

**Cámara de Comercio de Bogotá  
Centro de Arbitraje y Conciliación**

---

**TRIBUNAL ARBITRAL**

---

**C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S**

**VS**

**CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S. y MASERING  
S.A.S., CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. y S.P.  
INGENIEROS S.A.S. integrantes del CONSORCIO  
MINERO DEL CESAR, y  
CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**

---

**LAUDO ARBITRAL**

---

**Bogotá D.C. veintiséis (26) de Mayo de dos mil  
dieciséis (2016)**

## Contenido

<b>I. ANTECEDENTES</b> .....	<b>4</b>
1. Las Partes .....	4
2. La solicitud de convocatoria y el Pacto Arbitral .....	5
3. Convocatoria del Tribunal y designación de Árbitros y Secretaria. Instalación del Tribunal, Audiencia de Conciliación y Fijación de Honorarios y Gastos del Tribunal. ....	7
4. Primera Audiencia de Trámite. Trámite aplicable al Proceso. Decreto de Pruebas. ..	11
5. Las Pruebas decretadas y practicadas .....	12
6. Cierre de la instrucción y Alegatos de Conclusión .....	21
6.1. Mediante Auto No. 55 del 11 de Noviembre de 2015, y habiéndose practicado la totalidad de las pruebas decretadas en el Proceso, el Tribunal dispuso el cierre del periodo probatorio y fijó el 10 de Febrero de 2016 como fecha para llevar a cabo la Audiencia de alegatos de conclusión.....	21
6.2. En tal fecha las Partes presentaron sus alegaciones orales y entregaron los Alegatos por escrito.....	21
7. Audiencias del Tribunal.....	21
8. Término de duración del proceso .....	21
<b>II. LA CONTROVERSIA</b> .....	<b>23</b>
1. Reforma Integral de la Demanda y Pretensiones de CNR.....	23
2. Contestación y Excepciones .....	34
3. Reforma de la Demanda de Reconvención y Pretensiones de CMC SAS.....	42
4. Reforma de la Demanda de Reconvención y Pretensiones de MASERING, EL CONDOR y SP: .....	54
5. La Contestación a las Demandas de Reconvención Reformadas .....	63
<b>III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL</b> .....	<b>66</b>
1. Aspectos Procesales.....	66
2. Presupuestos Procesales. ....	67
2.1. La cesión del contrato: noción y régimen. ....	68
2.2. La cesión del Contrato de Operación resultante de la Oferta aceptada. ....	69
2.3. Consideraciones sobre el valor probatorio de la certificación proferida por el revisor fiscal de la sociedad Consorcio Minas del César S.A.S. ....	90
2.4. De la alegada invalidez de la cesión del contrato resultante de la Oferta aceptada por el ejercicio abusivo, contrario al principio de la buena fe y /o fraudulento, por parte del CMC al ceder como lo hizo su posición en la Oferta. ....	92
2.5. Consideraciones sobre la alegada inoponibilidad de la cesión del contrato.....	96
2.6. Los efectos de la cesión. ....	97
2.7. De las disputas que supuestamente debieron someterse a amigable composición. ....	99
2.8. Ámbito temporal de las controversias materia del presente arbitraje. ....	104
3. Naturaleza y alcance del contrato celebrado entre las partes:.....	105

3.1. Oferta Mercantil del 31 de Agosto de 2005.....	106
3.2. Documentos que conforman el contrato de operación minera y sus modificaciones. ....	116
3.3. La Terminación Anticipada en la Oferta Mercantil: .....	172
3.4. La Terminación Unilateral en el MDE .....	173
3.5. La Terminación Unilateral en el Acta de Reinicio y sus Otrosíes .....	173
4. La Ejecución Práctica del Contrato y los Incumplimientos debatidos.....	174
4.1. La ejecución práctica del contrato y los incumplimientos debatidos en materia de planeación minera.....	178
4.2. La ejecución práctica del contrato y el incumplimiento debatido en materia de no pago por parte de CNR de las facturas presentadas por Consorcio Minero Del Cesar S.A.S., a partir del 16 de Noviembre de 2012.....	212
4.3. La ejecución práctica del contrato y los incumplimientos debatidos en materia del Take or Pay Mensual 2011.....	216
4.4. La ejecución práctica del contrato y los incumplimientos debatidos en materia de las consecuencias contractuales del no pago por parte de CNR del Take or Pay Mensual 2011.....	231
4.5. La ejecución práctica del contrato y el debate sobre su incumplimiento por parte de CNR al realizar retenciones, deducciones, compensaciones o descuentos, sobre algunas facturas presentadas por el CONSORCIO MINERO DEL CESAR, en relación con el reembolso del anticipo de que trata el Parágrafo Segundo del artículo cuarto del Memorando de Entendimiento.....	232
4.6. La ejecución práctica del contrato y el debate sobre su incumplimiento por parte de CNR al no reconocer y pagar los bienes y servicios cuyo precio debería ser acordado de forma específica por las partes, según lo establecido en la cláusula cuarta del contrato.....	240
4.7. Otros incumplimientos contractuales debatidos en el proceso. ....	251
5. El alegado Desequilibrio Económico del Contrato y la Teoría de la Imprevisión... 260	
6. La Cláusula Penal. ....	264
7. La Terminación Unilateral del Contrato por Parte de CMC SAS. ....	266
8. Los Efectos Económicos derivados de la Terminación del Contrato. ....	298
9. La Liquidación del Contrato.....	311
10. Objeciones a los Juramentos Estimatorios.....	312
11. Costas.....	313
<b>IV. PARTE RESOLUTIVA.....</b>	<b>316</b>
RESUELVE: .....	316

## TRIBUNAL ARBITRAL

DE:

**CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**

CONTRA:

**MASERING S.A.S., CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A., y SP INGENIEROS S.A.S., integrantes del CONSORCIO MINERO DEL CESAR, y CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**

## LAUDO ARBITRAL

Bogotá, Distrito Capital, veintiséis (26) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Surtidas todas las actuaciones procesales para la instrucción del trámite y en la fecha señalada para la Audiencia de Fallo, el Tribunal Arbitral profiere el Laudo conclusivo del Proceso, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

### I. ANTECEDENTES

#### 1. Las Partes

##### 1.1. Parte Demandante y Demandada en Reconvención

• **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**, en adelante **CNR**, sociedad legalmente constituida y existente bajo las leyes de la República de Colombia, con domicilio principal en la ciudad de Barranquilla, representada por el señor Juan Carlos Gómez Fernández, mayor de edad según se acredita en el certificado de existencia y representación legal documento que obra en el expediente<sup>1</sup>

##### 1.2. Partes Demandadas y Reconvinientes:

Son las siguientes sociedades:

• **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.** en adelante **CMC SAS**, sociedad legalmente constituida y existente bajo las leyes de la República de Colombia, con domicilio principal en la ciudad de Barranquilla, representada por el señor Guillermo Augusto Ordóñez Muñoz, mayor de edad, según se acredita en el certificado de existencia y representación legal documento que obra en el expediente.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Cuaderno Principal No.1 – Folios 21 a 24

<sup>2</sup> Cuaderno Principal No.1 – Folios 50 a 53

• **MASERING S.A.S.** en adelante **MASERING**, sociedad legalmente constituida y existente bajo las leyes de la República de Colombia, con domicilio principal en la ciudad de Barranquilla, representada por el señor Óscar Alberto Ordóñez Muñoz, mayor de edad, según se acredita en el certificado de existencia y representación legal documento que obra en el expediente.<sup>3</sup>

• **CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.** en adelante **EL CÓNDOR**, sociedad legalmente constituida y existente bajo las leyes de la República de Colombia, con domicilio principal en la ciudad de Medellín, representada por Ana María Jaillier Correa, mayor de edad, según se acredita en el certificado de existencia y representación legal documento que obra en el expediente.<sup>4</sup>

• **S.P. INGENIEROS S.A.S.** en adelante **SP** o **SP INGENIEROS**, sociedad legalmente constituida y existente bajo las leyes de la República de Colombia, con domicilio principal en la ciudad de Medellín, representada por el señor Jorge Iván Múnera Sánchez, mayor de edad, según se acredita en el certificado de existencia y representación legal documento que obra en el expediente.<sup>5</sup>

Para efectos del presente laudo las cuatro sociedades **MASERING S.A.S.**, **CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A.**, y **SP INGENIEROS S.A.S.**, integrantes del **CONSORCIO MINERO DEL CESAR**, y **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, serán las Demandadas o Convocadas, y las tres primeras las integrantes del **CONSORCIO MINERO DEL CESAR** (“el **CMC**”).

## 2. La solicitud de convocatoria y el Pacto Arbitral

2.1. El 17 de Mayo de 2013 la Convocante presentó ante el Centro de Arbitraje la solicitud de convocatoria de un tribunal arbitral para dirimir las diferencias existentes con MASERING, EL CÓNDOR y SP, integrantes del CONSORCIO MINERO DEL CESAR, y con CMC SAS.

2.2. Las partes acordaron dicho pacto arbitral en la modalidad de cláusula compromisoria en la Cláusula Catorce de la Oferta Mercantil del 31 de Agosto de 2005 (en adelante también la Oferta Mercantil o la Oferta), cuyo contenido expresa:

*“14. Resolución de Controversias.*

*Cláusula Compromisoria. En caso de que se presente cualquier conflicto o diferencia no resuelta de manera directa entre las Partes, respecto de la celebración, interpretación, ejecución, terminación o liquidación de la presente Oferta, distinto de aquellos respecto de los cuales se ha previsto en la Oferta, de forma expresa, un mecanismo de resolución distinto, dicho conflicto o diferencia será sometida al análisis*

---

<sup>3</sup> Cuaderno Principal No.1 - Folios 25 a 30

<sup>4</sup> Cuaderno Principal No.1 – Folios 31 a 42

<sup>5</sup> Cuaderno Principal No.1 – Folios 43 a 49

*y decisión de un tribunal de arbitramento constituido y gobernado conforme a las siguientes reglas:*

*(i) Sede: La sede de arbitramento será la ciudad de Bogotá D.C.*

*(ii) Composición y fallo: El tribunal de arbitramento estará integrado por tres (3) árbitros, abogados colombianos quienes se reunirán en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., siempre que sus reglas y procedimientos permitan que se adelante el arbitramento según lo previsto en esta Cláusula (incluyendo la selección de árbitros). Dicho tribunal fallará en derecho aplicando las leyes de la República de Colombia.*

*(iii) Designación de los árbitros: La Parte convocante, previamente a la presentación de la solicitud de convocatoria al Tribunal de Arbitramento, requerirá a la Parte convocada para que en el término de veinte (20) días calendario designen de común acuerdo los árbitros. Si las Partes no llegaren a un acuerdo sobre la designación de los árbitros dentro de dicho plazo, el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá designará los árbitros en la oportunidad respectiva.*

*(iv) Decisiones: El laudo del tribunal de arbitramento será emitido con votación de la mayoría de los árbitros, y será definitivo y obligatorio para las Partes y será ejecutable ante la jurisdicción de la República de Colombia.*

*(v) Ley procesal. El tribunal de arbitramento se regirá por las disposiciones de la presente Cláusula y por las disposiciones de la Ley 23 de 1.991, del Decreto 2279 de 1.989, la Ley 446 de 1.998 y Decreto 1818 de 1.998, incluida cualquier reforma que sufran dichas normas en un futuro.”*

2.3. Adicionada el 21 de febrero de 2014 en los siguientes términos:

*“(…) Por lo anterior, con las reservas expresas y reiteración de sus posiciones, al tenor del artículo 10 de la Ley 1563 de 2013: ACUERDAN: 1. Adicionar el Pacto Arbitral contenido en la Cláusula Catorce de la Oferta Mercantil de 31 de agosto de 2005, única y exclusivamente para señalar un término máximo de duración del proceso arbitral en curso de dos (2) años contados desde la terminación de la Primera Audiencia de Trámite, para que el Tribunal de Arbitraje en término razonable pronuncie su fallo en derecho respecto de las diferencias sometidas a su conocimiento en los escritos presentados. La presente adición es convenida en la fecha de la providencia mediante la cual el Tribunal pronuncia su competencia y la asume para conocer del fondo de la controversia. 2. **MASERING HOLDING S.A.S., CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. y S.P.INGENIEROS S.A.S** declaran que la adición precedente, no implica para ellas reconocimiento alguno de su calidad de parte del Pacto Arbitral, ni renuncia expresa o tácita o por conducta concluyente, de su posición*

*jurídica y argumentación jurídica ni de la excepción propuesta de inexistencia del pacto arbitral, ni se tendrá como una conducta contraria o inversa, tampoco como un compromiso, no se considerará por el Honorable Tribunal para decidirla en derecho.”<sup>6</sup>*

### **3. Convocatoria del Tribunal y designación de Árbitros y Secretaria. Instalación del Tribunal, Audiencia de Conciliación y Fijación de Honorarios y Gastos del Tribunal.**

3.1. De conformidad con el “Acuerdo de designación de árbitros”<sup>7</sup> aportado con la demanda, el Centro procedió a comunicar la designación de los árbitros principales que conocerían y darían solución a las diferencias surgidas entre ellas, habiendo recaído esa designación en los abogados, **Marcela Monroy Torres, Marcela Castro de Cifuentes y Juan Carlos Varón Palomino**, la que fue aceptada por los nombrados dentro del término legal, a excepción de la doctora Marcela Castro, en consecuencia la primera suplencia fue comunicada al doctor Jaime Humberto Tobar Ordóñez, quien aceptó dentro del término legal.

3.2. Previa las correspondientes citaciones, el 25 de Junio de 2013 (Auto No.1),<sup>8</sup> se llevó a cabo la Audiencia de instalación del Tribunal, oportunidad en la que la doctora **Marcela Monroy Torres** fue designada como Presidente del mismo y como Secretaria a la doctora **Patricia Zuleta García**, quien posteriormente aceptó el cargo y tomó posesión del mismo.<sup>9</sup>

3.3. Adicionalmente y mediante el citado Auto No.1 se estableció como lugar de funcionamiento y secretaría del Tribunal el Centro de Arbitraje, localizado en la Avenida el Dorado No. 68 D-35, Piso 3º. de Bogotá. Posteriormente, la sede fue trasladada a las oficinas del Centro de Arbitraje ubicadas en la Calle 67 No.8-32, piso 5º de la misma ciudad y se reconoció personería a los Apoderados.

3.4. Mediante Auto No. 2, el Tribunal se pronunció respecto de la admisión de la Demanda Inicial y, por considerar que la misma no reunía los requisitos establecidos en la ley, procedió a inadmitirla, concediendo a la Demandante el término de cinco (5) días para subsanarla.

3.5. El 2 de Julio de 2013, la Demandante subsanó la Demanda Inicial de conformidad con lo ordenado por el Tribunal.<sup>10</sup>

3.6. Mediante Auto No.3 del 3 de Julio de 2015, el Tribunal admitió la Demanda Inicial y ordenó su notificación y correspondiente traslado a las Demandadas [MASERING, EL CÓNDOR, SP y CMC SAS], lo cual se surtió el 12 de Julio de 2013.<sup>11</sup>

---

<sup>6</sup> Cuaderno Principal No. 8 – Folios 12 a 17

<sup>7</sup> Cuaderno Principal No.1 – Folios 56 a 57

<sup>8</sup> Cuaderno Principal No. 1 – Folios 231 a 236

<sup>9</sup> Cuaderno Principal No. 1 – Folio 263

<sup>10</sup> Cuaderno Principal No.1 – Folios 268 a 270

<sup>11</sup> Cuaderno Principal No.1 – Folios 274 a 277

3.7. El 16, 17 y 18 de Julio de 2013, las Demandadas interpusieron recurso de reposición frente al auto admisorio de la demanda proferido el 3 de Julio de 2013 (Auto No.3), posteriormente el 30 de Julio de 2013 se fijó en lista el traslado de los Recursos de Reposición y el 1º. de agosto de 2013, estando dentro de la oportunidad legal, la Demandante presentó un escrito mediante el cual recorrió el traslado de los recursos de reposición interpuestos por las cuatro sociedades demandadas.

3.8. El 12 de Agosto de 2013, mediante Auto No.4<sup>12</sup> y teniendo en cuenta la similitud de los argumentos presentados por las sociedades convocadas en los recursos de reposición, el Tribunal los resolvió de manera unificada, analizando los dos argumentos esgrimidos, a saber: i) el alegado incumplimiento de la convocante por no haber formulado adecuadamente el juramento estimatorio, y ii) la inexistencia de pacto arbitral para vincular a tres de los cuatro recurrentes al presente proceso arbitral, Auto mediante el cual ordenó no reponer el auto recurrido proferido el tres (3) de julio de 2013.

3.9. El 10 de Septiembre de 2013, estando dentro de la oportunidad procesal, las Demandadas presentaron los siguientes memoriales:

3.9.1. Contestación a la Demanda Inicial,<sup>13</sup> en la que adicionalmente formuló objeción a la estimación del valor de las pretensiones de CNR.

3.9.2. Demanda de Reconvención<sup>14</sup>

3.10. Mediante Auto No. 5 del 12 de Septiembre de 2013 (Acta No.5),<sup>15</sup> el Tribunal admitió las Demandas de Reconvención y ordenó correr el traslado correspondiente a la Demandante, haciéndole entregas de los escritos y de sus anexos, traslado que se surtió el 12 de septiembre de 2013.

3.11. El 15 de Octubre de 2013, la Demandante presentó Contestación de la Reconvención presentada por CMC S.A.S.<sup>16</sup> y en la misma fecha presentó Contestación de la Reconvención presentada por MASERING, EL CÓNDOR y SP<sup>17</sup>

3.12. El Tribunal corrió Traslado de:

3.12.1. Las objeciones a los juramentos estimatorios planteados en las Contestaciones a las Demandas de Reconvención; y

3.12.2. Las Excepciones.

3.13. El 23 de Octubre de 2013, los Apoderados de las Demandadas radicaron los siguientes documentos:

---

<sup>12</sup> Cuaderno Principal No.2 – Folios 1 a 8

<sup>13</sup> Cuaderno Principal No.2 –Folios 19 a 91 por parte de CMC S.A.S. y Folios 92 a 161 por parte de MASERING, EL CÓNDOR y SP

<sup>14</sup> Cuaderno Principal No.2 – Folios 162 a 241 por parte de CMC S.A.S. y Folios 242 a 308 por parte de MASERING, EL CÓNDOR y SP

<sup>15</sup> Cuaderno Principal No.2 – Folios 14 a 16

<sup>16</sup> Cuaderno Principal No. 2 – Folios 315 a 383

<sup>17</sup> Cuaderno Principal No. 2 – Folios 384 a 353



3.13.1. Respuesta por parte de CMC S.A.S.<sup>18</sup> a las Excepciones perentorias interpuestas por la sociedad demandada en reconvención, CNR, frente a la demanda de reconvención instaurada en su contra y un escrito mediante el cual se refirió a la objeción al juramento estimatorio del petitum contenido en la demanda de reconvención contra CNR.

3.13.2. Respuesta por parte de MASERING, EL CÓNDOR y SP,<sup>19</sup> descorriendo el traslado de las Excepciones perentorias interpuestas por la sociedad demandada en reconvención, CNR y un escrito mediante el cual descorren el traslado de la objeción al juramento estimatorio contenido en la demanda de reconvención contra CNR.

3.14. El 28 de Octubre de 2013, la Demandante radicó una Reforma Integral de la Demanda Arbitral<sup>20</sup>

3.15. Mediante Auto No. 7 del 31 de Octubre de 2013,<sup>21</sup> (Acta No.7), el Tribunal admitió la Reforma Integral de la Demanda Arbitral y dispuso el correspondiente traslado por el término legal.

3.16. El 20 de Noviembre de 2013, la Demandada CMC S.A.S. presentó la Contestación,<sup>22</sup> escrito en el que formuló objeción a la estimación del valor de las pretensiones de CNR.

3.17. El 20 de Noviembre de 2013, las Demandadas MASERING, EL CÓNDOR y SP<sup>23</sup> presentaron la Contestación, escrito en el que igualmente formularon objeción a la estimación de las pretensiones de CNR.

3.18. Mediante Fijación en Lista, conforme lo ordenó el Tribunal mediante Auto No. 7 del 31 de Octubre de 2013, por secretaría se corrió traslado de: ***“(i) las excepciones de fondo formuladas por el apoderado de CONSORCIO MINERO EL CESAR S.A.S. y por los apoderados de MASERING S.A.S., CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. y SP INGENIEROS S. A. S. en sus escritos de contestación a la reforma integral de la demanda arbitral presentados el 20 de noviembre de 2013, por el término legal de cinco (5) días de conformidad con el artículo 21 de la Ley 1563 de 2012 y (ii) de las objeciones al juramento estimatorio formuladas por el apoderado de CONSORCIO MINERO EL CESAR S.A.S. y por los apoderados de MASERING S.A.S., CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. y SP INGENIEROS S. A. S. en sus escritos de contestación a la reforma integral de la demanda arbitral presentados el 20 de noviembre de 2013, por el término legal de cinco (5) días de conformidad con el artículo 206 del Código General del Proceso.”<sup>24</sup>***

3.19. El 29 de Noviembre de 2013, la Demandante se pronunció sobre las objeciones al juramento estimatorio, presentas en la Contestación a la

---

<sup>18</sup> Cuaderno Principal No. 3 – Folios 5 a 26

<sup>19</sup> Cuaderno Principal No. 3 – Folios 31 a 32

<sup>20</sup> Cuaderno Principal No. 3 – Folios 33 a 97

<sup>21</sup> Cuaderno Principal No. 3 – Folios 1 a 4

<sup>22</sup> Cuaderno Principal No. 3 – Folios 99 a 251

<sup>23</sup> Cuaderno Principal No. 3 – Folios 253 a 419

<sup>24</sup> Cuaderno Principal No.3 – Folio 421

Reforma de la Demanda, por los miembros de CMC y CMC S.A.S., y sobre las Excepciones, solicitando la práctica de pruebas adicionales.<sup>25</sup>

3.20. El 5 de Diciembre de 2013, los Apoderados de las Demandadas y Demandantes en Reconvencción radicaron los siguientes documentos:

3.20.1 La Demandada CMC S.A.S, escrito de Reforma Integral a la Demanda de Reconvencción.<sup>26</sup>

3.20.2. Las Demandadas MASERING, EL CÓNDOR y SP, escrito de Reforma a la Demanda de Reconvencción.<sup>27</sup>

3.21. Mediante Auto No.8 del 6 de Diciembre de 2013 (Acta No.8),<sup>28</sup> El Tribunal admitió las Reformas a las Demandas de Reconvencción formuladas tanto por CMC S.A.S. como por MASERING, EL CÓNDOR y SP y ordenó correr los traslados correspondientes a la Demandante, haciéndole entrega de tales escritos y de sus anexos, traslado que se surtió por Estado el 9 de Diciembre de 2013.<sup>29</sup>

3.22. Mediante Fijación en Lista, conforme lo ordenó el Tribunal por Auto No. 8 del 6 de Diciembre de 2013, numerales quinto y sexto, por secretaría se corre traslado de: ***“(i) las excepciones de fondo formuladas por el apoderado de C.I COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S., en sus escritos de contestación a la demanda de reconvencción reformada por MASERING S.A.S., CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A., y SP INGENIEROS S.A.S., integrantes del CONSORCIO MINERO DEL CESAR y por el CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S., presentados el 23 de diciembre de 2013, por el término legal de cinco (5) días de conformidad con el artículo 21 de la Ley 1563 de 2012 y (ii) de las objeciones al juramento estimatorio formuladas por el apoderado C.I COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S., en sus escritos de contestación a la demanda de reconvencción reformada por MASERING S.A.S., CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A., y SP INGENIEROS S.A.S., integrantes del CONSORCIO MINERO DEL CESAR y por el CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S., presentados el 23 de diciembre de de 2013, por el término legal de cinco (5) días de conformidad con el artículo 206 del Código General del Proceso.”***<sup>30</sup>

3.23. El 23 del Diciembre de 2013, la Demandante presentó Contestación a la Demanda de Reconvencción Reformada presentada por los miembros de CMC,<sup>31</sup> y Contestación a la Demanda de Reconvencción Reformada presentada por CMC S.A.S.<sup>32</sup>, cuyos traslados de las objeciones a los juramentos estimatorios planteados y las Excepciones se surtieron por Secretaría como quedó consignado en el numeral 3.22.

<sup>25</sup> Cuaderno Principal No.4 – Folios 1 a 4

<sup>26</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 5 a 114

<sup>27</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 115 a 229

<sup>28</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 1 a 3

<sup>29</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folio 248

<sup>30</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folio 267

<sup>31</sup> Cuaderno Principal No.6 – Folios 1 a 116

<sup>32</sup> Cuaderno Principal No.6 – Folios 269 a 389

3.24. El 22 de Enero de 2014, los Apoderados de las Demandadas radicaron los siguientes documentos:

3.24.1. Las Demandadas MASERING, EL CÓNDOR y SP, un escrito con el que describieron el traslado de las Excepciones contenidas en la Contestación a la Reforma de la Demanda de Reconvención y la objeción al juramento estimatorio.<sup>33</sup>

3.24.2. La Demanda CMC S.A.S. un escrito con el que describió el traslado de las Excepciones contenidas en la Contestación a la Reforma de la Demanda de Reconvención y a su vez se pronunció sobre la objeción al juramento estimatorio, solicitando la práctica de pruebas adicionales.<sup>34</sup>

3.25. El 28 de Enero de 2014 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación (Acta No.10), la cual, mediante Auto No.10, <sup>35</sup>fue declarada fallida.

3.26. En esa misma oportunidad, mediante Auto No.11<sup>36</sup>, se fijaron los honorarios y gastos del Proceso, sumas que fueron entregadas oportunamente por las Partes a la Presidente del Tribunal, en las porciones que a cada una correspondía.

#### **4. Primera Audiencia de Trámite. Trámite aplicable al Proceso. Decreto de Pruebas.**

4.1 El 21 de Febrero de 2014 tuvo lugar el inicio de la Primera Audiencia de Trámite, a cuyo efecto el Tribunal se declaró competente, previo estudio y análisis de las controversias planteadas por las Demandadas en sus diferentes escritos.

4.1.1. Mediante Auto No.12,<sup>37</sup> el Tribunal se declaró competente para conocer y resolver la Reforma Integral de la Demanda presentada por CNR, las Reformas Integrales de las Demandas de Reconvención presentadas por MASERING, EL CÓNDOR y SP y por CMC S.A.S, sus respectivas Contestaciones y Réplicas; y

4.1.2. Mediante Auto No.13,<sup>38</sup> dispuso la suspensión de la Audiencia para continuarla el 6 de Marzo de 2014 y ordenó tener en cuenta la Adición a la Cláusula Compromisoria contenida en la Cláusula Catorce de la Oferta Mercantil del 31 de Agosto de 2015, sobre la que se hizo referencia en el numeral 2.2.2 anterior.

4.2. El 6 de Marzo de 2014 (Acta12) se continuó y concluyó la Primera Audiencia de Trámite, a cuyo efecto el Tribunal:

---

<sup>33</sup> Cuaderno Principal No.7 – Folios 2 a 10

<sup>34</sup> Cuaderno Principal No.7 – Folios 11 a 22

<sup>35</sup> Cuaderno Principal No.7 – Folio 433

<sup>36</sup> Cuaderno Principal No.7 – Folios 436 a 440

<sup>37</sup> Cuaderno Principal No.8 – Folios 1 a 11

<sup>38</sup> Cuaderno Principal No.8 – Folio 9

4.2.1. Mediante Auto No.14<sup>39</sup>, se pronunció respecto de los recursos de reposición interpuestos por las Demandadas contra el Auto No.12 del 21 de Febrero de 2014, mediante el cual el Tribunal declaró su Competencia, no reponiendo dicha providencia.

4.2.2. Mediante Auto No.15,<sup>40</sup> el Tribunal se refirió a la aplicabilidad de la Ley 1563 de 2012 y del Código de Procedimiento Civil, teniendo en cuenta la procedencia de las pruebas pedidas a la luz de la regulación procesal vigente en el momento de solicitarse las pruebas, concluyendo, sin reparo de las Partes, que ésta debía adelantarse conforme a la Ley 1563 de 2012 y a las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, y a continuación decretó y ordenó la práctica de las pruebas.

## **5. Las Pruebas decretadas y practicadas**

Mediante Auto No.15 del 6 de Marzo 2014, el Tribunal procedió a tener y decretar como pruebas las aportadas y solicitadas por las Partes que consideró pertinentes y conducentes, así:

### **5.1. Documentales:**

Tuvo como tales y las incorporó- con el mérito probatorio correspondiente a cada uno- de los documentos aportados en oportunidad legal por la Demandante, CNR, y los documentos aportados en oportunidad legal por las Demandadas sociedad Consorcio Minero del Cesar S.A.S. y por Masering S.A.S., Construcciones el Cóndor S.A., y S.P. ingenieros S.A.S.

Igualmente se incorporaron al expediente como pruebas los documentos entregados por algunos testigos en sus declaraciones o en la oportunidad indicada por el Tribunal, así como los documentos cuya traducción del idioma inglés al español ordenó el Tribunal (Auto 53)<sup>41</sup>, y se ordenó el traslado de los mismos a la Partes. (Auto No. 55).<sup>42</sup>

### **5.2. Interrogatorios de parte.**

Del representante legal de la sociedad CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.: el 14 de Mayo de 2015, se practicó el Interrogatorio de Parte de la representante legal de EL CÓNDOR, Adriana Gallego Oke (Acta 42).<sup>43</sup>

El Demandante desistió de las declaraciones de parte de Oscar Ordóñez Muñoz (representante legal de CMC SAS), Guillermo Ordóñez Muñoz (representante legal de MASERING), y Andrés Saldarriaga Pérez (representante legal de SP).

A su turno, las Demandadas desistieron de la declaración de parte del representante legal de CNR.

<sup>39</sup> Cuaderno Principal No.8 – Folios 42 a 46

<sup>40</sup> Cuaderno Principal No.8 – Folios 46 a 62

<sup>41</sup> Cuaderno Principal No.14 Folio 5

<sup>42</sup> Cuaderno Principal No.16 Folio 14

<sup>43</sup> Cuaderno Principal No.11 Folio 388

### 5.3. Testimonios.

En este proceso fueron practicados los Testimonios de las personas indicadas a continuación:

- ✓ Víctor Campuzano Monsalve: recibido en audiencias del 4 de Abril de 2014 (Acta 14)<sup>44</sup>, 7 de abril de 2014 (Acta 15)<sup>45</sup>, 10 de Abril de 2014 (Acta 16)<sup>46</sup>, 7 de Mayo de 2014 (Acta 17)<sup>47</sup>, Mayo 8 de 2014 (Acta 18)<sup>48</sup>, 14 de Mayo de 2014 (Acta 19) y <sup>49</sup>21 de Mayo de 2014 (Acta 20)<sup>50</sup>.
- ✓ Roberto Antonio Campuzano Pacheco: recibido en audiencia del 2 de Febrero de 2015 (Acta 37).<sup>51</sup>
- ✓ Uriel Francisco Woodcock Montenegro: recibido en audiencias del 3 de Septiembre de 2014 (Acta 26)<sup>52</sup> y 9 de Septiembre de 2014 (Acta 27)<sup>53</sup>
- ✓ Spencer Bradley Sloan: recibido en audiencia del 13 de Mayo de 2015 (Acta 41).<sup>54</sup>
- ✓ Orlando Rivera: recibido en audiencias del 28 de Mayo de 2014 (Acta 21)<sup>55</sup>, 9 de Junio de 2010 (Acta 22)<sup>56</sup>, 10 de Junio de 2014 (Acta 23)<sup>57</sup>, 18 de Junio de 2014 (Acta 24)<sup>58</sup> y 27 de Agosto de 2014 (Acta 25)<sup>59</sup>. Francisco Cavalli Papa: recibido en audiencia por teleconferencia el 10 de Noviembre de 2014 (Acta 32)<sup>60</sup>
- ✓ Julio César García Perdomo: recibido en audiencia del 4 de Noviembre de 2014 (Acta 31)<sup>61</sup>

<sup>44</sup> Cuaderno Principal No.8 -Folio 208, Cuaderno de Testimonios No.1-Folios 6 a 38 y los documentos aportados obran a Folios 211 a 267 del Cuaderno Principal No.8

<sup>45</sup> Ibíd -Folio 269, Cuaderno de Testimonios No.1-Folios 39 a 74 y los documentos aportados obran a Folios 272 a 297 del Cuaderno Principal No.8

<sup>46</sup> Ibíd -Folio 300 y Cuaderno de Testimonios No.1-Folios 75 a 111 y los documentos aportados obran a Folios 307 a 344 del Cuaderno Principal No.8

<sup>47</sup> Cuaderno Principal 9 -Folio 3 y Cuaderno de Testimonios No.1-Folios 112 a 165

<sup>48</sup> Ibíd -Folio 259 y Cuaderno de Testimonios 166 a 212

<sup>49</sup> Ibíd -Folio 336 y Cuaderno de Testimonios 213 a 275

<sup>50</sup> Ibíd -Folio 361 y Cuaderno de Testimonios No.1-Folios 276 a 315

<sup>51</sup> Cuaderno Principal No.11- Folio 2, Cuaderno de Testimonios No.2-Folios 102 a 161 y los documentos aportados obran a Folios 25 a 259 del Cuaderno Principal No.12.

<sup>52</sup> Cuaderno Principal No.10 -Folio 101 y Cuaderno de Testimonios No.1 -Folios 484 a 513

<sup>53</sup> Idíd -Folio 108, Cuaderno de Testimonios No.1-Folios 514 a 522 y los documentos aportados obran a Folios 01 a 423 del Cuaderno de Pruebas No.23.

<sup>54</sup> Cuaderno Principal No.11 -Folio 383, Cuaderno de Testimonios No.1 -Folios 62 a 97 y los documentos aportados obran en el Folio 387 del Cuaderno de Pruebas No.11.

<sup>55</sup> Cuaderno Principal No.10 -Folio 2 y Cuaderno de Testimonios No.1-Folios 316 a 348 y los documentos aportados obran a Folios 1 a 159 del Cuaderno de Pruebas No.18; 61 a 79 del Cuaderno de Pruebas No. 21 y 197 a 204 del Cuaderno de Pruebas No.22.

<sup>56</sup> Idíd- Folio 24 - Cuaderno de Testimonios No.1 -Folios 349 a 388 y los documentos aportados obran a Folios 28 a 38 del Cuaderno Principal No.10.

<sup>57</sup> Idíd - Folio 40 y Cuaderno de Testimonios No.1-Folios 389 a 424

<sup>58</sup> Ibíd - Folio 49 y Cuaderno de Testimonios No.1-Folios 424 a 469

<sup>59</sup> Ibíd- Folio 67 y Cuaderno de Testimonios No.1-Folios 470 a 483 y los documentos aportados obran a Folios 87 a 88 del Cuaderno Principal No.10.

<sup>60</sup> Cuaderno Principal No. 10-Folio 233 y Cuaderno de Testimonios No.1-Folios 671 a 678

<sup>61</sup> Cuaderno Principal No. 10-Folio 227 y Cuaderno de Testimonios No.1-Folios 664 a 667

- ✓ Stiven Ángel Sánchez: recibido en audiencia del 4 de Noviembre de 2014 (Acta 31)<sup>62</sup>
- ✓ Janio Martínez Arteaga: recibido en audiencia el 13 de Mayo de 2015 (Acta 41).<sup>63</sup>
- ✓ Pedro Antonio Parejo: recibido en audiencia del 9 de Septiembre de 2014 (Acta 27)<sup>64</sup>
- ✓ Hernán Mauricio Enciso Pérez: recibido en audiencia del 30 de octubre de 2014 (Acta 30)<sup>65</sup>

Durante las declaraciones algunos testigos elaboraron gráficos, dibujos explicativos, así como hicieron entrega de documentos, todo lo cual se incorporó al expediente y se puso en traslado de las Partes.

CNR desistió de la práctica de las declaraciones testimoniales de María Isabel Patiño, Jhon Villegas, Marcelo Merino, Luis Rubio, D. Kligman, Hernando Santander, Alexander Quintero Elejalde, Rafael Otero Pinedo, Omar Devia, y Marian González C.

A su turno, CMC S.A.S. y MASERING, EL CÓNDOR y SP, desistieron de la práctica de las declaraciones testimoniales de Elizabeth Zapata, Viviana Carreño Durán, Francisco Herrera, Luz Helena Sánchez, Ernesto Escobar, Paul Bright, John Wooliscroft, Hugo Salazar, María Isabel Patiño, Sara Ramírez, Hernando Villa, Jhon Villegas y de Charles Chapman.

#### **5.4. Experticias de parte.**

5.4.1. En los términos del artículo 116 de la ley 1395 de 2010<sup>66</sup> y en su valor legal, se tuvo como experticia de parte el documento aportado por la Demandante en la Reforma de la Demanda, elaborado por la firma SRK Consulting (UK) Limited, documento denominado "*Technical Report La Francia I & II 2009 Blocks ABB, CD*".<sup>67</sup>

De conformidad con lo anterior, los expertos Paul Bevan Bright y John Anthony Woolliscroft fueron citados para rendir declaración sobre los temas relacionados con su documento (Acta 35 y Acta 36).<sup>68</sup> Para esta diligencia se designó como traductora oficial a María Fernanda Camacho Posada.

---

<sup>62</sup> Cuaderno Principal No. 10-Folio 229 y Cuaderno de Testimonios No.1-Folios 668 a 671

<sup>63</sup> Cuaderno Principal No.11-Folio 382 y Cuaderno de Testimonios No.2-Folios 260 a 269

<sup>64</sup> Cuaderno Principal No.10-Folio109 y Cuaderno de Testimonios No.1-Folios 523 a 553 y los documentos aportados obra a Folios 1 a 403 del Cuaderno de Pruebas No. 23.

<sup>65</sup> Cuaderno Principal No.10 – Folio 175 y Cuaderno de Testimonios No.1-Folios 625 a 663

<sup>66</sup> "*La parte que pretenda valerse de un experticio podrá aportarlo en cualquiera de las oportunidades para pedir pruebas. El experticio deberá aportarse acompañado de los documentos que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito y con la información que facilite su localización.*

*El juez citará al perito para interrogarlo en audiencia acerca de su idoneidad y del contenido del dictamen, si lo considera necesario o si la parte contra la cual se aduce el experticio lo solicita dentro del respectivo traslado. La inasistencia del perito a la audiencia dejará sin efectos el experticio"*

<sup>67</sup> Cuaderno Principal No. 7 –Folio 34 (Obra el documento original) y Folios 309 a 388 (Obra la traducción del documento).

<sup>68</sup> Cuaderno Principal No.10 -Folio 301 y 307

5.4.2. En los términos del artículo 116 de la ley 1395 de 2010 y en su valor legal, se tuvo como experticia de parte el documento aportado por la Demandante en la Reforma de la Demanda, elaborado por la firma Valor en Finanzas Limitada, Valfinazas y elaborado por el señor Camilo Soto Franky.<sup>69</sup>, quien envió con destino al Trámite Arbitral conforme se lo ordenó el Tribunal el Modelo Financiero en Excel que le fuera entregado por Goldman Sachs.<sup>70</sup>

De conformidad con lo anterior, el experto Camilo Soto Franky fue citado para rendir declaración sobre los temas relacionados con su documento (Acta 28).<sup>71</sup>

5.4.3. En los términos del artículo 116 de la ley 1395 de 2010 y en su valor legal, se tuvo como experticia de parte el documento aportado por las Demandadas CMC S.A.S., Masering S.A.S., Construcciones el Cóndor S.A. y S.P. Ingenieros S.A.S., elaborado por la firma INVERKAPITAL BANCA DE INVERSION S.A.S.<sup>72</sup>

De conformidad con lo anterior, los expertos Luis Alfredo Turizo y Jaime Andrés Henao Palacio fueron citados para rendir declaración sobre los temas relacionados con su documento (Acta 29)<sup>73</sup>, y el señor Luis Alfredo Turizo envió con destino al trámite arbitral conforme se lo ordenó el Tribunal el Modelo Financiero en Excel desarrollado por IK BANCA DE INVERSIÓN.<sup>74</sup>

5.4.4. En los términos del artículo 116 de la ley 1395 de 2010 y en su valor legal, se tuvo como experticia de parte el documento aportado por la Demandada CMC S.A.S. elaborado por el señor Cezar Armando Medina Pinto, documento denominado “Análises de Frotas de Transporte a Carga-Slide 9”, *“Análises disponibilade de Equipos CMC SAS” que corresponde a la experticia técnica independiente do desenvolvimento do contrato exploracao na “la francia”*.

De conformidad con lo anterior, el experto Cezar Armando Medina Pinto fue citado para rendir declaración sobre los temas relacionados con su documento (Acta 33 y 34).<sup>75</sup>

Se ordenó la traducción oficial del estudio aportado por el experto Cezar Medina del portugués al español, para cuyo efecto se designó como traductora oficial a Leticia Isabel Salamanca Alves, cuyo documento traducido obra en el expediente.<sup>76</sup>

## 5.5. Inspecciones Judiciales con Exhibición de Documentos

---

<sup>69</sup> Cuaderno de Pruebas No.14 -Folios 163 a 253

<sup>70</sup> Cuaderno Principal No.10 -Folios 199 a 200

<sup>71</sup> Cuaderno Principal No.10 -Folio 131

<sup>72</sup> Cuaderno Principal No.7 – Folios 245 a 337

<sup>73</sup> Cuaderno Principal No 7 – Folio 143

<sup>74</sup> Cuaderno Principal No.10- Folios 197 a 198

<sup>75</sup> Cuaderno Principal No.10 Folios 238 y 296

<sup>76</sup> Cuaderno Principal No.9 – Folios 7 a 152

5.5.1. La Demandante desistió de la práctica de las inspecciones decretadas en las oficinas de MASERING, EL CÓNDOR, SP y en las oficinas de CMC S.A.S. (Acta 44).<sup>77</sup>

5.5.2. El 14 de Mayo de 2014, los Apoderados de las partes tanto de la Demandante como de las Demandadas, manifestaron su acuerdo de suspender las diligencias de Inspección Judicial en las Oficinas de FENOCO, EXCAVACIONES y PROYECTOS DE COLOMBIA S.A. -EPSA- y CARBOSAN.<sup>78</sup>

5.5.3. En concordancia con tal petición, el 27 de mayo de 2014, se enviaron por Secretaria, mediante correo certificado, los Oficios Nos. 13, 14, 15 y 16 que obran visibles a folios 10 a 22 del Cuaderno Principal No.10, dirigidos a: (i) Excavaciones y Proyectos de Colombia S.A –EPSA-, (ii) FENOCO, (iii) SOCIEDAD PORTUARIA RÍO CORDOBA S.A. y (iv) CARBOSAN, de conformidad con lo ordenado por el Tribunal mediante Auto No. 23 del 14 de mayo de 2014, para que en reemplazo y conforme a la metodología acordada por las partes en cuanto a la forma de llevar a cabo las Inspecciones Judiciales con exhibición de documentos solicitadas de común acuerdo por las mismas, se allegarán los documentos dentro del término señalado por el Tribunal.

5.5.4. Como consecuencia de lo anterior:

✓ El 10 de Junio de 2014, la Sociedad Excavaciones y Proyectos de Colombia S.A.S. –EPSA- dio respuesta al Oficio No.14 del 27 de mayo de 2014, documentos que obran en el Cuaderno de Pruebas No.22 -Folios 1 al 97.

✓ El 11 de Junio de 2014, La Sociedad Portuaria Río Córdoba S.A. por intermedio de su Representante Legal Suplente dio respuesta al Oficio No. 13 del 27 de mayo de 2014, documentos que obran en el Cuaderno de Pruebas No.22 - Folios 98 al 109 y Cuaderno de Pruebas No.24 – Folios 1 al 424.

✓ El 12 de Junio de 2014, Ferrocarriles del Norte de Colombia S.A. – FENOCO- dio respuesta al Oficio No.16, documentos que obran visibles a Folios 110 a 196 del Cuaderno de Pruebas No.22.

✓ El 3 de diciembre de 2014, Carbosan dio respuesta al Oficio No.15, documentos que obran visibles a Folios 260 a 264 del Cuaderno Principal No.11.

5.5.5. Mediante Auto No. 46 del 25 de Junio de 2015:<sup>79</sup> (i) Se declaró cumplido el objeto de las inspecciones judiciales con exhibición de documentos de: (i) Excavaciones y Proyectos de Colombia S.A –EPSA-, (ii) FENOCO, (iii) SOCIEDAD PORTUARIA RÍO CORDOBA S.A. y (iv) CARBOSAN, y (ii) Se aceptó el desistimiento manifestado por el apoderado de CNR de las inspecciones judiciales con exhibición de documentos en las

<sup>77</sup> Cuaderno Principal No.12 Folio 3 a 26

<sup>78</sup> Cuaderno Principal No.9 – Folio 337

<sup>79</sup> Cuaderno Principal No. 12 – Folio 06



oficinas de MASERING S.A.S, CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A., S.P. INGENIEROS S.A.S, y CMC S.A.S.

5.5.6. Respecto de la prueba de exhibición de documentos e inspección judicial en las Oficinas **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S. (“CNR”)**, las sociedades convocadas MASERING S.A.S, CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A., S.P. INGENIEROS S.A.S y CMC S.A.S. enviaron un correo con el fin de dar cumplimiento a la metodología planteada por las partes y manifestaron que anexaban un enlace en el que constaban los documentos de la exhibición de CNR.

\* El enlace que se relaciona a continuación tal como quedó consignado en el Acta No.44 del 25 de Junio de 2015, corresponde a lo que en dicha audiencia manifestaron las partes consistente en que en lo exhibido por parte de CNR hay archivos que no se encuentran en formato imprimible y que se relacionan en el siguiente enlace:

<https://app.box.com/s/2q2a3adggcri14sdfskg3kbqrmwosty><sup>80</sup>

5.5.7. El 27 de Agosto de 2014, el apoderado de las Demandadas allegó un memorial respecto de la Inspección Judicial decretada por el Tribunal en CNR mediante Auto No.15 del 6 de Marzo de 2014, mediante el cual hace una relación de los documentos que aporta en la memoria que adjuntó.<sup>81</sup>

5.5.8. Sin embargo, mediante escrito del 5 de Marzo de 2015,<sup>82</sup> el apoderado de CNR le manifestó al Tribunal:

*“1. En relación con los temas relativos a la inspección judicial aún en curso, puntualizo que mi poderdante CNR no ejercerá el derecho de solicitar a las demandadas, CMC y CMC SAS, la inclusión de los documentos que nos fueron exhibidos.*

*2. Que CNR puso a disposición de las demandadas, desde el 26 de febrero del año en curso, los documentos escogidos por éstas, sin que quede ninguno pendiente, de manera que CNR entiende que la inspección judicial puede ser concluida”.*

5.5.9. Mediante Auto No.55 del 11 de Noviembre de 2015,<sup>83</sup> se declaró cumplido el objeto de la Inspección Judicial con Exhibición de Documentos en CNR.

5.5.10. Al finalizar la audiencia del decreto de pruebas los Apoderados de las partes tanto de la Parte Demandante como de las Demandadas manifestaron de común acuerdo que desistían de la intervención y presencia de peritos en todas las pruebas de inspecciones judiciales.

## **5.6. Oficios.**

<sup>80</sup> Cuaderno Principal No. 12 – Folios 28 a 29, que contiene un CD con 510 archivos

<sup>81</sup> Cuaderno Principal No. 10 – Folios 115 al 119

<sup>82</sup> Cuaderno Principal No.11 Folios 273 a 274

<sup>83</sup> Cuaderno Principal No.16 Folio15

Se libraron los diferentes Oficios ordenados por el Tribunal y se allegaron las respuestas por parte del Ministerio de Trabajo<sup>84</sup>, de la Agencia Nacional Minera –ANM<sup>85</sup>, del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible Agencia Nacional de Licencias Ambientales<sup>86</sup>, de la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales – DIAN<sup>87</sup>, del CITIBANK Colombia S.A.<sup>88</sup>, de Banco de Bogotá S.A. no se recibió respuesta.<sup>89</sup>, del DANE<sup>90</sup>, de la Superintendencia Financiera<sup>91</sup>.

## 5.7. Dictámenes periciales.

5.7.1. Dictamen pericial técnico a cargo de un experto en geología o ingeniería de minas solicitado así por la Demandante y experto en la operación y explotación de minas de carbón a cielo abierto, solicitado así por las Demandadas, y, un dictamen a cargo de un experto en banca de inversión y aspectos contables, solicitado así por la Demandante y experto en valoración de negocios de explotación de minas de carbón de cielo abierto, solicitado así por las Demandadas.

5.7.1.1. Para efectos del dictamen técnico se designó como perito a la Universidad Nacional de Colombia – Facultad de Minas. Fue posesionado el Profesor Antonio José Romero Hernández, en calidad de coordinador del equipo de la Universidad Nacional de Colombia-Facultad de Minas, institución que fuera designada como perito experto en minería.<sup>92</sup>

5.7.1.2. El Profesor Antonio José Romero Hernández, en nombre de la Universidad Nacional de Colombia-Facultad de Minas rindió el dictamen pericial el día 15 de Enero de 2015<sup>93</sup> y dentro del término de su traslado las Partes solicitaron aclaraciones y complementaciones.<sup>94</sup>

5.7.1.3. Mediante Auto No. 49 del 25 de Junio de 2015,<sup>95</sup> el Tribunal decretó y ordenó las aclaraciones y complementaciones y eliminó algunas preguntas del cuestionario formulado por CNR mediante escrito de fecha 28 de mayo de 2015<sup>96</sup>, (Acta 44).<sup>97</sup>

<sup>84</sup> Cuaderno Principal No.11 Folios 303 al 368

<sup>85</sup> Cuaderno Principal No.11 Folios 266 y 267 que incluye una USB, Cuaderno de Pruebas No.21-Folio 18, incluye CD.

<sup>86</sup> Cuaderno de Pruebas No.21- Folio 26 al 44

<sup>87</sup> Cuaderno de Pruebas No.21 Folio 20 al 25

<sup>88</sup> Cuaderno Principal No.10 –Folio 153 a 156 y Cuaderno de Pruebas No.21- Folio 15 al 17

<sup>89</sup> Cuaderno Principal No.8 –Folio 184 y Cuaderno Principal No.11- Folio 12

<sup>90</sup> Cuaderno de Pruebas No.21 –Folio 7 al 9

<sup>91</sup> Cuaderno de Pruebas No.21 –Folio 10

<sup>92</sup> Cuaderno Principal No. 9 –Folios 254 a 258

<sup>93</sup> Cuaderno de Pruebas No. 34 – Folios 1 al 223 (Del Folio 2 al 122 se encuentran las respuestas al Cuestionario de la Demandante, del Folio 124 al 223 se encuentran las respuestas de las Demandadas, del Folio 224 al 242 corresponde a Anexos así: Anexo 1: Informe de Revisión de la Información Geológica Aportada. Anexo 2: Reconstrucción Histórica del Modelo Geológico, Anexo 3: Reconstrucción Histórica Comunicaciones.

<sup>94</sup> Cuaderno Principal No.12 -Folios 73 a 143 y Folios 441 a 463 y 500 a 502

<sup>95</sup> Cuaderno Principal No.12 -Folios 13 al 26

<sup>96</sup> Cuaderno Principal No.12 -Folios 73 a 143

<sup>97</sup> Cuaderno Principal No.12 -Folios 3 a 27

5.7.1.4. CNR en el memorial del 28 de Mayo de 2015, con el fin de controvertir los fundamentos del dictamen pericial técnico mediante el cual descorre el traslado otorgado por el Tribunal, acompañó un dictamen pericial que le encomendó a la firma Geominas S.A., denominado “*Revisión Modelo Geológico y Reservas Mina la Francia Año 2005-2013*”, informe que fue tenido como prueba por el Tribunal dentro del trámite de contradicción del dictamen técnico elaborado por la Universidad Nacional de Colombia-Facultad de Minas, y se ordenó la comparecencia del experto GEOMINAS INGENIEROS S.A. (Acta 48. Auto 54)<sup>98</sup>.

5.7.1.5. El perito técnico presentó las aclaraciones y complementaciones en los términos ordenados por el Tribunal mediante Auto No.49 del 25 de Junio de 2015, el día 7 de Septiembre de 2015.<sup>99</sup>

5.7.1.6. En Noviembre 4 de 2015 se recibió en audiencia la declaración del profesor Antonio José Romero Hernández, coordinador del Equipo de la Universidad Nacional de Colombia-Facultad de Minas y las Partes mediante interrogatorio que le formularon al perito, hicieron uso de su derecho a controvertir el dictamen técnico.<sup>100</sup>

5.7.1.7. En la misma fecha se recibió la declaración del experto Ingeniero Andrés Escobar García en su calidad de Director de Proyectos de Geominas Ingenieros S.A. quien fuera el autor del Informe titulado “*Revisión Modelo Geológico y Reservas Mina la Francia Año 2005-2013*”, elaborado por Geominas Ingenieros S.A. a solicitud de CNR para controvertir el dictamen elaborado por Universidad de Colombia-Facultad de Minas.<sup>101</sup>

5.7.2. Dictamen pericial a cargo de un experto en banca de inversión y aspectos contables, solicitado así por la Demandante y un experto en valoración de negocios de explotación de minas a cielo abierto, solicitado así por las Demandadas.

5.7.2.1. Para efectos del dictamen técnico se designó como perito al doctor Julio Villareal Navarro, Economista, MBA, MS Finance, y profesor universitario, quien tomó posesión el día 2 de abril de 2014 (Acta 13).<sup>102</sup>

5.7.2.2. El Perito rindió su dictamen pericial el 2 de Marzo de 2015<sup>103</sup> y dentro del término de su traslado las Partes solicitaron aclaraciones y complementaciones del mismo.

5.7.2.3. Mediante Auto No. 49 del 25 de Junio de 2015,<sup>104</sup> el Tribunal decretó y ordenó las aclaraciones y complementaciones y eliminó algunas preguntas del cuestionario formulado por CNR mediante escrito de fecha 28 de mayo

---

<sup>98</sup> Cuaderno Principal No.15 -Folios 1 a 4

<sup>99</sup> Cuaderno Principal No.14 -Folios 30 a 163

<sup>100</sup> Cuaderno Principal No.16-Folio 3 y Cuaderno de Testimonios No.2 – Folios 162 a 216

<sup>101</sup> Cuaderno Principal No.16-Folio 4 y Cuaderno de Testimonios No.4 – Folios 217 a 235

<sup>102</sup> Cuaderno Principal No.8– Folios 117 a 118

<sup>103</sup> Cuaderno de Pruebas No.33 –Folios 1 a 571

<sup>104</sup> Cuaderno Principal No.12 –Folios 13 a 26

de 2015<sup>105</sup>, (Acta 44)<sup>106</sup>, y del cuestionario formulado por CMC SAS mediante escrito del 27 de mayo de 2015<sup>107</sup>.

5.7.2.4. El perito financiero y contable, presentó las aclaraciones y complementaciones en los términos ordenados por el Tribunal mediante Auto No.49 del 25 de Junio de 2015, el día 27 de Agosto de 2015<sup>108</sup> y conforme le ordenó el Tribunal mediante Auto No. 52 del 3 de Septiembre de 2015<sup>109</sup> entregó el 18 de septiembre de 2015 un Anexo-Nueva Información de aclaraciones y complementaciones al dictamen.<sup>110</sup>

5.7.2.5. En Noviembre 11 de 2015 se recibió en audiencia la declaración del profesor Julio Villarreal Navarro, en su calidad de perito financiero-contable y las Partes mediante interrogatorio que le formularon al perito, hicieron uso de su derecho a controvertir el dictamen financiero y contable.

## **5.8 Pruebas de Oficio decretadas por el Tribunal:**

5.8.1. Se ordenó a la Agencia Nacional de Minería informar al Tribunal sobre los Planes Mineros aprobados por las Concesiones Mineras números 5160 y 6160 correspondiente a la Mina la Francia y remitir copia de los mismos (Auto 32)<sup>111</sup>. Se allegó la respuesta el día 12 de febrero de 2016, Cuaderno Principal No.11, folios 266 a 267.

5.8.2. Se ordenó a CI Colombian Natural Resources I SAS (“CNR”), al Consorcio Minero del César SAS (“CMC SAS”) y a las sociedades SP, MASERING y EL CÓNDOR, la remisión al Tribunal de las Actas de reuniones de la Asamblea y Junta Directiva que tuvieron lugar durante el periodo de ejecución del contrato (Auto No.38).<sup>112</sup> Se allegaron al expediente copias de las actas que obran en los Cuadernos de Pruebas Nos. 29, 30, 31 y 32, las que las Partes calificaron como confidenciales, a las cuales se les dio el tratamiento de tales, limitando su acceso exclusivamente a los Apoderados.

5.8.3. De oficio se ordenó a CNR que aportara copia completa de los Registros de Control de las Operaciones adelantadas por quien fuera el nuevo operador de la Mina la Francia, junto con copia de los correspondientes Planes Mineros actuales al momento de largo plazo, anuales, semestrales, trimestrales y mensuales (Auto 38). Se allegaron al expediente.(Cuaderno Principal No. 11, Folio 289)

5.8.4. Se ordenó a CNR, que enviara al Tribunal la correspondencia, informes y anexos que fueran enviados al señor Spencer Sloan por la administración de CNR, tanto en medio magnético y físico (Auto 43).<sup>113</sup> Se allegaron al expediente y obran en el Cuaderno de Pruebas No.38, los

---

<sup>105</sup> Cuaderno Principal No.12 –Folios 280 a 308

<sup>106</sup> Cuaderno Principal No.12 –Folios 3 a 27

<sup>107</sup> Cuaderno Principal No.12 –Folios 464 a 499 y 500 a 502

<sup>108</sup> Cuaderno Principal No.13 –Folios 19 a 444

<sup>109</sup> Cuaderno Principal No.13 –Folios 1 a 6

<sup>110</sup> Cuaderno Principal No.14 –Folios 164 a 197

<sup>111</sup> Cuaderno Principal No.10 –Folio 145

<sup>112</sup> Cuaderno Principal No.11 –Folio 4

<sup>113</sup> Cuaderno Principal No.11– Folio 384

documentos aportados la Parte convocante que esta calificó como confidenciales, a los cuales se les dio el tratamiento de tales, limitando su acceso exclusivamente a los Apoderados.

5.8.5. Se ordenó a CNR, MASERING, EL CONDOR, SP y a CMC S.A.S., que enviaran al Tribunal los informes, presentaciones y otros anexos que hubieran hecho parte de las actas de Junta Directiva y de Asamblea de Accionistas, hasta el mes de enero de 2013, en relación con el contrato de operación de la Mina La Francia, tanto en medio magnético y físico. (Auto 44).<sup>114</sup> Se allegaron al expediente y obran en los Cuadernos de Pruebas Nos. 35, 36 y 37.

## 6. Cierre de la instrucción y Alegatos de Conclusión

6.1. Mediante Auto No. 55 del 11 de Noviembre de 2015,<sup>115</sup> y habiéndose practicado la totalidad de las pruebas decretadas en el Proceso, el Tribunal dispuso el cierre del periodo probatorio y fijó el 10 de Febrero de 2016 como fecha para llevar a cabo la Audiencia de alegatos de conclusión.

6.2. En tal fecha las Partes presentaron sus alegaciones orales y entregaron los Alegatos por escrito<sup>116</sup>

## 7. Audiencias del Tribunal

El proceso se desarrolló en cincuenta y dos (52) audiencias incluidas la de instalación y la de fallo.

## 8. Término de duración del proceso

8.1. La Primera Audiencia de trámite se llevó a cabo el 21 de Febrero de 2014, la cual concluyó el 6 de Marzo de 2014 con el decreto de pruebas.

8.2. En audiencia llevada a cabo el 21 de Febrero de 2014, los apoderados de las Partes adicionaron la cláusula compromisoria debidamente facultados para el efecto<sup>117</sup> y manifestaron su acuerdo de

<sup>114</sup> Cuaderno Principal No.11– Folio 391

<sup>115</sup> Cuaderno Principal NO. 16 Folios 14 a 16

<sup>116</sup> Cuaderno Principal No.17- Folios 193 a 402 (Alegato de la Demandante- CNR-), anexaron un CD que contiene el Modelo Financiero y Folios 403 a 673 (Alegato firmado por las Demandadas – MASERING, EL CONDOR, SP y CMC SAS-).

<sup>117</sup> Cuaderno Principal No.8 - Folios 12 a 17. Se Adicionada la cláusula compromisoria el 21 de febrero de 2014 en los siguientes términos:

*“(…) Por lo anterior, con las reservas expresas y reiteración de sus posiciones, al tenor del artículo 10 de la Ley 1563 de 2013: ACUERDAN: 1. Adicionar el Pacto Arbitral contenido en la Cláusula Catorce de la Oferta Mercantil de 31 de agosto de 2005, única y exclusivamente para señalar un término máximo de duración del proceso arbitral en curso de dos (2) años contados desde la terminación de la Primera Audiencia de Trámite, para que el Tribunal de Arbitraje en término razonable pronuncie su fallo en derecho respecto de las diferencias sometidas a su conocimiento en los escritos presentados. La presente adición es convenida en la fecha de la providencia mediante la cual el Tribunal pronuncia su competencia y*

extender el término de duración del trámite arbitral para que fuera de dos (2) años contados a partir de la finalización de la Primera Audiencia de Trámite, es decir hasta el 6 de Marzo de 2016.

8.3. En tales circunstancias, el término para concluir las actuaciones del Tribunal habría expirado el 6 de Marzo de 2016.

8.4. Sin embargo, a dicho término, por virtud del artículo 11 de la Ley 1563 de 2012,<sup>118</sup> deben adicionarse los siguientes días durante los cuales el Proceso estuvo suspendido por solicitud de las Partes, de las cuales se adicionarán aquellas cuya sumatoria no es superior a 120 días hábiles, así:

<u>Suspensión Acta-Auto</u>	<u>Providencia</u>	<u>Fecha de Suspensión</u>	<u>Días -Hábiles</u>
Acta No. 24	Auto No.26	Junio 19 a Agosto 26 de 2014 (ambas fechas inclusive)	45
Acta No. 27	Auto No.30	Septiembre 15 a Septiembre 29 de 2014 (ambas fechas inclusive)	11
Acta No. 29	Auto No. 32	Octubre 2 a Octubre 29 de 2014 (ambas fechas inclusive)	19
Acta No. 36	Auto No.37	Noviembre 27 de 2014 a Febrero 1 de 2015 (ambas fechas inclusive).	43
<b>Total días hábiles que estuvo suspendido</b>			<b>118</b>

8.5. En consecuencia, al sumarle solamente 118 días hábiles durante los cuales el Proceso estuvo suspendido, el término vence el 16 de Agosto de 2016, con lo cual la expedición del laudo es oportuna y se hace dentro del término adicionado por las partes y dentro del término de ley.

8.6. Por lo anterior, la expedición del presente laudo arbitral se hace dentro de la oportunidad legal.

---

*la asume para conocer del fondo de la controversia. 2. MASERING HOLDING S.A.S., CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. y S.P.INGENIEROS S.A.S declaran que la adición precedente, no implica para ellas reconocimiento alguno de su calidad de parte del Pacto Arbitral, ni renuncia expresa o tácita o por conducta concluyente, de su posición jurídica y argumentación jurídica ni de la excepción propuesta de inexistencia del pacto arbitral, ni se tendrá como una conducta contraria o inversa, tampoco como un compromiso, no se considerará por el Honorable Tribunal para decidirla en derecho.”*

<sup>118</sup> **Artículo 11.** Suspensión. El proceso se suspenderá por solicitud de ambas partes con la limitación temporal prevista en esta ley y, además, desde el momento en que un árbitro se declare impedido o sea recusado, y se reanudará cuando se resuelva al respecto. Igualmente, se suspenderá por inhabilidad, renuncia, relevo o muerte de alguno de los árbitros, hasta que se provea a su reemplazo.

Al término del proceso se adicionarán los días de suspensión, así como los de interrupción por causas legales. En todo caso, las partes o sus apoderados no podrán solicitar la suspensión del proceso por un tiempo que, sumado, exceda de ciento veinte (120) días. (Subraya fuera de texto).

## 9. Las Partes al finalizar el trámite arbitral hicieron las siguientes manifestaciones en audiencia:<sup>119</sup>

*“En este estado de la audiencia, teniendo en cuenta que ya se han practicado la totalidad de las pruebas del presente trámite arbitral y que solo falta el traslado del trabajo de traducción a que se refiere la providencia presente, las partes de común acuerdo, por intermedio de sus respectivos apoderados presentes en ésta audiencia, de **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S., MASERING S.A.S., CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A., y SP INGENIEROS S.A.S. integrantes del CONSORCIO MINERO DEL CESAR y CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.,** dejan expresa constancia de su conformidad con la actuación procesal desplegada hasta el momento, la duración transcurrida del proceso, las suspensiones solicitadas y decretadas, la forma en que las pruebas fueron practicadas y decretadas y el ejercicio de sus derechos y garantías constitucionales y legales, todo sin perjuicio de las excepciones y alegaciones que hubieren interpuesto en su oportunidad procesal sobre aspectos específicos.*

*Seguidamente y de acuerdo con el artículo 58 de la ley 1563 de 2012, los apoderados de las partes ratifican su conformidad con la aplicación en éste trámite del Código de Procedimiento Civil, conforme quedó establecido mediante Auto No.15 del 6 de marzo de 2014.*

*Así mismo las partes dejan constancia de que no encuentran que exista ningún vicio que pueda acarrear la nulidad del proceso, por lo cual manifiestan que cualquier posible vicio que no haya sido advertido se entiende saneado”.*

## II. LA CONTROVERSIA

### 1. Reforma Integral de la Demanda y Pretensiones de CNR

1.1. La Reforma Integral de la Demanda Arbitral<sup>120</sup>, además de identificar a las Partes y sus lugares de notificación, señalar los fundamentos jurídicos que estima pertinentes, acompañar y solicitar el decreto y práctica de pruebas, referirse al tipo de proceso y estimar bajo juramento la cuantía de las Pretensiones de CNR, trae la versión de los hechos relevantes al Arbitraje.

1.2. Elevó la solicitud de convocatoria de un Tribunal de Arbitramento en los siguientes términos:

---

<sup>119</sup> Cuaderno Principal No. 16 –Folios15 a 16

<sup>120</sup> Cuaderno Principal No. 3- Folios 33 a 93

*“Así las cosas, solicito la convocatoria de un Tribunal de Arbitramento, para lo cual formulo demanda contra Masering S.A.S. (anteriormente, MASERING S.A.), Construcciones El Cóndor S.A., S.P. Ingenieros S.A.S. (anteriormente S.P. Explanaciones S.A.) personas jurídicas éstas que se encuentran asociadas en el llamado Consorcio Minero del Cesar (en adelante, el "CMC") e igualmente demando a la sociedad Consorcio Minero del Cesar S.A.S. (en adelante, "CMC SAS"), para que el Tribunal Arbitral que se constituya en virtud de la presente demanda, previos los trámites propios del proceso arbitral de mayor cuantía, dirima las controversias existentes entre las partes derivadas del negocio jurídico conformado por la Oferta Mercantil formulada el 31 de agosto de 2005 por los miembros del CMC a la Compañía Carbones del Cesar S.A. (antecesor de CNR) ("CDC") y aceptada por ésta en la misma fecha (en adelante la "Oferta"), junto con los demás acuerdos de voluntad de las mencionadas partes que han modificado las estipulaciones, el alcance y los efectos de la Oferta (en adelante el conjunto formado por la Oferta, su aceptación y los acuerdos modificatorios se denomina el "Contrato de Operación").”*

*“Así mismo, el mencionado Tribunal Arbitral habrá de resolver las discrepancias surgidas entre (i) CNR, y (ii) los miembros del CMC y CMC SAS, por otra, en razón del pretendido negocio de cesión de posición contractual, mediante el cual estos últimos han alegado que CMC SAS asumió la posición jurídica que ostentan los miembros del CMC en el Contrato de Operación. De esta manera el Tribunal Arbitral, con base en los hechos que más adelante se reseñan y en las pruebas que se alleguen al proceso, deberá proferir las declaraciones e imponer contra las demandadas las condenas que se relacionan en el acápite 0 de la presente demanda.”*

1.3. Elaboró un Preámbulo<sup>121</sup> (Capítulo IV de la Reforma Integral de la Demanda Arbitral), para poner en contexto al Tribunal de los Hechos que relata en el Capítulo V.

