TRIBUNAL ARBITRAL

DE

FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA S.A. – FENOCO S.A.-

contra

CNR TRANSPORT S.A.S.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., veinte (20) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

El Tribunal Arbitral conformado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre **FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA S.A. – FENOCO S.A.-** (en adelante la demandante, la convocante o FENOCO), y **CNR TRANSPORT S.A.S.** (en adelante la demandada, la convocada o CNR), después de haberse surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en la Ley 1563 de 2012 y en el Reglamento de Arbitraje Nacional del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, profiere el presente laudo por virtud del cual decide conforme a Derecho el conflicto planteado en la demanda arbitral y la contestación de la misma.

I. ANTECEDENTES Y CONTENIDO DEL LITIGIO

1. PARTES Y REPRESENTANTES

1.1. Parte demandante

La parte demandante es **Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. FENOCO S.A.**, sociedad constituida el 1° de septiembre de 1999 mediante escritura pública No. 2812 otorgada en la Notaría 25 de Bogotá, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, representada legalmente al momento de presentar la demanda por el señor

Patrik Ross, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá que obra en el expediente (Folios 31 a 34 del C. Principal No. 1).

En este trámite arbitral la parte demandante ha estado representada judicialmente por el abogado **Juan Carlos Salazar Torres**, de acuerdo con el poder que obra en el expediente (Folio 30 del C. Principal No. 1), a quien se le reconoció personería mediante Auto No. 1 de fecha 19 de noviembre de 2015 (Folio 163 del C. Principal No. 1).

1.2. Parte demandada

La parte demandada es **CNR Transport S.A.S.**, constituida por documento privado del 18 de abril de 2012, inscrito en la Cámara de Comercio de Bogotá el 17 de mayo de 2013 bajo el No. 254.855, con domicilio principal en Barranquilla, representada legalmente por el señor **Juan Carlos Gómez Fernández**, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla (Folios 35 a 38 del C. Principal No. 1).

En este trámite arbitral la parte demandada ha estado representada judicialmente por el abogado **Álvaro Mauricio Durán Leal**, de acuerdo con el poder que obra en el expediente (folio 107 del C. Principal No. 1), a quien se le reconoció personería mediante Auto No. 1 de fecha 19 de noviembre de 2015 (Folio 163 del C. Principal No. 1).

2. EL PACTO ARBITRAL

El pacto arbitral que sirve de fundamento al presente arbitramento lo constituye el Compromiso Arbitral suscrito entre las partes el 6 de mayo de 2015 (folios 25 a 28 del C. Principal No. 1) y que a la letra dispone:

> *"II. Pacto Arbitral*
>
> *"En el evento en que no se logre un arreglo directo en el plazo pactado (o en el adicional que acuerden las Partes), las Partes someterán la Disputa a la decisión de un tribunal de arbitramento que decidirá en derecho, cuya sede será el Centro de*

Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, sujeto a su Reglamento de Arbitraje, de acuerdo con las siguientes condiciones:

"1. El Tribunal estará integrado por los siguientes tres (3) árbitros: i.) Juan Pablo Cárdenas Mejía; ii.) Juan Carlos Henao Pérez; y iii.) Carlos Esteban Jaramillo Schloss, como principales, quienes han sido designados por las Partes de mutuo acuerdo. Para el caso de que alguno de los árbitros no acepte la designación o renuncie, las partes designan de mutuo acuerdo como suplentes numéricos a: i.) Gilberto Peña Castrillón; ii.) José Alejandro Bonivento Fernández; y, iii) Jaime Arrubla Paucar.

"2. Los honorarios de los Árbitros, del Secretario del Tribunal y los costos del Centro de Arbitraje serán asumidos en su totalidad por FENOCO, sin perjuicio de la eventual condena en costas a cargo de cualquiera de las Partes, si es que así lo decide el Laudo, de conformidad con la ley procesal civil colombiana, Cada Parte asumirá los costos de su defensa y los honorarios de sus abogados.

"3. Todo el procedimiento arbitral será confidencial en todas sus etapas para las Partes, los árbitros y el secretario. Las Partes se comprometen a no usar de ninguna manera las decisiones tomadas por el Tribunal en el Tribunal Internacional del cual se excluye la Disputa."

"4. Para efectos del presente Compromiso y de las materias sujetas al mismo las partes acuerdan que la Tasa de Interés de mora aplicable será LIBOR, tal como el término se encuentra definido en el Acuerdo de Accionistas de FENOCO de fecha 27 de marzo de 2006, más cuatro por ciento (4%) anual. Los árbitros determinarán la fecha a partir de la cual se deban pagar intereses de mora."

3. CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO

La integración del Tribunal Arbitral tuvo lugar de la siguiente manera:

3.1. Con fundamento en el acuerdo compromisorio citado, el 4 de septiembre de 2015 FENOCO presentó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá la solicitud de convocatoria de un tribunal arbitral (folios 1 a 24 del C. Principal No. 1).

3.2. El 8 de septiembre de 2015, la parte demandante radicó un escrito en el cual manifestó que corregía la demanda inicial presentada el 4 de septiembre de

2015, presentando su demandada de manera integrada (folios 50 a 75 del C. Principal No. 1).

3.3. Teniendo en cuenta lo dispuesto por las partes en el "Compromiso Arbitral" (folio 27 del C. Principal No. 1), el Tribunal quedó integrado por los doctores Carlos Esteban Jaramillo Schloss, José Alejandro Bonivento Fernández y Juan Pablo Cárdenas Mejía, quienes aceptaron su designación en la debida oportunidad, y dieron cumplimiento a lo previsto en los artículos 8 y 15 de la Ley 1563 de 2012.

3.4. El 19 de noviembre de 2015, se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal (Acta No. 1) en la que se designó como Presidente al doctor Carlos Esteban Jaramillo Schloss. Mediante Auto No. 1 el Tribunal se declaró legalmente instalado, nombró Secretaria, reconoció personería a los apoderados de las partes y fijó el lugar de funcionamiento y sede del mismo. Mediante Auto No. 2 admitió la demanda arbitral, ordenando su notificación y traslado (folios 162 a 165 del C. Principal No. 1).

3.5. El 22 de diciembre de 2015, encontrándose dentro de la oportunidad procesal CNR radicó su escrito de contestación de la demanda (folios 172 a 22 del C. Principal No. 1).

3.6. El 13 de enero de 2016, mediante fijación en lista se corrió traslado de las excepciones contenidas en la contestación de la demanda. Dentro de la oportunidad de ley, la parte demandante se pronunció en memorial radicado el 19 de enero de 2016, solicitando la práctica de pruebas adicionales folios 224 a 238 del C. Principal No. 1).

3.7. El 1° de febrero de 2016 y teniendo en cuenta que las partes no solicitaron que se llevara a cabo la audiencia de conciliación conforme lo dispone el artículo 2.36 del Reglamento de Procedimiento de Arbitraje Nacional, el Tribunal procedió a fijar los montos de honorarios y gastos del proceso, sumas que en la debida oportunidad fueron pagadas por FENOCO de conformidad convenido por las partes en el numeral II del Compromiso antes citado.

4. LA DEMANDA, SU CONTESTACIÓN Y EXCEPCIONES

4.1. Pretensiones

Con apoyo en los hechos y en la normatividad invocada en la demanda, FENOCO ha solicitado que en el Laudo que al proceso habrá de ponerle fin, se efectúen las siguientes declaraciones y condenas:

> *"**PRIMERA**. DECLARAR que LA CONVOCADA está obligada a pagar a LA CONVOCANTE el Volumen Take or Pay por los años 2007 y 2008 a que se obligó CI Carbones del Caribe S.A. en el Contrato de Asociación celebrado el 27 de marzo del año 2006 entre Consorcio Minero Unido S.A. (CMU), Carbones de los Andes (Carboandes), Carbones del César (CDC), C.I. Carbones del Caribe S.A. (Caribe), Carbones de la Jagua S.A. (DCJ), C.I. PRODECO S.A. (PRODECO), y DRUMMOND COAL MINING LLC (DCM)."*
>
> *"**SEGUNDA**. Como consecuencia de la anterior declaración, CONDENAR a LA CONVOCADA a pagar a LA CONVOCANTE de la suma de SEIS MIL CIENTO SETENTA Y SIETE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL CIENTO SESENTA PESOS ($6.177.254.169) por el Volumen Take or Pay del año 2007, más los intereses moratorios sobre dicha suma previstos en el compromiso arbitral hasta la fecha del laudo e intereses moratorios a la máxima tasa prevista en la Ley hasta que se produzca el pago."*
>
> *"**TERCERA**. Como consecuencia de la declaración contenida en la pretensión primera, CONDENAR a LA CONVOCADA a pagar a LA CONVOCANTE la suma de OCHO MIL SETECIENTOS DIECISÉIS MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL CIENTO CINCUENTA PESOS ($8.716.347.150) por el Volumen Take or Pay del año 2008, más los intereses moratorios sobre dicha suma previstos en el compromiso arbitral hasta la fecha del laudo e intereses moratorios a la máxima tasa prevista en la Ley hasta que se produzca el pago."*
>
> *"**CUARTA**. CONDENAR a LA CONVOCADA al pago de las costas del proceso arbitral."*

4.2. Hechos

Tales pretensiones se sustentaron en las afirmaciones de hecho efectuadas en el escrito de demanda, las cuales en síntesis dan cuenta de lo siguiente:

1. El 9 de septiembre de 1999 la EMPRESA COLOMBIANA DE VÍAS FÉRREAS (FERROVIAS S.A.) entregó en concesión a FENOCO la red férrea del Atlántico para su

rehabilitación, reconstrucción, conservación, operación y explotación y tras la liquidación de la empresa pública concedente, en el año 2003, el Instituto Nacional de Concesiones – INCO - quedó a cargo del contrato de concesión en referencia.

2. Por medio del documento CONPES 3394 de noviembre 17 de 2005 el gobierno colombiano determinó las directrices generales de política pública de desarrollo ordenada a consolidar la vocación exportadora de carbón térmico producido en el noreste del país, mejorando las condiciones de acceso de los distritos carboníferos, en dicha región ubicados, a la red férrea nacional. Para el efecto, el Ministro de Transporte de la época lideró el proceso diseñado en el citado documento, invitando a las compañías productoras de carbón en los departamentos del Cesar, Norte de Santander, Boyacá y Cundinamarca a participar con el fin de que compraran las acciones de FENOCO y suscribieran, en la modalidad *Take or Pay*, compromisos de transporte de volumen mínimo de carga por ferrocarril hasta los puertos del mar Caribe, previstos tales compromisos con el fin de garantizar el sostenimiento financiero del proyecto de "*…Reestructuración Integral de la Red Férrea del Atlántico…".*

3. El 27 de marzo del año 2006 se suscribió un Contrato de Asociación entre los inversionistas privados interesados, siete en total (CI Carbones del Caribe S.A., Carbones de Los Andes S.A., Consorcio Minero Unido S.A., Carbones del Cesar S.A., CI Prodeco S.A., Carbones de la Jagua S.A. y Drummond Coal Mining LLC), en el cual se comprometieron a adquirir, en las proporciones allí establecidas, el 100% de las acciones de FENOCO, concesionaria de la red férrea del Atlántico, asumiendo sendos compromisos en firme, bajo la modalidad ´*take or pay*`, de transportar por ella tonelajes mínimos de carga durante diez años. Y paralelamente se acordó el Otrosí Nro. 12, modificatorio del contrato estatal de Concesión, entre el INCO y FENOCO.

4. En la Cláusula 2ª del Anexo No. 2 del Contrato de Asociación se estableció, tanto el volumen en toneladas métricas anuales de capacidad de transporte por la línea férrea en el tramo Chiriguaná-Santa Marta que FENOCO se obligó a poner a disposición de cada uno de sus accionistas y usuarios ´*take or pay*` de dicha infraestructura, como el volumen equivalente al 70% de esa capacidad garantizada, que a la vez cada uno de ellos se comprometió a transportar anualmente por esa misma vía, de manera que de no transportarlo, en todo caso debía pagarlo, en el entendido que la actividad desplegada por FENOCO no es de transporte o de prestación de servicios de cualquier otra naturaleza, sino de facilitar el acceso a los usuarios a la vía férrea que gestiona para que, utilizándola, estos transporten el carbón en sus propios trenes.

   Así las cosas, el Volumen Garantizado por FENOCO a C.I. Carbones del Caribe S.A. como accionista de FENOCO y potencial usuario de la vía férrea para emplear sus trenes con carga para transportarla y, el correspondiente compromiso ´*take or pay*` contraído por esa misma compañía, quedaron fijados en los términos siguientes:

Años	**Volumen Garantizado (millones de toneladas)**	**Volumen Take or Pay (millones de toneladas)**
2006	0	0
2007	2	1,4
2008	2,5	1,75
2009	3,0	2,10
2010	3,5	2,45
2011	3,5	2,45
2012	3,5	2,45
2013	3,5	2,45
2014	3,5	2,45
2015	3,5	2,45
2016	3,5	2,45

5. Para el año 2006, la vía ya contaba con la capacidad para efectuar el transporte de más de 30 millones de toneladas métricas por año, por lo que la capacidad de la línea férrea estaba muy por encima del volumen que los usuarios ´*take or pay*` requirieron transportar ese año, y para el efecto FENOCO contaba con un Plan de Manejo Ambiental, aprobado mediante la Resolución 751 del año 2002, para la rehabilitación, reconstrucción y mantenimiento de la vía férrea. En relación con dicha ampliación, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial de manera clara expresó que no era necesaria ninguna modificación del Plan de Manejo Ambiental, ya que no generaban impactos ambientales adicionales y dado que las obras propuestas se realizarían dentro del mismo corredor férreo existente, por lo que las obras fueron ejecutadas aplicando modificaciones menores o de ajuste normal. En ese mismo año se realizaron múltiples obras para la ampliación de la capacidad de la vía fundamentalmente en estaciones o apartaderos.

6. Con fundamento en el pronunciamiento del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial del mes de marzo de 2006, la capacidad de la vía férrea se aumentó con la ampliación de 12 apartaderos y la construcción de 2 nuevos (Canoas y Lleras). Lo anterior, desde una perspectiva técnica de capacidad disminuyó la longitud del cantón crítico (segmento de vía única más largo que es el que determina la capacidad máxima) de la vía lo cual tiene como consecuencia el aumento de su

capacidad. Estas obras incrementaron la capacidad acorde con el estudio ADIF del año 2007, quedando como cantón crítico el sector de 815 a Algarrobo..

7. Al finalizar el año 2006 y para comienzos del 2007, FENOCO contaba con una capacidad en su vía de más de 54 millones de toneladas métricas al año. Las obras se fueron adelantando a lo largo del año y su realización se les comunicaba a los usuarios mediante ´consignas` con lo cual, en términos prácticos y efectivos, de esa manera la disponibilidad de la capacidad ampliada de la vía se puso en conocimiento de ellos para su utilización.

8. ADIF –Asistente Técnico Operativo (ATO)- en estudio fechado el 19 de junio de 2007, concluye que la capacidad de la vía es de 45.8 millones de toneladas para trenes con 100 góndolas con 5.000 toneladas netas y de 54.9 millones de toneladas métricas para trenes con 120 góndolas con 6.000 toneladas métricas netas. Este estudio fue informado por FENOCO a C.I. Carbones el Caribe S.A. unos días más tarde.

9. La capacidad calculada por ADIF en el mencionado estudio se basa en la longitud del cantón crítico (sector vía única más largo). Si se compara el cuadro usado en el estudio de ADIF para determinar el Cantón Crítico, se puede comprobar que corresponde exactamente con las obras realizadas por FENOCO en el año 2006, lo que confirma que ese estudio informado en junio de 2007 se basa en las obras en funcionamiento en el año 2006. Dicho estudio de ADIF no es constitutivo de la capacidad férrea, sino que simplemente certifica su existencia

10. Hasta el año 2007, año en que los compromisos ´*take or pay*` derivados del Contrato de Asociación entraron a regir, la única compañía que transportaba carbón sobre la vía era Drummond Ltd. (sucursal Colombia), puesto que ninguno otro usuario, parte del Contrato de Asociación, estaba listo para usar la vía férrea como estaba previsto, y quienes debían construir las facilidades para conducir sus trenes desde las minas hasta la vía férrea gestionada por FENOCO.

11. En los años 2007 y 2008 C.I. Carbones del Caribe S.A. no usó la vía en los volúmenes mínimos de su compromiso ´*take or pay*`. La razón era que no estaba en posibilidad física o técnica de hacerlo. Esto solo sucedió en el año 2009, como lo evidencia el hecho de que solicitó autorización para el empalme de su puerto Río Córdoba el 17 de octubre de 2007 según carta dirigida a FENOCO y radicada en esa fecha. De otro lado, la orden de servicio para instalar el ´cambiavías` para el empalme solo vino a emitirla el 29 de mayo de 2009 en respuesta a la cotización de FENOCO del día anterior. Por el no uso de la vía C.I. Carbones del Caribe S.A. debía pagar el ´*take or pay*` establecido en el Contrato de Asociación, pues los volúmenes mínimos de transporte comprometidos para los años 2007 y 2008, no fueron cumplidos.

12. En el año 2007 sobre la vía se transportaron 22'760.365 toneladas métricas de carbón por parte de Drummond Ltd., cuando la capacidad de la vía excedía los 54 millones de toneladas por año, conforme al reporte de ADIF y el volumen garantizado de C.I.

Carbones del Caribe S.A. era de tan solo 2 millones de toneladas métricas, de suerte que para ese año, C.I. Carbones del Caribe S.A. habría podido cumplir su compromiso de transportar 1.4 millones de toneladas bajo la modalidad ´*take or pay*` convenida, pero de hecho no lo hizo porque no contaba con los medios para hacerlo.

13. De acuerdo con la decisión adoptada por la Junta Directiva en la sesión No. 64 del 22 de febrero de 2008, FENOCO procedió a facturar lo adeudado en virtud del acuerdo ´*take or pay*` por C.I. Carbones del Caribe S.A. correspondiente al año 2007, por la suma de $6.177.254.160, mediante la factura FEOC 03231. En el seno de la Junta Directiva de FENOCO y tal como se registra en las actas, quien ha sido el apoderado de C.I. Carbones del Caribe S.A. ante FENOCO se opuso a que se facturasen las obligaciones derivadas del convenio en mención.

14. La vía férrea venía siendo transitada de manera ininterrumpida por varios años atrás desde la zona de producción de carbón en el Cesar hasta el lugar llamado "*…puerto Drummond…"*, de donde solo quedan 7 kilómetros de vía férrea hasta el lugar llamado "*…puerto Prodeco…"*, tramo que coincide con la zona hotelera de la ciudad de Santa Marta y que únicamente sería usado por las compañías C.I. Prodeco S.A. y CDJ, puesto que los demás obligados por efecto de los compromisos ´*take or pay*`, incluyendo C.I. Carbones del Caribe S.A., emplearían para su operación puertos geográficamente situados, siguiendo la línea del ferrocarril en dirección Chiriguaná-Santa Marta, antes de "*…puerto Drummond"* tal y como se muestra en los planos que la demandante acompañó como prueba, incluyendo por lo tanto el denominado "*…puerto Rio Córdoba…"* de C.I. Carbones del Caribe S.A., es decir que las circunstancias que ocurriesen entre "*…puerto Drummond…"* y "*…puerto Prodeco…"* solo podrían afectar a la sociedad del mismo nombre y a su afiliada CDJ.

15. En desarrollo de las discusiones sobre el tema en el seno de la Junta Directiva de FENOCO, se produjeron algunas opiniones de abogados, incluyendo las del Secretario General de FENOCO y otras del abogado Eduardo Cárdenas en su calidad de asesor de la compañía, quien emitió su parecer exponiendo argumentos favorables a la posición adoptada por los accionistas vinculados por los compromisos ´*take or pay*`, conceptos éstos de carácter confidencial que, a juicio de FENOCO, nunca debieron divulgarse y que, además, rechazó por conducto de su Secretario General. Se trata de opiniones legales del abogado de FENOCO contenidas en documentos confidenciales de los cuales no cabe lícitamente hacer uso cono evidencia en su contra, pero en el contexto de esta discusión han sido indebidamente usados por las contrapartes de FENOCO que accedieron a ellos a través de la Junta Directiva de la entidad.

16. C.I. Carbones del Caribe S.A. mediante comunicación de 28 de marzo de 2008, asevera que le fue imposible acceder a la vía por falta de capacidad técnica de la misma y por los diversos requerimientos del Ministerio de Ambiente de actualizar el Plan de Manejo Ambiental. Alega igualmente que el Plan de Manejo Ambiental no estaba en firme y que las exigencias del Gobierno Nacional modificaron las condiciones del transporte en el tramo Chiriguaná – Santa Marta, así como las condiciones de operación de los Puertos carboníferos.

Como se indicó anteriormente, FENOCO no requería modificar el Plan de Manejo Ambiental vigente para desarrollar las obras que se realizaron en 2006 por inexistencia de impactos adicionales a los inicialmente previstos, lo cual fue reiterado en el año 2007 por el Ministerio en otros oficios dirigidos a FENOCO en el mes de junio y posteriormente en los meses de agosto y septiembre de ese mismo año.

17. El planteamiento cimentado en la inexistencia de capacidad técnica de FENOCO para cumplir para ese entonces con el volumen de tonelaje a transportar garantizado a sus accionistas se basaba en la apreciación de que solo existió dicha capacidad, en cuanto concierne a C.I. Carbones del Caribe S.A., luego de habérsele comunicado el estudio de ADIF antes mencionado, lo cual fue rechazado por FENOCO. Y de otro lado, el argumento de que no contaba esta última entidad con las autorizaciones ambientales para operar la vía eran infundados, pues la vía nunca dejó de operar y la autoridad ambiental no dispuso nada contrario en el año 2007, y más bien fue clara en expresar que no se requería modificar el Plan de Manejo Ambiental, sino que las actividades se podían realizar con fundamento en el artículo 27 del Decreto 1220 del 21 de abril de 2005.

18. Los hechos relativos a este punto en detalle son como siguen:

- Desde el mes de marzo del año 2006, FENOCO solicitó el concepto a la autoridad ambiental sobre la necesidad de modificar el Plan de Manejo Ambiental aprobado mediante la Resolución 751 de 2002 para adelantar los trabajos de Rehabilitación, Reconstrucción y Mantenimiento de la Vía Férrea con obras consistentes en construcción de nuevas estaciones, reubicación de estaciones, restauración de estaciones, prolongación de apartaderos. El Ministerio de Medio Ambiente, mediante concepto de marzo de 2006 de manera clara y explícita conceptuó que esas obras se podían realizar sin modificar el Plan de Manejo Ambiental.

- Bajo este concepto se desarrollaron todas las obras del año 2006 que ampliaron la capacidad de la vía a más de 54 millones de toneladas por año.

- Posteriormente en el año 2007, luego de terminadas las obras del 2006, mediante Resolución 615 del 10 de abril del 2007, se impuso medida preventiva, se abrió investigación, se formuló pliego de cargos y se tomaron otras determinaciones por la autoridad ambiental. Se ordenó a FENOCO suspender obras de la segunda línea de la vía, pero de ninguna manera se afectó con esta medida la operación de la vía existente, por la que siguieron circulando trenes sin problema alguno. En efecto, para los años 2007, circularon trenes de Drummond Ltd. y para el año 2008, circularon también trenes de C.I. Prodeco S.A. La suspensión fue para la segunda vía, que en nada afecta la operación de la vía existente, como tampoco las obras de ampliación de su capacidad ya ejecutadas en 2006 y otras obras realizadas con autorización del Ministerio en 2007.

- El 1 de octubre del 2007 la Dirección de Licencias Ambientales a través del oficio MAVDT 2400-2-54021 decidió que para que FENOCO utilice la infraestructura existente en el corredor férreo entre Puerto Drummond y demás Puertos de Santa Marta (los 7 últimos kilómetros de la vía), para el incremento del tránsito de trenes carboneros deberá, de manera previa al inicio de dicha actividad, actualizar y presentar para aprobación ante este Ministerio el Plan de Manejo Ambiental aprobado mediante Resolución 0751 de 5 agosto de 2002, con la inclusión de las medidas necesarias para prevenir, mitigar, corregir y/o compensar los impactos que se puedan presentar en el área de influencia de la operación del corredor férreo. Este medida se refería a ciertos requisitos para el tramo final de 7 kilómetros que es la zona hotelera.

- Esta medida solo afectaba el tramo de la línea entre Puerto Drummond y demás puertos de Santa Marta, es decir el tramo final de 7 kilómetros de la línea que es el área hotelera. No afecta la línea entre Chiriguaná y Puerto Drummond, que es el segmento en el que C.I. Carbones del Caribe S.A. podría ser afectado, a pesar de lo cual esta compañía alegó que FENOCO estaba impedido legalmente para recibir trenes, lo cual no es cierto para el tramo de interés de C.I. Carbones del Caribe S.A. De hecho el tráfico de trenes continuó sobre la vía normalmente y sin inconveniente para la autoridad ambiental.

- Un mes más tarde, el Ministerio de Ambiente emite dos Resoluciones, la 2018 de 19 de noviembre de 2007 para el tramo final de 7 kilómetros de la línea entre ´puerto Drummond` y ´puerto Prodeco`, y la Resolución 2019 de la misma fecha para el tramo de Chiriguaná hasta ´puerto Drummond`, que es el tramo en el que C.I. Carbones del Caribe S.A. puede resultar afectado.

- La Resolución 2018 de 2007 dispuso para el tramo ´puerto Drummond - puerto Prodeco`, vale decir los últimos 7 kilómetros de la vía, una prohibición de tránsito en la línea entre las 11 PM y las 5 AM. Esta medida no afecta a C.I. Carbones del Caribe S.A. puesto que no usaría este segmento final de la línea, pues su puerto, llamado Río Córdoba, estaba ubicado antes de llegar a ´puerto Drummond`. Igualmente impuso una restricción para los trenes de los usuarios de la línea limitando la carga de carbón solamente hasta el 80% de la capacidad de los vagones, medida que mantuvo vigencia hasta el 31 de julio de 2008 y no afecta a FENOCO en la capacidad ofrecida sino al usuario, puesto que aquella no opera trenes.

- La citada Resolución 2018 fue recurrida y no estuvo en firme en 2007.

- La Resolución 2019 de 2007, para el tramo de Chiriguaná – ´puerto Drummond ` incluyó una serie de órdenes de la autoridad ambiental que de ninguna manera afectaron la operación de la vía o la capacidad ofrecida por FENOCO a sus usuarios *Take or Pay*, en particular C.I. Carbones del Caribe S.A. En efecto los trenes que se presentaron a la vía pudieron transitar sin problema alguno en el tramo Chiriguaná - ´puerto Drummond`. La Resolución dispone una restricción

para los trenes de los usuarios de la línea de cargar solamente hasta el 80% de la capacidad de los vagones. Esta medida no afecta a FENOCO en la capacidad ofrecida sino al usuario puesto que FENOCO no opera trenes y de ninguna manera afecta la capacidad de la vía, puesto que se mide en toneladas métricas año y esta medida no limita el peso, sino solamente la necesidad de un espacio entre el carbón transportado y la altura máxima del vagón para evitar derrame de carbón. Rápidamente los usuarios implementaron un sistema para satisfacer esta necesidad y esta medida se levantó el 31 de julio de 2008, lo cual evidencia que de ninguna manera puede ser un evento de fuerza mayor.

- La citada Resolución fue recurrida y no estuvo en firme en 2007. Es decir que ninguna de las medidas de la Resoluciones 2018 y 2019 estuvieron en firme en el año 2007.

- En el año 2008, desde el mes de enero circularon trenes por toda la vía, incluyendo los últimos 7 kilómetros por cuanto lo dispuesto por la autoridad ambiental jamás afectó la operación de la vía para CI Carbones del Caribe S.A. A la vía comenzaron a entrar los trenes de la sociedad C.I. Prodeco S.A. que usaban el último tramo de 7 kilómetros, sin restricción diferente de la nocturna para ese tramo exclusivamente, todo lo cual indica que los trenes de CI Carbones del Caribe S.A. habrían podido entrar a la vía.

19. En el año 2008 los únicos que transportaron carbón sobre la vía fueron las compañías Drummond y Prodeco en total de 26'854.670 toneladas, por lo que la capacidad por encima de dicha cifra estuvo disponible para garantizar los 2.5 millones garantizados a C.I. Carbones del Caribe S.A.

20. C.I. Carbones del Caribe S.A. dejó de cumplir para los dos años -2007 y 2008- las obligaciones de compra en firme (*take or pay*) contraídas y valiéndose de su presencia en el cuerpo directivo colegiado de FENOCO, buscó que el pago de las ameritadas obligaciones no le fuera exigido. En agosto de 2008 dicha sociedad se dirigió a FENOCO para expresar que no había capacidad en la línea por no contar con los permisos ambientales, citando decisiones del Ministerio de Ambiente con argumentos que solo le aplican al tramo ´puerto Drummond – puerto Prodeco`, omitiendo indicar que no estuvo listo para usar la vía en los años 2007 y 2008.

21. En los años 2007 y 2008 los trenes de estas dos entidades rodaron sin que alguna autoridad ambiental se opusiera por la falta de capacidad que argumenta C.I. Carbones del Caribe S.A. existió, quien nunca solicitó el uso de la línea ni presentó un solo tren para transportar carbón en la vía. Solo rodaron con limitación del 80% de carga, lo que no afectaba la capacidad de la línea, sino eran requisitos que debían cumplir los usuarios operadores de los trenes.

22. En síntesis, dice la demanda, durante los años 2007 y 2008 C.I. Carbones del Caribe S.A. no presentó un solo tren para transportar carbón en la vía. Y la verdad es que no

tenía cómo hacerlo, toda vez que no contaba con las facilidades para el efecto en el ´puerto Rio Córdoba` de su propiedad, siendo este el verdadero motivo de tal omisión y no la infundada versión de la imposibilidad de uso de la infraestructura en mención debido a restricciones medioambientales, cuando es un hecho cierto que durante ese lapso rodaron trenes a lo largo de la vía.

23. El 8 de enero de 2009 FENOCO remitió a C.I. Carbones del Caribe S.A. una factura por el cobro del ´*take or pay*` del año 2008 por valor de $8.716.347.150, la cual fue rechazada y a la fecha no ha sido cancelada.

24. En el mes de diciembre de 2008, C.I. Carbones del Caribe S.A. cedió su posición en el Contrato de Asociación a Diamond Coal Ltd., sociedad subordinada de la compañía Vale Do Río Doce – Vale S.A. No obstante dicha cesión, la cedente seguiría siendo responsable por la reclamación derivada del compromiso ´*Take or Pay*` de los años 2007 y 2008.

25. En el año 2012 Diamond Coal ltd., cedió su posición contractual a las sociedades del grupo Goldman Sachs. Posteriormente Colombia Purchase Co. S.A.S. fue cesionaria de dicha posición contractual y posteriormente se fusionó con NRI Cayman Ltd, pero antes de dicha fusión cedió su posición contractual en el Contrato de Asociación a Natural Resources Investments S.L. quien finalmente cedió su posición a CNR TRANSPORT S.A.S., demandada en su calidad de causahabiente CI Carbones del Caribe S.A. y actual responsable del compromiso ´*take or pay*` correspondiente a los años 2007 y 2008.

    CNR TRANSPORT S.A.S. ha aceptado expresamente el llamamiento que se le hace a responder por el compromiso ´*Take or Pay*` de los años 2007 y 2008 asumido por C.I. Carbones del Caribe S.A., sin que por ello haya aceptado que adeuda el valor de ese compromiso cuyo pago reclama FENOCO.

26. Para solucionar tal diferencia, los usuarios con compromisos *Take or Pay* derivados del Contrato de Asociación suscribieron en el mes de diciembre de 2012 un compromiso arbitral denominado Private Agreement para someter sus diferencias a un Tribunal de Arbitramento Internacional. En desarrollo de dicho Tribunal, FENOCO presentó demanda contra CNR TRANSPORT S.A.S. por los compromisos *Take or Pay* de 2007 y 2008, la cual fue contestada en su oportunidad.

27. Sin embargo, posteriormente las partes que suscribieron el Private Agreement concluyeron que la disputa entre FENOCO Y CNR TRANSPORT S.A.S., originada en el afirmado incumplimiento del compromiso ´*Take or Pay*` en los años 2007 y 2008 por parte de C.I. Carbones del Caribe S.A., se excluyera del aludido arbitraje internacional y en consecuencia se suscribió el pacto arbitral base del presente proceso.

4.3. Contestación de la demanda principal y formulación de excepciones

Al contestar la demanda, la compañía convocada CNR TRANSPORT S.A.S. se opuso a todas las pretensiones en su contra deducidas por la convocante y se pronunció sobre los hechos admitiendo algunos como ciertos, otros de manera parcial y negando los restantes.

Adicionalmente, dentro del planteamiento defensivo presentado formuló la misma entidad las siguientes excepciones de mérito que fundamenta del modo que se reseña a continuación:

"3.1. No aplicación de Compromiso Take or Pay por falta de capacidad técnica"

- Según lo notificado por FENOCO por escrito y contrario a lo que sostiene la demandante, la capacidad de la línea férrea solo estuvo disponible a partir del 20 de junio de 2007 y que por tal motivo el volumen *Take or Pay* debía reducirse en forma proporcional en el año 2007, tal como lo han indicado los asesores legales de la propia FENOCO en comunicación del 20 de mayo de 2008, al señalar que como no estaba disponible la capacidad desde el 1 de enero de 2007, dando aplicación al artículo 2.11 del anexo 2 del Contrato de Asociación, el compromiso debía reducirse.

  De dicha comunicación se concluye que la reducción se aplicaba a todos los usuarios de la línea férrea así no estuvieran listos para transportar carbón desde enero de 2007.

- En comunicación del 24 de junio de 2008 del Secretario General de FENOCO se sostiene que la capacidad de la vía férrea estaba disponible desde el 1 de enero de 2007 y no desde el 20 de junio de ese año como lo había indicado esa entidad en comunicaciones previas dirigidas a sus accionistas.

- Con ocasión de dicha comunicación del Secretario General de FENOCO, sus asesores legales, en comunicación del 18 de junio, decidieron modular el concepto por ellos mismos emitido inicialmente, para indicar que la capacidad estaba disponible desde el 1 de enero de 2007 y no desde el 20 de junio de ese año.

"3.2. No aplicación del Compromiso Take or Pay por falta de capacidad legal"

- La alegada falta de capacidad jurídica deriva, al decir de la convocada, de la aplicación de controles medioambientales a la operación de FENOCO en desarrollo del proyecto de Rehabilitación, Reconstrucción y Mantenimiento de la red férrea del Atlántico en el tramo Bogotá-Santa Marta, establecidas dichas restricciones primeramente en la Resolución 0751 de 5 de agosto de 2002, por medio de la cual se adoptó por el Ministerio del ramo el correspondiente Plan de Manejo Ambiental (PMA), normatividad administrativa ésta cuya modificación se hizo necesaria posteriormente, a raíz de la decisión gubernamental de realizar, siguiendo las directrices trazadas en el documento CONPES 3394 de 17 de noviembre de 2005, la ampliación de la capacidad de transporte de carga de la línea en mención para el *"…tramo carbonero La Loma-Puerto Drummond…"*, de manera que la nueva determinación reglamentaria era requisito indispensable para la circulación de los trenes de los inversionistas privados, accionistas de FENOCO, en ese tramo. Para el efecto, solo hasta cuando cobraron firmeza las resoluciones 2018 y 2019 del 19 de noviembre de 2007, expedidas por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y en las cuales se incluyó dicha ampliación de la vía férrea, FENOCO contó con la autorización ambiental habilitante para permitir y gestionar el tránsito de trenes privados de nuevos usuarios, distintos a los cubiertos por el Contrato de Operación, suscrito con fecha 13 de septiembre de 1999 entre la extinta Ferrovías y la compañía Drummond Ltd.

- El incremento de tránsito necesario para la operación de usuarios nuevos incluyendo a C.I. Carbones del Caribe S.A., estaba condicionado a la actualización del PMA de la línea férrea, según se incorporó en las resoluciones antes mencionadas y que quedaron en firme el 18 de marzo de 2008, circunstancia que fue expuesta por C.I. Carbones del Caribe S.A. a FENOCO en comunicación del 19 de agosto de 2008 y previamente en la comunicación del 28 de marzo de 2008 en la que se rechazó la factura correspondiente al *Take or Pay* del año 2007.

- Las razones de hecho y de derecho expuestas hacen aplicable el artículo 2.11 del Anexo 2 del Contrato de Asociación que establece que ante la falta de capacidad disponible el compromiso *Take or Pay* y el Volumen garantizado deben reducirse proporcionalmente.

"3.3. No aplicación del compromiso Take or Pay por fuerza mayor"

- Según el artículo 2.6 del Anexo 2 del Contrato de Asociación, por circunstancias de fuerza mayor el cumplimiento del compromiso *Take or Pay* asumido por los accionistas de FENOCO, no les era exigible, en tanto que tales circunstancias persistieran.

- La modificación del PMA del Río Córdoba configuró un acontecimiento inopinado, constitutivo de fuerza mayor para C.I. Carbones del Caribe S.A. lo que le impidió cumplir con el compromiso en referencia durante el año 2008.

- En efecto, la planificación ambiental aludida incluyó desde un principio la construcción y operación del *"…loop férreo…"* en el Puerto Río Córdoba y del ramal de empalme con la red ferroviaria concesionada a FENOCO, y no le era posible a aquella sociedad prever que, con posterioridad a la celebración del Contrato de Asociación, tendrían lugar nuevas exigencias administrativas de control ambiental con incidencia en la operación portuaria y de conducción ferroviaria de carga para ser embarcada, las cuales afectaron la construcción y operación de las obras mencionadas, lo que no le permitió a C.I. Carbones del Caribe S.A., durante los años 2007 y 2008, llevar a cabo el transporte de carbón haciendo uso del tramo Chiriguaná-Santa Marta conforme se obligó a hacerlo en el Contrato de Asociación (Anexo 2).

"3.4. Prescripción de la Acción de FENOCO"

- Se fundamenta esta excepción en el contenido del artículo 2543 del Código Civil, argumentando que la parte demandante se ha negado a aceptar que en ejecución del Contrato de Asociación se prestaban varios servicios a los inversionistas privados como se indica en los hechos de la demanda y, además, la convocada nunca ha reconocido la existencia de las obligaciones de FENOCO, por lo que se concluye que la acción de cuyo ejercicio da cuenta la demanda, se encuentra prescrita.

"3.5. Excepción genérica"

- Por último, con fundamento en el artículo 282 del Código General del Proceso alega en su favor la demandada cualquier hecho que el Tribunal encuentre debidamente probado y que pueda enervar las pretensiones de la demandante.

II. ETAPA PROBATORIA Y ALEGACIONES FINALES

1. PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE

El 9 de marzo de 2016 se llevó a cabo la Primera Audiencia de Trámite, en la que mediante Auto No. 5, tras memorar el pacto arbitral y previa exposición de las consideraciones pertinentes con arreglo a la ley, el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver en derecho el litigio sometido a su conocimiento.

2. ETAPA PROBATORIA

Por Auto No. 6 proferido en la Primera Audiencia de Trámite (folios 254 a 262 del C. Principal No. 1), el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes en las oportunidades procesales dispuestas en la ley y para el efecto, la etapa probatoria se desarrolló así:

2.1. Pruebas Documentales

El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una corresponda, los documentos aportados por las partes en las oportunidades procesales establecidas en la ley, así como aquellos aportados por algunos de los testigos en el transcurso de sus declaraciones.

2.2. Testimonios y declaración de parte

Se decretaron y practicaron las pruebas de declaración de parte rendida por el representante legal de la sociedad convocante y los testimonios de las personas que se indican a continuación, cuyas declaraciones fueron grabadas y las correspondientes transcripciones fueron entregadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se incorporaron al expediente.

- El 11 de abril de 2016 se recibió la declaración de parte del representante legal de la sociedad convocante, señor Patrick Lionel Ross, así como el testimonio del señor Oscar Eduardo Cuervo Méndez.

- El 13 de abril de 2016 se recibieron los testimonios de los señores Marco Francisco Puccini Locatelli, Ramiro Rivera Roldán, Carlos José López Gutiérrez y Carlos Alberto Toledo Arenas.

- El 27 de abril de 2016 se procedió a continuar con la declaración de parte del señor Patrick Lionel Ross y adicionalmente se recibieron los testimonios de los señores Pablo Arias Amézquita y Gustavo Adolfo Ríos Cardona.

- El 28 de abril de 2016 se recibió el testimonio del señor Hernando Vallejo Monsalve.

Luego de haber sido decretado, la parte convocada desistió de la práctica del testimonio del señor Peter Borrowes, desistimiento que fue aceptado.

3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En audiencia celebrada el 10 de junio de 2016, las partes oralmente presentaron sus conclusiones finales acerca de los argumentos de convicción resultantes de la prueba producida en el proceso, al igual que los correspondientes resúmenes escritos, incorporados estos al expediente (Cfr. Fls. 321 a 503 del C. Principal No. 1 y 1 a 342 del C. Principal No. 2).

III. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

El término de duración del presente proceso es de seis (6) meses por mandato del artículo 10 de la Ley 1563 de 2013 como quiera que las partes no pactaron nada distinto al respecto. Su cómputo se inició a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, es decir, el 9 de marzo de 2016, por lo cual dicho plazo habría vencido el 8 de septiembre de 2016.

Sin embargo, por solicitud de las partes el proceso estuvo suspendido en los siguientes espacios de tiempo:

Suspensión decretada	Días
Acta No. 4 – Auto No. 7, entre el 10 de marzo y el 10 de abril de 2016	19

Acta No. 6 – Auto No. 9, entre el 14 y el 26 de abril de 2016	9
Acta No. 8 – Auto No. 10, entre el 29 de abril y el 9 de junio de 2016	27
Acta No. 9 – Auto No. 11, entre el 11 de junio y el 19 de septiembre de 2016	68

Número total de días en que el proceso estuvo suspendido	123

Teniendo en cuenta que el artículo 2.45 del Reglamento de Arbitraje Nacional del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, tan solo permite a las partes solicitar la suspensión del proceso por un tiempo que sumado no exceda 120 días, el Tribunal tan solo tomará como término de suspensión ciento veinte (120) días, que sumados a los del término de duración del Tribunal, llevan a concluir que éste vence el **dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017)**. Por lo anterior, la expedición del presente Laudo es oportuna y se hace dentro del término consagrado en la ley.

IV. PRESUPUESTOS PROCESALES Y FUNDAMENTOS DEL LAUDO

Primeramente se encuentra que las partes son plenamente capaces y están debidamente representadas. De conformidad con los documentos que obran en el expediente, FENOCO y CNR TRANSPORT S.A.S. son personas jurídicas que tienen su domicilio respectivamente en las ciudades de Bogotá y Barranquilla, e igualmente cada una de ellas actuó por conducto de apoderado reconocido en el proceso.

Asimismo, mediante Auto No. 5 proferido en la Primera Audiencia de Trámite, el Tribunal confirmó esa capacidad de las partes y verificó su debida representación; que las partes habían consignado oportunamente la totalidad de los montos por concepto de gastos y honorarios; que el convenio arbitral fundamento y límite a la vez del presente proceso, está ajustado a Derecho y tiene por objeto un conflicto de intereses de estirpe contractual entre las entidades compromitentes que versa sobre materias claramente disponibles, y que, en consecuencia, tenía para ese momento, y todavía conserva, competencia para resolver. Y a su vez, el escrito de demanda reúne las exigencias necesarias para que este mismo propósito, toda vez que satisface plenamente los requisitos formales previstos en el artículo 82 y siguientes del Código General del Proceso.

En síntesis, del recuento que antecede se sigue que la relación procesal existente en el presente caso se constituyó regularmente y que en el desenvolvimiento del trámite no se configura defecto alguno que pueda invalidar, en todo o en parte, la actuación surtida, y que por no encontrarse saneado imponga al Tribunal la necesidad de dar aplicación al artículo 137 del Código General del Proceso, por lo cual resulta procedente decidir acerca del mérito de la controversia sometida a arbitraje por las partes, y para el efecto son conducentes las siguientes,

C O N S I D E R A C I O N E S

Asumiendo que en último análisis el objeto del presente proceso arbitral se circunscribe, visto el contenido petitorio de la demanda y las excepciones de mérito deducidas en la contestación de la misma, a establecer si en efecto le asiste a la entidad convocante el derecho a la prestación a cuyo cumplimiento solicita se declare que se encuentra obligada la convocada, prestación consistente en el pago por parte de esta última a aquella *"…del volumen Take or Pay por los años 2007 y 2008…"* a cargo de C.I. Carbones del Caribe S.A. de conformidad con el Contrato de Asociación celebrado el 27 de marzo de 2006 entre Consorcio Minero Unido S.A. (CMU), Carbones de Los Andes S.A. (Carboandes), Carbones del Cesar (CDC), C.I. Carbones del Caribe S.A. (Caribe), Carbones de la Jagua S.A. (CDJ), Prodeco S.A. (Prodeco) y Drummond Coal Mining LLC (DCM), el estudio del caso sub-exámine y la decisión que habrá de ponerle fin, requiere en lo esencial ocuparse primeramente de precisar la naturaleza y los alcances del vínculo negocial de índole asociativa en mención (1); cerciorarse a continuación si a la luz de las conclusiones a que sobre el particular se llegue, tiene fundamento el enfático reproche que la convocante le hace al comportamiento del apoderado de la convocada, el cual le sirve de base a pruebas documentales obrantes en esta actuación, obtenidas por lo tanto ilícitamente (2); determinar la existencia y el alcance de aquella prestación dineraria cuyo cumplimiento demanda la convocante, llamada por las partes *"…Obligación Take or Pay…"* (3); considerar las excepciones de mérito de falta de capacidad técnica y legal de la convocante para cumplir con el volumen garantizado en toneladas anuales de capacidad de transporte de carbón a cada uno de sus accionistas –inversionistas privados- en el tramo Chiriguaná-Santa Marta de la red ferroviaria del Atlántico, no aplicabilidad, por imposibilidad de cumplimiento por fuerza mayor, del compromiso *Take or Pay* por parte de C.I. Carbones del Caribe S.A., y prescripción extintiva, formuladas por la parte convocada al darle respuesta a la demanda (4); y en fin,

indicar a modo de síntesis final, los pronunciamientos que en el laudo corresponde efectuar sobre las pretensiones objeto de la demanda (5).

1. NATURALEZA JURÍDICA Y ALCANCES DEL *CONTRATO DE ASOCIACIÓN* Y DE OTRAS RELACIONES JURÍDICAS

En desarrollo del Contrato de Concesión celebrado entre FERROVÍAS, cedido por ésta a INCO, y FENOCO, de fecha 9 de septiembre de 1999, para la rehabilitación, reconstrucción, conservación, operación y explotación de la infraestructura de transporte de la Red Férrea del Atlántico, en la esfera de la libertad contractual y con sustento en el principio de la autonomía privada o de la voluntad, con el aval y manifestaciones del Ministerio de Transporte, surgió a la vida jurídica el *Contrato de Asociación* de 27 de marzo de 2006, entre un grupo de siete inversionistas privados, ya mencionados, con el objeto de asociarse en pos de comprar el 100% de las acciones de FENOCO, de manera independiente con cada uno de ellos; establecer los acuerdos entre accionistas o inversionistas privados; convenir la forma y condiciones para la adquisición y pago, sin solidaridad, de las obligaciones y derechos de las partes; así como los términos del Acuerdo de Modificación al Contrato de Concesión y de su ejecución.

