la demanda, que reposa en el expediente en su totalidad, y el dictamen pericial junto con una inspección judicial con exhibición de documentos, medio de prueba con relación al cual son predicables las mismas observaciones hechas anteriormente al evaluar la iniciativa probatoria de la parte convocante al proceso sobre ese particular.

El trámite se desarrolló en veintitrés audiencias durante las cuales se evacuaron las pruebas decretadas, salvo las que oportuna y regularmente fueron desistidas por las partes.

El dictamen pericial contable y financiero fue objeto de solicitud de aclaraciones y complementaciones a iniciativa de los mandatarios judiciales de las dos partes.

El mismo fue objetado por error grave por parte del apoderado de Drummond, punto sobre el cual el tribunal se pronunciará en el capítulo IV de este laudo arbitral.

El término del proceso

La primera audiencia de trámite terminó el 24 de octubre de 2000. Implica lo anterior que el término del proceso inicialmente se extendía hasta el día 24 de abril de 2001.

No obstante lo anterior, durante la fase arbitral el proceso fue suspendido por solicitud conjunta de los apoderados que el tribunal aceptó, en las siguientes oportunidades: entre el 13 de diciembre de 2000 y el 23 de enero de 2001 por el término de 42 días calendario; entre el 9 y el 13 de marzo de 2001, es decir, 15 días calendario; entre el 2 y el 20 de mayo de 2001 por espacio de 19 días calendario y entre el 21 y el 28 de los mismos mes y año durante 8 días calendario.

Toda vez que las solicitudes de suspensión del proceso obedecen a la iniciativa de las partes, de ellas puede predicarse su origen convencional. Por tal razón y de acuerdo con el artículo 829 del Código de Comercio, los días durante los cuales transcurrieron las suspensiones habrán de sumarse al término inicial del proceso, que había de verificarse originalmente el 24 de abril del presente año.

Así las cosas, 84 días calendario contados después del 24 de abril de 2001 se extienden hasta el 18 de julio del presente año.

Adicionalmente los apoderados, encontrándose expresamente facultados para proceder de conformidad, por medio de memorial conjunto del 13 de junio de 2001, solicitaron la prórroga del proceso por tres meses adicionales al de la fecha de expiración del término del mismo.

En consecuencia, se encuentra el tribunal dentro del término previsto en la ley para proferir el laudo arbitral que ponga fin al proceso, como quiera que el mismo se extiende, conforme al anterior recuento, hasta el 18 de octubre del presente año.

La intervención de la Procuraduría General de la Nación en el proceso

Conforme a la ley, la Procuraduría General de la Nación fue notificada del auto que fijó fecha para la primera audiencia del trámite así como de la providencia que fijó fecha y hora para la audiencia de laudo.

CAPÍTULO III

Presupuestos procesales

El tribunal los encuentra reunidos a cabalidad y no observa que en el trámite del proceso se haya presentado causal de nulidad alguna capaz de invalidar en todo o en parte lo actuado.

Por tal motivo se procede a desatar el proceso en los términos contenidos en los capítulos siguientes.

CAPÍTULO IV

Consideraciones del tribunal

1. Objeciones por error grave al dictamen pericial.

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el señor apoderado de Drummond Limited objetó por error grave el dictamen rendido por los señores peritos del Corral y Martínez Canabal. Seis reproches se le hicieron al trabajo pericial así: Por equivocación “en la definición del concepto de ‘tarifa básica por tonelada’ en el contrato operacional de transporte privado férreo suscrito entre Ferrovías y Drummond”; por equivocación en las conclusiones del dictamen debidas a “confusión entre el ‘monto final de la remuneración’ por el transporte férreo

del carbón y la ‘tarifa básica por tonelada’ aplicable a dicho transporte, en el contrato operacional de transporte privado férreo suscrito entre Ferrovías y Drummond”; por equivocación en las conclusiones del dictamen debidas a “confusión entre el concepto de ‘tarifa ferroviaria’ y el concepto de ‘costo del transporte ferroviario’ como elemento del monto deducible en el contrato 078/88, modificado por la escritura pública 2890 de 1994”; por “equivocada conclusión acerca del carácter presunto de los elementos que integran el monto deducible en el contrato 078/88”; “por aplicación de la fórmula de indexación del “contrato operacional de transporte privado” suscrito entre Ferrovías y Drummond al cálculo del monto deducible en el contrato 078/88”, y, finalmente, por equivocación “en los cálculos de las sumas que arrojarían las diferencias en el cálculo del monto deducible”.

De su lado, también oportunamente, el señor apoderado de Minercol le solicitó al tribunal rechazar de plano la objeción, dado que, a su juicio, ninguno de los cargos que se le formulan al dictamen constituye un error grave.

Por supuesto, para el tribunal no cabe duda acerca de que la ley les concede, en efecto, a las partes de un proceso, dentro de la conveniente y sana facultad de contradecir el dictamen que rindan los peritos, el derecho final de objetarlo por error grave.

Curiosa pero a la vez explicablemente, esta figura de la objeción por error grave, con todo y que entre nosotros se remonta al estatuto procesal anterior a la Ley 105 de 1931 —si bien en aquel con la denominación primigenia de error esencial—, no ha logrado alcanzar aún entre nosotros el nivel pacífico de precisión conceptual que ciertamente fuera de desear. Porque la verdad es que, a pesar del tiempo transcurrido y de la mucha agua que en esta materia ha corrido por debajo del puente, la idea del error grave —a primera vista sencilla— no le es uniformemente aplicable a la totalidad de las consideraciones, de los asertos y de las conclusiones de que de ordinario se compone un dictamen pericial. Ello explica las dificultades que casi sin excepción se plantean en los debates procesales cuando quiera que se formula una de tales objeciones. Automáticamente surge, tanto para las partes como para el juez —o los árbitros en su caso— el predicamento de adentrarse en un complejo proceso de juicio que en principio habría de orientarse a determinar el mayor o el menor nivel de gradación que en frente de cada una de esas consideraciones, de esos asertos y de esas conclusiones corresponde darles al sustantivo “error” y al adjetivo “grave”. Obviamente, ese no puede ser el caso.

El planteamiento de una objeción por error grave, y naturalmente el examen que de ella se haga, por fuerza deben hacerse solo y siempre con referencia al llamado “*thema probandum*” en su conjunto, y con miras a buscar que la formación de la certeza jurídica del juez y los juicios de valor definitivos que le incumben, no vayan a desviarse de la verdad o a verse negativamente afectados por obra de una insuperable equivocación de los peritos en uno de los puntos en los que su dicho será base de esa certeza y de esos juicios de valor.

Por ello, esa especie de prueba ácida que se le hace al dictamen con la objeción por error grave, obligatoriamente implica la necesidad de colocarlo y sopesarlo siempre dentro del conjunto de los demás medios de prueba con los que se cuenta, y ciertamente no sobre la base de aislarlo en un laboratorio para examinarlo, estérilmente, solo con referencia a sí mismo.

Ahora bien, en el caso concreto que ocupa al tribunal, es evidente que, con el propósito de absolver tan comprensivamente como fuera posible la suma de cuestiones que les fueron planteadas, los señores peritos se adentraron a fondo en el estudio de los contratos de concesión entre Drummond y Minercol y operacional entre aquella y Ferrovías. Y es evidente también que, con encomiable empeño, se dedicaron a establecer y a precisar el cabal entendimiento que corresponde hacer de sus términos, de sus cláusulas y de su todo. Para ello, a petición de las partes, explicaron conceptos, aportaron luces y enriquecieron con sus conocimientos y con su experiencia la lectura de unos contratos altamente especializados y técnicos.