<sup>121</sup> Cuaderno Principal No.3 – Folios 36 a 39

“(…)

- a. CNR es titular de una concesión minera en el municipio de El Paso, departamento del Cesar para la explotación y exploración de mineral de carbón en una mina denominada La Francia.
- b. Para la explotación de parte de la mina La Francia que se conoce como el Pit AB (en adelante, en conjunto con el Pit B', que se adicionó posteriormente, la "Mina"), los miembros del CMC formularon la Oferta, cuya aceptación por parte de CDC dio lugar al perfeccionamiento del el Contrato de operación.
- c. De acuerdo con el Contrato de Operación, las obligaciones principales de los miembros del CMC incluyen (i) remover el material estéril con equipos especializados y transportar dicho material estéril en camiones a ciertas zonas denominadas botaderos; (ii) remover el carbón usando equipo especializado; y (iii) transportar dicho carbón al patio de acopio para tritarlo y luego cargarlo a los camiones o trenes para ser transportado a las instalaciones de sus clientes o a los puertos de exportación.
- d. Se incorporaron por referencia al Contrato de Operación un protocolo minero y un Plan Minero Base (conforme se define más adelante), los cuales conjuntamente establecen el diseño básico y la secuencia de la Mina y sus operaciones.
- e. Con el fin de cumplir el objeto del Contrato de Operación, consistente en la explotación de la totalidad de las reservas extraíbles de carbón en la Mina, uno de los parámetros técnicos acordados por las partes fue explotar el Pit en una secuencia tal que permitiere llegar al nivel final del fondo del Pit, el cual sería de -120 metros sobre el nivel del mar ("MSNM").



- f. De acuerdo con lo anterior, las partes diseñaron el Plan Minero Base para lograr la máxima profundidad de la Mina anteriormente mencionada, y de manera previa a iniciar el proceso llamado de “retrollenado”<sup>121</sup>, de manera que se asegurara una eficiente producción de material estéril y de carbón asociado durante la vida de la Mina.
- g. Posteriormente, de conformidad con los términos del Contrato de Operación, el Plan Minero Base y el protocolo de planeación minera, PPM (conforme se define más adelante) sirvieron para la elaboración de los Planes Mineros (según dicho término se define más adelante) anuales, trimestrales y mensuales.
- h. De manera general, los miembros del CMC aceptaron llevar a cabo *“todas las actividades necesarias (...) para la extracción de una cantidad equivalente al total de reservas extraíbles a cielo abierto en La Mina, según el Plan Minero”*.
- i. Más específicamente, bajo el Contrato de Operación, los miembros del CMC se obligaron, entre otras prestaciones, a (i) explotar de conformidad con el PPM, el Plan Minero Base y los diversos Planes Mineros anuales, trimestrales y mensuales, observando, sin limitación, los requerimientos sobre volumen y los parámetros geográficos allí establecidos; (ii) tener los equipos suficientes e idóneos para explotar la mina, de acuerdo, entre otros, con los parámetros descritos en el literal (e) anterior; y (iii) construir y mantener las vías aptas para la operación.
- j. Las manifestaciones y garantías de los miembros del CMC, en el sentido de que tenían equipos suficientes para extraer una determinada cantidad de material estéril y carbón, constituyeron el motivo determinante para que CNR accediera a modificar el Contrato de Operación, asumiendo la obligación de preparar Planes Mineros que reflejaran cierta cantidad mínima de material estéril y carbón asociado por mes, mientras se dejaba intacta la obligación a cargo de los miembros del CMC de extraer dicha cantidad de conformidad con los Planes Mineros, y en todo caso, de conformidad con el Contrato de Operación.
- k. No obstante contar con unos lineamientos claros para la explotación de la Mina, los miembros del CMC han incumplido sus obligaciones contractuales, en particular las siguientes: (i) han incumplido permanentemente la obligación de explotar los volúmenes previstos en los diversos Planes Mineros; (ii) en la mayoría de los casos, han incumplido constantemente la obligación de explotar siquiera los volúmenes mínimos garantizados de estéril y carbón, a pesar de que CNR puso a su disposición dichos volúmenes para explotación, cumpliendo su obligación recíproca bajo el Contrato de Operación; (iii) han omitido cumplir con la secuencia del Plan Minero Base y los diferentes Planes Mineros; (iv) se han negado deliberadamente a excavar a la profundidad requerida en el Contrato de Operación, en el Plan Minero Base y en los diversos Planes Mineros; (v) incumplieron el deber de construir y mantener las vías aptas para la adecuada operación de la Mina; y (vi) quebrantaron de manera permanente su obligación de suministrar y mantener los equipos suficientes e idóneos para la operación de la Mina.
- l. Un claro ejemplo de lo anterior, es la decisión de los miembros del CMC en el segundo semestre del 2012 de desviarse de los Planes Mineros y realizar explotaciones en un área diferente de la definida en la secuencia minera incluida en dichos planes. En esta ocasión, los miembros del CMC tomaron la decisión unilateral de evitar excavar en los bloques profundos y sobreexcavar en los bloques superficiales. Esto resultó en (i) la producción de más estéril y menos carbón (mayor relación de descapote) que lo previsto en los Planes Mineros y (ii) mayor cantidad de estéril, lo que produjo un llenado más rápido del actual botadero, aún cuando los miembros del CMC sabían que dicho botadero estaba llegando a los límites previstos en los permisos ambientales de la Mina y a pesar de que la operación no había llegado a su punto más bajo de -120 MSNM, donde debía iniciarse la operación de retrollenado, lo cual estaba programado para ocurrir antes de la colmatación del botadero. En todo caso, a pesar de dicha conducta, los miembros del CMC no cumplieron las metas de producción previstas en los Planes Mineros, ni tampoco con las cantidades mínimas de producción, durante cuatro meses del periodo especificado.
- m. Alcanzar una profundidad de -120 MSNM de manera previa a la colmatación del botadero era vital para una operación eficiente de la Mina, considerando que, si una profundidad de -120 MSNM no era alcanzada, CNR tendría que (a) empezar a retrollenar con estéril un Pit que no había llegado a la profundidad de -120 MSNM, lo cual generaría el riesgo de esterilizar reservas; y/o (b) suspender las operaciones en la Mina completamente, mientras se obtenían los permisos ambientales necesarios para la expansión del botadero.
- n. Los incumplimientos por parte de los miembros del CMC al Contrato de Operación han puesto en riesgo la operación y la viabilidad futura de la Mina, generando así pérdidas significativas para CNR.
- o. Con la intención de evadir sus responsabilidades contractuales, y precisamente al mismo tiempo en que CNR y los miembros del CMC estaban debatiendo sobre sus diferencias respecto a los incumplimientos de los miembros del CMC y de los supuestos perjuicios económicos de los

miembros del CMC debido en parte a cambios en el precio de los combustibles, los miembros del CMC intentaron ceder a una sociedad por acciones simplificada su posición contractual, sin el cumplimiento pleno de las condiciones establecidas por las partes para ese efecto, careciendo la pretendida sociedad cesionaria de las garantías y de los activos suficientes para responder frente a CNR. El propósito principal de la cesión intentada era claramente liberar a los miembros del CMC de sus obligaciones y responsabilidades solidarias tanto pasadas como futuras frente a CNR. Este intento de cesión se trató de hacer amparándose en una autorización concedida por CDC hacía más de tres años cuando no había discrepancias entre las partes, razón por la cual en el mismo documento en que se concedió la autorización de cesión se otorgaron mutuos paz y salvos por la ejecución del Contrato de Operación hasta ese momento. En cambio, la situación era diametralmente distinta cuando se pretendió formalizar la cesión, pues para ese entonces los incumplimientos de los miembros del CMC habían aumentado significativamente y éstos habían reconocido explícitamente, frente a CNR, que la ejecución del Contrato de Operación había dejado de ser rentable y que sin duda los miembros del CMC estaban perdiendo dinero. Adicionalmente, la pretendida cesión constituye un abuso de formas jurídicas, pues ha sido empleada con el propósito de causarle a CNR un importante demérito patrimonial al disminuir la prenda general sobre la cual hacer efectiva su responsabilidad.

p. CMC SAS, pretendiendo actuar como legítimo cesionario del Contrato de Operación, elaboró ciertas facturas correspondientes a trabajos realizados por cuenta de los miembros del CMC, tratando de recaudar, a nombre propio, los montos facturados. CNR, se negó a cancelar dichos valores a CMC SAS, advirtiendo que los servicios bajo el Contrato de Operación únicamente podían ser facturados por los miembros del CMC y que ponía a disposición de ellos los cheques girados para cubrir el monto de sus servicios, los cuales serían entregados previa recepción de las facturas expedidas por los miembros del CMC. Tales cheques aún se encuentran a disposición de los miembros del CMC en las oficinas de CNR, toda vez que los miembros del CMC se han negado a facturar y reclamar en su propio nombre las sumas pendientes de pago.

q. El día 21 de enero de 2013, la sociedad CMC SAS (pretendiendo ser la contraparte contractual) envió una comunicación a CNR informándole que daba por terminado de manera inmediata el Contrato de Operación. Dicho intento de terminación fue (i) ilegal, al no haber consultado los mecanismos previstos en la ley o en el contrato para adoptarla unilateralmente; (ii) inoponible, en la medida en que fue intentada por una persona que no era parte del Contrato de Operación; (iii) abusiva, en la medida en que los fundamentos invocados no la justificaban; (iv) intempestiva, en tanto se llevó a cabo sin preaviso de terminación que permitiera a CNR prepararse para esta contingencia, de manera que CNR debió afrontar no sólo los costos de un cierre intempestivo sino también la pérdida de los ingresos operacionales; y (v) irresponsable, toda vez que generó una situación laboral que habría inevitablemente desembocar en el bloqueo de la Mina, como en efecto ocurrió. La pretendida terminación fue llevada a cabo con el propósito de (i) permitir a los miembros del CMC evadir sus obligaciones y responsabilidades contractuales; y (ii) hacer surgir injustificadamente a cargo de CNR ciertas obligaciones de adquisición de determinados equipos de minería y de la infraestructura destinada para la operación de la Mina.

r. Respecto de este último propósito de los miembros del CMC, CNR ha argüido que no puede premiarse el designio malicioso y deliberado de los miembros del CMC, queriendo ahora sacar ventaja de la supuesta terminación del Contrato de Operación, exigiendo como consecuencia de ello el reconocimiento de un derecho a enajenar a CNR los mencionados equipos. Adicionalmente, el precio pretendido por los miembros del CMC por dicho equipo se basa en precios de lista internacionales, y no en una valoración que tuviera en cuenta la situación específica de dicho equipo en la Mina, la cual se ha visto empeorada como resultado directo de su abandono por los miembros del CMC. Entendemos, con base en la información enviada por los miembros del CMC a CNR, que los evaluadores ni siquiera inspeccionaron el equipo, sino únicamente tomaron como referencia fotografías exteriores del mismo para efectos de llevar a cabo su labor.

s. Simultáneamente con la remisión de la comunicación mediante la que se pretendía terminar el Contrato de Operación, los miembros del CMC inmediatamente procedieron a abandonar las instalaciones de la Mina, y no transportaron a los trabajadores del turno nocturno de la Mina, dejando todo el equipo a su suerte, en el lugar en que se encontraba al momento de lo que habría sido el cambio de turno, sin protección, organización o protocolo. Algunos equipos estaban cargados con material y CMC incluso dejó explosivos armados, algunos de los cuales debieron ser retirados con apoyo de autoridades militares, semanas después del abandono.”

t. Adicionalmente, como era apenas lógico esperar, los trabajadores de los miembros del CMC, movidos en particular por la situación que estaban afrontando (omisión del cambio de turno, abandono de la operación, orden de vacaciones colectivas para todos, seguida de la suspensión de sus contratos) ocuparon las instalaciones por ocho meses, impidiendo el acceso a la Mina, lo que trastornó igualmente la conclusión de un nuevo contrato de operación con otro operador, todo

1.4. Los Hechos en 125 numerales (algunos con subdivisiones), en los cuales se describe el Negocio Jurídico conformado por la Oferta Mercantil formulada el 31 de agosto de 2005 por los miembros del CMC a la Compañía Carbones del Cesar S.A. (CDC, antecesor de CNR) y aceptada por ésta en la misma fecha, junto con los demás acuerdos de voluntad de las mencionadas partes que modificaron las estipulaciones, el alcance y los efectos de la Oferta, mediante los cuales el conjunto formado por la Oferta, su aceptación y los acuerdos modificatorios se denominaron el "Contrato de Operación", los dividió en literales así:

✓ El literal A, ANTECEDENTES Y RELACIONES NEGOCIALES VINCULANTES PARA LAS PARTES<sup>122</sup>;

✓ El literal B, HECHOS RELACIONADOS CON EL INCUMPLIMIENTO POR PARTE DE LOS MIEMBROS DEL CMC DE LOS PLANES MINEROS<sup>123</sup>;

✓ El literal C, HECHOS RELACIONADOS CON EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DE LOS MIEMBROS DEL CMC RESPECTO DE LA OBLIGACIÓN DE EXTRACCIÓN Y EXPLOTACIÓN DE CANTIDADES MÍNIMAS MENSUALES ACORDADAS EN EL ACTA DE REINICIO Y SUS OTROSÍES<sup>124</sup>;

✓ El literal D, HECHOS RELACIONADOS CON ALGUNAS CONSECUENCIAS ADICIONALES DERIVADAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS MIEMBROS DEL CMC DE SU OBLIGACIÓN DE EXTRAER LAS CANTIDADES PREVISTAS EN LOS PLANES MINEROS O POR LO MENOS LAS CANTIDADES MÍNIMAS GARANTIZADAS<sup>125</sup>;

✓ El literal E, HECHOS RELACIONADOS CON EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR PARTE DE LOS MIEMBROS DEL CMC DE GARANTIZAR LA DISPONIBILIDAD, SOSTENIBILIDAD Y ADECUADO FUNCIONAMIENTO DE LOS EQUIPOS IDÓNEOS Y NECESARIOS PARA SATISFACER LA PRODUCCIÓN ANUAL Y MENSUAL DE LA MINA DE ACUERDO CON LOS PLANES MINEROS<sup>126</sup>;

✓ El literal F, HECHOS RELACIONADOS CON EL INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL DE LAS OBLIGACIONES DE CONSTRUIR LAS VÍAS Y DE REALIZAR EL MANTENIMIENTO DE LAS MISMAS<sup>127</sup>;

✓ El literal G, HECHOS RELACIONADOS CON LA INVALIDEZ O LA INOPONIBILIDAD DE LA PRETENDIDA CESIÓN DEL CONTRATO DE

---

lo cual, unido a la complejidad de las estipulaciones de un contrato de tal naturaleza y a la necesidad de volver a colocar la Mina en condiciones de explotabilidad, impidió la extracción de estéril y carbón a lo largo de casi todo el año 2013."

<sup>122</sup> Cuaderno Principal No.3 – Folios 39 a 45

<sup>123</sup> Cuaderno Principal No.3 – Folios 45 a 54

<sup>124</sup> Cuaderno Principal No.3 – Folios 54 a 57

<sup>125</sup> Cuaderno Principal No.3 – Folios 57 a 59

<sup>126</sup> Cuaderno Principal No.3 – Folios 59 a 61

<sup>127</sup> Cuaderno Principal No.3 – Folios 61 a 63

OPERACIÓN POR PARTE DE LOS MIEMBROS DEL CMC A FAVOR DE UNA SOCIEDAD POR ACCIONES SIMPLIFICADA (CMC SAS)<sup>128</sup>;

✓ El literal H, HECHOS RELACIONADOS CON LA ABRUPTA, ABUSIVA Y TEMERARIA MANIFESTACIÓN DE TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE OPERACIÓN<sup>129</sup>;

✓ El literal I, HECHOS RELACIONADOS CON OBLIGACIONES DE PAGO PENDIENTES A CARGO DE LOS MIEMBROS DEL CMC Y A FAVOR DE CNR<sup>130</sup>;

1.5. Apoyada en los hechos que se describen en la Reforma Integral de la Demanda Arbitral y en los medios de prueba, las Pretensiones de CNR (declarativas y de condena) son:

**“PRETENSIONES.**

“De conformidad con los hechos anteriormente expuestos, solicito al Honorable Tribunal se sirva hacer las siguientes Declaraciones y Condenas:

**Pretensión Uno.** Que se declare que las sociedades **MASERING S.A.S., CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. y S.P. INGENIEROS S.A.S.**, en su condición de integrantes del CONSORCIO MINERO DEL CESAR, incumplieron reiteradamente las estipulaciones del Contrato de Operación que las obligaban a llevar a cabo la explotación de la Mina de acuerdo con lo establecido en los Planes Mineros.

**Pretensión Dos.** Que se declare que las sociedades **MASERING S.A.S., CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. y S.P. INGENIEROS S.A.S.**, en su condición de integrantes del CONSORCIO MINERO DEL CESAR, incumplieron reiteradamente las obligaciones del Contrato de Operación relacionadas con la extracción de las cantidades de producción, determinadas en los Planes Mineros, o al menos las cantidades mínimas garantizadas, desde el 19 de marzo de 2010, fecha en que CNR devino cesionaria del Contrato de Operación y hasta la fecha de terminación del Contrato de Operación, conforme a lo decidido por el Tribunal.

**Pretensión Tres.** Que se declare que las sociedades **MASERING S.A.S., CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. y S.P. INGENIEROS S.A.S.**, en su condición de integrantes del CONSORCIO MINERO DEL CESAR, incumplieron reiteradamente sus obligaciones bajo el Contrato de Operación al no contar con todos los equipos, materiales e infraestructura necesarios, idóneos y disponibles para la cabal realización de los trabajos, actividades y servicios objeto del Contrato de Operación.

**Pretensión Cuatro.** Que se declare que las sociedades **MASERING S.A.S., CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. y S.P. INGENIEROS**

<sup>128</sup> Cuaderno Principal No.3 – Folios 63 a 67

<sup>129</sup> Cuaderno Principal No.3 – Folios 67 a 70

<sup>130</sup> Cuaderno Principal No.3 – Folios 71 a 74

**S.A.S.**, en su condición de integrantes del CONSORCIO MINERO DEL CESAR, incumplieron reiteradamente las obligaciones del Contrato de Operación relacionadas con la construcción y mantenimiento de las vías de la Mina.

**Pretensión Cinco.** Que se declare que las sociedades **MASERING S.A.S., CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. y S.P. INGENIEROS S.A.S.**, en su condición de integrantes del CONSORCIO MINERO DEL CESAR, incumplieron reiteradamente las obligaciones del Contrato de Operación de que tratan las pretensiones declarativas precedentes, por haber quebrantado el principio de buena fe en la ejecución de los contratos, en particular los deberes secundarios derivados del mismo principio.

**Pretensión Seis.** Que se declare que las sociedades **MASERING S.A.S., CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. y S.P. INGENIEROS S.A.S.**, en su condición de integrantes del CONSORCIO MINERO DEL CESAR, están en mora de pagarle a **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.** los montos pendientes de reembolso relacionados con (i) el anticipo del 16% de los equipos señalados en el Artículo Cuarto del Memorando de Entendimiento y sus modificaciones; (ii) los saldos de las sumas recibidas por los miembros del CONSORCIO MINERO DEL CESAR y no empleadas en el pago de la bonificación acordada para la implementación del Plan de Retiro Voluntario ofrecido a los trabajadores de dichos miembros, según lo estipulado en la Cláusula Segunda del Otrosí No. 2 del Acta de Reinicio; (iii) las sumas recibidas por la financiación de capital e intereses de las cuotas de los contratos de leasing celebrados para la adquisición de equipos, en los términos de la Cláusula Segunda del Otrosí No. 2 al Acta de Reinicio; y (iv) las expensas incurridas por CNR para el alquiler de equipos adicionales destinados a la operación de la Mina.

**Pretensión Siete.** Que declare que el Contrato de Operación no ha sido terminado legalmente por **MASERING S.A.S., CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. ni S.P. INGENIEROS S.A.S.**, en su condición de integrantes del CONSORCIO MINERO DEL CESAR, ni por el **CONSORCIO MINERO DEL CESAR SAS.**

**Pretensión Ocho.** Que declare que las sociedades **MASERING S.A.S., CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. y S.P. INGENIEROS S.A.S.**, en su condición de integrantes del CONSORCIO MINERO DEL CESAR están obligadas a asumir todos los costos y riesgos de pérdida, daño o deterioro que hubieran o pudieren sufrir los equipos, elementos e infraestructura destinados a la explotación de la Mina como consecuencia de la cesación ilegal, injustificada y abusiva de la ejecución del Contrato de Operación y del subsiguiente abandono de la Mina y de los mencionados bienes.

**Pretensión Nueve.** Que declare que las sociedades **MASERING S.A.S., CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. y S.P. INGENIEROS S.A.S.**, en su condición de integrantes del CONSORCIO MINERO DEL CESAR están obligadas a asumir todos los costos y erogaciones

incurridos por **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.** para (i) hacer cesar el bloqueo de la Mina llevado a cabo por los trabajadores de los miembros del **CONSORCIO MINERO DEL CESAR** y/o **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.** con el fin de que **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.** recuperara la tenencia de la Mina, así como para (ii) rehabilitarla y colocarla de nuevo en condiciones de operatividad en razón de los apreciables deterioros sufridos por los equipos, elementos e infraestructura como secuela del abandono y bloqueo de la Mina.

**Pretensión Diez.** Que declare, en razón de los graves y reiterados incumplimientos de las obligaciones contraídas por las sociedades integrantes del **CONSORCIO MINERO DEL CESAR** bajo el Contrato de Operación, la resciliación o terminación del Contrato de Operación.

**Pretensión Once.** Que como consecuencia de la pretensión declarativa Segunda de esta demanda, se condene a las sociedades **MASERING S.A.S.**, **CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.** y **S.P. INGENIEROS S.A.S.**, en su condición de integrantes del **CONSORCIO MINERO DEL CESAR**, a pagar a favor de **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.** la suma de diez millones de dólares (USD 10.000.000), pagaderos en pesos colombianos a la tasa de cambio del día de pago, monto correspondiente a la cláusula penal pactada en el Contrato de Operación, o la suma mayor que fuere probada dentro de este proceso, por concepto de los perjuicios causados a **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.** en razón del incumplimiento en la extracción de las cantidades de producción establecidas en los Planes Mineros o de al menos las cantidades mínimas garantizadas. Dentro de este resarcimiento deben incluirse las consecuencias económicas adversas sufridas o que llegue a sufrir la convocante como consecuencia de no haber podido cumplir compromisos adquiridos frente a terceros, por insuficiencia de carbón, para la movilización y manejo portuario del carbón (compromisos *take or pay*).

**Pretensión Doce.** Que en razón del incumplimiento de las obligaciones contractuales referidas en las pretensiones declarativas Primera, Tercera, Cuarta y Quinta precedentes, se condene a las sociedades **MASERING S.A.S.**, **CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.** y **S.P. EXPLANACIONES S.A.S.**, en su condición de integrantes del **CONSORCIO MINERO DEL CESAR** a pagar a **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.** la indemnización de los perjuicios materiales, lucro cesante y daño emergente, previsibles como imprevisibles, que sufra **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**, que resulten probados en este proceso.

**Pretensión Trece.** Que en razón del incumplimiento de las obligaciones contractuales referidas en la pretensión declarativa Sexta precedente, se condene a las sociedades **MASERING S.A.S.**, **CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.** y **S.P. EXPLANACIONES S.A.S.**, en su condición de integrantes del **CONSORCIO MINERO DEL CESAR** a reembolsarle a **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.** los saldos pendientes por (i) la financiación del 16% del precio

de los Equipos señalados en el Artículo Cuarto del Memorando de Entendimiento; (ii) las sumas recibidas por las convocadas y no utilizadas en el pago de la bonificación del Plan de Retiro Voluntario ofrecido a los trabajadores de éstas, de acuerdo con la Cláusula Segunda del Otrosí No. 2 al Acta de Reinicio; y (iii) las sumas recibidas por la financiación de capital e intereses de las cuotas de los contratos de leasing celebrados para la adquisición de equipos, en los términos de la Cláusula Segunda del Otrosí No. 2 al Acta de Reinicio; y (iv) las expensas incurridas por CNR para el alquiler de equipos adicionales destinados a la operación de la Mina.

**Pretensión Catorce.** Que como consecuencia de la pretensiones declarativas Octava, Novena y Décima de esta demanda, se condene a las sociedades **MASERING S.A.S., CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. y S.P. INGENIEROS S.A.S.**, en su condición de integrantes del CONSORCIO MINERO DEL CESAR, a indemnizar integralmente a **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**, por concepto de daño emergente y lucro cesante tanto por los perjuicios previsibles como imprevisibles, sufridos por **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**, en razón de la ilegal, injustificada y abusiva cesación de la ejecución contractual, reparación que habrá de cubrir, entre otros conceptos, los costos y expensas incurridos por **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.** para (i) hacer cesar el bloqueo de la Mina por los trabajadores de las convocadas, a fin de que **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.** recuperara la tenencia de las instalaciones; (ii) rehabilitar la Mina y volverla a colocar en condiciones de operatividad, dados los deterioros sufridos como secuela del abandono y bloqueo; y (iii) operar la Mina en el futuro, teniendo en cuenta el incremento de las tarifas o los mayores costos que deba asumir **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.** como consecuencia del contrato de operación que celebró con un nuevo operador, para la explotación que en adelante se haga en la Mina.

**Pretensión Quince.** Que se condene a las sociedades **MASERING S.A.S., CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. y S.P. INGENIEROS S.A.S.**, en su condición de integrantes del CONSORCIO MINERO DEL CESAR, a pagar a **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.** la indexación correspondiente a las sumas de las condenas proferidas según las pretensiones Décima Primera a Décima Cuarta, inclusive, desde la ocurrencia de los respectivos incumplimientos, lo mismo que a reconocer los intereses comerciales moratorios, sobre las mismas sumas, a la tasa máxima legal permitida desde el momento en que el Tribunal considere que las demandadas han quedado constituidas en mora y hasta la fecha en que se realice su pago.

**Pretensión Dieciséis.** Que se condene a las sociedades **MASERING S.A.S., CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. y S.P. INGENIEROS S.A.S.**, en su condición de integrantes del CONSORCIO MINERO DEL CESAR, a pagar las costas y gastos de este proceso arbitral.

**Pretensión Diecisiete.** Que se declare que el negocio de cesión de posición contractual celebrado entre los miembros del CONSORCIO MINERO DEL CESAR y **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, del cual se dio aviso a **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.** mediante escrito del 16 de noviembre de 2012, es inválido y, por tanto no produce efecto alguno, en razón de abuso del derecho; quebranto del principio de la buena fe; fraude en perjuicio de terceros; y por causa ilícita por celebración de contrato en detrimento de terceros.

**Pretensión Dieciocho.** Para el caso de no prosperar la pretensión precedente, formulo como solicitud subsidiaria que se declare que el negocio de cesión a que se ha hecho referencia es inoponible a **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**, y por tanto no produce ningún efecto respecto de ella, toda vez que no se cumplieron las condiciones legales ni convencionales establecidas para ese propósito.

**Pretensión Diecinueve.** En caso de no prosperar la pretensión precedente, y en consecuencia se declare que el aludido negocio jurídico de cesión es válido y oponible a **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**, solicito subsidiariamente que se manifieste que los efectos de dicha oponibilidad únicamente se producen hacia el futuro, esto es, desde el momento en que el tribunal considere que se cumplió con la totalidad de los requisitos legales y convencionales para la oponibilidad de dicho negocio al contratante cedido, de manera que las sociedades **MASERING S.A.S.**, **CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.** y **S.P. INGENIEROS S.A.S.**, en su condición de integrantes del CONSORCIO MINERO DEL CESAR han de permanecer íntegra y solidariamente responsables por el incumplimiento de las obligaciones y por la generación de los perjuicios acaecidos con anterioridad a la efectividad de la aludida oponibilidad.

**Pretensión Veinte.** Que en caso de que la cesión de posición contractual antes referida se considere válida y oponible a **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**, solicito, en subsidio de las pretensiones declarativas Séptima y Décima que se manifieste que la sociedad **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.** dio por terminado unilateralmente el Contrato de Operación de manera ilegal, injustificada y abusiva.

**Pretensión Veintiuno.** Que en caso de que la cesión de posición contractual antes referida se considere válida y oponible a **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**, solicito, en subsidio de las pretensiones declarativas Octava y Novena, que se manifieste que la sociedad **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.** está obligada a asumir (i) los riesgos de pérdida, daño o deterioro que hubieren o pudieren sufrir los equipos, elementos e infraestructura destinados a la explotación de la Mina, como consecuencia de la terminación ilegal, injustificada y abusiva del Contrato de Operación y del subsiguiente abandono y bloqueo de la Mina; y (ii) los costos y erogaciones incurridos por **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.** para (x) hacer cesar el bloqueo de la Mina llevado a cabo por



los trabajadores de los miembros del **CONSORCIO MINERO DEL CESAR y/o CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.** con el fin de que **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.** recuperara la tenencia de la Mina, así como para (y) rehabilitarla y colocarla de nuevo en condiciones de operatividad en razón de los apreciables deterioros sufridos por los equipos, elementos e infraestructura como secuela del abandono y bloqueo de la Mina.

**Pretensión Veintidós.** Que en caso de que el Tribunal declare que el negocio de cesión de que se viene tratando es válido y oponible frente a **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**, y que **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.** es el único responsable de los incumplimientos imputables a los miembros del **CONSORCIO MINERO DEL CESAR**, ocurridos con anterioridad a la oponibilidad de la cesión al contratante cedido, solicito, en subsidio de las pretensiones declarativas Primera a Sexta (ambas inclusive) y en subsidio de las pretensiones de condena Décima Primera a Décima Sexta (ambas inclusive), que se manifieste:

1. Que los incumplimientos de que tratan las pretensiones declarativas Primera, Segunda, Tercera, Cuarta, Quinta y Sexta, son imputables a la sociedad **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, en su condición de cesionaria del Contrato de Operación, y que es por tanto responsable de los perjuicios causados a **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.** como consecuencia de tales incumplimientos.

2. Que las condenas solicitadas en razón de los incumplimientos contractuales, de que tratan las pretensiones de condena Décima Primera, Décima Segunda, Décima Tercera, Décima Cuarta y Décima Quinta, así como la relativa al pago de las costas procesales, han de imponerse a la sociedad **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, en su condición de cesionaria del Contrato de Operación, quien en consecuencia será la obligada a pagar las correspondientes sumas.

3. Que como consecuencia de la terminación ilegal, injustificada y abusiva del Contrato de Operación, de que trata la pretensión declarativa Vigésima, solicito, en subsidio de la pretensión de condena Décima Cuarta, que se condene a la sociedad **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, a indemnizar integralmente a **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**, -por concepto de daño emergente y lucro cesante- tanto los perjuicios previsibles como imprevisibles, sufridos por **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**, reparación que habrá de cubrir, entre otros conceptos, los costos y expensas incurridos por **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.** para (i) hacer cesar el bloqueo de la Mina por los trabajadores de las convocadas, a fin de que **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.** recuperara la tenencia de las instalaciones; (ii) rehabilitar la Mina y volverla a colocar en condiciones de operatividad, dados los deterioros sufridos como secuela del abandono y bloqueo; y (iii) operar la Mina en el futuro, teniendo en cuenta el incremento de las tarifas o los mayores costos que deba asumir **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.** como consecuencia del contrato de

operación que celebró con un nuevo operador, para la explotación que en adelante se haga en la Mina.”

## 2. Contestación y Excepciones

2.1. En la Contestación a la reforma de la demanda arbitral de CNR por parte de CMC SAS se procedió como sigue<sup>131</sup>:

2.1.1. Se opuso a todas y cada de las Pretensiones de CNR.

2.1.2. Elaboró un Preámbulo en el Capítulo II<sup>132</sup> en el cual pone de manifiesto su inconformidad con la relación sintética y la perspectiva de CNR frente al

<sup>131</sup> Cuaderno Principal No. 3 – Folios 99 a 251

<sup>132</sup> Cuaderno Principal No.3 – Folios 100 a 108

### “I. PRELIMINARES

A propósito de la subjetiva apreciación del memorialista sobre las controversias, partes, litisconsorcio necesario, invalidez e inoponibilidad de la cesión del Contrato de Operación (Capítulos I-III), remito al pacto arbitral, documentos contractuales y al ordenamiento jurídico. Advierto la absoluta carencia de legitimación en causa por activa y pasiva de CNR respecto de **MASERING S.A.S., CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. y SP INGENIEROS S.A.S.** integrantes del Consorcio Minero del Cesar, por la cesión de contrato y posición contractual realizada por éstas a CMC SAS, válida, eficaz y oponible desde el 16 de noviembre de 2012, y la inexistencia de pacto arbitral en cuanto concierne a las expresadas sociedades. Pág. 2 de 153”

### “II. EL “PREÁMBULO”

Es “simbiosis” fragmentaria, incorrecta e inexacta. Exactamente, la relación sintética [“preámbulo”, “*dictum*”?], comprueba, la cínica perspectiva de CNR, su ostensible, grave, relevante e injustificado incumplimiento y aspiración ilegítima.

En efecto, la síntesis de la tesis planteada *ex novo* por la parte convocante, adolece de los defectos, imprecisiones y falta de sustento argumentada *in extenso* en los hechos de la reforma a la demanda y resaltada en sus respuestas:

1. La tesis parte de la vigencia del Protocolo de Planeación Minera (PPM) y del nominado Plan Minero Base (Secuencia 5.3.2). Estos documentos perdieron toda fuerza vinculante mucho antes de la entrada en escena de CNR. El PPM dejó de tener efectos vinculantes cuando COALCORP MINING INC asumió el control de CDC, fecha a partir de la cual el Modelo Geológico pasó a ser manejado de forma confidencial por el dueño de la Mina y dejaron de operar los equipos de trabajo y distribución de roles previstos en el mencionado PPM. De otra parte, el Plan Minero de Largo Plazo perdió todo efecto en virtud de cambios introducidos por el dueño de la Mina en la operación minera. Los documentos sobre los cuales se apoya toda la tesis de CNR quedaron sin efectos mucho antes de la cesión del Contrato de CDC a CNR, hecho que no solo es evidente a partir de una comparación de la explotación realmente realizada con la que contemplaban dichos documentos, sino que también era fácilmente verificable en el *due diligence* adelantado por Goldman Sachs Power Holdings para la compra del activo.

2. La reforma a la demanda, para salirle al paso a las graves y nefastas consecuencias de no haber iniciado ni realizado el retrolleado en forma oportuna, pretende atribuir este hecho alternativamente a la incapacidad del Consorcio para llevar al nivel – 120 MSNM o a una supuesta rebeldía. La situación real es bien distinta. La decisión de no iniciar el retrolleado se debió a (i) la anexión del Pit B’ cuando la operación ya estaba en marcha, lo que determinó el inicio de labores de explotación a niveles altos, (ii) decisiones de CNR de no esterilizar reservas, con la expectativa de obtener una reforma a la licencia ambiental que permitiera realizar operaciones por debajo del nivel – 120 MSNM.

3. Según la tesis que se presenta por primera vez en la reforma a la demanda, desde el día siguiente a la fecha de la cesión del Contrato de Operación de CDC a CNR, habrían empezado a ocurrir incumplimientos graves, reiterados y dolosos del operador minero. Sin embargo, esta postura no está respaldada por la conducta contractual de CNR, quien concurrió durante varios años sin objeciones a suscribir documentos contractuales y midió, recibió y pago las cantidades explotadas por el Consorcio sin hacer requerimientos esenciales. En este punto, CNR no solo se ha desentendido de la ejecución práctica del Contrato de Operación, sino que evidencia un total desprecio por sus propios actos. La estrategia de CNR se explica como un mecanismo diseñado

por la convocante para justificar su negativa tozuda a reconocer la cesión del Contrato de Operación realizada válidamente por el Consorcio a CMC SAS.

4. Intentado enmascarar el hecho que dio lugar a la terminación contractual, que no es otro que el incumplimiento deliberado de CNR de varias de sus obligaciones bajo el Contrato de Operación, CNR genera una verdadera cortina de humo para tratar de bloquear una cesión contractual realizada de conformidad con las reglas acordadas por las partes.

5. Finalmente, CNR pretende plantear que la parálisis de sus operaciones fue imputable al Consorcio y a su cesionaria, cuando en realidad, la terminación contractual tiene como causa incumplimientos graves del Contrato de Operación por parte de CNR, quien además a pesar de estar obligada a prestar la vigilancia de la Mina, controlar el ingreso a la Mina, realizar el cerramiento de la Mina y coordinar con las autoridades encargadas del orden público, pretende trasladar su pasividad y negligencia para mantener la continuidad de las operaciones al Consorcio y a CMC SAS. CNR no solo incumplió sus obligaciones de vigilancia de la Mina, sino que demostró una pasividad pasmosa en la realización de conductas tendientes a dar continuidad a la explotación minera. Al parecer, en una época de precios bajos del carbón, CNR prefirió abstenerse de actuar de forma decidida para continuar con las operaciones que fueron legítimamente interrumpidas por CMC SAS como último remedio para afrontar el incumplimiento contractual de CNR.

En este contexto, se solicita al Tribunal, considerar las precisiones antes dichas, la integridad de los documentos contractuales y la conducta contractual de las partes durante la ejecución del contrato, conforme a la respuesta a cada uno de los hechos.

Se responde:

a. Es cierto, se acepta y remite al contenido del contrato de concesión y registro minero.

b. Es cierta la presentación de la oferta por CMC a solicitud expresa de CNR (antes CDC), a cuyo contenido integrado con sus modificaciones y adiciones significativas acordadas por las partes, de tiempo en tiempo, remito.

c. Es una visión parcial. La principal obligación de CMC es la operación de la mina, en los estrictos términos y condiciones del Contrato de Operación, a cuyo texto se remite y, que en rigor supone: (i) La debida cooperación y diligencia de CNR; (ii) Información veraz, seria y confiable; (iii) Adecuada planeación minera; (iv) Elaboración de Planes Mineros ceñidos al interés de ambas partes y a los parámetros técnicos mínimos acordados, así como su concertación; (v) El pago íntegro y oportuno de la contraprestación pactada a favor del Operador.

d. Es parcialmente cierto: El Contrato de Operación previó un Protocolo Minero y un Plan Minero. Planes mineros "base", no se acordaron, ni existían al momento del Contrato (31 de agosto de 2005) que los definió señalando sus fines y alcances. El PPM, por decisión de COALCORP perdió su finalidad y efecto vinculante.

e. Es parcialmente cierto. (i) El total de las reservas extraíbles de carbón es un dato objetivo determinado por existencia real de las reservas y su cálculo es contingente e ideal; (ii) La información aportada por CNR, sobre el particular no fue veraz, seria ni objetiva; (iii) La secuencia minera inicialmente mencionada fue, sucesivamente alterada por las constantes desviaciones de CNR, y modificada por acuerdos posteriores de las partes (iv) Llegar al nivel del fondo del Pit, 120 metros sobre el nivel del mar, exige una adecuada planeación minera, coherencia y equilibrio.

f. No es cierto. Es categóricamente falso que las partes hayan diseñado un Plan Minero Base y menos en forma previa al "retrollenado": (i) Los documentos contractuales, previeron planes mineros anuales, semestrales y mensuales, de largo, corto o mediano plazo, que debían elaborarse por CNR siguiendo claros parámetros técnicos acordados por las partes, presentarse a la otra parte y concertarse con esta (ii) CNR, pretendió a su antojo y conveniencia, sin consultar el equilibrio, eficiencia y capacidad instalada de CMC, imponerlos abusivamente. (iii) CNR, no inició el "retrollenado" en las fechas previstas, por su ineficiente planeación minera, y las modificaciones progresivas al diseño minero presentado a las autoridades con profundidades mayores, v.gr., de 120 a 180 y 240 metros, sin tener en cuentas las condiciones específicas de la Mina. (Ver. Auto SFOM-231 de 27 de febrero de 2006, Prueba documental No. 91 aportada con la reforma).

g. No es cierto: Plan Minero Base no se diseñó, menos acordó por las partes. El protocolo de planeación minera, PPM, inicialmente contemplado en la Oferta disciplinó quién, cómo y cuándo debía elaborar los Planes Mineros anuales, semestrales y mensuales, presentarlos y concertarlos. Este PPM, perdió toda su eficacia vinculante por decisión de COALCORP, y por la conducta de ambas partes. Estas, además acordaron en el Contrato de Operación, requisitos técnicos mínimos obligatorios que no fueron observados por CNR en la elaboración de los Planes Mineros anuales, trimestrales y mensuales

h. Es parcialmente cierto: La transcripción fragmentaria, debe entenderse y aplicarse en el contenido sistemático e integral del Contrato de Operación que también implica obligaciones para la otra parte.

i. No es cierto: (i) CMC se obligó a operar la mina en los términos y condiciones del Contrato de Operación; (ii) Planes Mineros base diseñados y acordados por las dos partes, no hay, ni hubo, bajo el Contrato de Operación; (iii) CMC se obligó a operar la mina de conformidad con el Contrato que previó la elaboración por CNR de Planes Mineros anuales, trimestrales y mensuales, de corto, mediano o largo plazo, con estricta sujeción al Contrato, su presentación a la otra parte y concertación con ésta; (iv) CNR, no acató en los presentados las mínimas directrices; (v) Los requerimientos de volumen y parámetros geográficos no son los que CNR a su antojo decida, sino los concertados por las partes; (v) Equipos suficientes e idóneos, son los acordados, no los que unilateralmente decida CNR; (vi) La construcción de las vías debía hacerse según una adecuada planeación minera que, CNR, nunca tuvo. En la cláusula 4 de la Oferta, CMC, solo asumió el mantenimiento con niveladora de “la vía de acceso desde la garita hasta el patio de acopio del PIT A-B- **Dicho mantenimiento incluye únicamente el mantenimiento con niveladora**”, así como la construcción, mantenimiento y señalización de las vías externas, o sea, dentro del límite de la concesión, por fuera del PIT y del centro de acopio. **(Prueba documental 3)**.

j. Desorden, improvisación, desviaciones significativas constantes de sus prospectos, de planes mineros, muchas veces incoherentes con los precedentemente elaborados para el mismo período, caracterizó su conducta.

k. No me consta cuál fue el motivo determinante de CNR, no para modificar el Contrato de Operación, sino para solicitar a CMC una nueva oferta, como dice el texto de la presentada el 31 de agosto de 2005 y el Acta de su Junta Directiva. Es elemental, por lógico, que en ese instante conocía los equipos, maquinaria e infraestructura instalada de CMC, que la Operación se adelantaría con ésta y que CNR contrajo la obligación de preparar Planes Mineros que consultarán esa capacidad instalada y su mayor eficiencia proponiendo cantidades equilibradas de material de estéril y carbón asociado por mes. Adicionalmente, el 22 de abril de 2008 se firmó un Memorando de Entendimiento, en el que, además de listar los equipos adicionales solicitados por CDC, se acordó revisar la “*forma de concertar los planes mineros de largo, mediano y corto plazo. Para lo cual se trabajará sobre la base de que tanto los planes como la secuencia minera, deberán tener en cuenta prioritariamente buscar la mayor eficiencia de la capacidad instalada en Equipos del CONSORCIO*” (Capítulo II, artículo 2°). **(Prueba documental 4)** y la modificación introducida en el Acta de Reinicio y Transacción del 12 de agosto de 2009, se originó en la suspensión general del Contrato adoptada por CDC entre el 5 de mayo y el 24 de junio de 2009 y listó los equipos requeridos por ésta, asumiendo la obligación de financiarlos.

l. No es cierto que CMC haya incumplido ninguna de sus obligaciones, menos las enunciadas subjetivamente en este hecho. CMC, cumplió y estuvo presta a cumplir sus obligaciones, la incumplida fue CNR, a pesar de los “lineamientos claros para la explotación de la mina”: (i) “Planes Mineros” elaborados por CNR con sujeción a los mínimos parámetros técnicos pactados y concertados con CMC, no hubo. Sus “prospectos” o “esbozos” no se ajustaban a lo acordado y, por eso, no fueron concertados. Los llamados “Planes Mineros Base” y la secuencia minera prevista en éstos, fueron sucesivamente alterados por CNR con cambios radicales. Verbi gratia, la inclusión del Pit B’, la ampliación de la pared alta, el incremento de la *ratio* de producción y su interés para operar a niveles de profundidad cada vez mayores al de - 120 MSNM (p.ej, -180, -240 MSNM). También, otros factores incidieron, como la problemática del Lago “Titicaca”, el almacenamiento temporal de agua en el verano del año 2010 por la ausencia de lugares para tal efecto, lo cual generó concentración de grandes cantidades de lodo, la filtración e inestabilidad en las paredes del Pit que la planeación de CNR no consideró. Tampoco, inició el retrolleado en la fecha prevista, lo cual hubiera representado para CMC una mayor productividad e ingreso representada en la disminución de las distancias, menores costos de mantenimiento e incremento de la vida útil de sus equipos. (ii) CNR, no puso a disposición de CMC, ni siquiera las cantidades mínimas garantizadas, porque el diseño de sus esbozos de planes mineros no consultaba la mayor eficiencia y productividad de los equipos e infraestructura de CMC, sino sus exclusivos intereses; (iii) los volúmenes no eran los que a su antojo determinara CNR, sino los resultantes de Planes Mineros elaborados con sujeción a lo pactado y concertados por ambas partes; (iv) CMC, siempre estuvo presta a extraer las cantidades mínimas, y de suyo lo hizo en varios períodos de ejecución del Contrato, lo que demuestra su capacidad y disponibilidad permanente para hacerlo; (v) la falta de elaboración por CNR de Planes Mineros siguiendo las exigencias técnicas mínimas, determinó en la generalidad de los casos, la ausencia de Planes Mineros concertados y la ejecución *in situ* de las cantidades de estéril y carbón efectivamente extraídas, recibidas y pagadas sin sujeción a un Plan Minero pre concertado, y sin protestas ni reservas por CNR, excepto en el segundo semestre de 2012, cuando en maquinada estrategia, frente a las continuas reclamaciones de CMC, empezó a protestar por hechos pasados, cumplidos y aceptados, se insiste, sin reserva alguna de su parte. (vi) la adecuada planeación minera, planea el requerimiento de equipos usualmente en los planes de largo plazo o anuales, por su costo, tamaño, utilización, necesidad y obtención. CMC suministró

y tenía los equipos suficientes para la operación de la mina, cuyo número, características, especificaciones y disponibilidad permanente era conocido por CNR, a punto que debía consultarla en la elaboración de planes mineros. No obstante, cuando CNR requirió otros equipos, CMC los suministró. Por demás, es cínico pretender una obligación de suministrar equipos al infinito, sin considerar su costo, tiempo de adquisición e impacto en la economía del contrato (vii) La construcción y mantenimiento de las vías, no era una obligación exclusiva de CMC.

m. Ese es un ejemplo contundente de la improvisación de CNR: (i) CMC, nunca se negó a excavar en bloques profundos, menos a hacerlo hasta la profundidad de - 120 MSNM tampoco se salió de las áreas a intervenir en año. El fondo del Pit estaba inundado, debía realizarse el bombeo y retirar el lodo. Luego, cuál mayor cantidad de estéril. (ii) Los Planes Mineros, cuya elaboración era una obligación de CNR, debían planear adecuada e idóneamente la operación de la mina a largo, mediano y corto plazo consultando los intereses no de una sino de las dos partes, la secuencia minera, la disponibilidad permanente de la infraestructura, equipos, maquinaria e inventarios y capacidad instalada de CMC, procurando su mayor eficiencia, equilibrio y balanceo (iii) CNR, incurrió en múltiples desviaciones, incoherencias e inconsistencias en la planeación (iv) Los esbozos elaborados de planes mineros anuales o a largo plazo por CNR, no consultaron la capacidad instalada conocida, los equipos idóneos previstos en los mismos, ni su mayor eficiencia, tampoco si era necesario adquirir más equipos, sus costos y tiempos de adquisición, importación, nacionalización e impacto en la economía equilibrada del contrato; (v). Las inconsistencias, incoherencias y falta de seriedad se evidencian en sus esbozos de planes mineros, reflejo también de los yerros de sus asesores mineros SRK consulting, cuyo prejuicio e interés es incontestable (vi) Tampoco, previó CNR la modificación de la secuencia minera inicial por la inclusión del Pit B', almacenamiento temporal de agua durante el verano en el año 2010, el error del llamado lago "Titicaca" situado en el botadero, la acumulación de grandes cantidades de lodos cuya remoción era necesaria técnicamente para llegar siquiera a la profundidad de - 120 MSNM. (vii) El retrolleado debía hacerlo CNR y no lo hizo, no por causa imputable a CMC, sino por su ineficiencia. CMC, era el más interesado en el retrolleado por la mayor eficiencia e ingresos en la operación con reducción de costos (viii). CMC, con los supuestos planes mineros de CNR para 2012, estuvo presta a cumplir sus obligaciones. Su interés, siempre fue una operación eficiente. Lo anterior demuestra, en forma incontrovertible, la ausencia de planeación minera seria, la inconsistencia de los aparentes planes mineros semestrales con los anuales, los errores, incluso en la sumatoria de los volúmenes propuestos, las desviaciones de sus propios documentos y la ineficiente planeación.

n. Se remite a las respuestas anteriores. Si CNR, es consciente de lo que expresa en este literal m), no se entiende su conducta contractual, de la cual no puede derivar derecho alguno.

o. No es cierto, CMC, cumplió y estuvo presta a cumplir a diferencia de CNR.

p. Es falsa, categóricamente falaz, la maquinada patraña de la intención de evadir "responsabilidades contractuales", designio "de liberar a los miembros de CMC de sus obligaciones y responsabilidades solidarias", "abuso de formas jurídicas", "propósito de causarle a CNR un importante demérito patrimonial al disminuir la prenda general sobre la cual hacer efectiva su responsabilidad", por el ejercicio pactado de consuno, legítimo y ajustado a derecho de la autorizada expresamente en la Cláusula Décima Novena del Acta de Reinicio y Transacción del 12 de agosto de 2009, cesión de contrato, eficaz, lícita y oponible efectuada por CMC a CMC S.A.S el 16 de noviembre de 2012.

Estas imputaciones, son falsas y lesivas de la dignidad personal, honor, reputación y corrección de los miembros del Consorcio: (i) La constitución de CMC SAS, se previó en la autorización de cesión. Esta, solo podía hacerse a una SAS constituida por los miembros del Consorcio y con idéntica participación. No es un abuso, es un derecho legítimo, autorizado *ex contractus*. (ii) CMC SAS reunió todas las condiciones económicas, patrimoniales y administrativas, y todos los activos y pasivos, bienes, equipos, enseres, inventarios, infraestructura y capacidad instalada vinculada a la operación, se transfirió. (iii) La cesión se informó el 16 de noviembre de 2012, y bastaba informarla. CMC y CMC SAS además con certificado de su revisor fiscal, dejaron constancia que la última reunión todas las condiciones económicas, patrimoniales y financieras previstas.

No es cierto, que la cesión tenga relación con el aumento de los precios de combustible; CMC, solicitó revisar el equilibrio económico del contrato según comunicación CMC.EC.3309 del 16 de agosto de 2011, más de un año antes al 16 de noviembre de 2012. Tampoco es cierto que, CNR, hubiere requerido a CMC por supuestos incumplimientos antes de su elaborada estrategia; por el contrario, desde marzo 18 de 2010 hasta inicios del segundo semestre de 2012, recibió y pagó las cantidades efectivamente extraídas de carbón y estéril, sin reserva, protesta o alegación de incumplimiento. Y, en cuanto al otorgamiento de paz y salvo recíproco, remito al texto de lo acordado en la cesión del 18 de marzo de 2010, porque en verdad, no es tan absoluto como se afirma por CNR. En adición, este supuesto "hecho" es contraevidente con la reclamada pervivencia

negocio jurídico. Se pronunció sobre los hechos de la Reforma Integral de la Demanda, aceptando algunos, negando la mayoría de ellos, con explicaciones al respecto, considerando otros como apreciación subjetiva y, en fin, ateniéndose al material probatorio del Proceso.

2.1.3. Propuso y explicó las siguientes Excepciones en el Capítulo V<sup>133</sup>.

**“1. EFICACIA, OPONIBILIDAD Y OBLIGATORIEDAD DE LA CESIÓN DEL CONTRATO DE OPERACIÓN RESPECTO DE CNR”;**

de responsabilidad solidaria de los miembros del CMC, por los supuestos “incumplimientos” anteriores a la cesión.

q. CMC SAS, como parte legítima del Contrato de Operación en virtud de la cesión eficaz, válida y oponible realizada e informada el 16 de noviembre de 2012, previa ejecución del contrato con extracción real y de las cantidades de carbón entregadas y recibidas por el personal de CNR, facturó los servicios efectivamente prestados. CNR, se negó abrupta, temeraria, injustificada, abusiva e ilegítimamente a pagar los servicios prestados y recibidos, cuya cuantía no es escasa, asciende a \$33.985.093.571 y aún retiene ilícitamente sí, con el disfraz de tenerlos a disposición de CMC, no obstante, los reiterados requerimientos previos formulados por CMC y CMC SAS. La conducta de CNR, es contraria incluso a sus actos propios: (i) Recibió de CMC SAS los servicios y las cantidades de carbón efectivamente extraídas en los períodos de facturación; (ii) De mala fe, y a su conveniencia, consideró que CMC SAS actuaba por cuenta de CMC, pero rehusó pagarle a éste y a aquélla. A éste, por no facturarlos y a aquélla por no ser su contraparte contractual. CNR, estaba obligada a pagar a CMC SAS, sea por la cesión del contrato, ya por la cesión del crédito, ora al considerar que actuaba en nombre y por cuenta del Consorcio. El crédito, según la ley, puede cederse sin más.

Las apreciaciones de este literal, son todas subjetivas, y carentes de respaldo, por cuanto: (i) La terminación mediante comunicación del 21 de enero de 2013, es una realidad (ii) Fue lícita en el ejercicio de un derecho bilateral pactado en el contrato; (iii) Realizada por la parte contractual; (iv) Ajustada a derecho, por los evidentes incumplimientos que la justificaban; (v) Tempestiva, al ejercerse previos requerimientos para que CNR enmendara su conducta, con transcurso de tiempo entre aquéllos y la fecha de terminación; (vi) Responsable, porque CMC SAS, no estaba obligada a continuar la operación sin el pago de sus servicios, habiendo además advertido expresamente los riesgos que la falta de cancelación comportaba para la operación, pudo adoptar todas las medidas necesarias, y podía continuar la operación con toda la infraestructura y capacidad de CMC SAS que quedó en la mina, bajo su control de vigilancia y seguridad; incluso, la contrató transitoriamente.

*Ergo*, el deliberado incumplimiento de CNR fue: (i) Arbitrario, temerario, abusivo y tendencioso, porque no obstante la autorizada, eficaz y oponible cesión de contrato, se negó obstinadamente a reconocerla, imputando hechos falaces y contrarios a la buena fe y ética contractual, *verbi gratia*, el fantástico fraude; (ii) Intempestivo, porque a pesar de recibir los servicios y cantidades de estéril y carbón efectivamente extraídos en el período por CMC SAS con la infraestructura y capacidad instalada transferida por CMC, rehusó pagarlos; (iii) Irresponsable, porque, no obstante habersele indicado que su conducta ponía en riesgo la operación, decidió no pagar \$33.985.093.571,00 en un período prolongado que le permitía prever las consecuencias naturales de su rebeldía y que inevitable desembocó en la terminación, con la consecuencial, toma y bloqueo de la mina bajo su vigilancia y control.

r. No es cierto, CNR pretende evadir a toda costa su responsabilidad y lo pactado expresamente en el Contrato de Operación en torno a la adquisición de los equipos. A su texto se remite. Los equipos quedaron en la mina como dice el Contrato, no fueron abandonados. CNR, tenía la vigilancia y control de acceso a la mina, y permitió su ocupación y bloqueo. Naturalmente, es el designio malicioso y deliberado de CNR, el que no puede premiarse con su propósito de obtener una ventaja patrimonial ilícita con su incumplimiento, en cuantía soñadora y fantasiosa.

s. No es cierto, la mina nunca se abandonó. Estaba bajo la vigilancia y control de acceso de CNR, quien tenía esta obligación a su cargo. Ella permitió su ocupación, pudo continuar la operación, la contrató transitoriamente y es responsable de su conducta.

t. Todos los hechos descritos en este literal, son responsabilidad directa y exclusiva de CNR”

<sup>133</sup> Cuaderno Principal No.3 – Folios 209 a 222

- “2. CUMPLIMIENTO Y DISPOSICIÓN A CUMPLIR POR CMC SAS”;
- “3. INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE OPERACIÓN POR C.N.R.”;
- “4. TERMINACIÓN JUSTIFICADA DEL CONTRATO DE OPERACIÓN POR CAUSA IMPUTABLE A C.N.R. EN EJERCICIO DEL DERECHO BILATERAL PACTADO PARA AMBAS PARTES.”;
- “5. CARENCIA DE LEGITIMACIÓN E INTERÉS LEGÍTIMO DE CNR PARA PRETENDER DAÑOS Y PERJUICIOS POR SU INCUMPLIMIENTO GENERATRIZ DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE OPERACIÓN”;
- “6. MORA DE CNR”;
- “7. AUSENCIA E INEXISTENCIA DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS RECLAMADOS”;
- “8. MALA FE, INOBSERVANCIA DE LOS DEBERES SECUNDARIOS DE CONDUCTA, ABUSO DEL DERECHO Y DE LA POSICIÓN DOMINANTE CONTRACTUAL DE CNR”;
- “9. OBLIGACIÓN Y RESPONSABILIDAD DE CNR POR LA VIGILANCIA Y CONTROL DE LA MINA LA FRANCIA, BIENES, EQUIPOS, ENSERES, INVENTARIOS, ELEMENTOS E INFRAESTRUCTURA DESTINADOS A SU EXPLOTACIÓN. HECHO EXCLUSIVO DE CNR”;
- “10. ELEMENTO O CAUSA EXTRAÑA. HECHO EXCLUSIVO DE TERCEROS”;
- “11. RIESGOS POR LA PÉRDIDA, DETERIORO O DESTRUCCIÓN DE LOS BIENES, EQUIPOS E INFRAESTRUCTURA DE CMC SAS”;
- “12. RENUENCIA INJUSTIFICADA DE CNR A ADOPTAR MEDIDAS DE MITIGACIÓN DE DAÑOS”;
- “13. OBLIGACIONES RELATIVAS A LOS EQUIPOS, BIENES, ENSERES, INVENTARIOS, IMPLEMENTOS E INFRAESTRUCTURA DE LA MINA LA FRANCIA”;
- “14. CONDONACIÓN O REMISIÓN”;
- “15. EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN POR ACEPTACIÓN DEL CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN SIN RESERVAS NI PROTESTAS”;
- “16. TRANSACCIÓN”;
- “17. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE AMORTIZAR SUMAS RECIBIDAS A TÍTULO DE ANTICIPO DE LEASING”;

“18. REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL” y;

“19. COMPENSACIÓN”.

2.2. En la Contestación a la reforma de la demanda arbitral de CNR por parte de MASERING, EL CÓNDOR y SP, se estructuró como sigue<sup>134</sup>:

2.2.1. Antes de dar respuesta a los hechos de la Reforma Integral de la Demanda, expusieron unas “Anotaciones Preliminares”, con el fin de hacer precisiones en su calidad de consorciados en la relación comercial y a su vez elaboraron un Preámbulo en el Capítulo II, en el cual ponen de manifiesto su inconformidad con la síntesis y la tesis de CNR en la reforma de la demanda<sup>135</sup>.

<sup>134</sup> Cuaderno Principal No. 3 – Folios 253 a 419

<sup>135</sup> Cuaderno Principal No. 3 – Folios 254 a 256

“(…)

## I. ANOTACIONES PRELIMINARES

Antes de proceder a dar respuesta a los hechos de la demanda, resulta pertinente exponer al Tribunal algunas consideraciones que son indispensables para la decisión del litigio que ha sido sometido a su consideración. Tales precisiones son las siguientes:

- a) MASERING, EL CÓNDOR y SP actuando en su calidad de consorciados (en adelante el “Consortio”) y observando el procedimiento y las reglas establecidas por las partes, cedieron el contrato que da origen a este litigio a la Sociedad Consorcio Minero del Cesar S.A.S. (“CMC SAS”). CNR decidió a toda costa desconocer los efectos de dicha cesión y para ejecutar esta decisión trazó una estrategia encaminada a impedir la continuidad de la operación minera en cabeza del cesionario legítimo. En desarrollo de esta estrategia, CNR incurrió en incumplimientos graves del contrato, que aunados a incumplimientos anteriores de CNR, dieron lugar a la legítima terminación contractual por parte de la cesionaria, que estaba amparada para el efecto en la ley y en estipulaciones contractuales bilaterales y válidas.
- b) La cesión no solo produjo la transferencia de la calidad de parte contractual del Consortio a CMC S.A.S. Dicha cesión implicó también la transferencia del pacto arbitral que da lugar al presente arbitraje.
- c) En virtud de la cesión, el Tribunal carece de competencia para conocer de las pretensiones formuladas por CNR en contra de los integrantes del Consortio. Por lo tanto, la presente respuesta y los demás actos procesales que realicen los integrantes del Consortio en el proceso no comportan una aceptación o adhesión al pacto arbitral que dejó de producir efectos frente al Consortio al perfeccionarse la cesión.
- d) A pesar de estar convencidos de la validez de tal posición, intervenimos en este proceso arbitral para ejercer el derecho de defensa oponiéndonos a las pretensiones de la demanda, buscando que finalmente se reconozca la carencia de legitimación por pasiva para comparecer en el mismo o, en el remoto evento en que el Tribunal de Arbitramento decida en sentido contrario, que se acepten las excepciones propuestas y nuestros argumentos de defensa, desechándose en consecuencia las pretensiones de la demanda principal.

## II. ACERCA DEL PREÁMBULO

En este capítulo de la demanda se presenta una síntesis de la tesis planteada por la parte convocante. Esta síntesis adolece de los mismos defectos, imprecisiones y falta de sustento de la tesis que se desarrolla de forma extensa en los hechos de la reforma a la demanda. Dichas falencias, falsedades e imprecisiones son las siguientes:



2.2.3. Se opusieron a todas y cada una de las Pretensiones de CNR.

2.2.4. Se pronunciaron sobre los hechos de la Reforma Integral de la Demanda, aceptando algunos, negando la mayoría de ellos, con explicaciones al respecto, considerando otros como apreciación subjetiva y, en fin, ateniéndose al material probatorio del Proceso.

1. Todo la tesis de la reforma a la demanda parte de la vigencia del Protocolo de Planeación Minera (PPM) y del que se denomina Plan Minero Base (Secuencia 5.3.2). Estos documentos perdieron toda fuerza vinculante mucho antes de la entrada en escena de CNR. El PPM dejó de tener efectos vinculantes cuando COALCORP MINING INC asumió el control de CDC, fecha a partir de la cual el Modelo Geológico pasó a ser manejado de forma confidencial por el dueño de la Mina y dejaron de operar los equipos de trabajo y distribución de roles previstos en el mencionado PPM. De otra parte, el Plan Minero de Largo Plazo perdió todo efecto en virtud de cambios introducidos por el dueño de la Mina en la operación minera. Los documentos sobre los cuales se apoya toda la tesis de CNR quedaron sin efectos mucho antes de la cesión del Contrato de CDC a CNR, hecho que no solo es evidente a partir de una comparación de la explotación realmente realizada con la que contemplaban dichos documentos, sino que también era fácilmente verificable en el *due diligence* adelantado por Goldman Sachs Power Holdings para la compra del activo.

2. La reforma a la demanda, para salirle al paso a la tesis del Consorcio acerca de los nefastos efectos de no haber iniciado el retrolleado de forma oportuna, pretende atribuir este hecho alternativamente a la incapacidad del Consorcio para llevar al nivel – 120 MSNM o a una supuesta rebeldía. La situación real es bien distinta. La decisión de no iniciar el retrolleado se debió a (i) la anexión del Pit B' cuando la operación ya estaba en marcha, lo que determinó el inicio de labores de explotación a niveles altos, (ii) decisiones de CNR de no esterilizar reservas, con la expectativa de obtener una reforma a la licencia ambiental que permitiera realizar operaciones por debajo del nivel – 120 MSNM.

3. Según la tesis que se presenta por primera vez en la reforma a la demanda, desde el día siguiente a la fecha de la cesión del Contrato de Operación de CDC a CNR, habrían empezado a ocurrir incumplimientos graves, reiterados y dolosos del operador minero. Sin embargo, esta tesis procesal no está respaldada por la conducta contractual de CNR, quien concurrió durante varios años sin objeciones a suscribir documentos contractuales y midió, recibió y pago las cantidades explotadas por el Consorcio sin hacer requerimientos esenciales. En este punto, CNR no solo se ha desentendido de la ejecución práctica del Contrato de Operación, sino que evidencia un total desprecio por sus propios actos. La estrategia de CNR se explica como un mecanismo diseñado por la convocante para justificar su negativa tozuda a reconocer la cesión del Contrato de Operación realizada válidamente por el Consorcio a CMC SAS.

4. Tratando de enmascarar el hecho que dio lugar a la terminación contractual, que no es otro que el incumplimiento deliberado de CNR de varias de sus obligaciones bajo el Contrato de Operación, CNR genera toda una cortina de humo para tratar de bloquear una cesión contractual realizada de conformidad con las reglas acordadas por las partes.

5. Finalmente, CNR pretende plantear que la parálisis de sus operaciones fue imputable al Consorcio y a su cesionaria, cuando en realidad, la terminación contractual tiene como causa incumplimientos graves del Contrato de Operación por parte de CNR, quien además a pesar de estar obligada a prestar la vigilancia de la Mina, controlar el ingreso a la Mina, realizar el cerramiento de la Mina y coordinar con las autoridades encargadas del orden público, pretende trasladar su pasividad y negligencia para mantener la continuidad de las operaciones al Consorcio y a CMC SAS. CNR no solo incumplió sus obligaciones de vigilancia de la Mina, sino que demostró una pasividad pasmosa en la realización de conductas tendientes a dar continuidad a la explotación minera. Al parecer, en una época de precios bajos del carbón, CNR prefirió abstenerse de actuar de forma decidida para continuar con las operaciones que fueron legítimamente interrumpidas por CMC SAS como último remedio para afrontar el incumplimiento contractual de CNR.

Por lo tanto, solicitamos al H. Tribunal tener en cuenta las anteriores precisiones, así como la respuesta a los hechos de la reforma a la demanda, pues éstas ponen de presente que la narración del preámbulo debe ser desatendida.”