Sin duda, de la lectura del documento obrante a Fls. 64 a 148 del C. 2 de Pruebas del expediente se sigue que el Contrato de Concesión celebrado inicialmente por Ferrovías con FENOCO y posteriormente asumido por el INCO, se estructuró en el ámbito propio de esa clase de contrato estatal como previene el Artículo 32-4 de la Ley 80 de 1993, en cuanto al concesionario FENOCO se le confirió la gestión de la infraestructura de transporte férreo de la Nación, conocida con la denominación de *"…Red Férrea del Atlántico…"*, con el derecho a explotar y operar, luego de cumplido el período de transición el 31 de diciembre de 2006, el tramo entre Chiriguaná (Cesar) y Ciénaga (Magdalena) por un lapso de treinta años. Como contraprestación FENOCO debe efectuar a su costo y riesgo la construcción, rehabilitación-reconstrucción, conservación y operación de la infraestructura concedida, en cuanto fueran necesarias para garantizar tanto la operación eficiente de tal infraestructura como la adecuada prestación del servicio de transporte férreo y de asegurar la capacidad de la vía, *entregándosele con tal propósito* la tenencia de la totalidad de los bienes que son puestos a su disposición a título de *"…concesión de infraestructura…"* de conformidad con la Cláusula 1ª del Contrato en mención, y a

modo de contrapartida económica de la gestión a su cargo, recibe la concesionaria una remuneración cuyos componentes son los siguientes: - los recursos derivados de la cesión del recaudo de la tarifa, en los términos establecidos por el Ministerio del Transporte para los tramos Chiriguaná-Ciénaga y Ciénaga- Santa Marta; - los recursos derivados de los derechos de ingreso durante el año 2006; - La totalidad de los recursos que FENOCO obtenga como producto de la explotación comercial de la infraestructura recibida en concesión, incluyendo las sumas que cancelen terceros por el servicio de transporte de carga; y – los recursos derivados de la explotación del contrato operacional de Drummond Ltd.

Se trata, pues, de una modalidad concesional de gestión de los servicios de una infraestructura ferroviaria de dominio público en virtud de la cual FENOCO, como concesionario, tiene la labor de administración y operación de dicha infraestructura, de realizar el control del tráfico ferroviario y de vigilar y asegurar el cumplimiento de las normas reguladoras del funcionamiento y utilización de la misma, al igual que desarrollar las actividades relacionadas con la operación del material rodante, facultándola para subcontratar. En la concesión se permite que terceros, a través de contratos privados de operación, pueden tener acceso para la utilización del corredor férreo; y se dice terceros para significar que no es directamente el concesionario FENOCO sino persona ajena al acuerdo inicial de naturaleza contractual origen de la concesión, por manera que esa habilitación no significa que FENOCO se despoja de su compromiso o deber de prestación, explotación del servicio de transporte, sino que permite que personas jurídicas, aunque accionistas de ella pero al fin terceros en el sentido indicado, puedan transportar el carbón con sus propios trenes y vagones, contando necesariamente con el derecho de uso de la línea férrea.

En el *Contrato de Asociación* acordaron los inversionistas, para los efectos de la compra de las acciones de FENOCO, tanto el precio como la forma de pago a cargo de cada uno de ellos, incluyendo la regulación de las tarifas a tenerse en cuenta. Del mismo modo, se señalaron las obligaciones de los inversionistas privados; se determinó el compromiso *take or pay*, consignado en uno de los anexos (anexo 2); se señaló el deber de pagar el derecho de ingreso, así como el porcentaje del precio de las acciones; y de suscribir contrato de operación –Acuerdo de Usuarios – conforme con el Anexo 3, que finalmente no se suscribió.

En este orden de ideas, resulta sin duda relevante considerar, en las relaciones surgidas entre FENOCO y sus accionistas - los llamados *"… inversionistas privados…"*- el compromiso *take or pay* que estos últimos definieron en el Acuerdo de Accionistas de 27 de marzo de 2006 (Cfr. Fls. 190 a 264 del C. 2 de pruebas) como: *"… la obligación de cada uno de los Accionistas y demás usuarios de la Red Férrea del Atlántico según la cual cada uno de los Accionistas y Usuarios Take or pay, individualmente considerados, se compromete a pagar a FENOCO por un número fijo de toneladas anuales, sin importar si tal volumen fue o no transportado por el Usuario, y FENOCO garantiza un volumen de capacidad de transporte, de acuerdo con lo previsto en el Anexo 2 del Contrato de Asociación", de manera* que a través de este compromiso "…*take or pay…"* entre FENOCO y los inversionistas privados, convertidos en sus accionistas, se creó una relación de relevancia, con particulares efectos sustanciales cual se precisará más adelante.

Al mismo tiempo convinieron los inversionistas privados, convertidos en accionistas de FENOCO, en otras clases de relaciones encaminadas a la efectividad del propósito negocial de la adquisición de las acciones y de la participación en el desarrollo de la concesión y, por ende, en el uso de la línea férrea para el transporte de carbón, con un grado de conexidad que se imponía de manera integral, bajo el entendido que se cumplía o se asociaba con el objetivo de la concesión. Incluso, como consta en el Anexo 3, que también forma parte del *Contrato de Asociación,* suscribieron los inversionistas *"El Acuerdo de Accionistas de Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A.-FENOCO"* con el fin de regular, amplísimamente, la manera de llevar a cabo las actividades operativas y de servicios de FENOCO, y la relación de los inversionistas con ésta. En efecto, en el mencionado Acuerdo de Accionistas de FENOCO de 27 de marzo de 2006, se reguló, valga reiterarlo, lo concerniente a los derechos y obligaciones de quienes tomaron parte en su celebración, identificándose el contenido del compromiso de compra en firme o *take or pay* y, además, haciéndose explícita la manifestación de que al concertar tal convenio, CMU, CARIBE, CARBOANDES, CDC, CDJ, PRODECO y DRUMMOND en su calidad de accionistas firmantes, tuvieron la intención de regular la forma en que se llevarán a cabo los negocios de FENOCO en consonancia con el principio operativo fundamental, allí mismo fijado con arreglo al título concesional atrás referido y que constituye el engranaje central en función del cual se encuentran vinculadas entre sí las susodichas relaciones, consistente ese principio en *"…la operación correcta y eficiente del tramo Chiriguaná-Santa Marta…"* realzado con la manifestación complementaria, efectuada por todas las partes, en el

sentido de que *"…cualesquiera disputas entre ellas no podrá impedir la operación eficiente (incluyendo, sin limitarse a, el mantenimiento necesario o apropiado) …"* de dicho tramo. En consecuencia, para los efectos contractuales que correspondan define el Acuerdo, en los siguientes términos, el llamado *"…Negocio de FENOCO…"* sobre el que autónomamente hicieron convergir su interés asociativo individual los accionistas: *"…1. Ser el titular del contrato de Concesión, y por lo tanto, su desempeño como concesionario bajo el mismo; 2. Llevar a cabo todas las actividades previstas en el contrato de Concesión de una forma responsable y eficiente al máximo nivel, consistentemente con consideraciones de responsabilidad y técnicas; 3. La construcción del proyecto inicial, así como el desarrollo continuado, operación y mantenimiento del tramo Chiriguaná-Santa Marta (…) así como las instalaciones requeridas para estos fines; 4. Adelantar todas las operaciones que se requieran bajo el Acuerdo Operativo; 5. La investigación y, si es procedente, la implementación de cualquier proyecto posterior al Proyecto Inicial; 6. La celebración de compromisos Take or Pay con los accionistas y con terceros interesados en acceder al tramo Chiriguaná-Santa Marta, reflejando el compromiso de compra en firme (take or Pay) de tales usuarios; y en fin, 7. Adelantar cualesquiera actividades accesorias relacionadas con el desarrollo del contrato de Concesión…".*

Si bien las partes denominaron el contrato de *Asociación*, no puede decirse que este convenio encaja con precisión en alguno de los tipos contractuales societarios regulado, nominado o disciplinado en el ordenamiento jurídico. Con todo, los intervinientes negociales determinaron su contenido y establecieron los derechos y las obligaciones, con sujeción a la autonomía privada, y con acatamiento de los límites impuestos por las normas imperativas y las buenas costumbres.

La fuerza vinculante del denominado *Contrato de Asociación* resulta incuestionable, entre los inversionistas privados de FENOCO, a manera de *accionistas*. Precisamente, los otorgantes, para alcanzar los propósitos de incrementar y desarrollar las actividades de transporte férreo en la región norte de Colombia y fortalecer la entidad que funge como concesionaria de la respectiva línea, juntaron recursos económicos para adquirir las acciones de FENOCO, tanto en cantidad y valores como en proporción al volumen máximo de carga anual que cada inversionista privado o accionista garantizaría a la entidad concesionaria para el transporte del carbón. Esto es, los propios inversionistas se vincularon con FENOCO para contar con el derecho al aprovechamiento o uso de la red férrea concesionada, dentro de la esfera de las

actividades de FENOCO como concesionario; y de ese modo los inversionistas adquirían derechos de usuario de la red férrea y de operador de los trenes y vagones.

A la vez, se conectó e integró el Contrato de Asociación con 10 anexos, entre los cuales, en el 1, se fijaron las tarifas a pagar, determinadas por el Ministerio de Transporte para el transporte del carbón, con efectos remuneratorios a cargo de los inversionistas privados, y de esa manera convertirse individualmente, al mismo tiempo, en usuarios del concesionario FENOCO; esto es, se prestablecieron las condiciones prestacionales económicas correspondientes por el uso o aprovechamiento del tramo férreo. Y al mismo tiempo acordaron las tarifas que regirían las relaciones de FENOCO con los accionistas; y serían las que fijara el Ministerio de Transporte.

Ahora bien, con el compromiso *take or pay,* cada inversionista privado, como usuario del tramo férreo señalado, contaba con un volumen garantizado de transporte, correspondiéndole a C.I. Carbones del Caribe: Año 2007: 2 millones de toneladas de volumen garantizado y 1,40 millones de toneladas de volumen *take or pay*; 2008: 2,5 y 1,75 millones de toneladas; 2009: 3,0 y 2,10 millones toneladas; 2010: 3,5 y 2,45 millones toneladas; 2011: 3,5 y 2,45 millones toneladas; 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016: 3,5 y 2,45 millones de toneladas.

Mediante el compromiso *take or pay*, incluido en el Anexo 2, válido por el término de diez años, se incorporaron las reglas que los inversionistas privados, como usuarios, acordaron, en desarrollo del contrato de Asociación y de la garantía individual del transporte por ferrocarril, que FENOCO proporcionaría a los inversionistas privados por el **uso** del tramo férreo Chiriguaná-Santa Marta, con volumen garantizado en toneladas de carbón anualmente, con la expresa advertencia que, si el usuario o accionista no cumplía con el transporte del volumen garantizado, pagaría, incondicionalmente, la tarifa pactada por el total del volumen *take or pay* a transportar por año, que sería igual al 70% del volumen garantizado.

Si el inversionista usuario cumple con el compromiso *take or pay* anual de transporte, en los términos pactados, queda liberado de sus obligaciones para con FENOCO, en el período respectivo. Y en el evento de transportar un volumen superior de toneladas de carbón del compromiso *take or pay*, para el correspondiente período, se tendrá como un crédito para ser aplicado en los dos años inmediatamente siguientes.

Por el contrario, si el transporte de toneladas de carbón llega a ser inferior al volumen *take or pay*, el usuario puede usar los créditos que hubiere acumulado en los dos años inmediatamente anteriores. Y si el volumen *take or pay*, para ese año, no es cubierto, usando el carbón efectivamente transportado y los créditos acumulados en los dos años precedentes, la consecuencia queda advertida "*…el Usuario Take or pay deberá pagar a FENOCO, dentro de los quince (15) días del año siguiente, la tarifa equivalente al volumen faltante del Volumen Take or pay que no haya sido transportado".* Como quiera que se puede transportar carga distinta al carbón, el pago a cargo del usuario se hace conforme con la tarifa establecida por el Ministerio de Transporte, y se acredita contra el volumen *take or pay* del respectivo usuario.

Del mismo modo, y siguiendo el principio general de los contratos en torno a las causales de exoneración o liberación, en el documento de compromiso *take or pay* se pactó que si por razón de un evento de fuerza mayor, ya sea referible al usuario o accionista o a FENOCO, de tal magnitud que el inversionista no pudiera transportar el volumen mínimo de toneladas garantizado, mientras persistiera el fenómeno impeditivo de las características que la doctrina ha reconocido, la obligación no sería exigible al usuario y el tiempo para su cumplimiento, se prorrogaría acorde con el tiempo de dificultad. En caso contrario, la responsabilidad del inversionista privado o accionista adquirente, según el compromiso *take or pay,* sería plena en cuanto no podía liberarse del deber de pagar el volumen anual garantizado si no mediaba algún factor de exoneración. Y si a FENOCO no le fuera posible cumplir con su obligación, debido a un evento de fuerza mayor que no permitiera el acceso a la línea para el transporte del volumen garantizado a cada usuario *take or pay*, este se reduciría a prorrata del volumen correspondiente, en la misma proporción. Esto es, ante la dificultad de FENOCO de cumplir con el deber de mantener o procurar la suficiente condición y capacidad de transporte de los usuarios-accionistas procede la prueba de un hecho imprevisible o irresistible, como causal de exoneración de responsabilidad. Y si el impedimento afecta parcialmente la satisfacción de la prestación, opera la reducción de la capacidad de transporte en proporción al grado de afectación.

Como se expuso, en el Contrato de Asociación se incorporaron diez anexos que si bien no todos con influencia o incidencia en los asuntos debatidos en este proceso arbitral, guardan pertinencia a tenerse de presente, en particular el Anexo 3, destinado a señalar los principios del Contrato de Usuarios, del operador usuario,

puntos de carga, cronograma de trenes, vagones, pesaje, facturación, etc. FENOCO, se obligaba a **asegurar el acceso a la línea** a prorrata de la capacidad anual de transporte, realizar los mejores esfuerzos para dar acceso sobrante de la capacidad anual, derechos de acceso a la totalidad de la red férrea, mantenimiento, señalización y comunicaciones de la red férrea y control de accidentes. A su vez, entre los principios del contrato de usuarios, además de señalar el *take or pay*, se hace expresa referencia a la capacidad anual solicitada, a las garantías, el suministro y mantenimiento de los vagones y material rodante, las tarifas de transporte y el derecho de ingreso. Al mismo tiempo, se indica que en la operación se fija el cronograma de salida y llegada de trenes, franjas de tiempo para el uso de puntos terminales.

Los restantes anexos del *Contrato de Asociación* tratan: Anexo 4: Forma del Acuerdo de Modificación del Contrato de Concesión; Anexo 5: Acuerdo de Accionistas; Anexo 6: Acuerdo con Drummond y Drummond Ltd.; Anexo 7: Cronograma de pago de derechos de ingreso; Anexo 8: Formatos pagaré *take or pay* y garantía *take or pay*; Anexo 9: Formato de pagaré a suscribir por cada uno de los accionista; Anexo 10: Tarifas para pasajeros y carga distinta de carbón.

Ahora bien, todos los inversionistas privados o *accionistas* acordaron, se reitera, el 27 de marzo de 2006 regular sus relaciones o negocios con FENOCO y destacar los respectivos derechos y obligaciones, alrededor del *Contrato de Asociación*, y, al mismo tiempo, perfilar la naturaleza tanto de este contrato como estipulaciones de figuras negociales que entraron en la composición de este proceso arbitral y con esquemas que no son comunes en el ordenamiento jurídico patrio, pero sí el resultado de actividades económicas y de relación jurídica sustancial moderna. Como sostuviera la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 27 de septiembre de 2007: "*…los avances científicos, industriales y tecnológicos, el notorio y acentuado desarrollo de las comunicaciones, el expansionismo del mercado y, en general, la globalización de la economía, entre otros factores, más de la llamada posmodernidad, han determinado el surgimiento de nuevos esquemas y arquitecturas negociales que, en buen número de veces, in toto, no se ajustan a las formas típica que, ab antique, consagran y desarrollan las leyes y ordenamientos, dando lugar, por vía de ejemplo, a la utilización de un sinnúmero de contratos complejos, o de construcciones atípicas o de fenómenos conocidos con el rótulo de "conexidad contractual", sin perjuicio del empleo de diversas denominaciones que expresan*

simétrica idea vinculatoria (contratos conexos; cadena de contratos: coligados, grupo de contratos, redes contractuales, lato sensu). (…) Desde esta perspectiva, por vía de elocuente demostración de su vigencia, desarrollo y dinámica, es menester registrar un cambio relevante, como quiera que en consideración al surgimiento y ulterior posicionamiento de los llamados contratos conexos, ya no puede examinarse el contrato de modo aislado o individual, como otrora se hacía, por cuanto es menester hacerlo en función de la señalada articulación. Ello explica, en tal virtud, que el lente con el cual se escrutaba el entramado contractual, hoy sea diverso, en atención a esta particular fenomenología, precursora de vasos comunicantes, redes y tejidos entre diversos tipos negociales, cada vez más –y más- intercomunicados...".

La adaptación y combinación que hicieron FENOCO y los inversionistas privados, de los propósitos negociales, no puede servir de argumento para dar por sentado que se avinieron, en lo que concierne básicamente con las prestaciones concernientes al compromiso *take or pay,* a un contrato de prestación de servicios, pero sí para aproximarlo, en cierta medida, a una forma de uso en cuanto atañe a la permisión del **uso de la línea férrea o de acceso a la vía**, para el transporte del carbón, a cambio del pago del precio conforme con las tarifas establecidas para esos efectos, en el escenario de la concesión, aunque FENOCO no se obligara a entregar con carácter permanente el corredor férreo para el uso, como propio del arrendamiento de cosas, pero sí para marcar la tendencia moderna de entendimiento del contrato traslativo de uso de ir más allá de la obligación de entrega de una cosa para su goce permanente y ubicarlo en el escenario en que una persona proporciona el uso o aprovechamiento a cambio de una remuneración en la medida de sus necesidades. Esto es, situando el deber de entregar la cosa, para permitir el uso, bajo el supuesto que esto ocurriera aunque no de manera continua o permanente.

Conforme lo ya dicho, FENOCO, en ejercicio de su posición de concesionario, **permite o concede el uso de la red férrea** en el tramo tantas veces mencionado a los accionistas, individualmente considerados, para lo cual el trayecto férreo debe contar con las estructuras y condiciones necesarias para que el transporte del carbón se haga en circunstancias normales utilizando vagones y máquinas locomotoras de cada uno de aquellos. Y el **uso** se remunera, itérase, con el pago de la tarifa previamente determinada en el ámbito de la capacidad de transporte anual señalada; y esos extremos se convierten en aspectos relevantes de la relación creada, y punto de definición y desarrollo en esta controversia, sin que exista entrega continua o

permanente de la línea férrea sino por el tiempo que anualmente se debe utilizar o aprovechar para el transporte del carbón.

Precisamente, al amparo del *Contrato de Asociación*, suscribieron los inversionistas de FENOCO varios acuerdos para complementar ciertos aspectos de la regulación del uso de las redes férreas. Entre estos, el contenido en el Anexo 3, Acuerdo de Accionistas de 27 de marzo de 2006, que el Tribunal considera pertinente considerar por la relación resultante de la gestión y operación de FENOCO con los inversionistas. Y así mismo FENOCO, como única entidad competente para la administración y operación de la infraestructura ferroviaria de marras, separadamente con los inversionistas privados o accionistas, suscribió posteriormente y en distintas fechas entre 2008 y 2009, acuerdos que denominaron *Contrato Privado de Uso del Corredor Férreo,* fijándose las condiciones con las que cada accionista puede operar y transportar el carbón por la vía férrea concesionada en la porción La Loma (Cesar)-Ciénaga (Magdalena), constituyéndose en el **objeto de tales convenios,** el derecho que se le concede al operador de **uso del corredor férreo,** ello sin perder de vista por supuesto las obligaciones de mayor alcance contraídas por FENOCO en virtud del contrato de Concesión, particularmente aquella que le exige (Cláusula 33) gestionar la infraestructura a ese título recibida, garantizando *"…la continuidad, eficiencia, permanencia y seguridad en la prestación del servicio de transporte ferroviario de carga…"*, correspondiéndole (Cláusula 14.3) *"…poner en servicio los equipos y el material rodante que se requiera o llegar a acuerdos con terceros con tal propósito…"*.

En el Acuerdo, en que se señalan las obligaciones a cargo del usuario operador, se establece que éste paga a FENOCO **el valor de los servicios que le presta** para la correcta operación del equipo sobre la vía férrea, y para tal efecto debe enviar a FENOCO para su aprobación un plan detallado de operación de los trenes, quincenalmente, convirtiéndose, los documentos aportados, en el Plan de Operación de Trenes; y los servicios que se prestaban no son, en verdad, independientes o autónomos del uso y acceso a la línea férrea sino, por el contrario, complementarios para una correcta movilización o transporte del carbón.

Adicionalmente, los inversionistas, operadores o usuarios, se obligaron a cumplir con las normas y reglamentos de FENOCO y de las autoridades públicas y a ejecutar todas las maniobras de los trenes, así como de pagar el valor de ciertos servicios que

le preste para la correcta operación de los equipos sobre la vía férrea y cubrir los valores por concepto de estacionamiento del equipo ferroviario; siendo el inversionista operador el único responsable de las maniobras de los trenes. Incluso se estableció que la fuerza mayor o caso fortuito constituía causal de exoneración de responsabilidad.

Debe volver el Tribunal sobre el compromiso *take or pay* en cuanto creó una relación relevante entre FENOCO y los inversionistas privados para la efectividad del transporte del carbón con marcada consecuencia: FENOCO **dispensa el uso de la red férrea**, y al mismo tiempo **presta** los elementos de **servicio ferroviario necesarios** para la movilización del mineral; y los usuarios, a cambio, pagan una tarifa en proporción al volumen transportado. Es decir, en el compromiso *take or pay* se observan dos supuestos relevantes: el **derecho al uso de la línea férrea** por parte de los usuarios y el deber de éstos de **pagar una remuneración por el uso**, salvo la exoneración de esa responsabilidad por fuerza mayor en el acontecer del daño. Entonces, resulta pertinente destacar los alcances de la relación que se deriva del compromiso *take or pay* entre FENOCO y los inversionistas privados, y, para el caso en estudio, CARIBE.

Con el marco señalado, formando parte del *Contrato de Asociación* el compromiso *take or pay* transcrito, se erige como deber, a cargo de los inversionistas privados o accionistas, pagar una suma de dinero por concepto del **uso** del corredor férreo, al amparo, se insiste, de los dos extremos del contrato: proporcionar el uso en sí de un bien –corredor férreo- con la recíproca remuneración acorde con las tarifas establecidas, sin desconocer que la locación de cosas en el fondo no es nada distinto que proporcionar el uso o aprovechamiento de unos bienes a cambio de una remuneración.

Según el Contrato de Uso del Corredor Férreo, el accionista o inversionista privado (operador o usuario *take or pay*) se obliga a pagar a FENOCO el valor de los servicios que este preste para la correcta operación del equipo sobre la vía, que amparado por la expresión el *valor de los servicios* hace pensar que estos se constituyen en el objeto del contrato, pero que, en las condiciones pactadas, no se puede imprimir ese alcance pues el nexo creado gira alrededor del uso del trayecto férreo que se remunera, o sea su objeto, para permitir la movilización o transporte del carbón;

imponiéndose el deber a FENOCO, como concesionario de la infraestructura férrea, de mantenimiento para el uso normal y adecuado de la línea.

Con ese marco, el Tribunal entiende que el vínculo entre FENOCO y los inversionistas privados o accionistas, respecto del compromiso *take or pay,* no encaja adecuadamente en un contrato de prestación de servicios, o sea aquel en que se obliga una parte a ejecutar una labor, de que trata el Código Civil (artículos 2063-2069), a cambio de una remuneración, o el estatuto de la contratación estatal para el desarrollo de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento (artículo 32-3) o el mismo de concesión para la prestación de un servicio público (artículo 32-4). En estricto sentido, el *Contrato de Asociación,* con la incorporación del compromiso *take or pay,* no cuenta con una regulación legal ni tipicidad social definidas, entendido como aquel en que varias personas, sin crear sociedad alguna, procuran una finalidad común mediante esfuerzo mutuo; empero, no por eso se puede sostener que está por fuera del ordenamiento jurídico. En circunstancias como las mencionadas, se debe acudir a figuras negociales afines o que coincidan con el querer o voluntad de las partes, para concretar el régimen legal aplicable a la relación obligatoria; con la calificación que se haga se puede identificar el tipo que merece considerarse para ese efecto. No se puede dejar a la deriva aquel negocio jurídico que no tiene en el estatuto contractual una específica denominación y regulación. Hay que ajustar la autonomía de la voluntad al orden privado, con acercamiento a las normas pertinentes de los contratos, en especial a los afines, y siempre bajo el imperio de las normas imperativas, siguiendo al efecto las directrices fijadas por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de casación civil del 2 de julio de 2010: *"Se tiene entonces que para el desarrollo de esta actividad interpretativa debe necesariamente el juez acudir delanteramente a las reglas convencionales de interpretación y, en su ausencia, con sujeción a las reglas legales, por sentado se tiene que dicha labor de hermenéutica para el sentenciador implica una labor intelectual de discernimiento, de examen de su contenido para formar en su mente la noción de su verdadero sentido, y una vez que elige una de las varias interpretaciones que admite el negocio jurídico que estudia, goza, por cierto motivo de cierta discrecionalidad…".*

En verdad, no ha sido materia de discusión en este proceso arbitral los alcances prestacionales derivados del *Contrato de Asociación* y de las otras relaciones anexas, en cuanto los términos de los derechos y obligaciones quedaron suficientemente

dispuestos para regular los vínculos de los inversionistas con FENOCO. Empero, la sociedad convocada ha sostenido que el objeto del contrato de esta controversia es de prestación de servicios, periódicos o accidentales, asimilándola a los que cumplen mercaderes, proveedores, artesanos, o la de toda clase de personas por el precio de servicios que prestan periódica o accidentalmente como posaderos, acarreadores, mensajeros, barberos, etc., planteamiento éste que mueve al Tribunal a buscar y fijar el alcance o significado de las manifestaciones de voluntad respecto de las relaciones existentes entre FENOCO y los inversionistas privados, esto es, de formular el acercamiento sustancial en derredor de la identificación de las relaciones jurídicas que ocupa su atención.

Se podría indicar la tendencia, para encontrar un soporte negocial, a ampliar el concepto del contrato de uso de cosas que trae el Código Civil (artículo 1973) de cosas, en cuanto se concede en desarrollo de la tenencia del concesionario FENOCO aunque no se produzca necesariamente la entrega permanente de la cosa. O como preceptúa el artículo 1187 del Código Civil argentino de reciente promulgación: *"Hay contrato de locación si una parte se obliga a otorgar a la otra el uso y goce temporario de una cosa, a cambio del pago de un precio en dinero".* O sea, la entrega de la cosa, para su uso temporal, se simplifica con el hecho que se haga efectiva, a cambio de una remuneración; esto es, se convierten en elementos estructurantes del contrato: el uso y goce de la red férrea y el precio o remuneración.

En esas circunstancias, la relación jurídica creada entre FENOCO con los inversionistas-accionistas, dentro del escenario que monta el compromiso *take or pay,* debe regirse no solo por las normas de la contratación privada, con aproximación a un contrato de locación o de uso, sino de los derechos surgidos del contrato de concesión, por virtud del evidente nexo de aprovechamiento de la línea férrea y de todas las condiciones de servicios a cambio del pago de la prestación en dinero, según tarifas prestablecidas. Más sin embargo se puede argumentar que en realidad no se presenta el hecho de la entrega permanente de la red férrea por parte de FENOCO, como puede entenderse en sentido estricto arrendaticio, pero si se acude a reparar los alcances del uso con la advertencia de que FENOCO, cada vez que permite el aprovechamiento de la vía férrea al usuario, necesariamente temporaliza el uso del objeto del contrato, a manera de **contrato de uso atípico**, combinado con los servicios a prestar, complementarios de los pasos a nivel, señalizaciones, cruces de vías, etc., con comprensión unitaria.

En esas circunstancias, los derechos, obligaciones y acciones derivados del compromiso *take or pay* son propios de relaciones jurídicas en las que participan elementos contractuales como el **uso de la línea férrea** del trayecto establecido Chiriguaná-Ciénaga y Ciénaga-Santa Marta a cambio de una prestación en dinero (precio) con el agregado de los servicios necesarios para la realización a cabalidad del transporte del carbón, servicios que al tenor de cuanto queda expuesto, no constituyen en verdad el contenido estructural del ameritado compromiso cuyo objeto consiste, valga recabar en ello una vez más, en reglamentar los intereses de los accionistas de FENOCO, al igual que los de esta última, en el marco de un acuerdo de colaboración económica ordenado a valerse de la inversión privada para contribuir a financiar los costos que demanda la ejecución de las obligaciones contraídas por dicha entidad, básicamente inherentes ellas al sostenimiento de la gestión de conservación, administración, explotación comercial y desarrollo de la infraestructura ferroviaria materia del contrato de Concesión de la Red Férrea del Atlántico suscrito el 9 de septiembre de 1999, con las adiciones y modificaciones que al mismo le introdujo su ´Otrosí Nro. 12`.

2. LA OBJECIÓN DE LA CONVOCANTE A LA CONDUCTA DEL APODERADO DE LA CONVOCADA. EFECTOS EN EL PLANO PROBATORIO

No obstante que con anterioridad había hecho alusión sumaria al tema en el escrito de demanda corregido que al proceso le dio comienzo (Cfr. Fl. 65 del C. Principal 1 del expediente), al replicar las excepciones de mérito esgrimidas en la contestación a dicho escrito (Cfr. Fls. 224 a 238 ib.) la convocante por conducto de su apoderado, después de afirmar que para el 1º de enero de 2007 la vía férrea concesionada, en el tramo Chiriguaná-Santa Marta, contaba con una capacidad incrementada producto de todas las construcciones realizadas durante el año 2006, señala que para desvirtuar tal aseveración el apoderado de la convocada utiliza indebidamente, como evidencia que juzga fundamental, documentos confidenciales pertenecientes a FENOCO, en particular correspondencia cruzada con el abogado asesor Eduardo Cárdenas en el año 2008, aspiración a la cual se opone esta entidad con singular vehemencia, toda vez que *"…es de su interés defender la confidencialidad de su correspondencia en particular en manos de sus directores y administradores, atendiendo la situación de que son sus clientes y contrapartes son sus propios accionistas…"*, lo que de bulto pone de manifiesto que la correspondencia en cuestión, aducida por *"…su ex director*

y ahora agresiva contraparte…", no puede ser tenida como prueba en contra de FENOCO. Y en el alegato final presentado al concluir la fase probatoria del presente proceso (Cfr. Fls. 322 y ss. del C. Principal 2), acerca del mismo tema precisa la convocante su parecer en el sentido de que el apoderado de CNRT se ha presentado bajo la existencia de un conflicto de interés a todas luces censurable, y por lo tanto su actuación en tales condiciones está viciada de manera que *"…las pruebas y alegaciones que trae al proceso de las cuales conoció como Director, sin asomo de duda son ilícitas por su origen."*

En efecto, al decir de la convocante, habiendo sido el apoderado de la convocada miembro de la Junta Directiva de FENOCO durante los años 2006, 2007 y 2008, es inadmisible que litigue contra dicha entidad valiéndose del conocimiento del tema que es materia de controversia y sometido en cuanto tal a arbitraje, obtenido en el desempeño del señalado cargo, incurriendo en violación *"…de las normas de confidencialidad y de conflicto de intereses…"*, toda vez que, afirma, obra en el expediente *"…más que abundante evidencia de la participación del Dr. Durán…"* discutiendo en el seno de la nombrada Junta el compromiso *Take or Pay* de los usuarios *"…en interés de su cliente y contraparte de Fenoco S.A., la sociedad C.I. Carbones del Caribe S.A…"* a quien el citado profesional, además, representó en una diligencia de conciliación en contra de FENOCO a pesar de ser miembro de su Junta Directiva.

Por su parte, la convocada responde que se trata de un ataque ´ad hominus` abusivo contra el apoderado, además de irrelevante y falaz en la medida que se apoya en afirmaciones que no se compadecen con la verdad (Cfr. Fls. 248 a 250 del C. Principal 1, y C. Principal 3), ello por cuanto el Dr. Álvaro Durán no fue designado por C.I. Carbones del Caribe S.A. como Director de FENOCO; todos los accionistas de FENOCO son a la vez usuarios y fueron las diferencias entre ellos existentes, las que explican que se hayan desatado finalmente las controversias sobre la interpretación y aplicación del compromiso *Take or Pay*, lo que puesto en otras palabras equivale a decir que aquello que en verdad aconteció en FENOCO *"…no fue una oposición de intereses entre la compañía y cada uno de sus socios …(sino)….una oposición de intereses entre los diversos accionistas, todos competidores entre sí en un mismo mercado…"*; la Junta Directiva era el foro de discusión apropiado para ventilar las diferencias atinentes al aludido compromiso y, en fin, por fuerza de estas circunstancias las opiniones emitidas por el abogado externo de FENOCO no

constituyen información confidencial obtenida indebidamente, con independencia del relativo valor demostrativo que a las mismas podría llegar a atribuírseles.

Planteada la cuestión en los anteriores términos y luego de examinar con el detenimiento que merecen los puntos de vista discrepantes expuestos por ambas partes, hay lugar a concluir que no obstante lo que a primera vista pudiera parecer, a medida que se profundiza el análisis emergen en verdad motivos de peso a los cuales se hará referencia enseguida, que no permiten darle la razón a la convocante y disponer en consecuencia, atendiendo la solicitud por ella elevada en tal sentido, la exclusión por ilicitud en su obtención y admisión posterior, del acervo documental en copias aportado por la convocada, para fines probatorios que son de su interés, obrante a Fls. 367 a 385 y 391 a 404 del C. Nro. 2 de Pruebas.

A. Bien sabido es que en el común de los procesos jurisdiccionales, judiciales propiamente dichos o arbitrales, con frecuencia se presentan en el ámbito probatorio dificultades, ofreciendo ellas por cierto grados de complejidad cambiantes según las circunstancias concurrentes en cada caso, en punto de resolver qué elementos de convicción pueden ser aceptados en concepto de *"…medios de prueba…"* que, además de relevantes, sean jurídicamente admisibles, lo cual significa, en síntesis, que aun no siendo superfluos o definitivamente infructuosos tales medios, pueden ser excluidos por razones jurídicas dándole aplicación a las llamadas *"…reglas de exclusión…"* cuyo fundamento, como también se sabe, radica en el principio de que todo elemento de prueba, por más pertinente que se muestre su utilización procesal, debe ser observado igualmente bajo el prisma de los criterios jurídicos de admisibilidad que, cual lo enseña la doctrina (Cfr. Michele Taruffo. La Prueba, Cap II Nro. 23), "*…varían en función de las diferentes concepciones de la naturaleza de la prueba y de su función en los contextos procesales. Pueden variar también en función de los puntos de vista sobre la protección de los valores o los intereses que podrían colisionar con el principio fundamental según el cual debería permitirse la presentación de todos los medios de prueba relevantes…",* pautas normativas aquellas que –prosigue el mismo autor en cita- *"…se interpretan como reglas de exclusión, ya que su función principal es determinar cuándo un medio de prueba no debe ser admitido, a pesar de ser relevante…."* y pueden adoptar diferentes formas, por ejemplo, *"…pueden determinar que algunos hechos no deben ser probados o que algunos tipos de pruebas no deben ser utilizados…"*, siendo de

advertir que la justificación de cada regla de exclusión específica *"…puede radicar en factores muy diversos. Unas veces tienen que ver con la posición particular de las personas involucradas, otras atañen a la materia específica que tiene que ser probada. En ocasiones su propósito es evitar posibles errores y malentendidos en la valoración de medios de prueba específicos y en otras su objetivo es evitar actividades procesales inútiles. En algunos casos las reglas de exclusión son estrictas y precisas, mientras que en otros se formulan en términos más vagos y generales, de modo que su aplicación real dependerá en buena medida del criterio del Tribunal…"*.

En este orden de ideas y aceptado como se tiene hoy en día que el reconocimiento integral del derecho a la prueba, entendido en tesis general como la facultad de hacer valer ante las autoridades jurisdiccionales todas las pruebas positivas y negativas o contrarias relevantes, constituye sin lugar a dudas aspecto de crucial importancia para que la garantía constitucional del debido proceso, consagrada en el artículo 29 de la Constitución Nacional, sea efectivamente operante, es claro que la aplicación de las aludidas reglas de exclusión, en la medida que conforme queda visto su función no es otra diferente a impedir la producción de medios de prueba de suyo relevantes, las más de las veces redunda en detrimento del pleno alcance en teoría predicable de aquél derecho, circunstancia que naturalmente obliga a proceder con mesura en esta delicada materia, evitando adoptar apresuradas determinaciones excluyentes desproporcionadamente restrictivas que, en cuanto tales, acaban infringiendo nada menos que preceptos de rango constitucional, no por causa de la presunta eficacia persuasiva atribuible a la prueba desechada sino debido a la arbitrariedad del rechazo del que se la hace objeto en esas condiciones. Al final de cuentas, entonces, no es asunto de poco calado que siempre e invariablemente sea posible resolver preliminarmente en pos de impetuosas alegaciones de parte interesada, el sacrificar el derecho a presentar pruebas relevantes en favor de la protección reclamada de valores extraprocesales, como acontece concretamente en el supuesto de ciertos privilegios y prerrogativas profesionales, comerciales o empresariales, toda vez que como lo hace ver el mismo autor italiano atrás citado (Cfr. M. Taruffo. Op. Cit Cap. II, Nro. 39),*"…este tipo de conflictos es más complejo, porque un derecho procesal fundamental, como lo es el derecho fundamental a la prueba, tiene que ser ponderado con derechos o intereses pertenecientes a otras áreas del sistema jurídico. Además, a veces estos derechos*

también son considerados fundamentales porque se dirigen a la protección de intereses individuales básicos o de valores públicos importantes. No obstante, en aras de la aplicación efectiva de los derechos procesales fundamentales, las situaciones en que prevalezca un derecho de interés extrajudicial –afectando o incluso anulando el derecho a la prueba- deberían reducirse a unos pocos casos especialmente importantes; en general, sólo la protección de otro derecho constitucional o fundamental más importante podría justificar –tras la debida consideración por parte del tribunal- que se sacrificara el derecho a la prueba. Siempre que sea posible se deberían establecer mecanismos específicos con el fin de proteger secretos relevantes sin eliminar los derechos procesales de las partes y los principales valores vinculados con la búsqueda de la verdad...".

B. Enmarcada desde luego por los postulados de alcance general memorados en el aparte (A) que antecede, precisamente es una de las reglas de ´supresión` o ´exclusión` probatoria a que se viene haciendo alusión, la que dice relación con la llamada "*…Prueba Ilícita…"* que contra lo que suele afirmarse erróneamente acerca del ámbito litigioso en el cual su aplicación es factible, no alcanza solamente al proceso penal; "*…este error proviene –conforme lo advierte la doctrina (Cfr. Enrique M. Falcón. Tratado de la Prueba. T.I, Cap. XII B, Nro. 269)- de que los orígenes y desarrollos más resonantes fueron dados en dicha área especialmente en el derecho norteamericano. Pero la prueba ilícita se produce en cualquier tipo de proceso, pues es un sistema de exclusión –cualquiera que sea el alcance que se le pretenda dar- (…) Asimismo, la ilegalidad de la prueba puede ser considerada tanto en el medio de adquisición como en el sistema de recolección, en el ofrecimiento o en el método de producción, o finalmente, en la valoración…".*

Efectuada esta necesaria precisión, es de verse que en observancia de la regla de exclusión en cuestión han de ser apartadas, por considerarse viciadas de ilicitud, todas aquellas pruebas introducidas en el proceso sobre la base de un acto ilegítimo, situación que conforme lo señala un amplio sector de doctrina siguiendo las certeras directrices trazadas promediando el siglo pasado por Mauro Cappelletti (Cfr. La Oralidad y las Pruebas en el Proceso Civil, 5-1) sobre la materia, puede manifestarse de dos modos distintos, concerniente el primero "*…a las pruebas en sí y por sí admisibles (relevantes y eficaces) en juicio, las cuales sin embargo han sido creadas, o han llegado al sujeto que las introduce en juicio,*

a través de un acto ilegítimo…", de suerte que en este evento la ilegitimidad es propia de este último acto, de naturaleza procesal o extraprocesal, precedente y, como quiera que sea, no coincidente con la admisión (producción o asunción) de la prueba; y en cuanto al segundo modo, corresponde a la hipótesis de las pruebas respecto de las cuales la ley prohíbe directamente su admisión, por manera que la ilegitimidad deriva del acto mismo de admisión o producción de la prueba legalmente vedada.

Así, pues, en buena medida contempla la primera de dichas hipótesis los eventos que dieron origen a la doctrina, bien conocida por cierto en el derecho comparado con la denominación de teoría del *"… fruto del árbol venenoso…",* de conformidad con la cual se impone la descalificación, excluyéndola o simplemente ignorándola, de toda prueba en apariencia relevante y fiable que, sin embargo, sea proyección de una acción ilícita perpetrada con anterioridad al momento de producirse la admisión de la misma al proceso, y de tal naturaleza que, una vez establecida la existencia de dicha acción y su espurio linaje, le quite a la evidencia en cuestión toda la eficacia intrínseca de convicción que pudiera tener. No se trata en consecuencia de una regla de alcance irrestricto que hecha valer en abstracto conduzca, mediante aplicaciones automáticas e irracionales, a prescindir de plano de un medio de prueba respecto del cual se afirme haber sido obtenido por vías ilegitimas como podría inferirse de la escueta lectura del artículo 168 del Código General del Proceso, pasando por alto que ´ex officio iudicis` y proveyendo siempre ´secundum conscientiam`, por encima de todo los jueces tienen el deber de resguardar, dentro del marco constitucional por supuesto, genuinas razones de justicia fundadas en la verdad jurídica objetiva de los hechos fijada en los procesos que ante ellos se surten; por el contrario, en el entendido que a la postre el efecto jurídico procesal del tipo de ilicitud apuntado habrá de ser invariablemente la completa ineficacia de la prueba y su consiguiente irrelevancia, de ordinario será necesario, antes de fulminar tan drástica sanción, efectuar una cuidadosa indagación acerca de la índole del acto de obtención de la prueba en discusión y de la pretendida ilegitimidad que lo aqueja.

En síntesis, como bien lo puntualizó Hernando Devis Echandía (Cfr. Teoría General de la Prueba Judicial, T. 1, Cap. XIV Nro. 137.M-), invocando el autorizado parecer de Franco Cordero expuesto en estudios por éste autor

realizados sobre las pruebas penales y publicados en Italia en 1961, "*…cuando la ley prohíbe asumir la prueba, sin ulteriores especificaciones, los resultados obtenidos (a pesar de la prohibición) son procesalmente irrelevantes y la adquisición prohibida es inválida, porque se resuelve en darle ingreso a una prueba inadmisible, por lo cual no es posible utilizarla para los fines de la decisión judicial. El juez debe rechazar la admisión o la ordenación de la prueba ilícita, pero si por error o por no aparecer su ilicitud en ese momento llega a recibirla u ordenarla, tal resolución no es obstáculo para que en el momento de valorar su mérito, en la sentencia (…) la considere ineficaz o inválida…"*, de donde se sigue a modo de conclusión, que en el caso de pruebas de suyo relevantes y en apariencia eficaces, pero obtenidas mediante actos viciados de ilicitud hasta el punto de quitarle a tales pruebas toda eficacia demostrativa posible, las conducentes indagaciones que haya lugar a adelantar para disponer o no la exclusión de las mismas deben desplazarse, en orden a no caer en apresuradas generalizaciones que nada de provecho aportan en la búsqueda de un justo equilibrio entre los principios fundamentales que devienen encontrados en situaciones de esta naturaleza, del momento de la admisibilidad y su determinación en abstracto, al momento de la valoración de las susodichas pruebas en concreto.

C. Puestas las cosas en este punto, corresponde a continuación darse a la tarea de constatar si efectivamente la prueba documental consistente en la copia de dos comunicaciones, la primera fechada el 20 de mayo de 2008 y la otra el 18 de julio siguiente, dirigidas por la firma de abogados Cárdenas & Cárdenas a FENOCO y que contienen la opinión profesional de esta firma, expresada por intermedio de los abogados Eduardo Cárdenas y Humberto Pérez, en relación con el cobro del compromiso *Take or Pay* exigible por el año 2007 conforme lo dispuso la Junta Directiva de dicha entidad en reunión llevada a cabo el 22 de febrero de 2008, al igual que sobre las notas de sus accionistas –PRODECO, CDJ, DCM, CDC y CARIBE- en virtud de las cuales rechazaron las respectivas facturas, debe ser objeto de exclusión dado el origen ilícito que le atribuye la convocante al haberla obtenido el apoderado de la convocada, según aquella dice, infringiendo los deberes de buena fe y de lealtad a que por mandato legal se encontraba sujeto en su calidad de miembro de la Junta Directiva de FENOCO entre los años 2006 y 2008. Se trata, pues, de determinar en concreto si en realidad la introducción de los documentos en cuestión al presente proceso, conforme lo refiere la

convocante, se produjo sobre la base de una actuación ilícita imputable al apoderado de la convocada a quien se le censura, por cuanto tuvo acceso a ellos como miembro de la Junta Directiva - y por lo tanto en posición de ´Administrador`- de FENOCO, el incurrir a sabiendas y con grave perjuicio para esta última, en violación manifiesta de las normas sobre confidencialidad y conflicto de intereses.

(i) Aspecto de forzosa consideración en orden a responder el interrogante planteado, lo es primeramente el del contenido esencial de la relación jurídica autónoma y de particulares características que vincula, de una parte a la sociedad mercantil y por la otra a cada una de las personas que se desempeñan como sus ´administradores`- expresión ésta entendida por supuesto con el amplio alcance que le asigna el Artículo 22 de la Ley 222 de 1995 – y prestarle atención a la posición fiduciaria en que, respecto de aquella entidad, ellas se encuentran, posición que en tesis general se pone de manifiesto en un deber básico de fidelidad que están obligadas a acatar en el desempeño del cargo y cuyo bienhechor significado no es otro que el de abstenerse de anteponer, en presencia de eventuales situaciones de conflicto, sus personales intereses a los de la sociedad, ello en el entendido que si bien es cierto que este deber de fidelidad define el sentido orientador fundamental de tal posición, no lo es menos que a la luz del artículo 23 de la ley acabada de citar, el contenido de la misma no se agota en este enunciado conceptual, toda vez que la integran los deberes fiduciarios de buena fe, lealtad y diligencia que seguidamente tipifica dicho precepto por separado en siete numerales, enumerando en forma apenas enunciativa con el propósito de *"…ilustrar al intérprete y al propio administrador sobre el alcance de sus responsabilidades…"*, varias funciones específicas que es obligación de los Administradores cumplir a cabalidad, encuadrables –como bien lo advierte la doctrina (Cfr. Francisco Reyes Villamizar. Derecho Societario, T. I Cap. XII Nro. 4)- las tres primeras en el deber de obrar con diligencia y cuidado en la gestión, y las cuatro últimas en el de llevar a cabo esta última con lealtad.

Así, pues, por virtud de la posición fiduciaria en mención, los miembros de las Juntas o Consejos directivos de las sociedades que cuenten con órganos colegiados de esta índole, están obligados a desempeñarse diligentemente, cual lo hace un buen hombre de negocios, en la gestión puesta a su cargo, realizando dentro de los límites determinados por el ´objeto social` estatutariamente

establecido y persiguiendo el ´interés social`, las actuaciones necesarias o convenientes en beneficio de la ´empresa social`, esto último en cumplimiento del deber de lealtad cuya observancia les viene asimismo impuesta a aquellos por la ley, deber éste que por sabido se tiene, proscribe en términos generales todo comportamiento de comisión por acción u omisión que, ante el hecho indudable de configurarse una situación real de conflicto entre el interés de la compañía y el propio del Director, supongan la obtención de ventajas para este último, o para un tercero, a expensas de la primera o de sus socios, conductas éstas de las que valga reiterarlo, constituyen apenas ilustrativos paradigmas las descritas en los numerales 4º a 7º del artículo 23, segundo inciso, de la Ley 222 de 1995 cuya realización ha de verificarse, para efectos de su valoración jurídica en concreto, caso por caso, a la vista de la estructura del órgano de administración y las circunstancias precisas de la empresa social a desarrollar, unidas a los problemas de gestión cuya resolución esas mismas circunstancias presentes demandan.

Significa lo anterior que en punto de establecer el patrón de conducta exigible a los miembros de Juntas o Consejos directivos, y en particular cuando la observancia del deber fiduciario de lealtad es puesta en tela de juicio, no son de recibo tampoco tajantes generalizaciones construidas pasando por alto las mentadas circunstancias, tanto de la sociedad en sí como del Director en su relación con ella, habida consideración que, como lo hicieran ver Garrigues y Uria en sus Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas, vigente en España desde 1951 y hoy derogada (Cfr. Cap. IV, artículo 79), fórmulas de adecuada gestión por el estilo de las que impone en nuestro medio el legislador en el artículo 23 de la ley 222 tantas veces citada, *"…deben adaptarse a las circunstancias y a las exigencias concretas de cada sociedad (…) No se exige por tanto la diligencia de un ordenado comerciante y un representante leal de cualquier sociedad, sino esas mismas diligencia y lealtad referidas a la empresa singular en que el problema de la responsabilidad haya de plantearse…"*.