Pero, en la medida en que su propia valoración personal los condujo a formarse y a expresar apenas opiniones —que no juicios— en torno de conceptos de la propia hermenéutica contractual tales como los relativos a “tarifa básica por tonelada”, “monto final de remuneración por el transporte férreo de carbón”, “tarifa ferroviaria”, “costo del transporte ferroviario”, “monto deducible”, también es evidente que con sus ideas en ningún momento contravinieron la naturaleza de las cosas o contrariaron la verdad, que son los presupuestos ontológicos básicos del error.

Sobre esos conceptos y sobre la precisión de su sentido, de su alcance y de sus consecuencias, la única opinión verdaderamente relevante será por supuesto la que se ha formado el tribunal, y adelante expresará con todas las consecuencias que de ella habrán de desprenderse.

Como bien lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, “cuando la tacha de error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente, la norma legal, y por lo mismo, es inadmisibles para el juzgador que al considerarla, entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Junio 13 de 1957. Gaceta Judicial 2183. Pág. 604 y 605). Y para el efecto poco importa que esa decisión definitiva, que naturalmente se pronunciará en este mismo laudo, apenas esté separada de las consideraciones que se hacen en este capítulo por unos pocos renglones.

Así pues, el tribunal desechará la objeción por error grave formulada respecto del dictamen pericial, y se reserva para el momento y lugar que corresponden, en los capítulos que siguen, la expresión de su propio criterio sobre los puntos en cuestión y sobre el valor que en relación con los mismos habrá de darle a las opiniones, las afirmaciones y las conclusiones del dictamen pericial.

2. Excepciones propuestas por la demandada.

En su escrito de contestación de la demanda, el señor apoderado de Drummond Limited se allanó a las cinco primeras pretensiones de la demanda —a condición de que el tribunal hubiera declarado previamente su competencia en relación con ellas—, se opuso a las cinco restantes, y propuso, además, cuatro excepciones de mérito que, de acuerdo con la ley, el tribunal debe abordar en primer término a la hora de las decisiones de fondo que le incumbe adoptar en el presente laudo.

Tales excepciones consisten, de acuerdo con dicho escrito, en la inexistencia del derecho invocado por la demandante, en la indebida modificación del contrato 078 de 1988, en el enriquecimiento sin causa a favor del Estado y, finalmente, en la que ha dado en llamarse “la excepción genérica”.

2.1. La inexistencia del derecho invocado por la demandante.

Esta excepción se dice consistir en que la demandante interpretó equivocadamente el sentido y el alcance de las estipulaciones del contrato entre Drummond y Ferrovías que definen el esquema tarifario del mismo, y al hacerlo entendió, también equivocadamente, que los hechos y circunstancias que en realidad habían producido un aumento en el valor de “la tarifa básica por tonelada”, lo que habían hecho era disminuirlo.

Así las cosas, se agrega, con esa interpretación y entendimiento equivocados de algunas de las estipulaciones del contrato 078 de 1988, se confundieron conceptos que son distintos entre sí, y en particular los de tarifa básica por tonelada, tarifa reajustada por tonelada y tarifa efectiva por tonelada.

Esta conclusión dio lugar, se concluye, a que a través del presente proceso Minercol hubiera acudido a la justicia arbitral en demanda de la efectividad de un derecho del que ciertamente carece. Porque si las citadas tres nociones de tarifa son distintas, y si en realidad ocurrió, como se dijo, que la tarifa básica por tonelada aumentó en vez de reducirse, mal podía entonces reclamar Minercol el mayor valor de las regalías pactadas en su contrato de concesión con Drummond para la hipótesis de una reducción de esa tarifa.

Por su parte, la demandante se ha opuesto a esta excepción, afirmando, en su alegato de conclusión, que ha sido Drummond quien ha equivocado su interpretación de las cláusulas contractuales relativas al esquema tarifario en cuestión, y que así lo han demostrado suficientemente las pruebas aportadas al proceso y las practicadas dentro de él.

El tribunal considera que aunque es verdad de a puño que la inexistencia del derecho cuya efectividad pretende el actor en un proceso ordinario, normalmente constituye una de aquellas circunstancias que dan lugar a que el demandado proponga en su defensa una excepción de mérito, otro muy distinto es el caso en el que la pretensión

fundamental del demandante consiste precisamente en pedir que se declare la existencia de tal derecho. Porque en este evento, la negación que de ese derecho —o de la obligación correlativa— haga el demandado no es una circunstancia exceptiva, como que constituye parte del núcleo del proceso.

En tal virtud, el debate correspondiente, relativo entonces a la existencia o no del derecho en cuestión —y no tan solo a su efectividad— constituye por fuerza el centro de gravedad del debate. Lo propio ocurre con su decisión. Por ello, en estricto rigor y con toda lógica, ni aquel ni esta pueden precipitarse en el marco de suyo estrecho de una excepción, como que corresponden al escenario central de proceso. Como bien lo ha dicho en su obra el profesor Hernando Morales, en un proceso declarativo la llamada inexistencia de la obligación no es excepción. (Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General. Undécima Edición. Editorial ABC. Bogotá 1996).

Eso es exactamente lo que ocurre en el caso de autos. En él, el demandante no partió del supuesto de la existencia de un derecho, para apenas demandar su efectividad. En cambio, comenzó por pedir que se declare tal derecho, a partir de la consideración de que se han dado los supuestos de hecho que habrían de configurarlo.

Afirmó en efecto Minercol que se dio la condición prevista en el contrato de concesión para que hubiera de operar un aumento en las regalías a cargo de Drummond, consistente en una reducción de la tarifa básica de transporte de carbón que Ferrovías le cobra a Drummond por virtud del contrato operacional celebrado entre ellas. Y pidió, en consecuencia, que se declare que esa circunstancia dio lugar, desde cuando ocurrió, es decir, con ocasión de la primera modificación que se le introdujo a dicho contrato de transporte, al derecho a su favor de cobrar esa mayor regalía, lo mismo que a la correlativa obligación de Drummond de pagarla. Y a ello respondió Drummond, afirmando, para comenzar, que no es cierto que la reforma al contrato operacional hubiera determinado una disminución de la tarifa básica de transporte que cobra Ferrovías, y dado lugar por ende, a un aumento en el valor de las regalías del contrato de concesión. A su juicio, una cosa es la noción de tarifa básica por tonelada, y otra muy distinta las de tarifa reajustada y tarifa efectiva. Por ende, si bien es verdad, como lo reconoce, que estas últimas pudieron haber sufrido una disminución, aquella por el contrario, aumentó con ocasión de la reforma del contrato. Y si tal es el caso, Minercol carece por entero del derecho que reclama.

En esas condiciones, la postura —por demás válida y legítima— de la demandada en el sentido de afirmar en su defensa que ese derecho no existe y que por tanto se opone a que el tribunal lo declare o a que se disponga su efectividad, es parte de la esencia misma del proceso y por supuesto no un asunto meramente colateral a él. Drummond Limited no está pues “atacando el fondo de derecho ejercitado, mediante la alegación de hechos impeditivos o extintivos que traten de enervarla, es decir excepcionando”⁽¹⁾, sino simplemente negando el derecho alegado por Minercol.