#### 2.2.5. Propuso las siguientes Excepciones en el Capitulo V<sup>136</sup>:

- “1. FALTA DE COMPETENCIA PARA DECIDIR PRETENSIONES FORMULADAS CONTRA LOS CEDENTES Y FALTA DE LEGITIMACIÓN POR PASIVA DE LOS INTEGRANTES DEL CONSORCIO”;
- “2. FALTA DE COMPETENCIA PARA DECIDIR SOBRE PRETENSIONES POR SUPUESTOS INCUMPLIMIENTOS DE LOS NIVELES DE PRODUCCIÓN”;
- “3. TERMINACIÓN DEL VÍNCULO CONTRACTUAL CON EL CONSORCIO EN VIRTUD DE UNA CESIÓN VÁLIDA, EFICAZ Y OPONIBLE DEL CONTRATO”;
- “4. EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO – TERMINACIÓN CONTRACTUAL POR INCUMPLIMIENTO DE CNR”;
- “5. MORA DE CNR”;
- “6. CAUSA EXTRAÑA - HECHO EXCLUSIVO DE CNR”;
- “7. CAUSA EXTRAÑA - HECHO EXCLUSIVO DE TERCEROS”;
- “8. CONDONACIÓN O REMISIÓN”;
- “9. INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE AMORTIZAR SUMAS RECIBIDAS POR CONCEPTO DE ANTICIPO DE LEASING”;
- “10. REDUCCIÓN DE LA CLÁUSULA PENAL”;
- “11. TRANSACCIÓN” y;
- “12. COMPENSACIÓN”

### **3. Reforma de la Demanda de Reconvención y Pretensiones de CMC SAS**

3.1. La Reforma de la Demanda de Reconvención por parte de CMC SAS<sup>137</sup>, además de señalar los fundamentos jurídicos que estima pertinentes, acompañar y solicitar el decreto y práctica de pruebas y estimar bajo juramento la cuantía, plantea diversos hechos en 287 numerales, que aluden a aspectos del Contrato de Operación, sus modificaciones, adiciones y complementaciones; se refiere igualmente a los siguientes temas que enunció así en el Capítulo I de los Hechos:

- ✓ EL CONTRATO DE OPERACIÓN<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup> Cuaderno Principal No.3 – Folios 209 a 222

<sup>137</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 5 a 114

<sup>138</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 5 al 14-Hechos del 1 al 37

- ✓ MODIFICACIONES, ADICIONES Y COMPLEMENTACIONES AL CONTRATO DE OPERACIÓN<sup>139</sup>.
- ✓ MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO (MDE) DEL 22 DE ABRIL DE 2008.<sup>140</sup>
- ✓ OTROSÍES Nº 1, 2 Y 3 AL MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO<sup>141</sup>.
- ✓ EL ACTA DE REINICIO DE LA OPERACIÓN Y TRANSACCIÓN DEL 12 DE AGOSTO DE 2009 PREVALENTE SOBRE LA OFERTA INICIAL<sup>142</sup>.
- ✓ OTROSÍ Nº 1 DEL 20 DE OCTUBRE DE 2009 AL ACTA DE REINICIO<sup>143</sup>.
- ✓ LA ADQUISICIÓN DE LA MINA LA FRANCIA POR GOLDMAN SACHS GROUP Y EL “CONTRATO DE ENMIENDA” DE 6 DE ENERO DE 2010<sup>144</sup>.
- ✓ LA CESIÓN DEL CONTRATO Y POSICIÓN CONTRACTUAL POR CDC A CNR UNA COMPAÑÍA PERTENECIENTE EN EL 100% A LA MULTINACIONAL GOLDMAN SACHS GROUP INC<sup>145</sup>.
- ✓ OTROSÍ No. 3 DEL 20 DE ABRIL DE 2011 AL ACTA DE REINICIO Y TRANSACCIÓN<sup>146</sup>.
- ✓ LOS PLANES MINEROS Y LA EJECUCIÓN PRÁCTICA DEL CONTRATO<sup>147</sup>.
- ✓ LA CESIÓN DEL CONTRATO DE OPERACIÓN Y DE LA POSICIÓN CONTRACTUAL POR EL CONSORCIO A CMC SAS<sup>148</sup>.
- ✓ EL RECONOCIMIENTO DE CNR DE LA CESIÓN DE CONTRATO Y POSICIÓN CONTRACTUAL POR EL CONSORCIO A CMC SAS Y LA RECEPCIÓN DE LAS CANTIDADES EJECUTADAS POR ÉSTA<sup>149</sup>.
- ✓ EL INCUMPLIMIENTO RELEVANTE DEL CONTRATO DE CNR.<sup>150</sup>
- ✓ EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE SUMINISTRAR INFORMACIÓN SERIA, OBJETIVA Y RAZONABLE<sup>151</sup>.
- ✓ EL INCUMPLIMIENTO GRAVE DE LA OBLIGACIÓN DE CONSTITUIR O RENOVAR LA GARANTÍA<sup>152</sup>.

<sup>139</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folio 14- Hechos 38 y 39

<sup>140</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 14 a 17- Hechos 40 a 51

<sup>141</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folio 17- Hechos 52 a57

<sup>142</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 18 a 23- Hechos 58 al 74

<sup>143</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 23 a 28- Hechos 75 a 93

<sup>144</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 28 a 29- Hechos 94 a 98

<sup>145</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 29 a 32- Hechos 99 a 108

<sup>146</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 32 a 33- Hechos 109 a 114

<sup>147</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 33 a 42- Hechos 115 a 153

<sup>148</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 42 a 46- Hechos 154 a 164

<sup>149</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 46 a 48- Hechos 165 a 174

<sup>150</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 48 a 49- Hechos 175 a 176

<sup>151</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 49 a 51- Hechos 177 a 179

<sup>152</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 52 - Hechos 180 a 184

- ✓ EL INCUMPLIMIENTO GRAVE DE ELABORAR Y PRESENTAR PARA SU CONCERTACIÓN PLANES MINEROS OBSERVANDO LOS REQUISITOS MÍNIMOS PACTADOS<sup>153</sup>.
- ✓ EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE ELABORAR Y PRESENTAR PARA SU CONCERTACIÓN PLANES MINEROS QUE HICIERAN VIABLE LA PRODUCCIÓN MÍNIMA GARANTIZADA Y DE PAGAR EL TAKE OR PAY<sup>154</sup>.
- ✓ EL INCUMPLIMIENTO GRAVE Y REITERADO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR LAS CUOTAS DE LEASING<sup>155</sup>.
- ✓ EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE NO HACER RETENCIONES UNILATERALES<sup>156</sup>.
- ✓ EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE BUENA FE Y DEBERES SECUNDARIOS DE CONDUCTA AL NO ANALIZAR SERIA Y OBJETIVAMENTE EL RESTABLECIMIENTO DEL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO DE OPERACIÓN<sup>157</sup>.
- ✓ EL INCUMPLIMIENTO DE CNR A LA CESIÓN DE CONTRATO DE CMC A CMC SAS<sup>158</sup>.
- ✓ EL INCUMPLIMIENTO GRAVE Y REITERADO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR LA CONTRAPRESTACIÓN POR LOS SERVICIOS Y ACTIVIDADES PRESTADOS Y RECIBIDOS<sup>159</sup>.
- ✓ EL INCUMPLIMIENTO LA OBLIGACIÓN DE RESPETAR LA OPERACIÓN POR CMC SAS.<sup>160</sup>.
- ✓ EL INCUMPLIMIENTO LA OBLIGACIÓN DE ACTUAR DE BUENA FE Y LOS DEBERES SECUNDARIOS DE CONDUCTA<sup>161</sup>.
- ✓ EL INCUMPLIMIENTO LA OBLIGACIÓN DE CONFIDENCIALIDAD<sup>162</sup>.
- ✓ LOS REQUERIMIENTOS PREVIOS Y LA TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO DE OPERACIÓN POR CAUSAS IMPUTABLES A CNR.<sup>163</sup>
- ✓ LA TERMINACIÓN CONTRACTUAL<sup>164</sup>.
- ✓ LA FALTA DE ADOPCIÓN DE MEDIDAS PARA EVITAR O AGRAVAR LOS DAÑOS POR CNR Y SU ADOPCIÓN POR CMC SAS.<sup>165</sup>.

<sup>153</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 53 a 57- Hechos 185 a 207

<sup>154</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 57 a 58- Hechos 208 a 213

<sup>155</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folio 58- Hecho 214

<sup>156</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 58 a 59- Hechos 215 y 216

<sup>157</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 59 a 60- Hechos 217 y 222

<sup>158</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 60 a 62- Hechos 223 y 225

<sup>159</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 62 a 63- Hechos 226 y 229

<sup>160</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 63- Hecho 230

<sup>161</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 63 a 64- Hechos 231 a 233

<sup>162</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folio 64- Hechos 234

<sup>163</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 64 a 65- Hechos 235 a 240

<sup>164</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 65 a 68- Hechos 241 a 254

<sup>165</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 68 a 72- Hechos 255 a 268

- ✓ OBLIGACIONES EN RELACIÓN CON CONTRATOS DE LEASING Y EQUIPOS<sup>166</sup>.
  - ✓ LA UTILIZACIÓN POR CNR A TRAVÉS DE EPSA, SU NUEVO OPERADOR, DE LA INFRAESTRUCTURA DE PROPIEDAD DE CMC SAS QUE QUEDÓ EN LA MINA, SIN RECONOCER REMUNERACIÓN ALGUNA.<sup>167</sup>
  - ✓ LOS PERJUICIOS Y LA CLÁUSULA PENAL<sup>168</sup>
- 3.2. Apoyada en los hechos descritos en la Reforma a la Demanda de Reconvención y en los medios de prueba, las Pretensiones de CNR (declarativas y de condena) son:

## I. PRETENSIONES

“Con fundamento en los hechos anteriormente narrados, solicito al Tribunal hacer las siguientes declaraciones y condenas:

### 1. PRETENSIONES DECLARATIVAS

Se solicita al H. Tribunal, declarar:

**PRIMERA.** Que las sociedades **MASERING S.A.S**, **CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A.** y **SP INGENIEROS S.A.S** en su calidad de integrantes del **CONSORCIO MINERO DEL CESAR** cedieron válidamente el 16 de noviembre de 2012 su posición contractual en el Contrato de Operación existente con **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.** a la sociedad **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**

**SEGUNDA.** Que la cesión de la posición contractual es eficaz, oponible, obligatoria y vinculante a **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.** a partir del 16 de noviembre de 2012, momento en el cual fue informada y, por lo tanto, desde entonces CNR estaba obligada a cumplir las obligaciones derivadas del Contrato de Operación a **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S**

**TERCERA.** Que a partir del 16 de noviembre de 2012, la sociedad **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S** ejecutó material y jurídicamente, en su nombre, por su cuenta y como parte contractual el Contrato de Operación y que **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S**, recibió el cumplimiento de las prestaciones ejecutadas y se benefició de los servicios contratados.

**CUARTA.** Que, informada la cesión el 16 de noviembre de 2012, según consta en Actas de Liquidación de Producción de Carbón y de Liquidación de Producción de estéril, **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I SAS** aceptó con su conducta práctica la cesión del Contrato de Operación realizada por las sociedades integrantes del Consorcio Minero del Cesar a la sociedad **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, al aceptar sin reserva, protesta u objeción alguna inicial, la calidad de parte con que actúo la última.

**QUINTA.** Que, en consecuencia, son tardías y carentes de efecto, las constancias y reservas consignadas por **CI COLOMBIAN NATURAL**

<sup>166</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 72 a 73- Hechos 269 a 274

<sup>167</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 73 a 74- Hechos 275 a 278

<sup>168</sup> Cuaderno Principal No.5 – Folios 74 a 76- Hechos 279 a 287

**RESOURCES I SAS** en otras Actas de Liquidación de Producción de Carbón y Estéril suscritas con posterioridad a la aceptación inicial de los servicios y actividades, cumplimiento de la prestación ejecutada por **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.** y conforme a las cuales, “CNR asume que el CMC SAS Nit 900562357-1 actúa por cuenta del CMC Nit 90001045-0, quien para CNR es su verdadera contraparte contractual”.

**SEXTA.** Que asimismo, como consta en el texto del Acta No. 53 de Junta Directiva correspondiente a LA reunión del 9 de mayo de 2013 **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I SAS** reconoció la calidad de parte contractual de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, al decidir, “3. Autorizar al representante legal y sus suplentes para iniciar procesos judiciales, arbitrales y/o administrativos y contra demandas o para actuar como demandado, y otorgar los correspondientes poderes para actuar en relación con los siguientes procesos . Disputa arbitral derivada del contrato de operación de la Mina la Francia, el cual fue terminado de manera unilateral por el contratista el 21 de enero de 2013.” (Anexo 1. Demanda arbitral inicial, fl. 41), comunicación que fue suscrita y dirigida por **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.** y firmada por su representante legal.

**SÉPTIMA.** Que, en consecuencia, a partir del 16 de noviembre de 2012 la sociedad **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S** es quien tiene la legitimación por activa y por pasiva para comparecer en proceso, ejercer los derechos y cumplir con las obligaciones derivadas del Contrato de Operación, por hechos ocurridos antes o después de la misma.

**OCTAVA.** Que el 12 de agosto de 2009, las Partes del Contrato de Operación reconocieron y aceptaron expresamente que la “capacidad de producción de estéril del CMC se encuentra en (1.750.000 MCB/mes más el carbón asociado determinado por el Plan Minero del respectivo mes”.

**NOVENA.** Que con fecha 6 de enero de 2010, las Partes del Contrato de Operación reconocieron y aceptaron expresamente que “la capacidad de producción de estéril del CMC se encuentra en (2.000.0000 MCB/mes) y el Acta de Reinicio está acordado que CDC garantizará un mínimo de Un millón Setecientos Mil Metros Cúbicos Banco Mes (1.700.000 MCB/mes)”, quien admitió “su imposibilidad transitoria de cumplir con los mínimos de producción garantizados, aduciendo entre otras razones, problemas de embarque de carbón y de mercado”.

**DÉCIMA.** Que, para la operación de la Mina la Francia, la sociedad **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.** contrajo la obligación de elaborar para su concertación posterior, Planes Mineros –anuales, trimestrales, mensuales, de largo, mediano o corto plazo-, con sujeción “**al menos**” de “los siguientes puntos”:

a) “Que se acuerden volúmenes de estéril y de carbón de acuerdo con la capacidad de producción e infraestructura del CMC en la Mina La Francia”;

b) Que salvo en el período de reducción pactado en el Otrosí No. 2 del 6 de enero de 2010 al Acta de Reinicio y Transacción del 12 de agosto de 2009, debían garantizar y, por lo tanto, hacer viable una producción mínima mensual de 1.700.000 MCB más el carbón asociado determinado por el Plan Minero del respectivo mes.

c) “Que el diseño del Plan Minero mensual se ciña a manejar *balanceadamente las distancias de acarreo a botadero de los camiones mineros y que para efectos de la medición de las distancias, las partes*

*acuerdan que éstas serán medidas de acuerdo con las distancias efectivamente recorridas por los camiones desde el lugar de cargue hasta el de descargue” y*

“d) Que la forma de concertar los Planes Mineros de largo, mediano y corto plazo se basará en que la **secuencia minera** deberá tener en cuenta **prioritariamente** buscar la mayor eficiencia de la capacidad de producción e infraestructura del CMC”.

**DÉCIMA PRIMERA.** Que, **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S.**, incumplió el Contrato de Operación por infringir una o varias de sus obligaciones legales y contractuales a su cargo, según lo probado en el proceso y, particularmente, por infringir alguna o algunas de las siguientes obligaciones, sin perjuicio de los demás incumplimientos que resulten probados en el proceso:

11.1. Pagar las facturas por el suministro de servicios de explotación minera prestados por el Consorcio y por CMS SAS entre septiembre 29 de 2012 y enero 15 de 2013, los cuales fueron facturados por la sociedad CMC SAS a partir del 16 de noviembre de 2012.

11.2. Realizar la medición y pago de los servicios de extracción prestados en el periodo del 16 al 23 de enero de 2013, que por esa omisión no pudieron ser facturados.

11.3. Reconocer y pagar los bienes y servicios cuyo precio debería ser acordado de forma específica por las partes, según lo establecido en la cláusula 4º del Contrato de Operación.

11.4. Suministrar información seria, objetiva y razonable respecto de los datos técnicos necesarios para la explotación de la Mina, entre otros, de total de las reservas extraíbles a cielo abierto en la Mina, del modelo geológico, de la ubicación de los mantos de carbón y de la disponibilidad de botaderos.

11.5. Constituir y mantener vigente la garantía de cumplimiento a su cargo y a favor de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, a partir del 10 de agosto de 2012.

11.6. Concertar Planes Mineros que consultaran los requisitos y prioridades establecidos en el Contrato de Operación, en virtud de lo pactado en el Acta de Reinicio y Transacción y en el Otrosí No. 2 al Acta de Reinicio y Transacción.

11.7. Garantizar a partir del mes de enero de 2011 la producción mínima mensual de 1'700.000 MCB más el carbón asociado, acordada en la cláusula 3º del Acta de Reinicio y Transacción y en el numeral 2.1.6. de su Otrosí N° 2.

11.8. Pagar el *Take or Pay* mensual estipulado en el numeral 2.1.6. del Otrosí N° 2 al Acta de Reinicio y Transacción, por los meses de febrero a septiembre de 2011, enero a julio, octubre a diciembre de 2012 y enero de 2013, en los cuales incumplió la garantía de producción mínima mensual de 1'700.000 MCB más el carbón asociado. **Subsidiariamente**, solicito declarar este incumplimiento por los meses que encuentre probado el Tribunal.

11.9. Acatar la condonación prevista en la cláusula 2.1.6. del Otrosí No. 2 al Acta de Reinicio y Transacción, en virtud de la cual, si a enero de 2011 no se lograba un nivel de producción mínimo de 1.700.000 MCB al mes y no se pagaba el *Take or Pay*, se entendían condonadas las sumas entregadas por

concepto de leasing detalladas en el cuadro No. 1 y la obligación de pagar las cuotas de leasing del cuadro No. 2 del mencionado Otrosí.

11.10. La de acatar y cumplir los efectos de la liberación de la obligación de amortizar en su totalidad el anticipo entregado por CDC al operador según lo dispuesto en la cláusula 6º, párrafo 6º, del Acta de Reinicio y Transacción, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 2.1.5.1. del Otrosí No. 2 del Acta de Reinicio y Transacción, liberación que quedó acordada en la cláusula 5º del Contrato de Cesión.

11.11. Abstenerse de aplicar retenciones, deducciones, compensaciones o descuentos unilaterales a la facturación de los servicios y actividades según lo pactado en el Memorando De Entendimiento y en el Acta de Reinicio y Transacción.

11.12. Pagar el capital e intereses de las cuotas de los contratos de leasing relacionados en el cuadro No. 2 del numeral 2.1.6 del Otrosí No. 2 al Acta de Reinicio y Transacción durante los meses de febrero a junio y septiembre a diciembre de 2011, obligación que surgió por no haber garantizado en estos meses la producción mensual mínima acordada en la cláusula 3º del Acta de Reinicio y Transacción y el numeral 2.1.6. de su Otrosí N° 2, y haber incumplido el pago del *Take or Pay* mensual pactado. **Subsidiariamente,** solicito declarar este incumplimiento por los meses que encuentre probado el Tribunal.

11.13. Abstenerse de ejecutar sin autorización del operador, por otra persona o contratista, la extracción de estéril, carbón y otras actividades complementarias en la Mina.

11.14. Actuar de buena fe y sin abuso del derecho en el análisis de la reclamación formulada por el Consorcio en virtud de la supresión por el artículo 19 de la ley 1430 de 2010 de la exención del impuesto global, IVA y arancel para grandes consumidores en zonas de frontera consagrada en el artículo 19 de la Ley 681 de 2001 vigente al momento de la Oferta del 31 de agosto de 2005 y determinante de los precios del Contrato de Operación.

11.15. La de asumir el cumplimiento de la totalidad de los contratos de leasing y sustituirse en dichos contratos de conformidad con lo establecido en el Acta de Reinicio y Transacción y sus otrosíes No. 2 y 3, obligación exigible como consecuencia de la terminación anticipada del Contrato de Operación por cualquier causa.

11.16. La de pagar los costos de importación y el porcentaje de propiedad adquirido sobre los equipos bajo leasing, de conformidad con lo establecido en el Acta de Reinicio y Transacción y sus otrosíes No. 2 y 3 obligación exigible como consecuencia de la terminación anticipada del Contrato de Operación por cualquier causa.

11.17. La de comprar y pagar, al valor del avalúo comercial, los equipos incluidos en contratos de leasing ya finalizados, más los costos de importación y seguros, obligación exigible como consecuencia de la terminación anticipada del Contrato de Operación por cualquier causa.

11.18. Las obligaciones de realizar las labores de vigilancia y de mantener el control de acceso a la Mina, de mantener un adecuado cerramiento de la Mina y de coordinar con las autoridades estatales para asegurar la integridad física y la seguridad de los equipos e infraestructura.



11.19. La de liquidar el Contrato de Operación y realizar los pagos y compensaciones que arroje la liquidación contractual.

11.20. La de mantener bajo las más estricta confidencialidad toda la información y documentación a la que tuvo acceso como consecuencia de la celebración y ejecución del Contrato de Operación.

11.21. La de observar la debida diligencia y cuidado en sus conversaciones con los trabajadores de CMC SAS durante la etapa posterior a la terminación de las operaciones bajo el Contrato de Operación.

11.22. El deber de actuar diligentemente para dar continuidad a la operación minera con posterioridad a la terminación de operaciones bajo el Contrato de Operación.

11.23. La de observar el principio de buena fe en la ejecución y liquidación del Contrato de Operación, así como sus deberes secundarios de conducta.

**DÉCIMA SEGUNDA:** Que, **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S.**, incumplió grave y reiteradamente el Contrato de Operación por no realizar una planeación minera eficiente para la explotación y operación de la Mina La Francia.

**DÉCIMA TERCERA.** Que, durante la ejecución del Contrato de Operación se alteró su equilibrio económico en contra del Operador como consecuencia de la sobrevenida modificación normativa por el artículo 19 de la ley 1430 de 2010 de la exención del impuesto global, IVA y arancel para grandes consumidores en zonas de frontera consagrada en el artículo 19 de la Ley 681 de 2001 vigente al momento de la Oferta del 31 de agosto de 2005 y determinante de los precios del Contrato de Operación, que por esa virtud, tiene derecho al reconocimiento y pago de los mayores costos de los combustibles, representados en el valor de la exención suprimida.

**DÉCIMA CUARTA.** Que **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S.**, incumplió, con dolo o culpa grave sus obligaciones legales y contractuales derivadas del Contrato de Operación y por tanto debe responder tanto por los perjuicios previsibles como por los imprevisibles.

**DÉCIMA QUINTA.** Que la terminación del Contrato de Operación adoptada por el operador ante los incumplimientos de CNR es válida y tuvo efectos a partir del 23 de enero de 2013.

**En subsidio**, se solicita declarar la terminación del Contrato de Operación en la fecha probada de su ocurrencia o del incumplimiento o en la fecha que sea señalada por el Tribunal.

**DÉCIMA SEXTA.** Que **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S.**, es responsable de todos los daños y perjuicios materiales o patrimoniales previsibles e imprevisibles, en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, causados a **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S**, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

**DÉCIMA SÉPTIMA.** Que **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S.** asumió las "labores de vigilancia y control de acceso a la mina" así como sus costos para asegurar en todo momento la integridad física y la seguridad del personal y equipos de trabajo en la Mina, y que la misma, con todos los bienes, equipos y elementos e infraestructura destinados a su explotación, estaba bajo su vigilancia y control de acceso en la fecha en la

cual fue tomada y bloqueada por un grupo de personas.

**DÉCIMA OCTAVA.** Que **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S.** es responsable y está obligada a asumir todos los costos y riesgos de pérdida, daño, y deterioro que hubieran o pudieran experimentar los bienes, equipos, inventarios, elementos e infraestructura destinados a la operación y explotación de la Mina, los cuales estaban y quedaron en la misma, bajo su vigilancia y control de acceso, en la fecha en que fue tomada y bloqueada por un grupo de personas.

**DÉCIMA NOVENA.** Que **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S.** es igualmente responsable de la totalidad de los daños previsibles e imprevisibles a causa de la terminación del Contrato de Operación por incumplir el deber de adoptar medidas idóneas y efectivas de evitación y mitigación de los daños.

**VIGÉSIMA.** Que **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S.** por haber incumplido de manera grave, en un período de cuatro meses consecutivos y por causas imputables a ella las obligaciones de pago contraídas en el Contrato de Operación, y sin perjuicio de la indemnización de la totalidad de los daños causados, CNR debe pagar a **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S** la suma de diez millones de dólares (USD\$10.000.000.00) a título de cláusula penal, en su equivalente en pesos colombianos a la tasa de cambio del día del pago.

## **2. PRETENSIONES CONSECUENCIALES Y DE CONDENA**

**PRIMERA.** Que se condene a **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S.** a pagar al día hábil siguiente de la ejecutoria del laudo a **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, y en la cuantía que resulte probada en el proceso, todas las sumas, costos, extra costos y perjuicios, lucro cesante y daño emergente, pasados, actuales y futuros, previsibles e imprevisibles que resulten probados en este proceso por la prosperidad total o parcial de las pretensiones declarativas anteriormente formuladas.

**SEGUNDA.** Que se condene a **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S.** a pagar a **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, el valor o precio de la contraprestación causada por los servicios efectivamente prestados desde el 29 de septiembre de 2012 y hasta el 15 de enero de 2013, cuyo capital a valor histórico según la facturación emitida y no pagada asciende a la suma de treinta y tres mil millones novecientos ochenta y cinco millones noventa y tres mil quinientos setenta y un pesos (\$33.985.093.571), moneda legal colombiana, con su actualización e intereses moratorios pactados o los que procedan legalmente desde la fecha de su causación a la del pago efectivo.

**En subsidio**, se solicita condenarla a pagar la suma que por este concepto resulte probada en el proceso.

**TERCERA.** Que se condene a **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S.** a pagar a **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, la suma de quinientos sesenta y nueve millones ochocientos treinta y ocho mil ciento cincuenta y dos pesos (Col\$569.838.152.00) por el valor o precio de la contraprestación causada por los servicios efectivamente prestados, las obras ejecutadas y no facturadas, así como los costos incurridos por actividades iniciadas y no concluidas antes de la terminación.

**En subsidio**, se solicita condenarla a pagar la suma que por este concepto resulte probada en el proceso.

**CUARTA.** Que se condene a **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S.** a pagar a **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, la suma de veintitrés mil trescientos ochenta y nueve millones de pesos (Col\$23.389.000.000,00), con su actualización e intereses moratorios a la tasa pactada o en su defecto a la legal máxima desde su causación al pago efectivo, por concepto del *Take Or Pay* correspondientes a los (i) los meses de febrero a septiembre de 2011, (ii) enero a julio y octubre a diciembre del año 2012 y (iii) el mes de enero de 2013.

**En subsidio**, se solicita condenarla a pagar la suma que por este concepto y por los meses que encuentre probado el Tribunal.

**QUINTA.** Que se condene a **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S.** a pagar a **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, la suma de tres millones seiscientos sesenta y cinco mil ochocientos cincuenta y ocho dólares (USD\$3.665.858), en su equivalente en pesos colombianos a la tasa de cambio del día del pago, que por concepto de cuotas de leasing contempladas en el cuadro No. 2 del Otrosí No. 2 al Acta de Reinicio y Transacción debieron ser pagadas por CNR en los meses que incumplió la garantía de lograr el nivel mínimo de producción y su obligación de pago del *Take or Pay* del año 2011. Este pago deberá incluir los intereses moratorios a la tasa legal máxima, causados desde el momento en el cual se hizo el descuento y hasta el pago efectivo, en subsidio, los intereses y actualización monetaria que determine el Tribunal.

**En subsidio**, se solicita condenarla a pagar a la suma que por este concepto por los meses que encuentre probado el Tribunal.

**SEXTA.** Que se condene a **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S.** a cumplir a **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.** las siguientes obligaciones que surgen como consecuencia de la terminación anticipada del Contrato de Operación por cualquier causa:

6.1. A pagar la suma de diez mil millones cuatrocientos cincuenta y tres mil ochocientos setenta y seis mil doscientos sesenta y nueve pesos (Col\$10.453.876.269, 00), correspondiente a las cuotas de leasing canceladas por el Consorcio a partir del plazo con el que contaba CNR para sustituirse en los contratos de leasing y hasta la fecha de esta demanda. Esta condena deberá extenderse adicionalmente a los pagos que realice el Consorcio o CMC SAS por este concepto durante el transcurso del proceso y hasta que CNR se sustituya en los contratos de leasing o dichos contratos terminen. **Subsidiariamente**, se solicita condenarla por este concepto por la suma que resulte probada en el proceso y/o desde la fecha en que se determine la exigibilidad de esta obligación en el laudo arbitral, si se adopta una fecha de terminación posterior al 23 de enero de 2013.

6.2. A sustituirse en los contratos de leasing celebrados por los integrantes del Consorcio y que se encuentren en ejecución a la fecha del laudo, de conformidad con lo establecido en el Acta de Reinicio y Transacción y sus otrosíes No. 2 y 3.

6.3. A pagar la totalidad de los avalúos comerciales, más el valor de los costos de importación sobre los bienes bajo contratos de leasing celebrados por los integrantes del Consorcio y que se encuentren en ejecución a la fecha del laudo, de conformidad con lo establecido en el Acta de Reinicio y

Transacción y sus otrosíes No. 2 y 3, por no haberse sustituido CNR en dichos contratos dentro del término establecido en el Acta de Reinicio y Transacción y en sus otrosíes No. 2 y 3. **Subsidiariamente**, si se adopta una fecha de terminación posterior al 23 de enero de 2013, solicito condenarla a dar cumplimiento a lo establecido en la cláusula 6º del Acta de Reinicio y Transacción y en el numeral 1.02 del Otrosí No. 3 al Acta de Reinicio y Transacción en relación con los contratos de leasing.

6.4. A pagar la suma de cuarenta y tres millones doscientos sesenta y nueve mil doscientos ochenta y un dólares de los Estados Unidos de América (USD\$43.269.281) por concepto del porcentaje de propiedad adquirido por los Consorciados a la fecha de esta demanda arbitral sobre los equipos bajo leasing aún no terminados, así como por sus costos de transporte, ensamble e importación, de conformidad con lo establecido en el Acta de Reinicio y Transacción y sus otrosíes No. 2 y 3. Esta condena deberá extenderse adicionalmente para contemplar el mayor porcentaje de propiedad adquirido durante el transcurso del proceso. **Subsidiariamente**, solicito condenarla por este concepto por la suma que resulte probada en el proceso y/o desde la fecha en que se determine la exigibilidad de esta obligación en el laudo arbitral, si se adopta una fecha de terminación posterior al 23 de enero de 2013.

6.5. A pagar la suma de trece mil quinientos setenta y dos millones doscientos diez mil trescientos veintinueve pesos (\$13.572.210.321.00), correspondiente al valor del avalúo comercial de los equipos incluidos en contratos de leasing finalizados, más los costos de transporte, ensamble e importación. **Subsidiariamente**, solicito condenarla por este concepto por la suma que resulte probada en el proceso y/o desde la fecha en que se determine la exigibilidad de esta obligación en el laudo arbitral, si se adopta una fecha de terminación posterior al 23 de enero de 2013.

**SEPTIMA.** Que se condene a **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S.** a pagar al día hábil siguiente a la ejecutoria del laudo a **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S** en la cuantía que resulte probada en el proceso todos los perjuicios pasados, actuales y futuros, previsibles e imprevisibles, que incluye, sin limitarse a ello:

**7.1. Lucro cesante.** La suma de cincuenta y un mil setecientos cincuenta y dos millones (Col\$51.752.000.000,00) por concepto de las utilidades que hubieran podido percibir y que no pudieron obtener por los incumplimientos contractuales y por la terminación anticipada del Contrato de Operación, o la suma mayor que se pruebe en proceso.

**7.2. Daño emergente.** Una suma superior a diecisiete mil millones de pesos (Col\$17.000.000.000.00) por concepto de daño emergente, que incluye i) los mayores costos en que incurrió el operador como consecuencia de la ineficiencia en la planeación minera imputable a CNR, ii) los costos que el Consorcio debió suministrar a CMC SAS para asumir obligaciones laborales y el programa de retiro voluntario asociado a la terminación anticipada del Contrato de Operación, los costos en que deberá incurrirse para la liquidación del personal que aún continúa vinculado a CMC SAS, iii) el valor de los daños experimentados por los equipos a partir del 23 de enero de 2013 y iv) los costos asociados a otras medidas de mitigación de daños. **Subsidiariamente**, solicitamos se condene a título de daño emergente a la suma superior o inferior que resulte probada en el proceso.

**OCTAVA.** Que se liquide el Contrato de Operación y se ordene a **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S.** reconocer y pagar a

**CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S** los saldos pendientes de pago, las compensaciones, restituciones y prestaciones propias de la liquidación. En la liquidación contractual, deberán incluirse, entre otras, las siguientes condenas:

8.1. El pago de nueve mil quinientos setenta y un millones doscientos treinta y seis mil novecientos sesenta y ocho pesos (Col.\$9.571.236.968) por concepto de la infraestructura y vías que fueron desarrolladas en la Mina o el valor que resulte probado en el proceso.

8.2. El pago de una suma superior a catorce mil cuatrocientos setenta y tres millones ochocientos ochenta y nueve mil novecientos treinta y seis pesos (Col.\$14.473.889.936,00) por concepto de las vías construidas por el operador minero.

8.3. Una suma superior a cuatro mil setecientos millones de pesos (Col.\$4.700.000.000.00) por concepto de los bienes y servicios prestados por el operador y que están conformados entre otros por drenajes y manejo de aguas, remoción de derrumbes y materiales inestables, trabajos requeridos de geotecnia y otros conceptos que, de acuerdo con la cláusula 4<sup>o</sup> del Contrato de Operación, no estaban comprendidos dentro de los precios contractuales y debían ser remunerados de forma independiente.

8.4. Una suma equivalente al interés remuneratorio comercial sobre el valor de la infraestructura y de las vías construidas por el operador, por concepto de la utilización de la infraestructura y vías, que no han sido pagadas por CNR y que vienen siendo utilizadas por el nuevo operador contratado por CNR, sin compensación o remuneración alguna para el Consorcio o su cesionaria, por cada mes de utilización de dicha infraestructura y vías. **Subsidiariamente**, solicito condenarla por este concepto por la suma que determine el Tribunal.

8.5. Cualquier otra obligación, concepto, suma o cantidad derivada de la liquidación del Contrato de Operación.

**NOVENA.** Que se condene a **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S.** a pagar a **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S** o la suma de diez millones de dólares de los Estados Unidos de América (USD\$10.000.000, 00) en su equivalente en pesos colombianos a la tasa de cambio del día del pago, a título de cláusula penal. Sobre esta suma deberán liquidarse intereses de mora o, en su defecto, intereses o actualización monetaria desde el momento y en los términos que fije el Tribunal.

**DÉCIMA.** Que los valores en dólares a los cuales resulte condenada **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S.**, sean convertidos en pesos colombianos a la tasa representativa del mercado vigente del día del pago.

**DÉCIMA PRIMERA.** Que respecto de cualquier suma que resulte a favor de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S** se reconozcan intereses de mora a la máxima tasa aplicable desde la exigibilidad de la obligación o en su defecto, los intereses o la corrección monetaria que considere aplicable el Tribunal.

**DÉCIMA SEGUNDA.** Que se condene a **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S.** a reconocer y pagar intereses comerciales moratorios sobre todas las sumas reconocidas a favor de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S** a la tasa más alta autorizada a partir de la ejecutoria del laudo y hasta el pago efectivo.

**DÉCIMA TERCERA.** Que se condene a **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S.** a pagar a **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.** las costas del proceso y las agencias en derecho.”

#### **4. Reforma de la Demanda de Reconvención y Pretensiones de MASERING, EL CONDOR y SP:**

4.1. La Reforma de la Demanda de Reconvención por parte de MASERING, EL CONDOR y SP, además de de señalar los fundamentos jurídicos que estima pertinentes, acompañar y solicitar el decreto y práctica de pruebas y estimar bajo juramento la cuantía, plantea diversos hechos en 265 numerales, que aluden al Contrato de Operación sus modificaciones y se encuentran narrados los hechos en la misma línea argumentativa que como fueron presentados por CMC SAS.<sup>169</sup>, además de solicitar la práctica de pruebas.

4.2. Apoyada en los hechos descritos en la Reforma a la Demanda de Reconvención y en los medios de prueba, las Pretensiones de MASERING, EL CONDOR y SP (declarativas y de condena) son:

#### **“III.PRETENSIONES**

“Con fundamento en los hechos anteriormente narrados, solicitamos al Tribunal hacer las siguientes declaraciones y condenas:

#### **3. PRETENSIONES PRINCIPALES**

Solicitamos al Tribunal de Arbitramento que declare lo siguiente:

**PRIMERA.** Que MASERING, EL CÓNDOR S.A. y SP en su calidad de integrantes del Consorcio cedieron válidamente el 16 de noviembre de 2012 su posición contractual en el Contrato de Operación a CMC SAS.

**SEGUNDA.** Que la cesión de la posición contractual es oponible, obligatoria y vinculante a CNR a partir del 16 de noviembre de 2012, momento en el cual fue informada y, por lo tanto, desde entonces CNR estaba obligada a cumplir las obligaciones derivadas del Contrato de Operación a favor de CMC SAS.

**TERCERA.** Que a partir del 16 de noviembre de 2012, CMC SAS ejecutó el Contrato de Operación y que CNR recibió y se benefició de los servicios contratados.

**CUARTA.** Que a partir del 16 de noviembre de 2012 CMS SAS es quien tiene la legitimación por activa y por pasiva para ejercer los derechos y cumplir con las obligaciones derivadas del Contrato de Operación.

<sup>169</sup> Cuaderno Principal No.5- Folios 115 a 229

**QUINTA.** Que MASERING, EL CÓNDOR y SP carecen de legitimación para comparecer en este proceso y para ejercer los derechos y cumplir con las obligaciones derivadas del Contrato de Operación frente a CNR.

**SEXTA.** Que CMC SAS es la legitimada para comparecer en juicio, para hacer exigibles los derechos derivados del Contrato de Operación frente a CNR y para hacer exigible la responsabilidad derivada de los incumplimiento del Contrato de Operación, así el incumplimiento de CNR haya ocurrido con anterioridad a la cesión.

**SÉPTIMA.** Que se condene a CNR a pagar todas las costas del proceso y las agencias en derecho a favor de MASERING, EL CÓNDOR y SP.

#### **4. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS**

En el remoto evento en que el Tribunal de Arbitramento rechazare total o parcialmente las pretensiones anteriores, de tal manera que llegare a considerar que la cesión de la posición contractual realizada por los integrantes del Consorcio a CMC SAS es nula, inválida, inoponible, ineficaz o que en general se vea afectada por algún fenómeno que impide radicar los derechos y obligaciones derivados del Contrato de Operación en cabeza de CMC SAS, le solicitamos que acceda a las siguientes pretensiones:

##### **“PRETENSIONES DECLARATIVAS SUBSIDIARIAS”**

**PRIMERA.** Que se declare que MASERING, EL CÓNDOR y SP están legitimadas para hacer exigible el cumplimiento de los derechos derivados del Contrato de Operación y la responsabilidad contractual de CNR, incluyendo los derechos derivados de la ejecución y la responsabilidad contractual bajo el Contrato de Operación por hechos ocurridos antes y después del 16 de noviembre de 2012.

**SEGUNDA.** Que se declare que la ejecución, operaciones materiales, hechos, actuaciones y decisiones adoptadas o ejecutadas por parte de CMC SAS en relación con el Contrato de Operación, fueron ejecutadas por cuenta y a favor de MASERING, EL CÓNDOR y SP en su calidad de integrantes del Consorcio, en quienes se deben radicar sus efectos favorables.

**TERCERA.** Que se declare que los derechos derivados de la ejecución del Contrato de Operación que a partir del 16 de noviembre de 2012 fue materialmente ejecutado por CMC SAS, son exigibles por MASERING, EL CÓNDOR y SP en su calidad de integrantes del Consorcio frente a CNR.

**CUARTA.** Que se declare que CNR incumplió el Contrato de Operación por infringir una o varias de sus obligaciones legales y contractuales a su cargo, según lo probado en el proceso y, particularmente, por infringir alguna o algunas de las siguientes obligaciones, sin perjuicio de los demás incumplimientos que resulten probados en el proceso:

**4.1.** Pagar las facturas por el suministro de servicios de explotación minera prestados por el Consorcio y por CMS SAS entre septiembre 29 de 2012 y enero 15 de 2013, los cuales fueron facturados por la sociedad CMC SAS a partir del 16 de noviembre de 2012.

**4.2.** Realizar la medición y pago de los servicios de extracción prestados en el periodo del 16 al 23 de enero de 2013, que por esa omisión no pudieron ser facturados.

**4.3.** Reconocer y pagar los bienes y servicios cuyo precio debería ser acordado de forma específica por las partes, según lo establecido en la cláusula 4º del Contrato de Operación.

**4.4.** Suministrar información seria, objetiva y razonable respecto de los datos técnicos necesarios para la explotación de la Mina, entre otros, de total de las reservas extraíbles a cielo abierto en la Mina, del modelo geológico, de la ubicación de los mantos de carbón y de la disponibilidad de botaderos.

**4.5.** Constituir y mantener vigente la garantía de cumplimiento a cargo de CNR y a favor de MASERING, EL CÓNDOR y SP en su calidad de integrantes del Consorcio a partir del 10 de agosto de 2012.

**4.6.** Concertar con MASERING, EL CÓNDOR y SP en su calidad de integrantes del Consorcio Planes Mineros que consultaran los requisitos y prioridades establecidos en el Contrato de Operación, en virtud de lo pactado en el Acta de Reinicio y Transacción y en el Otrosí No. 2 al Acta de Reinicio y Transacción.

**4.7.** Garantizar a partir del mes de enero de 2011 la producción mínima mensual de 1'700.000 MCB más el carbón asociado, acordada en la cláusula 3º del Acta de Reinicio y Transacción y en el numeral 2.1.6. de su Otrosí N° 2.

**4.8.** Pagar el *Take or Pay* mensual estipulado en el numeral 2.1.6. del Otrosí N° 2 al Acta de Reinicio y Transacción, por los meses de febrero a septiembre de 2011, enero a julio, octubre a diciembre de 2012 y enero de 2013, en los cuales incumplió la garantía de producción mínima mensual de 1'700.000 MCB más el carbón asociado.

**Subsidiariamente**, solicitamos se declare este incumplimiento por los meses que encuentre probado el Tribunal.

**4.9.** Acatar la condonación prevista en la cláusula 2.1.6. del Otrosí No. 2 al Acta de Reinicio y Transacción, en virtud de la cual, si a enero de 2011 no se lograba un nivel de producción mínimo de 1.700.000 MCB al mes y no se pagaba el *Take or Pay*, se entendían condonadas las sumas entregadas por concepto de leasing detalladas en el cuadro No. 1 y la obligación de pagar las cuotas de leasing del cuadro No. 2 del mencionado Otrosí.



**4.10.** La de acatar y cumplir los efectos de la liberación de la obligación de amortizar en su totalidad el anticipo entregado por CDC a MASERING, EL CÓNDOR y SP en su calidad de integrantes del Consorcio según lo dispuesto en la cláusula 6º, párrafo 6º, del Acta de Reinicio y Transacción, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 2.1.5.1. del Otrosí No. 2 del Acta de Reinicio y Transacción, liberación que quedó acordada en la cláusula 5º del Contrato de Cesión.

**4.11.** Abstenerse de aplicar retenciones, deducciones, compensaciones o descuentos unilaterales a la facturación de los servicios y actividades según lo pactado en el Memorando De Entendimiento y en el Acta de Reinicio y Transacción.

**4.12.** Pagar el capital e intereses de las cuotas de los contratos de leasing relacionados en el cuadro No. 2 del numeral 2.1.6 del Otrosí No. 2 al Acta de Reinicio y Transacción durante los meses de febrero a junio y septiembre a diciembre de 2011, obligación que surgió por no haber garantizado en estos meses la producción mensual mínima acordada en la cláusula 3º del Acta de Reinicio y Transacción y el numeral 2.1.6. de su Otrosí N° 2, y haber incumplido el pago del *Take or Pay* mensual pactado.

**Subsidiariamente**, solicitamos se declare este incumplimiento por los meses que encuentre probado el Tribunal.

**4.13.** Abstenerse de ejecutar sin autorización del operador, por otra persona o contratista, la extracción de estéril, carbón y otras actividades complementarias en la Mina.

**4.14.** Actuar de buena fe y sin abuso del derecho en el análisis de la reclamación formulada por el Consorcio en virtud de la supresión por el artículo 19 de la ley 1430 de 2010 de la exención del impuesto global, IVA y arancel para grandes consumidores en zonas de frontera consagrada en el artículo 19 de la Ley 681 de 2001 vigente al momento de la Oferta del 31 de agosto de 2005 y determinante de los precios del Contrato de Operación.

**4.15.** La de asumir el cumplimiento de la totalidad de los contratos de leasing y sustituirse en dichos contratos de conformidad con lo establecido en el Acta de Reinicio y Transacción y sus otrosíes No. 2 y 3, obligación exigible como consecuencia de la terminación anticipada del Contrato de Operación por cualquier causa.

**4.16.** La de pagar los costos de importación y el porcentaje de propiedad adquirido por los consorciados sobre los equipos bajo leasing, de conformidad con lo establecido en el Acta de Reinicio y Transacción y sus otrosíes No. 2 y 3 obligación exigible como consecuencia de la terminación anticipada del Contrato de Operación por cualquier causa.

**4.17.** La de comprar y pagar a los Consorciados, al valor del avalúo comercial, los equipos incluidos en contratos de leasing ya finalizados,

más los costos de importación y seguros, obligación exigible como consecuencia de la terminación anticipada del Contrato de Operación por cualquier causa.

**4.18.** Las obligaciones de realizar las labores de vigilancia y de mantener el control de acceso a la Mina, de mantener un adecuado cerramiento de la Mina y de coordinar con las autoridades estatales para asegurar la integridad física y la seguridad de los equipos e infraestructura.

**4.19.** La de liquidar el Contrato de Operación y realizar los pagos y compensaciones que arroje la liquidación contractual.

**4.20.** La de mantener bajo las más estricta confidencialidad toda la información y documentación a la que tuvo acceso como consecuencia de la celebración y ejecución del Contrato de Operación.

**4.21.** La de observar la debida diligencia y cuidado en sus conversaciones con los trabajadores de CMC SAS durante la etapa posterior a la terminación de las operaciones bajo el Contrato de Operación.

**4.22.** El deber de actuar diligentemente para dar continuidad a la operación minera con posterioridad a la terminación de operaciones bajo el Contrato de Operación.

**4.23.** La de observar el principio de buena fe en la ejecución y liquidación del Contrato de Operación, así como sus deberes secundarios de conducta.

**QUINTA.** Que se declare que CNR incumplió con dolo o culpa grave sus obligaciones contractuales y por tanto debe responder tanto por los perjuicios previsibles como por los imprevisibles.

**SEXTA.** Que se declare que la terminación del Contrato de Operación adoptada por el operador ante los incumplimientos de CNR fue válida y tuvo efectos a partir del 23 de enero de 2013.

**En subsidio,** solicitamos se declare la terminación del Contrato de Operación en la fecha probada de su ocurrencia o en la fecha que sea señalada por el Tribunal.

**SÉPTIMA.** Que se declare que CNR es responsable de todos los daños y perjuicios materiales o patrimoniales previsibles e imprevisibles, en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, causados a MASERING, EL CÓNDOR y SP en su calidad de integrantes del Consorcio, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.

**OCTAVA.** Que se declare que CNR es responsable y debe asumir la totalidad de los riesgos, costos, daños, deterioros y pérdidas que pudieren experimentar los bienes, equipos, inventarios, elementos e infraestructura destinados por MASERING, EL CÓNDOR, SP o CMC SAS a la operación y explotación de la Mina, los cuales, a la

terminación del Contrato de Operación, quedaron en el lugar, sitio y estado en que se encontraban.

**NOVENA.** Que se declare que CNR es responsable de la totalidad de los daños previsibles e imprevisibles a causa de la terminación del Contrato de Operación por incumplir el deber de adoptar medidas idóneas y efectivas de evitación y mitigación de los daños ocasionados a MASERING, EL CÓNDOR y SP en calidad de integrantes del Consorcio.

**DÉCIMA.** Que se declare que por haber incumplido de manera grave, en un período de cuatro meses consecutivos y por causas imputables a ella las obligaciones de pago contraídas en el Contrato de Operación, CNR debe pagar a MASERING, EL CÓNDOR y SP en calidad de integrantes del Consorcio la suma de diez millones de dólares (USD\$10.000.000.00) a título de cláusula penal y sin perjuicio de la indemnización de la totalidad de los daños causados.”

**“PRETENSIONES SUBSIDIARIAS, CONSECUENCIALES Y DE CONDENA”**

**“PRIMERA.** Que se condene a CNR a pagar a MASERING, EL CÓNDOR y SP en su calidad de integrantes del Consorcio el valor o precio de la contraprestación causada por los servicios efectivamente prestados desde el 29 de septiembre de 2012 y hasta el 15 de enero de 2013, cuyo capital a valor histórico según la facturación emitida y no pagada asciende a la suma de treinta y tres mil novecientos ochenta y cinco millones noventa y tres mil quinientos setenta y un pesos (\$33.985.093.571), moneda legal colombiana, los cuales fueron facturados según lo narrado en el hecho 206 de la demanda, con su actualización e intereses moratorios pactados o los que procedan legalmente desde la fecha de su causación a la del pago efectivo.

**En subsidio,** solicitamos se condene a pagar a CNR la suma que por este concepto resulte probada en el proceso.

**SEGUNDA.** Que se condene a CNR a pagar a MASERING, EL CÓNDOR y SP en su calidad de integrantes del Consorcio, la suma de quinientos sesenta y nueve millones ochocientos treinta y ocho mil ciento cincuenta y dos pesos (Col\$569.838.152.00) por el valor o precio de la contraprestación causada por los servicios efectivamente prestados, las obras ejecutadas y no facturadas, así como los costos incurridos por actividades iniciadas y no concluidas antes de la terminación.

**En subsidio,** solicitamos se condene a pagar a CNR la suma que por este concepto resulte probada en el proceso.

**TERCERA.** Que se condene a CNR a pagar a MASERING, EL CÓNDOR y SP en su calidad de integrantes del Consorcio, la suma de veintitrés mil trescientos ochenta y nueve millones de pesos (Col\$23.389.000.000,00), con su actualización e intereses moratorios a la tasa pactada o en su defecto a la legal máxima desde su causación al pago efectivo, por concepto del *Take Or Pay* correspondientes a los

(i) los meses de febrero a septiembre de 2011, (ii) enero a julio y octubre a diciembre del año 2012 y (iii) el mes de enero de 2013.

**Subsidiariamente**, solicitamos se condene a CNR a realizar este pago por los meses que encuentre probado el Tribunal.

**CUARTA.** Que se condene a CNR a pagar a MASERING, EL CÓNDOR y SP en su calidad de integrantes del Consorcio la suma de tres millones seiscientos sesenta y cinco mil ochocientos cincuenta y ocho dólares (USD\$3.665.858), que por concepto de cuotas de leasing contempladas en el cuadro No. 2 del Otrosí No. 2 al Acta de Reinicio y Transacción debieron ser pagadas por CNR en los meses que incumplió la garantía de lograr el nivel mínimo de producción y su obligación de pago del *Take or Pay* del año 2011. Este pago deberá incluir los intereses moratorios a la tasa legal máxima, causados desde el momento en el cual se hizo el descuento y hasta el pago efectivo, en subsidio, los intereses y actualización monetaria que determine el Tribunal.

**Subsidiariamente**, solicitamos se condene a CNR a realizar este pago por los meses que encuentre probado el Tribunal.

**QUINTA.** Que se condene a CNR a cumplir frente a MASERING, EL CÓNDOR y SP en su calidad de integrantes del Consorcio las siguientes obligaciones que surgen como consecuencia de la terminación anticipada del Contrato de Operación por cualquier causa:

**5.1.** A pagar la suma de diez mil cuatrocientos cincuenta y tres millones ochocientos setenta y seis mil doscientos sesenta y nueve pesos (Col\$10.453.876.269,00), correspondiente a las cuotas de leasing canceladas por el operador a partir del plazo con el que contaba CNR para sustituirse en los contratos de leasing y hasta la fecha de esta demanda. Esta condena deberá extenderse adicionalmente a los pagos que realice el Consorcio o CMC SAS por este concepto durante el transcurso del proceso y hasta que CNR pague la totalidad del avalúo comercial de los equipos, se sustituya en los contratos de leasing o dichos contratos terminen.

**Subsidiariamente**, solicitamos se condene a CNR por este concepto por la suma que resulte probada en el proceso y/o desde la fecha en que se determine la exigibilidad de esta obligación en el laudo arbitral, si se adopta una fecha de terminación posterior al 23 de enero de 2013.

**5.2.** Se condene a CNR a pagar la totalidad de los avalúos comerciales, más el valor de los costos de importación sobre los bienes bajo contratos de leasing celebrados por los integrantes del Consorcio y que se encuentren en ejecución a la fecha del laudo, de conformidad con lo establecido en el Acta de Reinicio y Transacción y sus otrosíes No. 2 y 3, por no haberse sustituido CNR en dichos contratos dentro del término establecido en el Acta de Reinicio y Transacción y en sus otrosíes No. 2 y 3.

**Subsidiariamente**, si se adopta una fecha de terminación posterior al 23 de enero de 2013, solicitamos se condene a CNR a dar cumplimiento a lo establecido en la cláusula 6º del Acta de Reinicio y Transacción y en el numeral 1.02 del Otrosí No. 3 al Acta de Reinicio y Transacción en relación con los contratos de leasing.

**5.3.** Que se condene a CNR a pagar a MASERING, EL CÓNDOR y SP en su calidad de integrantes del Consorcio cuarenta y tres millones doscientos sesenta y nueve mil doscientos ochenta y un dólares de los Estados Unidos de América (USD\$43.269.281) por concepto del porcentaje de propiedad adquirido por los Consorciados a la fecha de esta demanda arbitral sobre los equipos bajo leasing aún no terminados, así como por sus costos de transporte, ensamble e importación, de conformidad con lo establecido en el Acta de Reinicio y Transacción y sus otrosíes No. 2 y 3. Esta condena deberá extenderse adicionalmente para contemplar el mayor porcentaje de propiedad adquirido por el Consorcio durante el transcurso del proceso.

**Subsidiariamente**, solicitamos se condene a CNR por este concepto por la suma que resulte probada en el proceso y/o desde la fecha en que se determine la exigibilidad de esta obligación en el laudo arbitral, si se adopta una fecha de terminación posterior al 23 de enero de 2013.

**5.4.** Se condene a CNR a pagar a MASERING, EL CÓNDOR, SP en su calidad de integrantes del Consorcio la suma de trece mil quinientos setenta y dos millones doscientos diez mil trescientos veintiún pesos (\$13.572.210.321.00), correspondiente al valor del avalúo comercial de los equipos incluidos en contratos de leasing finalizados, más los costos de transporte, ensamble e importación.

**Subsidiariamente**, solicitamos se condene a CNR por este concepto por la suma que resulte probada en el proceso y/o desde la fecha en que se determine la exigibilidad de esta obligación en el laudo arbitral, si se adopta una fecha de terminación posterior al 23 de enero de 2013.

**SEXTA.** Que se condene a CNR a pagar al día hábil siguiente a la ejecutoria del laudo a MASERING, EL CÓNDOR y SP, en proporción a su participación en el Consorcio, en la cuantía que resulte probada en el proceso todos los perjuicios pasados, actuales y futuros, previsibles e imprevisibles, que incluye, sin limitarse a ello:

**6.1. Lucro cesante.** La suma de cincuenta y un mil setecientos cincuenta y dos millones (Col\$51.752.000.000,00) por concepto de las utilidades que hubieran podido percibir y que no pudieron obtener por los incumplimientos contractuales y por la terminación anticipada del Contrato de Operación, o la suma mayor que se pruebe en proceso.

**6.2. Daño emergente.** Una suma superior a diecisiete mil millones de pesos (Col\$17.000.000.000,00) por concepto de daño emergente, que incluye i) los mayores costos en que incurrió el operador como consecuencia de la ineficiencia en la planeación minera imputable a CNR, ii) los costos que el Consorcio debió suministrar a CMC SAS para asumir obligaciones laborales y el programa de retiro voluntario

asociado a la terminación anticipada del Contrato de Operación, los costos en que deberá incurrirse para la liquidación del personal que aún continúa vinculado a CMC SAS, iii) el valor de los daños experimentados por los equipos a partir del 23 de enero de 2013 y iv) los costos asociados a otras medidas de mitigación de daños.

**Subsidiariamente**, solicitamos se condene a título de daño emergente a la suma superior o inferior que resulte probada en el proceso.

**SÉPTIMA.** Que se liquide el Contrato de Operación y se ordene a CNR reconocer y pagar a MASERING, EL CÓNDOR y SP en proporción a su participación en el Consorcio los saldos pendientes de pago, las compensaciones, restituciones y prestaciones propias de la liquidación. En la liquidación contractual, deberán incluirse, entre otras, las siguientes condenas:

**7.1.** El pago de nueve mil quinientos setenta y un millones doscientos treinta y seis mil novecientos sesenta y ocho pesos (Col.\$9.571.236.968,00) por concepto de la infraestructura desarrollada en la Mina o el valor que resulte probado en el proceso.

**7.2.** El pago de una suma superior a catorce mil cuatrocientos setenta y tres millones ochocientos ochenta y nueve mil novecientos treinta y seis pesos (Col.\$14.473.889.936,00) por concepto de las vías construidas por el operador minero.

**7.3.** Una suma superior a cuatro mil setecientos millones de pesos (Col.\$4.700.000.000,00) por concepto de los bienes y servicios prestados por el operador y que están conformados entre otros por drenajes y manejo de aguas, remoción de derrumbes y materiales inestables, trabajos requeridos de geotecnia y otros conceptos que, de acuerdo con la cláusula 4º del Contrato de Operación, no estaban comprendidos dentro de los precios contractuales y debían ser remunerados de forma independiente.

**7.4.** Una suma equivalente al interés remuneratorio comercial sobre el valor de la infraestructura y de las vías construidas por el operador, por concepto de la utilización de la infraestructura y vías, que no han sido pagadas por CNR y que vienen siendo utilizadas por el nuevo operador contratado por CNR, sin compensación o remuneración alguna para el Consorcio o su cesionaria, por cada mes de utilización de dicha infraestructura y vías.

**Subsidiariamente**, solicitamos se condene por este concepto por la suma que determine el Tribunal.

**7.5.** Cualquier otra obligación, concepto, suma o cantidad derivada de la liquidación del Contrato de Operación.

**OCTAVA.** Que se condene a CNR a pagar a MASERING, EL CÓNDOR y SP en su calidad de integrantes del Consorcio la suma de diez millones de dólares de los Estados Unidos de América (USD\$10.000.000,00) a título de cláusula penal. Sobre esta suma

deberán liquidarse intereses de mora o, en su defecto, intereses o actualización monetaria desde el momento y en los términos que fije el Tribunal.

**NOVENA.** Que los valores en dólares a los cuales resulte condenado CNR, sean convertidos en pesos colombianos a la tasa representativa del mercado vigente al momento de la ejecutoria del laudo.

**DÉCIMA.** Que respecto de cualquier suma que resulte a favor de MASERING, EL CÓNDOR y SP en su calidad de integrantes del Consorcio se reconozcan intereses de mora a la máxima tasa aplicable desde la exigibilidad de la obligación o en su defecto, los intereses o la corrección monetaria que considere aplicable el Tribunal.

**DÉCIMA PRIMERA.** Que se condene a CNR a reconocer y pagar intereses comerciales moratorios sobre todas las sumas reconocidas a favor de MASERING, EL CÓNDOR y SP a la tasa más alta autorizada a partir de la ejecutoria del laudo y hasta el pago efectivo.

**DÉCIMA SEGUNDA.** Que se condene a CNR a pagar a MASERING, EL CÓNDOR y SP las costas del proceso y las agencias en derecho.”

## 5. La Contestación a las Demandas de Reconvención Reformadas

### 5.1. Contestación y Excepciones

5.1.1 En la Contestación a las Reformas de las Demandas de Reconvención, CNR procedió como sigue:

5.1.2. Se opuso a todas y cada de las pretensiones de las Reformas a las Demandas de Reconvención formuladas por CMC SAS<sup>170</sup> y por MASERING, EL CÓNDOR y SP.<sup>171</sup>

5.1.3. Se pronunció sobre los hechos de las Reformas Integrales de las Demandas de Reconvención, aceptando algunos, negando la mayoría de ellos, con explicaciones al respecto, considerando otros como apreciaciones subjetivas y, en fin, ateniéndose al material probatorio del Proceso y manifestando la objeción al juramento estimatorio formulado por las Demandadas en los escritos de Demanda de Reconvención Reformada.

5.1.4. Propuso y explicó las siguientes Excepciones:

5.1.4.1.Excepciones propuestas por CNR frente a la Demanda de Reconvención Reformada por CMC SAS<sup>172</sup>:

“IV. Excepciones de Mérito

<sup>170</sup> Cuaderno Principal No.6 – Folios 269 a 389

<sup>171</sup> Cuaderno Principal No.6 – Folios 1 a 116

<sup>172</sup> Cuaderno Principal No.6 – Folios 380 a 384

“Frente a las pretensiones de la Demanda de Reconvención Reformada, a los hechos en que se pretende sustentarlos y a la causa petendi que las respaldan, CNR formula las siguientes excepciones de mérito.

“A. Excepción General de Cumplimiento”;

“B. Excepción de Ausencia de Causación de Perjuicios”;

“C. Excepción de Incumplimiento de las obligaciones contraídas bajo el Contrato de Operación por los Miembros del CMC y/o su cesionario CMC SAS”;

“D. Excepción de Mala Fe en la Ejecución Contractual por parte de los Miembros del CMC y/o su cesionario CMC SAS”;

“E. Excepción de Inexistencia de Condonación por parte de CNR respecto de obligaciones dinerarias a cargo de los miembros del CMC y/o su cesionario CMC SAS”;

“F. Excepción de Suspensión Ilegítima del Contrato de Operación”;

“G. Excepción de Invalidez e Inoponibilidad del Acuerdo de Cesión del Contrato de Operación entre los miembros del CMC y CMC SAS”;

“H. Excepción de Falta de Terminación del Contrato de Operación”,

“I. Excepción de no Prestación de Servicios por parte de CMC SAS por su Propia Cuenta, Dado que Dicha Prestación la Llevó a Cabo por Cuenta de los Miembros del CMC”;

“J. Excepción de Riesgo de los Equipos e Infraestructura”;

“K. Excepción de Improcedencia de la Exigibilidad de la Cláusula Penal por el Eventual Incumplimiento de Obligaciones Dinerarias”,

“L. Excepción de Pago”;

“M. Excepción de Inexistencia de la Obligación de CNR de Adquirir Bienes de los Miembros del CMC o de su Cesionario a la Terminación del Contrato de Operación”;

“N. Excepción de Inexistencia de la Obligación de CNR de Convertirse en Cesionario de los Contratos de Leasing Suscritos por los Demandantes en Reconvención, Relativos a Equipos Destinados a la Operación de la Mina”;

“O. Excepción de Ausencia de Modificaciones Tácitas al Contrato de Operación”;

“P. Excepción de Improcedencia de la Pretensión de Reconocimiento de los Mayores Costos Derivados de los Precios de los Combustibles”;



“Q. Excepción de no Reconocimiento de la Capacidad Efectiva, ni de la Disponibilidad Mecánica de los Equipos del los Miembros del CMC”;

“R. Excepción de Compensación” y;

“S. Jurisdicción y Competencial del Honorable Tribunal”.

5.1.4.2. Objetó el juramento Estimatorio de las Pretensiones de las Demandadas.

5.1.4.3. Finalmente, acompañó y solicitó la práctica de las pruebas que consideró pertinentes y se opuso a algunas de las solicitadas por las Demandadas.

5.1.4.4. Excepciones propuestas por CNR<sup>173</sup> frente a la Demanda de Reconvención Reformada por MASERING, EL CÓNDOR y SP:

“V. Excepciones de Mérito

Frente a las pretensiones de la Demanda de Reconvención Reformada, a los hechos en que se pretende sustentarlos y a la causa petendi que las respaldan, CNR formula las siguientes excepciones de mérito

“A. Excepción General de Cumplimiento”;

“B. Excepción de Ausencia de Causación de Perjuicios”;

“C. Excepción de Incumplimiento de las obligaciones contraídas bajo el Contrato de Operación por los Miembros del CMC y/o su cesionario CMC SAS”;

“D. Excepción de Mala Fe en la Ejecución Contractual por parte de los Miembros del CMC y/o su cesionario CMC SAS”;

“E. Excepción de Inexistencia de Condonación por parte de CNR respecto de obligaciones dinerarias a cargo de los miembros del CMC y/o su cesionario CMC SAS”;

“F. Excepción de Suspensión Ilegítima del Contrato de Operación”;

“G. Excepción de Invalidez e Inoponibilidad del Acuerdo de Cesión del Contrato de Operación entre los miembros del CMC y CMC SAS”;

“H. Excepción de Falta de Terminación del Contrato de Operación”;

“I. Excepción de no Prestación de Servicios por parte de CMC SAS por su Propia Cuenta, Dado que Dicha Prestación la Llevó a Cabo por Cuenta de los Miembros del CMC”;

“J. Excepción de Riesgo de los Equipos e Infraestructura”;

<sup>173</sup> Cuaderno Principal No.7 – Folios 107 a 111

“K. Excepción de Improcedencia de la Exigibilidad de la Cláusula Penal por el Eventual Incumplimiento de Obligaciones Dinerarias”;

“L. Excepción de Pago”;

“M. Excepción de Inexistencia de la Obligación de CNR de Adquirir Bienes de los Miembros del CMC o de su Cesionario a la Terminación del Contrato de Operación”;

“N. Excepción de Inexistencia de la Obligación de CNR de Convertirse en Cesionario de los Contratos de Leasing Suscritos por los Demandantes en Reconvención, Relativos a Equipos Destinados a la Operación de la Mina”;

“O. Excepción de Ausencia de Modificaciones Tácitas al Contrato de Operación”;

“P. Excepción de Improcedencia de la Pretensión de Reconocimiento de los Mayores Costos Derivados de los Precios de los Combustibles”;

“Q. Excepción de no Reconocimiento de la Capacidad Efectiva, ni de la Disponibilidad Mecánica de los Equipos de los Miembros del CMC” ;

“R. Excepción de Compensación” ;

“S. Jurisdicción y Competencial del Honorable Tribunal”:

### **III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

#### **1. Aspectos Procesales**

Previo al análisis de fondo de la controversia, el Tribunal pone de presente que encuentra debidamente establecidos los presupuestos para proferir el Laudo arbitral y no observa circunstancia alguna que pudiera ser constitutiva de nulidad y que amerite retrotraer la actuación surtida.

En efecto:

1.1. De conformidad con los certificados de existencia y representación legal acompañados por las partes al Arbitraje, tanto CNR como CMC SAS y

MASERING, EL CONDOR y SP son personas jurídicas legalmente constituidas y representadas.

1.2. Las partes actuaron por conducto de apoderados debidamente autorizados y reconocidos por el Tribunal como tales.

El Tribunal constató que:

1.3. Había sido integrado e instalado en debida forma;

1.4. Las Partes eran plenamente capaces y estaban debidamente representadas;

1.5. Las partes consignaron oportunamente las sumas que les correspondían, tanto por concepto de gastos del Arbitraje, como por concepto de honorarios de los Arbitros y de la Secretaria;

1.6. El proceso se adelantó en todas sus fases con observancia de las normas procesales establecidas al efecto y con pleno respeto de los derechos de defensa y de contradicción de las Partes.

1.7. El Tribunal asumió competencia en la forma atrás expuesta, y sobre este aspecto realiza las consideraciones adicionales que se plasman en el siguiente acápite, habida cuenta del reparo formulado por MASERING, EL CONDOR y SP INGENIEROS.

1.8. No obra causal de nulidad que afecte la actuación.

## **2. Presupuestos Procesales.**

Según lo antes indicado, salvo el reparo relacionado con la competencia, en los términos de los cuales se dará cuenta más adelante, los demás presupuestos procesales concurren cabalmente en el presente asunto, por cuanto, de un lado, las demandas –inicial y de reconvención– y sus respectivas reformas cumplen con los requisitos de forma requeridos por la ley para considerarlas; de otro, las personas jurídicas comprometidas en este pleito tienen legalmente capacidad para ser parte y comparecer al proceso, pues lo hicieron por conducto de sus representantes legales; y, además, no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado hasta el momento.

Sin embargo, como para proferir decisión de mérito o de fondo es necesaria la concurrencia de todos y cada uno de los presupuestos procesales, el Tribunal examinará y decidirá sobre la concurrencia del presupuesto competencia, respecto del cual la parte convocada ha alegado que este Tribunal no la tiene para pronunciarse respecto de las pretensiones relacionadas con las sociedades Masering SAS, Construcciones El Cóndor S.A. y SP Ingenieros S A S., integrantes del Consorcio Minero del César, en razón de la cesión del contrato de operación que éste le hizo a la sociedad Consorcio Minero del César S.A.S., y adicionalmente, que el Tribunal carece de competencia para dirimir lo relacionado con las pretensiones por supuestos incumplimientos en los niveles de producción, por estar dichas pretensiones sometidas a una amigable composición.

Por su parte, la convocante ha expresado que la cesión del contrato de operación fechada el 16 de noviembre de 2012 es ineficaz e inoponible, por las siguientes razones: (i) por abuso del derecho; (ii) por el quebranto del principio de la buena fe; (iii) por fraude en perjuicio de terceros; y, (iv) porque no se cumplieron las condiciones legales y convencionales que fueron pactadas y respecto a la amigable composición, expresó que el mecanismo pactado fue consagrado para otros eventos y que el mismo, fue derogado por las partes.

Como quedo reseñado atrás, en la primera audiencia de trámite llevada a cabo el día 21 de febrero de 2014<sup>174</sup>, continuada el día 6 de marzo del mismo año<sup>175</sup> el Tribunal se declaró competente para resolver las disputas sometidas a su consideración, sin perjuicio del resultado que arrojaran las pruebas y su valoración para proferir la decisión final respectiva en este laudo arbitral.