(ii) Para los efectos indicados, es de verse que en la especie de autos concurren varias de esas particularidades inherentes al caso sub-exámine que, en cuanto tales y de acuerdo con lo que queda dicho, no pueden pasar desapercibidas, relacionadas con la clase de sociedad anónima cerrada y gobernada por conducto de personas designadas mediante la participación de la totalidad de sus accionistas, que es FENOCO; con la condición de sus Directores dentro de la

organización de esa entidad y respecto de dichos accionistas; y en fin, con el acto u operación origen del presente litigio, circunstancias todas ellas que, apreciadas en su conjunto, objetivamente llevan a concluir que carece de fundamento el reproche de ilicitud que le hace la convocante a la obtención e introducción a este proceso por el apoderado de la convocada, de las pruebas documentales cuyo aporte por este último al contestar la demanda, la primera hizo blanco de implacable crítica.

a. Con todo y que al concertar el 27 de marzo de 2006 y contando con el *"…aval especial…"* del Gobierno Nacional, el contrato en virtud del cual los llamados en ese entonces Inversionistas Privados`se asociaron transitoriamente con el fin de adquirir el 100% de las acciones en circulación de FENOCO, declararon ellos (Cláusula 1.3) que no era su intención *"…constituir una persona jurídica, consorcio o unión temporal…"*, basta la detenida lectura del Acuerdo suscrito en la misma fecha por dichos inversionistas, ostentando ya la investidura recién adquirida de Accionistas (Cfr. Fls. 190 a 263 del C. 2 de Pruebas), para vislumbrar con suficiente claridad la existencia de un genuino pacto de estirpe consorcial –Acuerdo de Accionistas- articulado tras la vestidura jurídica de una sociedad anónima –FENOCO- el cual, conforme lo entienden autorizados doctrinantes (Cfr. por todos, Joaquín Garrigues. Dictámenes…, T. II Nro. 156), es a no dudarlo *"…uno de los supuestos típicos de la concentración de empresas, y consiste en la asociación o coordinación de empresas pertenecientes a la misma fase o ciclo de la producción dentro de un determinado ramo de la industria o del comercio…"*, mecanismo mediante el cual los empresarios consorciados tienden, *"…por variadísimos medios…"* no siempre legalmente permitidos, a incrementar los beneficios que por separado obtienen con sus respectivas empresas, observándose en la hipótesis negocial compleja descrita, conforme lo destaca el autor en cita, *"…no sólo un propósito económico sino, además, un inequívoco propósito jurídico; es a saber, el propósito de constituir un negocio dotado de personalidad jurídica. En este supuesto, surgen multitud de problemas (…) que derivan de la dualidad de normas que rigen, de una parte, el pacto consorcial, y de otra, la forma jurídica elegida para revestir el consorcio, o sea, la sociedad anónima, ya que estas normas que regulan uno y otro negocio suelen entrar en colisión…"*, contraposición para cuya solución deben prevalecer por principio, en lo relativo a la organización y funcionamiento de la sociedad anónima, las normas imperativas que las rigen, al paso que el cumplimiento de las obligaciones

consorciales debe ser regulado *"… no por las normas propias de las obligaciones sociales, sino por aquellas otras que en el Derecho general de obligaciones regulan el cumplimiento e incumplimiento de éstas…"*.

Apreciaciones las anteriores por cierto que, de cara al tema materia de controversia que viene examinándose, al rompe revisten indiscutible relevancia en la medida que se le preste atención a las manifestaciones efectuadas de consuno por todos los signatarios del Acuerdo de Accionistas, en el sentido con anterioridad destacado en este laudo, de ser la intención que les asiste *"…regular la forma en que se llevarán a cabo los negocios de FENOCO…"* en su condición de titular de la concesión estatal para la rehabilitación, reconstrucción, conservación, operación y explotación de la Red Férrea del Atlántico perteneciente a la Nación, negocios que identifican en detalle incluyendo en ellos la celebración de compromisos *Take or Pay* con los Accionistas y con terceros interesados en acceder al tramo Chiriguaná-Santa Marta de dicha infraestructura, *"…reflejando el compromiso de compra en firme ´Take or Pay` de tales usuarios…"*, y finalizando con la categórica declaración que sigue: *"…Los Accionistas procurarán que sus relaciones comerciales con FENOCO sean, y usen todos los medios razonables para lograr que los negocios de FENOCO lo sean, conducidas de acuerdo con cualesquiera leyes aplicables (incluyendo, pero sin limitarse a, cualesquiera leyes aplicables en materia de transporte, ambiental, anticorrupción o de competencia), el Contrato de Concesión y el presente Acuerdo. Los Accionistas reconocen que tendrán relaciones comerciales con FENOCO respecto del uso del tramo Chiriguaná-Santa Marta en desarrollo de los términos del presente Acuerdo, y tales relaciones comerciales se harán en condiciones comerciales justas. De igual manera, los Accionistas acuerdan que ningún conflicto de interés se entenderá existir por el sólo hecho de que un determinado Accionista es también un usuario del tramo Chiriguaná-Santa Marta, o de que un Director sea nombrado por un usuario del tramo Chiriguaná-Santa Marta…"*.

b. Una segunda particularidad en la que viene al caso hacer énfasis, dice relación con la composición de la Junta Directiva de FENOCO y el cometido que, respecto de la operación de la red ferroviaria concesionada en el tramo Chiriguaná-Santa Marta, el Acuerdo concertado entre los Accionistas puso en sus manos. En efecto, la Junta estará integrada por cinco directores con igual número de suplentes personales, dos de los cuales propuestos por DRUMMOND, dos conjuntamente

por PRODECO y CDJ, y el restante también presentado en conjunto por CMU, CARBOANDES, CDC y CARIBE, y dentro de las atribuciones estipuladas para ser cumplidas por dicho órgano directivo, consagradas por lo demás de modo restrictivo (Cfr. Cláusula 6.7 del Acuerdo de Accionistas), se señaló la de lograr la adopción de criterios para llevar a cabo la operación en ciernes, tomando las siguientes directrices en cuenta: "*…(a) Todo acto relacionado con la operación del tramo Chiriguaná-Santa Marta, se regirá por los principios de igualdad, libertad de acceso y neutralidad. Por lo tanto la operación del tramo Chiriguaná-Santa Marta incluirá criterios de eficiencia técnica y financiera, sin preferencia o menoscabo de ningún usuario, para el beneficio general del tramo Chiriguaná-Santa Marta como sistema ferroviario y para cada usuario Take or Pay en un uso de primero en llegar, primero en ser servido. (b) De esta forma los Accionistas harán que FENOCO desempeñe sus obligaciones contractuales de acuerdo a principios de economía, razonabilidad y eficiencia, evitando en todo momento costos innecesarios que afecten el proyecto de reestructuración de la Red Férrea del Atlántico (…)…",* realidades fácticas éstas de las que fluye la lógica conclusión de que todas las empresas asociadas, por conducto de los Directores designados para integrar la Junta de FENOCO, estaban facultadas para acceder legítimamente y sin cortapisa alguna a cualquier tipo de información atinente al desenvolvimiento de los negocios de esa entidad, al igual que a hacer uso de esa misma información en provecho del interés que les asiste como partes que son del Acuerdo de Accionistas.

c. Y en fin, al tenor de lo expuesto a espacio sobre el particular en la primera parte de estas consideraciones, no puede tampoco dejarse de lado la preponderante incidencia que el compromiso *Take or Pay* asumido por los Accionistas, reviste en el buen fin del pacto económico base del Acuerdo por todos ellos convenido, y por ese motivo es razonable entender que en cuanto atañe a la ejecución de dicho compromiso, en realidad no se estructura un interés susceptible de equipararse al que es característico de una sociedad de capitales que destina su propio patrimonio al logro del fin social y el cual, así entendido, pudiera resultar contrapuesto a los intereses de esos mismos Accionistas, no tan solo los particulares o extrasociales que llegado el caso puedan motivarlos, sino también los unidos a la posición que ostentan como miembros que son de aquél Acuerdo. Habrá en esta eventualidad cuestiones de divergencias ocasionales o

permanentes entre socios, pero no verdaderos conflictos de intereses entre ellos y la entidad cuya forma de sociedad anónima utilizan.

En suma, atendidas estas circunstancias que surgen en concreto del estudio del caso sometido a arbitraje por los compromitentes, ha de concluirse que en cuanto el apoderado de la convocada, al hacer uso con fines probatorios en el presente litigio que se ventila entre FENOCO y uno de sus actuales Accionistas -causahabiente de C.I. Carbones del Caribe S.A.- de documentos en su poder y de los que tuvo conocimiento con ocasión del ejercicio de las funciones de miembro de la Junta Directiva de la primera de dichas entidades, no incurrió en deslealtad con esta última, así como tampoco, respecto de ella, se configuraba una situación de contraposición de intereses de la que indebidamente, el apoderado en mención, haya pretendido prevalerse en beneficio personal suyo o de un tercero, es infundada la tacha de ilicitud que se formuló en orden a procurar la descalificación de esas pruebas, apreciación en esencia justa y fundada con arreglo a Derecho que deja sentada el Tribunal firmemente convencido de que, por obra de ella, el sistema de gobierno corporativo de las sociedades mercantiles en el país, por cierto bastante maltrecho en la hora presente, se vea expuesto nuevamente a otra demoledora embestida.

3. LA OBLIGACIÓN DE PAGAR EL *TAKE OR PAY* POR LOS AÑOS 2007 Y 2008

En la primera pretensión la demandante pretende que se declare que la convocante está obligada a pagar a la demandada el *"Volumen Take or Pay por los años 2007 y 2008 a que se obligó CI Carbones del Caribe S.A. en el Contrato de Asociación celebrado el 27 de marzo del año 2006 entre Consorcio Minero Unido S.A. (CMU), Carbones de los Andes (Carboandes), Carbones del César (CDC), C.I. Carbones del Caribe S.A. (Caribe), Carbones de la Jagua S.A. (DCJ), C.I. PRODECO S.A. (PRODECO), y* DRUMMOND *COAL MINING LLC (DCM)."* y se le condene al pago de la suma respectiva.

A dicha pretensión se opuso la demanda formulando tres excepciones que denominó *"No aplicación de Compromiso Take or Pay por falta de capacidad técnica" , "No aplicación del Compromiso Take or Pay por falta de capacidad legal" y "No aplicación del compromiso Take or Pay por fuerza mayor"*

Para resolver estas pretensiones el Tribunal considera procedente en primer lugar hacer referencia a lo pactado por las partes en torno al *Take or Pay* para posteriormente examinar las excepciones propuestas.

Según consta en los considerandos del Otrosí No. 12 (Cfr. Fls. 161 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No 1) al Contrato de Concesión celebrado entre Ferrovías y FENOCO, y que posteriormente fue cedido al INCO, la modificación al contrato de concesión contenida en dicho Otrosí se realizó por la necesidad de llevar a cabo cuantiosas inversiones destinadas a la ampliación de la vía férrea en mención y asegurar las exportaciones del sector carbonífero, con la participación de capital privado con arreglo a un esquema de colaboración público-privada basada prioritariamente en vínculos contractuales tal y como quedó indicado en el primer apartado de estas consideraciones. Por virtud de dicho Otrosí el concesionario se obligó a construir las obras necesarias para la ampliación de la capacidad de la vía existente y la construcción de la segunda vía paralela, de conformidad con lo previsto en dicho contrato. En el anexo No. 3 del Otrosí 12, se contempló que "*Dentro de la etapa inicial de construcción de la línea doble se considera la ampliación de los apartaderos actuales y Construcción de dos estaciones nuevas, que llevara la capacidad de la línea a 40 millones de toneladas por año.*"

Con el fin de desarrollar la participación privada en el proyecto se suscribió en la misma fecha, el contrato de asociación al cual igualmente se ha venido aludiendo, entre todas las empresas interesadas que se convertirían en Accionistas de FENOCO, pactándose allí, además de otras estipulaciones, lo que denominaron el Compromiso *Take or Pay*.

A tal propósito en la cláusula 6ª del Contrato de Asociación se estableció que *"En desarrollo del Proyecto de Reestructuración Integral de la Red Férrea del Atlántico, cada uno de los Inversionistas Privados (i) por el presente se compromete respecto de su compromiso del Take or Pay descrito en el Anexo 2…". En este contexto el Anexo 2 del Contrato de Asociación regula el "Compromiso Take or Pay"* (Cfr. Fls. 37 a 44 Cuaderno 1 de pruebas), y a tal efecto establece en lo pertinente:

> *"El presente anexo contiene las reglas aplicables a la garantía de transporte del compromiso de Compra en Firme (Take or Pay) (en adelante el "Compromiso Take or Pay"), que debe ser otorgada por cada uno de los accionistas (en adelante los*

"Inversionistas Privados") de Ferrocarriles del Norte de Colombia S. A. ("FENOCO") para usar el tramo Chiriguaná –Santa Marta, así como por cualesquiera otros Usuarios que cumplan con los requisitos correspondientes al Compromiso Take or Pay, los Derechos de Ingreso previstos en los Anexos 1 y 10 del Contrato de Asociación, y las garantías financieras de los mismos, y quienes sean elegibles para las Tarifas definidas en los Anexos 1 (secciones 4 y 5) y 10 (sección 4) del Contrato de Asociación. La obligación de los Inversionistas Privados de otorgar el Compromiso Take or Pay mediante la suscripción del Contrato de Asociación es asumida por los mismos a favor de FENOCO.

"Cláusula Primera. Definiciones….

"Cláusula Segunda: Reglas del Take or Pay.

"2.1. Con el fin de tener un Volumen Garantizado anual de transporte en el tramo Chiriguaná – Santa Marta, cada uno de los Usuarios Take or Pay otorga por el presente un Compromiso Take or Pay a FENOCO, el cual entrará en pleno vigor cuando el Acuerdo de Modificación del Contrato de Concesión haya sido suscrito y será incorporado en cada Contrato de Usuario Take or Pay, de acuerdo con las siguientes tablas:

"…

"CI CARBONES DEL CARIBE S.A.

Años	*Volumen Garantizado. (millones de toneladas)*	*Volumen Take or Pay (millones de toneladas)*
2006	*0*	*0,00*
2007	*2*	*1,4*
2008	*2,5*	*1.75*

"…"

En relación con esta regla el numeral 1.1 de la cláusula primera del Anexo 2 del Contrato de Asociación define el Volumen Garantizado de la siguiente forma (Folio 37 Cuaderno 1 de pruebas):

*"Volumen Garantizado: **Es el volumen de toneladas anuales de capacidad de transporte que FENOCO garantiza**, en el tramo Chiriguaná – Santa Marta, a cada uno de los Inversionistas Privados o a otros Usuarios que con posterioridad suscriban un Compromiso Take or Pay con FENOCO (los Usuarios Take or Pay)." (Se subraya)*

Así mismo el numeral 1.2 de la Cláusula Primera del Anexo 2 del Contrato de Asociación establece:

> *"Volumen Take or Pay: Es el volumen en toneladas que cada uno de los Usuarios Take or Pay garantiza transportar por ferrocarril en el tramo Chiriguaná – Santa Marta en cada año. En el evento en que un Usuario Take or Pay no cumpla con el transporte de su Volumen Take or Pay anual, tal y como se define en el numeral 2.1 siguiente, dicho Usuario Take or Pay pagará incondicionalmente la Tarifa por el total del Volumen Take or Pay que garantizó transportar. El volumen del Compromiso Take or Pay de cada Usuario Take or Pay será igual al 70% de su Volumen Garantizado." (Folio 37 Cuaderno 1 de pruebas)*

De conformidad con las estipulaciones contractuales transcritas, con el fin de tener un Volumen Garantizado anual de transporte en el tramo Chiriguaná – Santa Marta por parte de FENOCO, cada uno de los Usuarios *Take or Pay* se comprometía a transportar por la línea férrea el volumen de toneladas señalado como Volumen *Take or Pay*, que equivalía al 70% del Volumen Garantizado. En caso de no transportar dicho volumen, el Usuario debía pagar la Tarifa por el total del volumen *Take or Pay* que debía transportar.

Si bien FENOCO no es parte del contrato de asociación, dicho contrato contiene una estipulación a su favor que ha sido aceptada por ella, y en consonancia con tal circunstancia, es pertinente agregar que la convocada señala en su contestación que igualmente FENOCO tiene la obligación de prestar los servicios necesarios para garantizar a los inversionistas privados un volumen de capacidad de transporte de conformidad con el Anexo 2 del Contrato de Asociación, la que resulta del Acuerdo de Accionistas (respuesta al hecho 5º de la Demanda), de donde se desprende que está acreditada la existencia de la obligación a cargo de la convocada de Transportar el Volumen *Take or Pay*, e igualmente corresponde tener por establecido que CARIBE no transportó carbón durante los años 2007 y 2008, pues al contestar la Demanda la demandada expresó: "*Es cierto que CARIBE no transportó carbón por la línea férrea en los años 2007 y 2008* ", por lo que bajo los términos del Contrato de Asociación la pretendida exigibilidad del pago incondicional de la tarifa de transporte sustitutivo, inherente al compromiso de compra en firme asumido por esta última entidad, considerada tal calidad jurídica en abstracto no ofrece en verdad discusión.

En consecuencia, lo que debe examinarse es si las excepciones formuladas están llamadas a prosperar y, de ser afirmativa la respuesta, determinar la medida del correspondiente pronunciamiento estimatorio a que hubiere lugar.

4. LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR LA CONVOCADA

4.1. No aplicación del compromiso *take or pay* por falta de capacidad técnica

En su contestación a la demanda, la sociedad convocada formula la excepción que denominó "NO APLICACIÓN DEL COMPROMISO *TAKE OR PAY* POR FALTA DE CAPACIDAD TÉCNICA", y a tal propósito afirma que la capacidad de la línea férrea sólo estuvo disponible para CARIBE a partir del 20 de junio de 2007.

Para tal efecto se refiere a la comunicación del 20 de junio de 2007 dirigida por FENOCO a CARIBE en la cual se expresa que para los efectos contractuales a que haya lugar de acuerdo con los compromisos adquiridos con los inversionistas privados, FENOCO certifica que a partir de ese momento se encuentra en cumplimiento del volumen garantizado previsto en el Anexo 2 del contrato de asociación, con relación a la capacidad de transportar por el tramo Chiriguaná- Santa Marta.

Se refiere igualmente al concepto del asesor legal de FENOCO quien, afirma, señaló que ante la falta de capacidad de la línea, el Volumen *Take or Pay* debía reducirse proporcionalmente para el año 2007. Agrega que en comunicación del 24 de junio de 2008, dirigida a Cárdenas & Cárdenas, el Secretario General de FENOCO contradijo lo manifestado por su propio Presidente y asesores legales, por lo que dichos asesores legales, en comunicación del 18 de julio de 2008, decidieron modular el concepto emitido previamente, para indicar que —a pesar de la claridad de la comunicación de FENOCO—, se entendiera que "en realidad" esa capacidad estaba disponible desde el 1 de enero de 2007 y no desde el 20 de junio.

Agrega que, como indicó CARIBE en su comunicación del 19 de agosto de 2008, esta conducta de FENOCO implica un desconocimiento evidente de la teoría del acto propio, al pretender desconocer sus propias actuaciones contractuales.

En su alegato de conclusión el apoderado de la demandada se refiere nuevamente al contenido de la comunicación del 20 de junio de 2007, así como a la declaración de quien para ese momento era representante legal de FENOCO, el señor Hernando Vallejo, quien expresó que solo hasta que Adif certificara la capacidad se podía poner la misma en oferta. Así mismo alude a la declaración del representante legal de Caribe quien manifestó que lo que se entendió era que a partir de dicha comunicación estaba disponible FENOCO para cumplir su compromiso.

Señala que el apoderado de FENOCO ha pretendido restarle importancia a la comunicación del 20 de junio de 2017, como si se tratara de un documento que hubiese sido elaborado de manera solitaria e irresponsable por el Presidente de FENOCO, a espaldas de sus colaboradores y de los accionistas de la empresa.

Agrega que no se ha presentado en este proceso –porque no existe–, evidencia alguna que permita siquiera pensar que esto es cierto o que alguno de los accionistas de FENOCO o alguno de los integrantes del equipo directivo se hubiera sorprendido con el contenido de esa comunicación.

Expresa el apoderado que la carta del 20 de junio de 2007 a la que se ha hecho referencia, fue elaborada y revisada con la participación de los funcionarios de los más altos niveles directivos de la administración de FENOCO de ese momento, a saber: i) el Director Técnico, el Ingeniero Luis Fernando Sánchez, quien solicitó y recibió el estudio de capacidad de la vía elaborado por ADIF; ii) el Secretario General, el abogado Carlos Alberto Riveros, quien la revisó y aprobó; y iii) el Presidente y representante legal de la compañía, Ingeniero Hernando Vallejo, que la suscribió y envió a CARIBE. Igualmente expresa que los testigos citados por FENOCO que se refirieron a este tema son personas que para el momento de los hechos se ocupaban principalmente de labores de campo, tales como la construcción y el mantenimiento de las vías y el control de las operaciones, por lo que no tenían por qué tener conocimiento ni participación en las discusiones que se presentaban en el nivel directivo de la sociedad acerca de cuál era la verdadera capacidad de la Línea Férrea y mucho menos del cumplimiento o no de las obligaciones de FENOCO en relación con el Compromiso *Take or Pay*.

Señala que se ha demostrado en el proceso que no hay un método único ni una única

fórmula aceptada para definir cuál es la capacidad de una vía férrea, por lo que precisamente se requería la intervención de un experto que justamente tuviera como función decir *"la última palabra"* sobre este asunto. A tal propósito se refiere a los estudios de INECOL TRANSPORTE y RLBA, y precisa que el experto que debía definir no era otro que ADIF, dada el importantísimo papel que el Asistente Técnico Operativo (ATO) debía cumplir, de acuerdo con lo exigido por el Contrato de Concesión.

Manifiesta que durante el proceso arbitral quedó demostrado que en el año 2007 no había claridad ni una única opinión sobre cuál era la capacidad de la Línea Férrea. Para tal efecto se refirió a las declaraciones del representante legal de Caribe para la época y de diversos funcionarios de FENOCO.

En relación con el argumento de FENOCO en el sentido de que las obras de ampliación de la capacidad de la vía se terminaron en el mes de diciembre de 2006 y que, por lo tanto, la capacidad para los Usuarios *Take or Pay* estuvo disponible desde el inicio del año 2007, el apoderado de la demandada se refiere a los estudios presentados por la demandante para acreditar la capacidad de la vía y señala lo siguiente:

El estudio de INECOL TRANSPORTE corresponde a un simple anteproyecto dirigido a ampliar la capacidad de la vía y se hizo en 2004, con fundamento en las condiciones de operación de Drummond y las especificaciones del Contrato Operacional (tipo de trenes, locomotoras, velocidad de operación, etc.). Por lo tanto, nada certifica sobre la verdadera capacidad de la vía en el año 2006 y en ningún lugar del estudio se mencionan los años 2006 o 2007, simplemente porque no podía certificar un hecho futuro e incierto sin ni siquiera conocer que ocurriría una reestructuración de la concesión de la Red Férrea del Atlántico que implicaría la entrada de los Nuevos Usuarios–Accionistas, con sus propias características y exigencias de operación. Adicionalmente señala que hay elementos probatorios que demuestran que las obras y actividades propuestas por INECOL en el anteproyecto, no fueron las mismas que ejecutó FENOCO hasta el final del año 2006. Advierte que esta diferencia aparece de la simple comparación entre la extensión (prolongación) de las estaciones/apartaderos propuesta en el estudio de INECOL con la extensión de los mismos apartaderos contenidas en la certificación aportada por FENOCO al proceso. Por otra parte, agrega que no hay evidencia alguna de que FENOCO haya ejecutado

otros componentes fundamentales previstos en el anteproyecto, como es la modernización de las instalaciones de seguridad. A tal efecto expresa que en el correo electrónico de fecha 23 de diciembre de 2006 que FENOCO aportó como prueba, se dejó claro que quedó faltando *"el enclavamiento eléctrico de las nuevas estaciones"* elemento este de la mayor importancia para el funcionamiento de las mismas y que era parte justamente del proyecto de modernización de las instalaciones de seguridad.

Afirma entonces que el estudio aportado por FENOCO para intentar derivar de él una pretendida certificación de la capacidad de la vía para el 1° de enero de 2007, lo que evidencia es, i) que las obras civiles de construcción, reubicación y ampliación de apartaderos propuestas por INECOL no fueron ejecutadas en su totalidad por FENOCO (no, al menos, antes del 1° de enero de 2007), ii) que tampoco se ejecutó para esa fecha, el proyecto de modernización de las instalaciones de seguridad con el alcance descrito en el anteproyecto de Inecol, componente este requerido para obtener la ampliación de capacidad, iii) que el estudio no contiene certificación alguna de capacidad de la Línea Férrea para una fecha futura, y iv) que la capacidad de la vía es una función compleja, que depende de un conjunto de elementos que superan la mera ejecución de obras relativas a las estaciones o apartaderos y se relaciona con los niveles de servicio y la gestión empresarial.

Igualmente se refiere al estudio de RLBA para señalar que el mismo se limita a realizar cálculos de escenarios dados por FENOCO y en ninguna parte certifica que la Línea Férrea contara con determinada capacidad disponible para el día 1° de enero de 2007, que es lo que aquí se discute. Tampoco hace mención alguna a las obras en los apartaderos. Advierte que lo que sí señala ese estudio con toda claridad, es que la capacidad de una vía férrea no se mide solo por la infraestructura física sino que hay una serie de factores que deben ser tomados en cuenta e influyen en esa estimación.

Finalmente, expresa que el propio Contrato de Concesión evidencia con total claridad y contundencia que las obras de ampliación de los apartaderos no eran la única actividad que debía realizar FENOCO para ampliar la capacidad de la vía y habilitar la prestación del servicio ferroviario a los Nuevos Usuarios–Accionistas. Para tal propósito se refiere a la cláusula 21 del Contrato de Concesión, modificada por la cláusula 12 del Otrosí 12, que figura a folio 173 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No. 1, que indica lo que incluyen las obras que debe realizar el concesionario y

destaca que las obras de rehabilitación – reconstrucción, comprenden no solo obras civiles, sino también mecánicas, eléctricas y el sistema de control y señalización.

Señala que a pesar de que FENOCO ha sostenido que la capacidad de la Línea Férrea estaba disponible a partir del 1° de enero de 2007, y a pesar también de las múltiples afirmaciones de que el aumento de la capacidad de la vía se dio por las obras culminadas en diciembre de 2006, ADIF certificó una capacidad disponible para junio de 2007 y no desde el 1° de enero de 2007 y ninguno de los testigos de FENOCO ni su actual representante legal pudo dar una explicación a una pregunta tan sencilla: ¿por qué el estudio de ADIF se solicitó sólo hasta el mes de junio de 2007?. Agrega que el único que tuvo una respuesta frente a esta cuestión fue el entonces Presidente y representante legal de FENOCO, el Ing. Hernando Vallejo, quien señaló que antes de junio de 2007 no había claridad de que FENOCO tuviera la capacidad disponible.

Concluye que en este proceso arbitral la única capacidad de la Línea Férrea certificada para el año 2007 es aquella derivada de la comunicación emitida por ADIF de 19 de junio de 2007, que obra a folio 216 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No. 1, la cual se circunscribe a certificar la capacidad de la vía a junio de 2007, de acuerdo con la infraestructura y condiciones de operación de ese momento.

Por otra parte, afirma que en su momento FENOCO consideró que la certificación de la capacidad era un requisito para que se pudiera iniciar el uso de la Línea Férrea por parte de los Nuevos Usuarios Accionistas, para lo cual se refiere a la carta a la que se ha hecho referencia de junio de 2007 y a la declaración del señor Hernando Vallejo, quien señaló que la certificación en términos funcionales de Fenoco era un imperativo y que sin ella no hubiera autorizado que entrara un usuario nuevo.

Por otra parte, se refiere a la afirmación de la convocante en el sentido que la capacidad de la vía se informó a los usuarios con anterioridad a la comunicación del 20 de junio de 2007, utilizando para ello el sistema de "consignas", a lo cual también se refirió el representante legal de FENOCO en su interrogatorio. A tal efecto señala que ni las consignas ni los avisos tienen por objeto ni tuvieron como efecto informar a los Usuarios–Accionistas de cuál era la capacidad de la vía. Estos documentos se limitaban a informar temas meramente operativos y no cuál era la capacidad de la Línea Férrea.

Así mismo se refiere a testimonios rendidos por distintos funcionarios de FENOCO en los cuales, afirma, que quedó claro que las consignas no fueron utilizadas para informar acerca de la capacidad de la vía.

Se refiere al Anexo III del Otrosí 12 al Contrato de Concesión, a un correo electrónico de 23 de diciembre de 2006 y a la participación en la Junta Directiva de la convocada, que invoca FENOCO, y señala que los mismos no informaron la capacidad de la vía. En este sentido reitera que la terminación de unas obras de apartaderos que se informa en el correo mencionado, no equivale a certificar la capacidad de toda una vía férrea ni puede convertirse en una exigencia a quien la conozca de determinar dicha capacidad. La capacidad constituye una función compleja de elementos de infraestructura, señalización, seguridad, gestión operativa, entre otros y la variedad de métodos y criterios para su estimación, evidencia la dificultad que ese proceso conlleva. Destaca que el correo electrónico de 23 de diciembre de 2006 no certifica en ninguna parte –ni es posible derivar del mismo– que la capacidad de la vía férrea estuviera disponible para brindar el Volumen Garantizado a los Nuevos Usuarios – Accionistas, incluido CARIBE.

Igualmente se refiere al acta No. 20 de la Asamblea General de Accionistas que figura a folio 59 y siguientes del Cuaderno No. 2 y a las actas de Juntas Directivas No. 50, 51 y 52, las cuales, según el actual representante legal de FENOCO, al informar el avance de las obras y aprobar AFEs, evidencian que CARIBE estaba informado antes del 22 de junio de 2007 de cuál era la capacidad de la Línea Férrea. En tal sentido señala que en ninguno de estos documentos se hace mención a la capacidad de la línea, ni de su contenido se puede evidenciar que los asistentes a tales reuniones tuvieran conocimiento de cuál era esa capacidad y que la misma permitiera a FENOCO ofrecer a los Nuevos Usuarios–Accionistas el Volumen Garantizado.

Advierte que FENOCO ha sostenido que la carta que el Presidente de FENOCO envió a CARIBE el día 20 de junio de 2007, no tiene ninguna validez ni produce ningún efecto, porque en el Anexo 2 del Contrato de Asociación no se señala que FENOCO tuviera que enviar a sus usuarios una comunicación certificando que contaba con la capacidad mínima a la que se había comprometido. A tal efecto se refiere al deber de obrar de buena fe y señala que en cumplimiento de ese deber es de esperar que en un Compromiso *Take or Pay*, dadas las importantísimas consecuencias que se derivan

del momento en que la disponibilidad aparece, la parte que tiene el deber de garantizar esa disponibilidad debe informar a su usuario que eso ocurrió.

Por otra parte, en cuanto al argumento de la demandada acerca de que Caribe no se encontraba lista para utilizar la Línea Férrea, afirma que la reducción de la tarifa establecida en la cláusula 2.11 no exige que los usuarios tengan que demostrar estar listos para utilizarla, pues las únicas condiciones acordadas para que se aplique la reducción del Compromiso *Take or Pay* son i) que el Compromiso *Take or Pay* entre en vigor en una fecha posterior al 1° de enero y ii) que la causa de ello sea la falta de capacidad disponible en la vía férrea.

Advierte que la excepción que presenta no se encuentra dirigida a que el Tribunal declare la existencia de un incumplimiento de la obligación a cargo de FENOCO de garantizar una capacidad mínima para todos los usuarios de la vía férrea, razón por lo cual no resultan aplicables en este caso los requisitos que la ley y la jurisprudencia han establecido para poder invocar la excepción de contrato no cumplido.

Adicionalmente señala que la posición del apoderado de FENOCO contradice las propias actuaciones de FENOCO en relación con el Compromiso *Take or Pay*, pues en el año 2009, año en el cual se presentó una huelga en FENOCO que le impidió cumplir con su obligación de garantizar la capacidad de transporte a los usuarios de la vía, FENOCO aplicó una reducción en el cobro que hizo a CARIBE en relación con el Compromiso *Take or Pay* correspondiente a dicho año. Este comportamiento debe ser utilizado como un criterio determinante de la interpretación que las partes han dado a las estipulaciones del Anexo 2 del Contrato de Asociación de conformidad con el artículo 1622 del Código Civil.

Señala que las expresiones del actual representante legal de FENOCO ante el Tribunal, según las cuales el cobro del Compromiso *Take or Pay* correspondiente al año 2009 se hizo de manera equivocada, así como la decisión de FENOCO de solicitar la revisión de dicho cobro ante los jueces, despiertan muchas dudas en relación con el cumplimiento por parte de FENOCO del principio de buena fe que debe guiar las actuaciones de las partes en la ejecución de los contratos

Por lo anterior solicita negar las pretensiones de la demanda.

- A su turno, al replicar la convocante expresa que está probada la existencia del compromiso contractual *Take or Pay*, que se consigna en el Contrato de Asociación suscrito en el año 2006.

Señala que desarrolló una serie de obras en el año 2006 que incrementaron la capacidad de la vía hasta llevarla por encima de 54 millones de toneladas por año, en desarrollo del Anexo 3 del Otrosí 12 al Contrato de Concesión celebrado en el mes de marzo de 2006 en el que junto con el Contrato de Asociación, FENOCO S.A. adquirió el compromiso de realizar algunas obras en el año 2006 de ampliación de la capacidad de la vía, para llevarla a no menos de 40 millones de toneladas por año. Este compromiso con el INSTITUTO NACIONAL DE CONCESIONES – INCO - se cumplió a cabalidad por FENOCO S.A. Señala que diversos testigos, lo mismo que el representante legal de FENOCO explicaron cómo se desarrollaron y se entregaron esas obras con lo cual se incrementó la capacidad de la vía por encima de esa cifra de 40 millones de toneladas por año.

Agrega la actora que el señor Marco Puccini, quien era representante legal de CI CARBONES DEL CARIBE S.A. en la época de los hechos, antecesor en la posición contractual de CNR TRANSPORT S.A.S., y miembro de la Junta Directiva de FENOCO S.A. trató de negar que supiera de esas obras y su terminación, pero no tuvo más remedio que reconocerlo cuando se le puso de presente el correo electrónico con el que se le informó el 23 de diciembre de 2006 de la terminación de las obras. Agrega que el señor apoderado de la convocada en este Tribunal, quien también era miembro de la Junta Directiva de FENOCO S.A. en los años 2006, 2007 y 2008 y fue asiduo asistente a sus sesiones, ahora en el litigio sobre esos hechos los niega, y tenía y tiene plena consciencia de los hechos ocurridos y de que en efecto las obras se terminaron en 2006.

Expresa que en el proceso obran como prueba tres informes técnicos de firmas consultoras sobre la capacidad de la vía férrea, uno de 2004, otro de 2007 y otro de 2014. El primer informe es el estudio realizado en el año 2004 por la firma INECOL que concluyó, entre otras cosas, que la capacidad de la vía en esa época- año 2004- era de 29.2 millones de toneladas. Esto quiere decir que para el año 2006 y antes de iniciar las obras sobre la vía, ya existía una capacidad de 29.2 millones de toneladas por año. Expresa que este dato significa que aún sin las obras del 2006, en el año 2007 FENOCO S.A. tuvo la capacidad suficiente disponible para cubrir el volumen

garantizado de CARBONES DEL CARIBE S.A. de 2 millones de toneladas en 2007. Advierte que se probó en el proceso con todos los testigos de FENOCO S.A. que en 2007 se transportaron sobre la vía tan solo 22.76 millones de toneladas. Por lo tanto, aún sin contar con las obras realizadas en el año 2006, en 2007 habría 6.44 millones de toneladas de capacidad disponible para atender los 2 millones de toneladas de Volumen Garantizado de CI CARBONES DEL CARIBE S.A.

Señala que el segundo estudio de capacidad fue realizado por la firma ADIF en el primer semestre del año 2007 y arrojó una capacidad de la vía de 45.8 a 54.9 millones de toneladas por año dependiendo del tipo de trenes a ser usados sobre la vía. Advierte que no cabe la más mínima duda de que hubo capacidad disponible para cubrir el volumen garantizado de CI CARBONES DEL CARIBE S.A. en los años 2007 y 2008. En efecto partiendo del hecho probado de que en el año 2007 se transportaron 22.76 millones de toneladas sobre la vía y de que en el año 2008 se transportaron sobre la vía 26.84 millones de toneladas, es claro que había capacidad suficiente en la vía para atender de sobra el volumen garantizado a CI CARBONES DEL CARIBE S.A.

Agrega que el tercer estudio de capacidad presentado es el de la firma consultora internacional RL BANKS que en el año 2014 realizó un estudio histórico de capacidad sobre la base de la metodología de simulación por computador de la vía. Este estudio estima la capacidad de la vía en 49.890.130 toneladas métricas para el año 2007 y 49.651.043 en el año 2008. Esta estimación de capacidad confirma la conclusión de que la vía tenía suficiente capacidad para atender el volumen garantizado en los años 2007 y 2008.

Destaca que ninguno de los anteriores estudios fue controvertido por la parte convocada en cuanto a su validez técnica, ni se presentó prueba alguna de que la capacidad de la vía fuera diferente de la determinada por estos estudios. Por lo tanto, no cabe duda de que la capacidad técnica de la vía existió en los años 2007 y 2008 para cubrir el compromiso de volumen garantizado de CI CARBONES DEL CARIBE S.A.

Agrega que está probado en el proceso que en los años 2007 y 2008 CI Carbones del Caribe S.A no transportó absolutamente nada sobre la vía. Expresa que desde la demanda se hizo esta negación indefinida la cual tampoco fue objeto de

contradicción por la convocada. Adicionalmente señala que se probó en el proceso que la misma compañía no tuvo lista la conexión de su puerto con la vía férrea sino hasta el año 2009, puesto que tramitó de manera tardía la modificación de su plan de manejo ambiental para tal construcción.

En cuanto se refiere a la comunicación enviada por FENOCO a CARIBE el 20 de junio de 2007, apunta que no existe ninguna norma legal o estipulación contractual que obligue a informar de un estudio de capacidad para que se entienda que dicha capacidad existe. Advierte que la capacidad de una vía férrea depende de sus características técnicas y, en el caso específico de la vía concesionada a FENOCO S.A. dependía en los años materia de disputa de la extensión del cantón crítico y de la longitud de los apartaderos, tal y como lo señalaron los testigos.

Expresa que todos los usuarios de la vía férrea, conocieron el plazo de ejecución de las obras en desarrollo del Anexo III del Otrosí 12 del Contrato de Concesión, y fueron informados de la debida terminación de las obras, inclusive llegaron a otorgar bonos por desempeño a aquellos funcionarios que participaron en la terminación de las obras para diciembre 31 de 2006.

Agrega que el representante legal de CARIBE y su apoderado, quienes en su calidad de miembros principal y suplente atendían la Junta Directiva de FENOCO, conocieron como se planeó la ampliación de la vía, como se ejecutaron esas obras y como la capacidad quedó disponible en el mes de diciembre de 2016.

Señala que el día 23 de diciembre de 2006 por correo electrónico se comunicó a todos los usuarios de la vía, incluyendo al representante legal de CARIBE sobre la terminación de las obras y, por ende del cumplimiento de compromiso con el INCO.

Expresa que a la versión de los hechos de la convocada le queda un inmenso cabo suelto, pues si no hubiere existido la capacidad como mínimo de 40 millones de toneladas anuales, se hubiera incumplido el contrato de Concesión con el INCO, lo cual nunca ocurrió ni ha existido sanción por un supuesto incumplimiento en la terminación de dichas obras.

Se refiere a la carta de junio de 2007 que invoca la parte demandada y señala que si tuviera el efecto que ella pretende sería tanto como una modificación al compromiso

del contrato de asociación, lo cual no podía hacerlo el señor Vallejo Monsalve unilateralmente y por iniciativa propia mediante carta y, mucho menos en detrimento de los intereses de FENOCO S.A. Agrega que si la carta tuviera el efecto que le atribuye la demandada, ella implicaría que no se cumplió con el Contrato de Concesión en su otrosí 12 Anexo 3, lo cual nunca ha ocurrido. Adicionalmente reitera que si la carta tuviere este efecto, implicaría que el estudio de ADIF es constitutivo de capacidad y no prueba de la misma, lo cual por supuesto es absurdo, dado que la capacidad de una vía férrea se logra en el momento en el que se terminan las obras necesarias para el aumento de la misma y no por el envío formal de una Carta.

Señala que el testigo de la convocada, el ingeniero Hernando Vallejo, trató de defender la tesis de que la carta era requisito para que la capacidad existiera, pero luego de ser contrainterrogado naufragó entre lagunas y contradicciones de no poca monta. Agrega que el testigo Vallejo entró a trabajar en FENOCO S.A. en noviembre de 2006 sin ninguna experiencia ferroviaria, no obstante se refería con propiedad al tema de la capacidad. Advierte que el testigo Vallejo confirma que no conocía la capacidad de la vía en el año 2006 y no sabía del estudio de INECOL con base en el cual se desarrollaron las construcciones en el año 2006. Así mismo, el testigo Vallejo no distinguía los diferentes contratos que tenía FENOCO S.A. en la época de los hechos, pero sí habló con propiedad de la carta de junio de 2007 para activar el *Take or Pay*. El testigo Vallejo no tenía idea del trámite ambiental para desarrollar las obras ejecutadas en el año 2006 ante el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, ampliamente documentado en el expediente. No sabía que se había solicitado desde el año 2005 la autorización como cambio menor para completar en el año 2006 las obras necesarias para aumentar la capacidad de la vía férrea, tema crucial en el desarrollo de las obras, todo lo cual desdice de la credibilidad del testigo. Advierte además que el testigo Vallejo afirma que el tema de capacidad no lo manejaba él en FENOCO, sino que lo manejaban los funcionarios técnicos de la empresa. De manera que todo lo que antes había dicho sobre la capacidad informada en 2007 a los Usuarios pierde toda su credibilidad. Interrogado sobre la carta de junio de 2007 se deslizó del tema confesando que él ni siquiera la había escrito. Concluye que en suma el señor Vallejo no tenía la más remota idea del tema de capacidad y según su dicho tampoco preparó la carta de junio de 2007, por lo que su versión de que tocaba informar la capacidad no tiene ni la más mínima credibilidad.

Agrega que como prueba en su favor aduce el apoderado de la convocada un concepto del abogado externo de FENOCO S.A. que como ya se ha explicado es correspondencia confidencial cliente – abogado entre el abogado y su cliente FENOCO S.A. El concepto lo conoció el apoderado de la convocada que lo presentó como prueba en su calidad de miembro de la Junta Directiva de FENOCO, razón por la cual no podía usarlo como prueba sin violar el deber de mantener confidencial la información de que conoce como miembro de la Junta Directiva. Agrega que sin perjuicio de que se decida que esa prueba no es admisible, en todo caso llama la atención de que para nada cambia la contundencia de los hechos y las razones jurídicas que se presentan para concluir que la capacidad de la vía desde el mismo inicio del año 2007 fue suficiente para satisfacer el volumen garantizado a CI CARBONES DEL CARIBE S.A. y lo fue durante todo ese año y todo el año 2008, teniendo en cuenta que la capacidad de la vía férrea aumentó por las obras que se realizaron en el año 2006.

Expresa que tanto la opinión del asesor externo de FENOCO expresada en la carta de mayo 20 de 2008 como en la carta de julio 18 de 2008 (Folios 391 a 404 Cuaderno 2 de pruebas), le dan la razón. En la primera en su página 7 dice que si FENOCO S.A. demuestra que la capacidad estaba disponible desde enero de 2007 no habría lugar a la reducción del *Take or Pay* y, la segunda en su segunda página con toda claridad dice que la carta no es requisito contractual para garantizar la disponibilidad del volumen garantizado y que frente a las pruebas técnicas de la disponibilidad de la capacidad desde enero 1 de 2007 no hay lugar a la reducción del *Take or Pay*.

De todo lo dicho concluye que cumplió con su obligación de garantizar el volumen de toneladas comprometidas como Volumen Garantizado y que por el contrario CARIBE no transportó sobre la vía una sola tonelada. Siendo así, claramente debe la convocada ser condenada a pagar lo demandado por su compromiso *Take or Pay*.

Así las cosas, formulada la referida excepción en los términos reseñados y expuesta por la parte actora la respectiva réplica cuyo contenido ha quedado igualmente resumido, en orden a decidir son conducentes las consideraciones que pasa a exponer el Tribunal como sigue a continuación.

Lo primero que debe observarse es que el Volumen Garantizado se otorgó a todos los usuarios *Take or Pay* que suscribieron el contrato de asociación, por lo que es claro

para el Tribunal que para que se entienda que se ha cumplido con el Volumen Garantizado por parte de FENOCO es necesario que la misma tenga el total de volumen de capacidad de transporte que se comprometió con todos los usuarios.

En efecto, como se señala en sus considerandos, el Contrato de Asociación se celebró teniendo en cuenta que el Contrato de Concesión se habría de reestructurar en desarrollo de las recomendaciones contenidas en el Documento CONPES 3394 para asegurar *"inversiones adicionales adecuadas en el tramo a ser mantenido para garantizar la expansión de la capacidad de la Red Férrea del Atlántico"*. Vale la pena recordar que en dicho CONPES se había señalado (página 10) que *"Frente a las perspectivas de producción y exportación de carbón del oriente del país, así como de otros productos, se prevé la necesidad de ampliar la capacidad de la red férrea del Atlántico"* y se agregó que *"De saturarse la capacidad de la vía férrea, no se lograrían las eficiencias en costos que representa el ferrocarril para este tipo de carga y se dificultaría el transporte de los diferentes productos hacia los puertos del Caribe. Por tanto, la oportunidad en la oferta de capacidad, la disponibilidad de condiciones de acceso público a la red y la definición de esquemas tarifarios del sistema de transporte por ferrocarril, son fundamentales para aumentos de la eficiencia de la actividad exportadora y la racionalidad de los costos"*, por lo que se recomendaron acciones al Ministerio de Transporte en dicho sentido. Es por ello que el Otrosí No 12 al Contrato de Concesión contempla la realización de una etapa inicial obras adicionales que permitieran aumentar *"la capacidad de la línea a 40 millones de toneladas por año"*.

Desde esta perspectiva es claro que el Volumen Garantizado por FENOCO y los diferentes compromisos *Take or Pay* asumidos por los asociados tenían por propósito permitir la ampliación del corredor férreo con el fin de que todos los productores de carbón interesados pudieran tener acceso al mismo a través del esquema que se diseñó y así asegurar la eficiencia de la actividad exportadora y la racionalidad de los costos. Por consiguiente, el Volumen Garantizado por parte de FENOCO no puede examinarse aisladamente respecto de cada uno de los asociados.

En efecto, de otra manera, se llegaría al absurdo de que si no se lograba el aumento de capacidad que contempla el OTROSÍ No 12, que es la finalidad del esquema adoptado, FENOCO podría reclamar el pago del *Take or Pay* a algunos de los usuarios, porque tendría la capacidad para atender a algunos de ellos, pero no a

todos. Y en ello reside la razón por fuerza de la cual el Tribunal no considera procedente el argumento expuesto por la convocante en el sentido que la demandada debe pagar el *Take or Pay* de los años 2007 y 2008, con base en su afirmación de que para el año 2006 y antes de iniciar las obras sobre la vía ya existía una capacidad de 29.2 millones de toneladas por año, según el estudio de INECOL, y por ello aún sin las obras del 2006, en el año 2007 FENOCO S.A. tuvo la capacidad suficiente disponible para cubrir el volumen garantizado a CARIBE de 2 millones de toneladas en 2007, pues se reitera, ello desconoce el propósito de los compromisos asumidos en el tantas veces nombrado Contrato de Asociación.

Por otra parte, la actora considera acreditado que la ampliación de la capacidad de la vía se había realizado para fines del año 2006, por lo que es exigible el compromiso *Take or Pay* para los años 2007 y 2008.