Por ende, la petición de la demandada relativa a la declaración de la inexistencia del derecho que invoca Minercol, en cuanto forma parte de la columna vertebral del proceso, debe resolverse entonces con el fondo del mismo y no por la vía de una excepción. Así procederá a hacerlo el tribunal.

2.2. La indebida modificación del contrato 078 de 1988.

De acuerdo con la demandada, esta excepción consiste en que según el contrato entre Minercol y Drummond Limited solo una disminución en el concepto específico de “tarifa básica por tonelada” definido en él podía determinar una reducción del monto deducible del valor de las regalías por la concesión. Y como quiera que, a su juicio, la demandante pretende que a ese concepto de la tarifa básica por tonelada se le apliquen unas fórmulas de indexación que son ajenas al contrato entre las partes, como que pertenecen exclusivamente a la órbita del contrato operacional celebrado entre Drummond Limited y Ferrovías, ello acarrearía una inadmisibles modificación a las estipulaciones propias del contrato de concesión.

A esta excepción se opuso así mismo la demandante, especialmente para sostener que la postura de la demandada no corresponde a una cabal interpretación de las cláusulas de la convención celebrada entre Minercol y Drummond Limited.

A juicio del tribunal, el tema de esta excepción es de nuevo el tema de fondo del presente proceso. Al menos de una parte apreciable del mismo. El toca con la noción contractual de la “tarifa básica de transporte por tonelada de

carbón”; con la identidad o la diferencia que puede existir entre ella y la idea de una “tarifa efectiva por tonelada”; con el punto fundamental de si le asiste razón o no a la demandante cuando reclama el derecho a un mayor valor en las regalías como consecuencia de una reducción en el “monto deducible por tonelada” a la que hubiera dado lugar una disminución en la “tarifa básica de transporte por tonelada que cobra Ferrovías”.

Por lo tanto, tampoco se trata propiamente de la afirmación de hechos impositivos del derecho que invoca la demandante sino de la rotunda negación de la existencia de este. En consecuencia, su análisis y decisión se involucrarán con los del fondo mismo del proceso.

2.3. El enriquecimiento sin causa a favor del Estado.

La demandada hace consistir esta excepción en su apreciación en el sentido de que, de accederse a los postulados y a las pretensiones planteados por el demandante, se produciría un enriquecimiento sin causa a favor del Estado, ya que Minercol lograría obtener un mayor valor por concepto de regalías al cual no tiene derecho.

A esta excepción se opuso igualmente la demandante.

Por definición, las excepciones son ante todo afirmaciones de hechos que producen el efecto de enervar el derecho que reclama el demandante. Siendo así, para el tribunal resulta incontestable que tales hechos han de ser, también por definición, anteriores a la demanda y ciertamente no posteriores al proceso o consecuencia de lo que en él se decida. Tal es incluso el caso del tipo especial de excepciones llamadas “perentorias temporales” que son aquellas que se oponen al ejercicio de un derecho antes de tiempo. Porque aún en ellas el hecho que les sirve de base es el de que el derecho reclamado no ha nacido o está pendiente.

Como bien ha dicho la Corte Suprema de Justicia, “la excepción perentoria, cualquiera que sea su naturaleza, representa un verdadero contraderecho del demandado, preexistente al proceso y susceptible de ser reclamado generalmente a su vez como acción” (Cas. Gaceta Judicial LIX, pág. 406) (el subrayado es del tribunal).

Si se tiene en cuenta que los pretendidos hechos que soportan la excepción que se analiza no han tenido lugar, y de llegar a ocurrir, solo vendrían a tener lugar después de concluir el presente proceso arbitral y como consecuencia de una decisión que en él se adoptare, resulta evidente que ellos mal podían dar lugar a la proposición de una excepción perentoria.

2.4. La excepción genérica.

La demandada propuso esta especie de excepción, de modo residual, para el hipotético evento de que alguna otra “llegare a demostrarse en el curso del presente proceso arbitral, conforme lo prevé el artículo 306 del Código de Procedimiento Civil”. Ningún hecho se afirmó o se insinuó si quiera a modo de fundamento.

Así las cosas, como también lo ha dicho la Corte, “cuando el demandado dice que excepciona, pero limitándose a denominar más o menos caprichosamente la presunta excepción, sin traer al debate hechos que le den sentido y contenido a esa denominación, no está en realidad oponiendo excepción ninguna, ...ni por lo mismo colocando al juez en la obligación de hacer pronunciamiento alguno al respecto” (Cas. Gaceta judicial CXXX, pág. 19).

Además, la disposición invocada por la demandada no hace referencia a las excepciones que puede proponer quien se defiende, sino a las que tiene el deber de reconocer oficiosamente —que no a petición de parte— el juez, en el evento de hallar probados los hechos que pudieran dar lugar a alguna de ellas.

3. El alcance del pronunciamiento del tribunal.

3.1. Comienza el tribunal por definir cuál es el alcance de su pronunciamiento, sobre la base de considerar que él debe limitarse a los efectos resultantes de la primera modificación introducida, en septiembre de 1997, al contrato operacional a que se refiere la escritura 4476 de 1991 y hasta que se introdujo la segunda modificación en marzo 3 de 1999.

Significa lo anterior que el tribunal no se ocupará de los efectos producidos por la segunda modificación, por las razones que enseguida se mencionan.

3.2. En primer término, porque las pretensiones sexta, séptima y octava de la demanda presentada por Minercol se refieren, exclusivamente, al pronunciamiento que debe hacer este tribunal respecto a los efectos de la modificación introducida el 6 de junio de 1997 al contrato operacional (conocido como la primera modificación) y, naturalmente, en su relación con el “monto deducible”, consagrado en la escritura 2890 de 1994, donde con esta expresión se sustituyó la referencia al “flete presunto” que consagraba la escritura 2411 de 1988.

3.3. Tal pretensión no solo se formula en estos términos sino que se reitera en el alegato de conclusión del señor apoderado de Minercol, en el cual se incluye capítulo especial bajo el acápite “Análisis contextual de las pretensiones” en el cual reitera que, lamentablemente, por circunstancias particulares, no fue posible incluir en la demanda el acuerdo a que se llegó en la audiencia de conciliación, de extender el alcance del pacto arbitral a los efectos derivados de la segunda modificación, lo que —dice el memorialista— podrá hacerse en el futuro o evitarse si el resultado del proceso da base para que, con soporte en el mismo, pueda llegarse a un acuerdo entre las partes.

En forma inequívoca el señor apoderado reitera que “... las pretensiones de Minercol quedan restringidas a lo que se decida —cualitativa y cuantitativamente— respecto de las consecuencias de la denominada primera modificación al contrato operacional de transporte ...”.

3.4. En ese sentido coincide el alegato de conclusión del señor apoderado de Drummond que expresamente invoca como soporte de la competencia el texto del pacto arbitral inicialmente convenido, esto es, el celebrado el 18 de mayo de 1999, y no se refiere para nada al sustitutivo que fue objeto del acuerdo del que se dejó constancia en la audiencia de conciliación celebrada el 22 de junio de 2000.

3.5. Resulta claro para el tribunal que el señor apoderado de Minercol hubiese podido, dentro de las previsiones a que se refiere el aparte final del numeral 1º del artículo 89 del Código de Procedimiento Civil, modificar su demanda antes de que quedase en firme el auto que decretó de las pruebas, para incluir dentro de las pretensiones aquellas que se refiriesen a los efectos derivados de la segunda modificación.