Así las cosas, el Tribunal debe resolver delantadamente lo referente a la existencia y validez de la cesión del contrato de operación realizada por las sociedades integrantes del Consorcio Minero del Cesar, esto es, de las sociedades Masering SAS, Construcciones El Cóndor S.A. y SP Ingenieros S.A.S., a la sociedad Consorcio Minero del César S.A.S., y luego a su eficacia, bajo la consideración no discutida por ninguna de las partes de que se trata de un contrato de naturaleza comercial, bilateral y con prestaciones periódicas o sucesivas pendientes de cumplimiento al momento de la cesión; y a continuación, sobre los supuestos incumplimientos que debieron ser sometidos a amigable composición; labor con lo cual se resuelve lo atinente al presupuesto procesal de competencia del Tribunal, así como algunas de las pretensiones de la sociedad convocante y de la parte convocada en su demanda de reconvención y excepciones de la convocante y las convocadas referidas al mismo tema, a lo cual se procede a continuación.

## **2.1. La cesión del contrato: noción y régimen.**

La cesión del contrato, también conocida como “cesión de la posición contractual”, fue regulada por primera vez en el Código de Comercio de 1971, mediante la cual, al decir de la Corte Suprema de Justicia, con apoyo en el artículo 887<sup>176</sup> del Código Mercantil, “(...) es una forma de sustitución contractual atípica en los convenios civiles que presupone el traspaso que, con el consentimiento del otro – a menos claro está, que exista disposición legal en contrario – un contratante hace a un tercero que pasa a ocupar en el contrato la misma situación jurídica del cedente, de los derechos y obligaciones emanados de un contrato bilateral. En tal caso, existe una relación contractual de la cual es, por regla general, desplazado uno de los contratantes originales”<sup>177</sup>.

---

<sup>174</sup> Acta No.11 de fecha 21 de febrero de 2014, visible a folios 2 y ss. del cuaderno de pruebas No.8.

<sup>175</sup> Acta No.12 de fecha 6 de marzo de 2014, visible a folios 52 y ss. del cuaderno de pruebas No.8

<sup>176</sup> Código de Comercio. Art.- 887.- “En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en la parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución”.

<sup>177</sup> Corte Suprema de Justicia. - Auto de 28 de junio de 1995.- Exp. 4571.

Uno de los rasgos particulares que caracterizan esta novedosa figura en el derecho colombiano consiste en que cualquiera de las partes del contrato original –que, se repite, debe tratarse de un contrato bilateral de naturaleza comercial y de ejecución periódica o sucesiva– puede hacerse sustituir en todas o algunas de las relaciones derivadas de él “(...) *sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución*”, preceptiva que desemboca en la conclusión según la cual la cesión del contrato mercantil de dichas características está legalmente autorizada, salvo que por disposición legal o por acuerdo de las mismas partes esté prohibida o limitada, es decir, que su validez puede predicarse con independencia de la aceptación expresa del contratante cedido, a menos que haya prohibición legal o contractual de efectuarla o que contractualmente se haya limitado, pues, el consentimiento del contratante cedido “(...) *se infiere o se presume por el hecho de no prohibirse la cesión (...)*”.<sup>178</sup>

La posibilidad de ceder un contrato mercantil de las condiciones preanotadas sin la autorización previa del contratante cedido “(...) *denota un rasgo de gran despersonalización de las relaciones comerciales, que da vía libre a la posibilidad de subrogar la posición de un contratante, escenario en el cual las relaciones económicas, incluso los contratos, se tornan intercambiables, es decir, son “fungibles”. Esta característica resalta particularmente “[...] en la economía contemporánea en que tanto auge y trascendencia han cobrado los contratos de larga duración”, que son los que tienen mayor vocación de ser transferidos*”<sup>179</sup>.

## **2.2. La cesión del Contrato de Operación resultante de la Oferta aceptada.**

Proyectadas tales consideraciones sobre la cesión del contrato de que se trata en el presente asunto, con apoyo en las pruebas recaudadas, se tiene lo siguiente:

### **2.2.1. La autorización contractual para ceder el contrato.**

En la Oferta presentada el 31 de agosto de 2005 por el Consorcio Minero del Cesar, integrado por las sociedades, Masering S.A., Construcciones El Cóndor S.A., y SP Ingenieros S. A. S. (el CMC) a la Compañía Carbones del Cesar (CDC) – titular del título minero para la exploración y explotación de carbón en la mina de carbón a cielo abierto La Francia - para la operación de dicha mina, aceptada ese mismo día, los oferentes ciertamente contrajeron en la cláusula 9 la obligación de “(...) *abstenerse de ceder total o parcialmente la ejecución de esta oferta, sin el consentimiento previo, expreso y escrito (...)*”, de la Compañía Carbones del Cesar; sin embargo, el

---

<sup>178</sup> Laudo Arbitral Inversiones Petroleras S.A. INVERPRETROL vs. Repsol Exploración S.A. Septiembre 21 de 1994. Arbitros: Antonio de Irisarri Restrepo, Carlos Holguín Holguín y Fernando Medida Arroyo.

<sup>179</sup> Derecho de las Obligaciones.- Tomo II.- Volumen 2.- Marcela Castro de Cifuentes.- La cesión de contratos.- Pags. 121 a 154.

12 de agosto de 2009 la Compañía Carbones del César S.A.<sup>180</sup> y el Consorcio Minero del César, suscribieron la denominada “Acta para el reinicio de las labores derivadas de la oferta mercantil de agosto 31 de 2.005 para la operación de la mina La Francia suscrita entre Compañía Carbones del César S.A. y los integrantes del Consorcio Minero del César y acuerdo de transacción” (el Acta de Reinicio), visible a folio 1278 y ss. del cuaderno de pruebas No. 1, en cuya cláusula decima novena (19) se estipuló:

*“CLAUSULA DECIMA NOVENA. AUTORIZACIÓN DE CESIÓN DE LA OFERTA: CDC acepta desde ya que el CMC y los Consorciados puedan ceder la Oferta y la presente Acta, a una Sociedad por Acciones Simplificadas (SAS); para lo cual, si los consorciados deciden ceder la Oferta a la SAS y la SAS cumple con las condiciones que se describen más adelante, bastará una comunicación por parte del CMC y los Consorciados a CDC informándole que la Oferta ha sido cedida, acompañada de un compromiso expreso, irrevocable e indefectible de (i) responder solidariamente por las obligaciones derivadas de las cláusulas y (sic) sexta y décima cuarta de la presente acta y (ii) mantener durante la vigencia de la Oferta una participación accionaria igual en términos porcentuales a la que actualmente tienen los consorciados en el Consorcio.*

*La SAS deberá contar, por lo menos, con las siguientes condiciones económicas, patrimoniales y administrativas:*

*1. Que los activos que actualmente tiene destinado el CMC para la operación de la Mina determinados en el ANEXO A que hace parte integrante de la presente Acta sean transferidos en su propiedad o en sus derechos a esa sociedad, según sea que los consorciados tengan la titularidad de los mismos o los derechos de opción de compra bajo contratos de leasing de la siguiente forma:*

*1.1. Se traspasará la propiedad de la infraestructura que el Consorcio ha construido en la Mina para el servicio de la Oferta.*

*1.2. Se traspasará la propiedad de los equipos de propiedad de cada uno de los consorciados que estén destinados para el servicio de la Oferta.*

*1.3. Se traspasará los derechos de Opción de compra que los consorciados tienen en los contratos de leasing relacionados en la cláusula sexta de esta Oferta. Este traspaso significa que cuando los consorciados hagan uso de la opción de compra la propiedad de estos equipos pertenecerá a la SAS quien a su vez será solidaria, frente a CDC en el pago de los cánones frente a las compañías de leasing.*

*1.4. Se traspasarán los inventarios de repuestos, accesorios, equipos menores, herramientas y dotaciones que el CMC tiene registrado en su contabilidad al servicio de la operación de la Mina.*

*1.5. El traslado de los fondos existentes en las cuentas corrientes del CMC.*

<sup>180</sup> El 18 de marzo de 2010 la Compañía Carbones del César S.A. cedió su posición contractual a la sociedad Colombian Natural Resources I SAS, según contrato visible a folios 69 y ss, del cuaderno de pruebas No. 2

1.6. *Los créditos representados en cuentas por cobrar en cabeza del CMC.*

2. *Que el pasivo de la SAS esté conformado por obligaciones que tengan relación directa o indirecta con la operación de la Mina La Francia.*

3. *Que los estatutos de la SAS no tengan cláusulas de restricción que impidan a la SAS dar cumplimiento a las obligaciones derivadas de la Oferta y del Acta.*

4. *Que la administración de la SAS esté conformada en la misma forma como está conformada la administración del Consorcio.*

5. *La SAS deberá obtener las pólizas previstas en la Oferta.*

*PARÁGRAFO. - Cumplidas esas condiciones por parte de los consorciados quedarán autorizados para ceder la oferta a la SAS."*

De manera que, a partir del doce (12) de agosto de dos mil nueve (2009), el Consorcio Minero del Cesar y la Compañía Carbones del Cesar, levantaron la restricción de la cesión del contrato de operación que contenía la oferta inicial, razón por la cual a partir de dicha fecha el Consorcio Minero del Cesar podía válidamente ceder su posición contractual a una sociedad por acciones simplificada (a la postre, la sociedad Consorcio Minero del Cesar S. A. S. (CMC S. A. S.)), cumpliendo las condiciones pactadas y sin que al momento de realizar la cesión fuese necesaria la aceptación de la contratante cedida o sustituida, es decir, la Compañía de Carbones del Cesar, según lo dicho precedentemente.

Al respecto, la parte convocante alega que dicha facultad con la que contaba el Consorcio y los consorciados, constituía un contrato de opción. Al respecto establece en sus alegatos de conclusión que dada la facultad tan amplia del consorcio: "*Puede asegurarse que ese remedio se encuentra otorgándole a la mencionada autorización la naturaleza jurídica que le corresponde, vale decir, calificándola como un negocio jurídico de opción.*"<sup>181</sup> Sin embargo, el Tribunal no encuentra que la voluntad de las partes estuviera dirigida a la celebración de un contrato preparativo de opción, sino que lo que se pactó fue una prerrogativa de cesión del contrato que tenía una de las partes, sujeta al acaecimiento de una condición suspensiva consistente en el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos pactados en la cláusula décimo novena del Acta de Reinicio. De hecho, no reposa en el expediente ninguna prueba que permita concluir que la voluntad de las partes era celebrar un contrato adicional, sino simplemente que la cesión del contrato estaba previamente autorizada bajo el entendido que se sujetaba a las condiciones establecidas contractualmente. Así las cosas, no se pueden aplicar las normas especiales del contrato de opción (Ley 51 de 1918, art. 23) a la cláusula objeto de análisis, puesto que ello desnaturalizaría la figura

---

<sup>181</sup> Visto a página 166 de los alegatos de conclusión de la parte demandante.

pactada y desconocería la voluntad expresa e inequívoca de las partes, que se manifiesta con diáfana claridad al establecer que *“CDC acepta desde ya que el CMC y los Consorciados puedan ceder la Oferta y la presente Acta, a una Sociedad por Acciones Simplificadas (SAS); para lo cual, si los consorciados deciden ceder la Oferta a las SAS y la SAS cumple con las condiciones que se describen más adelante, bastará una comunicación por parte del CMC y los Consorciados a CDC [...]”*.

### **2.2.2. La existencia de la cesión del contrato.**

En el expediente, a folio 177 y s.s. del C. Pruebas 3, milita el documento titulado *“CESION DE CONTRATO DE OPERACIÓN DE LA MINA LA FRANCIA”*, fechado el 16 de noviembre de 2016, mediante el cual los miembros del Consorcio Minero del César (MASERING S.A.S., CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A., y SP INGENIEROS S.A.S.), en calidad de cedentes, ceden irrevocablemente su posición contractual en el contrato de operación minera resultante de la Oferta aceptada, a la sociedad CONSORCIO MINERO DEL CESAR SAS, como cesionaria, documento que aparece suscrito por los respectivos representantes legales.

El precitado documento, que no fue tachado, acredita la existencia de la cesión del contrato de operación minera contenido en la Oferta aceptada, teniendo en cuenta que de conformidad con la ley la cesión de un contrato produce efectos entre cedente y cesionario desde que aquella se celebre (Código de Comercio, art. 894).

En la cláusula segunda de dicho documento de cesión, se estipuló: *“PERFECCIONAMIENTO. La presente cesión se perfeccionará, entrará en vigencia y, en consecuencia, se hará efectiva a partir del momento en que se informe de la misma a CI Colombian Natural Resources I S.A.S.”*, en los términos de la Cláusula Décimo Novena del *“Acta de Reinicio”*, para lo cual el CMC conjuntamente con los CEDENTES y el CESIONARIO se obligan a radicar una comunicación escrita en las oficinas del Cliente”.

### **2.2.3. La notificación de la cesión del contrato al contratante cedido (CNR).**

Si bien, a partir del 12 de agosto de 2009, la cesión del contrato por parte del CMC es absolutamente válida por el levantamiento de la mencionada restricción, tal operación, es decir, la cesión realizada entre cedente y cesionario, requiere – para que sea oponible al contratante cedido, o sea, en este caso, a la Compañía Carbones del Cesar (o a su sucesor CNR) – que a ésta le sea notificada o que sea aceptada por el cesionario, conforme lo establece el art. 894 de Código de Comercio, *“(…) en razón a que a éste le asiste un legítimo interés en conocer la misma y en particular la identidad de quien asumirá los compromisos adquiridos por la persona con la cual negocia y además, tal comunicación aparece oponible frente a terceros”*<sup>182</sup>.

A propósito de la validez y efecto de la cesión de posición contractual, y de conformidad con lo preceptuado en la parte final del art. 894 del Código de

---

<sup>182</sup> Corte Suprema de Justicia.- Sentencia de 24 de julio 2012.- M. P.- Fernando Giraldo Gutiérrez.



Comercio<sup>183</sup>, la Corte Suprema de Justicia ha pregonado que “(...) de conformidad con el inciso 1º del artículo 887 del Código de Comercio, la validez de la cesión de un contrato de ejecución periódica y sucesiva, puede predicarse con independencia de la aceptación expresa del contratante cedido, salvo que exista prohibición legal o las partes hayan limitado o proscrito la sustitución. Por supuesto, que una cosa es la aceptación como condición de validez, que no se precisa, y otra el rol que ella juega para determinar los efectos de la cesión, pues mientras que éstos se producen entre cedente y cesionario desde cuando el acto se celebra, tratándose del contratante cedido y de terceros, éstos solo se producen desde la notificación o aceptación, salvo lo previsto en el inciso tercero del artículo 887 (...)”<sup>184</sup>.

En el presente caso, como ya se vio de la transcripción de la cláusula decima novena del Acta de Reinicio, las partes, y en particular, la Compañía Carbones del Cesar, no solo autorizó la cesión de la oferta inicial, sino que aceptó expresamente que la cesionaria fuera “(...) una Sociedad por Acciones Simplificadas (SAS); para lo cual, si los consorciados deciden ceder la Oferta a las SAS y la SAS cumple con las condiciones que se describen más adelante, bastará una comunicación por parte del CMC y los Consorciados a CDC informándole que la oferta ha sido cedida, acompañada de un compromiso expreso, irrevocable e indefectible de (i) responder solidariamente por las obligaciones derivadas de las cláusulas y (sic) sexta y décima cuarta de la presente acta y (ii) mantener durante la vigencia de la Oferta una participación accionaria igual en término porcentuales a la que actualmente tienen los consorciados en el Consorcio (...)”.

Por consiguiente, la cesión de la posición contractual que el Consorcio Minero del Cesar tenía en el contrato resultante de la “Oferta” presentada el 31 de agosto de 2005, para la operación de la mina La Francia, aceptada, no solamente fue autorizada por la misma destinataria de la Oferta, es decir, la Compañía Carbones del Cesar, sino que, además, de común acuerdo, se señaló –de manera expresa– el tipo de persona jurídica que podría asumir dicha posición contractual, es decir, la cesionaria, con lo cual la Compañía Carbones del Cesar, hizo oponible a sus intereses los efectos de la referida cesión, estado de cosas que a su vez se hizo extensivo a la sucesora de esta, sociedad aquí convocante, C.I. Colombian Natural Resources, “(...) una subsidiaria que indirectamente pertenece en forma total a The Goldman Sachs Group, Inc (...)”, en virtud de la cesión que el 18 de marzo de 2010 le hiciera la Compañía Carbones del Cesar<sup>185</sup> a la sociedad Goldman Sachs Power Holdings LLC, afiliada a Goldman Sachs & Co<sup>186</sup>, quien había

<sup>183</sup> Código de Comercio, art. 887: “La cesión de un contrato produce efectos entre cedente y cesionario desde que aquella se celebre; pero respecto del contratante cedido y de terceros, sólo produce efectos desde la notificación o aceptación, salvo lo previsto en el inciso tercero del artículo 888”.

<sup>184</sup> Corte Suprema de Justicia.- Sentencia de 24 de julio 2012.- M. P.- Fernando Giraldo Gutiérrez

<sup>185</sup> A su vez, la Compañía Carbones del Cesar celebró contrato de cesión con la sociedad SIMINERA S.A., quien fue la titular del contrato de concesión No. 5160 de 27 de diciembre de 1991. Dicho contrato de cesión obra en el expediente en folios 1013 y ss del cuaderno de pruebas No. 1.

<sup>186</sup> De acuerdo con la copia del contrato de cesión celebrado 18 de Marzo de 2010, que obra en el expediente en folios 69 y ss del cuaderno de pruebas No. 2, a la sociedad C.I Colombian Natural Resources I S.A.S., la Compañía de Carbones del Cesar cedió a ésta ultima su posición contractual respecto del contrato celebrado, en virtud de un contrato de compraventa de activos y

previamente su posición contractual a su filial, la sociedad Colombian Natural Resources I S.A.S., lo cual tuvo lugar el 19 de enero de 2010, visible a folio 35 y s.s. del C. Pruebas 2.

Así puestas las cosas, en este proceso se acreditó documentalmente que la cesión fue informada oportuna y reiteradamente<sup>187</sup> por el CMC a C.I. Colombian Natural Resources I SAS, quien con diversos argumentos y en reiteradas comunicaciones<sup>188</sup>, no aceptó tal cesión, a pesar de la estipulación ya mencionada, en la que se indicó que “*CDC acepta desde ya que CMC y los Consorciados puedan ceder la oferta (...)*.” Tal postura de CNR se fundó, entre otras, en la consideración según la cual no se habían cumplido los requisitos pactados para la cesión del contrato, asunto del cual se ocupa seguidamente el Tribunal.

#### **2.2.4. Requisitos contractuales para la cesión del contrato resultante de la Oferta aceptada.**

A continuación, el Tribunal procede a analizar lo relacionado con el cumplimiento de los requisitos pactados contractualmente para la cesión del contrato resultante de la Oferta aceptada, por parte del CMC y sus miembros. Para el efecto, se tiene en cuenta que la cláusula décima novena del Acta de Reinicio contempla, por un lado, los requisitos relativos a la información sobre la cesión, la responsabilidad solidaria de los cedentes respecto de las obligaciones derivadas de las cláusulas sexta y décima cuarta del mismo documento, y el compromiso de mantener durante la vigencia de la Oferta una participación accionaria en la sociedad cesionaria, porcentualmente igual a la que en su momento tenían los miembros del consorcio en este.

Por otro lado, la misma cláusula exige que la sociedad cesionaria cumpla con una serie de condiciones económicas, patrimoniales y administrativas, contenidas en los numerales 1 a 5, arriba trascritas.

El Tribunal, a partir del estudio de las pruebas allegadas al presente proceso, ha verificado el cumplimiento por parte de los integrantes del Consorcio Minero del César de todas y cada una de las condiciones pactadas para ceder el contrato resultante de la Oferta aceptada, en la forma como de manera anticipada lo autorizó la Compañía Carbones del César S.A., según se expone a continuación.

---

un contrato de Términos y Condiciones Adicionales, por medio del cual Goldman Sachs Power Holding LLC, una filial de The Goldman Sachs Group Inc, se obligó a efectuar tal cesión.

<sup>187</sup> Comunicaciones del 16 de noviembre de 2012, visible a folios 369 y ss. del cuaderno de pruebas No. 3; 28 de noviembre de 2012, visible a folios 374 y ss. del cuaderno de pruebas No. 3; y 5 de diciembre de 2012, visible a folios 371 y ss. del cuaderno de pruebas No. 3.

<sup>188</sup> Comunicación del 22 de noviembre de 2012, visible a folios 379 y ss. del cuaderno de pruebas No. 3; 28 de noviembre de 2012, visible a folio 382 y 382 vuelta del cuaderno de pruebas No. 3; 2 de diciembre de 2012, visible a folios 383 y ss. del cuaderno de pruebas No. 3; 10 de diciembre de 2012 visible a folios 396 y 397 del cuaderno de pruebas No. 3; 21 de diciembre de 2012 visible a folios 399 a 400 del cuaderno de pruebas No. 3; 3 de enero de 2012 visible a folio 401 del cuaderno de pruebas No. 3; 9 de enero de 2013 visible a folios 402 a 403 del cuaderno de pruebas No. 3; 21 de enero de 2013 visible a folios 405 y ss. del cuaderno de pruebas No. 3; 22 de enero de 2013 visible a folio 410 y 412 del cuaderno de pruebas No. 3; 23 de enero de 2013 visible a folios 413 y ss. del cuaderno de pruebas No. 3; 25 de enero de 2013, visible a folio 422 del cuaderno de pruebas No. 3.

**2.2.4.1. Compromiso expreso, irrevocable e indefectible de (i) responder solidariamente por las obligaciones derivadas de las cláusulas sexta y décima cuarta del Acta de Reinicio y (ii) mantener durante la vigencia de la Oferta una participación accionaria igual en términos porcentuales a la que actualmente tienen los consorciados en el Consorcio.**

A folio 532 del cuaderno de pruebas No. 2 se encuentra la comunicación de fecha 16 de noviembre de 2012<sup>189</sup>, en la cual los representantes legales de las sociedades Masering SAS, Construcciones El Cóndor S.A., SP Ingenieros SAS y del Consorcio Minero del Cesar, expresaron a CI Colombian Natural Resources I SAS, lo siguiente:

*“ [...] Para dar cumplimiento a lo preceptuado en la cláusula citada, LOS CEDENTES, expresan, irrevocable e indefectiblemente que:*

*i) Responderemos solidariamente por las obligaciones derivadas de las Cláusulas Sexta y Décima Cuarta del “ACTA PARA EL REINICIO DE LAS LABORES DERIVADAS DE LA OFERTA MERCANTIL DE AGOSTO 31 DE 2005 PARA LA OPERACIÓN DE LA MINA LA FRANCIA SUSCRITA ENTRE LA COMPAÑÍA CARBONES DEL CESAR S.A. Y LOS INTEGRANTES DEL CONSORCIO MINERO DEL CESAR Y ACUERDO DE TRANSACCIÓN”.*

*ii) Los integrantes del Consorcio Minero del Cesar mantendremos durante la vigencia del Contrato de Operación que se cede, una participación accionaria en la sociedad CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S., igual a la que tiene a la fecha en el CONSORCIO MINERO DEL CESAR (...).”*

Lo anterior acredita la existencia del compromiso expreso, irrevocable e indefectible de responder solidariamente por las obligaciones derivadas de las cláusulas sexta y décima cuarta del Acta de Reinicio, así como la obligación de mantener durante la vigencia de la misma una participación accionaria igual en términos porcentuales a la que en su momento tenían los consorciados en el Consorcio.

En el mismo sentido, el documento de 16 de noviembre de 2012, visible a folios 158 y siguientes del cuaderno de pruebas No. 3, denominado “*Cesión de contrato de operación de la mina La Francia*” en su cláusula quinta expresa los mismos compromisos, que corresponden a las dos primeras condiciones para aceptar la cesión del contrato resultante de la Oferta aceptada<sup>190</sup>.

---

<sup>189</sup> Visible a folios 532 y ss. del cuaderno de pruebas No. 2

<sup>190</sup> QUINTA. LOS CEDENTES y EL CESIONARIO expresan, irrevocable e indefectiblemente que:

- i) Responderemos solidariamente por las obligaciones derivadas de las cláusulas sexta y décima cuarta del “ACTA PARA EL REINICIO DE LAS LABORES DERIVADAS DE LA OFERTA MERCANTIL DE AGOSTO 31 DE 2005 PARA LA OPERACIÓN DE LA MINA LA FRANCIA SUSCRITA ENTRE COMPAÑÍA CARBONES DEL CESAR S.A. Y LOS INTEGRANTES DEL CONSORCIO MINERO DEL CESAR Y ACUERDO DE TRANSACCIÓN”:

Teniendo en consideración lo antes expuesto y el tenor literal de la cláusula décima novena del Acta de Reinicio respecto de acompañar a la notificación de cesión *“un compromiso expreso, irrevocable e indefectible de (i) responder solidariamente por las obligaciones derivadas de las cláusulas y (sic) sexta y décima cuarta de la presente acta y (ii) mantener durante la vigencia de la Oferta una participación accionaria igual en términos porcentuales a la que actualmente tienen los consorciados en el Consorcio”*, queda claro para el Tribunal que respecto de las obligaciones sexta y décima cuarta existe solidaridad por parte de los cedentes del contrato, esto es, Construcciones el Cóndor S.A., MASERING S.A.S y S.P., Ingenieros S.A.S., respecto de las obligaciones a cargo de la sociedad Consorcio Minero del César S.A.S., derivadas de las cláusulas sexta y décimo cuarta del Acta de Reinicio.

Respecto de la solidaridad que se analiza y como quiera que la parte convocada, en particular las sociedades Construcciones el Cóndor S.A., MASERING S.A.S y S.P. INGENIEROS S.A.S, han presentado como excepción la falta de competencia del Tribunal para decidir pretensiones formuladas contra los cedentes en tanto, *“[...] los integrantes del CMC ya no ostentan la calidad de parte contractual y por tanto, no estaban vinculados por la cláusula compromisoria.”*, le corresponde a este Tribunal, independientemente del cumplimiento o no de los requisitos establecidos para la cesión, pronunciarse sobre su competencia respecto de las pretensiones elevadas por CI Colombian Natural Resources I SAS, cuyo contenido esté relacionado con tales obligaciones solidarias. En ese sentido, considera el Tribunal que tiene competencia respecto de aquellas pretensiones relacionadas con las cláusulas sexta y décimo cuarta del contrato, así como respecto de las correlativas excepciones, las cuales se encuentran cobijadas por el pacto arbitral base de este trámite.

Lo anterior, debido a que dada la naturaleza jurídica de las obligaciones solidarias consagrada en el artículo 1568 del Código Civil, según el cual *“[...] en virtud de la convención, del testamento, o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o in solidum”*, queda claro que en el momento en que los miembros del CMC cedentes aceptaron mantener una responsabilidad solidaria con la sociedad Consorcio Minero del César S.A.S., asumieron que en caso de que se demandara el cumplimiento de las obligaciones objeto de la solidaridad, los cedentes correrían la misma suerte que su cesionario. En tal sentido, dado que el contrato consagró una cláusula arbitral que abarca las obligaciones solidarias asumidas por las partes en virtud del contrato, es clara la competencia del Tribunal para pronunciarse

- ii) Los integrantes del Consorcio Minero del Cesar, es decir LOS CEDENTES, mantendrán durante la vigencia del Contrato de Operación que se cede, una participación accionaria en la sociedad CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S., igual a la que tienen a la fecha en el CONSORCIO MINERO DEL CESAR, esto es:

MASERING .S.A.S.	51 %
CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A.	29.4%
SP INGENIEROS S.A.S.	19.6%

sobre este particular, y en tal sentido el presente laudo tiene carácter vinculante para todos los deudores solidarios.

Ahora bien, a juicio del Tribunal la solidaridad que se desprende de la declaración realizada por las sociedades Construcciones el Cóndor S.A., MASERING S.A.S y S.P. Ingenieros S.A.S al momento de realizar la notificación sobre la cesión del contrato, se trata de un caso de solidaridad las obligaciones que la Sociedad Consorcio Minero del Cesar S.A.S. tuviera respecto de CNR, en lo relativo a las cláusulas sexta y décimo cuarta del Acta de Reinicio-. En tal virtud, el Tribunal tiene competencia sobre todas las pretensiones presentadas por la parte convocada en la demanda de reconvenición reformada relacionadas con las cláusulas del Acta de Reinicio sobre las cuales se pactó solidaridad.

En consecuencia, el Tribunal se declarará no competente para decidir respecto de las pretensiones y excepciones relacionadas con las sociedades miembros del CMC, salvo las concernientes a las cláusulas sexta y décimo cuarta del Acta de Reinicio, en cuanto estén dirigidas contra los miembros del CMC.

#### **2.2.4.2. Condiciones económicas, patrimoniales y administrativas de la SAS cesionaria, según la cláusula décimo novena del Acta de Reinicio.**

A continuación, procede el Tribunal a examinar si se cumplieron las otras condiciones que la sociedad cesionaria debía cumplir de conformidad con la cláusula décimo novena del Acta de Reinicio.

##### **2.2.4.2.1. Transferencia de los activos destinados para la operación de la Mina.**

De acuerdo con el numeral 1 de la cláusula décimo novena del Acta de Reinicio, se requería la transferencia por parte de los cedentes a la cesionaria de los activos destinados por el CMC a la operación de la Mina (Anexo A), en su propiedad o en sus derechos, dependiendo de si los cedentes contaban con la titularidad jurídica de los bienes o tenían una opción de compra en el marco de un contrato de Leasing.

En la misma cláusula se establece que: (i) la propiedad de la infraestructura construida para el servicio de la Oferta será transferida (numeral 1.1.); (ii) la propiedad de los equipos cuya titularidad esté en manos de cada uno de los cedentes y que estén destinados al servicio de la Oferta, también deberá ser traspasada (numeral 1.2.); (iii) en aquellos casos en los que el bien haya sido adquirido a través de los contratos de leasing relacionados en la cláusula sexta del Acta de Reinicio (con las modificaciones introducidas en el Otrosí 3 al Acta de Reinicio, numerales 1.01 y 1.03, en punto de los Equipos Adicionales), se traspasarán los derechos de opción de compra en cabeza de los consorciados cedentes, 4) los inventarios de repuestos, accesorios, equipos menores, herramienta y dotaciones al servicio de la operación de la Mina, que los cedentes tuvieran registrados en su contabilidad, también debían ser traspasados, 5) debían ser objeto de traslado, los fondos

existentes en las cuentas corrientes del consorcio, y 6) finalmente también debían ser objeto de transferencia, los créditos representados en cuentas por cobrar en cabeza del consorcio. El Tribunal encuentra que todos y cada uno de los anteriores traspasos se efectuaron como pasa a discriminar.

En primer lugar, queda probada la transferencia de los activos a la sociedad Consorcio Minero del César SAS que tenían destinados para la operación de la Mina La Francia los integrantes del Consorcio Minero del César, con el documento titulado “Acta de entrega de activos, derechos y pasivos aportados a la sociedad Consorcio Minero del César SAS”, suscrita por el representante legal del CMC, los representantes legales de los consorciados, y el representante legal de la sociedad CMC SAS, y sus anexos, visibles a folio 186 y ss. del cuaderno de pruebas No. 3, en la cual se hizo constar que los cedentes transfirieron la totalidad de los equipos que se encontraban en sus manos y que eran utilizados para el servicio de la mina, así como también la propiedad de la infraestructura construida, cumpliendo con lo estipulado en los numerales 1.1. y 1.2 de la cláusula décima novena del Acta de Reinicio.

Establece el acta, que se hace entrega de los activos en común y proindiviso del Consorcio, así como también de los activos de propiedad exclusiva de Masering S.A.S., CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. y de SP INGENIEROS S.A.S., los cuales se encuentran discriminados en un inventario anexo al acta en mención.

Dice el acta:

*“Se deja constancia que, en consecuencia, se hace entrega de los siguientes activos:*

**I. ACTIVOS EN COMÚN Y PROINDIVISO (ACTIVOS DEL CONSORCIO)**

*a) INFRAESTRUCTURA: Relacionada en el ANEXO A1 se encuentran totalmente depreciadas por tanto su valor en libros es cero (\$0).*

*b) EFECTIVO EN MONEDA LEGAL COLOMBIANA (PESOS): Saldo en caja, bancos y cuentas de inversión a la vista, con corte al 16 de noviembre de 2012, relacionadas en el ANEXO B1. El valor de estos activos es de \$6.354.768.727.52.*

*c) EFECTIVO EN DOLARES (sic) DE LOS ESTADOS UNIDOS: Saldo en bancos en dólares, con corte al 16 de noviembre de 2012 por US\$ 25.300.15 relacionadas en el ANEXO C1 por la TRM del 15 de noviembre de 2012, es decir, la suma de \$46.000.732.73*

*d) CUENTAS POR COBRAR: Cuentas por cobrar a clientes, socios, anticipos, trabajadores, varios e ingresos por cobrar con corte al 16 de noviembre de 2012 relacionadas en el ANEXO D1 por valor de \$25.626.746.133.90*

*e) INVENTARIOS DE MATERIALES Y REPUESTOS: Inventarios de repuestos, accesorios, equipos menores, herramientas y dotaciones de propiedad común y proindiviso de los accionistas, con corte al 16*

(sic) noviembre de 2012 relacionadas en el ANEXO E1 por valor de \$ 8.342.840.946.70

f) *ACTIVOS FIJOS: Maquinaria, equipos y vehículos de propiedad común y proindiviso de los accionistas, al 16 de noviembre de 2012 relacionadas en el ANEXO F1 por valor de \$550.062.525.49.*

g) *DIFERIDOS. Gastos pagados por anticipado y que por su naturaleza son susceptibles de generar ingresos futuros y que se encuentran contabilizados como diferidos al 16 de noviembre de 2012 relacionadas en el ANEXO G1 por valor de \$272.430.364.34*

**TOTAL ACTIVOS EN COMUN (sic) Y PROINDIVISO AL 16 DE NOVIEMBRE DE 2012 (ACTIVOS DEL CONSORCIO) \$ 41.192.849.430.68**

## **II. PASIVOS EN COMÚN Y PROINDIVISO (PASIVO DEL CONSORCIO)**

a) *CUENTAS POR PAGAR OBLIGACIONES FINANCIERAS: Las cuentas por pagar a entidades financieras con corte al 16 de noviembre de 2012 relacionadas en el ANEXO H1 por valor de \$18.323.563.000.00*

b) *CUENTAS POR PAGAR A PROVEEDORES: Las cuentas por pagar a proveedores con corte al 16 de noviembre de 2012 relacionadas en el ANEXO I 1 por valor de \$10.893.243.732.45*

c) *CUENTAS POR PAGAR IMPUESTOS. Las cuentas por pagar a (sic) por concepto de impuestos, tasas y contribuciones con corte al 16 de noviembre de 2012 relacionadas en el ANEXO J1 por valor de \$932.420.000.00*

d) *CUENTAS POR PAGAR SEGURIDAD SOCIAL Y PARAFISCALES. Las cuentas por pagar a entidades encargadas de la seguridad social y parafiscales con corte al 16 de noviembre de 2012 relacionadas en el ANEXO K1 por valor de \$290.363.650.00*

e) *CUENTAS POR PAGAR VARIOS LABORALES. Las cuentas por pagar por otros conceptos laborales con corte al 16 de noviembre de 2012 relacionadas en el ANEXO L1 por valor de \$10.401.434.00*

f) *CUENTAS POR PAGAR A TRABAJADORES. Las cuentas por pagar a trabajadores con corte al 16 de noviembre de 2012 relacionadas en el ANEXO M1 por valor de \$2.667.743.800.00*

g) *CUENTAS POR PAGAR PROVISIONADAS. Las cuentas por pagar por concepto de pagos provisionados con corte al 16 de noviembre de 2012 relacionadas en el ANEXO N.1 por valor de \$1.416.396.263.18*

h) *CUENTAS POR PAGAR CLIENTES. Las cuentas por pagar a clientes con corte al 16 de noviembre de 2012 relacionadas en el ANEXO O 1 por valor de \$6.658.717.549.73*

i) **CUENTAS POR PAGAR SOCIOS:** Las cuentas por pagar a socios con corte al 16 de noviembre de 2012 relacionadas en el ANEXO P1 por valor de cero \$ 0

**TOTAL PASIVOS EN COMUN (sic) Y PROINDIVISO A 16 DE NOVIEMBRE DE 2012 (PASIVOS DEL CONSORCIO) \$41.192.849.430.68**

Se deja constancia que los accionistas están tramitando con cada una de las entidades financieras con quienes se tienen créditos bancarios la sustitución de pagarés para su traspaso a la Sociedad.

Asimismo, se están tramitando y enviando cartas a cada uno de los proveedores de materiales y servicios del Consorcio, informándoles de la cesión y que el responsable del pago, a partir del 16 de noviembre de 2012, es la Sociedad CONSORCIO MINERO DEL CESAR SAS.

### **III. DERECHOS DE PROPIEDAD EXCLUSIVA DE MASERING S.A.S.:**

Se hace entrega de la tenencia de las maquinarias relacionadas en el ANEXO Q1 y se dejan en custodia de la Sociedad cartas para notificar en el futuro a las compañías de leasing el traspaso de la propiedad una vez se ejerzan los Derechos de Opción de Compra que tiene Masering en los contratos de leasing financieros (sic) relacionados en el ANEXO Q1, por el valor de la opción de compra (US\$39.370) calculada teniendo en cuenta la TRM del 16 de noviembre de 2012 para un total de \$71.756.155.70.

**VALOR TOTAL DE LOS APORTES EN ESPECIE DE PROPIEDAD EXCLUSIVA DE MASERING A 16 DE noviembre de (sic) 2012 \$71.756.155.70**

### **IV. EQUIPOS Y DERECHOS DE PROPIEDAD EXCLUSIVA DE CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A.**

Los equipos de propiedad exclusiva de Construcciones El Cóndor, que están siendo entregados son:

a) **MAQUINARIA Y EQUIPO:** Los activos maquinaria y equipo con corte al 16 de noviembre de 2012 relacionadas en el ANEXO R1, por el valor de \$9.147.911.567.44

b) **LA CESIÓN DE LOS DERECHOS DE OPCIÓN DE COMPRA:** Se hace entrega de la tenencia física de las maquinarias relacionadas en el ANEXO S1 y se dejan en custodia de la Sociedad cartas para notificar en el futuro a las compañías de leasing el traspaso de la propiedad una vez se ejerzan los Derechos de Opción de Compra que tiene Construcciones El Cóndor en los contratos de leasing financieros (sic) relacionados en el ANEXOS1 (sic), por valor de la



*opción de compra (US\$31.635.43) calculada teniendo en cuenta la TRM del 16 de noviembre de 2012 para un total de \$57.659.051.07*

**VALOR TOTAL DE LOS APORTES EN ESPECIE DE PROPIEDAD EXCLUSIVA DE CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. a 16 de noviembre de 2012 (sic) \$9.205.570.618.51CTE**

**V. EQUIPOS Y DERECHOS DE PROPIEDAD EXCLUSIVA DE SP INGENIEROS S.A.S.**

*Los equipos y derechos de propiedad exclusiva de SP Ingenieros que están siendo entregados son:*

*a) MAQUINARIA Y EQUIPO : Los activos maquinaria y equipo con corte al 16 de noviembre de 2012 relacionadas en el ANEXO T1 por valor de \$ 5.005.272.703.00*

*b) LA CESIÓN DE LOS DERECHOS DE OPCIÓN DE COMPRA: Se hace entrega de la tenencia física de las maquinarias relacionadas en el ANEXO U1 y se dejan en custodia de la Sociedad cartas para notificar en el futuro a las compañías de leasing el traspaso de la propiedad una vez se ejerzan los Derechos de Opción de Compra que tiene SP Ingenieros en los contratos de leasing financieros (sic) relacionados en el ANEXO U1, por el valor de la opción de compra (US\$24.569.14) calculada teniendo en cuenta la TRM del 16 de noviembre de 2012 para un total de \$44.779.965.46*

**VALOR TOTAL DE LOS APORTES EN ESPECIE DE PROPIEDAD EXCLUSIVA DE SP INGENIEROS S.A.S A 16 DE NOVIEMBRE DE 2012. \$ 5.050.052.668.46 M/CTE”**

CNR plantea que en los memoriales de contestación a la demanda reformada y en la demanda de reconvencción los miembros del CMC manifestaron que se habían transferido a CMC S.A.S. “a título de aporte, los activos, derechos y pasivos”<sup>191</sup>, y que la señalada afirmación no contribuye en nada a aclarar la situación, pues los bienes objeto de un aporte societario pueden ser entregados a título de usufructo, a título de propiedad o incluso a título de comodato.

Agrega que la apropiada demostración de la transferencia de la propiedad de los vehículos destinados a la explotación de la Mina en favor de la CMC S.A.S., exigía allegar las pruebas específicas exigidas para este caso en el ordenamiento vigente al momento de la cesión del Contrato de Operación, vale decir, el 16 de noviembre de 2012, puesto que para efectuar la tradición de los camiones, y del resto de la maquinaria móvil para la explotación minera, era necesario inscribir la enajenación en el registro llevado por la Autoridad Nacional de Tránsito, de conformidad con las disposiciones legales que invoca en sustento de su posición, todo lo cual, considera, pone en evidencia que la condición de transferir la propiedad de los activos de los miembros del CMC a CMC S.A.S. no está acreditada en el proceso.

---

<sup>191</sup> Contestación al Hecho 87 (d) y Demanda de reconvencción Hecho 72, Cuaderno Principal No. 3, Folio 190-191.

Al respecto, el Tribunal considera necesario precisar aquí que la expresión “(...) *se habían transferido a CMC SAS (...) a título de aporte, los activos, derechos y pasivos*”, debe entenderse, obviamente, en relación y en consonancia con las obligaciones adquiridas por los cedentes – los miembros del Consorcio Minero del Cesar– con la empresa cedida, es decir, Carbones del Cesar, para la cesión de la Oferta, de transferirle la propiedad a la sociedad cesionaria, o sea, a Consorcio Minero del Cesar S.A.S., de los bienes descritos en la respectiva cláusula; a lo cual cabe agregar que si la empresa cedida (CNR) consideraba que dicha expresión no significa propiamente transferencia de la propiedad de los bienes en cuestión, le correspondía, de conformidad con la carga de la prueba, demostrar que dicho aporte se había realizado a título diferente. En tal sentido, de conformidad con la ley sustancial y procesal, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (C. de P.C., art. 177; Código Civil, art. 1757). En el presente caso, la parte convocada acreditó documentalmente la existencia de la cesión del contrato resultante de la Oferta aceptada, así como la verificación de las condiciones pactadas para ello, mediante el “*Acta de entrega de activos, derechos y pasivos aportados a la sociedad Consorcio Minero del César SAS*”, y el certificado expedido por el Revisor Fiscal de la sociedad cesionaria, arriba mencionados, los cuales no fueron objeto de tacha.

Al punto se añade que desde un comienzo los reparos de CNR a la cesión del contrato fueron vagos, como lo evidencia su comunicación del 22 de noviembre de 2012, dirigida al CMC y a sus miembros (C. Pruebas 2, fl. 546 y s.s.), en la cual, entre otras cosas, manifestó que: “*los documentos remitidos además de ser insuficientes para acreditar el cumplimiento de las condiciones previstas en la Cláusula 19 del Acta de Reinicio, permiten inferir y concluir que no se han cumplido los requisitos establecidos para la cesión en la Cláusula 19 del Acta de Reinicio. A manera de ejemplo, el certificado del revisor fiscal de la sociedad cesionaria es vago y omite información importante relacionada con el supuesto cumplimiento de las condiciones de la Cláusula 19, incluyendo la transferencia de activos suficientes, cesión de contratos relevantes y demás*”, sin concretar en forma alguna los motivos de su posición.

Otro tanto ocurrió respecto de la manifestación de CNR en el sentido de que la transferencia a título de aporte no implica necesariamente la transferencia de la propiedad de los bienes aportados, pues tampoco se aportó al proceso prueba alguna que evidenciara que el aporte al que aluden los precitados documentos se hubiera hecho a título diferente al traslaticio del dominio. En consecuencia, el Tribunal no acoge las interpretaciones que sobre estos aspectos se hicieron en el alegato de conclusión de la parte convocante.

Por otro lado, la parte convocante alega que la cesión de opción de compra de los equipos de leasing no puede surtir efectos, en tanto no cumple con los requisitos necesarios de acuerdo con la cláusula décimo novena del Acta de Reinicio. Sustenta su posición en el hecho de que el acta de entrega de activos, derechos y pasivos aportados al CMC S.A.S., solamente hace referencia la transferencia física de las maquinarias y la entrega a esta de las cartas para notificar a futuro a las compañías de leasing el traspaso de la propiedad, lo cual, a criterio de la convocante, expresado en sus alegatos de

conclusión, “*carece de virtualidad jurídica para producir los efectos de tal [de una transferencia]*”.

Así mismo, manifiesta la convocante en sus alegatos de conclusión que era menester que la CMC S.A.S. después de que los aportantes hayan concluido el pago de los cánones establecidos en los contratos de leasing, proceda a ejercitar las correspondientes opciones de compra ante las compañías de leasing, convirtiéndose por ende en propietaria de los equipos objeto de los aludidos contratos, y que, sin embargo, la forma como en la mencionada acta de entrega de aportes se lleva a cabo la supuesta transferencia de la opción de compra, priva de todo efecto la estipulación contenida en la Cláusula Décima Novena del Acta de Reinicio, toda vez que la alegada transferencia no constituye un verdadero aporte, pues carece de virtualidad jurídica para producir los efectos de tal, de suerte que si las respectivas sociedades aportantes ejercen la Opción de Compra, son éstas las que se convierten en propietarias de los equipos, con lo cual culmina por completo la ejecución de los contratos de leasing, de manera que en adelante no hay nada que notificarle a las compañías de leasing, ni la CMC S.A.S. se convierte en dueña de los bienes objeto de la Opción de Compra, pues para ello sería necesario que la sociedad aportante que haya devenido propietaria de los equipos acepte, mediante un acto posterior, enajenarlos a la CMC S.A.S.

Sobre el particular, se remite el tribunal al contrato de cesión de los derechos de opción de compra de los contratos de leasing, de fecha 16 de noviembre de 2012, documento que no fue tachado, el cual establece en su cláusula TERCERA<sup>192</sup>, que “*el contrato queda perfeccionado con su firma, no obstante la cesión se hará efectiva cuando LOS CEDENTES hagan uso de la opción de compra, evento en el cual la propiedad de los equipos pertenecerá a LA CESIONARIA [...]*”. Además, en la cláusula PRIMERA del mismo documento, se previó:

*“De conformidad con los términos establecidos en el artículo 887 del Código de Comercio de Colombia, LOS CEDENTES ceden a la CESIONARIA los derechos de opción de compra que tiene en los siguiente contratos de leasing:*

*i) Contratos de leasing financiero cuyo locatario es MASERING S.A.S relacionados en el Anexo Q.*

*ii) Contratos de leasing financiero cuyo locatario es SP INGENIEROS S.A.S relacionados en el Anexo U.*

*iii) Contratos de leasing financiero cuyo locatario es CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. relacionados en el Anexo S.*

***Este traspaso significa que, cuando los CEDENTES, como locatarios de los contratos de leasing, hagan uso de la opción de compra, la propiedad de estos equipos pertenecerá a LA CESIONARIA, quien a su vez será solidaria, frente a CDC, en el pago de los cánones frente a las compañías de leasing.*** (resalta y subraya el Tribunal)

---

<sup>192</sup> Visto a folio 378 y s.s. del cuaderno de pruebas No. 3.

De lo anterior se desprende, en primer término, que está acreditada en el proceso la cesión de las opciones de compra de los contratos de leasing sobre los equipos por parte de los cedentes a la cesionaria, la cual se hizo en línea con lo establecido en el numeral 1.3 de la cláusula Décimo Novena del Acta de Reinicio, en el sentido que el ejercicio de las opciones de compra sería hecho por los cedentes en su calidad de locatarios de los contratos de leasing, de tal manera que la propiedad de los equipos quedara radicada en cabeza de la cesionaria CMC SAS. Al punto precisa el Tribunal que el hecho de que el locatario en el contrato de leasing sea quien ejerce la opción de adquisición de los bienes dados en leasing, no necesariamente implica que la propiedad de estos quede radicada en cabeza del locatario, pues este tiene la facultad de instruir a la entidad de leasing para que la transferencia de la propiedad se haga en cabeza del tercero- cesionario- designado por el locatario, siendo esta la fórmula que en este caso fue acordada por las partes.

De conformidad con lo anterior, el Tribunal considera debidamente acreditada la transferencia de los derechos de opción de compra derivados de los contratos de leasing, a favor de la sociedad cesionaria, Consorcio Minero del César S.A.S., de conformidad con lo pactado por las partes.

También se efectuó la transferencia de los repuestos, accesorios, equipos menores, herramienta y dotaciones que estaban registrados en la contabilidad, situación que quedó probada con la certificación del revisor fiscal de la sociedad cesionaria, así como con la referida acta de entrega de activos, derechos y pasivos aportados a la sociedad Consorcio Minero del César SAS.

Asimismo aparece que se efectuó el traslado de los fondos que se encontraban en las cuentas corrientes del consorcio, tal y como se acreditó, por una parte, con el certificado del Revisor Fiscal de CMC SAS, y, por otra parte, con los Anexos B1 y C1 del Acta de Entrega de Activos, Derechos y Pasivos aportados a la sociedad cesionaria, CMC SAS, que hacen referencia tanto a las cuentas corrientes nacionales de los bancos AV VILLAS, BANCO DE BOGOTÁ (cuenta No. 183035740), BANCO BCSC (cuenta No. 21500449683), las cuentas de ahorros del BANCO DE BOGOTÁ (433144227), del BANCO BCSC (cuenta No. 24025120992), así como el encargo fiduciario 9040 cuya sociedad fiduciaria administradora es la Fiduciaria Corficolombiana S.A., y encargo 90646 de la cartera colectiva administrada por la misma entidad<sup>193</sup>, como a la cuenta en el exterior en BANCOLOMBIA PANAMÁ (cuenta 10809041), documentos que no fueron tachados ni desvirtuados en la medida en que la parte convocante no aportó pruebas que sustenten su posición litigiosa en este aspecto.

De la misma manera, establece el Tribunal que la totalidad de los créditos representados en cuentas por cobrar, los cuales se encuentran discriminados en el anexo D1 del *Acta de Entrega de Activos, Derechos y Pasivos aportados a la sociedad consorcio minero del César S.A.S.*, visible a folios 195 a 199 del cuaderno de pruebas No. 3, fueron transferidos a la sociedad cesionaria, de manera que conforme a la prueba documental reseñada la totalidad de activos relacionados en el numeral primero de la cláusula décimo

<sup>193</sup> Certificación visible a folio 193 del cuaderno de pruebas No. 3.

novena del Acta de Reinicio fueron traspasados por los cedentes a la cesionaria.

#### **2.2.4.2.2. Pasivo conformado por obligaciones que tengan relación directa o indirecta con la operación de la mina.**

El segundo requisito para la cesión del contrato resultante de la Oferta aceptada es que el pasivo de la SAS esté conformado por obligaciones que tengan relación directa o indirecta con la operación de la Mina La Francia, situación que se acreditó con el acta de entrega de activos, derechos y pasivos aportados a la sociedad Consorcio Minero del César S.A.S., visible a folio 186 y ss. del cuaderno de pruebas No. 3, y con el certificado expedido por el Revisor Fiscal de la sociedad cesionaria, Consorcio Minero del César SAS, el día 15 de noviembre de 2012, visible a folio 535 del cuaderno de pruebas 2, documentos a los que el Tribunal les da eficacia probatoria para este específico punto, considerando su contenido, que no fueron tachados ni desvirtuados<sup>194</sup>.

#### **2.2.4.2.3. Cláusulas estatutarias de la sociedad cesionaria.**

El tercer requisito establecido para la cesión del contrato resultante de la Oferta aceptada, radica en que los estatutos de la sociedad cesionaria, es decir Consorcio Minero del César S.A.S., no impidieran el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Oferta y del Acta de Reinicio. El Tribunal encuentra, luego de hacer una revisión de los estatutos que rigen a la sociedad, que obran a folios 2418 y ss del cuaderno de pruebas No. 2 del expediente, que ninguna de sus cláusulas obstaculiza el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en virtud del contrato.

El Tribunal observa la constitución de CMC SAS, donde se establece que, *“La sociedad tendrá por objeto social exclusivo la realización de las actividades necesarias para la extracción a cielo abierto de carbón y estéril y demás actividades relacionadas. (...) En desarrollo de este objeto tendrá la calidad de OFERENTE CESIONARIO en el contrato de operación de la Mina la Francia de propiedad de la sociedad Colombian Natural Resources I SAS en adelante (“El Cliente”), en virtud de la cesión que haga de ella los miembros del Consorcio Minero del César”,* de manera que los estatutos fueron establecidos con el objetivo fundamental de poder ejecutar el contrato de acuerdo con las condiciones contempladas en la Oferta, que incluyen las establecidas en el Acta de Reinicio.

#### **2.2.4.2.4. Conformación de la administración de la sociedad.**

El Tribunal encuentra que se cumple este requisito establecido para la cesión, en tanto la administración de la sociedad cesionaria se conformó de la misma forma en que estaba conformada la del consorcio. En efecto, el acuerdo de Consorcio celebrado entre las sociedades Construcciones el

---

<sup>194</sup> Certificación visible a folio 535 del cuaderno de pruebas No. 2

Cóndor S.A., S.P. EXPLANACIONES S.A y TUNELESA S.A., en su modificación No 4 que obra en el expediente a folio 27 y ss del cuaderno de pruebas No 3, establece en su cláusula CUARTA que los porcentajes de participación de los consorciados son los siguientes: MASERING S.A. 51%, CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. 29.4% y S.P. EXPLANACIONES S.A. 19.6%. Al contrastarse lo anterior con la composición accionaria de la sociedad cesionaria se observa que esta se encuentra conformada en los mismos porcentajes que tenían los consorciados en el Consorcio, tal y como se lee en los estatutos de constitución de la sociedad Consorcio Minero del César SAS visible a folios 555 a 568 del cuaderno de pruebas No. 2, y en especial, el párrafo primero del artículo 8<sup>o</sup><sup>195</sup>, conforme al cual el capital suscrito y pagado por los accionistas y su porcentaje así: Masering el 51%, Construcción (sic) El Cóndor S.A., el 29.4%, y SP Ingenieros SAS el 19.6%; documentos a los que el Tribunal les da eficacia probatoria para este específico punto.

De la misma manera, encuentra el Tribunal que, en esencia, los órganos de administración consagrados en el Consorcio<sup>196</sup>, son los mismos que aquellos consagrados en los estatutos de la sociedad Consorcio Minero del César S.A.S<sup>197</sup>. De hecho, tienen identidad en cuanto a sus funciones y número de miembros como se indica a continuación:

- Respecto del Comité Directivo, establecido en el artículo 53° de los estatutos de la sociedad y en la cláusula 2.1.1. del Acuerdo de Consorcio, se consagra en ambos casos un ente de naturaleza consultiva de la junta directiva / junta administradora integrada por tres miembros, designados por unanimidad de los accionistas/partes y que podía ser convocado por el representante legal.
- La Junta Administradora, de acuerdo con el artículo 2.1.2. del Acuerdo de Consorcio, y la Junta Directiva, de acuerdo con el artículo 42° y ss. de los estatutos sociales, son en ambos casos el máximo órgano de dirección de la sociedad, conformado por cinco (5) miembros que son designados de la siguiente forma: tres por parte de MASERING S.A.S, uno por parte de CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A., y uno por parte de S.P. INGENIEROS S.A.S.
- El Representante Legal en ambos vehículos jurídicos cuenta con dos suplentes.
- Tanto los Estatutos sociales como el Acuerdo de Consorcio consagran la figura del gerente de la mina, cuyas funciones, en ambos casos, serían asumidas por el representante legal en ausencia del gerente.

---

<sup>195</sup> El párrafo primero del artículo 8° de los estatutos de la sociedad Consorcio Minero del César SAS, indica el capital suscrito y pagado por los accionistas y su porcentaje así: Masering el 51%, Construcción (sic) El Cóndor S.A., el 29.4%, y SP Ingenieros SAS el 19.6%.

<sup>196</sup> Consagra la modificación No. 4 al acuerdo de Consorcio Minero del Cesar, en su cláusula segunda visible a folio 27 del cuaderno de pruebas No 3, que son órganos de dirección y administración del consorcio: el comité directivo, la junta administradora, el representante legal y el gerente de la mina.

<sup>197</sup> Los estatutos de constitución de la sociedad Compañía Minera del César, la cual posteriormente sería denominada como la Sociedad Consorcio Minero del César SAS, visibles a folio 558 y ss del cuaderno de pruebas No 2, establecen que son órganos de administración la junta directiva, el representante legal, el gerente de la mina y el liquidador.

Además de la identidad que se evidencia la conformación de los órganos de administración y dirección de la sociedad cesionaria y del consorcio, el Tribunal también encuentra que aquellas personas que ocuparon los cargos en la sociedad, son las mismas que desempeñaban un rol equivalente dentro del consorcio. Así, de acuerdo con el certificado de existencia y representación de la sociedad Consorcio Minero del César SAS, visible a folio 52 del cuaderno principal No. 1, el Gerente y representante legal, de la sociedad es el señor Guillermo Augusto Ordóñez Muñoz, quien, a su vez, de conformidad con la modificación No 4 del Acuerdo de Consorcio Minero del Cesar, en su cláusula 2.1.3., era el representante legal del consorcio. Lo mismo sucede con Arturo Cabrera Fernández y Oscar Alberto Ordóñez, primer y segundo suplentes del representante legal, así como también respecto del señor Janio Raúl Martínez Arteaga, quien fungió como revisor fiscal de ambas figuras jurídicas.

Teniendo en consideración los elementos probatorios antes examinados, es claro para el Tribunal que la conformación de los órganos consagrados en la nueva sociedad coincide con la aquellos establecidos para el Consorcio, así como también coinciden las personas que participaban en los órganos del Consorcio al momento de la cesión del contrato, con aquellas que luego ocuparon los nuevos puestos dentro de la sociedad. En consecuencia, encuentra el Tribunal probado el cuarto requisito establecido en la cláusula décima novena del Acta de Reinicio para la cesión de la Oferta.

#### **2.2.4.2.5. La obtención de las pólizas previstas en la Oferta por parte de la sociedad Consorcio Minero del César S.A.S.**

La cláusula décima segunda de la Oferta de fecha 31 de agosto de 2005 previó la constitución de una serie de pólizas por parte de EL OFERENTE<sup>198</sup>, con los siguientes alcances, y como quedó visto la sociedad cesionaria debía obtener las pólizas previstas en la Oferta como requisito para la procedencia de la cesión del contrato:

*“En el evento en que el DESTINATARIO acepte la “Oferta” mediante la suscripción de la Orden de Compra de Servicios, el OFERENTE deberá constituir las siguientes garantías, a favor del DESTINATARIO, en una compañía de seguros debidamente autorizada por la Superintendencia Bancaria:*

- *Cumplimiento: Para garantizar el cumplimiento de todas las obligaciones derivadas del Plan Minero resultante de la mina por una cuantía anual asegurada equivalente al 10 % del valor estimado del contrato que resulte de la presente Oferta, para cada año de producción, renovable automáticamente hasta tanto se agote el total de tonelaje de carbón a extraer según el Plan Minero. Este valor se calculará tomando los precios unitarios para carbón presentado por*

<sup>198</sup> Cláusula décima segunda de la oferta, visible a folio 70 y 70 vuelta del cuaderno de pruebas No.3, donde se estableció la obligación de constituir pólizas de cumplimiento, responsabilidad civil extracontractual y cumplimiento de obligaciones laborales.

el OFERENTE. La vigencia de la póliza será igual a la del plazo de ejecución de la Oferta y seis meses más.

- *Responsabilidad Civil Extracontractual: Para garantizar cualquier daño o perjuicio que se cause como consecuencia de la ejecución de los servicios, trabajo y actividades objeto de la Oferta. Por una cuantía anual asegurada equivalente a tres mil (3.000) Salarios Mínimos Legales Mensuales. La vigencia de la Póliza será igual a la del plazo de ejecución de la Oferta.*
- *Cumplimiento de Obligaciones Laborales: Para garantiza el pago de las obligaciones laborales de los trabajadores que contrate el OFERENTE para el cumplimiento del objeto de al (sic) "Oferta". Por una Cuantía equivalente a mil (1.000) Salarios Mínimos Legales Mensuales. La vigencia de la póliza será igual a la del plazo de ejecución de la "Oferta" y tres años más.*

*Parágrafo: El OFERENTE se obliga a entrega al DESTINATARIO, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en que se expida la "orden de Inicio", las pólizas establecidas en ese numeral, debidamente constituidas, y a adjuntar el comprobante de pago de las primas correspondientes. [...]"*

El Tribunal encuentra que con la póliza de seguro de cumplimiento No. M-100029496<sup>199</sup>, expedida por la Compañía Mundial de Seguros, con vigencia del 16 de noviembre de 2012 hasta el 16 de noviembre de 2016, cuyo tomador fue CONSORCIO MINERO DEL CESAR SAS, que garantiza el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de la oferta mercantil y de salarios, indemnizaciones y prestaciones sociales por posibles reclamaciones, se satisfizo el requisito de constitución de la garantía de cumplimiento, en tanto el objeto de la misma, visible a folios 539 vuelta y ss. del cuaderno de pruebas No 2., consiste en "Garantizar el pago de los perjuicios derivados del incumplimiento de la oferta mercantil relacionada con la realización de todas las actividades necesarias por parte del oferente para la extracción de una cantidad equivalente al total de reservas extraíbles a cielo abierto en la mina según el plan minero estimados en quince millones (15.000.0000) de toneladas de carbón para la mina, de las cuales a la fecha de presentación de la presente oferta ya se han extraído cerca de 400.000 toneladas de carbón". Encuentra el Tribunal que el requisito de obtención de la póliza de cumplimiento en la forma establecida queda acreditado.

Asimismo, respecto de la garantía de cumplimiento frente a obligaciones laborales, el Tribunal encuentra que la ya mencionada póliza M-100029496, cumple con todos los requisitos establecidos por las partes, en tanto: 1) la cuantía es equivalente a mil (1.000) Salarios Mínimos Legales Mensuales y 2) la vigencia de la póliza es hasta el 16 de noviembre del año 2016, de manera que se cumple el requisito de duración, en tanto es del plazo de la Oferta más tres años.

En cuanto a lo manifestado por CNR en el sentido que no se acreditó en el proceso que la sociedad CMC S.A.S. hubiera obtenido la expedición de una

---

<sup>199</sup> Visible a folios 539 vuelta y ss. del cuaderno de pruebas No. 2 y a folio 501 y s.s. del cuaderno de pruebas No. 3.



póliza de cumplimiento con la inclusión de una cláusula de renovación automática, considera el Tribunal que este argumento no es de recibo, en la medida en que, tal como se acreditó en el expediente (C. Pruebas 7, fls. 33 y s.s.), ninguna de las pólizas de cumplimiento anteriormente entregadas por el operador y aceptadas por CNR incluía una cláusula tal, hecho que no fue objeto de reproche alguno por la aquí convocante, y esa conducta evidencia la existencia de un acuerdo entre las partes para obviar la aplicación del requisito inicial de renovación automática de la referida cobertura, máxime cuando también quedó acreditado que las pólizas fueron objeto de prórroga en sus respectivos vencimientos, y, además, como ya se mencionó, la vigencia de la póliza de cumplimiento tomada por CMC SAS era hasta el 16 de noviembre de 2016.

En lo tocante a la póliza de responsabilidad civil extracontractual, se estableció en la oferta que: (i) debía constituirse dicha póliza a favor del destinatario, en una compañía de seguros debidamente autorizada por la Superintendencia Bancaria. (ii) debía constituirse para garantizar cualquier daño o perjuicio que fuera causado como consecuencia de la ejecución de los servicios, trabajo y actividades objeto de la oferta. (iii) la cuantía anual asegurada debía ser equivalente a tres mil (3000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, y (iv) la vigencia de la Póliza debía ser igual a la del plazo de ejecución de la Oferta.

Encuentra el Tribunal que la sociedad Consorcio Minero del Cesar S.A.S procedió a la constitución de dicha cobertura, y que mediante la póliza No. M-100003513<sup>200</sup> se constituyó la garantía de seguro de responsabilidad civil extracontractual con la Compañía Mundial de Seguros.

*Adicionalmente, la póliza “ampara la responsabilidad civil extracontractual derivada de los perjuicios causados a terceros por el tomador durante el periodo de extracción según la oferta mercantil relacionada con: la realización de todas las actividades necesarias por parte del oferente para la extracción de una cantidad equivalente al total de reservas extraíbles a cielo abierto en la mina, según el plan minero, estimadas en quince millones (15.000.000) de toneladas de carbón para la mina, de las cuales a la fecha de presentación de la presente oferta ya se han extraído cerca de 400.000 toneladas de carbón.”, de manera que se ajusta en su contenido a los requisitos para la misma establecidos en la Oferta.*

Ahora bien, el valor asegurado en la póliza en cuestión es de tres mil salarios mínimos mensuales legales vigentes (3.000 SMMLV), por lo que el requisito de cuantía también está plenamente satisfecho por el destinatario de la Oferta.

Finalmente, respecto de la exigencia de vigencia, también puede constatarse su cumplimiento. La póliza M-100003513 tiene vigencia desde las 00:00 horas del 16 de noviembre de 2012 hasta las 24:00 horas del 16 de noviembre de 2018, garantizando así el cubrimiento durante el término

<sup>200</sup> Visible a folios 510 y s.s. del cuaderno de pruebas No. 3.

mínimo del contrato (6 años), tal como se señala en la cláusula quinta<sup>201</sup> de la Oferta.

En conclusión, el Tribunal encuentra acreditada la constitución de las tres garantías pactadas por las partes en las condiciones establecidas en la Oferta de 31 de agosto de 2005, de manera que se cumple el último requisito establecido en la cláusula décima novena del Acta de Reinicio.

2.3. Consideraciones sobre el valor probatorio de la certificación proferida por el revisor fiscal de la sociedad Consorcio Minas del César S.A.S.

Ahora bien, dados los reparos expresados por CNR, le corresponde al Tribunal analizar el valor probatorio que le da a la certificación expedida por el Revisor Fiscal de la Sociedad Consorcio Minero del César S.A.S., que obra en el expediente a folio 535 y 536 del cuaderno de pruebas No. 2 .

El Tribunal no ignora que la certificación del Revisor Fiscal tiene fecha del día 15 de noviembre de 2012, esto es, un día antes de la fecha del acta de entrega de Activos, Derechos y Pasivos aportados a la sociedad Consorcio Minero del César S.A.S. No obstante lo anterior, el Tribunal, dentro del margen de apreciación de las pruebas bajo el principio de la sana crítica, entiende que el proceso de entrega de todos los bienes que fueron objeto del acta, demandaba una labor de preparación y un tiempo superior a un día para su ejecución. En tal sentido, es razonable considerar que el revisor fiscal contaba con la información suficiente para poder expedir la certificación con anterioridad al acta de entrega. Así mismo, se llega a esta conclusión debido a que la entrega de los bienes es parte de las obligaciones que se encontraban dentro de los contratos de suscripción de acciones derivados de las aceptaciones de las Ofertas de Suscripción.

Por medio de dicho documento, considera el Tribunal que el revisor fiscal de CMC SAS certificó desde la perspectiva de esta el cumplimiento de los requisitos establecidos en la cláusula décima novena del Acta de Reinicio, para que se pudiera efectuar la cesión del contrato, respecto de los cuales tenía competencia conforme a la ley, en su calidad de revisor fiscal de la sociedad cesionaria, y ello no pierde valor por el hecho de en dicho documento se hubieran incluido otras manifestaciones relativas a materias por fuera de dicha competencia (las cuales quedaron acreditadas documentalmente en este proceso según se vio).

En efecto, de conformidad con el artículo 207 del código de comercio, son funciones del revisor fiscal, las siguientes:

- 1) *Cerciorarse de que las operaciones que se celebren o cumplan por cuenta de la sociedad se ajustan a las prescripciones de los*

---

<sup>201</sup> La cláusula quinta establece: “En caso de ser aceptada la presente Oferta por el DESTINATARIO, la duración de la prestación de los servicios objeto de la misma será el que resulta de aplicar los volúmenes de extracción anuales incluidos en el Plan Minero hasta alcanzar el máximo de tonelaje de carbón señalado en la cláusula 3 de la presente Oferta o el que resulte del Plan Minero y en ningún caso será inferior a 6 años.”