Al respecto encuentra el Tribunal que si bien no obra en el proceso una prueba técnica que permita establecer con certeza que todas las obras previstas se habían terminado en el año 2006, existen otros elementos que permiten arribar a la convicción de que por lo menos la mayor parte de las obras se había realizado para dicha época.

En efecto obra en el proceso copia del correo electrónico del 23 de diciembre de 2006 (folio 75 del Cuaderno Principal No. 2) remitido por el señor Luis Fernando Sánchez, funcionario de FENOCO, al doctor Hernando Vallejo, representante legal de la entidad, entre otras personas, y en el cual se expresó:

> *"Por medio del presente mensaje me permito comunicarle que en el día de ayer 22 de diciembre a las 2 pm se dio al servicio la Estación Canoas que era la que faltaba.*
>
> *"Con lo anterior se cumple la obligación establecida en el anexo 3 del Otrosí N 12.*
>
> *"En resumen se ampliaron las vías segundas de 12 estaciones existentes quedando en promedio con longitudes de 2.150 mts y, se construyeron 3 nuevas estaciones: Lleras, San Carlos (Norte de Aracataca) y Canoas.*
>
> *"A la fecha todos los trenes de Drummond pueden circular con 120 vagones y hacer cruzamientos en la totalidad de las Estaciones del sector La Loma – Pro Drummond.*

> *"Algunas actividades quedan faltando la cuales no afectan la operación mencionada: Terminación de los edificios de Lleras y Canoas. (En San Carlos tendremos estación temporal). Igualmente falta terminar el puente 3 Vueltas y el enclavamiento eléctrico de las nuevas estaciones".*

Como se puede apreciar, de dicho mensaje se desprende que la mayoría de las obras previstas se terminaron en diciembre de 2006, con la excepción de los edificios de Lleras y Canoas, el puente 3 vueltas y el enclavamiento eléctrico en las nuevas estaciones, y lo cierto es que no obra en el expediente prueba ninguna que desvirtúe las afirmaciones contenidas en dicho documento. Por el contrario, de las declaraciones recibidas se infiere que ello corresponde a la realidad., como pasa a verse en seguida:

El testigo Hernando Vallejo expresó "*SR. VALLEJO: Eso debe obedecer a la siguiente situación, nosotros en el 2006 hicimos todas las ampliaciones de los apartaderos que me mandaba el contrato.*" Igualmente el señor Carlos Toledo declaró: "*Efectivamente se terminaron las obras el 31 de diciembre…*"

Sin embargo, debe señalarse que si bien está acreditada la ejecución de la mayoría de las obras, en el expediente no hay evidencia concluyente que permita establecer que, cuando se ejecutaron las obras, se tuviera certeza de la capacidad de transporte resultante de las ampliaciones. En efecto, en relación con el punto la convocante ha invocado el estudio realizado por la firma INECOL TRANSPORTES denominado "ANTEPROYECTO AMPLIACIÓN DE LA CAPACIDAD DE LA VÍA LA LOMA- PUERTO DRUMMOND" que obra a folio 116 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No. 3, en el cual "*se determinaron las ampliaciones y nuevas estaciones necesarias para llegar a niveles de servicio que permitieran un plan de movilización de trenes para atender una demanda de transporte a corto y mediano plazo de 40 millones de toneladas anuales de carbón…*" (Folio 118 del Cuaderno de Pruebas No. 3).

Si se revisa este estudio se aprecia que es un anteproyecto y no puede afirmarse que lo ejecutado correspondiera exactamente a dicho anteproyecto y, por consiguiente, que en diciembre de 2006 existiera certeza acerca de que la ejecución de las obras realizadas daba lugar a una capacidad de 40 millones de toneladas. De hecho si se comparan las cifras de las ampliaciones que se contemplan en el mencionado estudio, con las que aparecen en la certificación realizada por FENOCO, se encuentra que,

como hace ver la convocada, la extensión de las ampliaciones es distinta en la realidad y en el estudio citado, diferencia que se aprecia en el siguiente cuadro que corresponde a las cifras incluidas en el estudio de INECOL (Cfr. Cuaderno de Pruebas No 3) y a la certificación expedida por el Gerente de Operaciones de FENOCO que obra a folio 212 del Cuaderno de Pruebas No 1:

ESTACIÓN/APARTADERO	INFORME DE INECOL (Folio 119 del Cuaderno de Pruebas No 3) LONG PROLONGACIÓN M	CERTIFICACIÓN EXPEDIDA POR EL GERENTE DE OPERACIONES DE FENOCO (Folio 212 Cuaderno de Pruebas No 1)	DIFERENCIA m
LA LOMA	894	610	284
CANOAS (MIERES)	2500	2280	220
EL PASO	2500	570	1930
LOMA COLORADA	1100	560	540
BOSCONIA	914	460	454
ESTACIÓN 815	968	550	418
ALGARROBO	2500	560	1940
LLERAS	2500	2160	340
SANTA ROSA	979	770	209
FUNDACIÓN	915	510	405
ARACATACA	2500	2100	400
SEVILLA	1785	550	1235
RIO FRIO	2500	560	1940
CIÉNAGA	1861	550	1311
LONGITUD PROLONGACIÓN REUBICACIÓN Y NUEVAS ESTACIONES	24.416	12790	11626

A lo anterior se agrega que, como se señala en dicho estudio (Cfr. Fl. 116 del Cuaderno de Pruebas No. 3):

> **"***El análisis de la capacidad de transporte debe incluir la evaluación tanto de la infraestructura como del material rodante en busca de implementar las mejoras que*

permitan con una adecuada combinación obtener los mayores rendimientos de las inversiones proyectadas.

"La infraestructura de la vía debe ofrecer la capacidad de circulación para niveles de servicio prefijados, las terminales deben poseer la capacidad de atención oportuna y eficiente del parque movilizado de acuerdo con los planes de transporte previstos.

"Por su parte el parque tractivo debe permitir el desarrollo de los planes de movilización y el parque remolcado unos ciclos adecuados con la demanda.

"En la actualidad el análisis de capacidad incluye también la revisión de la gestión empresarial en la explotación técnica.

"La Capacidad de la vía expresa el número máximo de operaciones de tráfico que es posible realizar en una línea durante un período de tiempo, que dependerá del sistema de explotación que se adopte y de la calidad del servicio prestado."

Como se puede apreciar, este informe hace referencia para efectos de la ampliación de la capacidad no sólo a la ampliación física de las estaciones, sino a otros elementos, incluyendo el sistema de explotación que se adopte y la calidad del servicio prestado.

Así las cosas, en la medida en que las obras ejecutadas no coinciden con el estudio que se analiza y, adicionalmente, la capacidad no depende solamente de las obras de ampliación sino también de otros factores, debe concluir el Tribunal que dicho estudio no acredita la capacidad de la línea férrea a diciembre de 2006 cuando se terminaron las obras.

Por otra parte, obra en el expediente el estudio de RLBA de 2014 (Cfr. FL. 257 y siguientes del Cuaderno de Pruebas Nro. 3) en el cual se hacen una serie de cálculos sobre la capacidad de la línea teniendo en cuenta diversos escenarios, como es, incrementando la capacidad de los trenes o utilizando los trenes existentes. En este estudio (pregunta 12) al calcular la máxima capacidad utilizado trenes repotenciados y trenes con la mayor longitud posible y a su máxima capacidad, se obtiene una capacidad 49.890.130 toneladas para el año 2007 y 49.651.043 en el año 2008. Por el contrario, al calcular la capacidad utilizando trenes de las características de los empleados por DRUMMOND y PRODECO se obtiene una capacidad de 39.033.450 toneladas para el caso de la primera o de 36.221.812 toneladas para la segunda en

el año 2007, y en el mismo orden 38.846.125 y 36.047.981 en el año 2008. Dichos cálculos se hicieron, según consta en el estudio, con la información suministrada por FENOCO.

Así mismo en dicho documento se expresa:

> *"Determinación de capacidad*
>
> *"Si bien el tema ha sido ampliamente estudiado, no hay una única fórmula aceptada, mucho menos un método, para calcular la capacidad ferroviaria. Las líneas y redes férreas tienen características muy disímiles en términos de Configuración de Vía, gradiente, curvatura, sistemas de control de trenes, patrones de tráfico y condiciones locales específicas que no permiten llegar a estimaciones precisas de capacidad usando tablas o fórmulas simplistas."*
>
> *"…*
>
> *"Requerimiento # 7: Calcular la capacidad práctica (sostenible) de la ruta.*
>
> *"La capacidad práctica respecto al Escenario 3 fue evaluada ajustando la capacidad teórica para reflejar varios factores importantes que influyen la capacidad en el mundo real. Estos incluyen:*
>
> *"Suspensión de ventanas de trabajo. Ha sido práctica de FENOCO suspender las operaciones de trenes en momentos y períodos programados con el fin de realizar trabajos en la carrilera o en la infraestructura.*
>
> *"…*
>
> *"Movimiento de los trenes que no generan ingresos y/o equipos de trabajo en la vía…*
>
> *"…. Si bien los principales factores que hacen que la capacidad práctica de FENOCO sea menor que su Capacidad Teórica se han abordado arriba, RLBA reconoce que el desempeño humano y varios factores internos y externos pueden impactar la capacidad de forma negativa. Con los principales factores identificables ya discutidos, RLBA determinó que una reducción del 2% de la Capacidad Teórica era una tolerancia apropiada para los factores varios incluidos en esta condición."*

Como se desprende de lo que queda transcrito y de los propios cálculos que realiza el experto, la capacidad de una línea no depende solamente de ella, sino también de otros muchos factores, incluyendo los equipos utilizados y la forma como se desarrolla la operación, los cuales en el caso concreto de FENOCO incidían en la capacidad de la vía, y por ende, la capacidad final del proyecto una vez ejecutado no dependía tan solo de las obras civiles realizadas.

A lo anterior ha de agregarse que se encuentra demostrado en el expediente que existió incertidumbre entre las partes acerca de cuál era la real capacidad disponible
En efecto, en la declaración de parte del representante legal de FENOCO se expresó:

> *"DR. JARAMILLO: … Pasamos a la siguiente pregunta, pregunta No. 2. "Explique la razón por la cual si fuera cierto que al finalizar el año 2006 ya se contaba con la capacidad suficiente para atender los compromisos con los nuevos usuarios, la solicitud a Adif para certificar dicha capacidad fue hecha casi seis meses después".*
>
> *"SR. ROSS: Como se indicó anteriormente la capacidad ya existía para el 22 de diciembre del 2.006 y Fenoco le pidió a Adif que certificara la capacidad,* ***aunque no encontramos un registro escrito verbalmente se me informó que fue solicitado en el contexto de discusiones celebradas entre los usuarios respecto a la capacidad****…" (se subraya)*

Igualmente el señor Marco Puccini, quien era representante legal de CARIBE para la época, expresó en su declaración:

> *"DR. SALAZAR: ¿Conoce usted o conoció como miembro de la junta directiva de Fenoco* ***cuál era la capacidad de la vía*** *férrea resultante de esas obras ejecutadas en el año 2006?*
>
> *"SR. PUCCINI:* ***Eso fue muy discutido****, eso sí recuerdo que fue muy discutido, la real capacidad de la línea férrea porque según unos era una, según otros era otra distinta. Realmente no recuerdo cuál fue el volumen que realmente fue la capacidad que se aprobó o que consideró la junta que era la verdad, pero sé* ***que fue una cosa bien discutida y se hicieron modelos,*** *ADIF creo que era que se llamaba la constructora y ella…*
>
> *"DR. SALAZAR: Vuelvo y le pregunto. Como efecto de las obras que se realizaron en el año 2006, ¿se aumentó la capacidad de la vía férrea de Fenoco?*

"SR. PUCCINI: Sí.

"...

"DR. SALAZAR: Perdóname un segundo, estoy preguntándole y le ruego el favor de que conteste, no quiero ser antipático, quiero simplemente que me conteste la pregunta que le estoy haciendo, las discusiones sobre la capacidad de la vía a que usted hizo referencia en su respuesta anterior en qué época ocurrieron, para poder precisar mi siguiente pregunta.

"SR. PUCCINI: No recuerdo, pero sé que se dieron, no solo en ese año, sino siempre estuvo en la mesa la famosa capacidad de la vía."

"...
"DR. SALAZAR: Señor Presidente, estamos tratando de establecer cuál era la capacidad de la vía a primero de enero/07, que es un tema de discusión porque en ese momento empezaba el take or pay, el señor Puccini era miembro de la junta directiva, cierto y uno presume que el miembro de la junta directiva sabe los temas esenciales de la compañía o está informado de ellos y la pregunta va dirigida a que nos confirme si se cumplió ese compromiso o no y con respuestas que no son precisas sino más bien evasivas, no nos ha contestado esa pregunta, a eso va mi pregunta, quiero saber en concreto si ese compromiso de llevar los 40 millones de toneladas se cumplió o no se cumplió.

"SR. PUCCINI: No sé, insisto, la respuesta es no sé y si me pregunta hoy qué capacidad tiene la línea, tampoco sé porque recuerdo que fue un tema complicadísimo, discutidísimo, la real capacidad de la línea, de eso sí recuerdo, fue siempre discutido cuál era la real capacidad".

Igualmente el señor Carlos Toledo declaró:

"SR. TOLEDO:

...

"Efectivamente se terminaron las obras el 31 de diciembre, Fenoco teniendo un contrato de asistencia técnica operativa y a raíz de dudas acerca de la verdadera capacidad de la vía le pidió así como dice el contrato de concesión a ADIF que certificara la capacidad que existía, como lo hizo en el estudio, en realidad es una

certificación de la cantidad de trenes que podían entrar a la vía bajo las circunstancia de un tren unitario definido en el anexo 7 del pliego de condiciones, el anexo 7 del contrato de operaciones de Drummond." (Se subraya)

Así mismo el señor Gustavo Adolfo Ríos expresó:

"DR. DURÁN: Y no se le preguntó a ADIF nada en ese momento porque usted considera que no era necesario?

SR. RÍOS: No era necesario, lo que entiendo es que el INCO en su momento solicitó al concesionario que hiciera nuevamente el estudio ***porque habían discrepancias entre los operadores****, algo así, o sea no conozco el detalle porque en eso no estuve yo directamente en el caso, por eso a ADIF se le pide es certifique, no realice el estudio sino certifique lo que ya tenemos." (se subraya)*

Por su parte, el señor Hernando Vallejo, quien fuera representante legal de FENOCO, expresó:

"DR. DURÁN: Volviendo al tema anterior por qué Fenoco le pregunta a Adif sólo hasta junio de 2007 si ya había empezado el contrato de take or pay el compromiso del take or pay iniciaba en enero de 2007, por qué le pregunta solamente…

"SR. VALLEJO: Eso debe obedecer a la siguiente situación, nosotros en el 2006 hicimos todas las ampliaciones de los apartaderos que me mandaba el contrato. Consideramos que con las actividades que estábamos haciendo en el 2007 que tuvimos que suspender por lo que hablábamos ahora de la insinuación de la autoridad ambiental teníamos una capacidad, teníamos un espacio físico para manejo de trenes en esos apartaderos, yo no quiero usar la palabra capacidad en este instante porque capacidad implica más allá de una obra civil y de una infraestructura disponible, implica poderla poner al servicio válidamente y con seguridad, tener comunicaciones, tener todas las guías, tener todas las señalizaciones puestas de que va a llegar a un apartadero, todo ese tipo de cosas, y eso estaba apenas en proceso de implementarse, pero se me fue el hilo qué pena.

"DR. DURÁN: Le preguntaba que por qué sólo hasta junio Fenoco le pregunta a Adif?

"SR. VALLEJO: A raíz de esa situación de vernos nosotros interrumpidos en esas actividades teníamos que empezar a regular toda la relación con los usuarios, el contrato de concesión si no me falla la memoria, hablaba de que esas actividades que

íbamos a hacer en el 2006 me iban a dar un espacio de juego, puntualmente lo podrías definir como capacidad, y sí era importante para la administración saber qué estaba pasando con esas obras que ya teníamos terminadas, si podían permitirme más usuarios o no permitirme más usuarios y es la respuesta que veo yo que da Adif en su carta, dice: de acuerdo con lo que hay hoy en día usted puede operar trenes de tantos metros, tantos trenes y tantos trenes.

"DR. DURÁN: Perdóneme que insista, por qué sólo hasta junio si usted dice que hay unas obras que se acabaron en diciembre del año 2006, porque sólo hasta junio del 2007?

*"SR. VALLEJO**: Por qué sólo hasta junio? Porque nunca se tuvo claridad de que pudiera haber una capacidad ante**s, estábamos haciendo unas obras que nos las suspendieron entonces ahí en ese momento miramos a ver qué tenemos con lo que hemos hecho, qué podemos ofrecer a los usuarios con lo que hemos hecho, no se preguntó en diciembre, no se preguntó en enero porque había inquietudes, estábamos trabajando, entonces parte de lo que sí es claro es que la capacidad de servicio, el servicio o la oferta tienen muchas actividades que se tienen que tener al día, no sólo en la infraestructura civil tenía que estar toda la señalización, la señalización que estaba puesta en la línea era la señalización para la vía existente, sin los apartaderos, entonces yo no podía poner a los apartaderos al servicio si no señalizaba, si no ponía las agujas de entrada. Si no, no tenía nada, tenía una carrilera vecina pero no más… " (se subraya)*

En mérito de lo anterior queda establecido para el Tribunal que las obras de ampliación de la capacidad de la vía se ejecutaron en el año 2006, con algunas excepciones ya señaladas, pero igualmente que existieron discrepancias entre las partes acerca de la real capacidad de la vía, lo anterior además fundado en el hecho que, como se vio, la capacidad real o efectiva de la vía dependía de muchos factores y no simplemente de la culminación de las obras civiles.

La circunstancia de que no había claridad sobre la real capacidad de la vía se reafirma por el hecho de que se solicitó el estudio de ADIF. Si la capacidad de la vía no ofreciera ninguna duda, no tenía ningún sentido que se solicitara a ADIF dicha certificación, pues no se había previsto expresamente en el contrato que debiera solicitarse tal información.

Es dentro de este contexto de incertidumbre que se solicita el estudio de ADIF y se remite por parte del representante legal de FENOCO la comunicación del 20 de junio de 2007 a CARIBE en la cual se expresa (Cfr. Fl. 223 del Cuaderno de Pruebas No 1):

> *"De conformidad con el Contrato de Asociación suscrito por Usted como Inversionista Privado de FENOCO S.A. el pasado 27 de marzo de 2006, en el cual se incluyeron una serie de condiciones para FENOCO S.A. y para las Partes de dicho Acuerdo de Accionistas entre ellas: (i) sección 6 – Obligaciones de los accionistas; (ii) Anexo 2 – Acuerdo de Take or Pay; (iii) Anexo 3, – Principios de los Contratos de Usuario y (iv) Anexo 8 relacionado con la garantía de Take or Pay a favor de FENOCO S.A., que cubren dicho acuerdo.*
>
> *"En razón de lo anterior, FENOCO S.A.* ***certifica que a la fecha se encuentra en cumplimiento de su compromiso descrito en el numeral 1.1. Volumen Garantizado,*** *del Anexo Nº 2 del Contrato de Asociación, con relación a la capacidad de transportar por el Tramo Chiriguaná – Santa Marta así:*
>
> *"45.8 millones de toneladas año, para trenes de 100 góndolas con 5.000 toneladas netas.*
> *"54.9 millones de toneladas año, para trenes de 120 góndolas de 6.000 toneladas netas.*
>
> *"Por lo anterior certificamos el cumplimiento del Volumen Garantizado para el año 2007, correspondiente a 2 millones de toneladas para Carbones del Caribe S.A.,* ***capacidad que está disponible para Ustedes a partir de este momento*** *de conformidad con la comunicación ATO 141/2007 de fecha 19 de junio de 2007 emitida por el Asistente Técnico Operativo de la Concesión Ferroviaria del Atlántico ATO – ADIF, que se anexa a la presente.*
>
> *"Lo anterior, para los efectos contractuales a que haya lugar, de acuerdo a los compromisos adquiridos por los Inversionistas Privados." (se subraya)*

Es suficientemente clara, entonces, la manifestación de voluntad de FENOCO: el representante legal de la misma certifica el "*cumplimiento del Volumen Garantizado para el año 2007, correspondiente a 2 millones de toneladas para Carbones del Caribe S.A.*, ***capacidad que está disponible para Ustedes a partir de este momento*****".** Por consiguiente, solo a partir de ese momento se consideraba disponible la capacidad y, al unísono, se hacía exigible el compromiso *Take or Pay*. A juicio del Tribunal, no hay razón alguna para privar de eficacia la manifestación de

quien en ese momento podía comprometer a FENOCO. Para desconocer dicha declaración, por sabido se tiene, habría que acreditar que la misma excedía las facultades del representante legal o que estaba viciada, situaciones ninguna de las cuales se presenta en este caso, pues por un lado, salvo limitaciones estatutarias, los representantes legales pueden realizar todo aquello que esté comprendido dentro del objeto social de la sociedad que representan y por ello, lógicamente pueden producir los actos jurídicos que consideren apropiados para desarrollar los negocios jurídicos en que aquella es parte, y por otra parte, tampoco aparece ningún vicio en la expresión de voluntad del representante.

Señala la convocante que darle valor a la comunicación del representante legal implica una modificación del contrato, el cual no la contempla como requisito, aseveración que es equivocada. En efecto, es claro que como lo destaca el apoderado de la convocante, el contrato no exige una certificación por parte del representante, sin embargo debe recordarse que de conformidad con los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio los contratos deben ejecutarse de buena fe y por ello obligan no sólo a lo que en ellos se ha estipulado, sino también "*lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural"* (artículo 871 del Código de Comercio). Desde esta perspectiva es claro para el Tribunal que si una persona se compromete a utilizar una capacidad, que la otra va a construir, para que aquel compromiso pueda hacerse exigible es necesario que quien va a realizar la obra para obtener la capacidad la construya y le informe a su contraparte que está disponible.

Lo anterior se aprecia con diafanidad si se tiene en consideración el caso de un contrato de arrendamiento de un bien que se va a construir o remodelar. Es claro que para que surja la obligación del arrendatario no basta que se haya terminado de construir o remodelar el bien, sino que es necesario que quien debía construir o remodelar lo ponga a su disposición. A este respecto debe recordarse que de conformidad con la estructura del contrato de arrendamiento, el arrendador está obligado a entregar la cosa arrendada, lo cual implica colocar al arrendatario en la posibilidad de comenzar el goce en los términos pactados. No podría considerarse que un arrendatario está en mora de cumplir sus obligaciones, si el arrendador no lo ha puesto en disposición de gozar de la cosa arrendada. Igual situación se presenta en el presente caso, pues FENOCO se obligó a permitir el uso de la línea férrea y a realizar una serie de actividades para asegurar el aprovechamiento de la misma, por

consiguiente, para que surgiera la obligacion a cargo de quien queria disfrutar de la línea era necesario que se pusiera a su disposición la cosa para que pudiera gozar de ella. Sólo en esta medida podía considerarse que se hacía exigible la obligación del usuario.

Pero aún si lo anterior no fuera cierto, es claro que como ya se vio existía incertidumbre acerca de la real capacidad de la línea férrea lo que hacia necesario que la misma se determinara.

Por lo anterior, para el Tribunal la comunicación del representante legal de FENOCO de junio de 2007 corresponde a los compromisos adquiridos por las partes.

Por lo demás, la crítica que hace el apoderado de la convocante respecto de la declaración testimonial rendida por Hernando Vallejo en el sentido que no conocía la capacidad de la vía en el año 2006 o no sabía del estudio de INECOL o no distinguía los diferentes contratos que tenía FENOCO, o acerca de que hubiera dicho que el tema de la capacidad no lo manejaba él sino funcionarios técnicos de la empresa no priva de eficacia el contenido de la comunicación a la que se hace referencia. Así mismo, determinar quién redactó la carta del 20 de junio de 2007, si fue o no el representante legal de FENOCO es intrascendente, pues fue suscrita por él y era él quien debía manifestar la voluntad de la sociedad.

En todo caso, considera pertinente señalar el Tribunal que del testimonio recién aludido y de la prueba que obra en el expediente, se desprende que el deponente contó con el apoyo de funcionarios de FENOCO en el proceso de obtener la certificación de la capacidad en junio de 2007 y remitir la carta mencionada. En efecto, de una parte, de conformidad con la declaración rendida por Vallejo, la comunicación referida cuenta con una rúbrica que indica que fue elaborada o revisada por el área jurídica. En efecto, dijo en su declaración:

> *"DR. SALAZAR: … Sobre esa necesidad de informar a los usuarios para activar el take or pay usted dejó alguna constancia en un memo interno, informe de gerencia, acta de comité o acta de junta directiva, en algún documento interno de Fenoco?*
>
> *"SR. VALLEJO: Precisamente el área jurídica, lo mencioné inicialmente, los niveles inmediatos de la dirección tenían ciertas autonomías y ciertas libertades de acción y de actuación, este documento, inclusive casi todos los documentos que salían de la*

presidencia firmados debían venir rubricados por el área que los había elaborado, pensaría que la carta que vimos aquí dirigida a Carbones Caribe debe tener la generación en el área jurídica, ahí podríamos verificar las rúbricas.

"DR. SALAZAR: Usted utiliza en su respuesta la palabra imaginaría que.

"SR. VALLEJO: Porque no me acuerdo de verla en la visual, cuando la vi no tengo fresca la memoria si estaba ahí, podemos volverla a mirar.

"DR. SALAZAR: Si el señor presidente lo autoriza.

"DR. JARAMILLO: Claro.

"SR. VALLEJO: La carta a Caribe.

"DR. SALAZAR: La de 20 de junio.

"SR. VALLEJO: Correcto, confirmo lo que acabo de decir, esta carta viene preparada por el área jurídica, aquí alcanzo a identificar la rúbrica del jefe jurídico al lado izquierdo de mi nombre.

"DR. SALAZAR: Le puede mostrar al Tribunal por favor dónde está esa rúbrica porque yo no la veo.

"SR. VALLEJO: Aquí a la izquierda de la H hay un garabato.

"DR. JARAMILLO: Doctor, si es tan amable mírelo aquí y en lo posible manejemos documentos que estén en el expediente.

"SR. VALLEJO: Es una "r", aquí hay una "r".

"DR. JARAMILLO: El testigo nos dice que eso es lo que a juicio de él identifica el origen de la preparación del documento, por favor doctor sí le rogaría utilicemos documentos del expediente."

Por otra parte, según la misma declaración, funcionarios de segundo nivel de FENOCO examinaban los temas de capacidad y uno de ellos se ocupó de obtener la certificación de ADIF. A tal efecto expresó:

"DR. SALAZAR: Entonces eran los funcionarios de segundo nivel los que examinaban la capacidad y se ocupaban de los temas de capacidad.

"SR. VALLEJO: Pensaría que sí y digamos que eso me hace un poco de correlación con la respuesta que da Adif a esta comunicación donde le contesta es al doctor Sánchez directamente."

A este respecto se advierte que la comunicación de ADIF en que remite el estudio de la capacidad de circulación, se dirige al doctor Luis Fernando Sánchez y se hace referencia a la solicitud del mismo de certificar la capacidad de la línea. En efecto allí se dice (Cfr. Fl. 215 del Cuaderno de Pruebas No 1):

"Sr
"D. Luis Fernando Sánchez
"Director Técnico
"FENOCO S.A.
"Ciudad
"Estimado Luis Fernando:

"En atención a tu solicitud de certificar la capacidad de circulación del tramo La Loma-Pto Prodeco, me permito indicarte que aplicando el método de cálculo de capacidad de la AAR (Association of American Railroads) y de acuerdo con la infraestructura vial del sector, así como, de los estándares de operación vigentes a junio de 2.007, la capacidad efectiva de circulación es de 28 trenes día cargados por sentido con 24 horas de operación, sin banda de mantenimiento y de 18 trenes día cargados por sentido con 15 horas de operación y una banda de mantenimiento de 9 horas al día." (se subraya)

Por otra parte, ha sostenido la convocante que la entidad demandada y su apoderado eran conocedores de la terminación de las obras y por ello la capacidad disponible, aduciendo al efecto un correo electrónico de diciembre de 2006 que quien era en ese entonces representante legal de CARIBE, en su declaración rendida ante este Tribunal, aceptó que debió haber conocido. En efecto en su declaración el señor Marco Puccini se refirió al correo electrónico enviado por Hernando Vallejo a varios destinatarios, con copia a Marco Puccini, y expresó que "*Sí, ahí es evidente que me llegó a mí, entonces llegó y lo leí seguramente".*

Ahora bien, si se examina dicho correo electrónico se advierte que el mismo expresa lo siguiente (Cfr. Fl. 75 del Cuaderno Principal No 2):

> *"De: Hernando Vallejo :<vallejoh@fenoco.com.co>*
> *"Para: Sánchez, Luis Fernando; Rivera Roldán, Ramiro; Cuartas Ochoa, Jorge Luis; Riveros, Carlos Alberto; Castañeda Cifuentes, Hernán;*
> *"CC: Schmidt, Reinhold; Norma, Gary W; Puccini Locateli, Marco Fco; Ramirez L, Guillermo; Rey, Roberto; Duque Arango, Eugenio*
> *"Asunto: Re: Ampliación de las Líneas Segundas*
> *"Luis Fernando, Hernán, Carlos Alberto, Ramiro y Jorge Luis, Llévenle a toda la gente que de una u otra forma participó en el cumplimiento de este reto, una manifestación de agradecimiento de parte de la administración de Fenoco. Saludes.*
>
> *"HERNANDO VALLEJO*
> *"Presidente*
> *"Fenoco S.A."*
> *"----Original Message----*
> *"From: "Luis Fernando Sánchez" <lsanchez@fenoco.com.co>*
> *"Date: Sat, 23 Dec 2006 09:47:05*
> *"To: <vallejoh@fenoco.com.co>, "Rey, Roberto" <rrey@drummondltd.com>, Guillermo Ramirez <guillermo.ramirez@prodeco.com.co>; "rhs" <rhs@prodeco.com.co>, "GARY W. NORMAN" <GNORMAN@drummondltd.com.>*
> *"Subject: Ampliación de las Líneas Segundas*
> *"Apreciados Señores:*
> *"Por medio del presente mensaje me permito comunicarle que en el día de ayer 22 de diciembre a las 2 pm se dio al servicio la Estación Canoas que era la que faltaba.*
> *"Con lo anterior se cumple la obligación establecida en el anexo 3 del Otrosí N 12.*
> *"En resumen se ampliaron las vías segundas de 12 estaciones existentes quedando en promedio con longitudes de 2.150 mts y, se construyeron 3 nuevas estaciones: Lleras, San Carlos (Norte de Aracataca) y Canoas.*
> *"A la fecha todos los trenes de Drummond pueden circular con 120 vagones y hacer cruzamientos en la totalidad de las Estaciones del sector La Loma – Pro Drummond.*
> *"Algunas actividades quedan faltando la cuales no afectan la operación mencionada: Terminación de los edificios de Lleras y Canoas. (En San Carlos tendremos estación temporal). Igualmente falta terminar el puente 3 Vueltas y el enclavamiento eléctrico de las nuevas estaciones".*
> *"Cordial Saludo*
> *"Luis Fernando Sánchez."*

Como se puede apreciar del correo transcrito, por el mismo reenvía el Presidente de FENOCO a una serie de personas, y con copia a otras que incluyen el señor Marco Puccini, un correo de Luis Fernando Sánchez, el cual había sido remitido al señor Hernando Vallejo. Este correo del señor Sánchez había sido enviado a personas vinculadas a DRUMMOND Y PRODECO, es decir no fue enviado inicialmente a CARIBE, sino que lo fue posteriormente cuando el señor Vallejo lo contestó y expresó sus felicitaciones. En este correo se informa sobre la terminación de la Estación de Canoas, se señala que con lo anterior se cumple el anexo 3 del Otrosí No 12, se resumen los trabajos hechos, y finalmente, se informa que *"A la fecha todos los trenes de Drummond pueden circular con 120 vagones y hacer cruzamientos en la totalidad de las Estaciones del sector La Loma – Pto. Drummond".*

Como se puede apreciar el propósito de dicho correo es además de informar la terminación de la estación y las obras, señalar que los trenes de DRUMMOND pueden circular con 120 vagones, pero no hace ninguna referencia a los otros usuarios.

Este correo es reenviado por Hernando Vallejo con copia a quien en ese momento era el representante legal de CARIBE, Marco Puccini, pero dicho correo simplemente contiene una felicitación por el trabajo realizado, lo que no permite concluir que a partir de dicho momento se encontraba garantizada la capacidad que daba lugar la aplicación del Compromiso *Take or Pay* a cargo de CARIBE.

Por lo que se refiere al hecho de que el representante legal de CARIBE era miembro de la Junta Directiva de FENOCO y que su apoderado también y por ello conocieron el desarrollo de la obra, es pertinente señalar que el testigo Hernando Vallejo expresó (trascripción de la audiencia del 28 de abril de 2016, página 11, testimonio de Hernando Vallejo):

> *"Esos socios que estaban entrando a la junta también tenía unos comités tanto financiero, administrativo, jurídico, técnico, operativo, donde estaban integrados esos comités con personal de Fenoco y con delegados de los socios a esos comités, estaban delegados al comité administrativo que eran los que ayudaban a definir los organigramas y cómo eran los perfiles de los funcionarios que podían o no podían estar en Fenoco, el financiero que nos armaba todo el tema de nuestros ingresos y nuestros egresos, cómo eran las erogaciones, las utilizaciones para las compras, el colches era la locura era muy controlada digámoslo así o muy vigilada y con mucho seguimiento por parte de ellos, estaban los comités técnicos, y todos conocían todo."*

De acuerdo con la declaración del señor Vallejo en virtud de la participación de los socios en la administración de FENOCO *"todos conocían todo"*, lo que implica que conocían la realización de las obras civiles.

Ahora bien, es claro que en todo caso no se informó a la demandada acerca de cuál era la capacidad disponible.

En efecto, en la declaración del representante legal de FENOCO, el mismo expresó:

> *"DR. DURÁN: Diga cómo es cierto sí o no que Fenoco informó a Caribe antes del 22 de junio de 2007 que Caribe contaba con la capacidad disponible para el volumen garantizado a favor de esta compañía, a favor de Caribe.*
>
> *"…*
>
> *"SR. ROSS: Pido disculpas por mi falta de conocimiento del español o de la terminología, pero la información con que yo cuento indica que Fenoco le informó vía consignas a los usuarios que las obras se habían terminado, no tengo la fecha ni la forma como se le informó a los usuarios pero tengo entendido que se le informó a los usuarios."*

Posteriormente, y al contestar nuevamente la pregunta después de que dispuso de tiempo para verificar la información disponible en la empresa, el mismo precisó:

> *"DR. JARAMILLO: Pasamos a la pregunta No. 3 "Diga cómo es cierto, sí o no, que Fenoco informó a Caribe antes del 22 de junio de 2007 que Caribe contaba con la capacidad disponible para el volumen garantizado a favor de esta Compañía".*
>
> *"SR. ROSS: Sí, como se indicó en mi respuesta anterior Caribe como accionista y usuario de la línea estaba consciente e informada de la necesidad de completar las obras antes de diciembre del 2.006 para poder cumplir con la enmienda 12 suscrita entre Fenoco y el INCO, de nuevo no hubo requerimiento contractual de dar aviso de la existencia de las obras, en este sentido la carta del 22 de junio del 2.007 buscaba informar los resultados del estudio del Adif de validar la opinión de Fenoco respecto de la existencia de capacidad a la fecha en la cual se culminaron los trabajos lo cual significa diciembre del 2.006.*

"Por favor observen que el avance de las construcciones fue repetidamente informado durante el 2.006 en las reuniones de la junta directiva y los quiero remitir a las actas de las juntas directivas No. 50, 51 y 52 y al revisar podrán encontrar ustedes que sea Álvaro Puccini o Marco Puccini o Álvaro Durán estuvieron presentes en la reuniones de la junta directiva, creo que estas son páginas que van con la última acta.

"El 23 de diciembre del 2.006 Carbones del Caribe fue informado vía correo electrónico sobre la terminación de las obras, dice aquí "felicitaciones a todos los empleados que lo hicieron posible" y creo que ya les di una copia de ese correo, esto concluye mi respuesta a la pregunta No. 3."

Como se puede apreciar, de la declaración del señor Ross se desprende que la demandada conocía el avance de las obras, pero no resulta de dicha declaración que se haya informado la capacidad disponible.

Por otra parte, se ha invocado, incluso en la primera declaración del señor Ross, que la información fue remitida por las consignas. Ahora bien si se revisan los avisos y las consignas que obran en el expediente se encuentra lo siguiente (Cfr. Fls. 97 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No 1):

En primer lugar, los avisos indican la hora y fecha a partir de la cual entran en vigor las consignas.

Por lo que se refiere al contenido de las consignas, se encuentra lo siguiente:

La Consigna Serie A No. 8 y Serie C No. 14 dispone (folio 200 del Cuaderno de Pruebas No 1):

"CREACIÓN Y PUESTA EN SERVICIO DE LA ESTACIÓN CANOAS

"ARTICULO I. OBJETO:

"Dar a conocer la creación y puesta en servicio de una nueva estación en el P.K. 758 +800 en el sector La Loma — Puerto Drummond, cuya denominación será CANOAS.

"Regular las condiciones de circulación suficientes y seguras para establecer el bloqueo de los trenes en el cantón La Loma — El Paso, al ser incorporada la estación CANOAS en la operación férrea del sector mencionado."

Si se revisa el texto de la consigna se encuentra que además de informar la creación y la puesta en servicio de la estación, la misma hace referencia a las instalaciones de ella y señala que estará abierta para la movilización las 24 horas. Así mismo establece reglas sobre la orientación manual del cambiavías.

La Consigna Serie A No. 7 y Serie C No. 13 (folio 204 del Cuaderno de Pruebas No 1) tiene un contenido semejante pero referido a la estación Aracataca.

La Consigna Serie A No. 6 y Serie C No. 12 (folio 208) tiene también un contenido semejante pero referido a la estación Lleras.

Como se puede apreciar, las consignas no contienen información sobre la capacidad disponible, así como tampoco se informa a los usuarios como Caribe que tienen la posibilidad de usar la red férrea.

En tal sentido en su declaración el señor Oscar Cuervo expresó:

> *"SR. CUERVO: **No, la consigna no se refiere a capacidad, la consigna lo que avisa es que va a entrar en operación un sector nuevo de la vía, una estación nueva pero ahí no mencionan capacidad como tal**.*
>
> *"DR. DURÁN: No mencionan capacidad las consignas, no era ese un instrumento para comunicarle la disponibilidad de capacidad a los usuarios?*
>
> *"SR. CUERVO: No, como tal eso en la práctica es que ya podían comenzar a utilizar las obras de ampliación, pero no es un documento que diga eso es para que esto les suba la capacidad, no, ese no es el documento.*
>
> *"DR. DURÁN: Es decir con las meras consignas suponiendo que se hubieran conocido por parte de Caribe, Caribe no tenía cómo saber si había capacidad o no, estoy hablando con las meras consignas?*
>
> *"SR. CUERVO: No, las consignas son unos precedentes, por eso digo tenían que haberle informado a ellos en los comités técnicos y operativos, las consignas como tal no.*
>
> *"DR. DURÁN: Le ruego que no se refiera a un debieron haber tenido, si a usted le consta que tuvieron nos señala con precisión qué fue lo que tuvieron, cuáles fueron*

las comunicaciones, me he referido si las consignas, solamente las consignas, ese documento tenía la posibilidad de informarle o tenía alguna información que dijera "la capacidad disponible para Caribe", esa es mi pregunta?

"SR. CUERVO: No, ahí lo que se le está diciendo es ya está lista para el servicio esta estación nueva u obra nueva.

DR. DURÁN: Pero no la capacidad de la línea?

SR. CUERVO: No, eso no dice nada."(se subraya)

Por otra parte, la demandante hace referencia al Acta No. 20 de la Asamblea General de Accionistas (Cfr. Fls. 59 y siguientes del Cuaderno Principal No. 2) y a las actas de Juntas Directivas No. 50, 51 y 52 (Cfr. Fls. 79 y siguientes ib.) que evidenciarían que CARIBE estaba informado antes del 22 de junio de 2007 de cuál era la capacidad de la Línea Férrea. Sobre el particular encuentra el Tribunal que en el Acta No 20, correspondiente a la Asamblea de Accionistas realizada el 22 de junio de 2006 simplemente se aprueban los AFE' para realizar las ampliaciones de los "sidings", lo cual en manera alguna implicaba que se conociera la capacidad de la vía cuando se terminaran tales obras. En el Acta 50 correspondiente a la reunión de la Junta Directiva del 17 de agosto de 2006, se informa sobre las actividades adelantadas por Fenoco y los avances de los contratistas en los proyectos de expansión. En el Acta 51 correspondiente al 15 de noviembre de 2006 se informa sobre el avance de las obras de ampliación de líneas segundas de estaciones y se indica que la administración considera que las obras se terminarán dentro del cronograma previsto. En el Acta No 52 correspondiente a la reunión del 13 de diciembre de 2006 se indica que la obra civil otrosí 12 se trató en los comités respectivos y en cuanto a la estructuración de la segunda línea que ese tema se trató en el Comité y se autorizan una serie AFE's.

En suma, de ninguno de dichos actos se desprende que la convocada fue informada de la capacidad de la línea a partir del 1º de enero de 2007. Se concluye por el contrario de lo anterior, que si bien CARIBE estaba informada de las obras civiles que se adelantaban y de su terminación, lo cierto es que no fue informada de la capacidad disponible y que podía comenzar a usarla, lo cual sólo ocurrió a partir de la comunicación del 20 de junio de 2007 a la que se ha hecho referencia, reiterándose que darle valor a la comunicación de esa fecha emitida por el señor Vallejo, primeramente no implica en manera alguna asumir que la misma constituye una

modificación de compromisos incorporados en el contrato de asociación como lo sostiene la demandante, sino un simple desarrollo del mismo, y en segundo lugar, tampoco significa que se incurrió por FENOCO en incumplimiento del contrato de concesión, como lo pretende su apoderado, pues una cosa es que efectivamente las obras se hayan realizado y otra, por más veras bastante diferente, es que quien tiene derecho a usarlas le sea posible hacerlo a partir de que se le avise, informándole la capacidad disponible de transporte de carbón por la vía férrea.

E igual acontece con el valor de la certificación sustentada en el Informe de ADIF al que por supuesto no se le atribuye carácter constitutivo de la aludida capacidad, toda vez que una cosa son las obras realizadas y otra el conocimiento claro de la capacidad por parte de quien tiene derecho a hacer uso de ella.

De todo cuanto queda expuesto, concluye el Tribunal que el compromiso *Take or Pay* de Caribe sólo se hacía efectivo en la medida en que existiera la capacidad disponible prevista y que ello le fuera informado por FENOCO, lo que sólo ocurrió el 20 de junio de 2007, razón por fuerza de la cual hay lugar a reconocerle prosperidad a la excepción formulada por la parte convocada, denominada "NO APLICACIÓN DEL COMPROMISO *TAKE OR PAY* POR FALTA DE CAPACIDAD TÉCNICA."

4.2. No aplicación del compromiso *take or pay* por falta de capacidad legal

Adujo la demandada en su escrito de contestación que la falta de capacidad legal de FENOCO para dar acceso a la vía férrea consistió en la necesidad de modificación del Plan de Manejo Ambiental (en adelante PMA) de la Línea Férrea como requisito necesario para la operación y/o incremento del tránsito de los trenes de los Inversionistas Privados en el tramo comprendido desde Chiriguaná hasta Santa Marta. A tal efecto se refiere a las resoluciones 2018 y 2019 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y al contexto de las mismas.

Precisa que desde la emisión de la Resolución 751 de 2002, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (en adelante MAVDT) advirtió a FENOCO que las actividades amparadas por el PMA de la Línea Férrea eran aquellas descritas expresamente y que cualquier modificación a las condiciones previstas requeriría de evaluación y aprobación previa. Desde este punto de vista señala que la entrada de

los Nuevos Usuarios–Accionistas de la red férrea para el transporte de carbón no era parte de las actividades contempladas en el PMA de la Línea Férrea aprobado en el año 2002 pues en ese año no existía noticia alguna de que esos Nuevos Usuarios–Accionistas entrarían a la Línea Férrea, lo que vino a suceder sólo como resultado de la reestructuración acordada en marzo de 2006 y, en consecuencia, constituyó una modificación a las condiciones establecidas.

Expresa asimismo que las Resoluciones 2018 y 2019 del 19 de noviembre de 2007 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, incluyeron la modificación del PMA de la Línea Férrea, con lo cual, sólo hasta cuando esas resoluciones quedaron en firme, FENOCO contó con la autorización ambiental para permitir la operación de los trenes de nuevos usuarios, distintos de DRUMMOND, en tanto ese nuevo tráfico implicaría un incremento de las operaciones que ya venía desarrollando esta empresa. Advierte que las Resoluciones 2018 y 2019 de 2007 fijaron exigencias ambientales aplicables a todo el tramo Chiriguaná – Puerto Prodeco, como requisito previo para el incremento que se preveía con la inminente entrada de operación de los trenes de los Nuevos Usuarios–Accionistas.

Destaca que en los considerandos idénticos de las resoluciones 2018 y 2019, el MAVDT reconoció expresamente que: (a) hasta ese momento el único que transportaba carbón por la vía férrea era DRUMMOND; (b) FENOCO pretendía extender las operaciones de carbón por la línea férrea hasta Puerto Prodeco; (c) Las medidas frente a los impactos ambientales entre Puerto Drummond y Puerto Prodeco debían ser establecidas para todo el tramo Chiriguaná – Puerto Prodeco y (d) tales medidas se referían a la utilización de la infraestructura férrea para el transporte de carbón, es decir, a la operación.

Señala que los testigos solicitados por FENOCO han repetido insistentemente lo contraevidente: que el incremento de tráfico correspondiente a los nuevos usuarios por el tramo Chiriguaná – Santa Marta no requirió autorización ambiental. Agrega que los testigos se concentran en señalar, por una parte, que supuestos incrementos de la operación, ocurridos con anterioridad a la expedición de los actos administrativos y, por lo tanto, distintos del incremento a que se refieren las resoluciones 2018 y 2019 de noviembre de 2007, no requirieron permiso ambiental, tema que nada tiene que ver con las decisiones contenidas en esas resoluciones, que es lo que se discute. Agrega que los testigos resolvieron exponer sus propias opiniones jurídicas para concluir a la limón que la autoridad ambiental no está autorizada a imponer requisitos

previos para el incremento de operaciones en la Línea Férrea, errando de manera burda el objeto de este proceso arbitral en el que no es dable discutir si la autoridad ambiental tenía o no competencia para tomar las decisiones que tomó.

Advierte que los funcionarios de FENOCO que fueron convocados como testigos, aunque admitieron que la autoridad ambiental sí exigió un permiso ambiental previo para el incremento de operación, sostuvieron que el mismo sólo era aplicable a la operación de trenes al norte de Puerto Drummond, lo que implicaría que las decisiones de la autoridad ambiental sólo liberaría del pago del Compromiso *Take or Pay* a uno de los grupos económicos Usuarios–Accionistas de FENOCO: PRODECO y sus compañías afiliadas.

Expresa que FENOCO intentó por todos los medios negar lo evidente, acudiendo al fácil expediente de la repetición del dicho por parte de sus testigos–funcionarios (como si una errada percepción se transmutara en realidad simplemente por la fuerza de su reiteración) de que *"con el fin de permitir"* significa que ya estaba permitido y que nunca se suspendió la operación férrea, siendo esto último irrelevante para la discusión, en tanto para la fecha de expedición de las resoluciones 2018 y 2019 (19 de noviembre de 2007) ninguna operación correspondiente al *"incremento"* existía y, por lo tanto, ninguna operación de esa clase podría haberse suspendido.

Señala que los considerandos de tales actos –y de las resoluciones 2377 y 294– confirman lo obvio y es que "*con el fin de permitir*" sólo puede significar que el MAVDT estaba fijando un requisito previo para que pudieran tener lugar una actividad: el incremento de trenes carboneros por el tramo Chiriguaná – Santa Marta, correspondiente a los Nuevos Usuarios–Accionistas que tendría la línea férrea como resultado de la reestructuración de la concesión pactada en marzo de 2006.