Cualquiera que haya sido la razón por la cual tal cosa no se hizo, lo cierto es que el demandante no utilizó la posibilidad que le brindaba la ley en ese momento y limitó la controversia a sus pretensiones iniciales sobre las que habrá de decidir el tribunal para mantener el principio de congruencia.

3.6. Anótese, por último, que las referencias que ambas partes y que el trabajo pericial hacen a los efectos de la segunda modificación deberán tenerse, entonces, como hechos establecidos con la fuerza que se les reconozca en el proceso y, desde luego, ilustrativos de algunas consideraciones que hará el tribunal.

4. La relación entre el contrato de exploración y explotación minera celebrado entre Minercol y Drummond y el contrato operacional de transporte privado celebrado entre Drummond y Ferrovías.

4.1. Capítulo especial merece este elemento que toca uno de los aspectos cardinales de la controversia. En efecto, en torno a la noción de “tarifa básica” de que se ocupará más adelante el tribunal en forma extensa, se ha comenzado por advertir por parte del señor apoderado de Drummond, de manera reiterativa y completa, su oposición a la que considera una actitud inaceptable de parte de Minercol la cual estaría inmiscuyéndose, por así decirlo, en un contrato del que no es parte, arrogándose la facultad de interpretarlo sin estar ligado por sus cláusulas ni conocerlas, porque ellas le son ajenas y, de alguna manera, violando con ello el principio “*rex inter alios acta*” que naturalmente se ha reflejado bien en el derecho civil al consagrar la noción del efecto relativo de los contratos, a las partes que en ellos intervienen.

4.2. No obstante lo expuesto, para el tribunal resulta evidente y estima que debe definirlo, desde ya, que tal independencia no existe de manera absoluta, ni mucho menos, y qué sin que ello faculte a Minercol para poder invocar el contrato en aquellos aspectos que le son ajenos, sí resulta estrechamente ligado por las circunstancias que enseguida se mencionan.

4.3. En primer lugar, téngase en cuenta lo siguiente: cuando se celebró el contrato operacional de transporte privado el 13 de septiembre de 1991 entre Drummond y Ferrovías, (escritura pública 4476) no solo la red férrea estaba sin rehabilitar, labor que apenas se comenzaría unos años después, sino que no se había hecho despacho

alguno de carbón. Las expresiones con las cuales se redactaron los considerandos del contrato no son, en manera alguna, casuales. En ellas se advierte que Drummond “desea ser cliente de Ferrovías” y que “ambas partes reconocen la necesidad de rehabilitar la línea principal”.

Las partes anticipaban los términos que regularían su relación en el futuro pues, en ese momento, no había qué despachar ni por donde hacerlo, para decirlo de manera sencilla.

Tal contrato operacional, por lo demás, no ignoraba la existencia del contrato de exploración y explotación carbonífera, celebrado con anterioridad entre Drummond y Minercol. En efecto, y para ilustrarlo, al definirse la palabra “mina” se hace en relación con el contrato entre Carbocol hoy Minercol y Drummond celebrado por escritura pública 2411 de 1988. Esto es, el nexo entre ambas relaciones contractuales independientes fue evidente desde un comienzo y establecía forzosos elementos de conexidad entre uno y otro contratos.

4.4. A su turno, el contenido y alcance del contrato operacional fueron conocidos por Minercol, porque así se lo hizo saber Drummond quien lo habilitó jurídicamente para que él mismo fuese apreciado de diversas maneras. En primer término, por las previsiones de la escritura 4142 del 93 —todavía antes de cualquier despacho— en virtud de las cuales se dejó expresa constancia de que “para el transporte férreo del carbón desde la mina hasta el puerto Drummond suscribió un contrato operacional con Ferrovías el 13 de septiembre de 1.991 contenido en la escritura pública 4.476 ...” (cláusula 13.2) y que, más adelante, agregó que “para efecto del uso de los ramales de la línea férrea este se establecerá en los términos de la cláusula 13 del contrato operacional suscrito entre Ferrovías y Drummond el 13 de septiembre de 1991...” (cláusula 14.3).

4.5. Pero si alguna duda quedase sobre el tema ella habría sido disipada por la tantas veces citada cláusula 23.3.2 contenida en la escritura pública 2890 de 1994 en la cual Drummond y Minercol sustituyeron la noción de “flete presunto” por la de “monto deducible”, en la que, como se ha dicho hasta la saciedad en este proceso, este se mantendría igual durante todo el período del contrato con los ajustes contemplados en el anexo 4 “salvo el caso en que se disminuya la tarifa básica por tonelada que cobrará Ferrovías a Drummond según se define en el contrato operacional suscrito entre estas partes el 13 de septiembre de 1991”. Y a renglón seguido establecieron las consecuencias de tal hipótesis.

4.6. Pues bien, esta circunstancia incontrastable obligaría, por fuerza, a acudir al contrato celebrado entre Drummond y Ferrovías para conocer —y es el objeto de este debate— el alcance de la noción de “tarifa básica” porque del que se le asigne dependerá la solución del conflicto. En otras palabras, si la referencia se hace a la forma como la “tarifa básica” se define en el contrato operacional, no hay más remedio que analizar este contrato por lo menos para los efectos precisos de conocer el alcance de la noción, pues la expresa remisión hecha por dicha cláusula la incluyó hasta hacerla propia e inseparable, como lo fueron los anexos del contrato.

5. El problema central.

5.1. Al margen del volumen de información y de la existencia y calidad de los trabajos periciales, el debate puede centrarse en la interpretación jurídica sobre la noción de “tarifa básica”.

Al efecto el apoderado de Drummond ha sostenido que existiendo una definición de tarifa básica en el contrato operacional debe estarse estrictamente a la misma y que, por consiguiente, no es posible confundirla con otras nociones de tarifas y, mucho menos, con la tarifa efectiva o precio final que cobre Ferrovías a Drummond por el transporte del ferrocarril. Que tal consideración se soporta, además, en la circunstancia de que los valores utilizados para el mecanismo de la aplicación del monto deducible, con relación a esta tarifa, no son reales sino estimados porque, en esa forma, se facilitaba en alto grado el manejo de la referencia, sin tener que entrar a determinar en cada caso que es lo que ha ocurrido en la realidad. Que, por lo demás, no sería posible conocer los precios en particular en el caso de la segunda modificación, dado que los descuentos por volumen solo vienen a conocerse al final del año cuando se coteje el plan de trenes y los resultados concretos, con las tarifas calculados con base en los primeros. Qué así las cosas el valor final o remuneración que cobra Ferrovías por el transporte del carbón es una resultante que parte de una tarifa básica, por lo cual y por definición, es diferente de aquella.

A su turno, Minercol ha sostenido que la tarifa básica debe entenderse de manera que refleje el precio real que

Ferrovías cobra a Drummond por el transporte del carbón. Que, en ese orden de ideas, es necesario calcular el efecto de la primera modificación —y naturalmente de la segunda sobre la que no nos pronunciaremos, como ya se dijo— para poder establecer si como consecuencia de los cambios introducidos, la tarifa que paga Drummond a Ferrovías se ha disminuido o no y en caso afirmativo, cuál es el efecto que ello tiene en el monto deducible y, por esa vía, en las regalías a reconocer. Que, dado que hay una referencia directa al contrato operacional y, por ende, a la primera modificación, es absolutamente legítimo aplicar las tablas, coeficientes y factores que en la relación Ferrovías Drummond se han contemplado, porque ellas hacen parte de la noción de tarifa básica a la cual, justamente, la escritura 2890 hace expresa referencia.