*estatutos, a las decisiones de la asamblea general y de la junta directiva;*

*2) Dar oportuna cuenta, por escrito, a la asamblea o junta de socios, a la junta directiva o al gerente, según los casos, de las irregularidades que ocurran en el funcionamiento de la sociedad y en el desarrollo de sus negocios;*

*3) Colaborar con las entidades gubernamentales que ejerzan la inspección y vigilancia de las compañías, y rendirles los informes a que haya lugar o le sean solicitados;*

*4) Velar por que se lleven regularmente la contabilidad de la sociedad y las actas de las reuniones de la asamblea, de la junta de socios y de la junta directiva, y porque se conserven debidamente la correspondencia de la sociedad y los comprobantes de las cuentas, impartiendo las instrucciones necesarias para tales fines;*

*5) Inspeccionar asiduamente los bienes de la sociedad y procurar que se tomen oportunamente las medidas de conservación o seguridad de los mismos y de los que ella tenga en custodia a cualquier otro título;*

*6) Impartir las instrucciones, practicar las inspecciones y solicitar los informes que sean necesarios para establecer un control permanente sobre los valores sociales;*

*7) Autorizar con su firma cualquier balance que se haga, con su dictamen o informe correspondiente;*

*8) Convocar a la asamblea o a la junta de socios a reuniones extraordinarias cuando lo juzgue necesario, y*

*9) Cumplir las demás atribuciones que le señalen las leyes o los estatutos y las que, siendo compatibles con las anteriores, le encomiende la asamblea o junta de socios.*

*10) Adicionado por el art. 27, Ley 1762 de 2015.*

**PARÁGRAFO.** *En las sociedades en que sea meramente potestativo el cargo del revisor fiscal, éste ejercerá las funciones que expresamente le señalen los estatutos o las juntas de socios, con el voto requerido para la creación del cargo; a falta de estipulación expresa de los estatutos y de instrucciones concretas de la junta de socios o asamblea general, ejercerá las funciones indicadas en este artículo. No obstante, si no es contador público, no podrá autorizar con su firma balances generales, ni dictaminar sobre ellos.”*

Por lo tanto, el Tribunal solamente le dará valor probatorio a aquellas certificaciones que corresponden a las funciones propias del Revisor Fiscal y a los conocimientos que éste pudiera tener en virtud del ejercicio de tales funciones, respecto de las circunstancias en las cuales se llevó a cabo la cesión del contrato resultante de la Oferta aceptada.

En conclusión, solamente tendrá valor probatorio lo certificado por el Revisor Fiscal de la sociedad CMC S.A.S., en lo relativo a (i) la transferencia de los activos destinados por el CMC a la operación de la Mina La Francia a la sociedad cesionaria, en tanto hubieran sido recibidos por esta; (ii) la composición accionaria de la sociedad CMC SAS, (iii) la conformación del

pasivo de la sociedad cesionaria, y (iv) la obtención de las pólizas de seguros atrás referidas por parte de la sociedad cesionaria, todo ello, claro está, sin perjuicio de otras pruebas obrantes en el expediente que también acreditan estos aspectos, así como de aquellas que evidencian el cumplimiento de los demás requisitos pactados para la cesión, como ya se explicó.

Así las cosas, para el Tribunal, una vez los integrantes del Consorcio Minero del César cumplieran, como efectivamente ocurrió, las condiciones pactadas en la cláusula décima novena tantas veces citada, quedaban autorizados para ceder su posición en el contrato resultante de la Oferta aceptada, pues para ello no tenían un plazo o término perentorio, o condición adicional a las que ya fueron señaladas. Así mismo, advierte el Tribunal que, en la cláusula décima novena del Acta de Reinicio del 12 de agosto de 2009, no se estipuló exigencia alguna en cuanto al capital de la SAS cesionaria, sino únicamente en cuanto al porcentaje de participación de los miembros del Consorcio en la sociedad, estipulación que, como ya se indicó, fue cumplida por los mismos.

#### **2.4. De la alegada invalidez de la cesión del contrato resultante de la Oferta aceptada por el ejercicio abusivo, contrario al principio de la buena fe y /o fraudulento, por parte del CMC al ceder como lo hizo su posición en la Oferta.**

Habiendo determinado el Tribunal el cumplimiento de las condiciones que fueron pactadas para la cesión de la Oferta, procede a examinar si, como lo planteó CNR, el ejercicio de la facultad de cesión del contrato por parte de los miembros del Consorcio Minero del Cesar fue abusivo, quebrantó el principio de la buena fe y/o se hizo fraudulentamente.

La sociedad convocante, C.I. Colombian Natural Resources I SAS, pretende que se declare la invalidez de la cesión con el argumento de que los miembros del Consorcio Minero del César, esto es, las sociedades Masering SAS, Construcciones El Cóndor S.A., y S.P. Ingenieros SAS, realizaron la cesión con abuso del derecho, quebrantando el principio de la buena fe y con el propósito de defraudación. Para ello, indican que la “(...) *cesión busca evadir los efectos patrimoniales para los miembros del CMC de las consecuencias del grave y reiterado incumplimiento de sus obligaciones bajo la Oferta, intentando desmejorar la prenda general sobre la cual CNR podría hacer efectiva cualquier indemnización o penalidad por incumplimiento. En ese sentido, el uso que los miembros del CMC le pretenden dar a la facultad que se les otorgó de ceder su posición contractual en la Oferta, constituye un evidente ejercicio abusivo del derecho. No escapa a CNR que la cesión pretende hacerse valer más de 3 años después de que la posibilidad de la misma se pactó en el acta de Reinicio (...)*”<sup>202</sup>

En efecto, no encuentra prueba el Tribunal de que las sociedades Masering SAS, Construcciones El Cóndor S.A. y S.P. Ingenieros SAS, realizaron la referida cesión con abuso del derecho, quebrantando el principio de la buena fe y con el propósito de defraudación y no aparece prueba de que tal ejercicio contractual tuviera como propósito lesionar injustificadamente a la sociedad

---

<sup>202</sup> Comunicación del 22 de noviembre de 2012, visible a folios 379 y ss. del cuaderno de pruebas No. 3

convocante, máxime cuando en cambio se acreditó en este trámite que ellas ejercieron la amplia facultad de cesión del contrato que el destinatario de la Oferta les concedió en la cláusula décimo novena del Acta de Reinicio (levantando voluntariamente la restricción de cesión inicialmente establecida en la Oferta), y cumplieron con las condiciones allí pactadas, como atrás se expuso, una de las cuales consistía precisamente en asumir frente a CNR, como en efecto lo hicieron, el compromiso expreso, irrevocable e indefectible de responder solidariamente por las obligaciones derivadas de las cláusulas sexta y décima cuarta del Acta de Reinicio, relativas a la terminación de la Oferta y sus efectos económicos, cuyo texto se dejó transcrito más arriba, con lo cual los miembros del CMC continuaron obligados al cumplimiento de tales obligaciones, por el cual habrían de responder como deudores solidarios con sus respectivos patrimonios, al paso que otra de dichas condiciones era la obtención por la cesionaria de las pólizas previstas en la Oferta, entre ellas la de cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato, lo cual igualmente se cumplió.

Como lo ha indicado nuestra H. Corte Suprema de Justicia en reiteradas providencias, “(...) esa *ilicitud originada por el ‘abuso’ puede manifestarse de manera subjetiva -cuando existe en el agente la definida intención de agraviar un interés ajeno, o no le asiste un fin serio y legítimo en su proceder- o bajo forma objetiva cuando la lesión proviene del exceso o anormalidad en el ejercicio de determinada facultad, vista la finalidad para la cual fue esta última incorporada y reconocida en el ordenamiento positivo*” (exp. #3972)<sup>203</sup>; ilicitud que en el caso sometido a estudio del Tribunal no se encuentra acreditada, pues no aparece prueba alguna que indique que los miembros del Consorcio Minero del César ejercieron el derecho de ceder el contrato con el propósito de agraviar o causar un perjuicio a la sociedad convocante o que resultaba anormal el ejercicio de la facultad que se había pactado por las partes en la forma y términos ya explicados.

Por el contrario, hay prueba en el expediente de las razones por las cuales los miembros del Consorcio Minero del Cesar procedieron a hacer uso de la autorización de la cesión del contrato de operación. En efecto, en el interrogatorio de parte rendido por la señora Adriana Gallego, representante legal de Construcciones El Condor, el día 14 de mayo de 2015, visible a folios 372 y ss. Del Cuaderno de Pruebas No. 15, manifestó:

*DR. SUESCÚN: **Pregunta No. 4** En la información eventual de El Cóndor que aparece publicada el 16 de noviembre de 2012 se señala lo siguiente: “Esta operación en la cesión del contrato de operación con CNR se hace con el fin de reorganizar el negocio minero para darle una estructura que esté alineada con las políticas de riesgo de construcciones El Cóndor.” Le quisiera pedir que explicara realmente en qué consiste esa política de riesgo, cuál es el alcance de la misma.*

*DRA. GALLEGO: Si me permiten debo devolverme en el tiempo porque la política de riesgos de Construcciones El Cóndor simplemente como cualquier política de riesgos obedece a un análisis de los diferentes factores que pueden llegar a desestabilizar o generar algún perjuicio a la organización, en el caso específico del negocio minero se había*

<sup>203</sup> Sentencia de fecha 16 de septiembre de 2010, M:P. César Julio Valencia

*identificado desde bastante tiempo antes por lo cual se pidió una autorización a nuestro cliente para convertirnos y transformarnos en S.A.S debido a la situación laboral del Consorcio, qué sucedía en la situación laboral del Consorcio, se estableció un sindicato y nuestro temor o nuestro análisis a la luz de la política de riesgos de la empresa y de todos los demás consorciados también, lo que pasa es que nosotros al estar en bolsa tenemos que hacer ese tipo de comunicaciones oportunamente, simplemente nuestra inquietud era que esa situación crítica desde el punto de vista laboral pudiera permear nuestras organizaciones como tal, eso se identificó desde el principio y por eso se solicitó una autorización al cliente en ese momento para establecer cuál era el momento preciso para nosotros transformarnos en S.A.S a la luz de ese riesgo que veníamos venir y que anticipadamente pudimos detectar.*

*Entonces al obtener esa autorización todo el tiempo estuvimos atentos a la evolución del tema y luego un hecho que detonó definitivamente nuestra decisión de tener que adoptar y hacer uso de esa autorización previa que fue el hecho de que al ser demandado la convención colectiva por el sindicato y después de muchas negociaciones no poder llegar a un acuerdo para cerrarlo, se convocó a un Tribunal laboral para resolver esa situación de la convención colectiva, al hacer eso el Ministerio del Trabajo contesta que no puede convocarse el Tribunal porque el Consorcio no tenía personería jurídica que debía reiniciarse todo el proceso haciendo que el sindicato presentara sus propuestas y se reiniciara completamente el proceso de negociación y de todo esto pero no presentándose al Consorcio sino a cada una de las empresas.*

*A partir de ese momento ese detonante y esa situación que materializaba un riesgo que ya habíamos identificado con suficiente anticipación, decidimos empezar a dar los pasos de acuerdo a lo establecido en la cláusula del documento donde se estableció en qué condiciones se podía hacer la transformación del Consorcio a la S.A.S, entonces a eso se refiere el tema de los riesgos y el riesgo realmente que se materializó y que fue el que nos llevó a transformarnos en S.A.S es efectivamente el derivado del conflicto laboral con el sindicato del Consorcio.”*

En similar sentido, obra el testimonio del señor Spencer Sloan, rendido ante el Tribunal el día 13 de mayo de 2015, visible a folios 333 y ss. Del Cuaderno de Pruebas No. 15, donde manifestó:

*“DR. ACERO: Muy bien, ¿cómo supo usted de la cesión del contrato de operación de parte del Consorcio Minero del Cesar en favor de la sociedad CMC S.A.S?*

*SR. SPENCER: Bueno, yo exclusivamente coordino o hablo con Guillermo Ordóñez a través de todo este proceso, lo he hecho así y a pesar de los problemas, de las fricciones yo creo que tenemos una relación cordial y respetuosa, hablamos, organizamos. En noviembre, para poder tener la fecha exacta estoy mirando, 16 de noviembre Guillermo me llamó y me dijo que estaban teniendo problemas con el*

*sindicato y que recientemente habían perdido un caso, una demanda con los sindicatos y que iban a apelar a la Corte Suprema y que esperaban que el resultado fuera negativo para SP, Cóndor y Masering, y que por causa de esto quería notificarme o informarme que estarían cediendo, transfiriendo el contrato de CMC a CMC S.A.S.*

*Le dije a Guillermo estoy muy preocupado con esto, le dije a Guillermo que como Goldman Sachs o representante de Goldman Sachs necesitamos entender lo que usted está haciendo, no podemos ser una parte a nada que no esté muy claro y que somos sumamente estrictos en el cumplimiento y en los estándares y normas de reputación y que tenía que explicar esto; además de esto debido a todo lo que estaba pasando y claramente grandes problemas en la relación y amenazas y demandas y mucho dinero se estaba discutiendo aquí, le dije también vamos a estar muy concentrados o enfocados para asegurarnos que las obligaciones conjuntas de todos los accionistas se mantengan vigentes.*

*Las obligaciones conjuntas cada uno las garantiza solidarias, ahora por qué estoy preocupado al respecto, porque tenemos muchos problemas entre nosotros, potencialmente hay mucho dinero en juego aquí, no sé cuál es el riesgo crediticio de Masering una compañía familiar, privada, y es muy importante para mí que SP y Cóndor uno de los cuales es una compañía pública y que tiene visibilidad está allí para garantizar las obligaciones de sus miembros del Consorcio, entonces por qué no mantuvieron su statu quo, por qué continuaron con las obligaciones solidarias, por qué, bueno, es una pregunta retórica porque la respuesta es obvia, pienso, SP y Cóndor son minoristas, Masering pienso que es un 51%, como sospecho que pienso que va a salir va a ser un gran negocio al final del día y Masering a lo mejor no existe, y me imagino que SP y Cóndor están muy nerviosos al respecto, muy nerviosos, por qué no continuaban con las mismas garantías solidarias, por qué se salieron para específicamente no mantener el espíritu del contrato que teníamos funcionando, ¿simplemente por un problema sindical, de trabajo?, Guillermo me llamó, esto solamente es un problema de trabajo por qué no mantienen la integridad y el espíritu de las obligaciones solidarias, pienso que es claro.”*

Para el Tribunal resultan razonables las explicaciones que se dieron para que los miembros del Consorcio hubieran ejercido la autorización que se tenía para ceder el contrato y no encuentra en tal ejercicio, el quebrantamiento del principio de la buena fe, pues la cesión del contrato se sujetó al marco contractual pactado, sin el ánimo de ocasionar daño alguno a su contraparte, sin que se haya probado que tal cesión correspondía a una estrategia para burlar los derechos de CNR.

Así las cosas y en conclusión, considera el Tribunal que los miembros del Consorcio Minero del César ejercieron legítima y razonablemente la facultad pactada en el Acta de Reinicio del 12 de agosto de 2009 de conformidad con el derecho consagrado en la cláusula décima novena, dentro de los fines propios del acuerdo, sin que aparezca probado en el plenario la intención de causar daño a la parte convocante o a un tercero o el ejercicio anormal de lo que se acordó en la mencionada acta. En otras palabras, no aparece demostrado en el expediente que los miembros del Consorcio Minero del

César hubieran hecho un uso contrario a la buena fe, inapropiado, irrazonable o abusivo de la facultad consagrada en la cláusula décima novena del Acta de Reinicio, donde se pactó el derecho de ceder el contrato, bajo unas condiciones que fueron cumplidas, sin que además pueda afirmarse que tal cesión se realizó con intención maliciosa de causar un daño a la sociedad convocante, a pesar de haberse realizado mucho tiempo después de acordarla o de que se hubieran incrementado las mutuas reclamaciones sobre el incumplimiento del contrato.

Por estas razones, el Tribunal en la parte resolutive del laudo, declarara que no prospera la pretensión décima séptima de la demanda reformada.

## **2.5. Consideraciones sobre la alegada inoponibilidad de la cesión del contrato.**

En cuanto a la alegada inoponibilidad de la cesión (pretensión dieciocho), que persigue que esta no produzca ningún efecto respecto de CNR, como ya se dijo, aparece prueba en el expediente que los miembros del Consorcio Minero del César cumplieron las condiciones pactadas para efectuar la cesión autorizada, y la notificaron oportunamente a CNR, razón por la cual resulta improcedente la declaratoria de inoponibilidad contenida en dicha pretensión de la demanda reformada, que en consecuencia se negará.

En efecto, el argumento de la inoponibilidad, entendida esta como el fenómeno en cuya virtud un acto jurídico no tiene efectos entre las partes o respecto de terceros, no resulta de recibo, pues como ya se indicó anteriormente, hay prueba en el expediente de que la cesión cumplió con las condiciones pactadas por las partes en la cláusula décimo novena del Acta de Reinicio del 12 de agosto de 2009, y de que la misma fue informada oportunamente y sin violación del principio de buena fe o abuso del derecho, o fraude, como ya se mencionó.

Por lo anterior, el Tribunal en la parte resolutive del laudo declarará que no prospera la pretensión dieciocho contenida en la demanda integral reformada de CNR.

El despacho desfavorable de las pretensiones declarativas registradas bajo los numerales diecisiete y dieciocho del respectivo acápite de la demanda arbitral reformada, en armonía con lo dispuesto por el Tribunal respecto de las pretensiones declarativas primera y segunda de la demanda reconvención reformada, conforme a lo que más adelante se analiza a este respecto, determina, entonces, que el Tribunal carezca de competencia para conocer y decidir las pretensiones contenidas en los numerales uno a dieciséis del respectivo acápite de la misma demanda, por cuanto en virtud de los efectos de la referida cesión, a partir del 16 de noviembre de 2012 el extremo contractual del contrato de operación de la Mina la Francia, no era el Consorcio Minero del Cesar sino la sociedad Consorcio Minero del Cesar S. A. S., y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

Ahora bien, como ya fue analizado en páginas anteriores, la validez de la cesión celebrada no implica que el Tribunal carezca plenamente de competencia para conocer de algunas de las pretensiones formuladas por



los miembros del Consorcio en la demanda de reconvención reformada, en tanto en virtud de la cláusula décimo novena del Acta de Reinicio, así como de la comunicación en la que se informa sobre la cesión del contrato,<sup>204</sup> se estipuló solidaridad entre los consorciados cedentes y la sociedad cesionaria para responder de las obligaciones descritas en las cláusulas sexta y décima cuarta del Acta de Reinicio, sobre las cuales este Tribunal tiene competencia.

## 2.6. Los efectos de la cesión.

Teniendo en cuenta que la cesión del contrato resultante de la Oferta aceptada, realizada por los miembros del Consorcio Minero del Cesar cumplió con las condiciones pactadas y que la misma es válida y oponible a CNR, resulta procedente decidir sobre los efectos de la cesión, pues la parte convocante pretende que estos “(...) se produzcan hacia el futuro, esto es, desde el momento en que el tribunal considere que se cumplió con la totalidad de los requisitos legales y convencionales para la oponibilidad de dicho negocio al contratante cedido, de manera que las sociedades MASERING S.A., CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. y S.P. INGENIEROS S.A.S., en su condición de integrantes del CONSORCIO MINERO DEL CESAR han de permanecer íntegra y solidariamente responsables por el incumplimiento de las obligaciones y por la generación de los perjuicios acaecidos con anterioridad a la efectividad de la aludida oponibilidad”<sup>205</sup>; mientras que la parte convocada considera que “(...) la cesión produjo efectos desde el 16 de noviembre de 2012, fecha en la cual se informó a CNR en los términos pactados en el Acta de Reinicio y Transacción”<sup>206</sup>, y que “(...) la cesión implicó la terminación del vínculo contractual entre el Consorcio y CNR”, agregando que “La única parte contractual legitimada para debatir las pretensiones derivadas del Contrato de Operación es la sociedad cesionaria CMS SAS”<sup>207</sup>.

Establece el artículo 887 del C. de Comercio que: “En los contratos mercantiles de ejecución periódica o sucesiva cada una de las partes podrá hacerse sustituir por un tercero, en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato, sin necesidad de aceptación expresa del contratante cedido, si por la ley o por estipulación de las mismas partes no se ha prohibido o limitado dicha sustitución”; y, el artículo 895 de la misma codificación mercantil prescribe que la cesión de un contrato “(...) implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato; pero no transfiere los que se funden en causa ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes”.

Con la cesión, el cesionario y el contratante cedido asumen, por lo tanto, recíprocamente la calidad de parte y los derechos y obligaciones derivados

<sup>204</sup> Vista a folio 2372 del cuaderno de pruebas 2.

<sup>205</sup> Pretensión Diecinueve de la demanda reformada por la sociedad convocante, visible a folio

<sup>206</sup> Respuesta al hecho 25 de la demanda, página 32 de la contestación, visible a folio 50 del cuaderno principal No. 2 y respuesta al hecho 82 de la demanda reformada integrada, visible a folio 345 del cuaderno principal 3

<sup>207</sup> Numerales 3.4. y 3.5. de la excepción tercera denominada “Terminación del vínculo contractual con el Consorcio en virtud de una cesión válida, eficaz y oponible al contrato”, en la contestación a la demanda, visible a folio 92 y ss. del cuaderno principal 2 y reiterada en la contestación a la reforma a la demanda, visible a folio 373 y 374 del cuaderno principal No. 3.

del negocio. Sin embargo, por estipulación expresa de las partes, el cedente puede asumir la responsabilidad por el incumplimiento del cesionario o del contratante cedido, mediante la reserva que se haga sobre el particular y con los efectos y eficacia previstos en los artículos 891 y 893 del Código de Comercio.

En la cláusula décima novena del Acta de Reinicio del 12 de agosto de 2009, se estipuló que *“CDC acepta desde ya que el CMC y los Consorciados puedan ceder la Oferta y la Presente Acta a una Sociedad por Acciones Simplificadas (SAS) para lo cual, si los Consorciados deciden ceder la Oferta a la SAS y la SAS cumple con las condiciones que se describen más adelante, bastará una comunicación por parte del CMC y los Consorciados a CDC informándole que la Oferta ha sido cedida (...)”*. Como ya se ha mencionado en este laudo, los miembros del Consorcio Minero del Cesar cumplieron con las condiciones establecidas en la cláusula citada y tanto ellos como el representante de la sociedad cesionaria, Consorcio Minero del César S.A.S., procedieron a informar a C.I. Colombia Natural Resources I S.A.S. la cesión de la oferta el día 16 de noviembre de 2012, fecha desde la cual se entiende oponible y vinculante para la sociedad cedida, como se declarara en la parte resolutive, accediendo a las pretensiones primera, segunda y tercera de la reforma integrada de la demanda de reconvención formulada por la sociedad Consorcio Minero del César S.A.S.

Por otra parte, y como lo ha expresado la H. Corte Suprema de Justicia de manera reiterada<sup>208</sup>, en la cesión no se produce ningún cambio en el negocio jurídico, sino únicamente en la “posición contractual”, pues se transmite la calidad de contratante, donde el tercero sustituyente asume los derechos y obligaciones pactados en el contrato, convirtiéndose en titular de los derechos y sujeto pasivo de las obligaciones en la misma situación existente, sin producirse alteración, modificación o extinción.

En tal sentido, ha indicado la Corte que *“(...) el tercero cesionario toma el contrato y la relación jurídica en el estado en que se encuentra al instante de la cesión, convirtiéndose a partir de ésta, en parte, titular de los derechos y sujeto pasivo de las obligaciones en la misma situación existente entonces, sin producirse alteración, modificación o extensión y, por ende, los derechos ejercidos y las prestaciones ya cumplidas no podrán ejercerse ni exigirse nuevamente, los pendientes se regularán por la ley y el contrato cedido y, las consecuencias nocivas de los incumplimientos tanto respecto del contratante cedente cuanto del contratante cedido proyectan plenos efectos frente al tercero cesionario, quien según el caso, podrá ejercer los derechos, acciones y pretensiones que correspondían al cedente frente al incumplimiento del contratante cedido y queda expuesto a las acciones de éste en el caso de incumplimiento del cedente, todo sin perjuicio, de lo que expresamente acuerden al momento de la cesión, de las reservas pertinentes al de la notificación o aceptación y de la conducta negocial asumida por las partes, incluso, concluyente, ad exemplum, en punto de la condonación de los incumplimientos”* y que *“La cesión del contrato envuelve la posición de parte*

---

<sup>208</sup> Sentencia de fecha 24 de julio de 2012, dentro del expediente No. 110131030261998-21524-01 y sentencia de fecha 19 de octubre de 2011, dentro del expediente No. 20110084701.

*y, por ende, el tercero cesionario podrá ejercer frente al contratante cedido los derechos, acciones y pretensiones correspondientes al contratante cedente, quien podrá oponer las mismas excepciones y ejercer los mismos derechos, acciones y pretensiones que tenía frente al cedente, salvo las inherentes a la calidad o estado personal de las partes o a causas ajenas al contrato (art. 895, C. de Co.). (...)*<sup>209</sup>.

Como quiera que los miembros del Consorcio Minero del César y la destinataria de la Oferta mercantil, CDC, en la autorización de la cesión, solo establecieron la responsabilidad solidaria de aquellos con la SAS cesionaria para las obligaciones derivadas de las cláusulas sexta y décima cuarta del Acta de Reinicio del 12 de agosto de 2009, no es dable extender esa responsabilidad solidaria a otro tipo de obligaciones diferentes de las contempladas en esas cláusulas, razón por la cual, es la sociedad Consorcio Minero del César S.A.S., como cesionaria de los derechos y obligaciones emanados del contrato resultante de la Oferta de fecha 31 de agosto de 2005, quien desde el 16 de noviembre de 2012, fecha de la cesión, debe asumir no solo los derechos, sino también las obligaciones derivadas del contrato de operación; sin perjuicio de los términos de la transacción contenida en la cláusula décima sexta de la misma acta; en consecuencia, se declarará en la parte resolutive de este laudo la no prosperidad de la pretensión diecinueve de la reforma de la demanda arbitral, así como la prosperidad de la pretensión séptima de la demanda de reconvención reformada.

## **2.7. De las disputas que supuestamente debieron someterse a amigable composición.**

Como ya se indicó, la parte convocada presentó como excepción a las pretensiones de la parte convocante que el Tribunal carecía de competencia para decidir sobre las pretensiones por supuestos incumplimientos en los niveles de producción. Su posición fue sustentada con base en la cláusula séptima de la Oferta, la cual, según la parte convocada, establecía unos “remedios” y “mecanismos de solución de controversias” especiales, lo cual a su juicio implicaba que el Tribunal carecía de competencia para conocer de tales asuntos, en tanto la forma para demandar el cumplimiento de dichas obligaciones era aquel pactado por las partes en el contrato, es decir, la amigable composición.

El tenor literal de la cláusula en cuestión establece que:

### **“ 7. RETENCIÓN DEL VALOR DEL ACTA.**

*“Cuando a juicio del DESTINATARIO en un determinado mes se presente una producción por debajo del 90% de los volúmenes programados de producción y/o trituración estipulados en el Plan Minero del mes por causas imputables al OFERENTE, el DESTINATARIO podrá retener del monto a pagar en el mes el valor equivalente al 10% del valor del acta, sin que por ello se entienda*

---

<sup>209</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia del 24 de julio de 2012, M.P. Dr. Fernando Giraldo.

*extinguida la obligación principal a cargo del OFERENTE, según lo dispuesto en el alcance de los servicios.*

*Para proceder a hacer la retención, el DESTINATARIO deberá requerir por escrito al OFERENTE dentro de los 3 (tres) días calendario siguientes a la fecha del acta de Medición Mensual, sustentando las razones por las cuales se considera que el incumplimiento le es imputable. El OFERENTE podrá presentar sus descargos frente a los argumentos expresados por el DESTINATARIO, para lo cual cuenta con tres días hábiles contados a partir de la fecha de recibo de la comunicación del DESTINATARIO. En caso que el OFERENTE no se pronuncie, se entenderá como una aceptación de los argumentos del DESTINATARIO.*

*Dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de la comunicación arriba señalada el DESTINATARIO indicará por escrito al OFERENTE si considera procedente o no la retención del porcentaje indicado en esta cláusula.*

*Una vez comunicadas al OFERENTE las consideraciones del DESTINATARIO sobre la procedencia o improcedencia de la retención, éste podrá manifestar, dentro de los dos (2) días hábiles siguientes a la recepción de la comunicación, su desacuerdo con la retención, que consistirá en la iniciación del procedimiento de amigable composición.*

*El Amigable Componedor estará conformado por 1 persona, seleccionada por la Cámara de Comercio de Bogotá la cual tendrá un plazo de 5 días para hacer la designación, la designación no es objetable, si el Amigable Componedor, decide que el incumplimiento en efecto ocurrió, el DESTINATARIO hará la retención en la factura del mes siguiente a aquel en el que se produjo el fallo del amigable componedor. El amigable componedor tendrá un término de 15 días para dirimir la controversia.*

*El valor retenido será devuelto al Oferente en el acta del mes en el cual se recuperó el incumplimiento lo cual se entenderá cuando en un respectivo mes se cumpla con la producción y/o trituración establecida en el plan minero más el volumen dejado de producir y/o triturar.”*

En el escrito de alegatos de conclusión, la sociedad Consorcio Minero del César S.A.S. reiteró que “el mecanismo contractual previsto para la solución de las controversias relacionadas con el supuesto incumplimiento de los niveles de producción era la amigable composición y no el proceso arbitral”.<sup>210</sup>

---

<sup>210</sup> Página 17 del documento de alegatos de conclusión presentado por MASERING S.A.S, CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A., SP INGENIEROS S.A.S. y CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.

La excepción de falta de competencia parcial del Tribunal propuesta por Consorcio Minero del César S.A.S., sobre las pretensiones de la convocante relacionadas con los incumplimientos en los niveles de producción no será acogida por el Tribunal, teniendo en cuenta que el tenor literal de la cláusula que se ha transcrito, impide que otros aspectos distintos de los allí previstos puedan ser sometidos a amigable composición como lo pretende la convocada.

En efecto, la amigable composición fue pactada por las partes, para la resolución de diferencias caracterizadas por un tema específico entre ellas, la cual no comprende, de forma genérica, los incumplimientos respecto de los niveles de producción, sino las controversias que pudieren surgir alrededor de la procedencia o improcedencia de la retención en el pago del 10% ante un eventual caso de incumplimiento de los volúmenes programados de producción y/o trituración de carbón, pero no para discutir los incumplimientos que se pudieran presentar en alcanzar los volúmenes programados de producción y/o trituración. Efectivamente, se estableció un mecanismo específico de solución de determinadas controversias diferentes de aquellas sometidas al presente arbitraje, para un supuesto de hecho diferente al que es sustento de la demanda presentada por C.I. Colombian Natural Resources I S.A.S, quien solicita que se declare el incumplimiento el contrato y se imponga la correlativa condena (pretensiones Dos y Once<sup>211</sup>), entre otros, por no alcanzar la sociedad convocada los aludidos volúmenes de producción y/o trituración de carbón, razón por la cual lo pedido por la convocante en la demanda arbitral no se encuentra regulado dentro de lo establecido en la invocada cláusula séptima.

Refuerza lo anterior, el hecho de que las partes al momento de establecer la cláusula penal incorporada en el contrato de operación, pactaron que para que la misma pudiera ser ejecutada se debía declarar el incumplimiento por medio de “fallo arbitral del Tribunal de Arbitramento”, estableciendo que el único incumplimiento que podía implicar el pago de la cláusula penal por la

---

<sup>211</sup> **Pretensión Dos.** Que se declare que las sociedades **MASERING S.A.S., CONTRUCCIONES EL CONDOR S.A. y S.P. INGENIEROS S.A.S.**, en su condición de integrantes del **CONSORCIO MINERO DEL CESAR**, incumplieron reiteradamente las obligaciones del Contrato de Operación relacionadas con la extracción de las cantidades de producción, determinadas en los Planes Mineros, o al menos las cantidades mínimas garantizadas, desde el 19 de marzo de 2010, fecha en que CNR devino cesionaria del Contrato de Operación y hasta la fecha de terminación del Contrato de Operación, conforme a lo decidido por el Tribunal.

[...]

**Pretensión Once.** Que como consecuencia de la pretensión declarativa Segunda de esta demanda, se condene a las sociedades **MASERING S.A.S., CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A. y S.P. INGENIEROS S.A.S.**, en su condición de integrantes del **CONSORCIO MINERO DEL CESAR**, a pagar a favor de **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.** la suma de diez millones de dólares (USD 10.000.000), pagaderos en pesos colombianos a la tasa de cambio del día de pago, monto correspondiente a la cláusula penal pactada en el Contrato de Operación, o la suma mayor que fuere probada dentro de este proceso, por concepto de los perjuicios causados a **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.** en razón del incumplimiento en la extracción de las cantidades de producción establecidas en los Planes Mineros o de al menos las cantidades mínimas garantizadas. Dentro de este resarcimiento deben incluirse las consecuencias económicas adversas sufridas o que llegue a sufrir la convocante como consecuencia de no haber podido cumplir compromisos adquiridos frente a terceros por insuficiencia de carbón, para la movilización y manejo portuario del carbón (compromiso take or play).

parte demandada era el de las obligaciones de *producción y/o trituración*. En esa medida, las controversias sobre esa materia, en caso en el cual se quisiera solicitar el pago de la cláusula penal, debían ser dirimidas por medio de un arbitraje.

En consecuencia, las controversias que se relacionaran con los niveles de producción no podían ser resueltas a través de una amigable composición, si lo que se buscaba en definitiva era el pago de los perjuicios, evento en el cual se debe necesariamente recurrirse al arbitraje, por así haberlo convenido las partes en el presente asunto.

El pacto arbitral, reconocido por ambas partes, establece que: “ *En caso de que se presente cualquier conflicto o diferencia no resuelta de manera directa entre las Partes, respecto de la celebración, interpretación, ejecución, terminación o liquidación de la presente Oferta, **distinto de aquellos respecto de los cuales se ha previsto en la Oferta, de forma expresa, un mecanismo de resolución distinto**, dicho conflicto o diferencia será sometida al análisis y decisión de un tribunal de arbitramento [...]*”(resaltado fuera del texto original) de manera que la regla general de solución de controversias entre las partes es el arbitraje, y solamente cuando de forma expresa se pactare algo diferente se atenderá a lo que las partes establezcan.

Pero si lo anterior no fuera suficiente, aún en el caso en el que se entendiera que las partes pactaron la amigable composición como un mecanismo previo al arbitraje para la solución de las controversias relativas al incumplimiento de las cantidades mínimas de explotación, surtir dicho requisito no sería indispensable para acceder a la justicia arbitral, puesto que ello violaría el derecho fundamental al acceso a la justicia de la parte convocante.

En distintas sentencias el Consejo de Estado ha indicado de forma fehaciente que la existencia de requisitos o escalones previos pactados entre las partes como requisito preliminar para acudir a arbitraje no generan la posibilidad de rechazar la demanda, o solicitud de arbitraje, cuando quiera que no se cumpla con las etapas previas.

La sección tercera, en sentencia del 4 de diciembre de 2006<sup>212</sup>, indicó que “*Así pues, la inobservancia de esos requisitos convencionales, en manera alguna puede tener efectos procesales frente a los árbitros, para impedirles que asuman conocimiento del asunto, ni tienen entidad para afectar la validez de sus decisiones*”, posición que ha sido reiterada en varios pronunciamientos, entre los que se destacan las sentencias del 3 de mayo de 2007<sup>213</sup>, del 29 de agosto de 2007<sup>214</sup>, del 1 de abril de 2009<sup>215</sup> y del 10 de junio de 2009<sup>216</sup>.

---

<sup>212</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 4 de diciembre 2006, expediente 32.871, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

<sup>213</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 3 de Mayo de 2007, expediente 31.228, C.P. Ramiro Saavedra Becerra

<sup>214</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 29 de Agosto de 2007. Expediente 33.699. C.P. Ruth Stella Correa Palacio

<sup>215</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 1 de Abril de 2009, expediente 34.846, C.P. Enrique Gil Botero.

Por ello, aunque las partes en virtud de su libertad contractual pueden pactar etapas previas al arbitraje, ello no significa que puedan establecer requisitos de procedibilidad, los cuales solamente pueden ser fijados por el legislador, para que en caso de no observarse una etapa previa, afecten la competencia del Tribunal arbitral. De lo anterior se desprende que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional, el incumplimiento de los requisitos previos pactados por las partes no puede ser óbice para desatender derechos de raigambre constitucional de las partes, y por tanto, no pueden minar la competencia de este Tribunal para conocer de las pretensiones que hacen parte del objeto del pacto arbitral celebrado entre los contratantes.

El Tribunal es consciente que la posición del Consejo de Estado no ha sido acogida por la Corte Constitucional, la cual en sentencia T-244 de 2007 indicó que: *“el fundamento constitucional y legal de las formas de arreglo directo previstas por las partes de un contrato para la solución de las controversias que surjan entre ellas, se encuentra en su voluntad de someter sus diferencias por fuera del ámbito de a la justicia estatal y, en esa medida, no puede entenderse que esta decisión no sea tomada en cuenta a la hora de finiquitar el conflicto y verificar si se agotaron los medios no judiciales previstos para ello”*.

Por otro lado, es claro que el legislador colombiano, al promulgar el Código General del Proceso, decidió adoptar la postura jurisprudencial expuesta por la sección tercera del Consejo de Estado, rechazando el entendimiento que sobre las cláusulas escalonadas había expuesto la Corte Constitucional, tal y como puede apreciarse en el artículo 13 del estatuto procesal referido, el cual establece que:

*“[...] Las estipulaciones de las parte que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia no son de obligatoria observancia. El acceso a la justicia sin haberse agotado dichos requisitos convencionales, no constituirá incumplimiento del negocio jurídico en donde ellas se hubiesen establecido, no impedirá al operador de justicia tramitar la correspondiente demanda. Las estipulaciones de las partes que contradigan lo dispuesto en este artículo se tendrán por no escritas”*

En concordancia con lo anterior, no es posible imponerle a la parte convocante el seguimiento de un determinado procedimiento para el acceso a la justicia, como lo puede ser la imposición de un mecanismo alternativo previo, en este caso, la amigable composición, lo cual redundaría en una violación a los derechos fundamentales de la parte demandante.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el Tribunal reitera su competencia para resolver las disputas entre la sociedad C.I. Colombian Natural Resources I S.A.S. y la sociedad Consorcio Minero del César S.A.S. y expresa que, salvo por lo relacionado con la solidaridad respecto de las obligaciones derivadas de las cláusulas sexta y décima cuarta del Acta de Reinicio, no tiene competencia para pronunciarse sobre las pretensiones y

---

<sup>216</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 10 de junio de 2009. Expediente 35.288. C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

excepciones propuestas por y en contra de las sociedades Masering S.A., Construcciones El Cóndor S.A. y S.P. Ingenieros S.A.S., pues a partir del 16 de noviembre de 2012 estas no son parte ni del contrato *sub examine*, ni de la cláusula compromisoria incluida en el mismo, por haber cedido su posición contractual a la sociedad Consorcio Minero del César S.A.S., así como su posición en dicha cláusula compromisoria (Ley 1563 de 2012, art. 5), y por lo tanto, no están legitimadas ni por activa, ni por pasiva para el ejercicio de acciones respecto de un contrato del cual no son parte y así lo declarará en la parte resolutive del laudo.

## 2.8. **Ámbito temporal de las controversias materia del presente arbitraje.**

Por último y para efectos de precisar el ámbito temporal de las controversias materia del presente arbitraje, es necesario tener en cuenta lo estipulado en la cláusula décima sexta del acta de reinicio de fecha 12 de agosto de 2009<sup>217</sup> suscrita entre las partes, por medio de la cual la Compañía Carbones del César S.A. y los integrantes del Consorcio Minero del Cesar transaron sus diferencias, en los siguientes términos:

*“CLAUSULA DECIMA SEXTA. TRANSACCIÓN. En virtud de este acuerdo las partes declaran terminadas todas sus diferencias surgidas con ocasión de la suspensión de la Oferta por fuerza mayor ordenada por CDC el 4 de mayo de 2009, así como por cualquier reclamación que cualquiera de las partes hubiere pretendido en relación con la celebración, ejecución, desarrollo y cumplimiento de la Oferta mercantil de 31 de agosto de 2005 y del Memorando de Entendimiento del 22 de abril de 2008, hasta la fecha de celebración de este acuerdo. En consecuencia, las partes exoneran, renuncian, liberan y abandonan para siempre todos y cualquier reclamos, demandas, peticiones, rendiciones de cuentas, quejas y pretensiones de cualquier tipo, naturaleza, carácter y descripción conocidos o no, sospechados o no, aparentes u ocultos, fijos o contingentes, surgidos de cualquier forma a que pudiera tener derecho en contra de cualquiera de la otra parte, en relación con la operación de la Mina La Francia y en desarrollo de la Oferta Mercantil del 31 de agosto de 2005 con anterioridad a este acuerdo. Esta transacción no incluye el cumplimiento de las obligaciones a futuro en desarrollo y ejecución de la Oferta y del presente Acuerdo”*

Así mismo, en el Contrato de Cesión y Asunción de Obligaciones del 18 de marzo de 2010<sup>218</sup> celebrado entre CDC como cedente y COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I SAS (“CNR”) como cesionario, mediante el cual el cedente cedió al cesionario su posición contractual bajo el contrato que ocupa al Tribunal, CDC en el numeral 5, subnumeral (i) declaró: “(…) que a la fecha del presente Contrato de Cesión *no tiene ninguna reclamación en contra de CMC relacionada con la ejecución del Contrato por parte de CMC. Así mismo, el Cedente declara que a la fecha del presente Contrato de Cesión no ha ocurrido ningún acto, hecho u omisión que pudiera dar lugar a una violación o incumplimiento de las obligaciones de CMC bajo el Contrato y*

<sup>217</sup> Visible a folios 635 a 644 del cuaderno de pruebas No. 1 (verificar).

<sup>218</sup> Visible a folios 132 142 del cuaderno de pruebas No. 3.



*que no existen obligaciones de CMC bajo el Contrato que sean debidas antes de la Fecha Efectiva. En consecuencia, mediante la firma del presente Contrato de Cesión el Cedente completamente libera a CMC de todo derecho, reclamación, responsabilidad, obligación, demanda, daño, perjuicio, acción o juicio de cualquier naturaleza, bien sean conocidas o desconocidas, reveladas o no, directas o indirectas, incluyendo, sin limitación, reclamaciones por restitución, cumplimiento, responsabilidad extracontractual, incumplimiento contractual, que surjan de la ley, que pueda haber tenido o que tenga o que pueda en el futuro llegar a tener con base en cualquier acto, omisión, asunto, evento o cosa que haya ocurrido en la Fecha Efectiva o con anterioridad a la misma, excepto con respecto a cualquier reclamo o juicio relacionado con asuntos laborales de CMC que no se encuentren cubiertos por la Obligación de Indemnidad del Cedente. El Cesionario expresamente consiente a esta liberación. (...)*

Estas convenciones, pusieron fin o extinguieron un litigio eventual entre las partes, con efectos de cosa juzgada, de todo lo relacionado con el desarrollo de la Oferta Mercantil del 31 de agosto de 2005 hasta el día 18 de marzo 2010, en tanto se cumple con los requisitos que de antaño ha establecido nuestra Corte Suprema de Justicia<sup>219</sup> para la transacción, que son la existencia de un derecho dudoso o de una relación jurídica incierta, aunque no esté en litigio; la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra relación cierta y firme y la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas.

Teniendo en cuenta, de una parte, el precitado acuerdo transaccional celebrado el 12 de agosto de 2009 entre CDC y el CMC, que resulta oponible a sus respectivos sucesores contractuales, esto es, CNR y CMC S.A.S., respectivamente, y, de otra parte, la liberación de responsabilidad establecida a favor del CMC en el precitado Contrato de Cesión y Asunción de Obligaciones del 18 de marzo de 2010, con la anuencia expresa de CNR, pactos estos cuya existencia, validez y eficacia no fueron discutidas en este proceso arbitral, el Tribunal se abstendrá de considerar diferencias contractuales que temporalmente sean anteriores a la fecha últimamente mencionada. En consecuencia, el período de referencia relevante para los propósitos del presente laudo arbitral es el comprendido entre el 18 de marzo de 2010 y el 21 de enero de 2013, fecha de terminación de las actividades del CMC en la Mina La Francia.

Teniendo en cuenta las consideraciones anteriores, el Tribunal resolverá en la parte resolutive del laudo, declarar imprósperas las pretensiones uno a diecinueve de la demanda integral reformada de CNR, y la prosperidad de las pretensiones primera, segunda y séptima de la demanda integral reformada de CMC SAS.

### **3. Naturaleza y alcance del contrato celebrado entre las partes:**

A continuación, procede el Tribunal a analizar el pacto contractual acordado por las partes, el cual se halla contenido en diversos documentos que conforman el contrato, a saber: (i) Oferta Mercantil de 31 de agosto de 2005,

---

<sup>219</sup> Sentencia de fecha 12 de diciembre de 1938, sentencia de 6 de junio de 1939, entre otras.

aceptada el mismo día. (ii) Memorando de Entendimiento del 22 de abril de 2008. (iii) Otrosíes 1, 2 y 3 al memorando de entendimiento del 10 de agosto de 2008, 11 de diciembre de 2008 y 6 de abril de 2009, respectivamente. (iv) Acta de Reinicio de 12 de agosto de 2009. (v) Otrosí 1 al Acta de Reinicio, del 20 de octubre de 2009. (vi) Otrosí 2 al Acta de Reinicio del 6 de enero de 2010. (vii) Contrato de Enmienda del 6 de enero de 2010, suscrito entre los miembros del Consorcio y GS POWER HOLDINGS LLC. (viii) Cesión de GS POWER HOLDINGS LLC a COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I SAS, de 19 de enero de 2010, la cual es objeto de estudio en el capítulo correspondiente. (ix) Otrosí 3 al Acta de Reinicio del 20 de abril de 2011. (x) Contrato de Cesión y Asunción de Obligaciones del 18 de marzo de 2010, celebrado entre CDC como cedente y COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I SAS como cesionario.

Para efectos de determinar la naturaleza del contrato celebrado entre las partes, el Tribunal procederá a analizar el objeto y las principales obligaciones de las partes.

### 3.1. Oferta Mercantil del 31 de Agosto de 2005.

El 31 de agosto de 2005, el Consorcio Minero del Cesar (“el CMC”) presentó la empresa COMPAÑÍA CARBONES DEL CESAR S.A. (“CDC”) una oferta mercantil para la explotación de la Mina la Francia, de cuya concesión era titular la destinataria de la Oferta, la cual fue aceptada por el destinatario el mismo día. En el encabezado de la Oferta Comercial, el CONSORCIO MINERO DEL CESAR, al presentar la citada oferta al destinatario, COMPAÑÍA CARBONES DEL CESAR S.A., se refiere a ésta como “Oferta Comercial de Servicios”.

La Oferta Mercantil, que fue aceptada el mismo día por COMPAÑÍA CARBONES DEL CESAR, se hallaba basada en los siguientes lineamientos:

a) **OBJETO:** El objeto de la citada Oferta Mercantil (folio 7 a 17 Cuaderno de pruebas 1), de conformidad con lo estipulado en la cláusula 3ª, es *“la realización de todas las actividades necesarias por parte del OFERENTE para la extracción de una cantidad equivalente al total de reservas extraíbles a cielo abierto en La Mina, según el Plan Minero, estimadas en quince millones (15.000.000) de toneladas de carbón para la Mina, de las cuales a la fecha de presentación de la presente oferta, ya se han extraído cerca de 400.000 tons de carbón.*

“...”

*“la capacidad total instalada para el año de 2006, será de 12.000.000 m3 banco, la cual una relación estimada de 6.3:1 de estéril, equivale a 1.640.000 ton de carbón; para los siguientes años la capacidad total instalada se ajustará de acuerdo al Plan Minero.*

*Los equipos requeridos para el cumplimiento de la capacidad total instalada anual señalada en la presente cláusula están listados en el PME. Cualquier modificación al PME será consultada previamente al DESTINATARIO, sin que ello implique que se requiera para dicho cambio, autorización del DESTINATARIO. EL OFERENTE mantendrá los equipos necesarios para cumplir el objeto y alcance de la presente oferta.”*

En la cláusula 4ª, titulada “**ALCANCE**”, las partes estipularon: “*Comprende la ejecución de los servicios, trabajos y actividades necesarios para lograr el cumplimiento del objeto de la presente Oferta. Los costos relacionados con las actividades aquí listadas se encuentran (sic) el **APU ANEXO 1** con excepción de las actividades descritas en cursiva. El valor de las actividades que están descritas en cursiva será acordado como precio no previsto y se determinará posteriormente mediante documento suscrito por **EL DESTINATARIO** y **EL OFERENTE**.”*

A continuación, se describen las prestaciones que se debían realizar por el oferente, las cuales se encuentran agrupadas así:

**Dentro del capítulo de Minería:** Remoción y acarreo de estéril; remoción y acarreo de carbón; soporte minero.

**Dentro del Capítulo Ambiental:** Programa de restauración morfológica y rehabilitación de áreas intervenidas; programa de manejo de aguas; manejo de residuos sólidos:

**Dentro del Capítulo Industrial:** Construcción, mantenimiento y manejo del o los centros de Acopio e instalaciones para el manejo y procesamiento del carbón, incluyendo sus estructuras de drenaje y sus vías internas y de acceso; Construcción, mantenimiento y señalización de vías externas diferentes a las indicadas en el numeral 1.1.1 de la presente cláusula, es decir aquellas que estén dentro del límite de la concesión minera y por fuera del PIT y el Centro de Acopio. Incluye el suministro de los agregados pétreos requeridos; Construcción y mantenimiento de instalaciones residenciales e industriales para el personal y equipo necesarios para que el OFERENTE cumpla con el objeto de la presente oferta. (Bodegas, talleres, líneas eléctricas internas, red de comunicaciones, etc).

**Dentro del capítulo de Planeación Minera:** Recursos humanos y físicos para desarrollar el PPM.

**b) DURACIÓN DEL CONTRATO SURGIDO DE LA OFERTA MERCANTIL:** La cláusula 5ª contiene lo pactado respecto de la duración de la prestación de los servicios, estableciendo que ésta será la misma que resulte de aplicar los volúmenes de extracción anuales incluidos en el Plan Minero, hasta alcanzar el máximo de tonelaje de carbón señalado en la cláusula 3 de la Oferta o el que resulte del Plan Minero y en ningún caso será inferior a 6 años.

**c) PRECIO DEL CONTRATO:** En la cláusula 6ª se encuentra el pacto de las partes sobre el precio del contrato, cláusula titulada “**PRECIOS, CANTIDADES, VALOR, ACTAS MENSUALES DE MEDICION Y FORMA DE PAGO**”. Dicha cláusula contiene la regulación respecto de cada uno de los capítulos a que se refiere el título de esta cláusula. Sobre este particular es de mencionarse que en el acápite de **Valor**, se estipula que la oferta es de valor indeterminado pero determinable, a partir de una fórmula allí incluida. En dicha cláusula se pacta igualmente que la forma de pago será a través de la medición de las cantidades de estéril y carbón efectivamente removidas, previos los levantamientos topográficos necesarios, todo lo cual se hará constar en actas

mensuales de medición, respecto de las cuales, en caso de discrepancias que no puedan ser resueltas entre las partes, se someterá a la decisión definitiva de un amigable componedor.

**d) OBLIGACIONES DE LAS PARTES:** En la cláusula 9ª se hallan las obligaciones de las partes, todas ellas relacionadas con el objeto del contrato. En efecto, en el encabezamiento de los numerales 9.91 y 9.02 se lee: *“En caso de aceptarse esta Oferta por el DESTINATARIO, el OFERENTE, [O EL DESTINATARIO] además de cumplir con las obligaciones estipuladas en la misma y las que emanan de la naturaleza y de la esencia del contrato resultante de su aceptación, se obligan a:...”*

Dentro del listado de obligaciones del OFERENTE, que se hallan contenidos en el numeral 9.01, destaca el Tribunal que se encuentran las de cumplir las obligaciones definidas en el PPM, cumplir el Plan Minero, presentar al destinatario las modificaciones al Plan Minero y el programa Minero, según las actividades definidas en el Protocolo, mantener el personal, materiales y equipos requeridos para el objeto del contrato, entre otras.

A su turno, entre las obligaciones del DESTINATARIO, se hallan las de pagar al Oferente el valor de las actas de medición mensual, suministrar los agentes de voladura, comunicar por escrito cualquier modificación o cambio en las cantidades previstas para la remoción de estéril y carbón, ente otras, siendo la primera de ellas la más importante.

A juicio del Tribunal, los documentos contractuales posteriores, arriba citados, no modificaron la naturaleza ni el objeto del contrato; se limitaron a introducir cambios, entre otros aquellos referidos a aspectos de la planeación minera, las cantidades mensuales a extraer, la remuneración mensual, las obligaciones relacionadas con la cesión de los contratos de leasing en caso de terminación.

En este orden de ideas, para determinar la naturaleza del Contrato el Tribunal procede a analizar las prestaciones principales relacionadas con el objeto del contrato.

Ante todo, observa el Tribunal que el presente contrato se caracteriza para el Oferente, CMC, por una multiplicidad de prestaciones periódicas mensuales a cargo de este, relacionadas con los aspectos de minería, que involucran principalmente remoción mensual de cantidades establecidas de estéril y su acarreo; extracción mensual de cantidades establecidas de carbón y su acarreo; asimismo se pactaron prestaciones referidas a temas ambientales, que determinan obligaciones para llevar a cabo restauración morfológica de las áreas intervenidas, manejos de aguas y residuos sólidos; otras prestaciones se dirigen a la construcción y el mantenimiento de vías externas e internas, centros de acopio, construcción y mantenimiento de instalaciones residenciales e industriales, y, finalmente, prestaciones relativas a la participación del Oferente en la actividad conjunta de planeación minera, que involucran recursos humanos y físicos.

Se trata de un contrato cuyos diversos grupos de prestaciones (actividades de minería, actividades de construcción y mantenimiento de vías y de otras

instalaciones, actividades ambientales de restauración y actividades de planeación minera q implican recursos humanos), tal como fueron clasificadas por las partes, podrían dar lugar a otras tantas denominaciones o tipificaciones contractuales, en la medida en que algunas prestaciones, pueden ser nominadas como contrato de obra o arrendamiento de obra y otras podrían verse como suministro de servicios, por sus características de periodicidad y continuidad, en el marco de un contrato de ejecución sucesiva.

Por su parte, además de otras obligaciones allí listadas, la obligación principal a cargo del destinatario, de conformidad con la cláusula 9.02., es la de pagar al oferente, a título de contraprestación mensual, el valor de las actas de medición mensual por la extracción de carbón y por la remoción de estéril, contraprestación que reviste un carácter periódico y continuado, en el marco de un contrato de ejecución sucesiva cuyo plazo es indeterminado pero determinable y que en todo caso, no podrá durar menos de seis años.

Lo anteriormente expuesto conduce ahora a este tribunal a calificar el tipo de contrato, como lo enseña doctrina especializada en la materia, en orden a establecer si el presente es un contrato típico o atípico o si corresponde a algún tipo social de contratos. En efecto, “[I]a calificación (...) sirve para establecer, mediante una investigación que es esencialmente normativa, o de derecho, (I) la naturaleza del contrato, (II) qué normas jurídicas han de aplicarse y, mediatamente, (III) qué efectos derivan de la voluntad de las partes.”<sup>220</sup>

En este orden de ideas, lo primero es determinar qué dijeron las partes en el texto contractual, lo que en el caso bajo análisis resulta un tanto impreciso a este respecto; en efecto, observa el Tribunal que el Consorcio Minero del Cesar, CMC, al presentar la oferta mercantil cuya aceptación da lugar al contrato celebrado, la califica como “Oferta Mercantil de Servicios”, de lo cual se desprendería que las partes nominaron este contrato como de suministro de servicios, máxime que al aceptarse la oferta de servicios, su destinatario, en ese momento CDC, emite una “ORDEN DE COMPRA DE SERVICIOS”, con la cual nace y se concreta el negocio jurídico planteado por el Oferente CMC, de lo cual da cuenta el numeral 2.01 de la Oferta Mercantil, que se refiere a los servicios ofrecidos y aceptados.

Por otra parte, el numeral 4º de la citada Oferta Mercantil, que trata sobre el alcance, se refiere a “servicios, trabajos y actividades necesarias para lograr el cumplimiento del objeto de (...)” la misma, enumerando las diversas actividades a las que ya se refirió el Tribunal (minería, ambientales, industriales y de planeación minera).

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Colombiana permite concluir que la nominación realizada por las partes respecto del negocio jurídico que están celebrando, no vincula necesariamente al juzgador al momento de hacer el juicio de valor jurídico mediante el cual califica un contrato, sobre lo cual ha dicho ese alto tribunal: “[e]s evidente, claro está, que en la labor de calificación contractual el juez no puede estar atado a la denominación o

<sup>220</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída. Reflexiones sobre la interpretación de los contratos, en obra colectiva: Oviedo Albán, Jorge (Coord.), Contratos – Teoría general, principios y tendencias, Segunda Edición. Ed., Ibáñez. p. 28. (2011).

*nomenclatura que erróneamente o de manera desprevenida le hayan asignado las partes al negocio de que se trate, por lo cual es atribución del juez preferir el contenido frente a la designación que los contratantes le hayan dado al acuerdo dispositivo (contractus magis ex partis quam verbis discernuntur), ya que, como se comprenderá, se trata de un proceso de adecuación de lo convenido por las partes al ordenamiento, en la que, obviamente la labor es estrictamente jurídica.”<sup>221</sup>*

Corresponde pues al juez del contrato la tarea interpretativa de calificar el tipo contractual celebrado, a efectos de poder aplicar las normas correspondientes a este.

Dado que en el presente caso estamos en presencia de un negocio jurídico por el que el Destinatario -CDC- contrata al Oferente -CMC- la realización de una serie de tareas que involucran obras físicas, tanto de minería como ambientales y de construcción, así como el suministro de servicios más bien de índole profesional en el área de la planeación minera, con autonomía técnica y administrativa —esto es, sin subordinación— y todo ello a cambio de una remuneración, el Tribunal debe analizar en cuál de los diversos tipos contractuales previstos en la ley se encuentra el contrato suscrito por las partes de este proceso (contrato de obra; o de suministro de servicios; o de prestación de servicios) cuyo objeto descrito en el numeral 3 de la Oferta Mercantil se refiere a la extracción de una cantidad equivalente al total de reservas extraíbles a cielo abierto en la Mina La Francia, según el Plan Minero, o si se trata de un contrato innominado o atípico, desarrollado a lo largo de la práctica de la actividad minera y propio de la misma.

En el caso que ocupa a este Tribunal, teniendo en consideración lo ya expuesto, se considera que pese a la nominación hecha por las partes respecto del negocio jurídico en cuestión como “*prestación de servicios*”, el *nomen iuris* que aplicaron las partes no guarda relación ni correspondencia con la denominación típica que este tribunal considera adecuada al contrato que realmente celebraron las partes, habida cuenta de su contenido antes reseñado; en efecto, las prestaciones pactadas no se limitan a la prestación o suministro de servicios inmateriales sino que además se refieren a una serie de actividades materiales de extracción de carbón y remoción de estéril, con las que se hallan directamente relacionadas otras actividades de construcción y mantenimiento de vías y otras instalaciones habitacionales e industriales, así como actividades de restauración ambiental, todas las cuales constituyen *strictu sensu* “obras”; así mismo considera este Tribunal que, en conjunto, este tipo de labores (minería, construcción, restauración ambiental) son predominantes y superiores en cantidad y valor frente a otras como aquellas relacionadas con actividades de servicios personales, (como las relacionadas con los recursos a invertirse en planeación minera, por ejemplo, sin que ello desvirtúe su importancia).

Sobre los contratos de servicios y los contratos de obra, en el laudo que dirimió las controversias entre Calmena Energy Services Barbados Inc. Sucursal Colombia y Shandong Kerui Petroleum Equipment Co. Ltd., se señaló:

---

<sup>221</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de diciembre de 2011.

*“Algunos doctrinantes han considerado que, en tratándose de contratos cuyo propósito consiste en contratar de una determinada persona su trabajo autónomo o profesional, es necesario distinguir entre los contratos de obra o de arrendamiento de obra frente a los contratos de servicios o de arrendamiento de servicios inmateriales. En efecto, nuestro Código Civil incluye unos y otros contratos bajo el título XXVI ‘Del contrato de arrendamiento’ del Libro Cuarto, estableciendo el capítulo VIII para los contratos de confección de una obra material y el capítulo IX para el arrendamiento de servicios inmateriales.*

*“Así, doctrinariamente se ha considerado que los contratos de servicios son aquellos se (sic) compromete a realizar una actividad profesional que involucra una obligación de hacer con un valor específico en tanto se agrega un know-how a fin de obtener un objetivo particular; en estos casos se trata de una obligación intangible en cuanto el servicio prestado se agota con su mismo consumo. Estos contratos se caracterizan por cuanto el contratista es una persona que tiene determinadas habilidades profesionales, científicas o técnicas que se obliga a suministrar tales habilidades a su contratante a fin de conseguir un objetivo en particular. Nuestro Código Civil los califica genéricamente como aquellos contratos en que predomina la inteligencia sobre la mano de obra (artículo 2063) o simplemente aquellos en que se arriendan servicios inmateriales (artículo 2064).*

*“En contraposición, los contratos de obras son aquellos en que el contratista asume la creación de un producto como resultado de la actuación profesional, pues precisamente se exige que la ejecución del contrato devenga en la realización de un bien o producto por esencia reproducible. Al respecto, nótese que el Código Civil los trata simplemente como contratos de ‘confección de obra’; si se toman en consideración las definiciones que trae el Diccionario de la Real Academia de la Lengua de los términos ‘confeccionar’ y ‘obra’, es claro que este tipo de contratos exigen efectivamente que el contratista realice un producto material como resultado de la ejecución del contrato.”<sup>222</sup>*

Por otra parte, el artículo 968 del Código de Comercio dispone: *“El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de la otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios.”*

Ante todo, observa el tribunal que el objeto del contrato celebrado entre las partes, involucra diversas actividades, indicadas anteriormente, tales como remoción y acarreo de estéril, remoción y acarreo de carbón, actividades y labores ambientales relacionadas con la restauración de las áreas intervenidas, actividades de construcción de vías y estructuras de drenajes, construcción y mantenimiento de instalaciones residenciales e industriales para el personal y equipo necesarios y suministro de recursos humanos y

<sup>222</sup> Laudo arbitral proferido en el trámite de Empresa de Calmena Energy Services Barbados Inc. Sucursal Colombia v. Shandong Kerui Petroleum Equipment Co. Ltd., de 21 de mayo de 2003. Árbitros: Gustavo Suárez Camacho, Presidente, Hernando Herrera Mercado y Alfonso Miranda Londoño.

físicos para desarrollar el PPM. Todas estas actividades constituyen prestaciones independientes pero relacionadas entre sí, agrupadas en función del logro y cumplimiento del objeto del contrato, consistente en *“...la extracción de una cantidad equivalente al total de reservas extraíbles a cielo abierto en La Mina, según el Plan Minero, estimadas en quince millones (15.000.000) de toneladas de carbón para la Mina, de las cuales a la fecha de presentación de la presente oferta, ya se han extraído cerca de 400.000 tons de carbón”*.

También observa el Tribunal que se trata de un contrato de ejecución sucesiva, con pagos mensuales relacionados con las cantidades de estéril y de carbón que se produjeran por el OFERENTE, las cuales debían ser previamente medidas en las correspondientes actas de producción. Con ello se comprueba que en el presente caso existieron las prestaciones periódicas o continuadas a que se refiere la norma legal antes citada, con su contraprestación económica correspondiente. En relación con el plazo del contrato, las partes pactaron que la duración del negocio jurídico celebrado sería la que *“resulte de aplicar los volúmenes de extracción anuales incluidos en el Plan Minero, hasta alcanzar el máximo de tonelaje de carbón señalado en la cláusula 3 de la Oferta o el que resulte del Plan Minero y en ningún caso será inferior a 6 años.”* Lo anterior indica que era un contrato de ejecución sucesiva, a plazo indeterminado, pero determinable, en función del Plan Minero y en ningún caso inferior a 6 años.

El contrato surgido de la aceptación de la Oferta Mercantil presentada y aceptada el 31 de agosto de 2009, implicó la realización o cumplimiento de una pluralidad de prestaciones, autónomas y diferenciables entre sí, pero todas ellas encaminadas al cumplimiento del objeto contractual pactado siendo entonces la función económica del citado contrato de suministro de servicios evidente en el negocio jurídico celebrado por las partes, pues permite *“(...) asegurar por cierto tiempo varias prestaciones o una prestación continuada”, característica esta que tipifica a los contratos de suministro de servicios.*<sup>223</sup> Además de lo anterior, una de las notas características del contrato de suministro consiste en la probada intención de las partes de ejecutar prestaciones periódicas de cosas o servicios a cambio de un precio cuyo pago también responde al elemento de periodicidad, por un plazo determinado o determinable, lo que refleja la existencia de un contrato cuya ejecución es sucesiva, elementos estos que se hallan presentes en el caso bajo análisis en este Tribunal.

Sobre el contrato de suministro se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 23 de abril de 1993, con ponencia del magistrado Héctor Marín Naranjo, en la cual se anotó lo siguiente: *“No resulta exacto que ante un cúmulo de prestaciones y contraprestaciones que se prolongaron en el tiempo, miradas retrospectivamente, se deba concluir, de manera ineludible, en la existencia de un contrato de suministro, pues tampoco cabe perder de vista que el citado artículo 986 califica al suministro como contrato, lo que directamente lleva a la definición general, no sólo por la faceta normativa acabada de mencionar, sino también por el acuerdo de las partes en tanto que acto jurídico destinado a la producción de ciertos efectos. Por*

<sup>223</sup> GARRIGUES JOAQUIN, *Tratado de derecho mercantil, Obligaciones y Contratos mercantiles*, Vol. I, Tomo III, Madrid, Editorial Revista de Derecho mercantil, 1963, pag. 414



*consiguiente, en su visión panorámica, proveniente de la armonización de esos dos preceptos, se puede decir que hay contrato de suministro cuando por virtud del acuerdo entre las partes, una de ellas se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de la otra, de manera independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios.”*

Y agrega más adelante: *“Ante todo, la posición del Tribunal no es incoherente porque ella, sencillamente, significa que para poderle dar a los sobredichos elementos una visión unificada, expresiva del contrato de suministro se necesita de la prueba atañedora al acuerdo de voluntades, es decir, el contrato como acto, porque solo en frente de la misma, los hechos en los que tanto énfasis pone el recurrente, adquirirían el valor evidenciador de una regla de conducta adoptada por las partes. O, si se quiere, con la prueba del acuerdo entre las partes, las acciones ejecutadas por ambas partes al correr de varios años, dejarían de ser singularidades y pasarían a verse como la emanación prologada en el tiempo, de un recíproco querer. Entre tanto, o sea, ausente el contrato como acto, del cual surja la obligación concluyente o inequívoca a cargo de la entidad demandada de efectuar el suministro, resulta completamente arbitrario atribuirle a aquellas la condición definitoria de un contrato de tal naturaleza”.*

Observa el Tribunal que en el encabezado de la Oferta Mercantil, el OFERENTE se refirió a ella como *“Oferta Comercial de Servicios”*; por otra parte, en las Definiciones, se consignó la definición del término *“ORDEN DE COMPRA DE SERVICIOS”* entendiéndola como la aceptación de la Oferta de Servicios contenida en el documento presentado el 31 de agosto de 2005; posteriormente, al definir el término *“ORDEN DE INICIO”*, las partes se refieren a la *“(…) prestación de los servicios, trabajos y actividades objeto de esta Oferta (...)”*; lo anterior, a juicio del Tribunal, indica que las partes entendieron y expresaron estar celebrando un contrato de suministro de servicios, caracterizado por la pluralidad de prestaciones autónomas agrupadas en función del objeto contractual, prestaciones que serían remuneradas mensualmente con base en la medición de las cantidades de estéril removido y carbón extraído.