Destaca que con los mismos argumentos que ha venido exponiendo en este proceso, FENOCO interpuso recurso de reposición contra las Resoluciones 2018 y 2019, los cuales fueron decididos por el MAVDT mediante las resoluciones 2377 de 2007 y 294 de 2008, respectivamente, desechando las tesis de FENOCO y confirmando las decisiones que para los efectos de este proceso interesan.

Expresa que no es el momento ni el escenario para discutir si las decisiones contenidas en las resoluciones 2018 y 2019 fueron o no apegadas a la ley. Esas

resoluciones gozan de la presunción de legalidad que no fue desvirtuada y son obligatorias y vinculantes para sus destinatarios.

En cuanto a las dos respuestas de la Oficina de Atención al Ciudadano de la ANLA a solicitudes presentadas por funcionarios de FENOCO, expresa en relación con la del 4 de septiembre de 2015 que lo que el apoderado de la convocante no parece haber advertido es que en ninguna parte la convocada ha sostenido que se requería una "licencia ambiental" nueva para desarrollar esa actividad, sino que lo que sí se requirió –y ello por orden y decisión ejecutiva y ejecutoria del MAVDT, que goza de presunción de legalidad– fue la *modificación del PMA de la Línea Férrea, como requisito previo para permitir esa actividad.* Agrega que la misma respuesta del funcionario de la ANLA le da pleno respaldo a la decisión adoptada por el MAVDT mediante la expedición de las resoluciones 2018 y 2019 del 19 de noviembre de 2007. Por otra parte sobre la comunicación de la ANLA, del 11 de abril de 2016, señala que lo señalado en dicho correo electrónico nada tiene que ver con la discusión que nos ocupa y nada prueba en contra de CARIBE. Se trata de un conjunto de preguntas hipotéticas y genéricas preparadas por FENOCO que no coinciden ni mencionan los hechos que ocupan este proceso.

Agrega que no se trata de la expedición de una licencia ambiental nueva, ni de la suspensión de una actividad que se viene ejecutando bajo una autorización ambiental. Se trata de un requerimiento de modificación del PMA de la Línea Férrea, como requisito previo para permitir una nueva actividad (entrada de nuevos usuarios e incremento en la operación de trenes) que genera un cambio en las condiciones bajo las cuales se estableció un plan de manejo ambiental.

Señala que durante la etapa probatoria FENOCO introdujo un nuevo argumento, el cual fue expuesto por el Sr. Ross en la continuación del interrogatorio de parte, según el cual "*el incremento del tráfico estaba implícito en la autorización de la construcción*" y, en consecuencia, las construcciones *"podían ser utilizadas con tráfico adicional sin requerir autorización*". Expresa que con este nuevo argumento está contradiciendo otro que había expuesto previamente: que la operación de la vía no requería de permiso ambiental alguno. ¿Cómo explica entonces FENOCO que el permiso ambiental para operar esté implícito en la autorización para ejecutar la obra, cuando –a su decir– la operación por la vía férrea no requiere de permiso ambiental alguno?

Señala que son dos actividades distintas: la ejecución de obras y la operación de la vía férrea, ambas parte del PMA de la Línea Férrea del año 2002, según lo definió la autoridad ambiental, y para las cuales el MAVDT exigió distintas medidas ambientales por considerar que cada una de ellas tienen impactos ambientales distintos y particulares y requirieren, asimismo, medidas específicas para mitigarlos. Por lo anterior expresa que tanto el oficio del MAVDT aportado con la demanda como las comunicaciones aportadas por el representante legal de FENOCO y por los testigos–funcionarios de FENOCO a este respecto, carecen totalmente de relevancia para este proceso.

Expresa que FENOCO argumenta que "*ninguna de las medidas de la Resoluciones 2018 y 2019 estuvieron en firme en el año 2007*" y pretende con ello señalar que, si hubiera habido restricciones, ellas habrían tenido efecto sólo a partir de la ejecutoria de esos actos administrativos. Señala entonces que este extraño argumento parece partir, una vez más, de la contraevidente afirmación de que *"con el fin de permitir"* quiere decir exactamente lo contrario (que ya estaba permitido) y conduce a consecuencias aun más extravagantes: según ese argumento, a partir de la ejecutoria de las resoluciones, ¿se habría restringido el incremento del tránsito de trenes carboneros? FENOCO entonces, ¿no contó en todo el año 2008 con las autorizaciones ambientales para ese efecto? Agrega que las verdaderas consecuencias de la ejecutoria de esos actos administrativos es clara y evidente: Si se exige la modificación de un PMA para permitir una actividad, esa actividad queda autorizada sólo cuando la modificación queda en firme.

Expresa la convocada excepcionante que FENOCO señala que en el año 2007 circularon trenes de DRUMMOND por la vía férrea y desde enero de 2008 circularon trenes de PRODECO, por lo que concluye que "*lo dispuesto por la autoridad ambiental jamás afectó la operación de la vía para CI Carbones del Caribe S.A.* ... *Todo lo cual indica que los trenes de CI Carbones del Caribe hubiesen podido entrar sin problema a la vía*."

Al respecto, observa en primer lugar que el hecho que en el año 2007 hayan circulado trenes de DRUMMOND no demuestra que los trenes de CARIBE "*hubieran podido entrar sin problema a la vía*". Según lo indicó la misma autoridad ambiental al describir el estado de la vía en los considerandos de las resoluciones 2018 y 2019, el

corredor férreo se encontraba en operación para el transporte de carbón por DRUMMOND y fue, precisamente, el cambio que se tenía previsto en las condiciones de operación de la vía con la entrada de los nuevos operadores para el transporte de carbón, lo que motivó la decisión del MAVDT de exigir la actualización de las fichas del PMA de la Línea Férrea como requisito previo para permitir la nueva operación y el incremento del tránsito de trenes carboneros por la vía. En consecuencia, nada prueba en contra de CARIBE el hecho de que DRUMMOND hubiera transportado trenes por la vía férrea durante el año 2007.

Expresa en cuanto a la operación de PRODECO en el año 2008 –en todo caso posterior a la expedición de las resoluciones 2018 y 2019 del 19 de noviembre de 2007–, que la misma resulta irrelevante para este proceso. Si FENOCO decidió incumplir sus obligaciones ambientales, eso no es del resorte de CARIBE.

Agrega que la discusión de si CARIBE "*estaba listo*" o no para transportar el carbón resulta impertinente para efectos de aplicar la cláusula 2.11 del Anexo 2 del Contrato de Asociación, en tanto ésta no exige que el Inversionista Privado despliegue una conducta particular; mucho menos exige que éste tuviera que estar preparado para transportar el carbón por la vía férrea.

Destaca que las mismas partes con su actuación han reconocido que la reducción del Compromiso *Take or Pay* prevista en el Anexo 2 del Contrato de Asociación es aplicable en cualquier caso de falta de capacidad disponible, sin exigir condicionamientos adicionales. En efecto aunque CARIBE no estuvo listo durante el primer semestre del año 2009, en este año se redujo el Compromiso *Take or Pay* facturado a CARIBE y a los demás usuarios de la Línea Férrea, con motivo de la huelga de trabajadores de FENOCO que tuvo lugar entre el 24 de marzo del 2009 y el 19 de abril del 2009. Advierte que lo anterior quedó suficientemente probado en el presente proceso arbitral, con los testimonios de los funcionarios de FENOCO, así como en el interrogatorio de parte.

Agrega que el cambio de posición que en la declaración del representante legal de FENOCO sobre la forma de interpretar el numeral 2.11 del Anexo 2 del Contrato de Asociación, no afecta sino que confirma la plena aplicación de una de las reglas de oro de interpretación de los contratos: *"por la aplicación práctica que hayan hecho de*

ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte" (C.C. artículo 1622).

Por lo anterior concluye que es aplicable el artículo 2.11 del Anexo 2 del Contrato de Asociación que establece que ante la falta de capacidad disponible el Compromiso *Take or Pay* y el Volumen Garantizado deben reducirse proporcionalmente.

- Replicando, sostiene la convocante que la excepción propuesta no puede prosperar y señala que la afirmada falta de capacidad legal no tiene nada que ver con los hechos del proceso. La capacidad legal es algo bien diferente de lo que parece querer alegar el apoderado de la convocada, pues ella se define en el artículo 1502 del Código Civil. Por lo anterior resulta incomprensible el planteamiento de la convocada al sostener que FENOCO no tenía capacidad legal para dar acceso a la vía. Es obvio y evidente que FENOCO desde su constitución tiene capacidad legal y desde que es concesionario de la vía tiene la obligación legal de dar acceso a la misma.

Todo el argumento de la convocada –prosigue la actora- se basa en un aparte de tres líneas fuera de contexto de la Resolución No. 2018 de 2007 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial (Folios 473 a 492 Cuaderno 2 de pruebas), la cual consta de 20 páginas. De la transcripción de esas tres líneas puestas fuera de contexto, se pretende deducir una supuesta prohibición o una supuesta orden de suspensión de actividad previa a dicha Resolución. De lo anterior, deduce la convocada que FENOCO no podía recibir los trenes de CI CARBONES DEL CARIBE S.A. en la vía férrea sino después de que la Resolución 2019 quedó en firme en 2008, lo cual resulta bastante confuso.

Expresa la convocante que si antes de la Resolución 2018 de 2007 estaba prohibida la operación y/o el incremento del tráfico de trenes sobre la vía, los hechos deben corroborar que FENOCO S.A. no pudo permitir el acceso a la vía de trenes para su operación, ni pudo aumentar el tráfico y los hechos del proceso niegan esto y de hecho todos los testigos, sin excepción, corroboraron que nunca autoridad alguna impidió la operación de la vía férrea permitiendo el acceso de todo usuario que lo solicitó antes de la vigencia de la citada Resolución 2018. A tal efecto señala que durante 2007 se transportaron sobre la vía más de 22 millones de toneladas de carbón y nunca hubo el más mínimo reparo de las autoridades a esa operación y, por

el contrario, el tráfico de trenes se ha venido y continúa incrementándose de forma constante sin necesidad de solicitar permiso alguno.

De otro lado señala la convocante que si antes de la Resolución 2018 de 2007 estaba prohibida la operación y/o el incremento del tráfico de trenes sobre la vía, debe existir una norma que establezca esta prohibición. Pero la convocada no indica cuál es esa norma superior preexistente a la Resolución 2018 que tiene como efecto que FENOCO S.A. tenía prohibida la operación y/o el incremento del tráfico sobre la vía férrea. Señala además que no existe norma legal que disponga que la operación y/o el incremento en el tráfico de trenes sobre una línea férrea requiere licencia ambiental. A tal efecto se refiere a las normas constitucionales sobre la libertad económica y la jurisprudencia constitucional y señala que la doctrina en esta materia confirma que solo las actividades definidas en la Ley requieren licencia ambiental y por ello la operación y/o el incremento del tráfico sobre una vía férrea no requiere de licencia ambiental.

Adicionalmente manifiesta que la autoridad ambiental se pronunció sobre el proyecto para el aumento de la capacidad de la vía férrea que se desarrolló mediante las construcciones del año 2006. Agrega que para el desarrollo de las obras del año 2006, FENOCO S.A., dando cumplimiento a lo establecido por el parágrafo del artículo 27 del Decreto 1220 de 2005, solicitó el pronunciamiento del Ministerio sobre la necesidad de licenciamiento ambiental para tales obras que tenían como objeto el incremento en la capacidad de la vía. La autoridad ambiental se pronunció mediante su oficio del 3 de marzo de 2006 en el que se afirmó que tales obras no tenían impacto ambiental adicional al inicialmente identificado con el Plan de Manejo Ambiental. Por ello se pregunta: si este es el contexto de la Resolución 2018, cómo se puede entender que antes de ella estaba prohibida la operación y/o el incremento en el tráfico de trenes si ya la autoridad ambiental había determinado que no se producían impactos ambientales?

Agrega que durante el año 2007 y en dos ocasiones, el 22 de junio de 2007 y el 6 de septiembre de 2007, el Ministerio del ramo autorizó nuevas obras para aumentar el tráfico de trenes indicando que no se generan impactos ambientales adicionales. Señala en particular la autorización del 6 de septiembre de 2007 de las obras de la estación de Aguas Frías, que tenía como único objeto permitir el cargue de todos los trenes de Prodeco S.A. para rodar sobre la vía y agrega que obviamente el efecto de

esas obras era el incremento de trenes sobre la vía. Se pregunta entonces si esas obras se autorizaron bajo la premisa de que no producían impactos ambientales adicionales a los inicialmente previstos en el Plan de Manejo Ambiental en el mes de septiembre de 2007, cómo entender que la Resolución del mes de noviembre expedida solo dos meses más tarde debe interpretarse en el sentido de que antes de su expedición estaba prohibida la operación y/o el incremento del tráfico sobre la vía.

Por lo anterior concluye que esas tres líneas de la Resolución 2018, deben entenderse en su contexto fáctico y legal, en el sentido de que simplemente se acogen unas fichas sin que ello signifique que antes había alguna prohibición de operar.

Agrega que no existió un proceso administrativo dentro del cual se hubiere expedido un acto administrativo que ordenara la suspensión de la operación y/o el incremento del tráfico sobre la vía férrea. La operación sobre la vía principal continuó sin solución de continuidad durante todo el año 2007 y 2008.

Expresa en relación con el comunicado de prensa emitido por la Presidencia en el mes de septiembre de 2007 y el oficio emitido el 1º de octubre de 2008 por el despacho ministerial aludido, lo siguiente: a) que ninguno de los dos cumple con los requisitos para ser considerado un acto administrativo, y b) que lo que anuncian tanto el comunicado de prensa como el oficio de octubre 1 de 2007 es que la autoridad ambiental no permitiría el uso de la vía férrea en los últimos 7 kilómetros si no se realizaban ciertas obras y otras actividades adicionales. Advierte que aún si se pensara que ese comunicado de prensa y oficio tuvieren algún efecto, estaría restringido a los últimos 7 kilómetros de la vía que para nada afectaban potencialmente a CARIBE cuyo puerto –de nombre ´Rio Córdoba`- estaba ubicado antes de esos 7 kilómetros finales.

Por lo anterior reitera que de ninguna manera se puede entender que antes de la Resolución 2018 de 2007 existía la prohibición de operar y/o incrementar el tráfico sobre la vía férrea que alega la parte convocada.

Agrega que es obvio que la exigencia de unas fichas en una modificación del instrumento de manejo ambiental no puede suspender la actividad. Si así lo hubiera considerado necesario la autoridad ambiental, hubiera tenido que establecer expresamente la prohibición o suspensión mediante un acto administrativo

debidamente motivado, garantizando el debido proceso en cumplimiento del Artículo 84 y siguientes de la Ley 99 de 1993 y del artículo 176 y siguientes del Decreto 1594 de 1984, normatividad que incluía el régimen sancionatorio para dicha fecha.

Por todo lo dicho, concluye que la excepción está llamada a fracasar porque no existe la tal supuesta falta de capacidad legal y, aun haciendo el esfuerzo de interpretación de la misma para encuadrarla en una prohibición legal u orden de suspensión, dichas prohibición u orden de suspensión tampoco existen. Si a lo anterior se suma que la operación de vía férreas no requiere licencia ambiental, no se puede sino concluir que la excepción presentada no puede prosperar. Todo se reduce a una cita de tres líneas puestas fuera de contexto, cuya intención en ningún momento fue la de suspender o prohibir la operación del transporte de carbón en la vía férrea.

Como parte de su alegato, la demandante presentó un concepto de una abogada especialista en temas ambientales, quien señala que no existe en la legislación ambiental vigente y no ha existido nunca, una norma que exija la obtención de un permiso, licencia, concesión o autorización de carácter ambiental, para el incremento del tráfico sobre una vía en operación, sea ésta vial, fluvial o férrea. Agregó que para el caso de las vías férreas, el instrumento aplicable para prevenir, mitigar, corregir, compensar o manejar los efectos ambientales que proyectos como éstos pueden producir durante su operación, dentro de los cuales se cuenta, por supuesto, el incremento en el tráfico, es la licencia ambiental o el PMA, aplicables a proyectos de construcción de nuevas vías férreas o construcción de variantes, como también a proyectos antiguos ya construidos y en operación sometidos al régimen de transición, como lo son, en general, la mayor parte de vías férreas que componen la red férrea nacional. Agrega dicha abogada que en el artículo 6º de la Resolución 751 de 2002, el Ministerio consignó que dicho PMA ampara las actividades descritas en el estudio que le sirve de soporte, una de las cuales es la operación de la vía férrea, según se consigna en el propio título del estudio técnico y se deduce de la lectura del mismo. Señala que en la licencia ambiental que se expida o se haya expedido con este propósito, siempre queda incluida no solamente la fase constructiva de la vía, sino también lleva implícita la autorización de las etapas posteriores de operación y mantenimiento de la obra, por todo el tiempo de vida útil de proyecto, es decir mientras funcione el transporte férreo, hasta su terminación. Por lo anterior el incremento del tráfico de trenes es un asunto propio de la fase de operación de los proyectos, viales, fluviales o ferroviarios, que se entiende autorizado implícitamente,

cuando se aprueba la construcción. Agrega que cosa distinta es que la autoridad pueda exigir modificaciones al dicho PMA cuando quiera que se den las situaciones previstas en los artículos 26 al 29 del Decreto 1120 de 2005 para la modificación de la licencia ambiental, pues éstas son aplicables también a los PMA, de conformidad con lo previsto en el artículo 40 de este mismo reglamento. Por lo anterior concluye que la expresión *"(…) Chiriguaná – Puerto Prodeco: Con el fin de permitir la operación y/o el incremento relacionado con el tránsito de trenes carboneros por el tramo Chiriguaná – Puerto Prodeco de la Red Férrea del Atlántico, se acogen las siguientes fichas"*, contenida en el artículo 1º de la Resolución 2018 de 2007, tenía alcances distintos para los dos sectores de este tramo de la vía. Respecto al sector Chiriguaná – Puerto Drummond, la decisión implicaba que con el acogimiento de las nuevas fichas de manejo ambiental y la consecuente modificación del PMA, la operación de la vía y el incremento en la circulación de trenes debía tener un mejor control de sus efectos ambientales, pues fue para ello que se adicionaron tales medidas al PMA. Dicho de otra manera, la operación seguía permitiéndose, como hasta entonces, hasta llegar a la capacidad máxima para la cual fue hecha la rehabilitación o reconstrucción de la vía férrea, pero sometida a mejores condiciones de manejo ambiental y menores efectos para el entorno y la población que en él habita. Para el sector Puerto Drumond – Puerto Prodeco, la situación era un tanto distinta, teniendo en cuenta que para esa época, dicho sector no se encontraba en operación, estaba en regular estado y en proceso de rehabilitación y reconstrucción; por consiguiente, la referida expresión sí implicaba una legitimación para posibilitar de nuevo la operación del tramo, que aunque no se estaba dando entonces, había sido restringida y condicionada a presentar la actualización del PMA, por medio del oficio fechado el 1º de octubre de 2007 y suscrito por la Directora de Licencias del Ministerio, en ejercicio de su labor de control y seguimiento.

Planteado el tema de controversia en los términos reseñados, es del caso resolver sobre el mérito de la excepción formulada y para el efecto son conducentes las siguientes consideraciones:

Con el propósito de abordar el análisis integral de la discusión planteada por las partes respecto de la alegada imposibilidad legal de FENOCO, por falta de las necesarias licencias administrativas de control medioambiental, para darle cumplimiento en el año 2007 y hasta el 18 de marzo de 2008, al compromiso por ella asumido frente a sus Accionistas y en desarrollo del Contrato de Asociación por ellos celebrado, de garantizarles capacidad de transporte ferroviario de un volumen

mínimo anual de toneladas de carbón asignado a cada uno, haciendo uso para ese fin de la vía férrea a ella concesionada en el tramo Chiriguaná-Santa Marta, es del caso comenzar por determinar el alcance de las decisiones adoptadas por las autoridades ambientales y el efecto de la mismas sobre el incremento en el tráfico de trenes, para luego verificar si a la convocada excepcionante, cual pretende hacerlo, le es permitido con arreglo a Derecho ampararse o no en esa situación para disculpar el no haberle dado cabal cumplimiento a las obligaciones por ella contraídas en virtud del Compromiso *Take or Pay* a su cargo.

(i) En primer lugar, corresponde partir de la base de que, por Resolución 751 del 5 de agosto de 2002, el MAVDT estableció el Plan de Manejo Ambiental para la Red Férrea del Atlántico para lo cual dispuso (Cfr. Fl. 541 del Cuaderno de Pruebas No 2):

> *"**ARTÍCULO PRIMERO**.- Establecer el Plan de Manejo Ambiental presentado por Ferrocarriles del Norte Colombia S.A. FENOCO – para la rehabilitación, reconstrucción y mantenimiento de la Red Férrea del Atlántico, para los siguientes tramos:*
>
> *"Bogotá – Santa Marta*
> *"Bogotá – Ventaquemada*
> *"La Caro – Lenguazpaque*
> *"Bello – Puerto Berrío.*
>
> ***"ARTÍCULO SEGUNDO**.- El Plan de Manejo Ambiental que se acoge mediante la presente providencia sujeta a Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. FENOCO – al cumplimiento de las medidas y programas contemplados en el Plan de Manejo Ambiental presentado, a la normativa ambiental vigente y a las obligaciones que se señalan a continuación: ..."*

Y en su artículo 6º el mismo acto administrativo en cita estableció:

> *"**ARTÍCULO SEXTO**.- El Plan de Manejo Ambiental que se establece mediante esta providencia, **ampara únicamente las obras o actividades descritas en el estudio contentivo del Plan de Manejo Ambiental y en la presente Resolución**. **Cualquier modificación a las condiciones establecidas deberá ser informada inmediatamente por escrito a este Ministerio y para su evaluación y aprobación previa**." (se subraya)*

De esta manera, de conformidad con el Plan de Manejo Ambiental implantado el mismo sólo amparaba las obras y actividades descritas en el estudio que contenía dicho Plan y en la Resolución 751 de 2002, por lo que cualquier modificación a las condiciones establecidas debía ser informada para su evaluación y aprobación previa por parte del Ministerio.

Ahora bien, en relación con lo anterior, la parte demandante hizo referencia a un pronunciamiento de la autoridad ambiental sobre unas obras propuestas por FENOCO por Oficio 2400-E2-115227 del 3 de marzo de 2006 (folio 9 del Cuaderno de Pruebas No. 1). En dicho oficio se expresa por parte del MAVDT:

> *"Acuso recibo de su oficio de la referencia por medio del cual solicita pronunciamiento de este Ministerio, sobre la necesidad de modificar la resolución No. 751 del 5 de agosto de 2002, por medio de la cual se estableció Plan de Manejo Ambiental para la Rehabilitación, Reconstrucción y Mantenimiento de la Red Férrea del Atlántico, en el sentido de ejecutar las siguientes actividades, en el tramo La Loma - Santa Marta:*
>
> *"• Construcción de dos nuevas estaciones: Mieres (PK 761.9) y Lleras (PK 844)*
>
> *"• Reubicación de seis estaciones: El Paso (PK767.3), Algarrobo (PK 833.1), Aracataca (PK882.7), Sevilla (PK902.1), Río Frio (PK 913.6) y Ciénaga (PK 931.9)*
>
> *"• Restauración de seis estaciones: La Loma (PK 746.5), Loma Colorada (PK 7B4.9), Bosconia (PK 799.7), Estación K 815 (PK 815.1), Santa Rosa (PK 858) y Fundación (PK 870.8)*
>
> *"• Prolongación de vías secundarias de las estaciones: La Loma, Loma Colorada, Bosconia, Estación K 815, Santa Rosa y Fundación*
>
> *"• Conexión de la estación Ciénaga reubicada con la vía secundaria y patios de la actual estación*
>
> *"• Canalización en patios para todas las estaciones*
>
> *"• Prolongación obras de arte: alcantarillas, box culvert y pontones*
>
> *"**Al respecto y como respuesta al mismo, me permito indicarle que los cambios expuestos en su comunicación, no hacen necesaria la modificación de la resolución mencionada, teniendo en cuenta que no se generan impactos ambientales adicionales a los inicialmente identificados***

> ***y dimensionados en el Plan de Manejo Ambiental y las obras propuestas serán realizadas dentro del corredor férreo existente de 60 m de ancho***.
>
> *"En este orden de ideas, las modificaciones planteadas en su comunicación, pueden ser direccionadas según lo establecido en el parágrafo del artículo 27 del Decreto 1220 del 21 de abril de 2005 y por tal razón la obra podrá ser ejecutada, bajo los lineamientos del Plan de Manejo Ambiental, aprobados por la resolución No. 751 del 5 de agosto de 2002."*

Para efectos de precisar el alcance de este oficio es pertinente señalar que el artículo 27 del decreto 1220 de 1995, que se cita en el oficio mencionado, regula el procedimiento para la modificación de la licencia ambiental y en su parágrafo dispuso:

> ***"Parágrafo.*** *Para aquellas obras que respondan a modificaciones menores o de ajuste normal dentro del giro ordinario de la actividad licenciada y que no impliquen impactos ambientales adicionales a los inicialmente identificados y dimensionados en el estudio de impacto ambiental, el titular de la licencia, solicitará el pronunciamiento de la autoridad ambiental sobre la necesidad o no de adelantar el trámite para el procedimiento de modificación de la misma.*
>
> *"Esta deberá pronunciarse al respecto en un término que no podrá exceder de quince (15) días hábiles."*

Por consiguiente, a la luz de la norma citada, el oficio de Ministerio implicaba que las obras a las que se hizo referencia en la solicitud de FENOCO se consideraban modificaciones menores que no requerían modificación de la autorización ambiental existente.

Vale la pena señalar que una decisión semejante se tomó posteriormente por el Ministerio en otros casos.

Así por comunicación FNC-1120-2007 al MAVDT de 13 de agosto de 2007, FENOCO realizó la siguiente solicitud al Ministerio (folio 127 del Cuaderno Principal No 2):

> *"… respetuosamente le solicito autorización expresa para realizar algunas obras dentro del interior del corredor férreo concesionado a FENOCO S.A. y bajo el Plan de*

Manejo Ambiental establecido mediante Resolución 0751 de 2002 del Ministerio, en los sitios y en las condiciones como a continuación se expone:

"... En vista de lo anterior y de acuerdo a los estudios técnicos, ambientales y sociales llevados a cabo por la empresa FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA S.A. - FENOCO S.A., consideramos viable ampliar el aparcadero ubicado en la estación de Agua Fría (PK 734+172). Todas las obras consistirán en la ampliación del aparcadero en una extensión aproximada de 1000 metros lineales a partir del cambiavías norte, con la ampliación de la línea férrea segunda en el corredor férreo concesionado a Fenoco entre las Estaciones de Chiriguaná y La Loma.

"...

"Al implementar dicha ampliación, podemos aumentar la capacidad de la línea férrea al utilizar la línea de aparcadero para ubicar más trenes cuando esto sea necesario, y restringir en lo posible, los aparcaderos ubicados en las estaciones de los centros poblados especialmente entre Chiriguaná y Bosconia, mientras las condiciones del tráfico férreo y la operación de la línea así lo permitan."

Por oficio 2400-02-83390 del 6 de septiembre de 2007, el MAVDT expresó:

"En respuesta a su oficio de la referencia, por medio del cual remite fotografías del aparcaderos de la Estación de Agua Fría (PK734+172), tendiente a determinar la presencia o no de poblaciones cercanas en el área propuesta para la ejecución de obras de ampliación del mismo, me permito indicarle que los cambios expuestos en su comunicación, no hacen necesaria la modificación de la Resolución No. 751 de 2002, teniendo en cuenta que no se generan impactos ambientales adicionales a los inicialmente identificados y dimensionados en el Plan de Manejo Ambiental y las obras propuestas serán realizadas en zonas que no cuentan con núcleos poblados localizados a lado y lado del corredor."

Adicionalmente, en el oficio 2400-2-53875 del 22 de junio de 2007, que obra a folios 125 y 126 del Cuaderno Principal No. 2, el MAVDT se refirió al oficio de FENOCO 0812.2007 en el que se hace referencia a unas obras de extensión de una serie de aparcaderos y señaló que los cambios en las estaciones La Loma, Canoas y Santa Rosa no hacen necesaria la modificación de la resolución 751 de 2002, y agregó que para las estaciones El Paso, Loma Colorada, Algarrobo y Lleras *"FENOCO no podrá ejecutar estas actividades, hasta tanto cuente con la respectiva licencia ambiental*

aprobada por este Ministerio, para la 'Construcción de la Línea Férrea Doble para el Tramo Carbonero Chiriguaná – Santa Marta…'".

Por consiguiente, en los oficios a los que ha hecho referencia, el MAVDT consideró que se podían realizar las obras a que los mismos se remiten como obras menores, con la excepción de algunas estaciones.

Por otra parte, por oficio MAVDT 2400-E2-46672 del 8 de mayo de 2007, el Ministerio manifestó:

> *"En comunicaciones recibidas, por este Ministerio, las empresas CI CARBONES DEL CARIBE S.A., COMPAÑÍA CARBONES DEL CESAR S.A., CI PRODECO S.A., CARBONES DE LA JAGUA S.A. (CDJ) y CONSORCIO MINERO UNIDO S.A. (CMU), indican que adelantarán la construcción, operación y mantenimiento de una línea férrea principal que cruzará áreas de dichas Compañías, para conectar con la Línea Férrea del Atlántico, tendiente al transporte de carbón desde las minas El Hatillo, La Francia, Calenturitas, Sinclinar de la Jagua del Ibirico y Yerbabuena, hasta los puertos del departamento del Magdalena.*
>
> *"Teniendo en cuenta que la vía férrea existente entre Chiriguaná y Santa Marta, cuenta con Plan de Manejo Ambiental aprobado mediante Resolución No. 0751 del 5 de agosto de 2002, para la Rehabilitación, Reconstrucción y Mantenimiento de la Red Férrea a nombre de Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. FENOCO,* ***me permito solicitar información sobre las perspectivas del posible incremento de trenes y las medidas ambientales que se pretenden implementar en la vía férrea desde Chiriguaná hasta los Puertos de Santa Marta, con el fin de que este Ministerio se pronuncie al respecto; en especial lo relacionado con el paso del tren por la zona turística de Santa Marta*** *desde el puerto de Drummond hasta los demás Puertos carboníferos, teniendo en cuenta que se pretenden cambiar las condiciones del tránsito de dichos trenes por esta zona." (se subraya)*

Como se puede apreciar, este oficio parte de la base de una información que se le remitió al Ministerio acerca de la construcción de una línea férrea que conectará con a las empresas carboneras con la Línea Férrea del Atlántico y solicita información sobre las perspectivas del posible incremento de trenes y las medidas ambientales que se pretenden implementar en la vía férrea desde Chiriguaná hasta los Puertos de Santa Marta, en especial lo relacionado con el paso del tren por la zona turística

aledaña a esa ciudad desde el Pto. Drummond hasta los demás puertos de embarque de carbón, siendo de destacar que si bien en este oficio el MAVDT alude específicamente a la zona turística de Santa Marta, su solicitud no se limita a la misma.

Posteriormente el Ministerio remitió el Oficio MAVDT 2400-E2-54021 de 1° de octubre de 2007 (Cfr. Fls. 236 del Cuaderno de Pruebas No. 1 y 140 y siguientes del Cuaderno Principal No. 2) en el cual se expresó:

> *"En relación con el trámite de licencia ambiental correspondiente a la Construcción de la Línea Férrea Doble La Loma – Puerto Drummond y el que corresponde a Tránsito de Trenes Carboneros desde Puerto Drummond hasta los demás Puertos de Santa Marta, me permito indicarle lo siguiente:*
>
> *"1.* ***Para que la empresa FENOCO S.A. utilice la infraestructura existente a la fecha en el corredor férreo entre Puerto Drummond y demás Puertos de Santa Marta, para el incremento del tránsito de trenes carboneros, deberá de manera previa al inicio de dicha actividad, actualizar y presentar para aprobación ante este Ministerio el Plan de Manejo Ambiental aprobado mediante Resolución No. 751 de 5 de agosto de 2002****, con la inclusión de las medidas necesarias para prevenir, mitigar, corregir y/o compensar los impactos que se puedan presentar en el área de influencia de la operación del corredor férreo.*
>
> *"Lo anterior,* ***considerando que las condiciones de operación existentes al momento en el que este Ministerio estableció el Plan de Manejo Ambiental han variado, en términos de intensidad*** *debido a los volúmenes de manejo y transporte de carbón desde el momento en que la Sociedad Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. – FENOCO S.A. comenzó a ejecutar el proyecto amparado por la Resolución No. 751 de 5 de agosto de 2002.*
>
> *"…*
> *"En aplicación de la facultad legal otorgada a este Ministerio en el Artículo 33 del Decreto 1220 en el que se consigna que vía seguimiento se verificará la implementación del Plan de Manejo Ambiental, corroborar el comportamiento real del medio ambiente y de los recursos naturales, evaluar el desempeño ambiental, así como hacer requerimientos."*
>
> *"…*

"Por último me permito recordar que el Gobierno Nacional después de efectuar el análisis de la situación del turismo y el carbón en la Bahía de Santa Marta mediante Comunicado 043 de septiembre 20 de 2007 de la Presidencia de la República, tomó las siguientes decisiones:

"1. De acuerdo con Decreto No. 3083 de 15 de agosto de 2007, a partir del primero de julio de 2010 los puertos de carbón estarán obligados al cargue directo con la construcción de las instalaciones apropiadas. Desaparecerá el cargue indirecto en barcazas procedimiento que está afectando al sector turístico.

"2. El Gobierno solicitará a los exportadores de carbón la reubicación de las zonas de fondeo hacia el suroccidente, para reducir la contaminación visual de la Bahía,

"3. El puerto de Prodeco operará hasta el 2009, año en el que termina su concesión. La exportación de carbón por la Sociedad Portuaria de Santa Marta se permitirá hasta el año 2013.

"4. No se autorizará el tránsito del tren al puerto de Prodeco, hasta tanto no se realice la obra de paso a desnivel para el acceso a la zona turística y la adecuación de la vía de servicio. Una vez entre en operación el tren, se eliminará el ingreso de 700 tractomulas de 1.200 que diariamente transitan hacia Santa Marta.

"5. El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial realizará monitoreo ambiental que permita el control de emisiones en el transporte férreo.

"6. El Gobierno acompañará la ejecución a corto plazo de la variante carretera y férrea entre la Quebrada El Doctor y el Puerto de Santa Marta, que evitará el ingreso de tractomulas a la ciudad. "

Como se puede apreciar, el oficio transcrito exigió la presentación actualizada del Plan de Manejo Ambiental en el corredor férreo entre Pto. Drummond y los demás puertos carboneros, lo que debía hacerse de manera previa al incremento de tránsito de trenes carboneros. Así mismo se hizo referencia a las decisiones tomadas por el Gobierno Nacional, en particular que no se autorizaba el tránsito del tren hasta el puerto de Prodeco, hasta que no se realizara la obra de paso a desnivel para el acceso a la zona turística ubicada en Santa Marta y la adecuación de la vía de servicio, y en cuanto dice con esta comunicación gubernamental, en su declaración de parte, el representante legal de FENOCO expresó:

"... el Ministerio del Medio Ambiente expidió una carta a Fenoco indicando que los últimos 7 kilómetros de la línea lo cual significa entre Puerto Drummond y Puerto Prodeco no se podía utilizar antes de que fuera actualizado el plan de manejo ambiental PMA, para mitigar impactos en el área hotelera.

"Esta carta no es de obligatorio cumplimiento para Fenoco toda vez que no es un acto administrativo debidamente notificado informando sobre los recursos que proceden contra el mismo, sin embargo a pesar de esto el 19 de octubre Fenoco mediante oficio 1452 del 2.007 radica una actualización de línea de base ante el Ministerio del Medio Ambiente."

Y fue así como, por oficio del 19 de octubre de 2007, FENOCO remitió al MAVDT (Cfr. Fl. 141 del Cuaderno Principal No 2), "*…una descripción de la operación de Trenes carboníferos desde Puerto Drummond hasta Puerto Prodeco; una línea base de los posibles impactos a generar y su respectiva mitigación a través de la actualización de las fichas del Plan de Manejo Ambiental y actividades ejecutadas a la fecha por parte de FENOCO S.A...",* manifestando la esperanza de "*… que con este documento se responda en forma adecuada a los requerimientos del Ministerio y que en el menor tiempo posible, se pueda iniciar la operación en dicho tramo."*

Posteriormente el MAVDT expidió las resoluciones 2018 y 2019 de 2007 (Cfr. Fls. 238 y siguientes y 258 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No. 1). Por la primera *"se modifica la resolución 0751 el 5 de agosto de 2002"* y en ella el Ministerio resolvió,

*"**ARTÍCULO PRIMERO**.- Modificar el artículo primero de la resolución 0751 del 5 de agosto de 2002 por el cual se establece el Plan de Manejo Ambiental a la empresa Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. - FENOCO S.A., identificada con el N.I.T No. 830.061.724-6, para el proyecto "Rehabilitación, Reconstrucción y Mantenimiento de la Red Férrea del Atlántico", de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa del presente acto administrativo, el cual quedará así:*

"Establecer el Plan de Manejo Ambiental presentado por Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. - FENOCO S.A.- para el proyecto "Rehabilitación, Reconstrucción y Mantenimiento de la Red Férrea del Atlántico", para los siguientes tramos:

1. Bogotá – Santa Marta
1.1 Chiriguaná – Puerto Prodeco: ***Con el fin de permitir*** *la operación y/o el* ***incremento relacionado con el tránsito de trenes carboneros por el tramo***

Chiriguaná – Puerto Prodeco *de la Red Férrea del Atlántico se acogen las siguientes fichas:*

Fichas actualizadas del Plan de Manejo Ambiental

Código	*Nombre del Programa*
Medio Abiótico	
PMF2	*Revegetalización*
Medio Socioeconómico	
PMS1	*Información y participación comunitaria*
PMS2	*Gestión social para el manejo de invasiones y prevención de daños a terceros*
PMS3	*Programa de empleo*
PMS4	*Programa de sensibilización ambiental para el Contratista y los Trabajadores*
PMS5	*Programa de seguridad industrial y salud ocupacional*
General	
PMG1	*Señalización*
SM1	*Monitoreo y Seguimiento a la Calidad del Aire y Ruido*

Fuente: Estudio de Actualización de Fichas del PMA – FENOCO S.A.

2. Bogotá - Ventaquemada
3. La Caro - Lenguazaque
4. Bello - Puerto Berrío."

"ARTÍCULO SEGUNDO*.- Modificar el artículo segundo de la resolución 0751 del 5 de agosto de 2002 por el cual se establece el Plan de Manejo Ambiental a la empresa Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. - FENOCO S.A., identificada con el N.I.T No. 830.061.724-6, para el proyecto "Rehabilitación, Reconstrucción y Mantenimiento de la Red Férrea del Atlántico", de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente acto administrativo, en el sentido de adicionar las siguientes obligaciones:… "*

"12. ***Los programas mencionados en las fichas del plan de manejo ambiental para el tramo Chiriguaná — Puerto Prodeco deben complementarse de manera inmediata****, incluyendo la siguiente información:*
"a. El impacto para cada medida

"b. El cronograma discriminado por actividades.
"c. Metas en términos cuantitativos y cualitativos de gestión y cumplimiento de cada una de las actividades.
"d. Indicadores que permitan evaluar la magnitud de las alteraciones que se producen como consecuencia del Proyecto, facilitar el monitoreo de la evolución de los impactos y analizar la eficacia de las medidas contempladas.

"Adicionalmente, se debe formular una ficha independiente, que incluya el programa de desarrollo social previsto para el corredor férreo Chiriguaná — Puerto Prodeco.

*"13. **En el tramo Puerto Drummond — Puerto Prodeco, la empresa Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. — FENOCO S.A., debe cumplir con los siguientes requerimientos, una vez ejecutoriado el presente acto administrativo**:*
"13.1. En un (1) mes, efectuar la construcción de los dos puentes peatonales propuestos a la altura del acceso al área del Hotel Decamerón y en el centro poblado denominado Don Jaca, de tal manera que su diseño, construcción y adecuación, faciliten la accesibilidad a las personas con movilidad reducida (temporal o permanente), o cuya capacidad de orientación se encuentre disminuida por la edad, analfabetismo, limitación o enfermedad, de conformidad con las normas establecidas en la Ley 361 de febrero 7 de 1997 y aquellas que la reglamenten, modifiquen o complementen.

"13.2. Implementar de manera inmediata los lineamientos descritos en el Programa PMS5 - Seguridad Industrial y Salud Ocupacional, en relación con las medidas y el personal de linieros fijos y móviles propuestos.

"13.3. De manera inmediata, regularizar los pasos ya existentes (vehiculares y peatonales), de acuerdo con un análisis que permita efectuar el control y señalización de los que finalmente se opte por regularizar. Lo anterior con el fin de ejecutar las medidas indicadas en el Programa PMGI Señalización.

"13.4. En los pasos a nivel vehicular que finalmente se van a regularizar, se debe de manera inmediata, efectuar la construcción de resaltos sobre la vía a cada lado del corredor férreo, debidamente señalizados y pintados reflectivamente. De igual manera, los accesos vehiculares de estos pasos a nivel deben contar con una cepa de asfalto o concreto en una longitud mínima de 15 m, antes y después de acceder a la línea férrea, de manera tal, que se evite la dispersión de material particulado, por el paso tanto del tren como de los vehículos que cruzan el corredor férreo

*"13.5. **De manera inmediata, la empresa Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. — FENOCO S.A., deberá para permitir el tránsito de trenes carboneros en el corredor férreo que se encuentra a su cargo, dar cumplimiento con lo siguiente**.*

"a. Prohibir el tránsito de trenes carboneros en el horario del día comprendido entre las 23:00 y las 5:00 del día siguiente, como medida tendiente a evitar los impactos ocasionados por el tránsito del tren carbonero en horario nocturno.
"b. Prohibir el uso del pito por parte del tren carbonero excepto por condiciones excepcionales de seguridad, para lo cual deberá diseñar y divulgar un instructivo interno de operación para dicha medida.
"c. Permitir el cargue de los vagones del tren hasta el máximo de su capacidad.
"13.6. Efectuar en el primer mes un estudio de ruido en el tramo que colinda con viviendas, hoteles, casas de recreo, conjuntos residenciales y demás infraestructura habitacional localizada a lado y lado del corredor férreo; y de acuerdo con el resultado, en caso de que se sobrepasen los niveles permisibles establecidos en la norma, se deberá antes de (1) mes presentar a este Ministerio las medidas concertadas con la comunidad, que permitan obtener aislamientos acústicos. con sus respectivas características técnicas y niveles de atenuación de los mismos en Decibeles; y justificación de que se cumplen los niveles de inmisión establecidos en la Resolución 627/06, en función de los niveles de emisión considerados y de las atenuaciones conseguidas e incluir información sobre: la localización georeferenciada de cada medida, en planos en planta y perfil (detalles, cortes y figuras), que permitan visualizar las distancias de la barrera en relación con los sitios propuestos.

"Las medidas planteadas, deberán ejecutarse en los dos (2) meses siguientes a la presentación de la información mencionada anteriormente.
"…" (se subraya)

Esta Resolución en consecuencia, modificó el Plan de Manejo Ambiental Chriguaná-Puerto Prodeco y dispuso que "*Con el fin de permitir la operación y/o el incremento relacionado con el tránsito de trenes carboneros por el tramo Chiriguaná – Puerto Prodeco de la Red Férrea del Atlántico se acogen las siguientes fichas:…"*. Destaca el Tribunal que de conformidad con su texto las fichas tenían por objeto el incremento en el tráfico en el tramo Chiriguaná- Puerto Prodeco. Adicionalmente la Resolución estableció una serie de obligaciones para la Fenoco, algunas de las cuales se referían exclusivamente al trayecto Puerto Drummond- Puerto Prodeco.

Así mismo, por la Resolución 2019 el Ministerio modificó la Resolución 0751 el 5 de agosto de 2002 y allí determinó (folios 273 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No 1):

> *"**ARTÍCULO PRIMERO**.- Modificar el artículo segundo de la resolución 0751 del 5 de agosto de 2002 por el cual se establece el Plan de Manejo Ambiental de la empresa Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. - FENOCO S.A., identificada con el N.I.T No. 830.061.724-6, para el proyecto "Rehabilitación, Reconstrucción y Mantenimiento de la Red Férrea del Atlántico", de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del presente acto administrativo, en el sentido de adicionar las siguientes obligaciones: ..."*
>
> *"14. **La empresa Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A, — FENOCO S.A., debe cumplir con los siguientes requerimientos, en el tramo Chiriguaná - Puerto Drummond, una vez ejecutoriado el presente acto administrativo:***
>
> *"14.1. En seis (6) meses, construir puentes peatonales en cada uno de los centros poblados localizados a lado y lado del corredor férreo para este tramo, así: LomaColorada y Bosconia (municipio de Bosconia), Algarrobo y Lleras (Algarrobo), Fundación (Fundación), Buenos Aires y Aracataca (Aracataca) y Tucurinca, Guamachito, Guacamaya', Sevilla, Orihueca. Varela y Río Frio (Zona Bananera).*
>
> *"La localización exacta de dichas estructuras, se deberá determinar de acuerdo con los resultados de un estudio de tráfico peatonal correspondiente al cruce del corredor férreo a lo largo de dichos asentamientos poblacionales y su diseño, construcción y adecuación, deben facilitar la accesibilidad a las personas con movilidad reducida (temporal o permanente), o cuya capacidad de orientación se encuentre disminuida por la edad, analfabetismo, limitación o enfermedad, de conformidad con las normas establecidas en la Ley 361 de febrero 7 de 1997 y aquellas que a reglamenten, modifiquen o complementen.*
>
> *"14.2. En dos (2) meses, ejecutar un estudio tendiente a regularizar los pasos a nivel (vehiculares y peatonales) y de acuerdo con e! resultado, dar cumplimiento a lo siguiente:*
> *"a) En un (1) mes, hacer efectiva la regularización, efectuar el control y señalización (con la implementación de las medidas indicadas en el Programa PMGI — Señalización) e implementar de manera inmediata linieros fijos en los pasos a nivel que finalmente serán regularizados.*
> *"b) En los cuatro (4) meses siguientes a la ejecución del estudio. efectuar la construcción de resaltos sobre la vía a cada lado del corredor férreo, debidamente*

señalizados y pintados reflectivamente. De igual manera, los accesos vehiculares de estos pasos a nivel deben contar con una capa de asfalto o concreto en una longitud mínima de 15 m, antes y después de acceder a la línea férrea, de manera tal, que se evite la dispersión de material particulado, por el paso tanto del tren como de los vehículos que cruzan el corredor férreo.
"14.3. En los centros poblados que han sobrepasado los niveles permisibles de ruido establecidos en la norma, se deberá en cuatro (4) meses ejecutar medidas concertadas con la comunidad, que permitan obtener aislamientos acústicos, previa presentación a este Ministerio, de información sobre las características técnicas y niveles de atenuación de los mismos en Decibeles; y justificación de que se cumplen los niveles de inmisión establecidos en la Resolución 627/06, en función de los niveles de emisión considerados y de las atenuaciones conseguidas, así como, incluir información sobre: la localización georeferenciada de cada medida. en planos en planta y perfil (detalles, cortes y figuras), que permitan visualizar las distancias de la barrera en relación con los sitios propuestos.

*"14.4, **De manera inmediata, la empresa Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. — FENOCO S.A., deberá para el tránsito de trenes carboneros en el corredor férreo que se encuentra a su cargo, permitir el cargue de los vagones del tren hasta el 80% máximo de su capacidad.***

*"15. **La empresa Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. — FENOCO S.A., debe cumplir con los siguientes requerimientos, en todo el tramo Chiriguaná Puerto Prodeco una vez ejecutoriado el presente acto administrativo**:*

"15.1 Presentar en un (1) mes, una propuesta debidamente concertada con la comunidad, para eliminar o reducir el tránsito de trenes carboneros en horario nocturno por el corredor férreo del tramo Chiriguaná — Puerto Drummond.

"15.2. En cuatro (4) meses, instalar una red de monitoreo de calidad del aire, con funcionamiento permanente, conformada por estaciones de monitoreo de material particulado a ubicarse en las áreas pobladas del área de influencia directa del corredor férreo. siguiendo las metodologías de muestreo y análisis establecidas en la Resolución No. 601 del 4 de abril de 2006. Así mismo, el diseño, montaje y operación de las estaciones que conforman la red. se debe llevar a cabo siguiendo el Protocolo de Monitoreo y Seguimiento de Calidad del Aire, establecido en la citada Resolución, incluyendo los mecanismos para el control y aseguramiento de la calidad de la operación y de los datos generados en la red, orientados a garantizar le validez y representatividad de los mismos. Se deben ubicar diez (10) estaciones así: Loma

Colorada (1), Bosconia (1), Algarrobo (1), Lleras (1), entre Fundación y Buenos Aires (1), Aracataca (1), entre Tucurinca y Guamachito (1), Guacamayal (1), Sevilla (1) y entre Orihueca. Varela y Rio Frio .