Debe, entonces, el tribunal abordar este delicado tema como procede a hacerlo a continuación:

5.2. El tema es de altísima complejidad. No de otra manera se explica que partes que han tenido una relación constructiva, positiva y exitosa por calificarla de la mejor forma, durante muchos años, con asesores de primerísimo nivel y apoderados que han desempeñado su papel con lujo de competencia, no hayan podido llegar a un acuerdo sobre el particular, a pesar de los esfuerzos realizados.

Por ello, en últimas, la decisión ha de reflejar la aplicación de los criterios interpretativos de los contratos para saber cuál es el alcance de la referencia hecha por el contrato entre Minercol – Drummond al contrato operacional entre Ferrovías y Drummond de una parte y, de la otra, cuál es la debida inteligencia sobre la definición de tarifa básica.

5.3. Lo primero que considera el tribunal, como ya lo anticipó en párrafos anteriores, es que la referencia hecha en la escritura 2890 no solo legitima sino obliga a escudriñar, con la profundidad que sea necesaria, la noción de la tarifa básica en el contrato operacional y, por esa vía, permitiría aplicar las tablas y fórmulas matemáticas propias de este contrato, si es que ellas se consideraran parte integrante de la noción.

5.4. Pero el punto central viene dado por la noción misma de tarifa básica. En efecto si se va al contrato operacional (escritura pública 4476/91) se encuentra, sin duda, que la noción aparece consagrada en el numeral 2.3. del anexo E denominado “Precios, pagos e Incentivos”. Allí se establece inicialmente para un período comprendido entre los años 1992 y 2001 y se define como la suma de los componentes en dólares de los Estados Unidos y en pesos colombianos indicados en la tabla 1 del anexo, “de acuerdo con el volumen de carbón a transportar proyectado por DLT para ese año, con base en lo acordado en el plan de trenes a largo plazo según el numeral 7 del anexo D.” De donde resulta conformada por los componentes pesos y dólares aplicadas a un cierto volumen de carbón y en un año determinado.

5.5. Entonces y esto es fundamental, es necesario comenzar por recordar que la tarifa básica por tonelada se cobra con base en una proyección acordada entre las partes y que, tal como está formulada en el anexo, corresponde a una tabla que en aquel entonces contemplaba los años y los rangos por volúmenes. Esta primera referencia indica que la tabla se refiere a una realidad, esto es, al carbón exportado en la unidad de tiempo, el año, que le sirve de referencia.

5.6. Hay un segundo elemento que apunta en la misma dirección: las tarifas son aplicables exclusivamente a cada año de manera que, aplicada para uno de estos períodos no puede aplicarse para el siguiente, con lo que resulta claro que la tarifa básica por tonelada es función de un volumen cierto de carbón y una aplicación en un año concreto.

5.7. Pero lo más importante, en el punto 2.4. del mismo contrato al referirse a la escalación de precios se anota: “Tarifa por tonelada. La tarifa por tonelada que se aplique en cada año calendario de acuerdo con lo establecido en el numeral 2.3. de este anexo se escalará trimestralmente en sus componentes en dólares y en pesos de acuerdo con las siguientes fórmulas ...”.

Por consiguiente y en opinión del tribunal, es cierto que la noción de tarifa básica aparece inicialmente expresada en el punto 2.3 como una sumatoria en pesos y dólares establecida en una tabla para un cierto volumen de carbón en un año y que, desde ese punto de vista, bastaría compararla con la tabla equivalente en la primera modificación para establecer si en esa formulación abstracta existe una disminución o más bien si, como afirma el apoderado de

la Drummond se presentó un incremento. Pero no es menos cierto que el contrato advierte, desde un comienzo, que la tarifa solo resultará o será función del volumen de carbón a transportar y se aplicará anualmente de acuerdo con esa realidad y que no es repetible en el año siguiente. Pero, por sobre todo, que es objeto de un escalamiento o escalación trimestral de precios de acuerdo con una fórmula que allí mismo se consagra.

Y entonces y por mandato legal, debe aplicarse un primer criterio hermenéutico de la ley y el contrato en virtud, del cual tal interpretación ha de hacerse de manera sistemática, esto es, armonizando las distintas cláusulas del contrato para que unas se enriquezcan e ilustren con relación a las otras y no tomando una disposición simplemente aislada. En este, sería imposible hacerlo. Adviértase que en el numeral 2.4 de escalación de precios, que parecería ser diferente, por su numeración del anterior, donde se define la tarifa básica, comienza por decirse que la tarifa que se aplique, deberá serlo de acuerdo con lo establecido en el numeral 2.3. del anexo, esto es, el que define la tarifa básica, y que ella se escalará trimestralmente en sus componentes en dólares y en pesos según la fórmula que enseguida se menciona.

Entonces, para el tribunal, es evidente que la interpretación armónica de ambas disposiciones supone que la tarifa básica no solo es la suma de pesos y dólares, aplicando la tabla 1 del anexo E, sino que corresponde al programa de despacho de carbón que ha servido de base para formularla cada año y que por mandato del mismo contrato, que remite en el punto 2.4. al 2.3. debe aplicarse mediante la fórmula de escalación. Bastaría para el efecto mirar como en el punto 2.4. del contrato la fórmula en lo que nos interesa, dejando de lado los tiempos estimados que para este caso no operan, tiene definidos los términos en su Tari 1 (i,b) y Tari (2, b), como la “tarifa básica” por tonelada para la componente en dólares y en pesos, respectivamente, indicada para el año respectivo en las tablas 1 del numeral 2.3.

En otras palabras, la noción está integrada desde un comienzo y esto es lo que quisiéramos advertir con absoluta claridad, por una íntima relación entre la formulación matemática abstracta y la realización concreta que supone tener en cuenta, cada año, el volumen de carbón transportado y la tarifa básica que va resultando de aplicar a cada período la escalación de precios. Es que no puede ignorarse, se repite, que en la misma escalación dos de las variables de ajuste son calificadas como tarifa básica y allí y con la referencia que acaba de hacerse al punto 2.3, deben integrar conceptualmente la noción.

5.8. Visto de otra manera, no puede hablarse de “tarifa básica” sino ante un despacho proyectado de carbón, en un año dado, a cuyo volumen se aplique la tabla 1 del anexo E y tanto en el contrato original como en la primera modificación. Pero dicha tarifa sea “la tarifa básica por tonelada que cobrará Ferrovías” preciso realizar el escalamiento trimestral establecido en el numeral 2.4 del mismo anexo “de acuerdo a lo previsto en el numeral 2.3” que, por lo demás, solo busca mantener estable el valor real de la tarifa frente a variables que tienden a deteriorarse con el simple transcurso del tiempo.

5.9. Desde este punto de vista y para el tribunal, no es que existan unas tarifas distintas a la básica ni que el precio final resultante, por partir de la básica, haga que esta última sea un componente del precio y por consiguiente diferente. Para el tribunal, bajo el análisis interpretativo que viene de hacer, lo que ocurre es que la noción de tarifa básica es una noción compleja con una expresión dupla: una tarifa básica explícita, definida en el numeral 2.3 como formulación estática y una tarifa básica implícita, que constituye manifestación dinámica o forma concreta de cuya aplicación resulta posible determinar un monto facturable a cargo de Drummond, esto es, una tarifa cobrable al usuario. Si se quiere ver de manera distinta, la noción, como la evoca Drummond sugeriría una tarifa básica abstracta y estática mientras para el tribunal ella tiene que constituir una noción dinámica y concreta. Y si es así, cabe razón al afirmar interpretativamente que la aplicación de esta noción compleja conduce a determinar, en cada caso, si como consecuencia del valor real que se paga por la remuneración, este es o no superior al que regía hasta ese momento.