Considera el Tribunal que por lo anterior debe descartarse que la intención de las partes en este proceso fue la de celebrar un contrato de prestación de servicios, por ser este último un contrato caracterizado más bien por la realización de obligaciones de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia científica, artística o profesional, en el cual son esenciales la autonomía e independencia del contratista en dichas áreas del conocimiento, como elementos de la esencia de esta tipología contractual, que sea del caso precisarlos, no se halla regulada como contrato típico en el Código de Comercio ni en el Código Civil de Colombia, sino en el Código Laboral, artículo 34, que alude al contrato de prestación de servicios a propósito del caso en que *“las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.”* También se halla regulado en la legislación correspondiente a la contratación estatal, particularmente en la Ley 80 de

1993 y sus modificaciones: En efecto, el artículo 32 numeral 3º de la Ley 80 de 1993 prevé:

*“ARTICULO 32. (...)*

*3o. Contrato de prestación de servicios.*

*Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados.*

*En ningún caso estos contratos generan relación laboral ni prestaciones sociales y se celebrarán por el término estrictamente necesario.”*

Adicionalmente, debe decirse que constituye una nota diferenciadora entre el contrato de prestación de servicios y el de suministro o el contrato laboral, el término de los mismo, pues el primero se caracteriza por ser eminentemente temporal, es decir que su duración debe ser de tiempo limitado. Así mismo, como puede observarse, el contrato de prestación de servicios se relaciona con actividades de tipo profesional, artístico o científico, lo que permite distinguirlas de las diversas prestaciones que pueden agruparse en el contrato de suministro de servicios como ya se explicó.

Sobre la prestación de servicios se ha pronunciado la Corte Constitucional en la sentencia c 154 DE 1997, así: *“El contrato de prestación de servicios se celebra por el Estado en aquellos eventos en que la función de la administración no puede ser suministrada por personas vinculadas con la entidad oficial contratante o cuando requiere de conocimientos especializados, para lo cual se establecen las siguientes características: a. La prestación de servicios versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. b. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. c. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido. Por último, no es posible admitir confusión alguna con otras formas contractuales y mucho menos con los elementos configurativos de la relación laboral, razón por la cual no es procedente en aquellos eventos el reconocimiento de los derechos derivados de la subordinación y del contrato de trabajo en general, pues es claro que si se acredita la existencia de las características esenciales de éste quedará desvirtuada la presunción establecida en el precepto acusado y surgirá entonces el derecho al pago de las prestaciones sociales en favor del contratista, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas en las relaciones de trabajo.”*

Pese a que la sentencia transcrita se refiere al contrato de prestación de servicios regulado en la ley 80 de 1993, el Tribunal considera que en cualquier caso las características que aquí se precisan son predicables del

contrato de prestación de servicios en derecho privado, para efectos de efectuar la diferenciación entre esta figura y la del contrato de suministro de servicios.

De otra parte, observa este Tribunal que muchas de las obligaciones contenidas en el contrato celebrado entre las partes de este proceso, tales como las relativas a la construcción y mantenimiento de vías o de instalaciones de trabajo o de vivienda dentro del proyecto, bien pueden ser enmarcadas dentro del llamado Contrato de obra, regulado en el Código Civil.

Sobre estas materias, se pronunció el laudo que resolvió las controversias entre el CONSORCIO DOMI-PRODECO-AUXINI v. CARBOCOL, de fecha 4 de marzo de 1998, así:

*“Así las cosas, el contrato de marras, sin dejar de ser administrativo, es indudable que desde el punto de vista de su objeto corresponde, dentro del derecho privado, a la especie de contrato de obra, llamado hoy por la doctrina con el nombre, también, de contrato de empresas, y al cual se refieren los artículos 2053 y siguientes del Código Civil. Efectivamente, si en virtud del contrato de obra o empresas (locatio operis) “una de las partes se compromete, sin entrar al servicio o subordinación de lastra, un trabajo determinado mediante una remuneración” (Louis Josserand, Derecho Civil, Tomo II, Volumen II, p. 222), eso precisamente fue lo que se pactó en el contrato entre Carbocol y el consorcio: este se obligó a ejecutar unas obras de infraestructura, a montar un equipo de minería y a extraer una cantidad determinada de carbón de un yacimiento que le entregó para esos efectos Carbocol, por lo cual recibiría las contraprestaciones en dinero de que dicho contrato se ocupa. El contrato es, pues, de obra o empresa y le son aplicables por lo tanto las disposiciones del Código Civil relativas a esta materia, en cuanto no se opongan a la naturaleza administrativa que primordialmente tiene, o coinciden con ella, como aquí sucede, se verá más adelante, con el artículo 2056 del mencionado estatuto, (inciso segundo).”*

Sin embargo, observando la multiplicidad y diversidad de prestaciones relacionadas con el objeto del contrato bajo análisis, no considera el Tribunal que en este caso pueda simplemente concluirse que se trata de un típico contrato de obra, pues parte importante de las prestaciones pactadas se escapan de esta modalidad, según se vio; en efecto muy buena parte de las obligaciones pactadas corresponden a la modalidad de suministro de servicios.

Ahora bien, considerando la importancia a nivel mundial de la industria minera, por la especialidad de la actividad y las particulares características técnicas de la operación minera, el Tribunal observa también que no puede desconocerse que de tiempo atrás existen a nivel de esta industria, internacionalmente, modelos del llamado “contrato de operación minera”, que detentan tipicidad social y que deben ser tenidos en cuenta en este análisis para determinar la naturaleza del contrato suscrito por las partes en este proceso. Ejemplo de esto es el caso del modelo de contrato de operación minera elaborado por AMPLA, asociación sin ánimo de lucro

constituida desde 1976 para avanzar en el conocimiento de la normatividad relacionada con leyes minera y petroleras.<sup>224</sup>

En ese mismo sentido se anota que en el ámbito nacional, la industria minera ha empleado de tiempo atrás el contrato de operación minera, en relación con proyectos de explotación de yacimientos de recursos naturales en los cuales el dueño de la mina opta por vincular a un operador minero en vez de realizar directamente la explotación.

En ese orden de ideas, considera el Tribunal que el elemento preponderante del contrato bajo análisis es el que corresponde al suministro de servicios, que permite involucrar en el objeto contractual una gran diversidad de prestaciones autónomas, continuadas y periódicas, en el marco de un contrato de ejecución sucesiva, incluyendo prestaciones propias del contrato de obra, del contrato de prestación de servicios y principalmente las prestaciones que serían características del suministro de servicios.

En efecto, por la intención de las partes, el objeto y las prestaciones pactadas, el contrato examinado, llamado por las partes en algunas oportunidades como “contrato de operación minera”, se enmarca fundamentalmente en la figura del contrato de suministro de servicios, que permite agrupar prestaciones autónomas de diversa naturaleza, todas enfocadas a un fin, cual es el logro del objeto contractual de extracción de las cantidades de carbón previstas y de remoción del estéril necesario para ello, lo que a su vez involucra una serie de actividades de planeación minera de singular importancia que pueden calificarse como prestaciones típicas del estándar de la industria minera.

Con base en lo anterior, el Tribunal concluye que el contrato celebrado por las partes corresponde a un contrato mercantil de suministro de servicios, en la modalidad de la operación minera, y se caracteriza por ser consensual, bilateral, oneroso, conmutativo, de ejecución sucesiva y de colaboración; en este sentido, sus reglas de interpretación corresponderán a las del contrato de suministro de servicios, teniendo en cuenta el objeto pactado por las partes, la diversidad de prestaciones autónomas involucradas, la periodicidad y continuidad de las mismas, la contraprestación económica y la forma de terminación, sin perjuicio de la posibilidad de aplicar otras reglas habida cuenta de la multiplicidad de las prestaciones involucradas.

### **3.2. Documentos que conforman el contrato de operación minera y sus modificaciones.**

---

<sup>224</sup> AMPLA is a not-for-profit association established in 1976 to advance the knowledge of law relating to mineral and petroleum resources. Over recent years the interests of AMPLA have extended to include climate change, emissions trading, the environment, native title and all legal aspects of energy production and marketing.

AMPLA is governed by a National Board of Directors. Each year, AMPLA holds its National Conference, which rotates around Australia's major cities. In addition to this, the State Branches hold seminars, workshops, conference and social functions.

A continuación procede el Tribunal a analizar en detalle los aspectos relevantes de la Oferta Mercantil aceptada y de los diversos documentos que se suscribieron a lo largo de la relación contractual, a efectos de clarificar cuales fueron sus antecedentes y propósitos, las consideraciones en que se basaron, las obligaciones asumidas por las partes y las modificaciones de las mismas.

Anteriormente se analizó el objeto del contrato y algunas de sus obligaciones, a efectos de establecer la naturaleza del mismo. Sin embargo, en este punto, el tribunal analizará en detalle y profundidad cada uno de los documentos contractuales que suscribieron las partes y sus modificaciones, para poder establecer el horizonte obligacional a cargo de cada una de las partes, la naturaleza de dichas obligaciones y la evolución de las mismas como consecuencia de los múltiples acuerdos modificatorios suscritos.

### **3.2.1. Oferta Mercantil aceptada (31 de agosto de 2005): objeto, plazo, precio y obligaciones principales.**

La Oferta de fecha 31 de agosto de 2005 (“la Oferta” o “la Oferta Mercantil”), formulada por el CMC a CARBONES DEL CESAR S.A. (C. Pruebas 1, fls. 07 – 17), y aceptada por esta en la misma fecha mediante la respectiva orden de compra de servicios (C. Pruebas 1, fl. 620), contiene los términos y condiciones iniciales del contrato de servicios de operación minera en la mina de carbón a cielo abierto denominada “La Francia” (“la Mina”), base del presente proceso.

En la Oferta y sus anexos se establecieron los términos y condiciones que seguidamente se reseñan:

#### **3.2.1.1. Consideraciones Preliminares.**

Se refieren en general estas CONSIDERACIONES PRELIMINARES a los supuestos y hechos que las partes han tenido en cuenta para la celebración del Contrato. De este acápite resaltaré el Tribunal las siguientes:

**CONSIDERACION PRELIMINAR 4ª:** *“El 8 de octubre de 2004, el destinatario aceptó una oferta mercantil presentada en la misma fecha por el Consorcio Minero del Cesar, CMC, integrado por las compañías El Cóndor SA, SP Explanaciones SA y Tunelesa SA, según un documento denominado acuerdo Consorcial, Anexo 12, para la explotación de 6 millones de toneladas en la mina La Francia en un plazo de 5 años, actividades que se han venido adelantando en la zona denominada PIT B. Que luego de analizar varias alternativas para la explotación del área de concesión conocida como PIT A y de contar con información geológica actualizada que permite concluir que la falla geológica que divide el PIT A y el PIT B no es significativa, la Junta Directiva de Carbones del Cesar SA, decidió en sesión del 25 de mayo de 2005, tal y como consta en el acta número 9, Anexo 14, que la mejor alternativa para la explotación de los Pits A y B de la mina consiste en mantener un solo tajo, acelerando la explotación del PIT B y continuando en*

dirección al PIT A constituyendo una sola mina, teniendo en cuenta las condiciones de la falla descritas.

**CONSIDERACIÓN PRELIMINAR 5:** Se dice que dado que "...el CMC es el actual operador en el PIT B, la Junta Directiva en la sesión del 25 de mayo de 2005, acordó solicitar a este que presentara Oferta Mercantil para la operación de la mina, en la zona donde se encuentran ubicados los tajos que hoy se conocen como Bloques A y B, con el fin de desarrollar la alternativa adoptada por la Junta Directiva.

**CONSIDERACION PRELIMINAR 6ª**

"Que el Plan Minero base para el desarrollo de la presente oferta se encuentra en proceso de elaboración, de acuerdo con los términos del Protocolo de Planeación Minera el cual define los nuevos lineamientos de trabajo que deberán cobijar las actividades relacionadas con la operación del PIT AB. Dicho Protocolo fue aprobado en la sesión de Junta No. 9 del uno 25 de mayo de 2005."

Lo anterior permite concluir que a la fecha de la aceptación de la Oferta Mercantil, las partes reconocen que el Plan Minero base para el desarrollo de la misma se hallaba en proceso de elaboración, de acuerdo con el Protocolo de Planeación Minera, documento que forma parte del contrato como anexo.

**3.2.1.2. Cláusulas principales.**

A continuación se hace una descripción de las principales cláusulas contenidas en la Oferta Mercantil, para luego proceder a su análisis:

• **CLAUSULA 1ª – DEFINICIONES:** En el punto 1 de la cláusula 1.01. "Definiciones", se definieron, entre otros, los siguientes términos:

**"PLAN ESTRATÉGICO DE MINERÍA:** Es el documento que recoge los lineamientos generales del DESTINATARIO para la elaboración del Plan Minero contenido en el Anexo 4."

**"PLAN MINERO:** "Es el programa de minería elaborado con base en la información geológica suministrada por el DESTINATARIO, y los lineamientos señalados por el DESTINATARIO en el documento denominado PLAN ESTRATÉGICO DE MINERÍA y acorde con el PROTOCOLO DE PLANEACIÓN MINERA (Anexo 4). El Plan Minero define el aprovechamiento del recurso carbonífero del Contrato de Concesión, el cual define, entre otros, los tajos de explotación o pits, su geometría básica (longitud en el rumbo, ancho, profundidad, sistema de rampas), relación de descapote, el diseño básico de los taludes, el secuenciamiento minero estratégico, los sistemas de explotación y equipos mayores asociados, el pronóstico (sic) de volúmenes de producción y de calidades de carbón, infraestructura requerida entre otros elementos. También establece el programa de voladuras. Dependiendo del horizonte de planeación y del nivel de detalle de los elementos descritos anteriormente, se tiene:

- *Plan Minero de Largo Plazo: Es el tiempo de explotación de La Mina hasta agotar las reservas*
- *Plan Minero de Mediano Plazo: De uno (1) a tres (3) años*
- *Plan Minero de Corto Plazo: Trimestral y mensual*

*Una vez el PLAN MINERO esté elaborado el mismo hará parte integrante de la presente oferta, como Anexo No. 2.”*

- **“PROTOCOLO DE PLANEACIÓN MINERA, PPM”:** *“Se refiere al Protocolo de Planeación Minera aprobado por la Junta Directiva de Carbones del Cesar S.A, en sesión del 25 de Mayo de 2005, con sus modificaciones. Anexo 4.”*
- **PROTOCOLO DE MANEJO DE EQUIPOS:** *Se refiere al Protocolo para la Administración y manejo de equipos y sus modificaciones, elaborado por el OFERENTE que serán asignados para lograr el objeto y alcance de la presente Oferta”*
- **“SECUENCIA MINERA”:** *Es la programación de avance de los equipos mineros para un determinado período y para cada una (sic) de los frentes de explotación, la cual establece los volúmenes de producción de estéril y carbón, y las calidades de carbón, en función de las características geológicas del yacimiento, las condiciones geométricas de la mina y los parámetros de operación de los equipos. Esta programación es la que soporta la obtención de las metas de producción de carbón y estéril.” (Subrayas del Tribunal)*

En relación con estas definiciones, observa el Tribunal que es claro que el Plan Minero se debía elaborar con base en la información geológica suministrada por el DESTINATARIO, así como con base en los lineamientos señalados por éste en el PLAN ESTRATÉGICO DE MINERÍA, y acorde con el Protocolo de Planeación Minera (PPM), aspectos estos que serán de gran relevancia al momento de analizarse la conducta contractual de las partes, de lo cual se ocupa el Tribunal más adelante.

• **CLAUSULA 2ª – OFERTA:** Da cuenta de la existencia de la Oferta presentada al Destinatario, la vigencia de la misma, y de la obligación de pago de la contraprestación en caso de ser aceptada.

• **CLÁUSULA 3ª - OBJETO:** Como se venía diciendo anteriormente, el objeto del contrato surgido de la aceptación de la Oferta Mercantil del 31 de agosto de 2005 según se estipuló en la cláusula 3ª, es:

*“la realización de todas las actividades necesarias por parte del OFERENTE para la extracción de una cantidad equivalente al total de reservas extraíbles a cielo abierto en La Mina, según el Plan Minero, estimadas en quince millones (15.000.000) de toneladas de carbón para la Mina, de las cuales a la fecha de presentación de la presente oferta, ya se han extraído cerca de 400.000 tons de carbón.*

*“(…)”*

*“la capacidad total instalada para el año de 2006, será de 12.000.000 m3 banco, la cual una relación estimada de 6.3:1 de estéril, equivale a 1.640.000 ton de carbón; para los siguientes años la capacidad total instalada se ajustará de acuerdo al Plan Minero.*

*Los equipos requeridos para el cumplimiento de la capacidad total instalada anual señalada en la presente cláusula están listados en el PME.*

*Cualquier modificación al PME será consultada previamente al DESTINATARIO, sin que ello implique que se requiera para dicho cambio, autorización del DESTINATARIO. EL OFERENTE mantendrá los equipos necesarios para cumplir el objeto y alcance de la presente oferta. (Negrillas del Tribunal)*

Obsérvese que el objeto del contrato así pactado, está directamente relacionado con el Plan Minero, definido en la misma Oferta Mercantil, según la definición arriba transcrita.

Así mismo, observa el Tribunal que para efectos de determinar las cantidades totales a extraer en función del objeto contractual, la capacidad instalada para 2005 es la definida en el Anexo 5.

No existe garantía de un pago mínimo mensual al Operador.

➤ **CLÁUSULA 4ª – ALCANCE:** Dentro de la cláusula 4ª, “*ALCANCE*”, de una manera genérica se establece que el alcance comprende “*la ejecución de los servicios, trabajos y actividades necesarios para lograr el cumplimiento del objeto...*”.

En el listado de las actividades derivadas del alcance del contrato, el Tribunal observa que además de las relacionadas con (i) remoción y acarreo de estéril remoción y acarreo de carbón, soporte minero, (ii) programas ambientales y (iii) actividades industriales, se encuentra la actividad de “*Planeación Minera*” como una de las necesarias para desarrollar el objeto del contrato; en efecto, textualmente, en el numeral 4º de la cláusula 4 “*ALCANCE*”, al referirse a la actividades de Planeación Minera, se indican las de “*Recursos humanos y físicos para desarrollar el Plan*”, como necesarias para llevar a cabo dicha planeación minera.

Sobre este particular, observa el Tribunal que las partes pactaron, como parte esencial del alcance del contrato, una actividad de planeación minera conjunta, hecho este que será de importancia al momento de analizar la ejecución práctica del contrato como fuente de interpretación del mismo.

Dentro de las actividades descritas en la cláusula 4ª, en el párrafo de la misma, se pacta también que el Oferente se obliga a suministrar el material agente de voladura y accesorios de la misma, a los precios establecidos en el Anexo 1.

➤ **CLÁUSULA 5ª – DURACIÓN:** A continuación, en relación con la cláusula 5ª, referida a la duración, observa el Tribunal que ésta fue determinada por las partes como la “*(...) que resulte de aplicar los volúmenes*



*de extracción anuales incluidos en el Plan Minero hasta alcanzar el máximo de tonelaje de carbón señalado en la cláusula 3 de la presente Oferta o el que resulte del plan Minero y en ningún caso será inferior a 6 años.”*

El texto anteriormente transcrito permite concluir que en el pacto contenido en la Oferta Mercantil aceptada, la duración es indeterminada pero determinable, en la medida en que está intrínsecamente ligada al Plan Minero, pues claramente se relaciona la duración con las cantidades de anuales extraídas incluidas *“en el Plan Minero hasta alcanzar el máximo de tonelaje de carbón señalado en la cláusula 3 de la presente Oferta o el que resulte del Plan Minero y en ningún caso será inferior a 6 años.”*

➤ **CLAUSULA 6ª - PRECIOS, CANTIDADES, VALOR, ACTAS MENSUALES DE MEDICIÓN Y FORMA DE PAGO:** Para establecer lo que se acordó sobre los precios, cantidades, valor y actas de medición y forma de pago, las partes pactan en la cláusula 5ª lo correspondiente a estas materias, pacto respecto del cual el Tribunal destaca lo siguiente:

- La remuneración se hace a través del sistema de precios unitarios, estipulados en el anexo 1.

- Respecto de las cantidades, se dice que estas son estimadas y por lo tanto variables, sin perjuicio del cumplimiento de las cantidades de remoción de estéril y extracción de carbón previstas en la oferta, en el plan Minero y en el Programa de Producción.

- En cuanto al valor de la Oferta, se dice que es indeterminado pero determinable, conforme a la fórmula pactada en el literal c) de la cláusula 6ª. Se pacta que el precio unitario para transporte de carbón al centro de acopio o de estéril al botadero en el Anexo 1, *“considera una distancia hasta de 2.300 metros, medidos del centro de gravedad de la área en operación al centro de gravedad del sitio de descargue por la ruta de tránsito, respectivamente.”* Al punto observa el Tribunal que la fijación del precio tiene relación con la distancia a recorrerse al desarrollar la actividad de transporte. Se añade que estos precios fueron pactados *“como el único reconocimiento que como contraprestación haga el DESTINATARIO al OFERENTE, e incluyen todos los costos directos e indirectos en que deba incurrir el OFERENTE para ejecutar.... los servicios, trabajos y actividades que constituyen el objeto y alcance de esta Oferta con excepción de los indicados en cursiva.”*

- Respecto de las Actas Mensuales de Medición, se pactó en la cláusula 6ª, que estas serían medidas y determinadas conjuntamente por las partes, previos levantamientos topográficos en el PIT, botadero y centro de acopio, de los cuales se inferirán las cantidades de producción de estéril y de carbón, para así determinar la contraprestación del OFERENTE, medición que tendrá el carácter de preliminar y con base en la que se hará el pago de cada mes. Sobre este particular se pactó asimismo que cualquier disputa en relación con las actas de medición, de no ser resueltas por los representantes legales, se sometería a la Amigable Composición conformada de la manera descrita en dicha cláusula.

- Finalmente, en relación con la forma de pago, se acordó que el pago se haría en máximo 15 días a partir de la fecha de presentación de la factura por el OFERENTE, y que en caso de mora, se causarían intereses en la forma allí prevista.

El Tribunal observa que en esta cláusula no existe una garantía de pago de una cantidad mínima por extracción de carbón y remoción de estéril.

➤ **CLAUSULA 7ª - RETENCIÓN DEL VALOR DEL ACTA:** En la cláusula 7ª se acuerda que, en caso de que, a juicio del DESTINATARIO, en cualquier mes se presente una producción por debajo del 90% de los volúmenes programados de producción y/o trituración establecidas en el plan Minero del mes, por causas imputables al OFERENTE, el DESTINATARIO podrá retener del monto a pagar el 10% del valor del Acta sin que ello implique la extinción de la obligación a cargo del Oferente.

Obsérvese que en esta cláusula nuevamente se relaciona la producción con el Plan Minero, en este caso el mensual. Igualmente, se defiere la controversia sobre retenciones a un panel de amigables componedores.

➤ **CLAUSULA 8ª - PENA:** Se pacta en la cláusula 8ª una cláusula penal para el evento de incumplimiento de las obligaciones de producción y/o trituración a cargo del Oferente, o incumplimiento de los pagos a cargo del Destinatario en un periodo de cuatro meses consecutivos o más. Dicha cláusula penal se establece como “*valor estimado de perjuicios*”, por valor máximo de US\$10.000.000, sin que este valor implique un límite a la posibilidad de reclamar perjuicios adicionales que se hayan causado.

➤ **CLAUSULA 9ª - OBLIGACIONES:** Contiene esta cláusula las obligaciones de las partes. En las que corresponden al OFERENTE, se encuentra ante todo una estipulación general en la que se le atribuyen a éste todas aquellas obligaciones que emanan de la naturaleza y de la esencia del contrato resultante de la aceptación de la oferta mercantil presentada por este. Entre las que se citan de manera no taxativa, considera pertinente el Tribunal detenerse en las siguientes:

- Cumplir con el Protocolo de Planeación Minera (PPM).
- Cumplir con el Plan Minero.
- Presentar al DESTINATARIO modificaciones al Plan Minero y al Programa Minero, según lo definido en el Protocolo.
- Mantener el personal y equipos requeridos.
- Desarrollar e implementar un programa de mantenimiento preventivo y correctivo de equipos e instalaciones que garantice la disponibilidad, sostenibilidad y adecuado funcionamiento de los equipos en función de lograr el cumplimiento del Plan Minero.

Observa el Tribunal que existe una relación entre las obligaciones transcritas y el Protocolo de Planeación Minera (PPM), así como con el Plan Minero, documentos relevantes para efectos de analizar el alcance de lo que las partes pactaron, para luego analizar la ejecución práctica que las partes hicieron del contrato. Por esta razón, el Tribunal analizará en detalle el contenido y obligaciones emanadas de ambos documentos contractuales para deducir de ellos el rol que debían desempeñar las partes.

Por su parte, a la DESTINATARIA de la Oferta Mercantil, además de las obligaciones estipuladas en esta, se le atribuyeron asimismo, “(...) *las que emanan de la naturaleza y la esencia del servicio ofrecido (...)*”, cuestión que resulta de trascendencia a la hora de examinar las obligaciones contenidas, derivadas o implícitas en el Protocolo de Planeación Minera y en los planes mineros.

Entre las obligaciones que se enlistan en la cláusula 9.02, además de las referidas a la esencia del servicio contratado, se hallan las siguientes:

- Pagar al OFERENTE las actas de medición mensual, a título de contraprestación.
- Designar su representante para la administración en la ejecución de la Oferta.
- Suministrar los agentes de voladura cuando a ello hubiere lugar, según lo previsto en la cláusula 4ª.
- Comunicar por escrito y oportunamente al OFERENTE sobre cualquier modificación o cambio en las cantidades previstas para la remoción de estéril y extracción de carbón.
- Entregar la red eléctrica necesaria para la operación.
- Realizar el cerramiento perimetral de la mina.
- Realizar las labores de vigilancia y control de acceso a la mina.
- Coordinar con autoridades de policía y ejército lo necesario para asegurar la integridad física y seguridad del personal y equipos.

**CLAUSULA 10 - SUSPENSION, TERMINACIÓN Y LIQUIDACION:** Esta cláusula regula la suspensión temporal por causas como fuerza mayor o caso fortuito; por hechos no imputables al consorcio ni al destinatario y que imposibiliten temporalmente la ejecución; pago parcial del contrato; por la suspensión del contrato de concesión de las licencias ambientales del proyecto.

También regula esta cláusula lo relativo a la terminación anticipada del contrato con la correspondiente indemnización de perjuicios en cualquiera de los siguientes casos:

1. Disolución y liquidación de las empresas que constituyen EL OFERENTE.
2. No renovación anual de las garantías requeridas en la Oferta.
3. Causas fijadas en la legislación civil y comercial que regula la materia.

Finalmente se regula en esta cláusula lo concerniente a la liquidación del contrato, la cual se hará de manera conjunta, dentro de los 30 días hábiles siguientes a su terminación por cualquier causa.

El Tribunal volverá sobre el examen de esa cláusula al momento de decidir sobre la procedencia y legalidad o no, de la terminación del contrato hecha por la sociedad Consorcio Minero del Cesar S.A.S.

➤ **CLÁUSULA 11 - FUERZA MAYOR O CASO FORTUITO:** Se prevé en esta cláusula que una vez aceptada la Oferta, las partes quedarán exentas de toda responsabilidad por cualquier demora en la ejecución de sus obligaciones cuando se concluya que la misma obedece a la ocurrencia de hechos de fuerza mayor o caso fortuito.

➤ **CLÁUSULA 12 – GARANTÍAS:** El oferente deberá constituir garantías de cumplimiento, responsabilidad civil extra contractual y de cumplimiento de obligaciones laborales.

A su turno, el destinatario de la Oferta, se obliga a constituir (i) un patrimonio autónomo al que se otorgarán como garantía de fuente de pago todos los acuerdos comerciales para la venta de carbón de la producción derivada de la ejecución de la Oferta Mercantil. (ii) garantías de cumplimiento en caso de venta de la Mina.

➤ **CLAUSULA 15 - DOCUMENTOS DE LA OFERTA MERCANTIL:** La Oferta Mercantil incluyó 17 anexos, relacionados en esta cláusula, de los cuales el Tribunal examinará aquellos relacionados con los temas en disputa, referidos al incumplimiento de las obligaciones que ambas partes se imputan.

A continuación, dado que la concreción de las obligaciones de las partes remite necesariamente al análisis de los anexos de la Oferta, el Tribunal procederá a analizar los diversos documentos contractuales que se anexaron a la Oferta Mercantil, en cuanto sean pertinentes para efectos de la litis planteada y en la medida en sean determinantes en el examen del marco obligacional al que las partes se sujetaron para ejecutar el contrato. Una vez analizados dichos “anexos,” el Tribunal extraerá las conclusiones sobre el alcance de las obligaciones de las partes en relación con la Oferta Mercantil.

➤ **ANEXO 4: PROTOCOLO DE PLANEACIÓN MINERERA Anexo No.2: “PLAN MINERO. INFORME DE AVENCE PLAENACIÓN MINERA – POR DEPARTAMENTO DE PLANEACIÓN MINA LA FRANCIA – MINA LA FRANCIA SEPTIEMBRE 22 DE 2004”**

Anota previamente el Tribunal que, dentro de los anexos de la Oferta, como Anexo No. 4, “*Protocolo de Planeación Minera*”, la parte convocante también acompañó un documento titulado “*LINEAMIENTOS ESTRATÉGICOS PARA EL PLAN MINERO DE JULIO 18 DE 2005*”.

Este documento contractual constituye el anexo 4 del contrato surgido de la Oferta Mercantil aceptada el 31 de agosto de 2005. El mismo fue suscrito por Carbones del Cesar S.A., en ese entonces propietario de la Mina La Francia y el Consorcio Minero del Cesar, como operador de la Mina desde ese entonces.

El Protocolo de Planeación Minera (PPM), “*define los lineamientos, condiciones, cronogramas, responsabilidades, roles y costos para la elaboración del modelo geológico, el Plan Minero y su seguimiento durante el período de explotación minera*”.

Observa el Tribunal que en el protocolo se asignaron responsabilidades por igual a las dos partes, en la medida en que ambas debían participar y

contribuir al diseño de la planeación de la explotación minera. Ello se deduce de la propia estructura del protocolo, en cuanto ambas partes debían designar, mantener y remunerar sus respectivos Jefes de planeación de largo y mediano plazo, además de un Coordinador General de Planeación, designado por CMC.

Adicionalmente, en el área de planeación del PPM había 6 planeadores, dos para cada uno de los horizontes de largo y mediano plazo, designados uno por cada parte. Por otro lado, para la sección de geología, debía haber igualmente dos geólogos, uno de cada parte; en la sección de planeación de voladuras, debía haber un geólogo designado por CMC y en la sección de Topografía dos cuadrillas por el Consorcio y uno por Carbones del Cesar.

En el Anexo se incluye un cronograma de actividades y responsables para la formulación del Plan Minero, y se agrega que *“para efectos de lo anterior, CCC [Carbones del Cesar] debe preparar un Plan Estratégico de Minería.”*, obligación que el Tribunal considera esencial para el logro del objeto contractual, como se verá más adelante.

En el siguiente acápite del protocolo se trata lo concerniente a las reuniones, así:

- *“Una vez elaborado el plan minero de largo y mediano plazo, las partes se reunirán para hacer la entrega del mismo.*
- *El último jueves de cada mes, en la reunión de coordinación y revisión del plan minero se entregará EL PLAN minero mensual del mes siguiente.*
- *El segundo jueves de cada mes, se hará una revisión mensual de resultados, que incluya el seguimiento al cumplimiento de los planes de minería, desviaciones y acciones para mejorar el desempeño de acuerdo con el acta mensual de medición.*
- *Trimestralmente se debe realizar acciones conjuntas de revisión de resultados. Esta reunión se debe realizar los terceros jueves de enero, abril, julio y octubre. La misma incluye y reemplaza la reunión mensual de revisión de resultados de estos meses.”*

En relación con los participantes, el citado protocolo estableció:

#### *“PARTICIPANTES*

*A las reuniones coordinación y de revisión de planes de minería debe asistir al menos las siguientes personas:*

- *Reunión de coordinación y revisión del plan minero y revisión mensual de resultados: CMC: Gerente de mina, director de planeación, director de producción. CCS: Gerente de mina, director de planeación, director de geología y calidad.*
- *Revisión trimestral y anual de resultados: CMC: Gerente General, gerente de mina, director de planeación, director de producción. CCC: Gerente General, gerente de mina, director de planeación, director de geología y calidad.”*

Como puede observarse a simple vista, en el PPM las dos partes acordaron una específica y determinada estructura de planeación que a todas luces implicaba la necesaria colaboración, participación y coordinación de ambas en la planeación de la explotación de la mina. Esta conclusión resulta relevante para efectos de lo que adelante habrá de decidir este Tribunal en relación con la ejecución práctica del contrato en este aspecto.

Empero, en el marco de las definiciones contenidas en la cláusula 1ª de la Oferta Mercantil aceptada, debe recordarse que al referirse al Plan Minero, las partes lo definieron como el programa de minería elaborado a partir de la información geológica suministrada por el Destinatario de la Oferta y de los lineamientos señalados por el destinatario en el Plan Estratégico de Minería (ver la definición contractual del término “PLAN ESTRATÉGICO DE MINERIA”) todo acorde con el Protocolo de Planeación Minera (PPM).

En este orden de ideas, es claro que el horizonte de las obligaciones de las partes implicaba: (i) que el Destinatario de la Oferta, CDC (luego CNR), elaborase el Plan Estratégico de Minería, (ii) que con base en el Plan Estratégico de Minería, se elaborase conjuntamente entre las partes el Plan Minero, (iii) que todo ello se hiciera en el marco del Protocolo de Planeación Minera -PPM-, y (iv) que se llevaran a cabo las revisiones de lo planeado, mediante las reuniones de coordinación y revisión de resultados previstas en el PPM, necesarias para la actualización de los Planes Mineros.

➤ **Documento adjunto al “BORRADOR – PROPIEDAD DE LA COMPAÑÍA – COMPANIA CARBONES DEL CESAR S.A. – LINEAMIENTOS ESTRATEGICOS PARA EL PLAN MINERO”**

Junto con el PPM antes reseñado, como parte del Anexo 4 de la Oferta, se acompañó también otro documento, titulado “BORRADOR – PROPIEDAD DE LA COMPAÑÍA – COMPANIA CARBONES DEL CESAR S.A. – LINEAMIENTOS ESTRATEGICOS PARA EL PLAN MINERO”, fechado en “Julio 18 de 2005” (C. Pruebas 1, fl. 34 - 41), que contiene información agrupada en las siguientes secciones: “INTRODUCCIÓN. I. GENERALIDADES. II. MODELO GEOLÓGICO. III. RESERVAS. IV. DISEÑO DE TAJOS. V. GEOTECNIA. VI. MINERÍA”. En la introducción de este documento se indica:

“Como parte del Protocolo de Planeación Minera aprobado por la Junta Directiva de CCC se presentan algunos lineamientos estratégicos para la preparación del Plan Minero de Largo Plazo. (subrayado del tribunal)

Los lineamientos estratégicos se fundamentan en la información disponible, y se constituyen en una guía base para validar la información, complementarla y para incorporar aquella no disponible a la fecha.” (el subrayado es del original).

Este documento contiene información relativa al modelo geológico utilizado por CDC, arrojando una serie de escenarios posibles de planeación y profundidades de excavación para los bloques A y B. De ellos el Tribunal considera relevante resaltar el numeral 5.7 del acápite “VI. MINERIA”, que se refiere a la necesidad de “completar información geológica del modelo sobre

*las fallas del área para definir límites del yacimiento y del diseño, incluyendo planes de perforación. Especialmente hacia las paredes alta y baja.”*

➤ **ANEXO 14: ACTA NO. 9 DE LA JUNTA DIRECTIVA DE CARBONES DEL CESAR S.A, CORRESPONDIENTE A LA REUNIÓN DE ESE ÓRGANO SOCIETARIO CELEBRADA EL 25 DE MAYO DE 2005.**

El Anexo No. 14 de la Oferta (C. Pruebas 1, fls. 555 – 557), es copia del Acta No. 9 de la Junta Directiva de Carbones del Cesar S.A., correspondiente a la reunión de ese órgano societario celebrada el 25 de mayo de 2005, en la cual se consignó, entre otros, el punto titulado “*PRESENTACION Y ANALISIS DE LOS ESCENARIOS PARA ESCOGER LA ESTRATEGIA DE OPERACIÓN Y EXPLOTACION DE LOS PITS A y B*”, dentro del cual consta que: “*(...) la Junta decide que la mejor alternativa para la explotación de los Pits A y B de la mina es la número 1, es decir mantener un solo tajo, acelerando la explotación del Pit B y continuando en dirección del Pit A constituyendo una sola mina (...)*”.

Más adelante, bajo el mismo punto mencionado en el párrafo precedente, se hace referencia al PPM y a la Oferta, así:

*“Martín Orejuela solicita conocer el texto de la oferta mercantil que será objeto de negociación con el CMC, con anterioridad a que se envíe al CMC para efectuar comentarios.*

*El CMC a través de Andrés Saldarriaga hace un llamado a CCC de la urgencia de tener una secuencia minera mensual a largo plazo y el riesgo que implica el no tenerla, dada la complejidad de la operación así como de los rendimientos de los equipos y de los compromisos que CCC tiene firmados de entregas de carbón.*

*Teniendo en cuenta lo anterior, y continuando con las actividades planteadas por la Gerencia General en cuanto a la necesidad de revisar y optimizar el planeamiento minero, se informó a la Junta que CCC remitió al CMC un Protocolo en el que se plantean actividades, cronogramas y responsabilidades de cada una de las partes para adelantar la planeación minera. Dicho Protocolo fue objeto de observaciones por parte del CMC.*

*Con base en las observaciones y comentarios del CMC y CCC al respecto, se somete a consideración de la Junta una versión final del Protocolo de Planeación Minera el cual define los nuevos lineamientos de trabajo que deberán cobijar las actividades de la actual oferta mercantil para la operación del carbón, como a la nueva que se presente para operar el Pit AB.*

*Para implementar los ajustes requeridos en la reorganización que mejore el intercambio de información entre CMC y CCC, así como la programación para la preparación de documentos, la planeación y secuencias mineras, reuniones, etc. El ajuste en el esquema de planeación minera, representa costos adicionales para CM, los cuales*

*el Gerente del CMC, estima en \$40 millones de pesos, según presupuesto anexo.*

*Los miembros de Junta aprueban el Protocolo y solicitan que éste sea incorporado a la actual oferta mercantil de operación.” (subrayados del Tribunal)*

El acta trascrita evidencia que la Junta Directiva de CDC era consciente y conocedora de la importancia de la planeación en el negocio de explotación de la Mina La Francia, por lo que se adopta el Protocolo de Planeación Minera como carta de navegación para formular la planeación de las actividades en cuestión.

Por otro lado, considera de importancia el Tribunal lo manifestado por CMC en esta reunión de Junta Directiva, que demuestra la preocupación desde esa época, del CMC en relación con “(...) la urgencia de tener una secuencia minera mensual a largo plazo y el riesgo que implica el no tenerla, dada la complejidad de la operación así como de los rendimientos de los equipos y de los compromisos que CCC tiene firmados de entregas de carbón” (subraya el Tribunal). Con base en ello concluye el Tribunal que las dos partes eran, desde antes de la celebración del Contrato en el año 2005, conocedoras y conscientes de que la planeación minera y la secuencia minera mensual y a largo plazo tenían estrecha relación con el éxito de la operación, con el rendimiento de los equipos y con los compromisos de venta de carbón.

➤ **ANEXO NO. 5 DE LA OFERTA: “PROTOCOLO MANEJO DE EQUIPOS (PME)**

El Anexo No. 5 de la Oferta (C. Pruebas 1, fls. 43 - 44) se titula “PROTOCOLO MANEJO DE EQUIPOS (PME)”, documento que contempla: (i) cronograma de entrada de equipos en la Mina; (ii) parámetros usados para el cálculo de producción (disponibilidad mecánica del equipo: 85%, uso disponibilidad – horas disponibles para minar: 81,95%), horas trabajables año: 7934); (iii) procedimiento en caso de retiro, y (iv) consideraciones.

En el encabezamiento de este documento se lee: “*Dependiendo de la planeación minera, habrán equipos que a medida que se desarrolle la mina no cumplan con los rendimientos necesarios que racionalicen su costo de operación, por ello se hace necesario establecer un PROTOCOLO DE MANEJO DE EQUIPOS (PME), que establezca por un lado el cronograma de entrada de equipos así como el procedimiento a seguir cuando estos equipos vayan a ser retirados o reemplazados por otros equipos.*”

Lo anterior pone en evidencia la trascendencia de la planeación minera en relación con la programación y las eficiencias necesarias en el uso de los equipos.

➤ **ANEXO 2 PLAN MINERO (22 DE SEPTIEMBRE DE 2004). INFORME DE LA PLANEACIÓN MINERA MINA LA FRANCIA:**

En el C. Pruebas 1, fl. 21 y s.s., se encuentra el Anexo 2 de la Oferta, de septiembre 22 de 2004, del cual se resalta el siguiente aparte:



*“A partir del protocolo de planeación minera concertado entre CCC y CMC, donde se definen los lineamientos, condiciones, cronogramas, responsabilidades y otros, para la construcción del nuevo modelo geológico y el plan minero para el pit AB , inicia el proceso de planeación minera.*

*Este informe de avance resume las actividades realizadas en el proceso de planeación minera, el estado de las actividades en proceso, los resultados obtenidos hasta ahora y las actividades a futuro y sus vulnerabilidades. Todas estas actividades están enmarcadas en el cronograma realizado a partir de la aprobación del protocolo de planeación minera. Es importante resaltar que las citas aquí mencionadas en los resultados son preliminares y no deben ser tomadas en ningún momento como definitivas; los diseños aquí presentados son netamente geométricos y falta todavía un estudio más a fondo de geotecnia y analizar las implicaciones económicas que esto significaría.”*

Más adelante, en el mismo documento, a folio 65 del Cuaderno de Pruebas 1, se dice:

*“Las cantidades de carbón y estéril que se reportan en la tabla y que podrían recuperarse son todavía un borrador y sirven para tener una buena idea general, en ningún momento pueden tomarse como definitivos.*

*El diseño que se adelanta es netamente geométrico. Y tendrá además que estar soportado por un estudio geotécnico profundo que determine condiciones de restricción para el diseño desde el punto de vista de la seguridad.”*

Con base en el anexo en mención, concluye el Tribunal que a la fecha de este se contaba con un documento preliminar que apenas se hallaba en proceso de formación y al que todavía le faltaba concreción y más información. De la documentación bajo análisis, se puede concluir que para entonces las partes estaban desarrollando una actividad conjunta en relación con la planeación, como puede observarse en el “CRONOGRAMA DE ACTIVIDADES DE PLANEACIÓN MINERA MODELO GEOLÓGICO MINA LA FRANCIA”, que reposa en el anexo 2 de la Oferta Mercantil, a folio 71, prueba documental 3 de la demanda.

Hasta este punto, el Tribunal puede concluir lo siguiente en relación con las obligaciones derivadas de la Oferta mercantil y sus anexos:

1. En cabeza del destinatario (CDC), se hallaba obligación de elaborar el Plan Estratégico de Minería, documento esencial pues del mismo se derivaba el plan minero.
2. La responsabilidad de elaborar y actualizar el modelo geológico se hallaba en cabeza de CDC.
3. Ambas partes debían participar en la planeación, conforme se pactó en el Protocolo de Planeación Minera.

4. A la fecha de la elaboración del plan minero que reposa en el anexo 4, es claro que el modelo geológico era preliminar, las cifras no podían considerarse definitivas, los diseños eran netamente geométricos y aún faltaba *“un estudio más a fondo de geotecnia y analizar las implicaciones económicas que esto significaría”*.

5. Lo anterior permite concluir que en ese momento aún se requería una gran cantidad de trabajo por parte del responsable del modelo geológico, en tanto de la información que arrojará el modelo ya construido, se derivaría la planeación minera.

6. No existía un mínimo garantizado a favor del CMC en relación con los pagos que se realizarían por el Destinatario como contraprestación por su labor como operador.

### **3.2.2. Documentos de modificación de la Oferta Mercantil aceptada.**

A continuación, el Tribunal se detendrá en el análisis de los documentos contractuales a través de los cuales se introducen modificaciones a lo previsto en el contrato resultante de la Oferta Mercantil de 31 de agosto de 2005, ya reseñada, y su aceptación por parte del destinatario de la misma:

#### **3.2.2.1. Memorando de Entendimiento de 22 de abril de 2008.**

Tiempo después de que la Oferta Mercantil del Consorcio Minero del Cesar fue aceptada por CDC, se suscribe un Memorando de Entendimiento (“el MDE”), fechado el 22 de abril de 2008, que tuvo por objeto modificar ciertos aspectos del negocio jurídico contenido en la Oferta Mercantil aceptada; en las consideraciones de este documento se acredita, entre otras cosas, que CDC y el Consorcio CMC *“se han planteado la necesidad mutua de renegociar ciertos aspectos de la “Oferta” (en adelante la Renegociación) pero hasta el momento no han llegado a ningún acuerdo”*, que CDC solicita el ingreso de la firma MASERING a la ejecución del proyecto, formando parte del Consorcio con una participación mayoritaria; en este MDE, las partes se comprometen a “revisar” el negocio jurídico surgido de la Oferta Mercantil aceptada y acuerdan que se modificarán varios aspectos de la misma, entre ellas, la *“forma de concertar los planes mineros de largo mediano y corto plazo”* (artículo segundo del MDE), manifestando que: *“para lo cual se trabajará sobre la base de que tanto los planes como la secuencia minera deberán tener en cuenta prioritariamente la mayor eficiencia de la capacidad instalada en equipos del Consorcio”*.

Lo anterior constituye la prueba de la intención común de las partes, de realizar una modificación trascendental de la Oferta Mercantil, que como atrás se vio no definió en parte alguna que tanto los planes como la secuencia minera deberían tener en cuenta prioritariamente como criterio, la mayor eficiencia de la capacidad instalada en equipos del CMC, como después se pacta en el Acta de Reinicio y en el Otrosí 2 al Acta de Reinicio, como se verá.

El objeto principal del MDE fue entonces modificar el negocio jurídico originalmente planteado en la Oferta Mercantil, con la meta de lograr nuevos acuerdos sobre la orientación de los Planes Mineros en función de la eficiencia de la capacidad instalada en equipos del CMC, lo que a juicio del

Tribunal introduce a la filosofía de los planes mineros un criterio de “prioridad” en relación con el propósito de eficiencia de la capacidad instalada que, a primera vista, parecería prevalente frente a otros objetivos de lo que fue el Plan Minero definido en la Oferta Mercantil. En este orden de ideas, los objetivos principalmente regulados en el MDE se refieren a la incorporación de equipos por parte del CMC y acuerdos derivados de ello, entre ellos el hecho de que CDC asumiera una serie de compromisos, tales como financiar una parte de su valor inicial, que se tomaría como un anticipo de pago; comprar los equipos nuevos y costear su reubicación si fracasa la renegociación y negociar algunos temas básicos para la operación de la Mina.

En el artículo primero del Capítulo I del MDE: (i) se establecen los temas fundamentales a revisar en el negocio jurídico surgido de la Oferta Mercantil aceptada, a orden a la presentación de una nueva oferta por parte del CMC; (ii) los acuerdos relativos a la adquisición, por los miembros del consorcio, de una serie de equipos adicionales requeridos por CDC para la ejecución de la Oferta de explotación del PIT AB del título minero 5160 y PIT B´ (concesión GAK 152); (iii) las reglas según las cuales CDC deberá comprar o movilizar los equipos a que se refiere el artículo 4º del MDE, y (iv) el régimen transitorio aplicable a algunos temas fundamentales y que prima sobre lo establecido en la Oferta.

El Capítulo II del MDE trata sobre la “*Renegociación del Negocio Jurídico*”, en virtud del cual, las partes se comprometen a revisar el negocio jurídico surgido entre ellas en virtud de la aceptación de la Oferta Mercantil el 31 de agosto de 2005, “*para presentar una nueva oferta que contenga los mismos términos de la oferta actual más las modificaciones que se acuerden en los siguientes aspectos: (...)*”.

El Tribunal se referirá seguidamente sólo a los aspectos allí referidos que resultan de pertinencia e importancia para efectos de analizar el alcance de las modificaciones relevantes del negocio jurídico en comento, a saber:

- (i) *Forma de medición de distancias de acarreo, tarifas y su pago, partiendo de la base de tarifas diferenciadas dependiendo de las distancias efectivamente recorridas por los camiones.*
- (ii) “(…)”
- (iii) *Forma de concertar los planes mineros de largo, mediano y corto plazo, para lo cual se trabajará sobre la base de que tanto los planes como la secuencia minera, deberán tener en cuenta prioritariamente buscar la mayor eficiencia de la capacidad instalada en equipos del Consorcio.*
- (iv) *Causales de incumplimiento y sus consecuencias.*
- (v) “(…)”
- (vi) *Ampliación del objeto del negocio jurídico para incluir la Concesión GAK 152 que se conoce como PIT B prima (B´)*
- (vii) “(…)”
- (viii) *Reglas de liquidación en una terminación anticipada de la oferta por mutuo acuerdo de las partes.*
- (ix) *Garantías mutuas.*

En el capítulo III del MDE las partes acuerdan una serie de reglas atinentes al “INGRESO DE EQUIPOS”, referido a equipos adicionales respecto de los cuales las partes pactan unas estipulaciones sobre disponibilidad y manejo de equipos, así como su sobre la adquisición de equipos. Sobre estos aspectos, considera relevante el Tribunal resaltar lo acordado en el parágrafo 2º del artículo cuarto del MDE, que textualmente establece:

*“Financiación de la cuota inicial. Ante la necesidad inminente de adquirir los equipos para la operación de la mina y para efectos de compartir el riesgo de la adquisición anticipada de los Equipos, CDC se obliga para con LOS CONSORCIADOS a financiar una suma total equivalente al dieciséis por ciento (16%) correspondiente a la cuota inicial y fee acordadas por LOS CONSORCIADOS con las compañías de leasing (un 15% y 1% respectivamente); suma que será pagada directamente por CDC a la entidad que financie la compra de acuerdo a instrucción escrita que EL CONSORCIO le envíe a CDC. EL CONSORCIO autoriza a CDC para descontar el valor pagado de los ingresos a girar al CONSORCIO así: plazo de gracia: 12 meses contados a partir de la fecha en que CDC realice el giro directamente a la entidad que está financiando la compra de los equipos. Forma de pago a través de descuento directo en tres años contados a partir del vencimiento del período de gracia en cuotas trimestrales, sin reconocimiento de interés alguno. Como quiera que el valor a girar a las compañías de leasing se realiza en dólares americanos, EL CONSORCIO reconocerá a CDC la cuota a descontar a la TRM vigente al descuento de cada cuota trimestral.”*

El texto transcrito evidencia que CDC, al asumir la financiación del anticipo de los equipos adicionales en lo que correspondía al anticipo, compartía el riesgo derivado de esta financiación, y que el CMC autorizó a CDC para descontar el valor pagado de los ingresos a girar al consorcio, en los términos antes indicados.

La suscripción del MDE evidencia la existencia de circunstancias que conducen a las partes a la suscripción de este documento en orden a revisar algunos aspectos del negocio jurídico celebrado mediante la Oferta Mercantil aceptada.

Parte importante del MDE trata sobre la adquisición de nuevos equipos; los consorciados adquirirían la obligación de comprar por leasing una serie de equipos aquí relacionados, estableciéndose una serie de reglas para efectos de que CDC asumiera la financiación parcial de las sumas iniciales de estos frente a las compañías de leasing, a título de anticipo.

Así mismo se pactaron algunas previsiones para el evento en que no se llegase a una renegociación de la Oferta Mercantil, que se relacionan con los contratos de leasing, pero que no llegan a aplicarse pues las partes logran revisar exitosamente el negocio jurídico a través del Acta de Reinicio y sus otrosíes.

Se pacta asimismo que el MDE es obligatorio y vinculante para las partes, especialmente en lo previsto en el artículo 4º, sobre equipos en caso de que no se llegue a acuerdo alguno.

### **3.2.2.2. Otrosíes 1, 2 y 3 al MDE.**

#### **❖ Otrosí 1 al MDE.**

El primero de ellos contiene acuerdos transitorios que deberán operar temporalmente por un término inicial de seis meses, relacionados con remoción de material estéril con destino a las obras aledañas a la Mina la Francia, por parte de Drummond.

#### **❖ Otrosí 2 al MDE**

Tiene por objeto prorrogar la denominada “fecha de fracaso”, hasta el 30 de abril de 2009.

#### **❖ Otrosí 3 al MDE:**

Nuevamente las partes prorrogan la “fecha de fracaso” hasta el 30 de junio de 2009.

### **3.2.2.3. Acta de reinicio del 12 de agosto de 2009**

#### **Consideraciones:**

En estas las partes se refieren, entre otros, a la existencia del MDE; al ingreso de Masering al CMC; al reciente problema de Prodeco con su sistema de cargue en puerto y los efectos del paro de trabajadores de Fenoco que han imposibilitado la capacidad de CDC para el despacho de carbón a sus clientes y reducir los niveles de carbón en el patio de acopio, por lo que mediante comunicación del 4 de mayo de 2009 ha ordenado la suspensión total de la Oferta Mercantil desde el 5 de mayo de 2009, incluyendo todas las actividades relacionadas con la extracción de carbón y estéril, salvo las de trituración y despacho en el patio de acopio; asimismo se refiere la comunicación enviada por CMC a CDC el mismo 4 de mayo, en la que se manifiesta que una sola de las partes no puede ordenar la suspensión unilateral de la Oferta Mercantil y que este tipo de decisiones deben ser de común acuerdo, poniéndose a disposición de CDC para analizar las razones presentadas como constitutivas de fuerza mayor. Se dice igualmente que el 24 de junio de 2009, el CMC recibe una comunicación de CDC en la que se informa que han cesado las causas que llevan a la declaratoria de fuerza mayor, por lo que solicita el reinicio inmediato de actividades; finalmente, se expresa en los considerandos que, respecto de la fuerza mayor, las partes han mantenido posiciones divergentes y que asimismo han surgido diversas reclamaciones adicionales por parte de CDC en relación con el cumplimiento de las obligaciones del CMC derivadas de la Oferta, todo lo cual ha desembocado en la suscripción del Acta de Reinicio que tiene como propósito regular la forma de reinicio de las actividades, plasmar acuerdos sobre la misma y transigir cualquier reclamación mutua derivada de la ejecución de la oferta.

En este orden de ideas las partes acordaron reiniciar dentro de los siguientes cinco días hábiles a la firma del Acta de Reinicio, las actividades pactadas en la Oferta Mercantil, en los términos acordados en la citada acta y en lo no

previsto en ella, en los términos estipulados en la Oferta. Pactaron también las partes que “*en caso de cualquier discrepancia entre la oferta y la presente acta, prevalecerá esta última*”.

Constituye esta Acta de Reinicio una modificación a la Oferta Mercantil, en lo pertinente, y de ella se ocupa a continuación el Tribunal:

### 3.2.2.3.1. El Acta de Reinicio: Obligaciones Principales.

#### ✓ **Modificaciones relacionadas con la planeación minera concertada, y características y naturaleza jurídica de la correlativa obligación contractual**

En la **cláusula primera** del Acta de Reinicio, las partes pactan reiniciar dentro de los siguientes cinco días hábiles las actividades pactadas en la Oferta, en los términos acordados en la citada acta, y en lo no previsto en ella, en los términos estipulados en la Oferta, precisando que en caso de discrepancia prevalecerá ésta última.

En la **cláusula segunda** las partes acuerdan que el reinicio de la operación comprende todas las actividades de extracción de estéril y carbón necesarias por parte del consorcio para la extracción del total de reservas extraíbles en la Mina según lo establecido en la correspondiente definición en la Oferta. A juicio del tribunal esto no entraña modificación alguna al alcance de las obligaciones del CMC en este aspecto, en referencia a las definiciones de la Oferta.

La **cláusula tercera** contiene el compromiso de CDC de **concertar** con el CMC, dentro de los cinco días hábiles contados a partir de la firma del Acta de Reinicio, un Plan Minero anual, trimestral y mensual en el que deberá considerar al menos los siguientes puntos:

*“a) Que se acuerden volúmenes de estéril y carbón de acuerdo con la capacidad de producción e infraestructura del CMC en la Mina La Francia.*

*b) Que actualmente la capacidad de producción de estéril del CMC se encuentra en 1.750.000 MCB/mes) más el carbón asociado determinado por el Plan Minero del respectivo mes, y que para efectos de ir alcanzando esta cifra CDC garantiza, a partir de la firma de esta Acta, como mínimo, en el mes de agosto de 2009, una producción de (1.200.000 MCB) más el carbón asociado determinado por el Plan Minero del respectivo mes, o a prorrata teniendo en cuenta la fecha efectiva de reinicio de operaciones; en los meses de septiembre y octubre de 2009 una producción mínima de (1.500.000 MCB) más el carbón asociado determinado por el plan minero del respectivo mes; en el mes de noviembre, una producción mínima de (1.650 000MCB) más el carbón asociado determinado por el plan minero del respectivo mes y a partir del mes de diciembre de 2009 y en adelante garantizan una producción mínima mensual de 1.700.000 Mcb más el carbón asociado determinado por el Plan Minero del respectivo mes.*

*c) Que el diseño del Plan Minero mensual se ciña a manejar balanceadamente las distancias de acarreo a botadero de los camiones mineros y que para efectos de la medición de distancias, las partes*

*acuerdan que estas serán medidas de acuerdo con las distancias efectivamente recorridas por los camiones desde el lugar de cargue hasta el de descargue.*

*d) que la forma de concertar los Planes Mineros de largo, mediano y corto plazo se basará en que la secuencia minera deberá tener en cuenta prioritariamente buscar la mayor eficiencia de la capacidad de producción e infraestructura del CMC.” (negritas y subrayado del Tribunal)*

En primer lugar, observa el Tribunal, es claro que en la cláusula tercera del Acta de Reinicio se pacta por primera vez una garantía de producción mínima mensual, que no existía en la Oferta Mercantil, ni en el MDE, sobre las premisas (i) de establecer conjuntamente los volúmenes de estéril y carbón de acuerdo con la capacidad de producción e infraestructura del CMC en la Mina La Francia, (ii) de declarar y aceptar ambas partes que la capacidad de producción de estéril del CMC se encontraba entonces en 1.750.000 MCB / mes más el carbón asociado determinado por el Plan Minero del respectivo mes, y (iii) de que para efectos de ir alcanzando esta cifra gradualmente CDC garantizaba los volúmenes mínimos y ascendientes allí estipulados para los meses de agosto a noviembre de 2009, y a partir del mes de diciembre de ese año y en adelante CDC garantizaba una producción mínima mensual de 1.700.000 MCB más el carbón asociado determinado por el Plan Minero del respectivo mes.

Sobre la naturaleza de esta garantía, el Tribunal se pronunciará más adelante, una vez examinados los otros ítems al Acta de Reinicio.

Observa así mismo el Tribunal que la redacción de la precitada cláusula tercera le atribuye a CDC la carga de “concertar” con el CMC, dentro de los cinco días hábiles después de firmada el Acta de Reinicio, un Plan Minero anual, trimestral y mensual que debía basarse en los criterios específicos convenidos para el efecto en dicha cláusula.

Con base en lo anterior concluye el Tribunal que las partes se obligaron a **concertar** el Plan Minero anual, trimestral y mensual, lo que de entrada sugiere un compromiso de CDC en el logro de dicha concertación frente a CMC, así como también debía el CMC recíprocamente estar en disposición de participar y colaborar en dicha concertación; del cumplimiento de esta obligación de concertación del plan minero anual, trimestral y mensual, emanaba a su vez la determinación de la cantidad de carbón que se extraería mensualmente, como puede deducirse de la expresión utilizada en el literal b) arriba transcrito, que, cada vez que se refiere a la cantidad de carbón que debe extraerse en un período determinado, expresa que se extraerá la cantidad de estéril allí estipulada “(...) *más el carbón asociado determinado por el Plan Minero del respectivo mes*”, de donde debe forzosamente arribarse a la conclusión de que las cantidades de carbón a extraer dependían del Plan Minero mensual que CDC se comprometió a concertar con el CMC.

Procede ahora el Tribunal a analizar la naturaleza de esta obligación contractual de concertación del Plan Minero anual, trimestral y mensual, para determinar, si es de medio o de resultado, pues de ello se infieren consecuencias bien distintas.

Para efectos de este análisis debe el Tribunal analizar el concepto y la importancia técnica de la concertación de planes mineros en las explotaciones de minerales como el carbón, a la luz del estándar de la industria minera, pues a partir de su correcto entendimiento, se desprenderá la conclusión sobre la naturaleza de esta obligación en el marco del contrato suscrito por las partes.

Considera pertinente el Tribunal traer a colación las palabras del Profesor y experto Juan Camus, en un artículo que constituye un extracto de la disertación doctoral del autor, titulada “*The Management of Mineral Resources*”, concluida durante su estadía en el Departamento de Ingeniería de Minas de Queen’s University en Canadá, que ilustran sobre lo que significa la planeación minera:

### **“GESTIÓN ESTRATEGICA ÓPTIMA PARA UNA MINERÍA INTELIGENTE”1 JUAN CAMUS S.INTRODUCCIÓN**

*La minería es una de las actividades industriales más antiguas y sus productos continúan siendo esenciales en la civilización moderna.*

*Paradójicamente y contrariando una percepción generalizada, es posible afirmar que la minería no es una actividad lucrativa – al menos en los agregados.*

*Esta aseveración no sólo se refiere a los años recientes, que han sido de los peores en términos de precio para los diferentes metales, sino que también se puede remontar a un pasado más lejano. En efecto, Adam Smith (1776:606), hace ya más de dos siglos, escribía en su magistral obra *La Riqueza de las Naciones*: “Sin embargo, de todos aquellos proyectos inciertos y costosos, que llevan a la quiebra a la mayor parte de las personas que se embarcan en ellos, no hay quizás uno más perfectamente ruin que la búsqueda de... minas. Esta es quizás la más desventajosa lotería en el mundo.... Los proyectos mineros, en vez de reemplazar el capital empleado en ellos, ...comúnmente absorben tanto el capital como las utilidades.”*

*“(...)”*

### **3. La estrategia minera**

*Desde el punto de vista de la gestión de recursos minerales, las características relevantes de los yacimientos mineros son la variabilidad y distribución de los minerales de interés dentro de los confines del depósito. Así, el negocio minero puede ser conceptualizado como el negocio de gestionar dos tareas fundamentales, que están intrínsecamente relacionadas: la manera en que un yacimiento minero es explotado y la forma en que se lleva a cabo la progresiva separación de su contenido valioso durante el proceso productivo. La función de planificación minera tiene que ver con todo este proceso, de modo que para abordar estas tareas se propone fraccionar esta función en dos: planificación minera estratégica y planificación minera táctica u*



*operativa. La primera tiene que ver con el análisis requerido para definir las variables que en buena medida determinan el valor del recurso mineral, en cambio la segunda está relacionada con la concepción de las actividades operativas requeridas para lograr dicho valor. Ambos tipos de planificación avanzan sincronizadamente; así, mientras una define la estrategia minera la otra sigue y transforma esta estrategia en planes de producción específicos, que una vez realizados crean la retroalimentación para mantener el plan estratégico al día.*

*Una primera tarea, que es continua y muy importante dentro de la planificación minera estratégica, tiene que ver con el reconocimiento geológico. Las otras actividades relevantes son la determinación y monitoreo de cinco variables, a saber: el método de explotación, la ruta de proceso, el tamaño de la operación, la secuencia minera, y finalmente las variables de corte que progresivamente separan el contenido valioso del depósito, hasta la obtención del producto final, ley de corte en la mina, por ejemplo. Estas variables están todas relacionadas en el sentido de que ninguna de ellas puede ser determinada individualmente. Más aún, todas ellas tienen que ser determinadas, tomando en cuenta el costo de oportunidad antes discutido”*

Por otro lado, el Profesor Carlos Hinrichsen publicó para GEM “GESTIÓN Y ECONOMIA MINERA”, el artículo denominado “*Planificación minera de largo plazo: ¿TÁCTICA O ESTRATÉGICA?*”, del cual extraemos los siguientes apartes:

*“Los distintos planes mineros son conceptualizados y caracterizados dentro de cada ciclo de planificación minero. En particular, estos planes podrían poseer tanto características tácticas como estratégicas, pero, ¿cuáles son las diferencias entre estas pensando en el largo plazo?*

*El plan minero estratégico constituye la base del plan minero táctico, y típicamente es generado cuando existen cambios significativos en el mercado, tecnología, recursos disponibles, o visiones futuras de la operación, entre otros parámetros. Este plan no busca ser operativo, pero si operativizable.*

*Por otro lado, el plan minero táctico es un plan que busca maximizar el valor esperado del negocio, sujeto a ciertas restricciones y consideraciones estratégicas definidas durante la generación del plan minero estratégico. Este plan requiere un nivel de detalle mayor en su elaboración, y este debe ser técnicamente operativo.*

*Muchas veces estos planes mineros de largo plazo se suelen confundir durante el ciclo de planificación anual de las compañías mineras, de tal forma que no es infrecuente encontrar un plan minero estratégico con características tácticas o viceversa. Como se discutirá en el presente artículo ambos tipos de planes son distintos, y para sacar el mejor provecho del ciclo de planificación es crucial enfocar los esfuerzos de cada plan según corresponda.*

## **EL PROCESO DE PLANIFICACIÓN MINERA**

*La planificación es un proceso fundamental en cualquier tipo de negocio. Esta puede ser descrita como una serie de etapas que buscan determinar qué metas debiera tener una organización, así como de determinar la forma de asignar y distribuir sus recursos para cumplir con las metas planteadas. Para aquello, se debe tener claridad sobre los objetivos o propósitos estratégicos de la organización, de manera de generar planes y metas capaces de cumplir con estos.*

*En el caso particular de la minería, típicamente estos planes se generan a partir de cambios en las condiciones técnicas del recurso minero y de la operación, así como del mercado. En este sentido se ha visualizado en los últimos años un deterioro significativo de las leyes de mineral en algunas operaciones, asimismo como variaciones importantes en los precios de distintos commodities minerales. Estas variaciones podrían significar un cambio en la estrategia de la operación para, por ejemplo, cumplir con las metas productivas anuales de las distintas operaciones.*

*Aunque la planificación minera es esencialmente la misma que la planificación de cualquier otro tipo de negocio, esta posee una característica fundamental, y es que el valor del negocio minero se encuentra limitada al recurso minero conocido. Este recurso es un activo finito y complejo donde sus atributos son determinados a medida que se va invirtiendo en el mismo a lo largo del tiempo.*

*De esta forma, lo que se busca con la planificación minera es generar un plan de negocio capaz de explotar con el mejor valor económico el depósito con todas sus complejidades técnico-operacionales y restricciones de distinta índole. Este plan de negocio está constituido principalmente de un plan minero-metalúrgico, que corresponde fundamentalmente al programa de producción y procesamiento donde se indica el origen y destino del tonelaje y de las leyes a ser extraídas del depósito, además de determinar dónde y bajo qué condiciones se procesará el mineral de acuerdo sus características geometalúrgicas.*

*Finalmente la caracterización del plan minero es crítico para el éxito del negocio minero, porque para ciertas condiciones técnicas y de mercado, este plan determina el valor económico de la explotación y por lo tanto el valor del recurso mineral. En efecto, el plan minero establece los ingresos, inversiones y costos operativos de toda la vida de la mina, constituyendo el flujo de caja del negocio.*

*Al considerar el tiempo para el proceso de planificación minera, este puede dividirse en corto, mediano o largo plazo. El tiempo está relacionado con los grados de libertad que posee la operación. Mientras que para el corto plazo muchas variables se encuentran previamente definidas, y por lo tanto la planificación es más restrictiva, en la planificación de largo plazo la gran mayoría de las variables de decisión se encuentran abiertas, lo que permite incorporar explícitamente el estudio de las distintas estrategias de desarrollo que podría tomar la operación. En la planificación minera de corto plazo típicamente es utilizado un periodo de un año o menos (planes mensuales y*

*semanales), mientras que la planificación minera de largo plazo considera al menos 5 años.*

*Tomando en cuenta la planificación minera de largo plazo, los planes mineros se pueden caracterizar a su vez como estratégicos o tácticos.*

### **PLANIFICACIÓN MINERA ESTRATÉGICA**

*La planificación minera estratégica tiene como objetivo identificar y medir el máximo valor posible para la explotación y procesamiento de los recursos de la operación, considerando las visiones futuras y los objetivos estratégicos de la operación. Los planes mineros estratégicos son generados como respuesta de cambios relevantes en distintos ámbitos de la minería y/o visiones respecto al futuro en ámbitos de mercado, tecnológicos, geológicos, estratégicos, organizacionales, entre otros. Un plan minero estratégico toma en cuenta las decisiones que determinan en gran parte el valor de la operación minera, con un nivel de detalle bajo.*

*Para este proceso de planificación minera, se deben considerar ciertas variables estratégicas para la generación del plan. Estas son:*

- *Recursos considerados.*
- *Método de explotación.*
- *Proceso metalúrgico.*
- *Capacidad productiva.*
- *Macro-secuencia minera.”*

Las consideraciones doctrinales reseñadas en precedencia ilustran cómo la planeación minera en sus facetas estratégica y táctica u operativa, complementarias entre sí, es una actividad fundamental del negocio minero, a partir de la cual se determina técnicamente la manera de explotar el yacimiento y la forma de llevar a cabo la progresiva separación de su contenido valioso durante el proceso productivo, a corto, mediano y largo plazo, con miras a optimizar y maximizar el valor de la explotación teniendo en cuenta, entre otros factores, las características, posibilidades y limitaciones del yacimiento, los recursos disponibles para su explotación y los cambios relevantes en las condiciones técnicas del recurso minero y de la operación, así como del mercado.