"De igual manera se deben instalar dos (2) estaciones (una en el departamento de Magdalena y otra en el Cesar), que permitan medir la concentración de fondo. remitir a este Ministerio la ubicación de las estaciones en planos georeferenciados.
"15.3 Aplicar el modelo propuesto en la Ficha SM-I "Monitoreo de Calidad de Aire y Ruido", para el todo corredor férreo Chiriguaná — Puerto Prodeco, incluyendo los siguientes aspectos:
"…" (se subraya)

Como se aprecia, esta Resolución modificó el Plan de Manejo Ambiental, y estableció una serie de requerimientos en el tramo Chiriguaná - Puerto Drummond, muchos de los cuales debían cumplirse dentro de los términos que se señalaron en la Resolución. Así mismo, exigió otros requerimientos en el tramo Chiriguaná- Puerto Prodeco.

Las dos resoluciones mencionadas presentan varias diferencias, pues si bien ambas se refieren a todo el tramo Chiriguaná Puerto Prodeco, la Resolución 2018, además de adoptar las fichas ambientales presentadas por FENOCO, establece una serie de requerimientos aplicables particularmente al tránsito de trenes en el trayecto Puerto Drummond – Puerto Prodeco. Por su parte la Resolución 2019 establece una serie de requerimientos para el trayecto Chiriguaná-Puerto Drummond y otras para el trayecto Chiriguaná- Puerto Prodeco.

Adicionalmente la Resolución 2018 adopta decisiones que tendrían efecto inmediato, pues de acuerdo con su texto se acogían unas fichas del Plan de Manejo Ambiental para permitir el incremento relacionado con el tránsito de trenes carboneros para el tramo Chiriguaná- Puerto Prodeco, y así mismo se adoptan unas medidas para el tramo Puerto Drummond – Puerto Prodeco que deberían ser implementadas de manera inmediata o muy rápidamente. Por el contrario, la Resolución 2019 adopta medidas que serían aplicables en el tramo que comenzaba en Chiriguaná y terminaba en Puerto Drummond o Puerto Prodeco, las cuales debían por regla general ser adoptadas en plazos que oscilaban entre uno y seis meses, con excepción al límite de carga máxima del tren que tenía efecto inmediato.

En todo caso las dos resoluciones tienen considerandos prácticamente idénticos salvo en algunos párrafos. Ahora bien, para precisar el sentido de las mismas y su incidencia sobre lo que se debate en este proceso, considera procedente el Tribunal referirse a la parte motiva de estas Resoluciones. A este efecto en la página 10 de dichas resoluciones se expresa lo siguiente:

> *"Que en el mismo sentido el concepto técnico 2008 del 18 de noviembre de 2007, hace unas consideraciones adicionales sobre la actualización del plan de manejo ambiental y las demás obras propuestas determinando que además de las anteriores consideraciones relacionadas con las medidas propuestas por FENOCO S.A. para la operación del tren carbonero, se hace necesario que se efectúen algunas adicionales a las propuestas en la actualización del Plan de Manejo Ambiental,* ***teniendo en cuenta la nueva operación****.*
>
> *"Igualmente considera que: "Por tal razón, todas las medidas propuestas por la empresa Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. - FENOCO S.A., para la actualización del Plan de Manejo Ambiental y las adicionales que requiera este Ministerio,* ***deberán extenderse para todo el tramo Chiriguaná - Puerto Prodeco****, teniendo en cuenta que: en primer lugar,* ***en el trayecto Chiriguaná - Puerto Drummond transita (a la fecha) el tren carbonero, que se verá incrementado sustancialmente con el aumento de la operación****; y en segundo lugar, la entrada en operación del tren carbonero en el trayecto Puerto Drummond - Puerto Prodeco." (se subraya)*

Como se puede apreciar, en este párrafo, el Ministerio destaca que las medidas propuestas por FENOCO debe extenderse a todo el tramo Chiriguaná Puerto Prodeco teniendo en cuenta que *"en el trayecto Chiriguaná - Puerto Drummond transita (a la fecha) el tren carbonero, que se verá incrementado sustancialmente con el aumento de la operación;…"*.

No sobra señalar que un antecedente de dichas resoluciones es el Oficio MAVDT 2400-E2-46672, de 8 de mayo de 2007 del Ministerio respecto del cual se dice lo siguiente en dichas Resoluciones:

> *"Que con el oficio radicado en este Ministerio con el No. 4120-E1-54021 de 25 de mayo de 2007, la empresa Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. -FENOCO- da respuesta a la inquietud planteada por este Ministerio en el oficio 2400-E2-46672 del 8 de mayo de 2007, relacionada con las perspectivas del posible incremento de trenes*

y las medidas ambientales que se pretenden implementar en la vía férrea desde Chiriguaná hasta los Puertos de Santa Marta, en especial con el paso del tren por la zona turística de Santa Marta desde el puerto de Drummond hasta los demás Puertos carboníferos, para lo cual dicha Empresa indica que se prevé el aumento del transporte de carbón por la línea férrea en aproximadamente 45 millones de toneladas por año, para un total de 80 millones de toneladas al año."

Adicionalmente, en los considerandos de las resoluciones 2018 y 2019, se cita el Concepto Técnico 2008 del 18 de noviembre de 2007 relacionado con el Plan de Manejo Ambiental para el proyecto "Rehabilitación, Reconstrucción y Mantenimiento de la Red Férrea del Atlántico", en el cual se expresó:

"Que el Grupo de Evaluación de la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales de este Ministerio, una vez revisó, analizó y evaluó la información allegada por la empresa Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. -FENOCO-, así como los demás documentos que reposan dentro del expediente 2375, emitió el Concepto Técnico 2008 del 18 de noviembre de 2007, relacionado con el Plan de Manejo Ambiental para el proyecto Rehabilitación, Reconstrucción y Mantenimiento de La Red Férrea del Atlántico", en el cual expresó lo siguiente:

"DESCRIPCION DE LA ACTUALIZACION DEL PMA

"Localización
"…

"Estado actual del Proyecto

"El corredor férreo correspondiente al tramo Chiriguaná - Puerto Prodeco, se encuentra en operación en su mayoría para el transporte de carbón desde La Loma hasta el puerto de la empresa Drummond Ltd., localizado en el Municipio de Ciénaga, Departamento de Magdalena.

"Sin embargo, la empresa Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. - FENOCO pretende extender las operaciones de transporte de Carbón hasta el Puerto perteneciente a la empresa Prodeco, localizado en la ciudad de Santa Marta, a 7 km aproximadamente del Puerto de la empresa Drummond Ltd., para lo cual presentó a este Ministerio para su evaluación, la actualización de las fichas del Plan de Manejo Ambiental relacionadas con la operación de Trenes Carboníferos desde Puerto

Drummond hasta Puerto Prodeco, que incluye la descripción, una línea base de los posibles impactos a generar; y la actualización como tal de dichas fichas.

*"**Para tal efecto, este Ministerio considera que además de establecer las medidas tendientes a mitigar, corregir, controlar y/o compensar los impactos ocasionados por el tránsito de trenes carboneros desde Puerto Drummond hasta Puerto Prodeco, es necesario que las mismas medidas sean establecidas para todo el tramo que es objeto del tránsito de trenes por la Línea Férrea del Atlántico y que corresponde al tramo Chiriguaná - Puerto Prodeco, teniendo en cuenta que durante las visitas de seguimiento ambiental al Proyecto, este Ministerio ha observado impactos ambientales ocasionados por el actual tránsito de trenes carboneros y que deben ser objeto de la ejecución de las medidas mencionadas**.*

"INFORMACIÓN PRESENTADA POR LA EMPRESA FENOCO S.A.

"Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A - FENOCO, mediante oficios radicados en este Ministerio el 19 de octubre y 2 de noviembre de 2007, remite información relacionada con la descripción de la operación de Trenes carboníferos desde Puedo Drummond hasta Puerto Prodeco; una línea base de los posibles impactos a generar, y la actualización de las fichas del Plan de Manejo Ambiental y actividades ejecutadas a la fecha por parte de dicha Empresa, la cual se resume en lo siguiente:

"Objetivo

*"**El objetivo es evaluar las nuevas condiciones que se presentan en la zona del corredor férreo y realizar la actualización de fichas del Plan de Manejo Ambiental** otorgado mediante Resolución No. 751 de 5 de agosto de 2002, para la utilización de la infraestructura férrea existente en la Red Férrea del Atlántico, para el transporte de carbón en el tramo comprendido entre Chiriguaná (K723+373) y Puerto Prodeco (K944+100), el cual cuenta con una longitud aproximada de 220,73 kilómetros.*
"…
"Actualización de Fichas del Plan de Manejo Ambiental

"El Plan de manejo ambiental presentado por FENOCO ante el Ministerio en el año 2002, contiene 14 programas, distribuidos de la siguiente manera; 6 programas correspondientes al medio abiótico, 1 al medio biótico, 4 al medio socioeconómico y otros 3 que son de tipo general porque no se refieren a un medio específico o aplican sobre todo el proyecto.

Para actualizar dicho Plan de Manejo, la empresa FENOCO S.A. presenta información sobre el ajuste de 6 Programas y la inclusión de otros que corresponden al de Seguridad Industrial y Salud Ocupacional, denominada PMS5 y SM1 de Monitoreo y Seguimiento a la Calidad del Aire y Ruido, así:…"
"…
"Que el grupo técnico de la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales realizó las siguientes consideraciones en relación con la actualización del plan de manejo ambiental:

"Se considera lo siguiente en relación con las medidas propuestas en cada una de las fichas actualizadas del Plan de Manejo Ambiental:

"Código Nombre del Programa Consideraciones del MAVDT "PMF2 Revegetalización (…)

"Sin embargo, no se realiza un análisis detallado del corredor férreo, con el fin de determinar los sitios exactos de ejecución de la medida; así como la cuantificación de las áreas a revegetalizar y el tratamiento a efectuar en cada una de ellas.
…
"PMS1 Información y participación comunitaria …
"En este sentido, se debe actualizar y formular el plan de contingencia que considere las actividades relacionadas con el transporte de carbón, en el que se incluya las actividades de socialización con las comunidades del área de influencia y las autoridades municipales, la realización de simulacros. Este debe ser formulado como un programa independiente.

"PMS2 Gestión social para el manejo de invasiones y prevención de daños a terceros La ficha está formulada para la etapa de rehabilitación del corredor y no para la operación, no guarda coherencia en el establecimiento de las responsabilidades: se consigna dos sujetos con diferentes responsabilidades uno, el Concesionando y otro FENOCO, lo cual no es claro. De acuerdo con lo cual, la ficha debe ajustarse conservándose las actividades propuestas.
…
"Por otra parte, ***se considera necesaria la implementación de esta medida de manejo para el tramo Chiriguaná - Puerto Drummond con el fin de evitar inconvenientes de salud para los habitantes de los asentamientos poblacionales localizados a lado y lado del corredor férreo en este tramo, en relación con el ruido ocasionado por el paso del tren carbonero por estas localidades****.*

(…)

"PMS5 Programa de seguridad industrial y salud ocupacional ...

*"De igual manera, **en el tramo Chiriguaná – Puerto Drummond se considera que se deben implementar linieros fijos en los cruces a nivel que queden de manera definitiva**.*

*"Por otra parte, **se proponen medidas de seguridad y salud ocupacional que deben ser implementadas no solamente para el tramo Puerto Drummond - Puerto Prodeco, sino para todo el tramo desde Chiriguaná hasta Puerto Prodeco**.*

*"**Se considera necesaria la implementación de medidas de manejo para evitar inconvenientes de salud para los habitantes de los asentamientos poblacionales localizados a lado y lado del corredor férreo, desde Chiriguaná hasta Puerto Drummond, en relación con el control de ruido ocasionado por el paso del tren por estas localidades**.*
...

*"PMG1 Señalización Para este Programa se propone efectuar la señalización de siete (7) pasos a nivel identificados en el tramo K938 a K943; sin embargo, **considerando que las medidas se requerirán para el tramo Chiriguaná Puerto Prodeco, se hace necesario que se éstas se efectúen para dicho tramo, de acuerdo con una identificación de todos los paso a nivel existentes (vehiculares y peatonales) y de igual manera efectuar un estudio de los mismos, para determinar o permitir la eliminación o congregación de varios de ellos o por el contrario efectuar las medidas de señalización** propuestas en todos los paso a nivel existentes tanto vehiculares como peatonales en el tramo mencionado.*
...
SM1 Monitoreo y seguimiento a la calidad del aire y ruido ...

*"**Teniendo en cuenta que las campañas de monitoreo de 10 días no permiten establecer el impacto real que puede generar un proyecto; que la línea férrea pasa por centros poblados que se ven afectados por la generación de material particulado durante la operación del tren: que es una actividad continua, que de acuerdo con los resultados de los monitoreos realizados a lo largo de la línea (Informe de Cumplimiento Ambiental), el impacto por ruido se verá incrementado sustancialmente con***

el aumento de la operación del tren; que en la mayor parte de las estaciones monitoreadas se está sobrepasando la norma establecida en la Resolución 601/06; se considera que FENOCO debe diseñar e instalar una red de monitoreo de calidad de aire a lo largo de la red férrea, midiendo PST y PM10 principalmente en centros poblados, ubicando una estación en cada uno de ellos que permita medir la concentración de fondo*.*

…

"Que en el mismo sentido el concepto técnico 2008 del 18 de noviembre de 2007, hace unas consideraciones adicionales sobre la actualización del plan de manejo ambiental y las demás obras propuestas determinando que además de las anteriores consideraciones relacionadas con las medidas propuestas por FENOCO S.A. para la operación del tren carbonero, se hace necesario que se efectúen algunas adicionales a las propuestas en la actualización del Plan de Manejo Ambiental, teniendo en cuenta la nueva operación.

*"**Igualmente considera que: "Por tal razón, todas las medidas propuestas por la empresa Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. - FENOCO S.A., para la actualización del Plan de Manejo Ambiental y las adicionales que requiera este Ministerio, deberán extenderse para todo el tramo Chiriguaná - Puerto Prodeco, teniendo en cuenta que: en primer lugar, en el trayecto Chiriguaná - Puerto Drummond transita (a la fecha) el tren carbonero, que se verá incrementado sustancialmente con el aumento de la operación; y en segundo lugar, la entrada en operación del tren carbonero en el trayecto Puerto Drummond- Puerto Prodeco** …"(se subraya)*

Como se puede apreciar las Resoluciones realizan un análisis detallado de las medidas que se adoptan y la extensión de las mismas a la totalidad del corredor férreo por las consecuencias del transporte férreo de carbón, y en ellas también se dijo:

"Consideraciones jurídicas

"…

*"Para el caso que nos ocupa en concordancia con lo expuesto, **considera esta Cartera que es aplicable el numeral 1 del artículo 26 del Decreto 1220 enunciado, toda vez que al tener una variación con las medidas propuestas en cada una de las fichas actualizadas del Plan de Manejo Ambiental, se***

configura la existencia de una "variación de las condiciones existentes al momento de otorgar la licencia ambiental" que para el caso corresponde a la variación en las condiciones en que se estableció el Plan de Manejo Ambiental en la Resolución 0751 del 5 de agosto de 200[2], y por consiguiente en las obligaciones.*"*

"El Decreto 1753 de agosto 3 de 1994 vigente para la época de establecimiento del Plan de Manejo Ambiental al proyecto que nos ocupa, determina en el artículo 38 inciso primero que "los proyectos, obras o actividades que conforme a las normas vigentes antes de la expedición del presente Decreto, obtuvieron los permisos, concesiones, licencias y autorizaciones de carácter ambientales que se requieran, podrán continuar, pero la autoridad ambiental competente podrá exigirles mediante providencia motivada, la presentación de planes de manejo, recuperación o restauración ambiental".

"Lo anterior permite colegir que el Plan de Manejo Ambiental es un instrumento de manejo ambiental. y en el caso que nos ocupa se establecieron unas obligaciones con la expedición de la Resolución 0751 del 5 de agosto de 2002, las cuales se hace necesario adecuar conforme a las fichas de manejo ambiental actualizadas por la empresa Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A, — FENOCO S.A.

"Que una vez realizada la evaluación pertinente y esencialmente con fundamento en las consideraciones del Concepto Técnico 2008 del 18 de noviembre de 2007. Este Despacho encuentra procedente la modificación del Plan de Manejo Ambiental contenido en la Resolución 0751 del 5 de agosto de 2002, en los aspectos que se determinarán en la parte resolutiva de esta Resolución."

Del texto de las Resoluciones a las que se ha hecho referencia se desprende, entonces, que el Ministerio de Ambiente, decidió modificar el Plan de Manejo Ambiental que inicialmente había sido aprobado, motivado entre otras cosas por el incremento en la operación de los trenes. Dicha modificación la fundó en una variación de las condiciones existentes al momento de adoptar el Plan de Manejo Ambiental por Resolución 0751 de 2002. Esta modificación según precisó el Ministerio, no se limitaba al trayecto Puerto Drummond- Puerto Prodeco, sino que se refería a la totalidad del trayecto Chiriguaná-Puerto Prodeco, por las razones expuestas en las Resoluciones a las que se ha hecho referencia.

Ahora bien, contra las resoluciones 2018 y 2019 se interpuso recurso de reposición, según consta en las Resoluciones 2377 de 2007 (Cfr. Fls. 278 y siguientes del

Cuaderno de Pruebas No. 1) y 294 de 2008 (Cfr. Fls. 297 y siguientes ib.) del MADVT, por las cuales se resuelven dichos recursos.

En cuanto al recurso interpuesto contra la resolución 2018 de 2007, es pertinente señalar que en el texto de la misma se expresa en relación con lo solicitado en el recurso de reposición:

> *"PETICIONES:*
>
> *"1. MODIFICAR el numeral 1.1 del artículo Primero de la Resolución, objeto de este recurso en el sentido de reemplazar la referencia al tramo Chiriguaná-Puerto Prodeco" por "Puerto Drummond-Puerto Prodeco".*
>
> *"Lo anterior en vista de que la comunicación 2400-2-54021 de octubre 1 de 2007 enviada por el MAVDT en la cual se requirió a FENOCO para que se actualizara y presentara para aprobación de ese Ministerio el PMA aprobado mediante la Resolución 751 de 2002 se refirió específicamente al Tramo Puerto Drummond - Puerto Prodeco, razón por la cual la información enviada por FENOCO en respuesta a dicha comunicación se refirió exclusivamente dicho tramo.*
>
> *"En consecuencia, la Resolución recurrida no debe hacer referencia al tramo Chiriguaná — Puerto Drummond, el cual no es objeto de la actualización al PMA solicitada."*
>
> *"2. MODIFICAR el artículo segundo de la Resolución recurrida en el sentido de reemplazar las referencias al tramo "Chiriguaná-Puerto Prodeco" por "Puerto Drummond-Puerto Prodeco", por las razones expuestas en el numeral anterior." (se subraya)*

De esta manera, en su recurso FENOCO consideró que lo dispuesto en la Resolución recurrida solo se debería aplicar al tramo Puerto Drummond- Puerto Prodeco, y al decidir el recurso en la Resolución 2377 de 2007, el MAVDT hizo referencia al concepto técnico No 2301 de 2007 elaborado por la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales en el cual se analizan los argumentos presentados y expresó (Resolución 2377 de 2007, hojas 9 y 10, folios 286 y 287 del Cuaderno de Pruebas No. 1.):

> *"En relación con la petición No. 1, se considera que:*

"En la referencia del oficio No. 2400-2-54021 de octubre 10 de 2007, se hizo alusión al tránsito de trenes Carboneros desde Puerto Drummond hasta Puerto Prodeco, en especial por el hecho de que por este tramo en la actualidad no operan trenes carboneros y de acuerdo con la información aportada por Fenoco S.A., era inminente el inicio de la operación de los mismos en este tramo.

*"**Sin embargo, teniendo en cuenta que de igual manera en el tramo Chiriguaná — Puerto Drummond, se tiene presupuestado el incremento del tránsito de estos trenes carboneros, en relación con los que actualmente operan por dicho tramo, este Ministerio optó por establecer las medidas de manejo necesarias para mitigar, controlar, corregir o compensar los impactos ambientales, no solamente de los propensos a ocurrir, sino de los que vienen ocurriendo en el corredor férreo por el transpone del mineral y que han sido evidenciados durante las diferentes visitas de seguimiento ambiental al Proyecto realzadas por este Ministerio, dentro de la facultad que le otorga la normatividad ambiental vigente en relación con dicho seguimiento e indicada en el Articulo 33 del Decreto 1220 de 2005**, así:*

*"**Artículo 33.** Control y seguimiento. Los proyectos, obras o actividades sujetos a licencia ambiental o **Plan de Manejo Ambiental, durante su construcción, operación, desmantelamiento o abandono, son objeto de control y seguimiento por parte de las autoridades ambientales**, con el propósito de:*

"1. Verificar la implementación del Plan de Manejo Ambiental, seguimiento y monitoreo, y de contingencia, así como la eficiencia y eficacia de las medidas de manejo implementadas.
"2. Constatar y exigir el cumplimiento de todos los términos, obligaciones y condiciones que se deriven de la licencia ambiental o Plan de Manejo Ambiental.
*"3. **Corroborar cómo es el comportamiento real del medio ambiente y de los recursos naturales frente al desarrollo del proyecto**.*
"4. Evaluar el desempeño ambiental considerando las medidas de manejo establecidas para controlar los impactos ambientales.

*"**En el desarrollo de dicha gestión, la autoridad ambiental podrá realizar entre otras actividades, visitas al lugar donde se desarrolla el proyecto, hacer requerimientos de información**, corroborar técnicamente o a través de pruebas los resultados de los monitoreos realizados por el beneficiario de la licencia.*
(Negrilla subrayada fuera de texto).

*"Es así como, **este Ministerio consideró técnicamente que algunas de las medidas de manejo propuestas para el tramo Puerto Drummond – Puerto Prodeco, aplicaban para el tramo restante (Chiriguaná – Puerto Drummond), ya que la condición de operación prevista para el tránsito de trenes carboneros es semejante para los dos tramos;** Y adicionalmente, por las evidencias encontradas durante las diferentes visitas de seguimiento ambiental a la Red Férrea del Atlántico, se optó por requerir otras actividades que no fueron propuestas por Fenoco S.A. en sus comunicados remitidos a este Ministerio, pero **que son necesarias para los impactos que ocasionará el tránsito y/o incremento de trenes carboneros desde Chiriguaná hasta Puerto Prodeco (ruido, emisiones, vibraciones, seguridad, accidentabilidad, entre otros**).*

*"**De acuerdo con lo anterior, no se considera procedente modificar el Numeral 1.1 del artículo Primero de la Resolución No. 2018 de 19 de noviembre de 2007**.*

"En cuanto a la solicitud de MODIFICAR el artículo segundo de la Resolución recurrida en el sentido de reemplazar las referencias al tramo "Chiriguaná - Puerto Prodeco'" por "Puerto Drummond - Puerto Prodeco", por las razones expuestas en el numeral anterior, se expone:

Al igual que lo mencionado por este Ministerio del Numeral anterior, no se considera procedente modificar el Artículo Segundo de la Resolución No. 2018 de 19 de noviembre de 2007, en relación con el tramo en el cual se deben efectuar los requerimientos señalados en dicho Artículo y que corresponde al de Chiriguaná - Puerto Prodeco".

Es pertinente señalar que en la Resolución adicionalmente se expresa:

"Que igualmente este Ministerio considera:

*Es importante aclarar que **el Ministerio de Ambiente, en ejercicio de las facultades otorgadas con la Ley 99 de 1993, puede establecer las medidas que considere pertinentes con el fin de proteger el Derecho Colectivo a un ambiente** sano, y las políticas nacionales no pueden ir en contravía con ello.*
"...
*Igualmente el grupo técnico **de la Dirección de Licencias Permisos y Trámites Ambientales de este Ministerio consideró que algunas de las medidas de manejo propuestas para el tramo Puerto Drummond — Puerto Prodeco, aplicaban para el tramo restante (Chiriguaná — Puerto Drummond), ya que***

la condición de operación prevista para el tránsito de trenes carboneros es semejante para los dos tramos; y adicionalmente, por las evidencias encontradas durante las diferentes visitas de seguimiento ambiental a la Red Férrea del Atlántico, se optó por requerir otras actividades que no fueron propuestas por Fenoco S.A. en sus comunicados remitidos a este Ministerio, pero que son necesarias para los impactos que ocasionará el tránsito y/o incremento de trenes carboneros desde Chiriguaná hasta Puerto Prodeco (ruido, emisiones, vibraciones, seguridad, accidentabilidad, entre otros).

"Por lo anterior se considera que aun cuando la información presentada por FENOCO para la actualización del Plan de Manejo Ambiental para el tramo Puerto Drummond-Puerto Prodeco, es perfectamente viable establecer las medidas determinadas en la resolución 2018 de 2007, para el tramo Chiriguaná - Puerto Drummond."

"Para este Ministerio es claro que la empresa Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. -FENOCO inició actividades con anterioridad a la expedición de la Ley 99 de 1993, con la cual se le confirieron facultades y competencias a este Ministerio, fecha para la cual se operaba dicho proyecto Rehabilitación, reconstrucción y mantenimiento de la Red Férrea del Atlántico, sin contar con requerimientos ajustados a la nueva normatividad ambiental.

"La empresa FENOCO no puede desconocer que la normatividad ha venido cambiando, se han expedido, Decretos que reglamentan, entre otros temas, los relacionados con el aire buscando un control en las emisiones atmosféricas y el ruido, normas que en el momento del inicio del proyecto no existían, pero no es una razón para que la empresa FENOCO no esté obligada a entrar en este tipo de regulación."

Como se puede apreciar, por la Resolución 2377 de 2007 el Ministerio decidió que debía modificar el Plan de Manejo Ambiental aprobado inicialmente teniendo en cuenta *"el incremento del tránsito de estos trenes carboneros"* y lo que viene *"ocurriendo en el corredor férreo por el transporte del mineral y que han sido evidenciados durante las diferentes visitas de seguimiento ambiental"* y por ello se negó a modificar la Resolución 2018 de 2007 en el sentido de restringir lo allí dispuesto al tramo Puerto Drummond – Puerto Prodeco. Por consiguiente, la Resolución se refirió a todo el tramo Chiriguaná- Puerto Prodeco.

En la Resolución 294 de 2008 se expresa que se presentó un recurso de reposición contra la Resolución 2019 en el cual se indicaba como fundamento del recurso los siguientes:

> *"Igualmente la empresa FENOCO S.A. presenta entre otras, las siguientes argumentaciones y realiza las siguientes peticiones:*
>
> *"1. Revocar la resolución 2019 del 19 de noviembre de 2007 por los motivos que se relacionan a continuación:*
>
> *"…*
>
> *"d) Porque la mencionada resolución regula la operación férrea, la cual no está sometida al requisito del plan de manejo ambiental, por cuanto las actividades preexistentes a la expedición de la Ley 99 de 1993 no estarían sujetas al requisito de licencia ambiental, se previó en el Decreto 1753 de 1994, la posibilidad de exigir un Plan de Manejo Ambiental a esas obras o proyectos. El mismo Decreto, definía el Plan de Manejo Ambiental, en su artículo primero como el plan que, de manera detallada, establece las acciones que se requieren para prevenir, mitigar, controlar, compensar y corregir los posibles efectos ambientares negativos causados en desarrollo de un proyecto, obra o actividad; incluyendo también los planes de seguimiento, evaluación y monitoreo y los de contingencia.*
>
> *"Igualmente la empresa manifiesta, que es notorio que ni en la norma de 1994, ni en la vigente desde el año 2005, la operación ferroviaria se encuentra sometida o condicionada al requisito de licencia ambiental, ni a la imposición de un Plan de Manejo.*
>
> *"e) Por no requerirse aprobación para utilizar una infraestructura que cuenta con un PMA, por cuanto atendiendo lo preceptuado por la normatividad, FENOCO S.A., para acometer la construcción, rehabilitación y reconstrucción de la red ferroviaria del Atlántico sometió a consideración de la autoridad ambiental el Plan de Manejo Ambiental correspondiente que fuera acogido mediante la Resolución No. 0751 de 2002**, para la empresa es inexplicable que para utilizar la infraestructura existente a la fecha en el corredor férreo entre Puerto Drummond y demás puertos de Santa Marta, para el incremento de trenes carboneros, deberá de manera previa al inicio de dicha actividad actualizar y presentar para aprobación ante este Ministerio el Plan de Manejo Ambiental aprobado mediante Resolución No. 751 de 5 de agosto de 2002, con la inclusión de***

las medidas necesarias para prevenir, mitigar, corregir y/o compensar los impactos que se pueden presentar en el área de influencia de la operación del corredor Férreo.

"Igualmente la empresa recuerda el contenido del artículo 84 de la Constitución Política y la Ley 962 de 2005, particularmente el señalado en el numeral 1 del artículo 1o, relacionado con el tema que sin norma expresa y taxativa no pueden exigirse autorizaciones, requisitos o permisos."(Se subraya)

En la Resolución 294 de 2008 el Ministerio determinó:

"Consideraciones del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial:

"…
"Los requerimientos realizados por este Ministerio en la Resolución No. 2019 de 19 de noviembre de 2007, para el tramo Chiriguaná — Puerto Drummond, se efectuaron teniendo en cuenta que por información remitida por Fenoco S.A. a este Ministerio, se tiene presupuestado el incremento del tránsito de trenes carboneros por este tramo, *en relación con los que actualmente operan de la empresa DRUMMOND LTD., puesto que la empresa Cl PRODECO S.A. de igual manera utilizará la línea férrea en este tramo para la operación y tránsito de sus trenes y en tal sentido, este Ministerio optó por establecer las medidas de manejo necesarias para mitigar, controlar, corregir o compensar los impactos ambientales, no solamente de los propensos a ocurrir, sino de los que vienen ocurriendo en el corredor férreo por el transporte del mineral y que han sido evidenciados durante las diferentes visitas de seguimiento ambiental al Proyecto, realizadas, dentro de la facultad que le otorga la normatividad ambiental vigente en relación con dicho seguimiento e indicada en el Artículo 33 del Decreto 1220 de 2005, así:*

"Artículo 33. Control y seguimiento. …

*"**Es así como, este Ministerio consideró que algunas de las medidas de manejo propuestas para el tramo Puerto Drummond — Puerto Prodeco, aplicaban para el tramo restante (Chiriguaná — Puerto Drummond), ya que la condición de operación prevista para el tránsito de trenes carboneros es semejante para los dos tramos; y adicionalmente, por las evidencias encontradas durante las diferentes visitas de seguimiento ambiental a la Red Férrea del Atlántico y en tal sentido,** se optó por requerir otras actividades que no fueron propuestas por Fenoco S.A. en sus comunicados remitidos a este*

Ministerio, pero que son necesarias para los impactos que ocasionará el tránsito y/o incremento de trenes carboneros desde Chiriguaná hasta Puerto Drummond (ruido, emisiones, vibraciones, seguridad, accidentabilidad, entre otros).

*"**Cabe aclarar que el incremento de la operación con el mayor tránsito de trenes carboneros a que se refiere el Ministerio, es el que se desarrollará por la línea férrea existente en la actualidad en el tramo Chiriguaná hasta Puerto Drummond,** que no tiene relación con la licencia ambiental correspondiente a la construcción de la línea férrea doble, la cual se encuentra incluida en otros expedientes de este Ministerio, dentro de un trámite diferente al mencionado."*

…

***"De acuerdo con lo anterior, no se considera procedente revocar la Resolución No. 2019 de 19 de noviembre de 2007, en relación con los requerimientos efectuados para el tramo Chiriguaná – Puerto Drummond**.*

"2. Respecto a la solicitud de la empresa FENOCO S.A. de revocar la resolución 2019 de 19 de noviembre de 2007, por violar el principio de proporcionalidad, debido proceso, adecuación, necesidad y eficacia, encontramos que la empresa Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. — FENOCO S.A. mediante oficio radicado en este Ministerio con el No. 4120-E1-109846 de 19 de octubre de 2007, envía información relacionada con la descripción de la operación de Trenes carboníferos desde Puerto Drummond hasta Puerto Prodeco; una línea base de los posibles impactos a generar; y la actualización de las fichas del Plan de Manejo Ambiental y actividades ejecutadas a la fecha por parte de dicha Empresa, atendiendo el requerimiento realizado por este Ministerio.

*"Con dicho requerimiento **se indica a dicha empresa que para utilizar la infraestructura existente a la fecha en el corredor férreo entre Puerto Drummond y demás Puertos de Santa Marta, para el incremento del tránsito de trenes carboneros, deberá de manera previa al inicio de dicha actividad, actualizar y presentar para aprobación ante este Ministerio el Plan de Manejo Ambiental aprobado mediante Resolución No. 751 de 5 de agosto de 2002**, con la inclusión de las medidas necesarias para prevenir, mitigar, corregir y/o compensar los impactos que se puedan presentar en el área de influencia de la operación del corredor férreo. Dicho requerimiento tiene sustento en lo siguiente:*

"La ley 99 de 1993…

"Lo anterior permite deducir que el Plan de Manejo Ambiental es un instrumento de manejo ambiental, y en el caso que nos ocupa se establecieron unas obligaciones con la expedición de la Resolución 0751 del 5 de agosto de 2002, las cuales se hace necesario adecuar conforme a las fichas de manejo ambiental actualizadas que fueron presentadas por la empresa Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. - FENOCO S.A.

Igualmente es importante destacar que se realizó en cumplimiento del parágrafo 19 del artículo segundo del Decreto 500 de 2006 el cual modifica el artículo 40 del Decreto 1220 de 2005 relativo al régimen de transición, que determina que en los casos citados en el mismo se 'podrán realizar ajustes periódicos cuando a ello haya lugar, establecer mediante acto administrativo motivado las medidas de manejo ambiental que se consideren necesarias y / o suprimir las innecesarias de conformidad con el artículo 33 del presente decreto...' (Subrayado y negrillas fuera de texto).

"Las medidas de manejo ambiental que impone este despacho al momento de otorgar una licencia ambiental o, como lo es en el presente caso, en el establecimiento de un plan de manejo ambiental para el proyecto Rehabilitación, Reconstrucción y Mantenimiento de la Red Férrea del Atlántico, son medidas que pueden ser modificadas por solicitud del usuario o dentro del giro de las actividades de control y seguimiento que debe realizar la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales.

"...
"4. ***Respecto de la petición de revocar la resolución 2019 de 19 de noviembre de 2007 por cuanto regula la operación férrea, la cual no está sometida al requisito del plan de manejo ambiental, este Ministerio considera que****:*

"No son aceptables los argumentos del Recurrente, puesto que toda la Red Férrea del Atlántico, cuenta con Plan de Manejo Ambiental establecido por este Ministerio mediante Resolución No. 751 de 5 de agosto de 2002, a nombre de Fenoco S.A., incluida la operación, mantenimiento y conservación que se desarrolle por el tramo Chiriguaná – Puerto Prodeco perteneciente a dicha Red Férrea. Lo anterior, de acuerdo con lo indicado en el Artículo Primero y las consideraciones de dicha Resolución (páginas 16 a 18); así como la Ficha PMG3 del Plan de Manejo Ambiental denominada Conservación del Corredor Férreo.

*"En tal sentido, l****e corresponde a este Ministerio dentro de su competencia efectuar el respectivo seguimiento ambiental y los requerimientos del caso,***

de acuerdo con los impactos ambientales observados durante las diferentes visitas al corredor férreo y los potenciales que deriven de la operación del mismo, como se señala en la Resolución recurrida, por lo cual se requirió a FENOCO para que presentara el ajuste al Plan de Manejo Ambiental, teniendo en cuenta que en el corredor férreo se tenía previsto el aumento del tránsito de trenes carboneros por el mismo, aspecto que fue atendido por dicha empresa, con el envío de fichas adicionales o ajustadas al PMA, que fueron acogidas por las Resoluciones 2018 y 2019 de 2007, con algunos otros requerimientos de índole ambiental que a juicio de este Ministerio son necesarios para la operación de la línea férrea.

"5. En cuanto a la solicitud de revocar la resolución 2019 del 19 de noviembre de 2007 por cuanto no se requiere aprobación para utilizar una infraestructura que cuenta con un PMA, encontramos que:

"Teniendo en cuenta que en la referencia del oficio de Fenoco S.A. radicado en este Ministerio con el No. 2400-2-54021 de octubre 1o de 2007, ***se hizo alusión al tránsito de trenes Carboneros desde Puerto Drummond hasta Puerto Prodeco, y de acuerdo con la información aportada por dicha empresa, era inminente el incremento de la operación de dichos trenes desde Chiriguaná, este Ministerio procedió dentro de su competencia a solicitar la actualización del Plan de Manejo Ambiental, de acuerdo con los impactos ambientales ocasionados históricamente por los trenes carboneros y los propensos a ocurrir por el incremento del tránsito de éstos****.*

"Por tal razón, este Ministerio optó por establecer las medidas de manejo necesarias para mitigar, controlar, corregir o compensar los impactos ambientales, no solamente de los propensos a ocurrir, sino de los que vienen ocurriendo en el corredor férreo por el transporte del mineral y que han sido evidenciados durante las diferentes visitas de seguimiento ambiental al Proyecto realizadas por este Ministerio, dentro de la facultad que le otorga la normatividad ambiental vigente en relación con dicho seguimiento e indicada en el Artículo 33 del Decreto 1220 de 2005, ya citado.

"Es así como, ***este Ministerio consideró que algunas de las medidas de manejo propuestas para el tramo Puerto Drummond – Puerto Prodeco, aplicaban para el tramo restante (Chiriguaná – Puerto Drummond), ya que la condición de operación prevista para el tránsito de trenes carboneros es semejante para los dos tramos****; y adicionalmente, por las evidencias encontradas durante las diferentes visitas de seguimiento ambiental a la Red Férrea del Atlántico, se optó por requerir otras actividades que no fueron propuestas por Fenoco S.A. en*

sus comunicados remitidos a este Ministerio, pero que son necesarias para los impactos que ocasionará el tránsito y/o incremento de trenes carboneros desde Chiriguaná hasta Puerto Prodeco (ruido, emisiones, vibraciones, seguridad, accidentabilidad, entre otros).

"…

*"6. En cuanto a la petición de revocar la resolución 2019 de 19 de noviembre de 2007 por la interpretación del numeral 1 del artículo 26 del Decreto No. 1220 de 2005, se considera que el hecho de que se tenga previsto por parte de Fenoco S.A**., el incremento del tránsito de trenes carboneros por el corredor férreo existente, hace que como consecuencia de esta actividad se incrementen o presenten nuevos impactos ambientales, en especial a su paso por los centros poblados localizados a lado y lado de ciertos tramos del corredor férreo, y por tal razón se varíen las condiciones que sirvieron de base para el establecimiento por parte de este Ministerio del Plan de Manejo Ambiental** mediante la Resolución 751 de 2002, al existir incremento en la operación del tren carbonero por el corredor férreo existente."*

Como se puede apreciar, en la Resolución 294 de 2008 el Ministerio confirmó que las medidas que se adoptaban afectaban todo el tramo Chiriguaná – Puerto Prodeco y que ellas se justificaban por el previsto incremento en la operación de trenes carboneros y por razón de visitas realizadas por la autoridad ambiental. Así mismo, el Ministerio negó el argumento de que las decisiones adoptadas por la Resolución recurrida eran ilegales, pues la operación férrea no está sujeta a Plan de Manejo Ambiental o que no se requiere aprobación para utilizar una infraestructura que cuenta con un Plan de Manejo ambiental, por considerar que el Ministerio puede adoptar las medidas de manejo ambiental que se consideren necesarias y se presentaron cambios frente a las condiciones previstas en la Resolución 751 de 2002. Estas determinaciones constan en actos administrativos ejecutoriados y por lo mismo gozan de la presunción de legalidad.

Ahora bien, siendo claro lo anterior, el punto que debe precisarse es cuál es el alcance de la expresión contenida en la Resolución 2018 de 2007 en la que se señala que se modifican las fichas prediales *"**Con el fin de permitir** la operación y/o el **incremento relacionado con el tránsito de trenes carboneros por el tramo Chiriguaná – Puerto Prodeco"***, esto es, si las modificaciones adoptadas por la

Resolución constituían un prerrequisito para que pudiera incrementarse el tránsito o si no tienen tal alcance.

Lo primero que advierte el Tribunal es que la frase que se transcribe no se encuentra en la parte motiva de la Resolución, sino en su parte Resolutiva. Lo anterior indica que lo que allí se dice corresponde a la voluntad de la entidad estatal que adoptó el acto administrativo y que de acuerdo con lo que se expone, el incremento en el tránsito de los trenes no podía realizarse sino conforme a las fichas que se acogen por dicho acto administrativo.

Por otra parte, debe observarse que dicha decisión es conforme con lo señalado por la Resolución 751 de 2002 en su artículo 6º atrás transcrito, la cual inicialmente había adoptado el Plan de Manejo Ambiental. Por consiguiente, de conformidad con este acto administrativo, la modificación de las actividades contenidas en el estudio contentivo del Plan de Manejo Ambiental debían ser informadas al Ministerio "***para su evaluación y aprobación previa"***. Si bien en el expediente no obra copia del referido estudio, en todo caso el Tribunal encuentra que en la Resolución 2018 la autoridad ambiental partió de la base que existía un incremento en el tráfico de trenes que requería la modificación de las fichas ambientales y otras medidas.

Por último, se ha invocado por la convocante para sostener que no se requería un requisito adicional para utilizar la línea férrea, la respuesta de la ANLA contenida en email del 4 de septiembre de 2015 (Cfr. Fls. 59 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No. 3), en la cual el funcionario de la ANLA destinatario de la consulta indica:

> *"El Decreto 1220 del 21 de abril de 2005 derogó el Decreto 1180 de 2003 y de forma específica contemplaba en el numeral 10 del artículo 8 que requería del trámite de licenciamiento ambiental "La construcción de vías férreas y variantes de la red férrea nacional", con lo cual y por ser un requerimiento taxativo no se indica la obligatoriedad del mismo trámite cuando se trata de asuntos relacionados con la operación de la red."*

Igualmente cita otras disposiciones reglamentarias que igualmente señalan que requiere licenciamiento ambiental *"La construcción de vías férreas y/o variantes de la red férrea nacional tanto pública como privada".*

De esta manera la operación de una línea férrea no requiere licencia ambiental. No obstante debe observarse que en dicha respuesta igualmente se expresa:

> *"ii. No obstante, el hecho de que todos los regímenes de transición reconocieran la vigencia de los instrumentos ambientales otorgados, impuestos o establecidos con antelación a la expedición del respectivo decreto,* ***no implica que los proyectos respectivos no estén sometidos a control y seguimiento por parte de la autoridad ambiental competente, incluyendo la posibilidad de imponer medidas de manejo ambiental adicional, puesto que ningún instrumento de manejo y control ambiental es inamovible porque siempre debe adecuarse a la realidad actual del proyecto y uno de los mecanismos para lograr tal fin es precisamente el control y seguimiento ambiental****." (se subraya)*

Finalizado así este abrumadora e inevitablemente extenso, pesado y confuso recuento, del mismo cabe extraer varias conclusiones, a saber:

En primer lugar, el MAVDT adoptó por Resolución 751 de 2002 el Plan de Manejo Ambiental de la concesión, el cual permitía desarrollar las obras correspondientes a la infraestructura férrea y adelantar la operación de la misma. En todo caso dicho acto administrativo precisó que sólo amparaba ***"las obras o actividades descritas en el estudio contentivo del Plan de Manejo Ambiental y en la presente Resolución. Cualquier modificación a las condiciones establecidas deberá ser informada inmediatamente por escrito a este Ministerio y para su evaluación y aprobación previa".***

Posteriormente, por Oficio 2400-E2-115227 del 3 de marzo de 2006, ese mismo Ministerio consideró que una serie de obras que se proponía adelantar FENOCO para ampliar la línea férrea concesionada, en el tramo Chiriguaná-Santa Marta, no requerían la modificación de la Resolución 751 de Plan de Manejo porque entrañaba la ejecución de obras menores. Dicha posición del Ministerio también se mantuvo también en otros casos, como consta en los oficios 2400-2-53875 del 22 de junio de 2007 y 2400-02-83390 del 6 de septiembre de 2007.

Ahora bien, por oficio el Oficio MAVDT 2400-E2-54021 del 1 de octubre de 2007 el Ministerio expresó que *"Para que la empresa FENOCO S.A. utilice la infraestructura existente a la fecha en el corredor férreo entre Puerto Drummond y demás Puertos de Santa Marta, para el incremento del tránsito de trenes carboneros, deberá de*

manera previa al inicio de dicha actividad, actualizar y presentar para aprobación ante este Ministerio el Plan de Manejo Ambiental aprobado mediante Resolución No. 751 de 5 de agosto de 2002…", de manera que, a partir de dicha comunicación FENOCO no podía utilizar la infraestructura entre Puerto Drummond y Puerto Prodeco para el incremento del tránsito de trenes hasta tanto se presentara para aprobación la actualización del Plan de Manejo Ambiental. Posteriormente el 19 de octubre de 2007, FENOCO remitió al Ministerio de Ambiente (Folio 141 del Cuaderno Principal No 2) *"una descripción de la operación de Trenes carboníferos desde Puerto Drummond hasta Puerto Prodeco; una línea base de los posibles impactos a generar y su respectiva mitigación a través de la actualización de las fichas del Plan de Manejo Ambiental y actividades ejecutadas a la fecha por parte de FENOCO S.A."*.

El MAVDT expidió las Resoluciones 2018 y 2019 del 19 de noviembre de 2007, las cuales modificaron el Plan de Manejo Ambiental y dispusieron aplicar una parte de las medidas allí contenidas a la totalidad del trayecto Chiriguaná-Puerto Prodeco, en razón del previsto incremento del tráfico de trenes y las visitas realizadas por la autoridad ambiental. Al adoptar las nuevas fichas el Ministerio señaló en la Resolución 2018 que se adoptaba las nuevas fichas *"**Con el fin de permitir** la operación y/o el **incremento relacionado con el tránsito de trenes carboneros por el tramo „Chiriguaná – Puerto Prodeco"***, Resoluciones aquellas que fueron recurridas mediante sendas solicitudes de reposición decididas por Resoluciones 2377 del 28 de diciembre de 2007 y 294 del 22 de febrero de 2008, las que confirmaron las anteriores y reiteraron que las decisiones adoptadas no se referían exclusivamente al tramo Puerto Drummond-Puerto Prodeco, sino a la totalidad del tramo Chiriguaná-Puerto Prodeco. Así mismo, que el hecho de que se hubiere expedido el Plan de Manejo Ambiental y que no se requiriera una licencia o permiso para la operación férrea no excluía la posibilidad para el Ministerio de adoptar las medidas que adoptó por las resoluciones recurridas. Igualmente se señaló que el Ministerio considera *"…que es aplicable el numeral 1 del artículo 26 del Decreto 1220 enunciado…"*, toda vez que al experimentar una variación con las medidas propuestas en cada una de las fichas actualizadas del Plan de Manejo Ambiental, se configura la existencia de una *"variación de las condiciones existentes al momento de otorgar la licencia ambiental"* que para el caso corresponde a la variación en las condiciones en que se estableció el Plan de Manejo Ambiental en la Resolución 0751 del 5 de agosto de 2002, y por consiguiente en las obligaciones.

A este respecto debe observarse que la expresión destacada de la Resolución 2018 podría interpretarse en el sentido de que lo dispuesto en ella constituye un prerrequisito para que se incrementara el tránsito de trenes carboneros, lo que podría apoyar la tesis de la demandada; sin embargo, ha de verse que la frase en su integridad no sólo se refiere al incremento de trenes carboneros, sino también a la operación de los mismos. Ahora bien, es claro que no hay ningún elemento de prueba en el expediente ni tampoco lo han sostenido las partes, que lo dispuesto en la Resolución 2018 hubiera sido necesario para la operación de trenes carboneros, como venía ocurriendo. Así las cosas, ha de concluirse que el propósito de la expresión contenida en la Resolución mencionada es hacer explicita la razón por la cual se adopta las fichas a las que la misma se refiere, lo que es congruente con el hecho de que la operación férrea no requiere desde el punto de vista ambiental una autorización específica distinta al cumplimiento de los requisitos necesarios para la construcción de la vía férrea, sin perjuicio de la facultad que en todo caso tiene la autoridad ambiental de adoptar las medidas que se hagan necesarias para proteger el medio ambiente.