5.10. Pero eso no es todo. A más de la interpretación sistemática del contrato es preciso hacer una interpretación teleológica del mismo. Esto es, analizarlo por su finalidad. Si lo que en últimas, dentro de las dos posibilidades simples que se evocan para cobrar unas regalías, lo que se hace, en este caso, es decir que la misma se aplicará sobre el precio de venta del carbón menos el costo que tuvo transportarlo de la boca de mina al puerto, es evidente que la noción de tarifa básica debe considerarse en esta forma dinámica porque es la que refleja una realidad de

costos contractuales (sean estos reales en su totalidad o se mezclen valores reales con estimados) y, por consiguiente, la que como única tarifa cobrable legítima que el monto deducible sea mayor o menor y, por esa vía lo sea la regalía.

5.11. No cabe y ya el tribunal rechazó la tesis en virtud de la cual habría un enriquecimiento para el Estado en caso de acogerse esta posición, porque él resultaría simplemente de la aplicación de las fórmulas establecidas en el mismo contrato operacional y de una realidad en virtud de la cual quien explora y explota la mina ha tenido que pagar un menor precio, lo que abre el espacio a tener una base mayor sobre la cual reconocer la regalía.

5.12. Y no puede decirse que dado que las regalías se liquidan trimestralmente pueda ocurrir, más tarde, que el ajuste del año genere una situación incorregible, porque en la hipótesis que se diera de haberse reconocido regalías mayores en el curso del año y apareciesen cifras que así lo indicaran y que requirieran ser corregidas al final, nada obsta para que por acuerdo entre las partes, se hagan las notas créditos o las devoluciones que correspondan, o los abonos a pagos futuros, para poner varios ejemplos, pues naturalmente, allí sí, no cabría que una eventualidad de esa naturaleza pudiera traducirse en un enriquecimiento sin causa.

5.13. A lo expuesto, habría que agregar el siguiente argumento: lo que ha previsto desde siempre la escritura 2890 del 94 es que en el evento de que se produzca la reducción de la tarifa básica por tonelada de Ferrovías “el valor del monto deducible (sea) disminuido en igual monto al valor de la reducción de la tarifa básica por tonelada”. De manera que el establecimiento de la aplicación efectiva de la hipótesis que viene de citarse y que consagra la cláusula 23.3.2 tantas veces citada, supone poder cotejar montos para saber si ha habido una disminución real. Porque la tabla 1 del anexo E no refleja por sí sola un monto. Simplemente consagra unos puntos de partida para establecerlo. El mismo contrato dispone que el monto solo se puede establecer en función del volumen esperado de carbón a exportar, ajustado por los mecanismos de escalamiento que, desde el primer momento, se requieren para poder cobrar. De suerte que tampoco por esta razón es posible hacer un cotejo en abstracto entre la noción estática o tarifa básica que aparece en los puntos 2.3. del contrato original y de la primera modificación y en sus tablas 1, porque en ambos casos la referencia a la parte dinámica es imprescindible para conocer el monto.

5.14. Pasemos a verlo en el caso de la primera modificación. En el mismo punto 2.3. se advierte que “la tarifa básica por tonelada transportada que se aplicará durante el presente contrato se obtendrá de la suma de los componentes en dólares y en pesos indicados en la tabla 1 de este anexo de acuerdo con el volumen de carbón transportado durante cualquier año”. Es decir la misma noción está advirtiendo que la tabla no puede aplicarse en abstracto y compararse matemáticamente para decir si subió o bajó, entre uno y otro período, sino tiene que aplicarse en relación con el volumen de carbón transportado, esto es frente a una realidad (bien como definición jurídica que se derive del contrato porque sea posible estimarlo anticipadamente, ya real cuando transcurrido el año se produzcan los ajustes respectivos).

5.15. Luego, en esa primera modificación, al referirse a la escalación de precios se repite “la tarifa por tonelada que se aplique en cada año calendario de acuerdo con lo establecido en el numeral de ese anexo (léase de nuevo definición de tarifa básica) se escalará trimestralmente en sus componentes en dólares y pesos según la siguiente fórmula”. Y allí vuelven a aparecer las expresiones Tari 1 (i, b) y Tari 2 (i, b) y de nuevo se indica que la tarifa básica para pesos y dólares debe establecerse para los distintos niveles de tonelaje en función de la aplicación de esa fórmula.

5.16. Por último, recuérdese, y para el tribunal resulta concluyente, que la expresa remisión hecha por la escritura pública 2890/94 al contrato operacional de transporte privado, COTP, al sentar como principio que el monto deducible se mantendrá igual, con los ajustes previstos en su propio sistema, establece como salvedad el que “se disminuya la tarifa básica por tonelada que cobrará Ferrovías a Drummond” (subrayamos) El tiempo verbal en futuro podría significar que para la época en que tal hipótesis se contempló, nada se había despachado por lo que se trataba, por definición, de una situación visualizada para más adelante. Pero el verbo utilizado, con prescindencia del tiempo, no deja duda sobre su alcance. Cobrar, según Diccionario de la Real Academia de la Lengua es “percibir uno la cantidad que otro le debe”. (De. 1984, p. 317) Y no puede saberse cuánto se debe ni es posible percibir la cantidad respectiva, en el caso en estudio, si no se aplica la tarifa básica en su expresión dinámica, esto es, con las fórmulas escalatorias y a un volumen y un período concretos, pues solo al hacerse existe

y puede determinarse una suma a cobrar.

Dicho en otras palabras y una vez más. La tarifa básica como quisiera aplicarla Drummond, ligada exclusivamente al concepto primario definido por el numeral 2.3 del anexo E, en ambas versiones, no es la cobrable por Ferrovías. Y si “cobrará”, como es obvio, implica “percibirá”, esto es, recibirá efectivamente un pago, saber si la tarifa básica disminuyó solo es posible para el tribunal, bajo la interpretación acogida.

Por lo expuesto el tribunal despachará favorablemente la pretensión de Minercol, en relación con los efectos derivados de la primera modificación, al aceptar que la noción de tarifa básica que cobra Ferrovías está integrada, por mandato del mismo contrato, por la sumatoria de pesos y dólares en función de un volumen de carbón estimado o realmente exportado, que debe escalarse periódicamente, según la fórmula que en relación con el punto 2.3 consagra el punto 2.4, tanto del contrato contenido en la escritura pública 2890 como el de la primera modificación.

El tribunal limitará, sin embargo, el valor de la condena, a la diferencia resultante de comparar las regalías reconocidas bajo el régimen general consagrado en la escritura pública 2890 con las que han debido pagarse de conformidad con los efectos de la primera modificación, entre la fecha en que esta fue adoptada, junio 6 de 1997 y el 3 de marzo de 1999, en que se adoptó la segunda modificación.