Y cuando para el desarrollo de la explotación el dueño de los recursos minerales vincula a un operador minero, mediante un contrato de operación minera, la planeación debe hacerse, revisarse y ajustarse conjuntamente por ambas partes a lo largo de la vida del contrato, quienes han de cooperar para estos propósitos, siendo como lo es la planeación minera un aspecto determinante para la buena ejecución del contrato de colaboración.

Sobre el mismo tema, consultando a este respecto las respuestas de la Universidad Nacional - Facultad de Minas, perito técnico designado por este Tribunal, al cuestionario formulado por CNR se observa (C. Pruebas 34, fls. 26 y s.s.), se observa:

*“Pregunta 49: ¿Por qué es importante seguir una secuencia minera en la operación de una mina a cielo abierto como La Francia?”*

*En toda operación minera, no solo en La Francia, se debe seguir la planeación minera, la razón es que esta secuencia obedece a una selección de la mejor alternativa de minería hecha previa a la operación y que garantiza la maximización de utilidades para la vida del proyecto.*

*Pregunta 82*

*¿Por qué es importante seguir una planeación minera en la operación de una mina a cielo abierto como La Francia?*

*La planeación minera define la hoja de ruta durante la vida útil de la mina, esto es en las labores de preparación, explotación y cierre de mina. La planeación minera considera la economía de la explotación para generar un mejor aprovechamiento del recurso, define también los aspectos operativos en largo, mediano y corto plazo de tal forma que se obtenga el mejor aprovechamiento económico con el mínimo esfuerzo tecnológico y de inversiones.*

*Es por esto que la planeación minera delinea una ruta tecnológica guiada por los menores costos de producción y de inversión que maximicen al final la ganancia en la mina.*

*Pregunta 89: ¿Cuáles son los lineamientos o parámetros generales que deben seguirse para la elaboración de los planes mineros?*

*El plan minero es el plan de negocio minero y debe desarrollar los elementos de la factibilidad minera. Debe seguirse los lineamientos estratégicos definidos para la operación. Los parámetros son los siguientes:*

*Generalidades*

- *Localización*
- *Información del contrato de concesión minera*
- *Estudio de mercado*
- *Modelo geológico del yacimiento Estimación de recursos y reservas - Geotecnia del yacimiento*
- *Caracterización de materiales (suelo, roca).*
- *Estudio geomecánico.*
- *Hidrología e hidrogeología del área de concesión minera*
- *Diseño Minero*
- *Modelo geotécnico*
- *Diseño de tajos*
- *Diseño de vías*
- *Diseño de botaderos*
- *Selección de equipos de minería*
- *Minería*
- *Secuencia de explotación*

- *Secuencia de acarreo*
- *Secuencia de bombeo*
- *Secuencia de botaderos y retrolleado*
- *Secuencia de mantenimiento de vías*
- *Secuencia de mantenimiento*
- *Plan de suministro de servicios*
  
- *Planes de construcción de infraestructura*
- *Secuencia de abandono y posterior cierre de minas*
- *Análisis de costos*
- *Otras propias de la dinámica de cada operación*

*Además existen diferentes herramientas que soportan el proceso de planeamiento minero. Generalmente, los archivos resultantes de este proceso incluye archivos .doc., .xls, dxf, además de múltiples formatos resultantes de los diferentes estudios y análisis hechos en la elaboración de los planes.*

*Pregunta 90: De acuerdo con la Cláusula 3(d) del Acta de Reinicio, las partes acordaron que la planeación se haría “teniendo en cuenta prioritariamente buscar la mayor eficiencia de la capacidad de producción e infraestructura del CMC”. En su opinión técnica, ¿qué supone dicha priorización?*

*El perito técnico encuentra que esta priorización supone cambios en el plan minero, que deben buscar la optimización del uso de los recursos.*

*Por ejemplo para el uso eficiente de los equipos mineros se deben considerar muchas variables, como son la disponibilidad de los equipos, el uso de la disponibilidad, que mejore el número de horas disponibles; garantizar el ancho adecuado de los frentes, la altura óptima para el equipo de cargue, los pisos de palas en buenas condiciones, una óptima fragmentación de la roca, un adecuado diseño de las vías y un buen mantenimiento de las mismas, niveles de botaderos adecuados, un sistema de control de despacho de camiones que permita en todo momento reducir los tiempos de cola y los tiempos de “hanging” de las palas.*

*Pregunta 91: Desde la perspectiva técnica, ¿cómo debe entenderse la obligación de priorizar la eficiencia de la capacidad de producción de los equipos de los miembros del CMC teniendo en cuenta la prestación establecida en la Cláusula 3 de la Oferta Comercial, según la cual los miembros del CMC deben explotar la totalidad de las reservas extraíbles en la mina La Francia, de acuerdo con los planes mineros?*

*La eficiencia de la capacidad debe fundamentarse en cálculos de la flota, su productividad y la optimización de los botaderos en relación con su capacidad y distancia de los frentes de producción (sean carbón o estéril), en correspondencia con las restricciones propias de la operación.*

*Bajo esta perspectiva el entendimiento de priorizar la eficiencia de la capacidad condiciona el diseño de la mina y exige el seguimiento estricto de una disciplina de planeación y diseño que integra al desarrollo de la mina la capacidad instalada de los equipos (cargue, transporte y auxiliares), el seguimiento ordenado de la secuencia planeada y el aprovechamiento de la capacidad de los botaderos, basado en los cálculos de las variables propias de la mina y su operación.*

*Pregunta 92: Teniendo en cuenta que el Contrato de Operación establece que los planes mineros deben priorizar la eficiencia de la flota de los miembros del CMC (Cláusula 3(d) del Acta de Reinicio), se pregunta si es razonable que el planificador asuma que el equipo destinado por el operador es suficiente y adecuado para cumplir con las obligaciones establecidas en el Contrato de Operación, especialmente considerando el compromiso del operador de mantener el equipo necesario para la operación minera, de acuerdo con la Cláusula 3 de la Oferta Comercial.*

*No es razonable que el planificador asuma que el equipo destinado por el operador es suficiente y adecuado para cumplir con las obligaciones establecidas en el Contrato de Operación.*

*En las buenas prácticas de la industria, el planificador debe implementar un proceso de verificación y control, que asegure el cumplimiento de las obligaciones contractuales de mantener el equipo necesario para la operación minera.*

*Pregunta 93: ¿Qué rol se esperaba que tuvieran las partes en la elaboración de los planes mineros de acuerdo con el PPM?*

*De acuerdo con el PPM, las partes debían estar de acuerdo con los planes mineros, estos basados en la capacidad instalada del operador y del mejor rendimiento en cuanto a productividad de la Mina La Francia. Los planes debían ser enviados por **El Destinatario**, y tras su aceptación y visto bueno de parte de **El Oferente**, los planes se acordaban y se generaba la **Orden de Inicio**.”*

Adicionalmente, el profesor Antonio Romero, líder y coordinador del equipo del perito técnico, en la audiencia de contradicción del dictamen técnico rendido por la Universidad Nacional de Colombia – Facultad de Minas, en su declaración ante este Tribunal, manifestó (C. de Testimonios 2, fl.214 vuelto): “*Todos los cambios grandes que se generen en los procesos de planeación minera y que se aprueben y que se acuerden, en un contrato deben reflejarse en el contrato, todos, en un contrato y para eso qué significa? que entonces las partes se ponen de acuerdo como lo operacionalizan, mire hay que comprar equipos, entonces cómo lo vamos a comprar, cuándo lo vamos a comprar, dónde vamos a conseguir la plata, que tipo de equipos se requieren, cuál es el diseño de la mina, cómo vamos a, que todo eso quede detallado, pero no podemos, no es una buena práctica de la minería hacer un cambio grande en un plan minero de largo plazo de manera abrupta y*

*suspender el plan minero a largo plazo que llevan, porque eso conlleva un riesgo muy grande, las buenas prácticas de minería, las compañías tienen por eso definido, y aquí lo hemos hablado unos ciclos de planeación claves, que son los ciclos de planeación de corto plazo, de mediano plazo y largo plazo, las decisiones de ese tipo se toman en relación a largo plazo y no corresponden horizontes de planeación de hoy, ni de mañana, ni de pasado mañana, ni de 1 año, posiblemente de 4 a 5 años”.*

Más adelante, ante las preguntas del señor apoderado de la parte convocante, agrega:

*Dr. Suescun: Le pregunto, usted señala que la actualización de los planes mineros era de acuerdo con el contrato una obligación conjunta de las partes, le pregunto si sabe usted si las partes cumplieron con esa obligación de actualización de los planes? Para su orientación esta pregunta tiene relación con la 10 II y III (romano) de las aclaraciones y complementaciones solicitadas por CMC.*

*DR. ROMERO: Sí, nosotros pues en el análisis y en la obligación de la realización del proyecto minero, estamos hablando de una elaboración conjunta ente CNR y CMC, y nosotros en general lo que vamos a mostrar hoy es un rastreo de la información que nos permita mirar año a año si se cumplieron con los principales protocolos tanto protocolos que estaban definidos por las partes hacia la parte técnica o protocolos que nosotros consideramos son debidos a las buenas prácticas de la industria minera, era un compromiso la elaboración conjunta y encontramos que en algunos años esa elaboración conjunta se dio especialmente en 2005 y 2006 y a partir de allí no hay una evidencia de la elaboración conjunta de los diferentes planos incluyendo la elaboración del... esa referencia la hacemos a los protocolos firmados y acordados, pero igualmente estamos entendiendo que en cualquier operación minera especialmente la parte de planeación y la parte de ejecución tiene una participación directa en la elaboración de los diferentes modelos y planos.*

*DR. SUESCÚN: Le quisiera preguntar entonces en relación con su respuesta, si el plan de largo plazo 2008-2014 y el plan transitorio del 2010 son reflejo, en su entender o no, de la actuación de la planeación llevada a cabo de manera conjunta?*

*DR. ROMERO: En la evidencia que tenemos no hay una evidencia de planeación conjunta de elaboración conjunta de los planes, como le decía tenemos evidencia 2005-2006 ...”*

El análisis del material probatorio documental y pericial, así como la trascrita literatura científica en la materia, antes reseñados, permite al Tribunal concluir que la obligación de concertar los planes mineros resultaba de la esencia del contrato, en función de lograr su cumplimiento; implicaba a su turno deberes muy precisos para ambas partes, pero de manera preponderante para el titular de la propiedad de la Mina, esto es, CDC (hoy CNR), destinatario de la Oferta Mercantil, como eran las de (i) elaborar y actualizar el Plan Estratégico

de Minería, como fundamento para la elaboración del Plan Minero, (ii) cumplir los compromisos asociados con el Protocolo de Planeación Minera, que era a juicio de este Tribunal la herramienta pactada para elaborar, desarrollar y ajustar el Plan Minero y sentar así las bases que permitieran cumplirlo adecuadamente, (iii) elaborar y actualizar el modelo geológico, presupuesto fundamental de todos los Planes Mineros, y (iv) propiciar la conciliación y reconciliación de los resultados obtenidos a la luz de los Planes Mineros mensuales.

A partir de lo anterior, el operador minero, conjuntamente con el destinatario de la Oferta Mercantil, debía concertar con este lo relativo al uso eficiente de la infraestructura para el logro de los objetivos del Plan Minero, en particular lo concerniente a la planeación de la extracción mensual de las cantidades de carbón y remoción de estéril previstas por las partes, de una manera que permitiese tener en cuenta la *“disponibilidad de los equipos, el uso de la disponibilidad, que mejore el número de horas disponibles; garantizar el ancho adecuado de los frentes, la altura óptima para el equipo de cargue, los pisos de palas en buenas condiciones, una óptima fragmentación de la roca, un adecuado diseño de las vías y un buen mantenimiento de las mismas, niveles de botaderos adecuados, un sistema de control de despacho de camiones que permita en todo momento reducir los tiempos de cola y los tiempos de “hanging” de las palas”*.

Para este Tribunal es de la mayor importancia la siguiente respuesta del perito técnico a la pregunta 91 (C. Pruebas 34, fl. 36 vuelto):

*“Bajo esta perspectiva el entendimiento de priorizar la eficiencia de la capacidad condiciona el diseño de la mina y exige el seguimiento estricto de una disciplina de planeación y diseño que integra al desarrollo de la mina la capacidad instalada de los equipos (cargue, transporte y auxiliares), el seguimiento ordenado de la secuencia planeada y el aprovechamiento de la capacidad de los botaderos, basado en los cálculos de las variables propias de la mina y su operación.”*

En el dictamen del perito técnico, al responder una de las preguntas sobre la planeación minera en el MDE, se observa:

#### **“Pregunta 61**

*Analice el Memorando de Entendimiento y responda las siguientes preguntas:*

- a) Explique qué variaciones o condiciones frente a la planeación Minera introdujo el Memorando de Entendimiento.*
- b) Determine cuáles fueron los parámetros acordados para la elaboración de los Planes Mineros.*
- c) Determine si de acuerdo con dicho MDE bastaba con que los Planes Mineros fueran presentados por CNR para que fueran de obligatorio cumplimiento por CMC o si ellos debían ser concertados entre ambas partes.*
- d) Es exactamente lo mismo elaborar y presentar un proyecto de plan minero a concertarlo?.*



**Documentos de soporte:**

*Memorando de entendimiento: Cuaderno de pruebas 1, página 1242*

**Respuesta:**

a) *La planeación minera se modificó con la introducción del MDE en los siguientes aspectos: (i) propone la inclusión de equipos para la explotación del PIT B' (B prima); (ii) forma de medición de las distancias de acarreo y las tarifas pagos; y (iii) la forma de concertar los planes mineros a largo, mediano y corto plazo. en el artículo tercero el MDE define que las partes podrán ir legalizando los acuerdos parciales a que vayan llegando en la renegociación o acordar que estos se apliquen temporalmente y se vuelvan definitivos en la medida que todo el paquete de cambios sea aprobado.*

b) *Según el MDE los parámetros para la elaboración de los planes mineros (a corto, mediano y largo plazo) se acordaron en tener en cuenta la prioridad de buscar mayor eficiencia de la Capacidad Instalada en Equipos del CONSORCIO (CMC o los CONSORCIADOS).*

c) *En el MDE, en el numeral iii) del capítulo II, reza "Forma de concertar los planes mineros de largo, mediano y corto plazo. Para lo cual se trabajará sobre la base de que tanto los planes como la secuencia minera, deberán tener en cuenta prioritariamente buscar la mayor eficiencia de la capacidad instalada en equipos del CONSORCIO.*

d) *La secuencia deberá tener en cuenta los tiempos en que el equipo de extracción de estéril no pudiera continuar su avance por el ingreso de los equipos de extracción de carbón, debiendo haber siempre áreas aledañas para continuar su operación." El perito no encuentra información dentro del MDE que haya modificado la obligación de desarrollar en conjunto el Plan Minero de acuerdo con el PPM.*

e) *No es exactamente lo mismo."*

Y más adelante, dice el perito Técnico:

"Pregunta 62

*"Analice el Acta de Reinicio y Transacción suscrita el 12 de agosto de 2009 y con base en ella responda las siguientes preguntas:*

a) *Explique qué variaciones o condiciones frente a la planeación Minera introdujo esta acta.*

b) *Determine cuáles fueron los parámetros acordados en ella para la elaboración de los Planes Mineros.*

c) *Determine si de acuerdo con dicha Acta de Reinicio los Planes Mineros debían ser presentados por CNR y con esto se convertían de obligatorio cumplimiento para CMC o si debían ser concertados?.*

d) *¿Cuáles son los lineamientos estratégicos para la concertación de los Planes Mineros?.*

e) *¿Cuáles fueron las consecuencias acordadas por las partes en el evento que "las partes no hubieren llegado a un acuerdo sobre el Plan Minero anual, trimestral o Mensual" que se acordó en el acta de reinicio?*

**Documentos de soporte:**

*Acta de reinicio: Cuaderno de pruebas 1, página 1268*

**Respuesta:**

a) *La modificación a la Planeación Minera, que genera el Acta de Reinicio y Transacción, es una reducción en la producción de estéril más el carbón asociado determinado en el plan minero de cada mes (a partir del mes de agosto y hasta el mes de diciembre de 2009), comenzando en 1'200.000 MCB hasta llegar a 1'700.000 MCB. Esto corresponde con la capacidad de producción que CMC inicialmente poseía; además en el Acta de Reinicio y Transacción se insiste en la concertación entre las partes para medir las distancias efectivas de acarreo entre el lugar de cargue y el de descargue (botadero) de los camiones mineros.*

b) *Los parámetros acordados entre las partes para la elaboración de los planes mineros son: (i) Concertar los volúmenes de estéril y carbón de acuerdo con la capacidad de producción e infraestructura de CMC en la Mina la Francia; (ii) CDC garantiza como mínimo en el mes de agosto de 2009 una producción de 1'200.000 MCB hasta llegar a 1'700.000 MCB, más el carbón asociado determinado en el plan minero del respectivo mes (diciembre de 2009 en adelante); estos valores corresponden con la capacidad de producción que CMC inicialmente poseía; (iii) Para el diseño del plan minero mensual se acordaron medir distancias de acarreo hasta el botadero de los camiones mineros; (iv) Finalmente las partes concertaron que tanto el plan minero a largo plazo, como el de mediano y el de corto plazo, se basarán en una secuencia minera que busque prioritariamente la mayor eficiencia de la capacidad de producción e infraestructura de CMC.*

c) *De acuerdo con el Acta de Reinicio, los Planes Mineros debían ser concertados por las partes, tanto el plan minero a largo plazo, como el de mediano y el de corto plazo.*

d) *En el acta de reinicio no se mencionan los lineamientos estratégicos con los cuales se desarrollarán las actividades en la mina.*

e) *Como lo estipula el Parágrafo Primero del (sic) Acta de Reinicio y Transacción, al no haber llegado a un acuerdo entre las partes sobre el plan minero anual, trimestral o mensual, (i) se respetarán por parte de CDC las cantidades mínimas relacionadas en el literal b) del Acta de Reinicio y Transacción, por lo cual CMC queda autorizado por CDC para realizar una producción mínima y facturar estas cantidades, así CDC se niegue a suscribir el acta de medición de MCB. (ii) CDC acordó que no impedirá la continuación de las operaciones mineras y no se negará al pago de los servicios prestados.*

*Referencia a la prueba documental:*

*Acta de reinicio: Cuaderno de pruebas 1.*

*Pregunta 63*

*Técnicamente identifique que aspectos del PPM quedaron vigentes con la suscripción del Acta de Reinicio y Transacción.*

*Documentos de soporte:*

*Protocolo de planeación minera: Cuaderno de pruebas 1, página 65*

*Acta de reinicio: Cuaderno de pruebas 1, página 1268*

*Respuesta:*

***En la revisión detallada del acta de reinicio y transacción no se menciona modificación alguna al PPM, por consiguiente el perito técnico considera que con la firma de dicha acta no se modifica ningún aspecto del Protocolo de Planeación minera.***

Todo lo anterior evidencia, a lo largo de la ejecución del contrato y sus modificaciones, la existencia de deberes muy precisos para ambas partes en pro del objetivo de la “concertación” de los Planes Mineros anuales, trimestrales y mensuales, en función de la capacidad instalada del CMC. Se trata de obligaciones y deberes objetivos y delimitados, que se traducen en un resultado tangible y susceptible de ser obtenido, y no en simplemente llevar a cabo el mejor esfuerzo posible, como sería el caso en una obligación de medio; ello, en la medida en que la obtención del objetivo denominado “concertación de los planes mineros”, se fundamentaba a su vez en que ambas partes cooperaran entre sí y cumplieren con una serie de obligaciones específicas, explícitas e implícitas, atribuidas a cada una de ellas a efectos de que toda esta actuación se reflejara en la obtención del producto final: los diferentes Planes Mineros, anuales, trimestrales y mensuales.

En este orden de ideas, es claro para este Tribunal que las partes no tenían simplemente la obligación de producir un solo Plan Minero concertado sino que su conducta de acuerdo con el contrato y en consonancia con los estándares de la industria minera, debía ser lo suficientemente diligente para, de manera consistente en el tiempo de ejecución del contrato, lograr el objetivo de una planeación concertada permanente, como le era exigible a ambas partes, pero sobre todo al dueño del recurso minero, en la medida en que de ello dependía en gran medida el resultado económico de su inversión.

Por consiguiente, el Tribunal considera que, de acuerdo con lo pactado en los diversos documentos contractuales ya reseñados y lo acreditado en el dictamen pericial técnico, el deber de liderar en lo relativo al cumplimiento de la obligación de planeación minera concertada, se ubicaba primordialmente en cabeza del destinatario de la Oferta Mercantil, pues al ser éste quien soportaba el riesgo comercial de esta actividad, relacionado con la venta del carbón extraído, debía esmerarse en el cumplimiento de la obligación de concertación de los Planes Mineros que le atribuye el contrato suscrito, y muy especialmente en cumplir los deberes implícitos en dicha planeación, esto es:

- ✓ la adecuada construcción y la permanente actualización del modelo geológico;
- ✓ la elaboración y actualización anual del Plan Estratégico de Minería;
- ✓ la activa participación en el protocolo de planeación minera;
- ✓ la activa colaboración que como dueño del recurso minero debía desarrollar con el operador, especialmente en relación con la información que debe compartir con éste último, a efectos de lograr una verdadera eficiencia en la planeación minera concertada, que, tal como la entiende este tribunal, ha de ser permanente, esto es: una constante y sistemática actividad de actualización del modelo geológico en la medida en que este constituye la herramienta fundamental de la planeación;
- ✓ un flujo de información adecuado entre quienes toman las decisiones comerciales y quienes llevan a cabo la planeación minera;
- ✓ una colaboración constante entre los equipos del dueño del recurso minero y los del operador, que es en la práctica en lo que se traduce la planeación minera, y que en este caso debía darse en el ámbito del Protocolo de Planeación Minera pactado;

✓ una sostenida y consistente conciliación y reconciliación de los resultados obtenidos a la luz de los Planes Mineros mensuales.

Si lo anterior no se llevaba a cabo, el resultado comercial cuyo riesgo soportaba el propietario del recurso minero (CDC y luego CNR), era más incierto y este quedaba expuesto a sufrir pérdidas económicas significativas.

No sobra profundizar en que en este contrato de operación minera, el riesgo comercial, que resulta ser crucial en este negocio, lo soportaba exclusivamente el dueño del recurso minero, pues el operador tenía asegurado el pago de la producción mensual mínima, tal como quedó pactado en el Parágrafo Primero de la cláusula tercera del Acta de Reinicio. Ello liberaba al operador de cualquier efecto derivado del riesgo comercial, lo que implicaba por ende para el propietario del recurso minero un especial deber de cuidado y diligencia en la gestión de ese riesgo, que le exigía necesariamente actuar con la prudencia y diligencia propias de un buen hombre de negocios de minería, en el cumplimiento de las obligaciones relativas a la planeación minera, pues de esta dependía en alto grado el éxito y comportamiento positivo del riesgo asumido.

Visto lo anterior, en punto de pronunciarse respecto de la naturaleza de la obligación de concertar los planes mineros, se trae a colación la posición de nuestra Corte Suprema de Justicia, que al pronunciarse sobre la conceptualización de las obligaciones de medio y de resultado, afirma: “...*fue desarrollada por los juristas de principios del siglo veinte para solucionar algunas dificultades encontradas en orden a determinar las diferentes tipologías que puede asumir el contenido de la obligación, para definir la forma en la que se puede dar cumplimiento al compromiso asumido por el deudor, así como para comprender adecuadamente los requisitos exigibles en materia de responsabilidad contractual, específicamente el relacionado con la prueba de la culpa como factor de atribución de la responsabilidad, así como la posibilidad de acreditar o no la diligencia empleada como medio al alcance del deudor para exonerarse de la obligación indemnizatoria.*”<sup>225</sup>

En otro pronunciamiento, la Corte Suprema de Justicia al referirse al comportamiento exigible para el cumplimiento de la prestación pactada, afirma que “*el deudor únicamente consiente en aportar la diligencia posible a fin de procurar obtener el resultado que pretende el acreedor. El deudor sólo promete consagrar al logro de un resultado determinado su actividad, sus esfuerzo y su diligencia, pero no a que éste se alcance.*”<sup>226</sup>

Las obligaciones de medio en general se conocen como aquellas en las que el objetivo perseguido puede no lograrse, no obstante que quien debe cumplirla sea totalmente diligente y concurra con su esfuerzo, pericia y diligencia; típico ejemplo de las mismas son las obligaciones del profesional de la medicina o del derecho, o los deberes de gestión del fiduciario; en estos casos, no obstante la mejor diligencia y pericia que estos pongan en su empeño de cumplir, el resultado no está garantizado por el deudor y ello sucede porque hay factores externos que inciden en la no obtención de dicho

---

<sup>225</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Sentencia de 5 de noviembre de 2013.

<sup>226</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 31 de mayo de 1938.

resultado, los cuales no pueden ser controlados por el titular de la obligación de medio.

En las obligaciones de resultado, el deudor tiene a su cargo el deber jurídico de lograr el resultado pactado, y solo con ello se entiende cumplida la obligación, de modo tal que en caso de no obtenerse el resultado debido el deudor compromete su responsabilidad y no le es dable alegar haber sido diligente para exonerarse, como ocurre, entre otras, en las obligaciones de dar o entregar bienes (p. ej., las del enajenante en los contratos de compraventa y permuta), y en las del transportador en el contrato de transporte.

En el presente caso, es claro que la realización de cada una de las conductas requeridas para obtener el objetivo contractual de concertación de los planes mineros, dependía exclusivamente de la voluntad de las partes en lo que a cada una correspondiese, en tanto ninguno de los deberes implícitos estaba sujeto a hechos externos que impidiesen tales conductas. Por ejemplo, la elaboración y actualización anual del Plan Estratégico de Minería, o la correcta elaboración y constante actualización del modelo geológico, o el desarrollo y cumplimiento del Protocolo de Planeación Minera, o la reconciliación de resultados, son todos logros perfectamente objetivos y delimitados, que solo dependen de que el titular de los mismos los realice.

En este marco jurisprudencial señalado, es claro que el logro de la concertación de los planes mineros no se limitaba al mejor esfuerzo y diligencia de las partes, sino que debía traducirse en efectivamente cumplir con el resultado específico de crear de manera conjunta los aludidos planes, para lo cual cada una debía llevar a cabo una serie específica de tareas y deberes perfectamente objetivos y delimitados, que se traducirían en la final obtención de los mencionados planes mineros.

Así, no le cabe duda al Tribunal de que la obligación de concertación de los Planes Mineros mensuales, trimestrales y anuales corresponde a una obligación de resultado, pues para el cumplimiento de la misma ambas partes debían cumplir los deberes específicos arriba reseñados, siendo, como ya se dijo, más exigente en este punto la carga obligacional en cabeza del Destinatario de la Ofertas, CDC (y después su cesionario CNR), pues es claro que se hallaban a su cargo (i) la elaboración y luego la actualización anual del Plan Estratégico de Minería, punto de partida y base para los planes mineros y sus actualizaciones; (ii) la elaboración del modelo geológico y su actualización constante, (iii) el cumplimiento del Protocolo de Planeación Minera por él mismo diseñado y aprobado, todos ellos premisas esenciales para poder llevar a cabo una buena planeación minera; (iv) con base en todo lo anterior, proponer y concertar el Plan Minero.

A su turno, el operador, como lo establece el numeral 9-01 de la Oferta, (i) debía cumplir adecuadamente las obligaciones derivadas del PPM; (ii) debía cumplir el Plan Minero; (iii) debía presentar al DESTINATARIO las modificaciones al Plan minero y al PPM, según las actividades definidas en el protocolo de planeación minera y (iv) obviamente debía ejecutar sus obligaciones de explotación y extracción de carbón y remoción de estéril de acuerdo con los planes mineros.

Adicionalmente, en este punto resalta el Tribunal que la concertación a que se comprometieron las partes en la cláusula 3ª del Acta de Reinicio, introdujo sin duda un nuevo elemento en la conceptualización de los planes, consistente en establecer que la *“la forma de concertar los planes mineros de largo, mediano y corto plazo se basará en que la secuencia minera deberá tener en cuenta prioritariamente buscar la mayor eficiencia de la capacidad de producción e infraestructura del CMC”*, criterio que no se encontraba en la oferta mercantil del 31 de agosto de 2005, novedad que se explicaría como una especie de garantía de que, tanto en los planes mineros a concertarse como en la secuencia minera, se buscaría como criterio prioritario, la mayor eficiencia en la capacidad de producción e infraestructura del CMC, lo que tiene relación indirecta también con otras modificaciones a la oferta mercantil, que se incorporaron en esta acta de reinicio y que se relacionan con las garantías de producción y el “take or pay”, aspecto ampliamente debatido en este tribunal, todo ello derivado, entre otras cosas, de los problemas afrontados por CDC (hoy CNR) en relación con problemas de puerto y embarque.

### **3.2.2.3.2. Modificaciones Relacionadas con la Garantía de Producción Mínima o “take or pay”.**

En este orden de ideas, ya habiendo analizado la obligación de resultado relativa a la concertación contenida en la cláusula 3ª, continua el tribunal analizando los restantes aspectos del acta de reinicio y sus otrosíes, que incluirá lo relativo al llamado “take or pay” o producción mínima garantizada.

La cláusula tercera, literal b, del Acta de Reinicio, contentiva de la obligación de concertación, expresa lo siguiente:

*“Que actualmente la capacidad de producción de estéril del CMC se encuentra en (1.750.000) MCB/mes, más el carbón asociado determinado por el plan minero del respectivo mes, y que para efectos de ir alcanzando esta cifra CDC garantiza, a partir de la firma de esta Acta, como mínimo, en el mes de agosto de 2009, una producción (1.200.000 MCB) más el carbón asociado determinado por el Plan Minero del respectivo mes, o a prorrata teniendo en cuenta la fecha efectiva de reinicio de operaciones; en los meses de septiembre y octubre de 2009, una producción mínima de (1.500.000 mcb) más el carbón asociado determinado por el Plan Minero del respectivo mes; en el mes de noviembre una producción mínima de (1.650.000 mcb) más el carbón asociado determinado por el Plan Minero del respectivo mes y a partir del mes de diciembre de 2009 y en adelante garantizan una producción **mínima** mensual de (1.700.000 mcb) más el carbón asociado determinado por el Plan Minero del respectivo mes”* (Subraya y negrillas del Tribunal)

Se trata de una modificación significativa frente a lo pactado en la Oferta Mercantil pues en ella, CDC garantiza cantidades **mínimas** de producción en los meses allí contemplados, lo que no existía en la Oferta Mercantil, pues allí se pagaban las cantidades de obra producidas, a los precios unitarios contemplados, sin que existiese un mínimo de producción minera mensual.

En efecto, a renglón seguido, en los párrafos primero y segundo de la cláusula 3, se pactó lo siguiente:

*“PARÁGRAFO PRIMERO.- En caso de que habiéndose reiniciado las operaciones las partes no hubieran llegado a un acuerdo sobre el Plan Minero anual, trimestral o mensual, se respetarán por parte de CDC las cantidades mínimas relacionadas en el literal b) de esta cláusula, por lo que de no concertarse el Plan Minero anual, trimestral o mensual, el CMC quedará autorizado por CDC para realizar una producción mínima y facturar estas cantidades, así CDC se niegue a suscribir el acta de medición de MCB. CDC acuerda que no impedirá la continuación de las operaciones mineras y no se negará al pago por los servicios prestados.*

*PARÁGRAFO SEGUNDO: Expresamente se aclara que las cantidades señaladas en el literal b) de esta cláusula son transitorias y que dichas cantidades serán ajustadas al momento en que las partes lleguen de tiempo en tiempo a los acuerdos sobre el Plan Minero anual, trimestral y mensual, siendo las características definitivas las que se acuerden en cada Plan Mensual.”*

Observa el Tribunal que en el Acta de Reinicio se llega a un pacto que se considera inusual, que prevé la eventualidad de que *“las partes no hubieran llegado a un acuerdo sobre el Plan Minero anual, trimestral o mensual”*, lo que determina un compromiso de que *“se respetarán por parte de CDC las cantidades mínimas relacionadas en el literal b) de esta cláusula”*, para concluir en *“que de no concertarse el Plan Minero anual, trimestral o mensual, el CMC quedara autorizado por CDC para realizar una producción minera mínima y facturar estas cantidades, así CDC se niegue a suscribir el acta de medición de MCB”*, pacto que llama la atención del Tribunal, pues revela que CDC era consciente de que podía llegar a ocurrir el evento de que la propia CDC *“se niegue”* a suscribir las actas de medición, en razón de lo cual se explica la facultad concedida a CMC, de *“realizar una producción mínima y facturar esas cantidades”*, sin que ello arroje una explicación para dicho acuerdo contractual, que parece dirigido a prever el caso en que CDC simplemente decidiese no suscribir las actas de medición. Ello revela una conducta prevista de CDC encaminada a no formalizar documentos que reflejen la realidad de la producción, sin que se haya acreditado en el proceso la causa.

En la cláusula cuarta del Acta de Reinicio, CDC se obliga a reconocer una bonificación a los trabajadores por concepto de la suspensión de los trabajos, la cual le será pagada a CMC para que, a su vez, ésta la entregue a los trabajadores, una vez CMC llegue a un acuerdo con estos, para el reinicio de las actividades.

En la cláusula sexta se acuerda por primera vez que, en caso de terminación anticipada de la Oferta, CDC se compromete a asumir el cumplimiento de la totalidad de los contratos de leasing allí relacionados, sustituyéndose en ellos y eximiendo al CMC y/o a los consorciados de cualquier responsabilidad derivada de ellos; lo anterior, a partir del último día del tercer mes siguiente, contado a partir de la fecha de la respectiva notificación de terminación; se agrega que se entiende que además de asumir el pago de los cánones de

arrendamiento desde esa fecha, CDC debería gestionar y obtener desde esa fecha ante las compañías de leasing, la cesión de los contratos de leasing dentro de los 15 días siguientes a la terminación. Se relacionan allí los contratos de leasing en cuestión. Igualmente se estipula que dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de terminación, CDC deberá pagar a título de reembolso a los consorciados el valor de los costos totales incurridos por el CMC o por los Consorciados por concepto de la importación, transporte y ensamblaje de los equipos a la Mina la Francia, suma acordada en \$3.892.856.872.00, más el pago del “*Porcentaje de Propiedad*” que los consorciados han adquirido al pagar las cuotas del leasing hasta la fecha de terminación de la Oferta, pactándose una fórmula para determinar el Porcentaje de Propiedad. A juicio del Tribunal, este pacto conlleva la asignación del riesgo de financiación y costo de los equipos en cabeza de CDC, pues el texto analizado es claro al indicar que en el caso de terminación anticipada del contrato resultante de la Oferta aceptada, esta los debía soportar y debía adquirir tales equipos, pagando al CMC los valores allí establecidos.

Para efectos de la fórmula acordada por las partes se pacta asimismo tener como vinculante el avalúo comercial que realice el respectivo distribuidor de cada uno de los equipos en Colombia dentro de los 15 días anteriores a la fecha de terminación, para lo cual las partes aceptan que, en lo referente a los equipos marca Caterpillar y O&K, el avalúo lo realice GECOLSA; y para los equipos ATLAS COPCO, sea NEUMATICA DEL CARIBE; se acuerda también que cada evaluador deberá tener en cuenta que los equipos se encuentran en una operación activa en Colombia frente a los precios de referencia del mercado.

Enseguida se incluyeron varias reglas en los párrafos de la cláusula sexta, que se resumen a continuación:

- En el párrafo primero de la cláusula sexta del Acta de Reinicio, se pacta un procedimiento para el caso en que la terminación anticipada tenga lugar, por cualquier causa, y CMC o los consorciados hayan terminado de pagar alguno o todos los contratos de leasing, caso en el cual no habrá lugar a la cesión sino a la compra de CDC a CMC de los equipos. Ello demuestra que era voluntad de las partes que CMC no soportase el riesgo derivado de la compra de los equipos, pues siempre recibiría el importe de los mismos si había terminado el leasing, y si no, cedería los contratos de leasing a CDC y esta le reconocería el valor del Porcentaje de Propiedad ya pagado y los costos de importación y seguros.
- En efecto, en el párrafo segundo de la cláusula sexta del Acta de Reinicio, se regula lo concerniente al caso en que, a la fecha de terminación, estén vigentes alguno o todos los contratos de leasing, caso en el cual se procederá por CDC a los reconocimientos que deberá realizar al CMC por los costos derivados de los citados contratos de leasing, lo cual se complementa con el párrafo 3º que prevé el reembolso de los costos de importación, que deberán ser reconocidos dentro de los 15 días hábiles siguientes a la terminación de la Oferta.
- En el párrafo 4º de la misma cláusula sexta se establece que CDC recibirá los equipos en el estado y en el lugar en que se encuentren,



precisando que ni CMC ni los consorciados tendrán obligaciones de garantía o responsabilidad sobre su estado. Esta estipulación revela que el riesgo de la cosa, a partir de la terminación anticipada, lo corría CDC.

- En el párrafo quinto de la referida cláusula se señalan condiciones para el caso de que la Oferta termine por causas diferentes a la señalada en la cláusula décima cuarta del Acta de Reinicio.

- En el párrafo sexto de la citada cláusula, se regula lo relativo a la amortización del anticipo entregado por CDC al CMC para la adquisición de equipos, en caso de que la Oferta no se termine anticipadamente.

- En el párrafo séptimo se regula lo relativo al anticipo entregado por CDC a CMC, de que trata el MDE, en caso de terminación anticipada, mediante el mecanismo de compensación con cualquier suma que CDC le adeude a CMC o a los consorciados.

- En el párrafo octavo se regula lo relativo a las gestiones que deberán llevar a cabo las partes en orden a obtener las autorizaciones requeridas ante las compañías de leasing para efectos de la cesión de los contratos de leasing.

- En el párrafo noveno se establece que las sumas que pagará CDC a CMC en conformidad con esta cláusula, no constituyen clausula penal ni indemnización anticipada de perjuicios, sino la simple retribución de CDC a CMC del “*valor total de los equipos*”. Esta estipulación es trascendental, pues refleja que era voluntad de las partes que CDC asumiera el costo de los equipos, no como pena o sanción alguna sino como parte de los riesgos contractualmente asignados.

- En el párrafo décimo se regula lo relativo al caso en que CDC no cancele los valores previstos en esta cláusula sexta, caso en el que el CMC podrá optar o no por mantener la propiedad de los equipos y en cualquier caso podrá retirar todos los equipos de la Mina. Se trata de una opción a exclusiva discreción de CMC, y no de CDC.

Lo contenido en la cláusula sexta en mención, en lo relativo al tratamiento de los contratos de leasing de los equipos en caso de terminación anticipada del contrato, acredita claramente la aceptación y la voluntad de CDC de asumir las cargas derivadas de los contratos de leasing de los equipos, así como los costos ya incurridos, y de reconocer la parte de la propiedad ya adquirida por los consorciados o el CMC, sin que se limite lo anterior a algún tipo de terminación anticipada del contrato, de donde se colige que dicha cláusula sexta se aplica a cualquier modalidad de terminación anticipada; ello se explica si se tiene en cuenta que, como se expresó en el párrafo noveno de dicha cláusula, las sumas a que la misma se refiere no constituyen clausula penal ni indemnización de perjuicios, sino la mera retribución de CDC al CMC del valor total de los equipos.

Ello indica también que, como ya se dijo, el riesgo contractual relativo a la compra y financiación de los equipos, en caso de terminación anticipada, debía ser soportado por CDC en las condiciones aquí pactadas. Indica así mismo que, en la medida en que los equipos adquiridos lo eran en función de

las características de la mina La Francia, era CDC (hoy CNR) quien en últimas conservaría tales equipos en su poder, en el evento de una terminación anticipada del contrato, salvo que CMC decidiera ejercer la opción de quedarse con los equipos en caso de que CDC no hiciese el pago previsto, en vez del cobro ejecutivo de la obligación al que tendría derecho.

La cláusula octava del Acta de Reinicio se refiere al procedimiento de medición de estéril, carbón y distancias de acarreo. Respecto de este último ítem, las partes acordaron que CMC informaría a CDC en un documento denominado "Reporte Diario de Medición" (elaborado de manera independiente por CMC) sobre las producciones de cada equipo de cargue con las distancias efectivas de acarreo desde el lugar de cargue hasta el de descargue, frente al cual CDC debía expresar su aprobación o no durante el día siguiente; de lo contrario se entenderían aceptadas. De los párrafos de esta cláusula se resalta:

- El párrafo primero de la cláusula octava se refiere al transporte y pago de: (i) estéril: el transporte de estéril a botaderos hasta 2.600 metros medidos por el recorrido de los camiones desde el punto de cargue hasta el de descargue se pagaría de acuerdo al precio pactado, y (ii) el transporte de carbón se pagaría al centro de acopio hasta 2.600 metros medidos por el recorrido de los camiones desde el sitio de cargue hasta el de descargue según precios del anexo 1 de la Oferta.

Se agrega que CDC pagaría al CMC los volúmenes de estéril o carbón transportado a distancias superiores a 2.800 metros al valor de 0.33 US\$ / m<sup>3</sup>-km, aplicando los ajustes de índice minero de la cláusula sexta de la Oferta Mercantil.

- En el párrafo segundo de esta cláusula se acuerda el procedimiento de facturación y pago, para lo cual se tendrán en cuenta los reportes diarios de medición y para efectos del carbón se tomará las copias de los tiquetes diarios de báscula que CDC debe entregar diariamente al CMC.

- El párrafo tercero prevé que el pago por CDC se realizará máximo en 8 días desde la fecha de presentación de la factura.

- El párrafo cuarto contempla un procedimiento para el caso en que CDC se niegue a participar en la elaboración o en la suscripción del acta de medición de que trata esta cláusula, consistente en la convocatoria del Comité Directivo, y la posibilidad de que si este no se reúne o CDC no suscribe el acta, el CMC quedaba facultado para remitir la factura de cobro hasta por el 90% del valor de la medición que adjunte a la factura. Se estipula además que ni CDC ni la fiduciaria podrán negarse al pago aduciendo la inexistencia del acta de medición, y que cualquier desavenencia al respecto deberá ser planteada ante el amigable componedor pactado en la cláusula sexta de la Oferta Mercantil.

- En el párrafo quinto se establece que no habrá lugar a retenciones unilaterales del valor del acta o factura.

En la cláusula décima del Acta de Reinicio se acuerda que CDC mantendrá una fiducia mercantil como garantía y fuente de pago, que será reemplazada

por un nuevo contrato de fiducia mercantil que incluya las previsiones mínimas allí contempladas, siendo CMC el primer beneficiario de la misma.

En la cláusula décima primera de la misma acta se estipula que en caso de incumplimiento en el plazo de pago de una factura por parte de CDC o la fiduciaria, el CMC queda irrevocablemente autorizado por CDC para vender, a su arbitrio, el carbón existente en el patio de acopio a la fecha del incumplimiento, hasta cubrir el valor de las obligaciones en mora y ello se entendería como una dación en pago, fijándose un procedimiento para ello.

La cláusula décima segunda crea un Comité Directivo para el manejo de los asuntos relacionados con el desarrollo de la Oferta y se establece la periodicidad de reuniones y sus miembros.

En la cláusula décima cuarta, las partes acordaron otorgarle a CDC el derecho a terminar anticipadamente la Oferta sin que medie justa causa, con preaviso de por lo menos tres meses antes de la fecha de terminación, siempre que no sea antes del 1º de abril de 2010. Se incluyen las condiciones que se deben cumplir para que proceda esta terminación anticipada sin justa causa. No se detendrá el Tribunal en el examen de la misma pues no fue jamás aplicada en el desarrollo del contrato.

En la cláusula décima sexta se establece la transacción pactada entre las partes, de la cual se ocupó ya el Tribunal en un capítulo separado de este laudo, lo mismo que respecto de la autorización de cesión de la Oferta Mercantil, contenida en la cláusula decima novena, que ya fue objeto de análisis en el correspondiente capítulo de este laudo.

#### **3.2.2.3.2.1. Otrosí 1 al Acta de Reinicio**

Procede ahora el Tribunal a examinar el Otrosí número 1 al Acta de Reinicio (C. Pruebas 1, fl. 645 y s.s.), concluyendo que este se limitó a unas pocas modificaciones de lo pactado en dicha acta, como la exclusión de algunos equipos de la operación, así como el respectivo contrato de leasing, respecto de los cuales cesaba toda obligación de CMC.

Asimismo, respecto del equipo retirado y los contratos de leasing correspondientes, se exime a CDC de todas las obligaciones contenidas en las cláusulas sexta, décima primera y décima cuarta del Acta de Reinicio, y en el mismo sentido se reduce el valor de “los costos de importación” mencionados en el párrafo tercero de la cláusula sexta y, finalmente, se fija un plazo para la constitución del fideicomiso pactado en la cláusula décima. Se deja vigente el resto del Acta de Reinicio.

#### **3.2.2.3.2.2. Otrosí 2 al Acta de Reinicio**

El Tribunal se referirá a algunos de los considerandos del Otrosí 2 al Acta de Reinicio (C. Pruebas 2, fl. 03 y s.s.), por su pertinencia:

En el segundo considerando se hace referencia a las garantías mínimas de producción de carbón y estéril, de CDC a favor de CMC, contenidas en el Acta de Reinicio, según la ratio del Plan Minero, que escalonadamente debían llegar a 1.700.000 MCB / mes según el Plan Minero mensual.

Posteriormente, en el tercer considerando del Otrosí 2 al Acta de Reinicio, CDC manifiesta la imposibilidad transitoria de cumplir con los mínimos de producción garantizados en el Acta de Reinicio, aduciendo problemas de puerto de embarque de carbón y de mercado, además de la necesidad de realizar ajustes en su estructura organizacional, lo que la lleva a solicitar la modificación transitoria al Acta de Reinicio, a fin de reducir temporalmente los mínimos de producción, para lo cual CDC asumirá unos compromisos económicos y administrativos para mitigar los efectos económicos que esta decisión pudiera tener sobre el CMC.

En el siguiente considerando se pone de presente que los ajustes temporales en los mínimos de producción, conllevarán necesariamente que el CMC deba realizar ajustes internos en su estructura que a su vez le significarán medidas para reducir costos (parálisis –stand by- de equipos y reducción o suspensión de personal).

En el considerando situado en la 5a viñeta, se expresa que CDC está contemplando la venta de sus activos incluyendo la cesión del título minero a GS Power Holdings LLC, y se da cuenta de las condiciones en que se producirá la cesión de la Oferta Mercantil a GS Power Holdings LLC.

Existen otros considerandos relativos a los pagos de cuotas de leasing, que dan cuenta de lo pactado al respecto en el Acta de Reinicio, señalando que los mismos serán en lo sucesivo garantizados por la sociedad Planta Ltd, con un contrato de garantía y una garantía prendaria sobre la totalidad de las acciones que dicha compañía posee en la sociedad Adromi Capital Corp.

Abordando el clausulado del Otrosí 2 al Acta de Reinicio se observan los siguientes compromisos:

- Se acuerda en la cláusula primera la modificación transitoria de la cláusula tercera del Acta de Reinicio.
- En la cláusula tercera transitoria de dicho Otrosí 2 al Acta de Reinicio, se manifiesta por las partes que estas, CDC y CMC, han concertado el Plan Minero anual, trimestral y mensual para los 14 meses contados a partir del 1º de noviembre de 2009, que se conocerá como el *Plan Minero Transitorio*, acordándose una serie de puntos que deberán ser tenidos en cuenta en el denominado “*periodo de reducción*”.
- Dichos puntos se hallan contemplados en los literales a y b de la cláusula tercera transitoria, así: (i) que se acuerden volúmenes de estéril y carbón de acuerdo con la capacidad de producción e infraestructura en la Mina, teniendo en cuenta la reducción o detención de equipos, la reducción en la trituración de carbón y la reducción de personal o el personal inactivo. (ii) que a partir de noviembre de 2009, las partes acuerdan modificar transitoriamente los montos mínimos escalonados pactados en el Acta de Reinicio, para lo cual la cantidad mínima mensual garantizada por CDC, se reduce durante 14 meses desde el 1 de noviembre de 2009 y hasta el 31 de diciembre de 2010 (*periodo de reducción*) a 900.000 m³/banco mes, más el carbón asociado según el Plan Minero transitorio del respectivo mes; lo anterior con la obligación de CDC de garantizar a partir de enero de 2011 el nivel mínimo de

producción mensual acordado en el Acta de Reinicio, correspondiente a a 1.700.000 mcb.

- Asimismo, las partes acuerdan un manejo para la situación del período de reducción, según el cual: (i) cualquier volumen de producción en un mes, que supere lo establecido en el Plan Minero transitorio de dicho mes, deberá ser compensado dentro de los dos meses siguientes con una reducción en los volúmenes de producción. (ii) durante el periodo de reducción, CMC solo facturará a CDC los volúmenes producidos de conformidad con los Planes Mineros transitorios mensuales. (iii) al final del periodo de reducción, 31 de diciembre de 2010, CMC facturará cualquier cantidad de estéril que hubiere ejecutado durante los siete primeros meses del periodo de reducción, que haya superado la cantidad mínima establecida en los Planes Mineros transitorios y que no haya sido pagada aun. (iv) el 31 de marzo de 2011, CMC facturará cualquier cantidad de estéril ejecutada durante los últimos siete meses del período de reducción, que haya superado la mínima establecida en los Planes Mineros transitorios y que aún no haya sido pagada. (v) la reducción transitoria de los volúmenes de producción, no implica que CMC renuncia a recibir el pago por todos los trabajos ejecutados de conformidad con lo establecido en el literal b) de la cláusula tercera transitoria, y CDC mantiene su obligación de pago al cien por ciento de la producción realmente ejecutada.

- Se acordó que el diseño del plan minero transitorio mensual deberá ceñirse prioritariamente a manejar balanceadamente las distancias de acarreo a botadero, y que las medidas serán las efectivamente recorridas.

- Asimismo se acuerda que la forma de concertar los Planes Mineros de largo, mediano y corto plazo se basará en que la secuencia minera deberá tener en cuenta prioritariamente la mayor eficiencia de la capacidad de producción e infraestructura del CMC.

- Llama la atención del Tribunal que el párrafo primero de la cláusula en comento contiene una previsión similar a la contenida en el Acta de Reinicio, según la cual CMC queda autorizado para facturar las cantidades mínimas previstas en la cláusula referida, *“así CDC se niegue a suscribir el acta de medición de MCB y/o carbón, CDC acuerda que no impedirá la continuación de las operaciones mineras y no se negará al pago (...) por los servicios prestados”*. Como atrás se dijo, se trata de una previsión poco usual, en la medida en que se refiere a una hipótesis en que, pese a la claridad de las obligaciones pactadas, se plantea como un evento previsible que CDC *“se niegue a suscribir el acta de medición”*, presupuesto necesario para la determinación de las cantidades de carbón y estéril explotadas en el mes en cuestión pactado, y se regula dicho evento confiriendo a CMC la facultad de facturar las cantidades correspondientes, así CDC se niegue a suscribir dichas actas de medición. Independientemente de la causa de esta singular previsión, es claro que la intención de las partes fue la de asegurar que CMC no sufriera un perjuicio derivado de la conducta discrecional de CDC (luego CNR) de no suscribir los documentos determinantes de las cantidades ejecutadas, lo que evidencia que CDC de entrada era consciente de que, en caso de que decidiese no suscribir tales actas, CMC facturaría la totalidad de las cantidades ejecutadas, siendo este el riesgo que asumió CDC, adquiriendo además en el mismo párrafo primero, el compromiso de que

*“no impedirá la continuación de las operaciones mineras y no se negará al pago, en la forma pactada en el presente Otrosí No. 2, por los servicios prestados.”*

En el párrafo segundo de la cláusula tercera transitoria modificada, expresamente aclararon las partes que las cantidades acordadas para el periodo de reducción, eran transitorias y podrían ser incrementadas cuando las partes llegaran a acuerdos sobre cambios en el Plan Minero transitorio anual, trimestral y mensual respectivo, y que en todo caso se aumentarían de común acuerdo si en el transcurso del periodo de reducción, CDC realizara ventas de carbón para el año 2010 por cantidades superiores a 1.500.000 toneladas y/o obtuviese acceso a capacidad portuaria superior a 1.100.000 toneladas para exportación de carbón.

En el párrafo tercero, se estableció que CDC debería entregar al CMC a más tardar el 30 de junio de 2010, el Plan Minero anual, trimestral y mensual del año 2011, el cual podía ser ajustado por mutuo acuerdo en los dos meses siguientes, debiendo contar con el Plan Minero definitivo concertado a más tardar el 1 de octubre de 2010. Si no se concertase, entraría a regir el presentado el 30 de junio de 2010 en el cual se respetarían las cantidades mínimas pactadas en el Acta de Reinicio. Si el Plan Minero llegara a contener volúmenes de producción inferiores a dichos mínimos, se generará la aplicación del denominado Take or Pay Mensual 2011, del que se habla en la cláusula 2.1.6 de este Otrosí número 2.

En la cláusula segunda del Otrosí número 2, se estipuló que CDC asumiría las siguientes obligaciones para con el CMC, con el objeto de mitigar parte de los efectos económicos y logísticos derivados de la reducción en las cantidades mínimas de producción, a saber: (i) respecto de los equipos adquiridos mediante los contratos de leasing relacionados en la cláusula sexta del Acta de Reinicio, las partes acordaron que del equipo que el CMC tenía destinado a la operación de la Mina, ésta dejaría en stand by una cantidad de equipos necesarios para reducir la producción según indica en la cláusula tercera transitoria. (ii) CDC se obligó a pagar al CMC las sumas de dinero que se establecieron en el cuadro número 1, “Compromiso de Pago”, con el fin de que esta última cubriera parte del pago por los contratos de leasing y los seguros correspondientes. (iii) CDC debería pagar al CMC la suma de US\$8.116.427.84 dólares americanos, y un monto de \$536.044.882 pesos colombianos, correspondientes respectivamente a los cánones de leasing de equipo en stand by y a los seguros, pagos que serían garantizados con el contrato de garantía y de prenda allí reseñado.

A continuación se estableció en el numeral 2.1.3, la forma de pago de las obligaciones correspondientes a los contratos de leasing del equipo en standby. Asimismo se estipuló lo relativo a los seguros y a los intereses moratorios en caso de incumplirse cualquiera de los pagos a cargo de CDC.

En el numeral 2.1.5, se estableció en relación con los equipos a los que se refiere el Acta de Reinicio, la obligación a cargo del CMC de reembolsar a CDC las sumas recibidas de este, por capital e intereses de las cuotas de leasing en cumplimiento de la cláusula 2.1 precedente, fijándose allí los términos en que debía efectuarse dicho reembolso; igualmente se estableció

la forma de reembolso respecto de los equipos de soporte que no hacen parte del Acta de Reinicio.

En el numeral 2.1.6 se estipuló el llamado Take or Pay Mensual 2011, así:

**“2.1.6. Si llegado el mes de enero de 2011, CDC, no garantiza el nivel mínimo de producción mensual acordado en el Acta de Reinicio equivalente a un Millón Setecientos Mil Metros Cúbicos Banco mes (1.700.000 MCB/mes) más el carbón asociado, de conformidad con el respectivo Plan Minero Mensual, CMC podrá facturar a CDC el valor equivalente a dicha producción mínima mensual, independientemente de los volúmenes realmente producidos (el “Take or Pay Mensual 2011”). Si a partir del mes de enero de 2011 no se logra llegar a estos niveles mínimos de producción y CDC incumple el pago del Take or Pay Mensual 2011, en cualquier mes que se presente esta situación, las sumas entregadas por concepto de intereses de las “Cuotas de Leasing” por el CDC al CMC, según se detallan en los Cuadros # 1 y 2, serán condonadas por CDC sin obligación alguna de CMC de pago o reembolso, sin perjuicio del incumplimiento del presente Otrosí No. 2 por CDC. Asimismo, sin perjuicio de los efectos por el incumplimiento, CDC deberá seguir pagando, dentro de los primeros cinco (5) días de cada mes, al CMC los compromisos mensuales de pago de cánones e intereses causados a partir del mes de enero de 2011 según se indica en el Cuadro # 2, hasta que (i) se termine la Oferta por decisión del CMC; o (ii) se llegue al cumplimiento de los niveles mínimos mensuales de producción previstos en el Acta de Reinicio, según el valor reportado mensualmente por CMC en la correspondiente factura o cuenta de cobro, o (iii) CDC cumpla con el pago del Take or Pay Mensual 2011.**

Se aclara que en caso de que, por CDC no haber garantizado y restablecido el nivel mínimo de producción a partir de enero de 2011 y haber incumplido el pago relacionado con el Take or Pay Mensual 2011, CDC tenga que seguir pagando los valores correspondientes a cánones e intereses sobre los contratos de leasing previstos en el Cuadro # 2, dichos montos (del Cuadro #2) **no serán considerados un anticipo para efectos de la adquisición de los Equipos en una terminación anticipada de la Oferta**, en desarrollo de la cláusula sexta y décimo cuarta del Acta de Reinicio; **es decir, no se realizarán por parte de CDC descuentos al CMC por este concepto, y el CMC no tendrá la obligación de reintegrar estos montos**". (Se resalta y subraya).

Sobre el llamado **“Take or Pay Mensual 2011”**, entra ahora el Tribunal a pronunciarse sobre el concepto y alcance de esta estipulación, en tanto es uno de los puntos respecto de los cuales hay controversia entre las partes, en relación con su alegado incumplimiento.

A lo largo del proceso en diversas ocasiones se debatió sobre el concepto del take or pay en el contrato suscrito entre las partes.

La figura del contrato “take or pay” (“toma o paga”) o “take and pay” (“toma y paga”) no se halla regulada en nuestro sistema legal; se trata de una

modalidad contractual muy utilizada en la construcción de infraestructura que implica grandes inversiones, cuyo retorno puede enfrentar riesgos derivados de poca utilización de la misma, como es el caso de los contratos de transporte de gas o petróleo, en los cuales el transportador hace toda la inversión para garantizar la construcción o expansión del sistema, pero no puede depender simplemente del uso de dicha infraestructura por parte de quienes manifestaron su interés en la misma, entre otras cosas, porque el riesgo de suministro de gas o petróleo es por lo general del remitente y no del transportador; por esta razón, este tipo de contratos se caracterizan por ser de largo plazo y además conllevan cláusulas donde quien es el remitente (usuario) del tubo, se obligará “take or pay” es decir “lo use o no”, para de este modo garantizar la recuperación de la inversión del transportador (o del constructor de la infraestructura), hecha sobre la base de las necesidades del remitente. Este tipo de tarifas en Colombia se hallan reguladas para el transporte de los citados hidrocarburos, y tienen un componente fijo, que en cualquier caso remunera la inversión, y un componente variable, que remunera el uso de la infraestructura. Se trae a colación sobre el particular el siguiente aparte del artículo del experto español Federico Jimenez Herrera:<sup>227</sup>

*“La financiación de proyectos requiere de la participación de un gran número de sujetos (Project community) que entablarán diversas relaciones entre sí, plasmadas en convenios escritos conexos. Este entramado de vínculos, responde a lo que es la esencia del Project finance: un sistema de distribución equitativa de riesgos (4) de cara a una empresa común de trascendencia; se trata de una técnica de inversión con riesgo compartido.*

*El off-take agreement o contrato de "toma o paga", como otros a los que someramente nos referiremos, representa un engranaje clave para alcanzar - en el conjunto- esa necesaria distribución armónica. En pocas palabras, no es ni más ni menos que una garantía (de consumo - efecto inmediato- y de equilibrio económico - efecto consecuente- ) inmersa en una relación particular que a su vez integra la relación global, o sea, el proyecto.*

*Los proyectos financiados bajo el esquema contractual descrito presentan un horizonte temporal de muy largo plazo, por lo tanto, de manifestarse alguno de los riesgos citados en el párrafo anterior en una fase temprana de explotación, las pérdidas potenciales son mucho mayores, que de manifestarse más adelante, cuando los activos y el principal ya estarán casi amortizados.*

*Así pues, los esfuerzos por mitigar los riesgos tendrán mucha mayor intensidad en las primeras fases de explotación y su coste será también más elevado. Contratos take or pay, take and pay, off takes, pólizas de*

---

<sup>227</sup> EL PROJECT FINANCE: GESTIÓN DEL RIESGO EN LA COYUNTURA ECONÓMICA ACTUAL. ESPECIAL REFERENCIA A LOS MECANISMOS CONTRACTUALES DE MITIGACIÓN DE RIESGOS (PROJECT FINANCE: RISK MANAGEMENT IN THE CURRENT SPANISH ECONOMIC SCENARIO. SPECIAL REFERENCE TO RISK MITIGATION THROUGH CONTRACTUAL PROVISIONS) Working Paper IE Law School AJ8-196 28-02-2013.



*riesgo-país, etcétera, son las herramientas contractuales más utilizadas que pretenden mitigar los riesgos de demanda o de suministro.*

*En la siguiente tabla, quedan reflejados los principales riesgos y sus mecanismos de mitigación contractual más habituales.*

*“(…)”*

*[riesgo de] Demanda: Contratos take or pay, off-takes. El usuario paga independientemente del uso que le de.*

*[riesgo de] Suministro: Contratos de suministro put or pay, put and pay. Tarifa/Regulatorio Contratos de venta blindados take or pay, off-takes.”*

Como puede observarse, la modalidad take or pay está asociada a contratos de construcción de cierto tipo de infraestructura, en orden a garantizar la recuperación de la inversión, independientemente del uso que se haga de dicha infraestructura por el usuario en cuestión.

Sobre este particular, las partes no discuten la existencia del pacto contractual de una garantía de producción mínima mensual; sin embargo, tienen posiciones encontradas respecto de la exigibilidad del mínimo garantizado. En efecto, CNR manifiesta en la respuesta a los hechos de la demanda reformada de las convocantes, lo siguiente:

*“Dadas las puntualizaciones precedentes, según las cuales CNR siempre puso a disposición del contratista la cantidad mínima garantizada, proyectándolo así en los planes mineros, no procedía en ningún caso el pago del take –or – pay pactado, pues la baja productividad lograda fue consecuencia directa y necesaria de la pobre disponibilidad mecánica de los equipos de los miembros del CMC. Por las mismas razones no era procedente la condonación de las cuotas de leasing, prevista en el Otrosí 2 al Acta de Reinicio, de manera que CNR estaba facultada para descontarlas de las facturas presentadas por su co-contratante”*

Y en respuesta al hecho 208 de la demanda de reconvención reformada, dijo CNR:

*“Las cantidades mínimas garantizadas siempre fueron puestas a disposición del contratista en los planes mineros desde su consagración en el Acta de Reinicio, y fueron los miembros del CMC quienes, por causa en sus deficiencias, no lograron removerlas. Lo anterior, como se señaló previamente, con la sola excepción del mes de Julio de 2011, en el cual CNR programó un volumen levemente por debajo del umbral señalado de 1.693.463 MCB de estéril, pero en el cual los miembros del CMC extrajeron 1.717.525 MCB, es decir, excediendo el mínimo garantizado, cantidad sobre la cual –por demás- CNR les pagó la tarifa convenida, de conformidad con lo establecido en el Contrato de Operación.”*

Vale la pena también reseñar la respuesta del CMC al hecho 13 de la demanda reformada presentada por la convocante:

*“El Otrosí No. 2 al Acta de Reinicio y Transacción fue negociado directamente con la matriz de CNR, Goldman Sachs Power Holdings LLC, antes de constituir a CNR como vehículo para esta operación, que para dicha época se encontraba concertando los términos de adquisición de la Mina. En este negocio se estableció que atendiendo a las manifestaciones de CDC acerca de su imposibilidad transitoria de “cumplir con los mínimos de producción garantizados” y por solicitud de CDC, se reducirían los mínimos de producción garantizados a favor del Consorcio, a cambio de compromisos económicos y administrativos de CDC para mitigar los efectos que experimentaría el Consorcio. En el Otrosí No. 2 al Acta de Reinicio y Transacción se pactó: (1) una modificación transitoria al Acta de Reinicio y Transacción, en virtud de la cual, la cantidad mínima mensual garantizada al Consorcio se rebajaría temporalmente a 900.000 MCB; (2) se ratificaron los criterios de consideración de distancias de acarreos y de privilegiar la eficiencia de la infraestructura del Consorcio para concertar los planes mineros establecidos a partir del Acta de Reinicio y Transacción; (3) se acordó que en caso de no acordarse un Plan Minero definitivo, se observaría el que presentara dentro de un plazo fijado CDC siempre que se respetaran las cantidades mínimas garantizadas al Consorcio, en defecto de lo cual, se causaría un pago bajo la modalidad de Take or Pay a favor del Consorcio; (4) compromisos bajo la modalidad de Take or Pay a cargo de CDC; (5) la autorización a CDC de ceder el Contrato de Operación a Goldman Sachs Power Holdings LLC o a sus sucesores o cesionarios, siempre que éstos ostentaran la calidad de subordinadas de Goldman Sachs Power Holdings LLC. (Prueba documental 10).”*

Por su parte, en su demanda de reconvención reformada, las convocadas sostienen:

*“En el Otrosí No. 2 al Acta de Reinicio y Transacción se pactó una modificación transitoria al Acta de Reinicio y Transacción, en virtud de la cual, la cantidad mínima mensual garantizada al Consorcio se rebajaría temporalmente de 1.700.000 MCB (metros cúbicos banco) acordados en el Acta de Reinicio y Transacción a 900.000 MCB; se ratificaron los criterios de consideración prioritaria de distancias de acarreos y de privilegiar la eficiencia de la infraestructura del Consorcio para concertar los planes mineros establecidos a partir del Acta de Reinicio y Transacción; se acordó que en caso de no acordarse un Plan Minero definitivo, se observaría el que presentara dentro de un plazo fijado por CDC, siempre que se respetaran las cantidades mínimas garantizadas al Consorcio, en defecto de lo cual, se causaría un pago bajo la modalidad de Take or Pay a favor del Consorcio; compromisos bajo la modalidad de Take or Pay a cargo de CDC; la autorización a CDC de ceder el Contrato de Operación a Goldman Sachs Power Holdings LLC o a sus sucesores o cesionarios, siempre que éstos ostentaran la calidad de subordinadas de Goldman Sachs Power Holdings LLC. (Prueba documental 10).”*

Y más adelante, en el hecho 84 de la reconvención reformada se afirma:

*“Hecho 84: En particular, “en consideración a la reducción en las cantidades mínimas de producción, CDC, a partir de la suscripción del presente Otrosí, asumirá las siguientes obligaciones para con CMC, con el objeto de mitigar parte de los efectos económicos y logísticos que esta reducción ocasiona en su operación”:*

*“(...)”*

*b) El pago de un Take or Pay mínimo mensual a partir de enero de 2011 cuando CDC no garantice la producción mínima mensual acordada en el Acta de Reinicio, “independientemente de los volúmenes mínimos realmente producidos (el “Take or Pay Mensual 2011).*

*“(...)”*

*c) El pago de las cuotas de leasing y seguros por CDC que se sigan causando hasta la terminación de la oferta por CMC, la observancia de los mínimos mensuales de producción por CDC o el pago del Take or Pay por CDC, los cuales no serán considerados como anticipo para la adquisición de los equipos.*

*“(...)”*

*“CNR incumplió la obligación de reconocer y pagar el Take or Pay Mensual 2011 garantizado por CNR en el numeral 2.1.6 del Otrosí No. 2 al Acta de Reinicio y Transacción, al no garantizar en algunos meses la producción mínima mensual acordada en el Acta de Reinicio y Transacción. Este incumplimiento dio lugar a la condonación de doscientos sesenta y cinco mil trescientos cincuenta y cinco dólares (USD\$265.355) a favor del Consorcio, que no obstante fueron indebidamente retenidos por CNR del pago de facturas a su cargo (cuyo pago se persigue en el proceso ejecutivo adelantado ante el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá D.C.) y a la obligación de CNR de asumir el pago de las cuotas de leasing previstas en el cuadro No. 2 del mencionado Otrosí. **(Pruebas documentales Nos. 8 y 10).**”*

Adicionalmente, CNR hace esta manifestación en su contestación la demanda de reconvención reformada:

*“En diversos Hechos de la reforma de la demanda de reconvención, como en los que aquí se contestan, los miembros del CMC arguyen, que dado que en el Acta de Reinicio se hizo una manifestación en cuanto a la capacidad de producción que tenían los miembros del CMC, ese dato ha de considerarse en el futuro como inmodificable e incuestionable. Con este planteamiento, carente de toda lógica, pretenden que se tenga por demostrado de manera definitiva e irreversible la mencionada capacidad de producción. Es evidente que los miembros del CMC debían demostrar permanentemente, en primer lugar mediante la productividad de sus equipos, que contaban con una flota suficiente e idónea para cumplir sus obligaciones. Era eso lo que les daba derecho a exigir la observancia de la cantidad mínima mensual garantizada. Esa obligación de demostración de la capacidad efectiva*

*se deriva del Hecho de que una cosa es esta última y otra muy distinta la capacidad teórica de explotación que pudieren tener los equipos en un momento dado, para cuya conservación era menester que el contratista llevara a cabo planes adecuados de reparación y mantenimiento, para que no se viera afectada la disponibilidad mecánica de sus unidades.”*

Como puede verse, las partes no están controvirtiendo la existencia de la llamada cláusula de Take or Pay Mensual 2011, sino su exigibilidad, sobre lo que se pronunciará el Tribunal en el capítulo en el que se analizará la ejecución práctica que del contrato hicieron las partes, a efectos de establecer si hay o no lugar a la exigibilidad de dicha garantía.