Y ello es además consecuente con el hecho de que la autoridad ambiental claramente subordinó por oficio del 1 de octubre de 2007 la utilización del corredor férreo entre Puerto Drummond y los demás puertos de Santa Marta, a la actualización del Plan de Manejo Ambiental y su sometimiento a la aprobación por parte del Ministerio, lo cual nunca ocurrió con el resto del tramo férreo, lo que implica que el mismo podía continuar usándose para la operación de trenes carboneros.

Por todo lo anterior, y teniendo en cuenta que los actos administrativos expedidos por el MAVDT, contenidos en las Resoluciones 2018 y 2019 de 19 de noviembre de 2007, quedaron en firme solamente a comienzos del año 2009, y en la medida que modifican el alcance y los efectos de un acto administrativo originario como lo es la Resolución 0751 de 5 de agosto de 2002, no cabe predicar de aquellos que entraron en aplicación antes de cobrar ejecutoria, debe concluir el Tribunal que, a juicio de dicho Ministerio, el incremento en el tráfico de trenes implica un riesgo de impacto ambiental que obliga a modificar las condiciones bajo las cuales se adoptó el PMA en el año 2002, por lo que tal estado de cosas debía ser sometido a esa autoridad administrativa con el fin de que, dentro del ámbito de sus competencias reguladoras y de control, resolviera lo pertinente, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 6º de la aludida Resolución 0751, circunstancia que por lo tanto no constituye de

suyo impedimento para que, desde que finalizaron las obras correspondientes a la ampliación de la vía férrea en las postrimerías del año 2006 y técnicamente FENOCO - al promediar el año 2007- estuvo en condiciones de cumplir la garantía de capacidad de transporte de carbón contraída con sus Accionistas, imponga concluir que dicha entidad no contó con la *"…aptitud legal…"* que echa de menos la excepcionante.

Pero aunque la conclusión precedente constituye razón suficiente para desestimar la excepción de fondo sub-exámine, no está por demás advertir que en el remoto evento de que llegare a aceptarse que, atribuyéndole efecto retroactivo a las Resoluciones 2018 y 2019 expedidas por el MAVDT, por fuerza de las medidas de intervención administrativa con fines de control medioambiental a través de ellas adoptadas, FENOCO efectivamente solo adquirió la *"…capacidad legal…"* indispensable para cumplir las prestaciones por ella adeudadas a sus Accionistas dentro del marco del Compromiso *Take or Pay*, en el momento que dichas Resoluciones quedaron en firme, punto de vista con ahínco sostenido por la convocada, el resultado desestimatorio de la excepción en ciernes tendría que ser exactamente el mismo puesto que habría que decir, entonces, que como se verá a espacio al estudiar a continuación la excepción por ella formulada de no aplicación del Compromiso en mención por fuerza mayor, CARIBE sin lugar a dudas lo incumplió en la medida que por causas que no le fueron en modo alguno extrañas, a partir del 20 de junio de 2007 y durante el lapso corrido del año 2008 hasta la fecha de ejecutoria legal de las Resoluciones 2018 y 2019, no obstante su calidad de Accionista de FENOCO y a la vez de *"…Usuario Take or Pay…"*, por falta de medios asociados a la operación ferroviaria en el puerto Rio Córdoba, dejó de transportar carbón por la Red Férrea del Atlántico, en el tramo Chiriguaná-Santa Marta, y tampoco pagó el importe del volumen *Take or Pay* que se obligó a cubrir.

4.3. No aplicación del compromiso *take or pay* por fuerza mayor

Como fundamento de esta excepción expresa la convocada en su contestación, que de conformidad con el artículo 2.6 del Anexo 2 del Contrato de Asociación, la ocurrencia de un evento de fuerza mayor en relación con el Compromiso *Take or Pay* implica la inexigibilidad de la obligación mientras que la fuerza mayor persista, así como la prórroga del plazo para el cumplimiento de la obligación correspondiente, por un término equivalente a aquel en que operó la fuerza mayor.

A este efecto señala que el requerimiento de modificación del PMA de Rio Córdoba, para el sistema de transporte férreo, por parte del Ministerio se constituyó en un hecho de fuerza mayor imposible de prever para CARIBE al momento de suscribir el Contrato de Asociación, que impidió cumplir con el Compromiso *Take or Pay* de CARIBE durante el año 2008. Manifiesta en tal sentido que desde el año 2006, CARIBE exportaba el carbón extraído en el Departamento del Cesar a través del Puerto Río Córdoba, localizado en el municipio de Ciénaga (Mag.) operado por la Sociedad Portuaria Río Córdoba S.A. ("SPRC"). La construcción y operación del Puerto Río Córdoba contaba con la autorización ambiental otorgada por el MAVDT en el año 1998, de acuerdo con la Resolución 0248 del 12 de marzo de 1998, la cual desde un principio contempló la construcción de la conexión de la línea férrea al puerto.

Destaca la excepcionante que la Resolución 0248 del 12 de marzo de 1998, indica que uno de los elementos esenciales que fueron considerados para la aprobación del PMA del Puerto Río Córdoba fue la construcción del ramal de uno y medio kilómetros de la vía férrea, así como la zona de estacionamiento y descargue (que se conoce como "loop", dada su forma de anillo que permite el retorno del tren), tal como lo señala el vigésimo considerando de la citada resolución y el numeral 2.5 del artículo segundo de la resolución, y en dicho acto administrativo se estableció el férreo como modo de transporte fundamental del proyecto carbonero, pero se permitió el transporte terrestre hasta que se encontrara en operación la línea férrea.

Afirma entonces que para marzo de 2006, fecha de firma del Contrato de Asociación, no existía duda de que la SPRC no requeriría la actualización del PMA del Puerto Río Córdoba, ni requisitos ambientales adicionales para construir y operar la infraestructura férrea (ramal de conexión entre la línea principal y el puerto, y el loop e infraestructura de descargue), pues ello estaba autorizado desde el año y fue bajo este entendimiento que CARIBE asumió los compromisos derivados del Contrato de Asociación.

Señaló en su contestación a la demanda que funcionarios del MAVDT, en visitas de seguimiento ambiental al Puerto Río Córdoba, exigieron la modificación del PMA de Río Córdoba *"para autorizar... lo que ya estaba autorizado"*. Por lo anterior la SPRC se vio obligada a tramitar la modificación, mediante solicitud del 22 de octubre de 2007.

Agrega que la modificación del PMA del Puerto Río Córdoba, sólo tuvo lugar con la emisión de la Resolución No. 2442 del 26 de diciembre de 2008.

Por otra parte, en su alegato de conclusión adujo la convocada que de acuerdo con lo que resultó probado en este proceso, la fuerza mayor obedeció a la inesperada imposibilidad de adquirir los predios necesarios para la construcción de la conexión férrea (ramal y loop) que conectaría al Puerto Río Córdoba con la vía operada por FENOCO, a lo que siguió el necesario rediseño de esta conexión y la adquisición de predios diferentes y la exigencia –no anticipada– de modificar el PMA del Puerto Río Córdoba. En este contexto, la SPRC debió solicitar al MAVDT la modificación del PMA del Puerto Río Córdoba, solicitud que fue presentada el 23 de octubre de 2007. Dicho trámite concluyó con la firmeza de la Resolución No. 2442 del 26 de diciembre de 2008, el martes 6 de enero de 2009.

Por lo anterior afirma que se presentaron una cadena de hechos imprevisibles para CARIBE al momento de suscribir el Contrato de Asociación, que le fueron imposibles de resistir y que en todo caso no le son imputables, los cuales afectaron la construcción y operación del loop férreo en el Puerto Río Córdoba y del ramal de empalme con la Línea Férrea de FENOCO.

Agrega que en este caso se encuentran reunidos los tres elementos de la fuerza mayor estos es la imprevisibilidad, la irresistibilidad y el carácter exógeno del hecho considerado como fuerza mayor.

En cuanto a la imprevisibilidad hace referencia a que la Resolución 0248 de 1998 aprobó la totalidad del proyecto del Puerto de Río Córdoba incluyendo la construcción del ramal y el loop férreo. Existiendo tal aprobación, no resultaba previsible la realización de un trámite adicional.

Expresa que no puede considerarse como previsible nada de lo que ocurrió: No es razonablemente previsible que los predios requeridos para la construcción del ramal y del loop no pudieran ser adquiridos aun cuando SPRC hubiera aceptado el precio de compra propuesto por sus dueños, como quedó probado en este proceso. Tampoco era razonablemente previsible que fuera necesario modificar el trazado del ramal y del loop al punto de ubicarlo en el lugar donde originalmente se encontraba la carretera de acceso y menos era posible prever el impacto ambiental que ello tendría

y que ello daría lugar a las discusiones que desembocaron en un trámite de modificación del PMA.

En cuanto a la irresistibilidad expresa que para determinar si un hecho es o no irresistible habrá de analizarse si quien se viera afectado por este podría haber eliminado sus efectos con una mayor carga de diligencia. En este caso no es posible requerir una mayor diligencia por parte de CARIBE o SPRC. Manifiesta en cuanto a la adquisición de predios, que más no se puede pedir a quien pretende adquirir un predio por mutuo acuerdo que aceptar un precio del vendedor diez veces superior al precio de mercado, lo cual quedó probado en este proceso. Afirma que lo que no puede pedirse a empresa alguna es que ante el apetito de este vendedor, el comprador deba someterse indefinidamente a sus requerimientos, pues ello atenta contra el más elemental principio de buena fe de la interpretación de los contratos.

Precisa asimismo que el proceso de adquisición predial para el ramal de acceso al puerto resulta diferente del que se realizaría en el marco de un contrato de concesión de vía férrea o de carreteras, pues se trata de la construcción de una desviación de una vía férrea para acceder a un puerto privado, lo que consecuentemente no se enmarca dentro de alguno de los supuestos previstos en el artículo 10 de la Ley 9 de 1989 (en la redacción introducida por la Ley 388 de 1997) para obtener la propiedad de tales predios por vía de expropiación. Agrega que para un particular, como lo es la SPRC, resulta imposible adquirir los predios de manera forzosa cuando los propietarios de los mismos requieren un precio absurdo o exorbitante. En estos casos, el particular que pretende adquirir estos predios cuenta con dos alternativas: pagar el precio pedido o modificar el trazado de la vía –en este caso del ramal de acceso al puerto– siendo esta última la alternativa adoptada por la Sociedad Portuaria Río Córdoba ante el descomunal incremento en el precio de los predios por parte de los vendedores, luego que SPRC aceptara el precio inicialmente requerido. En este punto, SPRC actuó de una manera diligente: Agotada la posibilidad de adquirir los predios inicialmente previstos, buscó una alternativa, la validó técnicamente, rediseñó el trazado del ramal y el loop y adquirió los predios. En este proceso necesariamente debió evaluar el impacto ambiental del nuevo diseño propuesto, planteándose la disyuntiva de solicitar al MAVDT una modificación del PMA.

Advierte que aunque tanto quien fuera representante legal de la SPRC como el gerente del puerto coinciden en que la construcción del ramal y del loop estaban

aprobados por la Resolución 0248 de 1998, ambos revelaron los debates que al interior de ARGOS suscitó el cambio del trazado y ambos coinciden en que se tomó la decisión más conservadora y ortodoxa frente a los antecedentes del comportamiento de la autoridad ambiental: Solicitar la modificación del PMA del Puerto de Río Córdoba, conducta que no es reprochable pues de haberse decantado por la opción de considerar que pese al cambio de diseño, la construcción del ramal y del loop seguía estando cobijada por la Resolución 0248 de 1998, se corría el riesgo de que el MAVDT detuviera la construcción, le sancionara y en todo caso le obligara a modificar el PMA.

En cuanto al carácter exógeno del hecho señala que es el comportamiento de los propietarios de los predios lo que inicia una cadena de situaciones que retrasan la construcción del desvío de la vía férrea al puerto, a la que le sigue la necesidad de solicitar una modificación del PMA del Puerto de Rio Córdoba y con esto aguardar por la terminación del trámite, lo cual sólo dependía del MAVDT.

Por lo todo lo anterior señala que es evidente que se está frente a la hipótesis contenida en la primera parte de la cláusula 2.6 del Anexo 2 del Contrato.

En relación con la referencia que la parte demandante hace al Decreto 1220 de 2005 señala que de conformidad con el artículo 40 de dicho Decreto CARIBE legítimamente tenía derecho a esperar, al suscribir el Contrato de Asociación que incorporó el Compromiso *Take or Pay*, que ya estaba autorizado a construir y operar toda la infraestructura férrea necesaria para conectar y hacer operativo el uso del puerto Río Córdoba para el transporte de carbón.

Por otra parte, acerca de la interpretación de la demandante en relación con las consecuencias del *take or pay*, señala la demandada que una vez probada, como está en el presente proceso, la existencia del evento de fuerza mayor, la consecuencia de ello sería que, "*la obligación del usuario Take or Pay no será exigible y el tiempo para su cumplimiento se prorrogará de conformidad*".

Advierte que la consecuencia que en dicha cláusula se anuncia debe ser entendida lógica y razonablemente, en el sentido de que la inexigibilidad momentánea del Compromiso *Take or Pay* y la prórroga del plazo para el posterior cumplimiento de la obligación por parte de un determinado Usuario, solo ha de ser aplicable cuando para

este último no haya existido otra manera de transportar el carbón mientras haya persistido la fuerza mayor. De otra manera, ningún sentido lógico ni práctico tendría la disposición en comento. A tal efecto plantea que puede ocurrir que en un determinado año se presente un evento de fuerza mayor que imposibilita el transporte del carbón extraído de la mina por la vía férrea hasta el puerto. Sin embargo, durante el tiempo en que se presenta el evento de fuerza mayor, el Usuario *Take or Pay* transporta el carbón que tenía disponible en la mina por carretera a través de camiones. Como efectivamente el Usuario transporta, por un medio distinto al férreo, el carbón durante la vigencia de la fuerza mayor, ¿cómo se le puede exigir el cumplimiento *a posteriori* del Compromiso *Take or Pay* si ya el carbón fue transportado?. Por lo anterior concluye que no resulta posible que el tiempo para el cumplimiento de la obligación del Usuario *Take or Pay* se prorrogue, por el mismo periodo que duró la fuerza mayor, cuando ya el usuario ha transportado, por otro medio, el carbón que no pudo transportar por la vía férrea concesionada a FENOCO.

Agrega que aun en el caso que fuera aplicable la consecuencia que señala la demandante, ello implicaría que el Compromiso *Take or Pay* del año 2009 (no el del 2008) habría aumentado y FENOCO debería haber facturado lo correspondiente para ese año 2009. Como FENOCO lo ha enfatizado para otros efectos (y como se desprende con toda claridad del compromiso arbitral) el cobro del año 2009 y años posteriores no hace parte de las disputas sometidas a conocimiento de este panel arbitral.

Por lo anterior considera aplicable la cláusula 2.6 del Anexo 2 del Contrato de Asociación, y debe declararse que CARIBE se encontraba eximido del cumplimiento de sus obligaciones hasta que la modificación del PMA, aprobada por el MAVDT mediante Resolución 2442 de 26 de diciembre de 2008, adquirió firmeza. Esto es, hasta el 9 de enero de 2009.

- Sostiene a su turno la convocante que esta excepción está llamada a fracasar por cuanto el hecho aducido no constituye fuerza mayor por la muy simple razón de que no es imprevisible. Y en orden a argumentar su aserto, expresa que del aparte transcrito en la contestación a la demanda, del PMA establecido mediante la Resolución número 248 de 1998, ni remotamente se puede entender que estaban autorizadas las obras en cuestión de conexión del puerto con la vía férrea, ni siquiera previstas en ese momento. Menos se puede pensar que en el PMA del puerto se

autoriza la conexión férrea a la mina. Advierte que tal y como se puede leer en la copia que se adjuntó como prueba de la Resolución número 248 de 1998, el sistema de transporte de carbón desde las minas hasta los puertos presentaba limitaciones operativas dado que la red férrea no se encontraba rehabilitada por lo que inicialmente, para dicha fecha, se preveía el uso de las carreteras, afectando de forma considerable la operación vial.

Manifiesta que si la convocada hubiere llegado a la conclusión de que las obras pudieron ser ejecutadas como modificaciones menores o de ajuste normal dentro del giro ordinario de la actividad licenciada, que no implicaban impactos ambientales adicionales a los inicialmente identificados y dimensionados en el estudio de impacto ambiental ya aprobado, ha debido en todo caso cumplir con el trámite de giro ordinario, señalado en el parágrafo del Artículo 27 del Decreto 1220 de 2005. Pero no lo hizo y con ello de paso incumplió un deber legal. Por ello afirma que este es un caso grave de negligencia y de incumplimiento de un deber legal que de manera clara excluye cualquier consideración de fuerza mayor.

Manifiesta la actora que la Sociedad Portuaria Río Córdoba no solicitó el pronunciamiento desde el año 2005, como sí lo hizo FENOCO para sus obras del 2006. De haberlo hecho hubiera sabido desde ese entonces que requería modificar el PMA, pero solo vino la reacción a finales del año 2007 y pretende que eso sea tenido como fuerza mayor. Por tanto, concluye, esta excepción no tiene la más mínima vocación de prosperidad.

Por otra parte, señala la demandante que se insinuó por un testigo de la convocada que la demora en la compra de tierras también constituyó fuerza mayor por los precios exigidos por los vendedores. En relación con este aspecto señala que lo anterior ni remotamente puede ser fuerza mayor pues la dificultad que se tenga en una compra jamás llegará a ser fuerza mayor.

Agrega que FENOCO en su política de siempre obrar con máxima prudencia y diligencia solicitó un concepto sobre este punto, el cual hace parte integrante de su alegato. En dicho concepto se puntualiza que no cabe duda de que una empresa de la magnitud del Usuario y su Sociedad Portuaria Río Córdoba S.A., debía estar al día de la legislación aplicable a sus actividades ordinarias. De dos cosas, una: o el Usuario conocía el Decreto 1220 de 2005 y pese a ello lo incumplió, o no lo conocía y,

entonces, se está en presencia de una negligencia o descuido, que le impide alegar la fuerza mayor. Afirma el concepto que lo prudente para el Usuario y la Sociedad Portuaria Río Córdoba S.A. era verificar, antes de celebrar el contrato, cuál era la legislación vigente, y una vez conocida, hacer lo necesario para cumplirla, o para abstenerse de contratar. Es inconcebible que si el contrato comenzaba en enero de 2007, solo la visita de la MAVDT en octubre de 2007 le hiciera caer en cuenta de la violación de las normas legales.

Se señala igualmente en el concepto que desde 1998 el Usuario sabía que la empresa requería de la adquisición de predios para conectar el puerto con el ferrocarril de FENOCO. Sin embargo, pasaron más de 8 años para que la empresa tomara la decisión de adquirir los terrenos para el transporte por vía férrea, y eso cuando ya el contrato con FENOCO estaba firmado. Se sostiene entonces en el concepto que ese retraso es también una culpa inexcusable para una empresa organizada, que tenía una enorme riqueza cuya explotación dura muchos años, y que sabía desde 1998 que debía hacer el transporte por vía férrea, y sin embargo no inició con la debida anticipación la consecución de los terrenos donde iría a funcionar el puerto. Agrega que por ese mismo motivo puede decirse que el hecho era previsible, lo que descarta cualquier fuerza mayor como causal de exoneración, pues el demandado no hizo todo lo que razonablemente estaba a su alcance para conseguir los terrenos. A lo anterior debe sumársele la previsibilidad por el hecho de no haber verificado la legislación aplicable al contrato, con la vigencia del artículo 27 del Decreto 1220 de 1995. Igualmente se afirma en el concepto que el precio propuesto por los dueños de la tierra, si bien era alto, no por ello deriva en la existencia de una fuerza mayor. A lo sumo hubo una dificultad y no un hecho irresistible. Se señala que prueba de ello es que, finalmente, el Usuario adquirió los terrenos a precios altos. Reitera que ninguna persona sensata firmaría un contrato que exigía la construcción de unas obras en unos terrenos que aún no había adquirido. Por tal motivo, concluye el concepto, hubo culpa del demandado, y esa culpa no puede ser trasladada a FENOCO para que asuma las consecuencias del incumplimiento del demandado, precisándose que si se llegare a la conclusión de que es fuerza mayor que afecta a CNR, bajo la cláusula 2.6 del Anexo 2 del Contrato de Asociación, la consecuencia legal de esa fuerza mayor no es extinguir la obligación de *Take or Pay*. La consecuencia es que se le extiende el término para su cumplimiento. Como quiera que en el año 2008 se obtuvo la licencia ambiental conforme al acto administrativo que adjunta la convocada y en el año 2009 la convocada (o su antecesor) inició operaciones sobre la vía, en ese año ha debido

cumplir con su compromiso *Take or Pay*, pero no lo hizo y no lo ha hecho hasta la fecha, razón por la cual la obligación demandada está en todo caso incumplida. Advierte que mientras el contrato pueda cumplirse después del plazo pactado, la fuerza mayor transitoria deja de serlo, pues ya superado el impedimento, la obligación sigue siendo exigible.

Planteada la cuestión en los términos reseñados, y en orden a pronunciarse sobre el mérito de la excepción formulada, considera procedente el Tribunal, en primer lugar, hacer referencia a la cláusula contractual que esgrime la convocada, contenida en el numeral 2.6 del Compromiso *Take or Pay* que dispone:

> *"2.6. Si un Usuario Take or Pay prueba que por razón de un evento de fuerza mayor fuera del control ya sea del Usuario Take or Pay o de FENOCO ("fuerza mayor") tales que el Inversionista Privado no pueda transportar el volumen mínimo de toneladas del Volumen Take or Pay, entonces, mientras la fuerza mayor persista, la obligación del Usuario Take or Pay no será exigible y el tiempo para su cumplimiento se prorrogará de conformidad. Si a FENOCO le es imposible cumplir con su obligación de permitir el acceso a la línea para el transporte del Volumen Garantizado a cada Usuario Take or Pay debido a un evento de fuerza mayor, el Volumen Garantizado de cada Usuario Take or Pay se reducirá a prorrata, reduciéndose el Volumen Take or Pay en la misma proporción." (se subraya)*

De esta manera, de conformidad con la estipulación contractual transcrita, en caso de fuerza mayor que determine que el Inversionista Privado no pueda transportar el mínimo de toneladas del Volumen *Take or Pay*, la obligación a su cargo no es exigible y el plazo establecido para su cumplimiento se prorroga, por manera que es necesario examinar si en el presente caso efectivamente se produjo un suceso inopinado constitutivo o no de la fuerza mayor aducida.

Ha sostenido la convocada que existió fuerza mayor en la medida en que contaba con la autorización para construir el ramal del ferrocarril, pero no pudo adquirir los terrenos correspondientes, por lo que debió cambiar el lugar por el cual debía hacerse el ramal, lo que originó la necesidad de obtener una autorización por la autoridad ambiental para hacer las obras y ello causó demoras en la realización de las obras, por lo cual no pudo usar la línea férrea.

Desde esta perspectiva se advierte:

En primer lugar, en cuanto a la afirmación del demandado de que contaba con la autorización requerida para construir un ramal del ferrocarril, obra en el expediente la Resolución 0248 de 1998 (folios 574 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No 2) *"Por la cual se establece un Plan de Manejo Ambiental y se toman otras determinaciones",* la cual se refiere al proyecto de construcción de un puerto carbonífero por parte de la sociedad C.I. del Mar Caribe. En dicha Resolución se expresa:

"CONSIDERANDO

"...

"Que mediante Concepto No. 024 del 29 de enero de 1997, la Dirección Ambiental Sectorial – Subdirección de Ordenación y Evaluación Ambiental del MINISTERIO DEL MEDIO AMBIENTE, manifestó que de acuerdo con la información suministrada por la Sociedad C.I. del Mar Caribe S.A., el proyecto se encuentra ubicado en la margen derecha del río Córdoba en el Municipio de Ciénega, Departamento del Magdalena. La vía de acceso se encuentra localizada en el kilómetro 65 de la carretera Barranquilla-Santa Marta. Que el área del proyecto es aproximadamente 44.95 Hectáreas.

"Que el proyecto consiste en el cargue de barcazas con transferencia en alta mar del material. La infraestructura del muelle estaría conformada por los patios de almacenamiento del mineral, las instalaciones civiles que sirven para las operaciones de recepción, apilamiento y cargue del carbón, las instalaciones mecánicas para las operaciones de descargue, apilamiento, cargue de barcazas y cargue de buques mediante grúa flotante, instalaciones para el servicio de electricidad, acueducto, prevención contra incendios y comunicaciones; casas, oficinas, talleres y obras auxiliares; tales como carreteras de acceso y de circulación interna, parques de estacionamiento, obras de saneamiento y cercas.
"...
"Que se construirá una carretera de acceso de 4.2 kilómetros de longitud que parte como ramal de la troncal del Caribe. Esta carretera tendrá 7 metros de banca y se hará en base compactada; que el material de su construcción se traerá de carreteras cercanas y corte lateral. Así mismo, ***se construirá un desvío de aproximadamente 1.500 metros de la línea férrea existente y un desvío donde podrán estacionar y descargar los vagones que traigan carbón****.*

"Que el carbón será transportado desde la Jagua de Ibirico hasta el muelle en tractomulas de 60 toneladas de capacidad o ***bien por vía férrea****."*

En la parte resolutiva de dicho acto administrativo se resuelve:

> *"ARTICULO PRIMERO: Establecer el PLAN DE MANEJO AMBIENTAL contenido en el estudio ambiental presentado por la SOCIEDAD C.I. DEL MAR CARIBE S.A. para la construcción y operación de un muelle privado para cargue de carbón en el municipio de Ciénaga, Departamento de Magdalena…*
>
> *"ARTICULO SEGUNDO: El Plan de Manejo Ambiental a que se hace referencia en el artículo anterior, está sujeto al cumplimiento de las obligaciones que se enuncian a continuación:*
> *"…*
> *"2.5 **El medio de transporte fundamental del proyecto carbonero deberá ser el férreo** sin embargo la Sociedad C.I. DEL MAR CARIBE S.A. podrá efectuar transporte terrestre de carbón, **hasta tanto se encuentre en total operación la línea férrea nacional**; una vez entre en operación dicha línea férrea, la empresa podrá utilizar el transporte terrestre de tractomulas con sistema de batea como complemento de su operación ferroviaria, en un 10% aproximadamente de su operación global. Igualmente queda prohibido el transporte de carbón en tractomulas con tráiler de estaca.*
>
> *"2.6. La SOCIEDAD C.I. DEL MAR CARIBE S.A. deberá construir los patios para el almacenamiento de carbón en áreas alejadas de la costa, detrás de la línea férrea nacional existente, para tal efecto deberá presentar a este Ministerio, para su evaluación y aprobación, los posibles sitios de ubicación de los mismos. **Igualmente en dichos patios, deberá construir un sistema de volteadores de los vagones del tren sobre una tolva de recepción subterránea. … A la entrada de la línea férrea en los patios de acopio se deberá contar con un sistema de humectación de los vagones del tren antes de ser descargados en la tolva de recepción**. Así mismo durante el transporte del material **desde la mina al puerto**, **los vagones del tren** deberán permanecer cubiertos con el fin de evitar emisiones de material durante su recorrido."*
> *"…*
> *ARTICULO QUINTO: El Proyecto deberá realizarse de acuerdo con la información suministrada. **Cualquier modificación que implique cambios con respecto al trazado, deberá ser informada por escrito al Ministerio de Medio Ambiente para su aprobación**." (se subraya)*

De conformidad con el texto de la Resolución transcrita, es claro para el Tribunal que la autorización ambiental que se había otorgado incluía la realización de las obras correspondientes a la línea férrea. Ahora bien, como lo indica dicho acto administrativo, cualquier cambio en el trazado, debía ser informado al Ministerio para su aprobación.

Sobre el Plan de Manejo Ambiental adoptado por la Resolución transcrita expresó lo siguiente el testigo Carlos López:

> *"DR. DURÁN: El **plan de manejo ambiental** al que usted se ha referido que impuso la obligación de utilizar el modo férreo para solucionar los problemas ambientales que usted explicó, ¿el plan de manejo ambiental que estaría vigente, estaba vigente para el año 2006, **incluía la** autorización incluso obligación, es la palabra que usted ha reiterado mucho, da la **autorización de realizar las obras de loop y del ramal a la condición de la línea nacional**?*
>
> *"SR. LÓPEZ: **Sí**, curiosamente yo siempre lo señalé como un defecto entre el equipo de trabajo, pero uno en el día a día está manejando el plan de manejo ambiental o la licencia ambiental, uno se acostumbra a manejar únicamente la resolución que establece el plan de manejo ambiental e impone unas medidas adicionales al plan de manejo ambiental, es lo que uno tiene sobre el escritorio, **pero esa resolución que establece el plan de manejo ambiental incorpora el estudio del impacto ambiental que es el que contempla la medida de prevención, o mitigación de la actividad cualquiera que sea.***
>
> *"Normalmente es un mamotreto, es un documento de muchas páginas y el estudio de impacto ambiental que establece cuál es la resolución que aprobó en plan de manejo ambiental **está previsto incluso con planos, a nivel de diseño conceptual el ramal, el loop férreo y unas fichas con las medidas de mitigación para la etapa de construcción del ramal y para la etapa de operación del tramo***
>
> *"...*
>
> *"DR. DURÁN: Así que situándonos temporalmente para el año 2006 simplemente no sé si usted conozca o no pero en el año 2006 se firma el contrato de asociación que incluye el compromiso take or pay en marzo del año 2006. Situándonos en esa fecha, el plan de manejo ambiental que estaba vigente en esa fecha, de acuerdo con lo que usted ha dicho, permitía la construcción del loop y del ramal.*

*"SR. LÓPEZ: **Sí**."(se subraya)*

De esta manera, está claro que el Plan de Manejo Ambiental del Puerto incluía el "loop" y el ramal, inclusive con diseños.

Ahora bien, sobre las razones por las que a pesar de contar con la autorización mencionada se demoró la llegada del tren el señor Carlos López declaró:

> *"Y retomo, todos desde nuestro propio campo de acción hicimos lo que teníamos que hacer para que el tren llegara más pronto porque significaba para la empresa mayor eficiencia, mejor relacionamiento con la comunidad, un ahorro en fletes de por lo menos 10 dólares por tonelada**. El tren llegó más tarde de lo que queríamos al puerto y llegó más tarde, en lo que recuerdo, por dos razones principales, una porque no fue fácil negociar los predios que la empresa requería para construir el ramal entre la línea principal de Fenoco y las instalaciones portuarias**.*
>
> *"Recuerdo bien que Argos o Caribe en su momento se propuso adquirir todos los predios que estaban entre la línea de Fenoco, la carretera de acceso al puerto, la margen norte del Río Córdoba y el mar, y en el diseño previsto para la construcción del ramal se requerían unos predios, recuerdo bien que eran 3 propietarios, eran 3 fincas de ganado, más o menos 35 o 36 hectáreas.*
>
> *"Argos tenía en la zona norte un funcionario que entre otras de sus funciones tenía a cargo la negociación de predios, una compañía muy grande con actividades por toda la Costa Atlántica y estaban comprando predios urbanos, rurales… para su negocio, yo lo acompañé en mi condición de gerente del puerto y más que en mi condición de gerente del puerto porque era el funcionario local proveniente de la zona que conocía los propietarios de los predios que tiene un relacionamiento además cotidiano con ellos porque permanentemente se quejaban ante nosotros e incluso con denuncias formales de la autoridad ambiental porque presuntamente la actividad del puerto les contaminaba su implantación de banano y les afectaba la producción de banano y nos reunimos con esos 3 propietarios en un restaurante de la ciudad y ellos solicitaron o pidieron que la empresa les pagara 150 millones de pesos por hectárea.*
>
> *"En ese momento, si mal no recuerdo, una hectárea de banano establecida podría costar o debía tener un valor comercial de alrededor de 15 millones de pesos por hectárea, el negociador de la compañía ofreció 100 millones de pesos por hectárea y se instaló o se inició la negociación de rigor. La segunda sesión que fue unos días*

después, el negociador llegó con autorización para aceptar la oferta de 150 millones de pesos por hectárea.

"Por una razón realmente sencilla de cuentas estaba la compañía presionada por construir su ramal y por la proyección del negocio, pero nos llevamos la sorpresa que los propietarios de los terrenos iniciaron la reunión diciendo que estaban equivocados, que su oferta inicial estaba muy por debajo, que literalmente valía o tenía el costo de oportunidad de la propiedad de esos predios para la compañía y elevaron su pretensión a 450 millones de pesos por hectárea.

"Eso por supuesto impidió que se cerrara el trato de ese día como era la intención y las negociaciones se demoraron hasta el punto que no hubo un trato con ellos sino que se entró en negociaciones con el propietario de una hacienda famosa, de mucha tradición productiva en la región, que había vendido años atrás un área importante para que el grupo construyera su puerto, unos años siguientes otra área importante para que Glencore construyera su puerto.

"En principio nos llevamos la sorpresa que tanto los propietarios de ese predio que acabo de citar como los propietarios de los 3 predios con quienes inicialmente se arrancó la negociación estaban de acuerdo en que el precio de esos predios era 450 millones de pesos por hectárea, eso fue fácil destrabar esa negociación, pero finalmente se llegó a un acuerdo con el propietario de esta hacienda grande que ya había vendido y tenía experiencia, una parte de su hacienda a Drummond y otra parte a Glencore, fue más flexible, es un hombre de negocios y él llegó a la compañía entre una finca de propiedad de uno de sus hijos en un área de su propiedad alrededor de 17 hectáreas de las cuales realmente la compañía únicamente necesitaba 3 para construir el ramal.

"Esa fue una de las razones para que el tren llegara más tarde al puerto como todos queríamos y ***la otra razón fue, no tengo claro, pero una interpretación absurda que hizo la autoridad ambiental probablemente del plan de manejo ambiental,*** *el plan de manejo ambiental realmente imponía la obligación a la compañía de adoptar el modo férreo con el modo fundamental del transporte y eso era tanto por lo que le comentaba al Tribunal hace un rato las cuentas que hice del ahorro que significaba para la compañía transportar una tonelada de carbón en tren frente a lo que estaba pagando por transportarla en camión como si le impusieran a uno la obligación de cobrar una lotería con la seguridad de que en la ventanilla se la iban a pagar, entonces estaba en el plan de manejo ambiental la obligación realmente de adoptar ese modo férreo como… del transporte, pero ocurrió que se interpretó o se solicitó y yo ahí sí no tengo claro, me pareció entender por la interlocución con la*

*autoridad ambiental era el corporativo que estaba en Medellín, que **la autoridad ambiental solicitó que había que modificar el plan de manejo ambiental.***

"Yo recuerdo que me opuse con mi equipo en el puerto a esa interpretación porque la ruta de unificar un plan de manejo ambiental es largo, comienza con el proceso de selección del consultor que tiene que elaborar el estudio de impacto ambiental, con el proceso de contratación de ese consultor, con la elaboración del estudio de impacto ambiental, con el trámite de la solicitud de modificación del plan de manejo ambiental y en esa época cuando no existía lo que hoy llaman incluso equivocadamente porque tampoco es tan rápido, licencia express, es un trámite demorado y efectivamente lo fue porque en el momento en que se radicó la solicitud de modificación del plan de manejo ambiental hasta el momento en que la autoridad ambiental lo aprobó, si mal no recuerdo transcurrieron 14 meses, entonces en lo que recuerdo esas son las dos razones por las que el tren llegó más tarde al puerto".(se subraya)

Así mismo, el testigo Carlos López declaró:

"DR. DURÁN: Creo que ya lo ha dicho pero es solamente para confirmar, ¿lo que desató la discusión sobre si debía pedirse la modificación o no fue un cambio de diseños o qué fue lo que desató esa discusión, por qué se planteó la discusión?

*"SR. LÓPEZ: Sí, **al no haber podido la compañía comprar los terrenos originalmente previstos para el trazado del ramal y verse forzada a comprar los terrenos que estaban al otro lado de la carretera de acceso, fue necesario modificar el diseño del ramal** porque lo que se hizo fue trasladar la carretera de acceso al puerto hasta los predios que se compraron y trasladar el trayecto del ramal al punto en donde originalmente iba la carretera de acceso, hubo un cambio de diseño por la orientación del ramal que forzó también a hacer un leve diseño por… ya en terreno fue de propiedad de la empresa en el puerto. " (se subraya)*

Del testimonio del señor López, transcrito parcialmente, se desprende que dentro del Plan de Manejo Ambiental del puerto se encontraba la previsión de la construcción de la línea férrea. Así mismo que cuando se decidió comprar los terrenos correspondientes, los propietarios de los mismos exigieron un precio desproporcionado, y que a pesar de que se aceptó, incrementaron aún más el precio.

Por lo anterior, se negoció con otra persona, que inicialmente pidió el mismo precio que aquellos que inicialmente se habían contactado, y con quien se llegó a un

acuerdo, aunque en el proceso no se informó el precio. Igualmente de la citada declaración resulta que como quiera que se había cambiado el diseño se decidió por el área correspondiente de la compañía que era necesario modificar el plan ambiental, lo cual corresponde a lo que se había previsto en la Resolución 0248 de 1998 ya citada.

Por su parte, el señor Marco Puccini, quien fuera representante legal de CARIBE, expresó en su declaración:

> *"SR. PUCCINI: Por qué iniciamos trámite, eso sí me recuerdo que fue una cosa; inicialmente nuestra licencia ambiental de puertos consideraba que una vez estuviera disponible se debía transportar por tren y si no recuerdo mal, permitía solo un 10% de todo el carbón que se moviera por el puerto, solo un 10% podía ser transportado en camión, entonces como se consideró la necesidad de hacer la licencia ambiental porque cambiaba el trazo de la línea original, o sea,* ***el plan de manejo ambiental que había sido aprobado en el puerto de Río Córdova, obligaba al transporte en vía férrea y tenía consideraciones de una construcción de un loop ramal, de eso me recuerdo perfectamente, pero por razones de predios, de consecución de predios hubo que modificar el trazado que estaba planteado en la licencia ambiental, entonces se consideró, el equipo jurídico de Argos consideró que había necesidad de pedir una modificación del plan de manejo ambiental****, se pidió y se tramitó la cosa, una vez se obtuvo se construyó el loop nuevo y se empezó a transportar al poco tiempo.*
>
> *"DR. CÁRDENAS: ¿Recuerda usted, como decía el Presidente, en qué época ocurrió todo esto de que se tramitó lo de la modificación de la licencia ambiental, se construyó el ramal?*
>
> *"SR. PUCCINI: Déjeme trato de recordar, pero le pido disculpas, tengo mala memoria y esta cosa pasó un poco de años atrás. Nosotros en el 2006 hicimos el negocio de participación y en el 2007 debíamos empezar a operar,* ***en el 2007 iniciamos a hacer trámites de la cosa y fue cuando encontramos que hubo que cambiar el diseño del loop me recuerdo porque no nos pudimos poner de acuerdo, no pudimos comprar los predios que se requerían para el diseño original, o sea que en el 2007 se debió haber empezado hacer los trámites, digo yo, eso es una especulación mía, pero en el 2007 se debieron haber empezado hacer los estudios de impacto ambiental de la modificación de la licencia, de la licencia no porque eso no era licencia, eso era plan de manejo***

ambiental lo que teníamos ahí y en el 2008 quedó lista la licencia ...*"(se subraya)*

Igualmente expresó sobre la modificación:

"SR. PUCCINI: Recuerdo que el equipo ambiental de Argos en una discusión larga dijo que se necesitaba hacer una modificación de la licencia porque el trazo estaba cambiando debido a que tuvimos problemas con la consecución de los predios, no sé con base en qué, ***pero el equipo ambiental de Argos dijo, señores, se necesita hacer esa modificación de la licencia, por las condiciones del loop que vamos a construir es distinto al que estaba licenciado y el cambio del loop obedeció como le digo a que no hubo posibilidad de negociar unos predios por donde pasaba el loop original.***

"DR. DURÁN: ¿Su opinión es que el plan de manejo debía ser modificado?

"SR. PUCCINI: Sí porque para nosotros era claro que si uno cambia un trazado hay que cambiar el plan de manejo ambiental, hay que cambiarlo.

"DR. DURÁN: ¿Antes de la opinión del equipo ambiental al que ustedes se refieren?

"SR. PUCCINI: Por experiencia propia puedo contar, una vez corrimos una carretera 20 o 30 metros, tuvimos una sanción de la Autoridad Ambiental, entonces yo dije, cualquier cambio de trazado requiere actualización de la licencia ambiental o actualización del plan de manejo ambiental.

"DR. DURÁN: ¿Basado en esa experiencia?

"SR. PUCCINI: Sí, pero de todas maneras esa era mi experiencia, pero el equipo de Argos que era el que tenía todo el equipo jurídico y toda un área ambiental, dijo, se necesita hacer la modificación de la licencia ambiental, realmente en eso les digo, yo no tenía autonomía como gerente de Carbones del Caribe, nosotros éramos una filial y Argos tenía un departamento ambiental central que era el que manejaba todas las licencias ambientales de toda la compañía filial, entonces ese departamento fue el que conceptuó, se necesita hacer la modificación de la licencia ambiental."(se subraya)

Y más adelante el mismo deponente expresó:

*"DR. DURÁN: **Cuando usted firmó en representación de Caribe el contrato de asociación que incluía el compromiso take or pay, ¿estaba considerando la necesidad de una modificación de manejo ambiental?***

*"SR. PUCCINI: **En ese momento no porque precisamente pensamos, o sea, las cuentas que sacamos nosotros en su momento a principios de marzo, era que en seis u ocho meses, máximo un año estaríamos listos con los ramales y con el loop del puerto listo y con los equipos férreos listos**, para poder transportar necesitábamos ramales en la mina y sistemas de carga en la mina, necesitábamos loop en el Puerto para una derivación de la línea principal de Fenoco que hicieron, un loop en el Puerto y necesitaban los equipos férreos, el material rodante que eran los vagones y las locomotoras ....*

"DR. DURÁN: ¿Entiendo entonces que ustedes esperaban estar listos máximo en marzo/07?

"SR. PUCCINI: Sí, una cosa así, ya por exagerado un año, en un año deberían estar listas las obras, que de hecho es lo que tomaba es hacer esas obras.

"DR. DURÁN: ¿Estuvieron listos para marzo/07?

"SR. PUCCINI: No, si no teníamos ni licencia ambiental en ese momento.

"DR. DURÁN: ¿Cuál licencia ambiental?

"SR. PUCCINI: Desde el punto de vista de nosotros no teníamos licencia ambiental porque habíamos decidido que había que modificar el plan de manejo ambiental del Puerto, entonces ni siquiera habíamos empezado la construcción del loop..

*"DR. DURÁN: **Pero cuando usted firmó, ¿consideraban, ya habían tomado la decisión de modificar el plan de manejo**?*

*"SR. PUCCINI: **No porque contábamos con que íbamos a comprar los predios que estaban, cuando se firmó lo que se pensó era que podríamos iniciar obras una vez firmado, cuando digo iniciar obras, iniciar el proceso de compra de predios y las obras que se necesitaban.***

"DR. DURÁN: ¿Una vez firmado qué?

> *"SR. PUCCINI: Cuando se firmó el acuerdo de accionistas que se compró Fenoco, se contaba que iba a ver un tiempo para compra de predios por donde tenía que construirse el loop y se iniciaría la construcción del loop, por las razones que he dicho no se pudo negociar los predios, entonces hubo que hacer un rediseño del loop, al rediseñar el loop consideró el área ambiental y estuvo de acuerdo en modificar la licencia ambiental, el plan de manejo ambiental del Puerto que era la cosa problemática. El plan de manejo ambiental o la licencia ambiental para el ramal de la mina, eso se hizo con las otras dos compañías, eso fue un tema independiente."(se subraya)*

De la declaración del señor Puccini infiere, entonces, que cuando se firmó el Contrato de Asociación, CARIBE consideraba que podía adquirir los predios y que en un año podría realizar las obras, de tal manera que en marzo de 2007 estarían terminadas. Como quiera que no se adquirieron los terrenos se modificó el trazado, por lo cual se requirió modificar el plan de manejo ambiental.

Llegado a este punto el análisis, a la luz de los hechos establecidos en el proceso y que se dejan reseñados, conviene hacer memoria a continuación de las reglas de conformidad con las cuales se configura la noción jurídica de la fuerza mayor, advirtiendo que sobre el particular dijo la Corte Suprema de Justicia (Cas. Civ. Sent. 26 de julio de 2005. Exp: 050013103011-1998 6569-02), reiterando orientaciones de jurisprudencia civil bien conocidas:

> *"Según esa doctrina de la Sala, para que un hecho pueda ser considerado como evento de fuerza mayor o caso fortuito –fenómenos simétricos en sus efectos-, es necesario que, de una parte, no exista manera de contemplar su ocurrencia en condiciones de normalidad, justamente porque se presenta de súbito o en forma intempestiva y, de la otra, que sea inevitable, fatal o ineludible, al punto de determinar la conducta de la persona que lo padece, quien, por tanto, queda sometido irremediablemente a sus efectos y doblegado, por tanto, ante su fuerza arrolladora.*
>
> *"Imprevisibilidad e irresistibilidad son, pues, los dos elementos que, in casu, permiten calificar la vis maior o casus fortuitus, ninguno de los cuales puede faltar a la hora de establecer si la situación invocada por la parte que aspira a beneficiarse de esa causal eximente de responsabilidad, inmersa en la categoría genérica de causa extraña, puede ser considera como tal."*

Es pertinente señala que en algunas sentencias la Corte Suprema de Justicia ha precisado que el hecho debe ser externo para que constituya una fuerza mayor. Así, en sentencia del 26 de noviembre de 1999 (S-104-99) expresó:

> *"…estas expresiones normativas se refieren, esencialmente, a acontecimientos anónimos, imprevisibles, irresistibles y externos a la actividad del deudor o de quien se pretende lo sea, demostrativos en cuanto tales de una causa extraña que a este no le sea imputable"*

De acuerdo con la prueba que obra en el proceso, en el caso que se analiza el hecho que impidió la construcción de la línea férrea tal como se encontraba prevista, fue la dificultad de negociar los terrenos en los que habría de construirse el nuevo ramal, lo que condujo a cambiar los diseños y, por consiguiente, a requerir una nueva autorización de la autoridad competente.

Ahora bien, debe determinarse si tal hecho es imprevisible. A este respecto vale la pena recordar que en la sentencia parcialmente transcrita la Corte Suprema de Justicia señaló que es "necesario que, de una parte, no exista manera de contemplar su ocurrencia en condiciones de normalidad, justamente porque se presenta de súbito o en forma intempestiva". De esta manera lo imprevisible es lo que no debe preverse en condiciones de normalidad, así pueda llegar a imaginarse la posibilidad de que se produzca. Así en sentencia del 27 de septiembre de 1945 (G.J. tomo 59 Págs. 441-444) a Corte había dicho *"Hay obligación de prever lo que es suficientemente probable, no lo que es simplemente posible. Se debe prever lo que es normal, no hay porque prever lo que es excepcional". Igualmente hizo referencia a que para que un evento reúna tal condición es menester que "no exista manera de contemplar su ocurrencia en condiciones de normalidad, justamente porque se presenta de súbito o en forma intempestiva"* (Sentencia 11001310300219950711301 de noviembre 21 de 2005 que reitera jurisprudencia anterior). Precisó que *"si 'el acontecimiento es susceptible de ser humanamente previsto, por más súbito y arrollador de la voluntad que parezca, no genera el caso fortuito ni la fuerza mayor… (G. J., tomos LIV, pág. 377, y CLVIII, pág. 63)', siendo necesario, claro está, 'examinar cada situación de manera específica y, por contera, individual', desde la perspectiva de los tres criterios que permiten, en concreto, establecer si el hecho es imprevisible, a saber: '1) El referente a su normalidad y frecuencia; 2) El atinente a la probabilidad de su realización, y 3) El concerniente a su carácter inopinado, excepcional y sorpresivo' (Sent. jun. 23/2000, exp. 5475)"* (Sentencia S-078 de

2000). Igualmente ha dicho que en material de responsabilidad contractual para que el hecho sea imprevisible es necesario *"… que no haya sido suficientemente probable para que el deudor haya debido razonablemente precaverse contra él, aunque por lo demás haya habido con respecto al acontecimiento de que se trate, como lo hay con respecto a toda clase de acontecimiento, una posibilidad vaga de realización (Cas. Civ. jul. 5/35)" (Cas. Civ., Sent. jul. 4/2002, exp. 6461)"*

Como se puede apreciar, la imprevisibilidad toma en cuenta lo que una persona normal debió prever en las circunstancias, en el sentido de que era razonable que tal hecho se pudiera presentar dado el curso normal de los eventos.