Así como se advirtió que no es posible, porque el laudo resultaría incongruente, pronunciarse sobre los efectos económicos derivados de la segunda modificación y condenar a resarcimiento alguno por tal motivo, en la misma forma es imposible para el tribunal ignorar el hecho de que esta segunda modificación se convino entre las partes a partir de una determinada fecha. Tal circunstancia de hecho está probada en los autos desde la presentación y contestación de la demanda y en relación con la misma, incluso, se ha aportado abundante material probatorio.

Extender el efecto económico de la primera modificación más allá de marzo de 1999, sería tanto como darle un efecto ultra-activo a una fórmula contractual expresamente sustituida, esto es, cuyas disposiciones negociales, vigentes hasta entonces, fueron subrogados al menos en parte sustancial.

Así se desprende, para el debate central, del tenor de su cláusula quinta que modifica el título, el párrafo introductorio, la sección 1 y la sección 2.3 del anexo E bajo el nuevo acápite: “garantía, tarifas e incentivos”.

En la segunda modificación se crea una nueva tabla 1 para volúmenes garantizados, ya no solo para Drummond sino para productores del departamento del Cesar; la tabla 2 recoge en lo sustancial la 1 de la primera modificación, pero agrega cinco rangos de transporte con los cuales, si bien se mantienen las tarifas nominales del último rango de la anterior (14.0 millones de toneladas o más) para los nuevos, se proyecta un precio ponderado menor, por el efecto marginal de su aplicación; se eliminaron los denominados “factores reductores”; se hacen cambios en la forma de pago y se montan los precios sobre una tabla 3 “ajustes por garantía y volúmenes” que otorga descuentos apreciables según los volúmenes reales que se obtengan pero, asimismo, penaliza su incumplimiento —o preveía penalizarlo— en diversas hipótesis como la derivada del numeral 1.9 del modificado anexo E. La nueva estructura supone mecanismos compensatorios frente a eventos de cumplimientos excesivos e incumplimientos, aplicación de créditos derivados de los primeros, o pago por la verificación de los segundos cuando los créditos acumulados no resulten suficientes para enjugar el déficit, como lo establece el numeral 1.5 del mismo anexo.

Por lo tanto, si el tribunal ha entendido que la tarifa básica tiene que apreciarse en su forma dinámica, esto es, como tarifa que aplicada en un período de tiempo determinado y a un volumen cierto de carbón, genera un “monto cobrable” o “percibible”, es obvio que la sola circunstancia de que algunos elementos de la fórmula adoptada en la primera modificación subsistan en la segunda, no habilita para prolongar en el tiempo —a partir del 3 de marzo de 1999— los efectos de la modificación sustituida.

El tribunal ha analizado cuidadosamente los modelos matemáticos utilizados por los peritos y especialmente el ejercicio que realizaron para atender las complementaciones y aclaraciones ordenadas a las respuestas a la décima tercera, la décima sexta y la décima séptima preguntas formuladas por el apoderado de Minercol y que bajo los ordinales a) y b) aparecen en la página 5 del trabajo realizado por los peritos. En el ordinal a) los peritos hacen un

cálculo hipotético, como si la reducción causada por la primera modificación hubiese pervivido en el tiempo - hasta el 28 de febrero de 2001, -fecha de corte del ejemplo- aunque podría traerse con facilidad hasta la fecha del laudo, pero esa cifra recoge entonces dos momentos, como aparece en la columna B del cuadro que más adelante se inserta: el subtotal hasta febrero de 1999, inclusive y el subtotal entre marzo de 1999 y la fecha de corte del ejercicio, febrero de 2001, cuando ya regía la segunda modificación. La columna C muestra para los mismos períodos la liquidación de regalías con base en la escritura pública 2890, esto es, como lo ha hecho Drummond. La columna A refleja la aplicación sucesiva de las modificaciones 1 y 2, en los períodos en que cada una rigió y siempre para el trabajo matemático realizado para responder las preguntas. Por ello es fácil observar, en la síntesis inferior del mismo cuadro 1 del laudo los resultados comparativos y verificar que la cifra de US\$ 3'419.842 (ordinal a, p.5) compara una realidad (columna C) con una liquidación hipotética (columna B), y que la cifra US\$ 3'377.157 (ordinal b, p.5.) resulta de comparar ese modelo hipotético (columna B), con lo que sería la liquidación secuencial del efecto de las dos modificaciones (columna A). Ambas cifras, por referirse o partir del modelo hipotético que les fue planteado por el apoderado de Minercol no reflejan cuantitativamente la conclusión cualitativa del tribunal. Pero permiten establecer inequívocamente, la cifra correcta al comparar las columnas A y B, que son iguales en el período de junio 97 a febrero 99 (primera modificación) con la columna C en el mismo período (liquidación de Drummond) y precisar que la diferencia por capital, esto es, daño emergente, en ese lapso, fue de US\$ 1'883.338. Sobre tal cifra se han liquidado los intereses de acuerdo con el contrato, cuyo monto al 31 de agosto de 2001, es de US\$ 656.621,80, según está explicado ampliamente en el anexo correspondiente a esta providencia que por razones de espacio no se inserta en este aparte de la misma si bien hace parte de ella.

El cuadro que contiene la determinación del menor valor de las regalías pagadas por Drummond a Minercol, explicado en el párrafo anterior por el tribunal con base en el trabajo pericial es el siguiente:

Laudo - Cuadro 1			
Caso	A	B	C
	Mod 1 seguida de Mod 2	Mod 1 solamente (hipotético)	EP2890 solamente
Período	Regalías acumuladas	Regalías acumuladas	Regalías acumuladas
Junio -Dic 97	6,552,082	\$ 6,552,082	\$ 5,996,072
Enero -Dic-98	11,399,280	\$ 11,399,280	\$ 10,276,265
Enero-Feb-99	1,750,952	\$ 1,750,952	\$ 1,546,639
Subtotal Junio 97 a Febrero 99	19,702,314	\$ 19,702,314	\$ 17,818,976
Marzo-Dic-99	9,214,524	\$ 8,159,242	\$ 7,728,463
Enero-Dic-2000	14,231,438	\$ 12,156,477	\$ 11,161,468
Enero-febrero-2001	3,151,078	\$ 2,904,185	\$ 2,793,468
Subtotal Marzo 99 a Febrero 2001	26,597,040	\$ 23,219,903	\$ 21,683,399
Totales	46,299,354	\$ 42,922,217	\$ 39,502,375
Caso A - Cálculo de regalías según modificación 1 hasta febrero 999, cambiando a modificación 2 desde marzo 99 hasta febrero 99			
Caso B - Cálculo de regalías según la modificación 1, como si esta hubiese aplicado todo el tiempo entre junio 97 y febrero 2001			
Caso C - Cálculo de regalías según EP2890 (Caso base), todo el tiempo entre junio 97 y febrero 2001			

Período total	US\$		
Diferencia A - C	6,796,979		
Diferencia A - B	4,629,935		
Diferencia B - C	3,419,842	Ordinal a) página 5, Inf. Aclarac. y Complement.	
Período marzo 99 - febrero 2001			
Diferencia A – C	4,913,641		
Diferencia A – B	3,377,137	Ordinal b) página 5, Inf. Aclarac. y Complement.	
Diferencia B – C	1,536,504		
Período junio 97 - febrero 99			
Diferencia A – C	1,883,338	Diferencia Regalías por Mod1, hasta Feb. 99	
Diferencia A - B (no opera Mod 2)	0		
Diferencia B – C	1,883,338		

CAPÍTULO V

Costas y agencias en derecho

Según ha quedado expuesto, las pretensiones de la demanda prosperarán, pero solo parcialmente.