Para el Tribunal es claro que no puede considerarse impredecible la dificultad de negociar un terreno y que se hagan pretensiones desproporcionadas, particularmente cuando se trata de una empresa de reconocida solvencia que además claramente necesita los terrenos que quiere adquirir.

Por lo que se refiere a la irresistibilidad, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la fuerza mayor (sentencia del 26 de julio de 2005 Ref.: Exp: 050013103011-1998 6569-02) "*… 'Implica la imposibilidad de sobreponerse al hecho para eludir sus efectos" (Sentencia del 31 de mayo de 1965, G.J. CXI y CXII pág. 126), lo que será suficiente para excusar al deudor, sobre la base de que nadie es obligado a lo imposible (ad impossibilia nemo tenetur). Por tanto, si irresistible es algo "inevitable, fatal, imposible de superar en sus consecuencias" (Se subraya; sent. del 26 de enero de 1982, G.J. CLXV, pág. 21), debe aceptarse que el hecho superable mediante la adopción de medidas que permitan contener, conjurar o eludir sus consecuencias, no puede ser invocado como constitutivo de caso fortuito o fuerza mayor, frente al cual, se insiste, el ser humano debe quedar o permanecer impotente"*.

En el presente caso es claro que no es posible afirmar que el evento era irresistible, pues realmente era posible que se adquiriesen los terrenos. De hecho como se deduce de la declaración testimonial, tanto aquellos con quienes inicialmente se comenzó la negociación, como aquél a quien se acudió posteriormente exigieron el mismo precio desproporcionado, sin embargo se llegó a un acuerdo con este último en condiciones que no están acreditadas en el proceso.

Por lo demás en una situación como la que se presentó cuando se celebró el contrato de asociación, era lógico esperar que podría haber tropiezos en la negociación de los terrenos y a la luz del texto del acto administrativo que había concedido la autorización ambiental al puerto era previsible esperar que si no se adquirían los terrenos inicialmente previstos iba a ser necesario solicitar la autorización de la autoridad ambiental, la que como es sabido puede tener demoras.

Por todo lo anterior es claro que en el presente caso no prospera la excepción de fuerza mayor.

4.4. Prescripción Extintiva de la Acción incoada

La convocada propuso la excepción de "*Prescripción de la acción de FENOCO"*, y con tal fin acude al artículo 2543 del Código Civil para sostener que, por tratarse de la prestación de servicios atinentes a actos de personas a que se refiere el inciso tercero, operó el fenómeno extintivo de dos años. Para tal propósito trascribe el mencionado artículo: "*…Prescribe en dos años la acción de los mercaderes, proveedores y artesanos, por el precio de los artículos que despachan al menudeo". …"La de toda clase de personas por el precio de servicios que se prestan periódica o accidentalmente, como posaderos, acarreadores, mensajeros, barberos, etc…".*

Para la sociedad convocada, como expuso en la contestación de la demanda, FENOCO estaba obligada a prestar una variedad de servicios a sus usuarios.

Agrega que CARIBE nunca ha reconocido la existencia de las obligaciones alegadas por FENOCO.

En el alegato final la convocada sostiene que FENOCO presta servicios a sus usuarios y, sobre la base y apoyo del contrato de concesión, insiste en esa clase de actividad de los usuarios de la vía férrea, siendo la causa del pago de la tarifa la prestación, encajando la situación en contienda en el ámbito de la prescripción de corto plazo. Igualmente, reprocha la posición de la convocante en cuanto considera que la prescripción del artículo 2543 procede de *actividades de menor entidad y al menudeo*.

Para la convocada, en síntesis, los contratos de concesión de infraestructura incluyen siempre la prestación de servicios a los usuarios, que en su criterio se constituye en elemento esencial. Y de este planteamiento concluye, con ajuste al contrato de concesión, que FENOCO lo que presta a los usuarios son servicios. Precisamente, la sociedad convocada formula y sustenta gran parte de la excepción de prescripción extintiva de la acción sobre la tesis de que el contrato de concesión, del que participa e incorpora la prestación de servicio, se constituye elemento fundamental de la relación entre las partes intervinientes en este debate arbitral, olvidando la diferencia existente entre el contrato de concesión y las relaciones de las partes para la explotación del servicio y las contrataciones que puedan desprenderse de aquella.

- Para la convocante la norma que respalda la prescripción extintiva de dos años, artículo 2543 del Código Civil, regula acciones por negocios de menor entidad y al menudeo, sin llegar a explicar de cuáles son los servicios que está cobrando FENOCO.

Anota que la demanda está dirigida a cobrar el compromiso *take or pay* derivado de la garantía de usar la vía para el transporte del carbón de un mínimo de toneladas por parte de CARIBE.

Con cita del Anexo 2 de Contrato de Asociación señala que la obligación de FENOCO es garantizar el volumen acordado para el transporte del carbón. Por tanto, en un contrato de uso del corredor férreo, FENOCO es un proveedor de infraestructura para que los usuarios operen sus trenes y realicen la actividad de transporte.

Reitera que es absurdo lo que sostiene la convocada al alegar que FENOCO le presta un servicio de mantenimiento al usuario de la vía férrea cuando es concesionario de dicha vía que es una condición inherente a la concesión.

Señala que los usuarios firmaron con FENOCO un contrato provisional para el uso de la vía férrea como requisito previo para acceder a la misma. Y se presentaron como prueba, los denominados Contrato Privados de Uso del Corredor Férreo, que tienen por objeto de conceder al operador el uso del corredor férreo, entregado a FENOCO bajo la modalidad de concesión, para el transporte privado de carbón.

Y remata: la relación entre FENOCO y CNRT no es de prestación de servicios sino de acceso y autorización de uso del corredor férreo, que es lo que se pretende cobrar, con sustento en el compromiso *take or pay*.

Vistas la excepción de prescripción propuesta y la réplica a la misma, en verdad, el Tribunal se atiene a la argumentación expuesta atrás cuando se detuvo en precisar que el objeto de la relación sustancial entre FENOCO y la sociedad convocada, apoyada fundamentalmente del compromiso *take or pay,* es **atinente al uso de la línea férrea** combinado con servicios para una mejor realización o ejecución del transporte del carbón del usuario, como son los pasos a nivel, las señalizaciones, el mantenimiento, etc., con la precisión de que la prestación de esos servicios, en ese escenario, no impone el carácter de un contrato de esta estirpe, como sostiene la sociedad convocada, sin consideración a la relación de uso del corredor férreo.

Ciertamente, las acciones que se derivan del nexo negocial entre las partes, de este trámite arbitral, giran fundamentalmente en derredor de los derechos y obligaciones surgidos con ocasión del **uso remunerado del trayecto férreo** y no por prestación de alguna clase de servicios personales pero si respecto del contrato de concesión. El contrato de concesión, al que se remite *in extenso* la convocada, permite que las operaciones del material rodante sobre la infraestructura concesionada puedan hacerla uno o más terceros, independientemente del concesionario, mediante acuerdos especiales, los cuales tendrán su propia identidad, naturaleza y característica.

La clase de servicios, que proclama el artículo 2543 del Código Civil, es completamente distinta de la que se suscita de la relación de FENOCO con los inversionistas privados o usuarios; el hecho de mantener, las condiciones de servicios, las líneas en que se conduce el carbón con trenes y vagones, resulta completamente diferente a aquellos asuntos que prestan de manera accidental los posaderos, acarreadores, mensajeros, barberos, similares, o de los mercaderes, proveedores o artesanos que suponen actividades individuales, en relación con los precios de los artículos que despachan y que hacen pensar que las obligaciones se cubren inmediatamente; son situaciones que no se prestan a analogía alguna pues los derechos surgen de particulares actividades y relaciones jurídicas con objetos diferentes. Además, no siempre que se menciona prestación de servicios procede la aplicación del artículo 2543, ya que solo para los eventos en que surjan obligaciones

de cubrimiento inmediato dan motivo para la prescripción de dos años, bajo el entendido que la consagración de este corto tiempo de prescripción es con la inspiración de la satisfacción pronta de la prestación por la índole de la relación.

Es más, varios testigos se refirieron a las actividades de la prestación de servicios y del uso de la línea férrea, con anotaciones que permiten identificar los alcances de una y otro, con particularidades en la distinción y con rasgo preferencial del aprovechamiento o uso de la vía o corredor férreo combinado con servicios derivados del contrato de concesión.

El testigo **Oscar Orlando Cuervo Méndez** (folios 248 y siguientes del C. pruebas 3) enmarca la separación entre esas dos clases de actividades, sosteniendo que se le concedía al inversionista usuario el derecho al uso separándolo del servicio que prestaba:

> *"DR. BONIVENTO: En qué clase de servicios Fenoco le prestaba, porque usted habló de servicios, especifíquenos eso?*
>
> *SR. CUERVO: Fueron no un servicio como tal sino por el uso de la vía, nosotros estamos comprometidos a permitirles el ingreso, el uso del corredor férreo, nosotros cobramos una tarifa, algo como un peaje por pasar ellos sus trenes de un lado a otro y utilizar la vía que nosotros mantenemos.*
>
> *Del lado como les mencioné anteriormente los usuarios no tenían las instalaciones en su momento para hacer trabajos especializados de vía férrea, ellos llegaron aquí nuevos y no tenían taller y no tenían nada, nos decían mire Fenoco ayúdeme, ustedes tienen los mecánicos, tienen los especialistas para que nos pongan a punto los vagones nuevos que compramos, por favor ayúdenos con eso porque necesitamos ponerlos a operar.*
>
> *Les decíamos les vamos a reparar sus vagones, les vamos a hacer mantenimiento, les vamos a hacer lo que sea con las maquinas que tenemos allá montadas que se las recibimos al estado, eran del estado, los equipos que sirven para hacer mantenimiento la las poleas y nosotros les vamos a cobrar una tarifa que es esta, a los usuarios, a todos. Aunque no es el… de Fenoco en la medida de colaboración y para recibir algunos ingresos le hace mantenimiento a la rueda, mantenimiento a los vagones, mantenimiento a las locomotoras, ese tipo de cosas, pero son actividades adicionales.*

DR. BONIVENTO: Esas actividades las remuneraban?

SR. CUERVO: Sí.

DR. BONIVENTO: Por separado dentro del compromiso?

SR. CUERVO: Era el trabajo por aparte, fuera de nuestra función principal que es permitirles el ingreso a la vía principal nos decían háganos esto para estas ruedas o para este vagón o para esta locomotora o ayúdenos, nosotros no sabemos cómo instalar un cambio de vía o no tenemos los equipos para ir a instalar un cambio de vía, cuánto nos cobra por eso, nosotros le hacíamos ese servicio específico.

DR. BONIVENTO: Facturaban por fuera del compromiso?

SR. CUERVO: Sí, son actividades independientes.

DR. BONIVENTO: Y el objeto, el compromiso del que usted hablaba, cuál era para usted, el objeto del contrato entre el accionista y Fenoco?

SR. CUERVO: Proveerles la oportunidad de mover trenes por el sector de la vía, que ellos movieran sus trenes, nosotros cobramos es por el uso del corredor.

DR. DURÁN: Usted señaló al comienzo durante su exposición espontánea habló de servicios, uno de los Árbitros así lo advirtió y le preguntó a continuación a qué servicios se refería y usted corrigió que Fenoco no prestaba ningún servicio sino que daba acceso a la línea, siempre corríjame si estoy diciendo algo que no es.

SR. CUERVO: Sí, le corrijo, Fenoco da, la función principal de Fenoco es permitir que los usuarios corran sus trenes por el corredor Ferrero, que hagan uso del corredor férreo tal como está el contrato, adicional a eso nosotros sí efectivamente hacemos servicios independientes a requisición de ellos pero es para eso, para arreglar una rueda, para cuestiones que no son del corte de la Compañía ni están relacionados en ese contrato.

DR. DURÁN: Para efectos de esta pregunta por favor no tenga en cuenta ese tipo de servicios y señálele al Tribunal si debemos entender que contra prestación que recibe Fenoco por el costo por tonelada que pagan los usuarios y eventualmente si no transportan lo comprometido, si lo único que hace Fenoco es pasivamente permitir que corran los trenes o si esa implica alguna actividad adicional?

SR. CUERVO: Permitir sí, nosotros mantenemos la vía y permitimos que corra la operación, la regulación del tráfico, no es ellos solos, toca decirles el tren manéjelo por aquí, toca mantener la vía.

DR. DURÁN: Toca mantener la vía, alguna otra cosa más a cambio de lo que se recibe por el valor de tonelada transportadas o por el… en caso de que no se transporte lo comprometido, alguna otra actividad realiza Fenoco, además de mantener?

SR. CUERVO: Dentro de la tarifa de tonelada.

DR. DURÁN: No cobrado aparte.

SR. CUERVO: Nosotros tenemos en cuenta lo que haga falta para mantener las buenas condiciones y para operar.

DR. DURÁN: Me puede explicar un poco más a qué actividades son esas para operarlo?

SR. CUERVO: Por ejemplo las actividades de mantenimiento, tener gente para que inspeccione que la vía está en buenas condiciones, cambiar un riel, reparar, nivelar la vía, son cosas del mantenimiento de la vía, desde el punto de vista de la operación hay gente que es la que se encarga de darle las indicaciones a los trenes para que se movilicen, de dar las pautas, las consideraciones.

DR. DURÁN: Usted habló del servicio y creo utilizó esa palabra, de nuevo corríjame, del sistema de control de trenes, si no lo dijo así yo lo entendí, no es un servicio el sistema de control de trenes no es un servicio o sí es un servicio?

SR. CUERVO: El sistema de control de trenes es como una herramienta de la Compañía para mover los trenes de una manera eficiente y segura sobre todo, pero no es, es un sistema que tiene un reglamento, tiene unas instalaciones en vía, tiene unos computadores, todo hace parte del sistema.

DR. DURÁN: Fenoco hace, desarrolla alguna actividad con ese sistema, está bajo su control?

SR. CUERVO: Hacemos la operación.

DR. DURÁN: Puede explicar un poco qué quiere decir hacemos la operación?

SR. CUERVO: Una vez los usuarios presentan sus trenes en los sitios de salida como puede ser la mina, puede ser el puerto, nosotros le damos indicaciones al maquinista o al tren de cómo movilizarse, en qué momento puede transcurrir a lo largo de la vía, bajo qué condiciones, qué velocidad, en dónde tiene que detenerse, como llevar el tren de un lado a otro de manera segura, las instrucciones las da el centro de control".

También el testigo **Marco Francisco Puccini Locatelli** (folios 281 y siguientes del C. de Pruebas 3) hace referencia a esos dos aspectos de la prestación del servicio y de la utilización o uso de la vía:

"DR. SALAZAR: ¿Cuál era el concepto por el cual se debería pagar a Fenoco por parte de los usuarios de conformidad con el contrato de asociación?

SR. PUCCINI: Se debía pagar por el servicio de transporte, por el servicio de transporte no, por el servicio de disponibilidad de línea para transportar porque Fenoco no transportaba, transportábamos era los usuarios.

DR. SALAZAR: Por favor y le pido acá que recuerde como miembro de la junta directiva y firmante del contrato de asociación que se negoció, cuál era el concepto por el cual se facturaba, señor Presidente, si tiene dificultad el testigo, le solicito que se le ponga de presente la Resolución 1070 del 27 de marzo/06 que fija la tarifa.

DR. JARAMILLO: Sí, pero la pregunta para saber exactamente cómo fue la pregunta y qué fue lo que contestó.

DR. SALAZAR: ¿Cuál es el concepto por el cual se le cobraba a los usuarios de la vía?

DR. JARAMILLO: Y él según lo que copié aquí, no sé si este bien o mal copiado, espero que este bien, lo que dijo era que era que el concepto era por disponibilidad de línea, servicio de disponibilidad de línea, si no estoy mal, esa es la respuesta.

SR. PUCCINI: Mi interpretación como usuario, contrataba con Fenoco que me diera la capacidad de transportar mis trenes a través de una línea y yo le pagaba 2 y pico de dólares por cada tonelada que yo transportara por esa línea, si se llama esto o aquello, yo lo que esperaba de Fenoco era que me diera la capacidad de transporte en la línea.

DR. JARAMILLO: Entonces doctor Salazar ahora sí formule su nueva pregunta.

DR. SALAZAR: ¿La tarifa que fue fijada por el Ministerio de Transporte al momento del perfeccionamiento del contrato de asociación, era una tarifa referida a qué concepto, recuerda usted?

SR. PUCCINI: Tonelada… transportada.

DR. SALAZAR: ¿Por qué concepto?

SR. PUCCINI: No sé el concepto, estoy diciendo el espíritu para mí, yo soy de los tipos que les para bolas al espíritu, yo lo que esperaba de Fenoco igual que espero de una carretera de carros, es que me deje pasar mis camiones, yo esperaba de Fenoco que me dejara pasar mis trenes y yo le pagaba un dinero por cada tonelada que yo pasaba.

DR. SALAZAR: ¿A usted le cobraban por el uso de la vía?

SR. PUCCINI: Sí, por el derecho de usar la vía, piso perdón, no soy abogado ni conozco los términos, estoy explicando en términos de ingeniero y como presentaba yo el negocio, necesito la línea férrea, cuánto me cobra por dejarme usarla, esto es lo que le pago por dejarme usar la línea".

Del mismo modo, obra el testimonio de **Ramiro Rivera Roldán** (folios 287 y ss. C. de Pruebas 3):

DR. SALAZAR: Explíquele al Tribunal en términos generales la relación entre Fenoco y el usuario, la relación principal, por la cual se cobra a que usted hizo referencia hace un momento y cuál es el alcance de las responsabilidades de Fenoco y cuál es el alcance de las responsabilidades del usuario en ese contrato?

DR. JARAMILLO: Doctor, no le implique responsabilidad, creo que el concepto, cámbiele.

DR. SALAZAR: El alcance de las actividades que realiza cada uno en desarrollo de esa relación.

SR. RIVERA: Fenoco es el concesionario, es el responsable de la infraestructura, es el responsable del control de tráfico en esa línea y como tal suscribe contratos de uso de

vía, hay un uso de vía que es el que se da, es el contrato típico de uso de vía entre Fenoco y cualquier usuario, cualquier empresa ferroviaria que cumpla cierta legislación, porque eso está establecido en unos decretos de cómo se establece una empresa ferroviaria, puede hacer contratos de uso de vía porque es una vía pública, es una vía pública como tal que la puede usar cualquier usuario.

Pero el contrato de uso de vía lo que le dice a Fenoco es, usted controla lo que es la línea principal, recibe esos trenes un punto determinado, los lleva de manera segura a su destino y cobra por un uso de esa vía según unas tarifas establecidas.

DR. SALAZAR: Fenoco le presta servicios a los usuarios de la vía?
SR. RIVERA: Es una relación de uso de vía como tal, o sea no hay otro tipo de relación de servicios salvo alguna actividad muy puntual, por ejemplo, la construcción de los puntos de conexión, para el caso por ejemplo de ramales y eso, como es conectar un cambias vías que es un elemento técnico importante en temas de seguridad pues normalmente Fenoco hacía puntualmente ese trabajo bajo unas condiciones del contrato, vea, conécteme aquí esta cambia vías porque era el que tenía el personal, los equipos, las herramientas para poder hacer ese trabajo de la manera idónea, adecuada con el personal y los equipos adecuados.

Carlos Alberto Toledo Arenas (folios 308 y ss. del C. de Pruebas 3) declaró:

"DR. BONIVENTO: Aquí se ha hablado que se prestaban unos servicios, que Fenoco prestaba unos servicios, usted nos puede hacer claridad en qué consistían esos servicios?

SR. TOLEDO: No, servicios no se prestan, lo que sí existe es un nivel de servicio garantizado que está en el anexo 7 del pliego de condiciones que es el contrato operacional con Drummond, el contrato operacional con Drummond trae unas definiciones y ahí dice: nivel de servicio garantizado, ese nivel de servicio garantizado lo que quiere decir es que se debe cumplir con la norma FRA21333 que es seguridad férrea, o sea, es darle seguridad a la vía, a los usuarios, seguridad en el sentido de que no vaya a haber descarrilamientos por mal estado de la vía, ese es el nivel de servicio garantizado y está definido desde el contrato con Drummond que es del 89 y es parte del contrato de concesión como el anexo 7 del pliego de condiciones.

Hay algunas reparaciones que se hacen pero son cosas eventuales, o que nos dicen: instalen el cambia vía porque la capacidad la tenemos nosotros no ellos, entonces nosotros lo hacemos, eso es lo único servicios adicionales que se puedan prestar".

Así mismo **Gustavo Adolfo Ríos Cardona** (folios 354 y ss. del C. de Pruebas 3) depone:

> *"DR. DURÁN: Qué actividades desarrolla Fenoco como contraprestación por el pago de la tonelada transportada, la tarifa por tonelada transportada a los usuarios take or pay?*
>
> *SR. RÍOS: Mantenimiento de la línea férrea, o sea el contrato de concesión es la administración de la línea férrea para el uso de los operadores sea quien sea, nosotros tenemos que mantener la línea férrea en óptimas condiciones, para eso tenemos la tecnología para hacerlo, o sea equipos especializados, bateadoras, reguladoras, guarnecedoras que en un programa de mantenimiento anual se hace para nosotros poder garantizar que los usuarios puedan transportar las toneladas requeridas y no vayan a tener problemas de incidentes, roturas de riel, cosas que pasan en la línea férrea, desgaste de…, nosotros hacemos el mantenimiento de la línea férrea para que ellos usen la vía.*
>
> *DR. DURÁN: Además del mantenimiento alguna otra actividad como contraprestación por el pago de la tarifa?*
>
> *SR. RÍOS: No señor, ninguna.*
>
> *DR. DURÁN: Ninguna?*
>
> *SR. RÍOS: No señor, hay unos servicio que se pagan aparte que son…*
>
> *DR. DURÁN: No, quiero que se refiera solamente a los que son como contraprestación de la…*
>
> *SR. RÍOS: Que yo conozca, no más, no señor.*
>
> *DR. DURÁN: Sólo el mantenimiento?*
>
> *SR. RÍOS: Sólo el mantenimiento, bueno, la construcción de la segunda línea.*
>
> *DR. DURÁN: Nada más?*
> *SR. RÍOS: Construcción, rehabilitación, mantenimiento, conservación, sí.*

DR. DURÁN: Qué es operación, eso lo hace Fenoco?

SR. RÍOS: Sí señor, Fenoco regula la operación, Fenoco tiene un centro de control que ahora en los últimos años se implementó el Sistema ATS, que es como cuando usted ve a las películas que ve una pantalla y ve los trenes andando, todo se maneja por ahí, Fenoco regula la operación de los trenes".

Por todo lo dicho, el Tribunal no comparte el planteo de la convocada en cuanto sostiene que la relación suscitada entre los intervinientes en este proceso arbitral es de carácter estrictamente de prestación de servicios, individual, en tanto no corresponde a los servicios especiales de que trata el inciso final del artículo 2543 del Código Civil, pues las actividades que desarrolla el inversionista privado, como CARIBE, tienen por objeto principal el uso remunerado de la línea férrea directa o indirectamente y no la prestación de servicios especiales, no obstante que en determinado momento se conectan, no como parte esencial sino combinada con la relación jurídica obligatoria de uso remunerado de la línea férrea, mediante el compromiso *take or pay* que es, precisamente, que se reclama su pago.

En efecto, la hipótesis que trae el artículo 2543 del Código Civil *in fine* respecto de las acciones de toda clase de personas por el precio de servicios que se prestan periódica o accidentalmente tales posaderos, acarreadores, mensajeros, barberos, etc., difieren de las que derivan de las acciones que cuentan los contratantes de este proceso arbitral y que surgen del vínculo o relación por el uso de la vía férrea acompañada de la prestación de servicios como medio para la efectividad de los derechos y obligaciones respecto del volumen garantizado de la capacidad anual de transporte. Por eso, la generalización que pretende el excepcionante no procede en este evento pues no toda clase de servicios encaja en el mandato del último inciso artículo 2543, como acontece de la relación FENOCO con los inversionistas privados.

La particular circunstancia de que FENOCO se obliga a conceder el uso de la línea férrea a cambio de una remuneración por tonelada de carbón garantizada, en cumplimiento del volumen *take or pay*, dista de convertirse esencialmente en prestación de servicios sin consideración del acto de uso del corredor férreo

En conclusión, las acciones derivadas de las relaciones FENOCO, con los inversionistas privados, son ordinarias, y el régimen aplicable para los efectos de la prescripción extintiva son las propias de los derechos que se derivan de esa clase de

relaciones jurídicas, o sea por diez años, como dispone el artículo 8 de la Ley 791 de 2002.

En consecuencia, se declarará sin fundamento la excepción de prescripción extintiva de la acción.

5. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Por lo expuesto precedentemente la pretensión primera de la demanda no puede prosperar respecto del período comprendido entre el 1º de enero y el 20 de junio de 2007, pero si prospera en relación con el período comprendido entre el 21 de junio y el 31 de diciembre de 2007 y el año 2008, por lo cual se declarará que LA CONVOCADA está obligada a pagar a LA CONVOCANTE el Volumen *Take or Pay* por el período comprendido entre el 21 de junio y el 31 de diciembre de 2007 y el año 2008 a que se obligó CI Carbones del Caribe S.A. en el Contrato de Asociación celebrado el 27 de marzo del año 2006 entre Consorcio Minero Unido S.A. (CMU), Carbones de los Andes (Carboandes), Carbones del César (CDC), C.I. Carbones del Caribe S.A. (Caribe), Carbones de la Jagua S.A. (CDJ), C.I. PRODECO S.A. (PRODECO), y DRUMMOND COAL MINING LLC (DCM), y se negará en lo que respecta al año 2007.

Por lo que se refiere a la pretensión segunda de la Demanda, en la que se solicita condenar a la convocada a una suma de dinero por el Volumen *Take or Pay* del año 2007, se condenará a LA CONVOCADA a pagar a LA CONVOCANTE la suma de TRES MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS UN PESOS ($3.283.252.901) que corresponde a la parte proporcional del *Take or Pay* pactado para el año 2007, por el período que va del 21 de junio al 31 de diciembre de 2007.

En cuanto concierne a la pretensión tercera en que se solicita la condena al pago correspondiente al Volumen *Take or Pay* del año 2008, la misma habrá de prosperar, por lo que se condenará a LA CONVOCADA a pagar a LA CONVOCANTE la suma de ocho mil setecientos dieciséis millones trescientos cuarenta y siete mil ciento cincuenta pesos ($8.716.347.150) por el Volumen *Take or Pay* del año 2008.

5.1. La pretensión de condena al pago de intereses

En las pretensiones de condena de su demanda, la convocante solicitó que se condenara al pago de los *"intereses moratorios sobre dicha suma previstos en el compromiso arbitral hasta la fecha del laudo e intereses moratorios a la máxima tasa prevista en la Ley hasta que se produzca el pago"*.

Por su parte la convocada en su alegato de conclusión afirma que la condena al pago de intereses no puede prosperar, para lo cual señaló que en la hipótesis de que el Tribunal acceda total o parcialmente a las pretensiones de la demanda, la convocada estaría incumplida solo a partir de la firmeza del Laudo Arbitral.

Para sustentar su posición la convocada hace referencia a la controversia entre las partes y expresa que como quiera que la obligación en disputa solo sería reconocida y jurídicamente existente a partir de la expedición del laudo arbitral, la eventual condena al pago de intereses de mora no podría efectuarse de la forma planteada por FENOCO en las pretensiones segunda y tercera, si no a partir de la ejecutoria del laudo.

Expresa la demandada que habiendo CARIBE rechazado las facturas correspondientes a los cobros del Compromiso *Take or Pay* de los años 2007 y 2008 por las razones de peso que han quedado planteadas en el proceso arbitral, no existe una obligación pura y simple, sino una divergencia entre las partes en cuanto a la existencia misma de la obligación de pagar que hoy FENOCO pretende, precisamente, que sea objeto de la decisión del Tribunal. A tal efecto se refiere a pronunciamientos de otros tribunales arbitrales y a la sentencia del 27 de agosto de 2008 de la Corte Suprema de Justicia que señala que *"el monto líquido de la prestación es presupuesto estructural de la obligación de pagar el capital asegurado y de la mora"*.

Por otra parte señala que la tasa de interés no sería la máxima tasa prevista en la ley, tal y como equivocadamente lo ha solicitado FENOCO, por cuanto las partes de común acuerdo y de manera expresa e inequívoca acordaron en el compromiso arbitral la tasa aplicable en caso de mora.

Planteada la cuestión en los anteriores términos, vienen al caso las siguientes consideraciones:

En el Compromiso suscrito entre las partes el 6 de mayo de 2015 que da lugar al presente proceso arbitral, se estipuló la tasa de interés de mora que se aplicaría a las sumas materia del presente proceso y a tal efecto se estableció:

> *"4. Para efectos del presente Compromiso y de las materias sujetas al mismo las partes acuerdan que la Tasa de Interés de mora aplicable será LIBOR, tal como el término se encuentra definido en el Acuerdo de Accionistas de FENOCO de fecha 27 de marzo de 2006, más cuatro por ciento (4%) anual. Los árbitros determinarán la fecha a partir de la cual se deban pagar intereses de mora."*

De este modo la tasa de interés de mora es la tasa LIBOR, tal como fue definida en el Acuerdo de Accionistas, más cuatro por ciento anual. Es claro en todo caso, que dicha tasa de interés no puede exceder el máximo que la ley colombiana permite estipular como tasa de interés moratoria, esto es, el interés bancario corriente más una mitad. Ahora bien, las partes estipularon que correspondía a los árbitros determinar la fecha a partir de la cual se deberían pagar los intereses de mora.

Para efectos de determinar dicho momento, es pertinente referirse al artículo 1608 del Código Civil el cual determina el momento a partir del cual el deudor se encuentra en mora y que a tal propósito señala que ello ocurre en los siguientes casos:

> *"1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituírlo en mora.*
> *"2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.*
> *"3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor."*

Desde esta perspectiva encuentra el Tribunal que en el Anexo 2 del Contrato de Asociación en el cual se regula el *Take or Pay* se establece lo siguiente sobre el pago del *Take or Pay*:

> *"2.4* ***En el evento que en cualquier año un Usuario Take or Pay transporte un volumen de toneladas de carbón menor al Volumen Take or Pay para ese año, el Usuario Take or Pay podrá usar los créditos que haya acumulado*** *en los dos (2) años inmediatamente anteriores para cubrir el Volumen Take or Pay faltante. Estos créditos sólo podrán ser contabilizados después del volumen de toneladas de carbón efectivamente transportado en el año en que se pretenden usar.*

> ***Si el Volumen Take or Pay garantizado para ese año no puede ser totalmente cubierto usando el carbón efectivamente transportado durante ese año y los créditos acumulados en los dos (2) años precedentes, entonces el Usuario Take or Pay deberá pagar a FENOCO, dentro de los primeros quince (15) días del año siguiente, la tarifa equivalente al volumen faltante del Volumen Take or Pay que no haya sido transportado."****(Se subraya)*

La regla transcrita establece entonces las consecuencias que se presentan cuando el Usuario transporta un volumen de toneladas de carbón menor al Volumen *Take or Pay* y determina que si este Volumen no puede ser cubierto con los créditos acumulados de los dos años procedentes, se debe pagar dentro de los primeros quince (15) días del año siguiente, la tarifa equivalente al volumen faltante del Volumen *Take or Pay* que no haya sido transportado.

Si bien la regla regula el evento en que se transporta una cantidad menor al Volumen *Take or Pay*, para el Tribunal es claro que la misma disposición debe ser aplicable cuando no se transporta ninguna cantidad de carbón, pues no existe razón alguna para distinguir entre la hipótesis en la que se transporta alguna cantidad de carbón, que puede ser ínfima, y el evento en que no se transporta carbón.

Por consiguiente, del Anexo 2 del Contrato de Asociación concluye el Tribunal que cuando no se transporta ninguna cantidad del Volumen *Take or Pay* el valor del *Take or Pay* debe ser cancelado dentro de los primeros quince días del año siguiente. Ahora bien, como quiera que se trata un término de días establecido en un contrato entre dos particulares, sin ninguna precisión, dichos días deben entenderse como comunes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 829 del Código de Comercio.

De este manera, en los casos de las obligaciones de pago del *Take or Pay* correspondientes al año 2007 y 2008, la demandada estaría en mora a partir del 16 de enero del 2008 y 2009 respectivamente.

Sin embargo, en este punto debe el Tribunal analizar el argumento de la demandada, en el sentido de que como quiera que existía controversia entre las partes sobre la existencia de la obligación, la misma sólo surgiría a partir del Laudo que ponga fin al

proceso y, por ello, sólo a partir de dicho momento pueden causarse intereses de mora.

En relación con este punto debe recordar el Tribunal que en esta materia tradicionalmente se ha invocado el brocardo *"in illiquidis mora non fit"* de conformidad con el cual, cuando se trata de obligaciones dinerarias la mora tiene como presupuesto la existencia de una obligación liquida.

Tal posición ha sido seguida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en diversos pronunciamientos. Así, en sentencia del 27 agosto de 2008 (expediente No. 11001-3103-022-1997-14171-01) dijo la Corte Suprema de Justicia:

> *"Naturalmente, "**a la luz de los principios generales relativos al retardo en el cumplimiento de las obligaciones**, principios en los que claramente se sustenta el precepto contenido en el Art. 1080 del C. de Co., desde el momento en que de acuerdo con este precepto ha de entenderse que **comienza la mora del asegurador, es decir, desde el día en que la deuda a su cargo es líquida y exigible,** o mejor, lo habría sido racionalmente si no hubiere diferido sin motivo legítimo, la liquidación de la indemnización y el consiguiente pago, está obligado al resarcimiento de los daños que pueden tener expresión, ya sea en los intereses moratorios en la medida prevista en aquél precepto, o bien en la ulterior reparación de perjuicios de mayor entidad si el acreedor reclamante demuestra haberlos experimentado" (CCLV, págs. 354 y 355).*
>
> *"En consecuencia**, el monto líquido de la prestación es presupuesto estructural de la obligación de pagar el capital asegurado y de la mora (in illiquidis mora non fit),** razón por la cual, en ausencia de comprobación, no es exigible ni la indemnización ni la sanción moratoria".(se subraya)*

Así mismo señaló la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 29 de febrero de 2012 (Referencia: 73001-3103-001-2000-00103-01):

> *"**Lo anterior está en perfecta armonía con la naturaleza constitutiva de la acción ejercida y de la sentencia, desde luego, que ésta, tras hallar la existencia de los contratos, la infracción de la relación obligatoria disputada, ordenó reparar los daños causados, o sea, constituyó ex nunc, hacía el futuro y desde el pronunciamiento una nueva situación o relación jurídica mediante la condena a indemnizar los perjuicios,** cuya suma líquida se concretó en la providencia y a partir de ésta, -sustituyendo el objeto inicial de la*

obligación por una suma de dinero-, sin que dicha prestación se debiera ex ante, por lo cual mal podría hablarse –en cuanto al monto de los perjuicios- de constitución en mora cuando esta "supone la existencia cierta e indiscutida de la respectiva obligación (…). De ahí que ***la 'mora en el pago solo llega a producirse cuando existe en firme una suma líquida'****, proyectada, obviamente, como es natural entenderlo, a la fecha de notificación de la demanda, según el artículo 90, inciso 2º del Código de Procedimiento Civil, en los casos en que no ha mediado reconvención judicial previa o se establece que no se trata de una mora automática" (Sent. Cas. Civ. de 3 de noviembre de 2010, exp. 03315; subrayas fuera de texto)."*

Ahora bien, en cuanto al alcance de esta regla es importante precisar que una es la situación que se presenta cuando se pretende el pago de una indemnización, cuyo monto ha de establecerse en el proceso, razón por la cual el deudor no puede conocer de antemano el monto debido, evento al que se refiere la última sentencia a la que se ha hecho referencia, y otra aquella en la cual las partes acordaron el monto de la obligación y lo que se discute es si la misma ha de pagarse o no.

En este punto autorizada doctrina española (Luis Diez Picazo. Derecho Civil Patrimonial. Tomo II, página 629 y siguientes. Ed Civitas. Madrid 1996) señala en relación con el principio in illiquidis mora non fit, que hay que hacer diferencias entre la absoluta concreción y determinación y la total iliquidez, pues hay situaciones que no siempre merecen el mismo tratamiento. En efecto, existen casos en los cuales la determinación de la cuantía depende de una simple operación aritmética o de una circunstancia futura y externa a las partes, fijada como un criterio de determinabilidad de la prestación. Existen otros casos en los que "*la prestación debe quedar formada como resultado (saldo) de una cuenta. En este caso parece preciso distinguir si partidas ya estaban asentadas en la cuenta con la conformidad de las partes, o por lo menos, sin protesta de ninguna de ellas o si, por el contrario, la formación del saldo exige una previa rendición de la cuenta o una conformidad a la introducción en la cuenta de determinadas partidas*". Igualmente existen casos en que "*la determinación de la prestación sólo puede hacerse por acuerdo de las partes o subsidiariamente a través de una decisión judicial*".

Por consiguiente, es necesario distinguir entre las obligaciones cuyo monto estaba claramente determinado antes del proceso y simplemente se reconocen en la sentencia, ante la negativa del deudor, y aquellas que deben ser establecidas en el proceso y es a estas a las que se debe aplicar el principio "*in illiquidis mora non fit*".

Obsérvese que bajo la tesis de la demandada desde que el deudor se oponga a la existencia de la obligación no se podrían reconocer intereses de mora, lo que en el fondo implica desconocer la regla que sobre la materia prevé el ordenamiento colombiano que impone pagar intereses cuando existe mora de conformidad con el artículo 1608 del Código Civil.

En el presente caso como quiera que la obligación estaba claramente determinada por las partes, y la misma es reconocida en el presente Laudo, deben causarse intereses de mora desde la fecha pactada por las partes.

Ahora bien, en el presente caso no se ha establecido en el proceso cuál es la tasa Libor de conformidad con el Acuerdo de Accionistas a la que se remiten las partes. En efecto en dicho Acuerdo se dispone (folio 55 del Cuaderno de Pruebas No 1):

> *"LIBOR" significa, en relación con cualquier plazo (un "Plazo Relevante") respecto del cual una tasa de Interés debe determinarse en desarrollo del presente Acuerdo.*
>
> *"(a) La tasa anual de la cotización de oferta para depósitos en dólares de los Estados Unidos para un período comparable al Plazo Relevante, en una cuantía comparable, que aparece en la Telerate Page 3750 un poco después de las 11 A. M. informando la tasa de las 11 A. M. del día en que se fija la tasa, ó,*
>
> *"(b) Si tal cotización de oferta no aparece en la Telerate Page 3750 alrededor de esa hora (o si para entonces no existe tal Telerate Page 3750) la media aritmética (redondeada hacia arriba, si es necesario, a cuatro decimales) de las cotizaciones de oferta para depósitos en Dólares de los Estados Unidos para un periodo comparable al Plazo Relevante en una cuantía comparable que aparece en la página "LIBO" de la pantalla de Reuters (o cualesquiera otras páginas que reemplacen la 'LIBO" para visualizar tasas e oferta de bancos de primer orden en Londres para depósitos interbancarios en Dólares de los Estados Unidos) poco después de las 11 A. M., informando la tasa de las 11 A. M. del día en que se fija la tasa, ó,*
>
> *"(c) Si tal cotización de oferta no aparece en la Telerate Page 3750 alrededor de esa hora (o si para entonces no existe tal Telerate Page 3750) y si no aparecen cotizaciones de oferta en la página "LIBO" de la pantalla de Reuters u otras páginas que la reemplacen (o no hay otras páginas que reemplacen la "LIBO"), la tasa igual a la media aritmética (redondeada hacia arriba, si es necesario, a cuatro decimales) de las tasas respectivas (tal y como se le cotice a la parte que hace el pago, por solicitud de ella) a las cuales Barclays Bank PLC y National Westminster Bank PLC están*

ofreciendo depósitos en Dólares en cuantía comparable para el Plazo Relevante en o alrededor de las 11 A. M. en la fecha en que la tasa deba fijarse.

"Para los fines de ésta definición, Telerate Page 3750 es la visualización designada como "Page 3750" en el servicio Telerate (o cualquier página que reemplace a la 3750 en ese servicio u otro servicio que pueda ser nominado por la British Bankers' Association como el proveedor de información con el objeto de visualizar el British Bankers Association Interest Settlement Rates para depósitos en Dólares de los Estados Unidos) y "fecha en la que la tasa deba fijarse" en relación con cualquier Plazo Relevante significa el segundo día hábil que antecede el primer día del mencionado Plazo Relevante;"

Como se puede apreciar, la determinación de la tasa Libor aplicable supone una serie de actividades que no puede realizar el Tribunal, por lo cual el mismo sólo puede condenar al pago de intereses a la tasa prevista en el pacto de las partes, fijando la fecha a partir de la cual se causan tales intereses, sin fijar la cuantía de los mismos.

Finalmente se condenará a la compañía demandada a pagar intereses sobre los montos debidos por concepto de *Take or Pay* a partir del 16 de enero de 2008 y 2009, respectivamente, y hasta la fecha en que se efectúe el pago a la tasa pactada por las partes LIBOR, tal como el término se encuentra definido en el Acuerdo de Accionistas de FENOCO de fecha 27 de marzo de 2006, más cuatro por ciento (4%) anual. En todo caso dicha tasa no podrá exceder la tasa máxima autorizada por la ley colombiana esto es una vez y media veces el interés bancario corriente.

V. COSTAS Y GASTOS DEL PROCESO

Las costas están constituidas tanto por las expensas, esto es, por los gastos judiciales en que incurren las partes por la tramitación del proceso., como por las agencias en derecho, definidas como *"los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso."* (Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.)

En materia de costas y agencias en derecho, el presente proceso se regula por la Ley 1563 de 2012 y por el Código General del Proceso que en su artículo 365 así como por el pacto arbitral.

El artículo 365 del Código General del Proceso dispone lo siguiente:

> *"En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*
>
> *1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.*
>
> *(…)*
>
> *2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.*
>
> *(…)*
>
> *5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.*
>
> *(…)*
>
> *8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.*
>
> *(…)."*

Teniendo en cuenta que en el presente caso prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo previsto en el artículo 365 del Código General del Proceso, es del caso condenar a la parte convocada a asumir el ochenta por ciento (80%) de las expensas procesales de conformidad con la siguiente liquidación.

1. HONORARIOS Y GASTOS DEL TRÁMITE ARBITRAL[1]

Honorarios de los 3 Árbitros	$670'212.000.oo
IVA 16%	$107'233.920.oo
Honorarios de la Secretaria	$111'702.000.oo
IVA 16%	$ 17'872.320.oo
Gastos de Funcionamiento y Administración Cámara de Comercio de Bogotá	$111'702.000.oo
IVA 16%	$ 17'872.320.oo
Gastos	$ 7'000.000.oo

TOTAL	$1.043'594.560

Teniendo en cuenta que la parte convocante asumió el cien por ciento (100%) de los honorarios y gastos y que el ochenta por ciento (80%) debe ser asumido por la parte convocada, para dar cumplimiento a tal decisión se condenará a la sociedad CNR Transport S.A.S. a pagar en favor de Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. la suma de ochocientos treinta y cuatro millones ochocientos setenta y cinco mil seiscientos cuarenta y ocho pesos ($834.875.648).

2. AGENCIAS EN DERECHO

Respecto de las agencias en derecho, en el pacto arbitral se acordó que "*Cada Parte asumirá los costos de su defensa y los honorarios de sus abogados",* por lo que no hay lugar a condena por este concepto.

[1] Acta No. 3, Auto No. 5, folios 169 a 173 del C. Principal No. 1.

VI. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal Arbitral constituido para dirimir las controversias suscitadas entre FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA S.A. -FENOCO S.A.- y CNR TRANSPORT S.A.S., administrando justicia por habilitación de las Partes y conforme a lo establecido en la Ley 1563 de 2012, mediante decisión adoptada en Derecho con el voto unánime de sus miembros,

RESUELVE

Primero. Reconocerle fundamento a la excepción de mérito denominada "*No aplicación de Compromiso Take or Pay por falta de capacidad técnica",* en los términos expuestos en la parte motiva de este Laudo.

Segundo. Desestimar por falta de fundamento las excepciones de mérito denominadas "*No aplicación del Compromiso Take or Pay por falta de capacidad legal", "No aplicación del compromiso Take or Pay por fuerza mayor" y "Prescripción de la Acción de FENOCO".*

Tercero. Declarar que **CNR TRANSPORT S.A.S.** está obligada a pagar a **FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA S.A. – FENOCO S.A.** el Volumen *Take or Pay* por el periodo comprendido entre el 21 de junio al 31 de diciembre de 2007 y por el año 2008 a que se obligó CI Carbones del Caribe S.A. en el Contrato de Asociación celebrado el 27 de marzo del año 2006 entre Consorcio Minero Unido S.A. (CMU), Carbones de los Andes (Carboandes), Carbones del César (CDC), C.I. Carbones del Caribe S.A. (Caribe), Carbones de la Jagua S.A. (DCJ), C.I. PRODECO S.A. (PRODECO), y DRUMMOND COAL MINING LLC (DCM).

Cuarto: CONDENAR a **CNR TRANSPORT S.A.S.** a pagar a **FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA S.A. – FENOCO S.A.** la suma de tres mil doscientos ochenta y tres millones doscientos cincuenta y dos mil novecientos un pesos ($3.283.252.901) por el Volumen *Take or Pay* correspondiente al periodo

comprendido entre el 21 de junio de 2007 y el 31 de diciembre 2007. Sobre esta suma **CNR TRANSPORT S.A.S.** pagará a **FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA S.A. – FENOCO S.A.-** intereses a la tasa prevista en el pacto de las partes, esto es Libor, más cuatro por ciento (4%) anual, a partir del 16 de enero de 2008 y hasta la fecha en que se efectúe el pago. Dicha tasa no podrá exceder la tasa máxima autorizada por la ley colombiana esto es una vez y media veces el interés bancario corriente.

Quinto. CONDENAR a **CNR TRANSPORT S.A.S.** a pagar a **FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA S.A. – FENOCO S.A.** la suma de ocho mil setecientos dieciséis millones trescientos cuarenta y siete mil ciento cincuenta pesos ($8.716.347.150) por el Volumen *Take or Pay* del año 2008. Sobre esta suma **CNR TRANSPORT S.A.S.** pagará a **FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA S.A. – FENOCO S.A.-** intereses a la tasa prevista en el pacto de las partes, esto es Libor, más cuatro por ciento (4%) anual, a partir del 16 de enero de 2008 y hasta la fecha en que se efectúe el pago. Dicha tasa no podrá exceder la tasa máxima autorizada por la ley colombiana esto es una vez y media veces el interés bancario corriente.

Sexto. Condenar a **CNR TRANSPORT S.A.S.** a pagar a **FERROCARRILES DEL NORTE DE COLOMBIA S.A. – FENOCO S.A.** la suma de ochocientos treinta y cuatro millones ochocientos setenta y cinco mil seiscientos cuarenta y ocho pesos ($834.875.648) por concepto de costas de acuerdo con la liquidación contenida en la parte motiva de este Laudo.

Séptimo. Declarar causado el saldo de los honorarios de los Árbitros y de la Secretaria, por lo que se ordena realizar los pagos correspondientes.

Octavo. Ordenar la liquidación final y, si a ello hubiere lugar, la devolución de las sumas no utilizadas de la partida "*Gastos*".

Noveno. Ordenar la expedición de copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley y con destino a cada una de las Partes.

Décimo. Disponer que en firme esta providencia, el expediente se entregue para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (artículo 47 de la Ley 1563 de 2012), con la advertencia que este trámite es confidencial de conformidad con lo acordado por las partes en el pacto arbitral.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS
Presidente

JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ
Árbitro

JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA
Árbitro

CAMILA DE LA TORRE BLANCHE
Secretaria