Habida cuenta de ese hecho y teniendo en consideración que las excepciones de mérito propuestas por Drummond tampoco se abrirán paso, no se impondrá condenas en costas a ninguna de las partes, en atención a la regla contenida en el numeral 5° del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.

Por tal razón, cada una de ellas asumirá los costos que debió sufragar para comparecer al proceso.

CAPÍTULO VI

Parte resolutive

En mérito de lo expuesto, el tribunal de arbitramento constituido para dirimir, en derecho, las diferencias surgidas entre la Empresa Nacional Minera Ltda., Minercol Ltda., parte convocante, y Drummond Limited, parte convocada, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. De acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, declarar infundadas las excepciones por error grave formuladas por Drummond Limited contra el dictamen pericial rendido en el curso del proceso por los doctores Aurelio Martínez Canabal y Germán del Corral.

Segundo. De acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, declarar no probadas las excepciones denominadas como de “Inexistencia del derecho invocado por Minercol”, “Indebida modificación del contrato 078 de 1988”, “Enriquecimiento sin causa a favor del Estado” y “Excepción Genérica”, propuestas por Drummond Limited contra las pretensiones de la demanda que le fueron formulada por Minercol Ltda.

Tercero. Declarar que está demostrado en el expediente, y así lo han aceptado las partes, que existe, se encuentra vigente y en ejecución el contrato 078 de 1988, contenido en la escritura pública 2411 otorgada en la Notaría

Veinte del Círculo de Bogotá, suscrito originalmente entre Carbocol y Drummond Limited el 23 de agosto de 1988 y cuyo objeto es la exploración y explotación minera carbonífera en una zona del departamento del Cesar que comprende la exploración, construcción y montaje para la extracción del mineral, así como la explotación, actividad esta última que comprende la extracción, el beneficio, el transporte y la comercialización.

Cuarto. Declarar que está demostrado en el expediente, y así lo han aceptado las partes, que como consecuencia de negocios jurídicos debidamente probados, Minercol Limitada es la sucesora de la parte estatal contratante, beneficiaria de unas determinadas regalías y participaciones en las utilidades obtenidas por Drummond Limited, de acuerdo con las estipulaciones de ese negocio jurídico.

Quinto. Declarar que está demostrado en el expediente, y así lo han aceptado las partes, que el anterior contrato ha sido objeto de varias modificaciones que tuvieron lugar los días 18 de agosto de 1993, 16 de diciembre de 1993, 24 de febrero de 1994 y 19 de mayo de 1994.

Sexto. Declarar que está demostrado en el expediente, y así lo han aceptado las partes, que como parte de las contraprestaciones económicas estipuladas por los contratantes, debe Drummond Limited pagar a Minercol Limitada unas regalías determinadas, o en todo caso determinables, según lo establecido en la cláusula vigésimo tercera del contrato 078 de 1988 contenido en la escritura pública 2411 del 23 de agosto de 1988.

Séptimo. Declarar que está demostrado en el expediente, y así lo han aceptado las partes, que entre Drummond Limited y Ferrovías se celebró un “Contrato Operacional de Transporte Privado” suscrito el día 13 de septiembre de 1991, modificado en dos oportunidades, el 6 de junio de 1997 y el 3 de marzo de 1999, del que, entre otros, se toma el factor o ítem identificado como tarifa básica por transporte de tonelada de carbón que cobra Ferrovías a Drummond Limited.

Octavo. Declarar que está demostrado en el expediente, que por causa de las modificaciones que introdujeron Ferrovías y Drummond Limited el 6 de junio de 1997 al “contrato operacional de transporte privado”, se disminuyó la tarifa básica por transporte de tonelada de carbón que cobra Ferrovías a Drummond.

Noveno. Declarar que está demostrado en el expediente que como consecuencia de la modificación del 6 de junio de 1997 efectuada al “contrato operacional de transporte privado” y a partir de esa fecha, Drummond Limited ha debido pagar un monto dinerario mayor, a título de regalías, del que venía pagando a Minercol Ltda. hasta el momento de aquella modificación.

Décimo. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condenar a Drummond Limited pagar a Minercol Limitada, el mayor valor de las regalías que la convocada ha dejado de pagar a partir del 6 de junio de 1997 y hasta el 3 de marzo de 1999, fecha en la cual se produjo la segunda modificación del “contrato operacional de transporte privado” celebrado entre Ferrovías y Drummond en cuantía de un millón ochocientos ochenta y tres mil trescientos treinta y ocho dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 1'883.338) que deberán ser liquidados en pesos colombianos a la tasa representativa del mercado (TRM) correspondiente al día en que el pago de la condena se verifique, de acuerdo con la certificación que expida el Banco de la República.

Undécimo. De conformidad con la liquidación contenida en la parte motiva de la presente providencia, es decir, a partir de las fechas en las cuales se han debido cancelar los mayores valores por concepto de regalías derivadas del contrato 078 de 1988 y hasta el 31 de agosto de 2001, condenar a Drummond Limited a pagar a Minercol Ltda. la suma de seiscientos cincuenta y seis mil seiscientos veintidós dólares con ochenta centavos (US\$ 656.621,80), por concepto de los intereses moratorios pactados, los cuales deberán ser liquidados a la tasa representativa del mercado (TRM) del día en que el pago de la condena se verifique, de acuerdo con la certificación que expida el Banco de la República.

Por lo que toca con los intereses moratorios correspondientes al período comprendido entre el 1º y el 20 de septiembre de 2001, época esta para la cual aún no hay índices disponibles que le permitan al tribunal hacer su liquidación, esta será hecha por las partes y el valor que ella arroje agregado a la presente condena.

Duodécimo. De acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia, no imponer condena en costas a ninguna de las partes.

Décimo tercero. Sobre todas y cada una de las sumas en las cuales ha resultado condenada la parte convocada al proceso, Drummond Limited le reconocerá y pagará a Minercol Ltda intereses moratorios a la más alta tasa permitida en la ley, desde el día siguiente al de la ejecutoria del presente laudo arbitral y hasta cuando se verifique el pago efectivo de todas y cada una de ellas.

Décimo cuarto. En firme el presente laudo, el presidente del tribunal protocolizará el expediente en una Notaría del Círculo de esta ciudad.

Décimo quinto. Por secretaría y con las constancias de ley, expídanse copias auténticas de la presente providencia con destino a las partes del proceso, así como a la Procuraduría General de la Nación y al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Décimo sexto. Una vez protocolizado el expediente, el presidente del tribunal liquidará los gastos del proceso y, de quedar remanentes en su poder, los reintegrará a las partes en idénticas proporciones. De ser necesario incrementar la partida de gastos de protocolización y registro, en caso de ser insuficiente la señalada por medio de auto 1 del tribunal, así se dispondrá señalando la suma de dinero que cada una de las partes deberá entregar al presidente del tribunal y el término dentro del cual deberán hacerlo.

Décimo séptimo. De presentarse solicitudes de aclaración y/o complementación del presente laudo arbitral, las mismas serán resueltas en audiencia que tendrá lugar en las dependencias del Centro de Conciliación y Arbitraje Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá el día _____ de octubre de 2001 a las _____.

Cúmplase.

Sergio Rodríguez Azuero, Presidente—Rodrigo Llorente Martínez, árbitro—Juan Carlos Esguerra Portocarrero, árbitro.

Juan Pablo Riveros Lara, Secretario.