A continuación, procede el Tribunal a analizar la cláusula contentiva del llamado take or pay, que tiene parte de su génesis en el Acta de Reinicio, pero que se concreta como tal en el Otrosí número 2 a dicha acta.

Observa el Tribunal que en la cláusula 2.1.6 del Otrosí 2 al Acta de Reinicio, se parte de un supuesto, cual es que al llegar el mes de enero de 2011, CDC no garantice el nivel mínimo de producción pactado en el Acta de Reinicio (1.700.000 MCB /mes) más el carbón asociado, y se estipula que en tal caso el CMC podrá facturar a CDC el valor equivalente a esa producción mensual, independientemente de los valores producidos realmente, y en la misma cláusula se denomina a esta garantía “*el Take or Pay Mensual 2011*”.

A juicio del Tribunal, la citada estipulación refleja la existencia de una garantía de pago mínimo a favor del CMC, cuyo tenor refleja la intención de las partes en el sentido de que CDC pagara al CMC como mínimo el valor equivalente a 1.700.000 mcb/mes, aun si la producción correspondiente no se lograra; a este respecto, el Tribunal entiende que, a partir de enero de 2011, CDC estaba obligada a planificar en los borradores de Planes Mineros mensuales una producción mínima de 1.700.000 mcb/mes, y a pagar cada mes al operador el valor de esa producción mínima acordada, independientemente de si los volúmenes realmente producidos en ese mes eran inferiores, y de no hacerlo así incurría en incumplimiento de la obligación a su cargo. Además, de llegar CDC a incumplir los niveles mínimos de producción, y el pago del Take or Pay Mensual 2011, en cualquier mes en que ello se presentase, se aplicarían las consecuencias económicas relacionadas con la condonación del pago de las sumas entregadas por concepto de intereses de las cuotas de leasing, detalladas en los Cuadros 1 y 2 del Otrosí 2 al Acta de Reinicio, sin obligación alguna de pago o reembolso a cargo del CMC. Así mismo, en este caso, CDC debería seguir pagando al CMC los compromisos mensuales de pago de cánones e intereses causados a partir de enero de 2011, hasta que se terminara la Oferta por decisión del CMC, entre otros escenarios. También, aclararon las partes que, al no haber CDC garantizado el nivel mínimo de producción a partir de enero de 2011, y tener ella que seguir pagando los valores de cánones e intereses de los contratos de leasing del Cuadro 2 del Otrosí 2 al Acta de Reinicio, dichos montos no serían considerados como anticipo para efectos de la adquisición de los equipos en una terminación anticipada de la Oferta, lo que implica que CDC no estaba habilitada para realizar descuentos al CMC por este concepto.

Concluye el Tribunal en relación con el Take or Pay Mensual 2011, que la razón de ser del mismo responde al hecho de ser CMC (CNR) quien asumió el riesgo comercial del proyecto, dada su condición de propietaria del recurso minero, lo que, por ende, determina que sea esta la tomadora de las decisiones relacionadas con las cantidades de estéril y de carbón a extraer, todo ello relacionado con su capacidad de comercializarlo y con los precios del mercado y con la consistencia de los Planes Mineros en este contexto; en ese orden de ideas, ante el no cumplimiento del mínimo de producción garantizado, y bajo el supuesto de que no existiera culpa o incumplimiento del CMC, es allí donde operaría el Take or Pay Mensual 2011. Como ya se dijo, en el capítulo referido a la conducta contractual de las partes es donde se analizará si se probó o no el incumplimiento del CMC en las obligaciones a su cargo y en tal caso si ello fue o no determinante de no llegar a los mínimos de producción garantizados, o si por el contrario, existió incumplimiento de CDC en la obligación de honrar el Take or Pay Mensual 2011, con todas las consecuencias que ello implicaría respecto de los contratos de leasing, a las cuales se referirá el Tribunal a continuación.

#### **3.2.2.3.2.3. Las Estipulaciones Contractuales sobre los Contratos de Leasing sobre los Equipos**

El Acta de Reinicio, el Otrosí 2 y el Otrosí 3 a la misma, contienen asimismo una serie de estipulaciones en relación con los contratos de leasing sobre los equipos. A continuación, procede el Tribunal a analizar la regulación contractual sobre este particular.

Desde el Acta de Reinicio, en la cláusula sexta, las partes pactaron que en caso de terminación anticipada de la Oferta, CDC se obligaba a asumir el cumplimiento de la totalidad de los contratos de leasing relacionados en esta cláusula, sustituyéndose en ellos y eximiendo al CMC y a los consorciados de cualquier responsabilidad derivada de los mismos, a partir del último día del tercer mes siguiente, contado a partir de la fecha de la respectiva notificación (“la Fecha de Terminación”), para lo cual se entiende que, además de asumir el pago de los cánones de arrendamiento desde esa fecha, debería gestionar y obtener ante las compañías de leasing la cesión de los contratos de leasing a su favor, dentro de los quince días hábiles siguientes a la fecha de terminación de la Oferta. A continuación se relacionan en esa estipulación los contratos de leasing objeto de esta cláusula.

Tal como se dijo anteriormente, en la citada cláusula sexta del Acta de Reinicio se pactaron estipulaciones encaminadas a que CDC asumiera la responsabilidad por los contratos de leasing, por los costos de propiedad y por los costos de importación de los equipos allí listados, regulaciones que fueron descritas y analizadas en el acápite que se ocupó del Acta de Reinicio.

El Otrosí 2 al Acta de Reinicio (C. Pruebas 3, fls. 108 y s.s.) introdujo algunas modificaciones respecto del leasing de los equipos, manteniendo el eje de las obligaciones adquiridas desde dicha acta.

A continuación, el Tribunal analiza el alcance de las estipulaciones sobre los contratos de leasing contenidas en el Otrosí 2 al Acta de Reinicio.

La cláusula segunda, en su numeral 2.1, al referirse a la mitigación de los efectos económicos y logísticos ocasionados al CMC como consecuencia de la modificación transitoria a la cláusula tercera del Acta de Reinicio y en consideración a la reducción de las cantidades mínimas de producción con ocasión de la suscripción del Otrosí 2, en relación con los contratos de leasing y los costos de los equipos, establece lo siguiente:

(I) En el numeral 2.1.1, las partes acuerdan que, según el Plan Minero y durante el período de reducción, dejarán en stand by una serie de equipos allí relacionados, lo que se considera necesario para la reducción de la producción.

(II) En el numeral 2.1.2, se manifiesta que, teniendo en cuenta que los equipos en stand by están vinculados a contratos de leasing financiero que implican para el CMC compromisos mensuales y trimestrales de pago de cánones (capital e intereses) según se indica en el cuadro número 1 allí relacionado, CDC se obliga a pagarle a CMC las sumas allí indicadas (*Compromisos de Pago*), a fin de que CMC pueda cubrir parte del pago de las cuotas de leasing y seguros de los equipos. Se pacta asimismo que CDC deberá pagar al CMC por los cánones de arrendamiento de los equipos en stand by y los seguros, durante el período de reducción, la suma de US\$8.116.427.84 dólares americanos y \$536.044.882 pesos colombianos. Dichos pagos se garantizan con el contrato de garantía y de prenda a que se refiere el Acta de Reinicio.

(III) En el numeral 2.1.3.1, se regula la forma de pago de los cánones del leasing del equipo en stand by, estableciéndose que en relación con los cánones de los contratos de leasing de este equipo, CDC pagará el 31 de marzo de 2010 o en la fecha de cierre, lo que primero ocurra, la suma de US\$2.666.994.15 dólares americanos; los restantes pagos por el leasing de dichos equipos se pagarán en cuatro cuotas: la primera en los 5 primeros días de mayo de 2010 por US\$1.675.174.16; la segunda, en los cinco primeros días de agosto de 2010, por US\$2.128.826.17 y la tercera en los primeros cinco días de noviembre de 2010 por US\$1.645.453.33. Así mismo se pagarán COL \$536.044.882 por concepto del seguro de los equipos en stand by. De igual forma, se estipula un interés moratorio para el caso de mora de los pagos relativos a los contratos de leasing a que refieren las cláusulas 2.1.3.1 y 2.1.3.2, del DTF más 3 puntos efectivo anual, durante los primeros 8 días comunes, pasados los cuales se aplicará un interés moratorio a la máxima tasa legal permitida, sin que ello pueda entenderse como una extensión del plazo de la obligación.

(IV) En la cláusula 2.1.5 se estipula que el CMC deberá reembolsar a CDC las sumas recibidas por concepto de leasing, capital e intereses, así: (i) para los equipos a que se refiere el Acta de Reinicio, el plazo de gracia para el reembolso se iniciará el 1 de abril de 2011; el reembolso tendrá lugar en tres años a partir del vencimiento del plazo de gracia, en cuotas trimestrales iguales, sin intereses. (ii) para los equipos de soporte que no hacen parte del Acta de Reinicio, el reembolso del valor total de las sumas recibidas de CDC por capital e intereses de la cuota de leasing deberá ser pagado en dos

cuotas iguales, sin intereses, la primera cuando hayan transcurrido 3 meses en donde se haya dado, o una producción consecutiva durante los 3 meses a niveles de 1.700.000 mcb/mes y/o, el pago consecutivo de tres meses del Take or Pay Mensual 2011, o una combinación de las anteriores; y la segunda cuota cuando hayan transcurrido 6 meses (incluyendo los primeros 3) donde se haya dado una producción consecutiva durante los 6 meses a niveles de 1.700.000 mcb/mes y/o, el pago consecutivo de 6 meses del Take or Pay Mensual 2011, o una combinación de las anteriores durante dicho período.

(IV) En la cláusula 2.1.6, al pactar las partes el llamado Take or Pay Mensual 2011, transcrito y analizado en acápite anterior, al regular lo relativo al reembolso por el CMC a CDC de las sumas de capital e intereses recibidas de CDC por concepto de los contratos de leasing a los que hace relación este Otrosí 2, se estipula además que si a partir del mes de enero de 2011 no se llegase a los niveles mínimos de producción previstos y se incumpliese por CDC el Take or Tay Mensual 2011, en cualquier mes en que se presente esta situación, las sumas entregadas al CMC por CDC, por concepto de capital e intereses de las “cuotas de Leasing”, según se detalla en los cuadros 1 y 2 de esta cláusula, serán condonadas por CDC sin obligación alguna de CMC de pago o reembolso, sin perjuicio del incumplimiento del Otrosi 2 al Acta de Reinicio. Así mismo, en este caso, CDC deberá seguir pagando los compromisos mensuales de pago de cánones e intereses causados desde enero de 2011 hasta que: (i) se termine la Oferta por decisión de CMC o (ii) se llegue al cumplimiento de los niveles mínimos de producción previstos en el Acta de Reinicio o (iii) CDC cumpla con el pago del Take or Pay Mensual 2011. Se aclara también allí que en caso de que, por CDC no haber garantizado el nivel de producción mínima y haber incumplido el pago del Take or Pay Mensual 2011, los montos que CDC tenga que seguir pagando por los contratos de leasing no serán considerados como anticipo para efectos de la adquisición de los equipos en una terminación anticipada del contrato, en desarrollo de lo previsto en las cláusulas sexta y décimo cuarta del Acta de Reinicio, es decir, que no se realizarán descuentos por este concepto a CMC y ésta no tendrá la obligación de reintegrar estos montos.

(V) En el numeral 2.1.7 se establece que los cuadros 1 y 2 allí contenidos, denominados “Valores a pagar por CDC entre Enero a Diciembre 31 de 2011”, son el producto de realizar el ajuste en la producción solicitada por CDC, tomando como base la producción mínima garantizada por CDC en el Acta de Reinicio, en la cantidad de 1.700.000 MCB mes y que por solicitud de CDC de reducirla, durante el Período de Reducción, bajó a 900.000 MCB mes, lo que resulta en una disminución del 47%. Por lo tanto, se acuerda que si durante el Periodo de Reducción la producción base disminuye de 900.000 MCB/mes por razones imputables a o bajo la responsabilidad de CDC, los valores a pagar por concepto del Compromiso de Pago se aumentarán automáticamente con base en los valores tomados para la reducción, sin perjuicio de las acciones que por incumplimiento realice el CMC. Lo anterior aplicará también para el año 2011 si por causas imputables o bajo la responsabilidad de CDC, la producción mensual es inferior a los mínimos garantizados en el Acta de Reinicio y si CDC incumpliese el pago del Take or Pay Mensual 2011. Si las partes acuerdan una producción que fuese superior durante el periodo de reducción, se ajustarán los compromisos de pago

automáticamente. Finalmente, se acuerda que las partes harán una revisión del volumen de producción de los meses de noviembre y diciembre de 2009 y 2010 con el fin de determinar cuál fue la producción real total del período de reducción. En caso de que esta haya sido superior a 12.600.000 MCB, se determinará cuál fue el porcentaje real de disminución de la producción durante dicho periodo de reducción y el cuadro 1 se reajustará utilizando dicho porcentaje real de disminución de la producción y el CMC reembolsará a CDC dentro de los primeros 5 días de abril de 2011 la diferencia entre los valores del cuadro 1 ajustado y los valores del cuadro 1 sin ajustar (contenido en el Otrosí 1 al Acta de Reinicio), siempre que CDC haya cumplido con los compromisos de pago, incluyendo los indicados en el literal b de la cláusula tercera transitoria.

(VI) En el numeral 2.1.8 se prevé que las sumas pagadas al CMC por parte de CDC por concepto de seguros, serán asumidas por CDC sin obligación de reembolso a cargo del CMC.

(VII) La cláusula segunda contiene un párrafo primero, sobre opciones en cabeza del CMC sobre los equipos en stand by, que la facultan para cambiarlos o rotarlos en la operación así como para venderlos o retirarlos de la Mina, lo que deberá serle comunicado a CDC; estas últimas opciones ejercidas por el CMC dan lugar a que cesen los Compromisos de Pago correspondientes, lo que implicará hacer los ajustes del caso. En el evento de volver a los niveles de producción previstos en el Acta de Reinicio, el CMC no queda exonerado de contar con los equipos para ello.

(VIII) En el párrafo segundo de la cláusula segunda se establece que las obligaciones contenidas en el Acta de Reinicio, que no hayan sido modificadas en el Otrosí 2, permanecerán vigentes salvo que se trate de venta o retiro de equipo.

(IX) En el mismo párrafo segundo de la cláusula segunda se contempla también lo relativo a la amortización del anticipo de USD \$ 7.700.000, entregado por CDC, manifestándose que como consecuencia de la reducción de los mínimos de producción mensual que afecta necesariamente el flujo de caja del CMC, las partes acuerdan reducir las sumas a amortizar trimestralmente durante 2010, en la misma proporción que se reduzca la producción con relación a los mínimos previstos en el Acta de Reinicio. Se acuerda que el monto de la reducción en las cuotas de amortización durante 2010 se pagará mediante incrementos uniformes en las cuotas trimestrales pagaderas durante 2011, 2012 y 2013.

(X) Se pacta asimismo en el numeral 2.3 lo relativo a las consecuencias frente a los pagos de personal como consecuencia de la reducción de los mínimos de producción, lo que será examinado en aparte posterior de este Laudo..



#### 3.2.2.3.2.4.Otrosí 3 al Acta de Reinicio

El Tribunal se referirá a algunos de los considerandos del Otrosí 3 al Acta de Reinicio (C. Pruebas 3, fls. 147 y s.s.), por su pertinencia:

I. Los considerandos principales, entre otros que no son relevantes para la controversia considerada, dan cuenta de los siguientes hechos: (i) se menciona el equipo adicional que fue incorporado en el MDE. (ii) Se hace mención del ingreso de CNR, en virtud de la cesión hecha por CDC. (iii) se hace referencia al nuevo plan minero y a las nuevas metas de producción, lo que hace necesario adicionar equipos.

II. En el numeral 1.01 se relacionan los equipos que se adicionarán al contrato, en función de las nuevas metas de producción.

III. En el numeral 1.02 se trata lo relativo a la terminación anticipada, estipulándose que CNR tendrá el derecho irrenunciable y la obligación de asumir todos los derechos y obligaciones bajo los contratos de leasing celebrados con el fin de suministrar equipo adicional, sustituyéndose en ellos y eximiendo al CMC de cualquier responsabilidad derivada de estos contratos con anterioridad a la Fecha de Terminación. Se agrega que: *“En razón a la obligación de CNR de asumir los contratos de leasing mencionada anteriormente, CNR acepta expresamente que su derecho a asumir dichos contratos de leasing sea irrenunciable y de obligatorio cumplimiento.”* Se pacta que la fecha de asunción de los contratos de leasing por parte de CNR será a partir del último día después del tercer mes siguiente a la terminación del contrato de operación y a partir de esa fecha el CMC quedará eximido de cualquier responsabilidad que se derive de estos contratos de leasing, para lo cual se entiende que, a partir de esa fecha, CNR deberá asumir los cánones de arrendamiento.

IV. Así mismo, en el numeral 1.02 del Otrosí No. 3 al Acta de Reinicio y Transacción, se estipula que, dentro de los 15 días siguientes a la terminación anticipada del contrato de operación, las partes acuerdan que harán esfuerzos razonables para gestionar ante las empresas de leasing y obtener la cesión de la totalidad de los contratos de leasing de los equipos y maquinaria destinados a la operación de la Mina, para así sustituir y eximir de toda responsabilidad al CMC.

Se prevé igualmente que en caso de no lograrse la cesión, se aplicará lo dispuesto en el párrafo segundo de la cláusula sexta del Acta de Reinicio, en relación con el equipo adicional respectivo, esto es, el pago del cien por ciento del avalúo comercial según se define en la citada cláusula, más el valor de los costos de importación. Se contempla también la obligación del CMC de realizar sus mejores esfuerzos para incluir en los contratos de leasing cláusulas que permitan la cesión y asunción de obligaciones en la forma pactada.

A continuación, se pacta que dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de terminación, CNR deberá pagar al CMC los siguientes valores: (i) costos razonables y documentados en que haya incurrido el CMC para importar, transportar y ensamblar el equipo adicional. (ii) impuestos, tasas de puerto, bodegaje y manejo, y seguros relacionados con la importación del equipo; gastos directos de transporte desde el puerto a la Mina; costos y gastos directos asociados con el ensamblaje, que se calcularán con la fórmula que se establece en esta cláusula; y el pago del porcentaje de propiedad, determinado conforme se señaló en dicha cláusula. (iii) Así mismo se regula la forma en que se llevarán a cabo los avalúos de la maquinaria y se excluyen del avalúo algunos conceptos, tales como los costos de importación, aranceles, y gastos de ensamble.

V. En el numeral 1.03, se estipula que los párrafos primero, segundo, tercero, cuarto, octavo, noveno y décimo de la cláusula sexta del Acta de Reinicio, con sus modificaciones, serán aplicables al equipo adicional, *mutatis mutandi*; se establece que en caso de contradicción prevalecerán las disposiciones del Otrosí 3.

#### **3.2.2.3.2.4.1. Conclusiones sobre las Obligaciones Asumidas por CDC (CNR) y el CMC en relación con los Contratos de Leasing:**

✓ Lo pactado por las partes en relación con los contratos de leasing desde el MDE, el Acta de Reinicio y sus otrosíes, evidencia que era voluntad de CDC y luego de CNR que, en caso de terminación anticipada del contrato, esta asumiera los contratos de leasing, reconociendo al CMC y/o a los consorciados el Porcentaje de Propiedad, los costos incurridos (importación y seguros) y las cuotas de leasing, una vez cumplido el plazo contractual pactado para ello (Cláusula sexta del Acta de Reinicio).

✓ Si a la fecha de terminación ya se hubieran pagado en su totalidad los contratos de leasing, no habría lugar a la cesión y se procedería a una adquisición de los equipos correspondientes (párrafo primero, cláusula sexta, del Acta de Reinicio).

✓ CDC debía recibir los equipos en el estado y sitio en que se encontraran, dejando expreso que ni el CMC ni los consorciados tendrían obligaciones de garantía o responsabilidad sobre su estado, de suerte que en el evento de que los equipos sufrieran algún daño entre la fecha del avalúo comercial y la fecha de entrega efectiva, este daño sería determinado por los evaluadores (párrafo cuarto, clausula sexta, Acta de Reinicio).

✓ En el evento de que la Oferta fuera terminada anticipadamente, el valor del anticipo entregado por el CDC al CMC sería compensado con cualquier deuda de CDC a favor del CMC o a los consorciados.

✓ Las sumas que se pagasen por concepto de la cláusula sexta del Acta de Reinicio, no constituyen cláusula penal ni indemnización anticipada, sino la simple retribución de CDC al CMC del llamado "Valor Total de los Equipos". Esta estipulación reviste singular importancia, pues a juicio del Tribunal, refleja la voluntad de las partes en el sentido de que, a la terminación anticipada del contrato, consagrada como supuesto esencial de

la cláusula sexta del Acta de Reinicio, es claro que CDC (CNR) debería asumir el cumplimiento de la totalidad de los contratos de leasing allí relacionados, lo que después se extiende a los equipos adicionales incorporados por el Otrosí 3 al Acta de Reinicio, en la medida en que asumiendo estos costos en la forma allí prevista, se retribuye al CMC el “Valor Total de los Equipos”, que entran a ser propiedad de CNR una vez se terminen los contratos de leasing y se ejerzan las correspondientes opciones de adquisición.

✓ En el llamado período de reducción, en el Otrosí 2 al Acta de Reinicio, CDC se obligó a pagar al CMC o a sus consorciados, las sumas contenidas en el cuadro número 1 (numeral 2.1.2) de la cláusula segunda del Otrosí 2, más lo correspondiente a los seguros (numeral 2.1.3.2) e intereses remuneratorios primero y luego moratorios en caso de incumplimiento (cláusula 2.1.3.3).

✓ En el numeral 2.1.5 del Otrosí 2 al Acta de Reinicio, se pactó, sin embargo, una “obligación de reembolso” del CMC a favor de CDC “*de las sumas recibidas de capital e intereses de las cuotas de leasing*”, en cumplimiento de la cláusula 2.1, precisándose allí un plazo de gracia y unas fechas para el aludido reembolso. En el marco de la cláusula 2.1, se entiende que el reembolso por los contratos de leasing corresponde únicamente a los equipos que fue necesario dejar en stand by, como consecuencia de la modificación transitoria de la cláusula tercera del Acta de Reinicio y en consideración a la reducción en las cantidades mínimas de producción; no se trata entonces de lo regulado para el evento de la terminación anticipada, sino, por el contrario, de una obligación relacionada con la continuidad del contrato de operación.

✓ En caso de que CDC no garantizare un nivel mínimo de producción mensual acordado en el Acta de Reinicio, equivalente a 1.700.000 MCB y si a partir de enero de 2011 incumpliese el pago del Take or Pay Mensual 2011, “*en cualquier mes en que se presente*”, las partes acordaron que las sumas entregadas por concepto de intereses de las “*cuotas de leasing*” por CDC al CMC, según los cuadros 1 y 2 de esta cláusula, serían condonados por CDC sin obligación alguna del CMC de pago o reembolso. Como consecuencia del incumplimiento del Take or Pay Mensual 2011, CDC debería seguir pagando los cánones mensuales e intereses desde enero de 2011, hasta que se terminara la Oferta por decisión del CMC, o se llegara a los niveles mínimos mensuales de producción del Acta de Reinicio, o CDC cumpliera con el Take or Pay Mensual 2011. (numeral 2.2.6, Otrosi 2 al Acta de Reinicio). Se precisa que en caso de que, por CDC no haber garantizado el nivel de producción a partir de enero de 2011, y haber incumplido el Take or Pay Mensual 2011, CDC tuviera que seguir pagando los valores correspondientes a cánones e intereses sobre los contratos de leasing del cuadro número 2, estos montos no serían considerados parte del anticipo para efectos de la adquisición de los mismos en caso de terminación anticipada del contrato, en

desarrollo de las cláusulas sexta y décimo cuarta del Acta de Reinicio, lo que significa que CDC no le haría descuentos a CMC por estos conceptos.

- ✓ Permanece vigente el Acta de Reinicio en aquello que no haya sido modificado por el Otrosí 2 o por el Otrosí 3, salvo lo previsto para el equipo que se haya vendido o retirado.
- ✓ De conformidad con el numeral 2.1.7 del Otrosí 2 al Acta de Reinicio, los pagos a que se refiere el cuadro # 2, son producto de realizar el ajuste en la producción solicitada por CDC, tomando como base la producción garantizada en el Acta de Reinicio en la cantidad de 1.700.000 MCB/mes y que se reduce a 900.000 MCB /mes.
- ✓ Frente a la amortización del anticipo de US \$7.000.000, se acuerda reducirlo en la proporción de 47% correspondiente a la disminución de la producción en relación con los mínimos previstos en el Acta de Reinicio (numeral 2.2 del Otrosí 2 al Acta de Reinicio)
- ✓ En el numeral 2.4 del Otrosí 2 al Acta de Reinicio, frente a la terminación anticipada prevista en la cláusula decima cuarta de la Oferta Mercantil, se prevé que las sumas pagadas por CDC por cánones del equipo en stand by, que CMC no haya reembolsado según la cláusula 2.5, podrán ser compensadas con lo que CDC le adeude a CMC en tal fecha.
- ✓ En el Otrosí 3 al Acta de Reinicio, ya estando CNR como parte contractual, se adicionan más equipos en función de las nuevas metas de producción derivadas del Plan Minero y se estipula respecto de ellos (numeral 1.02) que en caso de terminación anticipada, CNR tiene el derecho irrenunciable y la obligación de asumir todos los contratos de leasing, lo que implica asumir, también para ese equipo, el pago de los cánones a partir del plazo consagrado en el numeral 1.02 "Terminación anticipada", además de las otras estipulaciones allí contenidas, ya explicadas anteriormente.
- ✓ En el numeral 1.03 del Otrosí 3 se estipula que los párrafos primero, segundo, tercero, cuarto, octavo, noveno y décimo de la cláusula sexta del Acta de Reinicio, con sus modificaciones, serán aplicables al equipo adicional, *mutatis mutandi*, y que en caso de contradicción prevalecerán las disposiciones del Otrosí 3 en lo relacionado con el equipo adicional a que se refiere este otrosí.

### **3.3. La Terminación Anticipada en la Oferta Mercantil:**

Procede ahora el Tribunal a adentrarse en la regulación de la terminación anticipada del contrato resultante de la aceptación de la Oferta Mercantil, remontándose para ello a la propia Oferta Mercantil, al MDE y sus otrosíes y el Acta de Reinicio y sus otrosíes:

En la cláusula 10.02 de la Oferta Mercantil, se reguló lo relativo a la terminación anticipada, así: cualquiera de las partes podrá darla por terminada en forma anticipada, con la correspondiente indemnización de perjuicios, siempre que se verifique la ocurrencia de los siguientes casos:

- (i) Disolución y liquidación de las empresas que constituyen el OFERENTE;
- (ii) No renovación anual de las garantías requeridas en la oferta.
- (iii) Por las causas contempladas en la legislación civil y comercial vigente que regula la materia.

Se agrega que en caso de que cualquiera de las partes termine anticipadamente la Oferta por cualquier acto, la parte afectada tendrá derecho a convocar el Tribunal de Arbitramento previsto en la cláusula 14, para obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados por la terminación y la aplicación de la cláusula penal pecuniaria.

La redacción de la cláusula supone de entrada que la terminación anticipada “*por cualquier acto*”, da lugar a indemnización de perjuicios a favor de la parte afectada, pues no se hace ningún tipo de distinción según la causa de la misma, como puede observarse en la expresión utilizada en la cláusula en comento, al decirse que “*En caso de que el OFERENTE o EL DESTINATARIO den por terminada anticipadamente por cualquier acto...*”; ello, a juicio del Tribunal, deja abierta la posibilidad de terminación anticipada con la obligación de indemnizar los perjuicios que de tal evento se deriven para la otra parte.

Se trata de una redacción imprecisa y vaga en cuanto que no se refiere expresamente a un evento de terminación sin justa causa, pero que pareciera incluirla, al emplearse la expresión “*(...) por cualquier acto*”, para luego, a renglón seguido, extraer de ello la conclusión de que la parte afectada por la terminación tiene abierta la posibilidad de reclamar ante el juez del contrato la indemnización de los perjuicios que se hayan ocasionado por la terminación anticipada “*por cualquier acto*”, lo que de suyo, excluiría la hipótesis de que se en este caso se trate de una terminación con justa causa.

Considera el Tribunal que esta cláusula revela que las partes en efecto entendieron el contrato suscrito en el marco de la operación minera contratada, como un contrato de suministro de servicios del Código de Comercio, que prevé, en su artículo 968: “*El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios.*”

#### **3.4. La Terminación Unilateral en el MDE**

En el MDE, que por expresa disposición de las partes (artículo séptimo) y pese a su denominación, tiene carácter vinculante, no se acordó ninguna modificación a la cláusula de terminación anticipada de la Oferta Mercantil, como tampoco en los otrosíes 1, 2 y 3 al MDE.

#### **3.5. La Terminación Unilateral en el Acta de Reinicio y sus Otrosíes**

En el Acta de Reinicio, cláusula sexta, las partes estipularon una serie de efectos a cumplirse en caso de terminación anticipada por cualquiera de las partes, efectos principalmente relacionados con las obligaciones de los contratos de leasing de los equipos por parte de CDC, según lo explicado

anteriormente. Fuera de esto, no se incluye ninguna modificación a lo previsto en la Oferta Mercantil, en el sentido de que cualquiera de las partes puede darla por terminada, en las condiciones allí consagradas. Considera este Tribunal que lo pactado en la cláusula sexta del Acta de Reinicio pone de presente que el riesgo derivado de la financiación de los equipos, en caso de terminación anticipada del contrato, es asumido por CDC, pues de otra manera no podría explicarse que, en esa situación, esta deba reconocer al CMC o a los consorciados no sólo el valor de lo que ya se ha pagado (*Porcentaje de Propiedad*) a las compañías de leasing, sino los cánones que se causen en el futuro, así como los costos de importación y los seguros; todo ello evidencia que, en últimas, para efectos de la terminación anticipada, es CDC (CNR) quien asume el riesgo de compra y financiación de los equipos, como puede deducirse de la mera lectura de la cláusula sexta, con todos sus diez párrafos, ya reseñados y analizados anteriormente en el presente laudo.

Por otro lado, en la cláusula décima cuarta se acuerda otorgar a CDC el derecho de terminación anticipada de la Oferta sin que medie justa causa, dando aviso de por lo menos 3 meses, limitado su ejercicio al 1º de abril de 2010, siempre que se encuentren cumplidas las condiciones allí pactadas. Dado que no se ejerció este derecho, el Tribunal no se ocupará de analizar dicha cláusula.

El Otrosí 1 al Acta de Reinicio, no modificó lo relativo a la terminación anticipada.

En el Otrosí 2 al Acta de Reinicio (numeral 2.4.) se pactaron algunas previsiones para el caso de terminación anticipada, frente a la cláusula décima cuarta de dicha acta, relacionadas con los pagos hechos por CDC por cánones del equipo stand by y que el CMC no hubiese reembolsado, las cuales podrán ser objeto de compensación en la fecha de la terminación anticipada, según el cuadro número 4 allí contenido.

En el Otrosí 3, en la cláusula 1.02 se pacta que, como consecuencia de la terminación anticipada, CNR tiene el “derecho irrenunciable y la obligación” de asumir todos los contratos de leasing, lo que implica asumir, para ese equipo, el pago de los cánones a partir del plazo consagrado en el numeral 1.02 “Terminación anticipada”, además de las otras estipulaciones allí contenidas, ya explicadas anteriormente.

En este orden de ideas, procederá el Tribunal a analizar en otro aparte de este laudo la terminación unilateral declarada por la sociedad Consorcio Minero del Cesar SAS, respecto de la Oferta Mercantil.

#### **4. La Ejecución Práctica del Contrato y los Incumplimientos debatidos.**

Luego de exponer y analizar el contrato base del presente proceso, sobre cuya existencia, validez y eficacia no trajeron las partes disputa alguna a este trámite, el Tribunal pasa a ocuparse de los incumplimientos que se debaten en la demanda reformada y en la demanda de reconvención reformada, y sus respectivas contestaciones y réplicas.

Para el efecto, se aborda cada uno de los incumplimientos discutidos, sintetizando las posiciones de las partes y presentando luego las reflexiones y calificaciones jurídicas del Tribunal que resultan estrictamente necesarias para resolver en derecho las controversias, tomando como punto de partida que según lo probado la operación de la Mina se llevó a cabo sin solución de continuidad durante el período relevante, comprendido entre el 18 de marzo de 2010 y el 21 de enero de 2013, y bajo la consideración general de que los planteamientos que se reseñan evidencian claras discrepancias de posiciones en punto de los alcances de la voluntad declarada (literalidad de las estipulaciones contractuales pertinentes) frente la intención real de ellas, y, consiguientemente, en cuanto a la calificación jurídica que con arreglo a derecho se ha de predicar de sus conductas contractuales respectivas probadas en el proceso.

Tales discrepancias jurídicas llevan al Tribunal a examinar, a la luz del análisis general del contrato expuesto en el acápite precedente de este laudo, que en lo pertinente se complementa en este apartado, y de los medios de prueba recaudados, la manera como se desarrolló ese negocio jurídico, dentro del período de referencia relevante, esto es, entre el 18 de marzo de 2010 y el 21 de enero de 2013, de cara a las alegaciones, pretensiones y excepciones formuladas sobre estos asuntos, teniendo en cuenta que la ejecución práctica que las partes hayan hecho del contrato es un aspecto relevante para establecer la intención de los contratantes, conforme lo establecen los artículos 1618<sup>228</sup> y 1622, inciso tercero<sup>229</sup>, del Código Civil, aplicables en materia mercantil en virtud de la expresa remisión legal consagrada en el inciso primero del artículo 822 del Código de Comercio<sup>230</sup>.

Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

*“Lo que ha quedado expuesto muestra que el debate trata de la interpretación del contrato, asunto en el cual desde luego va involucrada la capacidad de comunicación humana y de modo especial la escrita, pues las partes dejaron huella de cómo se propusieron coordinar sus voluntades y recursos para el logro de unos fines contractuales de interés común. Acontece en casos como el presente, que una vez emitida la declaración contractual, ella gana cierta autonomía y pasa a vivir no sólo en el texto de las prescripciones y descripciones del contrato, sino en la experiencia negocial misma, es decir, en la forma de ejecución práctica que las partes hacen. Entonces, no está demás señalar que cuando los contratantes emiten la declaración, pierden el dominio sobre ella, pues la conjugación de las dos*

<sup>228</sup> “ART. 1618.—Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.”

<sup>229</sup> “ART. 1622.—Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.”

<sup>230</sup> “ART. 822.—Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindir, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.”

*voluntades y su emisión crean una realidad que gana independencia, de modo que después de expresado el acuerdo, sus autores de manera individual no pueden recoger los pasos andados, para fijar, a la manera de cada uno el genuino alcance de su manifestación de voluntad, pues tal intento particular, que invariablemente lleva un sesgo, carece de eficacia para hallar el sentido mediante un laborío aislado y singular, sin tomar en cuenta que el contrato se concertó pluralmente. Rehacer el significado de un negocio jurídico, fijar sus alcances, es asunto que no está en poder de una sola de las partes, sino que forzosamente concierne a ambas y en últimas al juez en caso de desacuerdo insuperable. Y en general, si una de ellas procura adscribir significado al contrato, con exclusión de la otra, se descarta ese intento porque se sabe de antemano que cada quien buscará salvar los silencios y las penumbras del contrato del modo que mejor convenga a sus particulares intereses.*

*Por esa circunstancia, cuando las partes disputan acerca del significado de una disposición contractual o del negocio todo, tal divergencia debe ser zanjada por la intervención del juez, quien atendidos los elementos lingüísticos de la convención, cuando ello sea posible, el conjunto de sus disposiciones, los antecedentes contractuales entre las mismas partes, o la forma de su ejecución, entre otros aspectos, puede atribuir significado a las disposiciones que siembran la incertidumbre sobre la conducta esperada de las partes frente al acto, así su contenido sea claro. Ha dicho la Corte que no “por el mero hecho de que ese sentido sea claro, queda proscrita toda investigación de la intención común de las partes, pues puede ocurrir por ejemplo, que las palabras hayan tenido en el contexto espacio temporal en el que el contrato se discutió y nació, un sentido propio y distinto del general, natural y obvio, o que tengan diversas acepciones, o que sea equívoca una palabra determinada mirado el contexto del contrato, o que tenga un significado técnico preciso, o que de entrada al intérprete se le ofrezca, a más del texto claro, una intención común diversa de aquel. En fin, no ha de limitarse siempre el exégeta a una interpretación gramatical por claro que sea el tenor literal del contrato, pues casos hay en los que debe acudir a auscultar la intención común, de lo que han querido o debido querer los contratantes, sobre todo si se tiene en cuenta que es la voluntad interna y no la declarada la que rige la hermenéutica contractual. Y a ese propósito se encaminan las reglas que siguen al mencionado artículo 1618, la principal de ellas, contenida en el artículo 1622, alusivo a lo que las mismas partes contractuales han entendido con las palabras utilizadas en el contrato de cuya interpretación se trata. Es una especie de interpretación auténtica que le imprime vigor al real sentido del contrato por la aplicación práctica que las partes han hecho del mismo” (Sent. Cas. Civ. de 1º de agosto de 2002, Exp. No. 6907, subraya la Sala).”<sup>231</sup>*

Y por lo que hace a la carga de la prueba, al examinar los incumplimientos debatidos en este trámite se tiene presente que conforme a los principios generales del derecho procesal, corresponde a cada parte demostrar los hechos que alega, si quiere obtener los efectos jurídicos derivados de los mismos. Esta premisa fundamental tiene su origen en el aforismo latino “onus

<sup>231</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de octubre de 2007, M. P. Edgardo Villamil Portilla. Exp. No. 11001-3103-019-1997-05038-01, p. 10 a 12.



*probandi incumbit actori, reus, in excipiendo, fit actor*”, que se traduce en que al demandante le corresponde demostrar los hechos que fundamentan sus pretensiones y que el demandado, cuando excepciona, debe probar los hechos en que funda su defensa.

Nuestra legislación civil plasmó este principio en el artículo 1757 del Código Civil, que establece que *“incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”*, norma que a su vez se armoniza con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil que reza que *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, preceptos que sin lugar a dudas obligan a las partes procesales a probar los hechos de los cuales reclaman una determinada consecuencia<sup>232</sup>.

De suerte que la “carga de la prueba” no es más que la tarea probatoria que un sujeto debe adelantar si quiere que una determinada providencia se resuelva a su favor, para lo cual deberá valerse de los diferentes medios de convicción, respetando las reglas de pertinencia, conducencia e idoneidad de cada caso particular. No en vano, la Corte Suprema de Justicia ha concluido que **“[s]i el interesado en dar la prueba no lo hace, o la da imperfectamente, o se descuida, o se equivoca en su papel de probador, necesariamente ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones”**<sup>233</sup> (resalta y subraya del Tribunal), especialmente porque el juez no tendrá un componente objetivo sobre el que deba pronunciarse. Así las cosas, aparece que la “carga de la prueba” tiene una doble finalidad: de un lado, se encarga de establecer a quién le incumbe demostrar un determinado hecho (a quien lo alega), y del otro, impone una regla de juicio consistente en que *“le permite al juez fallar, cuando el hecho no aparece demostrado, en contra de quien incumplió [la carga probatoria]”*<sup>234</sup>.

Y como es bien sabido, en materia de responsabilidad contractual, para que una demanda de esa índole prospere es indispensable que el actor demuestre: (i) la existencia de un contrato válidamente celebrado, (ii) el incumplimiento de alguna o algunas de las obligaciones surgidas del mismo, a menos que se trate de una mera negación indefinida (v. gr., que el deudor “no pagó”) evento en el cual se invertirá la carga de la prueba al demandado quien deberá probar el hecho positivo contrario, y (iii) la existencia de un perjuicio producto del incumplimiento<sup>235</sup>.

<sup>232</sup> Sobre este punto, la Corte Constitucional en la Sentencia C-070 de 1993 hizo referencia a la carga de la prueba de la siguiente manera: *“Dentro de las cargas procesales fijadas por ley a las partes se encuentra la institución de la carga de la prueba. Esta incumbe a quien interés en los efectos jurídicos de las normas que regulan los supuestos de hecho afirmados o negados (CPC art. 177). La finalidad última de la actividad probatoria es lograr que el juez se forme una convicción sobre los hechos, por lo tiene que el deber de aportar regular y oportunamente las pruebas al proceso, está en cabeza de la parte interesada en obtener una decisión favorable”*.

<sup>233</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de junio de 2009. Magistrado Ponente: Dr. César Julio Valencia Copete, citando la providencia de esa misma corporación visible en G. J. t, LXI, pág. 63.

<sup>234</sup> Jairo Parra Quijano. Manual de Derecho Probatorio. Ediciones Librería del Profesional, 2002, p. 195.

<sup>235</sup> Sobre los elementos de la responsabilidad, véase, entre otras, la sentencia de 4 de julio de 2002, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente No. 6461.

#### **4.1. La ejecución práctica del contrato y los incumplimientos debatidos en materia de planeación minera.**

En la pretensión declarativa uno de la demanda reformada, la convocante pide al Tribunal que se declare que las sociedades MASERING S.A.S. (“MASERING”), CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A. (“EL CÓNDOR”) y S.P. INGENIEROS S.A.S. (“SP INGENIEROS”), en su condición de integrantes del CONSORCIO MINERO DEL CESAR (“el CMC”), incumplieron reiteradamente las estipulaciones del contrato de operación que las obligaban a llevar a cabo la explotación de la Mina de acuerdo con lo establecido en los Planes Mineros.

En la pretensión declarativa dos se pide declarar que MASERING, EL CÓNDOR y S.P. INGENIEROS, en su condición de integrantes del CMC, incumplieron reiteradamente las obligaciones del contrato de operación relacionadas con la extracción de las cantidades de producción, determinadas en los Planes Mineros, o al menos las cantidades mínimas garantizadas, desde el 19 de marzo de 2010, fecha en que CNR devino cesionaria del Contrato de Operación y hasta la fecha de terminación del contrato de operación, conforme a lo decidido por el Tribunal.

La convocante asevera, en esencia, que desde la celebración del contrato de operación minera las partes acordaron la estructuración del Plan Minero Base para realizar la operación de extracción de estéril y carbón, que el Plan Minero Base fue elaborado por las partes de acuerdo con los parámetros establecidos en el Protocolo de Planeación Minera (PPM), estableciendo conjuntamente como Plan Minero Base la Secuencia 5.3.2., que constituye la base de todos los Planes Mineros para la explotación de la Mina, al punto que ningún plan pudo haberse desviado de estos parámetros base y ambas partes sabían que todos los Planes Mineros futuros anuales, trimestrales y mensuales debían tenerlos en cuenta, e incluso en ausencia de un Plan Minero de corto plazo, estos parámetros seguirían siendo válidos y ambas partes estarían obligadas a observarlos, y que no obstante ello desde marzo de 2010, los miembros del CMC incumplieron sistemáticamente los requerimientos establecidos en los Planes Mineros, en cuanto a que (a) no respetaron los Planes Mineros al no haber seguido la secuencia minera y al no haber descendido a la profundidad de -120 MSNM; y (b) no produjeron las cantidades de MCB / mes y toneladas/mes que debieron explotar, conforme se explica de manera detallada en la tabla que se incluye en el Hecho 34 de la demanda reformada<sup>236</sup>.

En su alegato de conclusión, la actora manifestó, entre otras cosas, que de acuerdo con lo previsto en el contrato, un grupo de planeación conformado por representantes de las dos **partes prepararon el plan Minero de Largo Plazo o Secuencia 5.3.2**, que el CMC incumplió sus obligaciones de participar en el desarrollo de planes mineros y en su aceptación, ya que abandonó las tareas de planeación que estaba obligado a desarrollar y luego rehusó aceptar, rechazar o comentar los planes preparados por CNR, y que CNR continuó con la planeación, de modo que la operación de la Mina

---

<sup>236</sup> Reforma de la demanda, hechos 23 y 29.

avanzó siguiendo, aunque no de manera absolutamente puntual las pautas establecidas en los planes mineros<sup>237</sup>.

Asimismo, en su alegato de conclusión la convocante hace extensas referencias al régimen probatorio aplicable, en el sentido que la estrategia de la convocada –acerca de que en el periodo 2010-2012 jamás aprobó un plan minero, ni siquiera en aquellos meses en los que por excepción pudo extraer la cantidad mínima garantizada y planeada de 1.700.000 MCB, justificando su negativa en que los planes no eran apropiados, toda vez que no observaban los criterios acordados para la conciliación de los mismos- está enderezada a que se concluya que, por la carencia de concertación, el operador no asumió ningún compromiso de remover cantidad alguna de estéril y carbón, de manera que no se le puede reprochar ningún incumplimiento por menor remoción de materiales, por cuanto el contrato de operación dispone que los volúmenes resultantes de la operación serían los establecidos en los planes mineros, con lo cual pretende hacer desaparecer todo efecto práctico del contrato, desde la perspectiva del dueño de la Mina, en la medida en que el acreedor no puede exigir de su deudor el cumplimiento de la prestación esencial, lo que significaría que el negocio jurídico, fuente de la que dimana dicha prestación, habría dejado de producir sus efectos primordiales, es decir, obligaciones efectivas que puedan llegar a ser exigibles.

Invoca luego la actora los principios y reglas sobre carga de la prueba, más concretamente aquellos establecidos para la responsabilidad contractual que es la que se debate en este proceso, indicando que demostrado el incumplimiento (o si el deudor fracasa en la prueba de su cumplimiento) se presume que éste obedece a culpa del deudor, de suerte que no es el demandante el llamado a demostrar la imputabilidad del obligado, si no es éste quien tiene que desvirtuar la presunción que pesa sobre él, toda vez que nuestro régimen de responsabilidad contractual establece como principio general la presunción de culpa del deudor, con lo cual se invierte la carga de la prueba de este elemento.

Agrega que esta presunción de culpa por incumplimiento de obligación contractual está consagrada por el penúltimo inciso del artículo 1604 del Código Civil, el cual dispone que “*la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega*”, y que la presunción no se establece de manera directa y literal, sino en forma indirecta, pues a ella se llega como resultado de un análisis del alcance de la norma transcrita. En efecto, quien tiene interés en demostrar la diligencia y cuidado empleado es el deudor, a quien precisamente se le reprocha el incumplimiento de sus obligaciones. Igualmente, quien tiene necesidad de demostrar la fuerza mayor es el deudor, pues es ésta la forma de justificar el incumplimiento. En cuanto a la carga de la prueba de la fuerza mayor, el artículo 1733 del Código Civil dispone que “*el deudor es obligado a probar el caso fortuito que alega (...)*”.

Señala, además, que, conforme a la doctrina, en la esfera contractual el acreedor está eximido de probar la culpa del deudor, pues para liberarse es el obligado el que está precisado a demostrar o bien su diligencia o la ruptura

---

<sup>237</sup> Páginas 12 a 16, del escrito de alegatos de conclusión de la parte convocante.

del vínculo causal, y que en un contrato, como la obligación estipulada preexiste al incumplimiento, y por tanto el acreedor tiene ya título para obtener la prestación, le basta acreditar la existencia del contrato, y el deudor, para obtener el rechazo de la pretensión de aquel, deberá probar, según el caso, o que cumplió, o que se liberó por caso fortuito, o que obró sin culpa. Si fallara en esta prueba, resultará responsable. De lo anterior deduce que si el deudor es siempre el llamado a probar la diligencia o cuidado (ausencia de culpa) o la fuerza mayor, es porque se presume su culpa, pues estos medios idóneos para demostrarle al juez que, aunque hubo incumplimiento de la obligación, éste no se debió a hecho u omisión imputable al deudor, es decir, que no hubo culpa de su parte o que la inejecución de la prestación no le es atribuible. Y añade, entre otras cosas, que tanto la ley, como la equidad y la conveniencia convergen todas a respaldar la existencia de una presunción de culpa contra el deudor, presunción que opera ante la inejecución de la obligación asumida.

Añade que en obligaciones de hacer y no hacer la presunción general de culpa opera, igualmente, a partir del incumplimiento. Si éste es puro y simple, esto es, cuando el deudor no ejecuta el hecho debido, el demandante sólo debe afirmar que no ha habido ejecución, pues ésta es una negación indefinida, correspondiéndole al demandado demostrar lo contrario y si no lo logra opera la presunción de la culpabilidad. En caso de ejecución defectuosa de la obligación de hacer el acreedor – demandante siempre puede y debe demostrar el incumplimiento, poniendo con esto en movimiento la presunción. Lo mismo acontece con las obligaciones de no hacer, en las que incumbe al acreedor probar su violación, mediante la demostración de que el deudor realizó el hecho prohibido, con lo que la presunción de culpa producirá sus efectos e inversión de la carga de la prueba, siendo este el régimen probatorio que se debe aplicar en el presente caso, por ser el que determina la ley para un litigio que se desenvuelve dentro del marco de la responsabilidad civil contractual y las partes no hicieron ningún acuerdo para modificarlo, ni se allegó prueba alguna que así lo demuestre. Tampoco se planteó que no fuera procedente la inversión de la carga de la prueba, lo que hubiera sido perentorio para la cabal observancia del derecho de defensa y la lealtad procesal, de manera que no pueden ahora los miembros del CMC tratar de invocar ese argumento.

De su lado, las convocadas MASERING, EL CONDOR y SP INGENIEROS, en su contestación conjunta a la demanda reformada, plantearon de entrada lo que enseguida se transcribe:

*“1. Todo (sic) la tesis de la reforma a la demanda parte de la vigencia del Protocolo de Planeación Minera (PPM) y del que se denomina Plan Minero Base (Secuencia 5.3.2.). Estos documentos perdieron toda fuerza vinculante mucho antes de la entrada en escena de CNR. El PPM dejó de tener efectos vinculantes cuando COALCORP MINING INC asumió el control de CDC, fecha a partir de la cual el Modelo Geológico pasó a ser manejado de forma confidencial por el dueño de la Mina y dejaron de operar los equipos de trabajo y distribución de roles previstos en el mencionado PPM. De otra parte, el Plan Minero de Largo Plazo perdió todo efecto en virtud de cambios introducidos por el dueño de la Mina en la operación minera. Los documentos sobre los cuales se apoya toda la tesis de CNR quedaron sin efectos mucho antes de la cesión del Contrato de CDC a CNR, hecho que no solo es*

*evidente a partir de una comparación de la explotación realmente realizada con la que contemplaban dichos documentos, sino que también era fácilmente verificable en el due diligence adelantado por Goldman Sachs Power Holdings para la compra del activo.”<sup>238</sup>*

*Añadieron las mencionadas convocadas que: “(...) el PPM perdió toda vigencia vinculante desde la fecha en que COALCORP MINING INC (“COALCORP”) adquirió el control de CDC a finales del 2005. A partir de dicho momento, las partes por actos convergentes modificaron los “lineamientos, condiciones, cronogramas, responsabilidades, roles y costos para la elaboración del Modelo Geológico, el Plan Minero y su seguimiento durante el período de explotación minera”, que eran los aspectos regulados en el PPM. El Modelo Geológico dejó de ser elaborado por las partes y a partir de la entrada de COALCORP fue controlado por el dueño de la Mina, incluso con el carácter de confidencial. Prueba de ello es que el Consorcio no tiene acceso al Modelo Geológico. Además, dejaron de funcionar los equipos de trabajo, la división de roles y responsabilidades y no se llevaron a cabo las reuniones que habían sido previstas en el PPM. El dueño de la Mina cambió el software de modelación previsto inicialmente en el documento de lineamientos estratégicos para el Plan Minero anexo al PPM. De allí que con la pérdida de efectos contractuales del PPM, es imposible afirmar que el esquema contractual inicial se haya mantenido inalterado. (...)”<sup>239</sup>*

Las referidas convocadas propusieron la excepción de incumplimiento, señalando que CNR incumplió las obligaciones a su cargo, pues trató de imponer de forma unilateral Planes Mineros y Secuencias Mineras que no se ceñían *“prioritariamente a manejar balanceadamente las distancias de acarreo a botadero de los camiones mineros”* y que la *“forma de concertar los Planes Mineros de largo, mediano y corto plazo se basará en que la secuencia minera deberá tener en cuenta prioritariamente buscar la mayor eficiencia de la capacidad de producción e infraestructura del CMC”*. Este planteamiento fue luego ampliado en la demanda de reconvención reformada, donde se pidió al Tribunal declarar que CNR incumplió el Contrato de Operación por infringir una o varias de sus obligaciones legales y contractuales a su cargo, entre ellas la de concertar Planes Mineros que consultaran los requisitos y prioridades establecidos en el contrato de operación, en virtud de lo pactado en el Acta de Reinicio y Transacción y en el Otrosí No. 2 al Acta de Reinicio y Transacción.

A su turno, CMC SAS, en su contestación a la reforma de la demanda expresó, en esencia, los mismos argumentos formulados por los integrantes del Consorcio CMC, que se dejan reseñados en precedencia, como se aprecia en las manifestaciones hechas por aquella en los numerales 1 y 5, literales d), f), g), i), l), y m), relativas al *“PREÁMBULO”* de la reforma de la demanda, y en las respuestas dadas a los hechos 4, literales d), e), f), g) e i); 5, 6, literales b), d) y e); 7, 8, 9, 10, 11, 13, literal c); 17, 19, 20, 21 y 23, de dicha reforma de la demanda. Así mismo, involucró pretensiones similares en su demanda de reconvención reformada.

<sup>238</sup> Contestación de la reforma de la demanda, numeral 1 del acápite II titulado *“ACERCA DEL PREÁMBULO”*.

<sup>239</sup> *Ibíd*em, literal d) de la respuesta al hecho 4 de la reforma de la demanda.

En su alegato de conclusión conjunto, los integrantes de la parte convocada retomaron sus argumentos y señalaron, entre otras cosas, que, no obstante lo estipulado en la cláusula 16.06 de la Oferta, en el sentido que: “[...] Ninguna modificación a la presente “Oferta”, después de aceptada la misma por el DESTINATARIO, tendrá validez, salvo que conste en documento suscrito por el OFERENTE y aceptado por el DESTINATARIO, dentro del plazo de ejecución de la ‘Oferta’”, las partes dejaron sin efecto la “forma escrita” para modificar el contrato, porque con su comportamiento o conducta común, conjunta, recíproca, armónica, coherente, convergente e inequívoca durante la ejecución del contrato, introdujeron modificaciones importantes, en lo relacionado con la planeación de la Mina, definiendo que la operación de la Mina se iba acordando a través de mecanismos de concertación con base en documentos (los proyectos de planes elaborados por CNR) que tenían fuerza indicativa mas no obligatoria (págs. 79, 84, 89 y 92, del escrito de alegatos de conclusión de la parte convocada).

Bajo este marco, seguidamente pasa el Tribunal a confrontar las estipulaciones contractuales atinentes a la planeación minera, reseñadas a espacio en el acápite precedente de este laudo, con la ejecución práctica del contrato según lo que sobre el particular resultó probado en el presente trámite arbitral, específicamente respecto de los temas de (i) Modelo Geológico de la Mina La Francia, (ii) Plan Minero y Protocolo de Planeación Minera (PPM), (iii) vigencia de la Secuencia 5.3.2. como Plan Minero de Largo Plazo para la Mina, y (iv), la entrega de estéril y de carbón por parte del operador a CNR, la facturación por el operador de las cantidades ejecutadas, y el pago de las facturas por parte de CNR.

#### **4.1.1. Modelo geológico de la Mina La Francia.**

El perito técnico (Universidad Nacional de Colombia – Facultad de Minas), en su respuesta a la pregunta 7 del cuestionario del CMC, expresó su opinión acerca de la importancia del modelo geológico de la Mina en la determinación de los recursos y de las reservas extraíbles a cielo abierto, así:

*“Para la estimación de recursos y reservas es pertinente tener al menos un modelo geológico que describa la información de la disposición espacial de las reservas en el yacimiento, por lo cual se genera una relación explícita entre la cantidad de reservas y el modelo geológico desarrollado, de tal forma que sí el modelo cambia (por mejoramiento del nivel de incertidumbre, recopilación de nueva información, uso de nuevas tecnologías en el acopio de información, etc.), cambiará también la cantidad de reservas en el depósito. De esta manera, el modelo induce el cálculo de reservas, con todas las características de la información que el modelo contenga (desviaciones, errores o incertidumbres), lo cual define un sentido racional: el modelo geológico produce datos entre los que se encuentran los recursos y las reservas.”<sup>240</sup>*

En la respuesta a la pregunta 9 del cuestionario del CMC, el perito técnico se pronunció acerca de la fecha de elaboración del modelo geológico de la Mina

---

<sup>240</sup> Dictamen técnico de la Universidad Nacional de Colombia – Facultad de Minas, C. Pruebas 34, fl. 130. Similar respuesta dio el perito técnico a la pregunta 9 de cuestionario de CNR.

La Francia, sus modificaciones, revisiones o actualizaciones y quién las efectuó, su nivel de exactitud y de cambio según la explotación realizada, y el grado de participación de la firma SRK Consulting en su elaboración, en los siguientes términos:

*“a) El perito técnico encuentra que la primera interpretación geológica referenciada de la mina La Francia fue elaborada en 1993.*

*El modelo geológico se fundamentó en estudios previos realizados por Siminera y posteriormente por Geominas, que sirvieron para definir las reservas del pit A y del pit B. Estos valores, según los lineamientos estratégicos de minería contenidos en el PPM (“Anexo 4” de la “Oferta mercantil”), fueron la base para la elaboración del primer modelo geológico conocido por el perito, que corresponde al año 2005 (sin fecha exacta de su elaboración), el cual ha sufrido modificaciones. Estos cambios se especifican en la línea de tiempo del modelo geológico, presentada como anexo 2 a este informe.*

*b) Entre el año 2006 y 2012, de acuerdo con la información disponible se reportan siete modificaciones del modelo geológico, realizadas por CNR.*

*c) Un modelo geológico nunca es definitivo en la extracción minera.*

*d) Un modelo geológico por definición no es exacto, es un modelo que posee un grado de imprecisión e incertidumbre. Es dinámico y debe complementarse continuamente, con base en la información de la explotación, que puede ser de las áreas expuestas o de las perforaciones exploratorias adicionales y de las perforaciones utilizadas para las voladuras, con el objeto de reducir la incertidumbre y mejorar su grado de precisión.*

*e) Al revisar los documentos “Pre-feasibility Study: Compania Carbones del Cesar La Francia Mine. Revised and Restated 20/10/05” y “Pre-feasibility Study: Compania Carbones del Cesar La Francia Mine”, creados por SRK, se encuentra lo siguiente:*

*“\* During January 2005, Paul Bright (Principal Coal Geologist) visited the mine as a member of an SRK team which was project managed by Keith Philpott (Principal Coal Geologist). Both persons were responsible for reporting the earlier project and are joint principal authors of this report.*

*\* SRK has reviewed the Carbocesar reserves at January 1 2005, for Block AB and has classified 23.95 million tonnes (Mt) as Proven Reserves for a 125m deep pit and 26.75Mt Proven Reserves for a 175m deep pit in Compliance with Part 2.2 of NI 43-101.*

*\* This report follows a brief review report for the mine produced by SRK in January 2005 and a valuation study, and other documents, produced (in Spanish) in September 2004 by a Colombian consultancy, Geominas. SRK has reviewed the available reports and documents,*

*visited the mine site, interviewed mine personnel, and carried out limited geological and engineering modelling of the deposit.*

*\* A review of the geological information was undertaken which indicated that the fault between Blocks A and B was much smaller than previously thought. Carbocesar decided to work the coal Blocks A and B as one operation (excavation or pit AB). The existing site contract was revised and awarded to CMC for the recovery of 15 Mt of coal on 31 August 2005”.*

*Por lo tanto, aproximadamente en enero de 2005, SRK Consulting participó en la estimación o estudios, y en la generación de información, que sirvieron de base para calcular el total de reservas extraíbles a cielo abierto. Estos se basan en la “Oferta mercantil” de agosto de 2005, y en la información técnico-geológica desprendida desde el año 2004.*

*f) El modelo geológico es una construcción diseñada con la información geológica obtenida del depósito y éste se configura como uno de los elementos que, junto con otros, definen el plan minero y, por lo tanto, la secuencia de la explotación, sus limitaciones y alcances.”<sup>241</sup>*

En capítulo anterior de este laudo, al ocuparse de analizar el contrato celebrado por las partes, ya el Tribunal estableció que CNR tenía a su cargo el deber de elaborar y actualizar el modelo geológico de la Mina, el cual constituía presupuesto fundamental de todos los Planes Mineros, y el dictamen pericial técnico determinó que dicho modelo geológico no fue adecuadamente ajustado conforme a las buenas prácticas de la industria minera. En efecto, en la respuesta a la pregunta 13 del cuestionario de CNR, se dijo: *“El perito técnico considera que los procedimientos adelantados por parte de CNR para ajustar el modelo geológico no cumplieron con las buenas prácticas de la industria.”<sup>242</sup>*

Y en la respuesta a la pregunta 14 del cuestionario de CNR, dice el dictamen técnico: *“De acuerdo con la respuesta a la pregunta 13, el perito técnico considera que el modelo geológico vigente desde enero de 2010 no ha sido preparado y actualizado siguiendo las buenas prácticas de la industria.”<sup>243</sup>*

Estas respuestas fueron ratificadas por el perito en el escrito de aclaraciones y complementaciones al dictamen técnico (C. Pruebas 34, fls. 34).

De otra parte, el perito técnico, en la respuesta a la pregunta 57 del cuestionario del CMC, determinó que: **“El modelo geológico fue elaborado de manera conjunta por las partes, para la elaboración de la secuencia 5.3.2; luego del año 2007 el CMC y posteriormente CMC SAS no tuvieron acceso al modelo geológico, porque este fue restringido como confidencial por parte del dueño, luego de la inscripción de la empresa en la Bolsa de Valores de Toronto”<sup>244</sup>** (resalta y subraya el Tribunal), de lo

<sup>241</sup> Ibídem, C. Pruebas 34, fl. 131

<sup>242</sup> Ibídem, C. Pruebas 34, fl. 06.

<sup>243</sup> Ibídem, C. Pruebas 34, fl. 06.

<sup>244</sup> Ibídem, C. Pruebas 34, fl.168 vuelto



cual se sigue que ninguna responsabilidad tuvo la parte convocada en el manejo del modelo geológico de la Mina después de que este fue restringido como confidencial por parte de CNR, “*luego del año 2007*”.

De acuerdo con la prueba pericial anteriormente reseñada, el Tribunal concluye que para el período comprendido entre el 18 de marzo de 2010 y el 21 de enero de 2013, el modelo geológico de la Mina La Francia no constituía una base técnicamente adecuada y suficiente para la elaboración de los Planes Mineros previstos en el contrato.

#### **4.1.2. Plan Minero y Protocolo de Planeación Minera (PPM).**

El Tribunal, al ocuparse del análisis del contrato celebrado por las partes de este trámite, ha establecido previamente, entre otras cosas:

(i) que en la cláusula tercera del Acta de Reinicio se le atribuyó a CDC la carga de “concertar” con el CMC, dentro de los cinco días hábiles después de firmada el Acta de Reinicio, un Plan Minero anual, trimestral y mensual;

(ii) que las partes se obligaron a concertar el nuevo Plan Minero anual, trimestral y mensual, que debía basarse en los criterios específicos convenidos para el efecto en dicha cláusula, lo que de entrada sugiere un compromiso de CDC (y de su sucesor CNR) de procurar dicha concertación con el CMC dentro del plazo fijado para ello y teniendo en cuenta tales criterios, así como también debía el CMC recíprocamente estar en disposición de participar en dicha concertación;

(iii) que la planeación minera en sus facetas estratégica y táctica u operativa, complementarias entre sí, es una actividad fundamental del negocio minero, a partir de la cual se determina técnicamente la manera de explotar el yacimiento y la forma de llevar a cabo la progresiva separación de su contenido valioso durante el proceso productivo, a corto, mediano y largo plazo, con miras a optimizar y maximizar el valor de la explotación teniendo en cuenta, entre otros factores, las características, posibilidades y limitaciones del yacimiento, los recursos disponibles para su explotación y los cambios relevantes en las condiciones técnicas del recurso minero y de la operación, así como del mercado;

(iv) que cuando para el desarrollo de la explotación el dueño de los recursos minerales vincula a un operador minero, mediante un contrato de operación minera, la planeación debe hacerse, revisarse y ajustarse conjuntamente por ambas partes a lo largo de la vida del contrato, quienes han de cooperar para estos propósitos, siendo como lo es la planeación minera un aspecto determinante para la buena ejecución del contrato de colaboración;

(v) que el cumplimiento de la obligación de concertar los planes era central para el buen desarrollo del Contrato celebrado por las partes de este trámite, e implicaba a su turno deberes y obligaciones muy precisos para ambas partes, pero de manera preponderante para el titular de la propiedad de la mina, esto es, CDC (y luego su sucesor, CNR), destinatario de la Oferta Mercantil, como eran las de (a) elaborar y actualizar el Plan Estratégico de Minería, como fundamento para la elaboración del Plan Minero, (b) cumplir

los compromisos asociados con el Protocolo de Planeación Minera, que era a juicio de este Tribunal la herramienta pactada para colaborar, (c) desarrollar y ajustar el Plan Minero y sentar así las bases que permitieran cumplirlo adecuadamente, (d) elaborar y actualizar el modelo geológico, presupuesto fundamental de todos los Planes Mineros, habida cuenta que, como lo señaló el perito técnico, “[u]n modelo geológico nunca es definitivo en la extracción minera”, y (e) propiciar la periódica conciliación y reconciliación de los resultados obtenidos a la luz de los Planes Mineros mensuales;

(vi) que a partir de lo anterior, el operador minero, conjuntamente con el destinatario de la Oferta Mercantil, debía concertar con este el Plan Minero anual, trimestral y mensual, teniendo en cuenta principalmente lo relativo al uso eficiente de la infraestructura del CMC para el logro de los objetivos del Plan Minero concertado, en particular lo concerniente a la planeación de la extracción mensual de las cantidades de carbón y remoción de estéril previstas por las partes, y

(vii) que la obligación contractual de concertación de los Planes Mineros mensuales, trimestrales y anuales era de resultado y no de medio.

Así mismo, se evidenció que en el Anexo No. 4 de la Oferta, se dispuso la realización de reuniones, periódicas del equipo del PPM, en particular:

- *“El último jueves de cada mes, en la Reunión de Coordinación y Revisión del Plan Minero se entregará el plan minero mensual del mes siguiente.*
- *El segundo jueves de cada mes, se hará una Revisión Mensual de Resultados, que incluya el seguimiento al cumplimiento de los planes de minería, desviaciones y acciones para mejorar el desempeño de acuerdo con el Acta Mensual de Medición.*
- *Trimestralmente se deben realizar reuniones conjuntas de revisión de resultados. Esta reunión se debe realizar los terceros Jueves de Enero, Abril, Julio y Octubre. La misma incluye y reemplaza la reunión mensual de resultados de esos meses.”*

A esta altura el Tribunal anota que los acuerdos contractuales a los que llegaron las partes en esta materia eran consistentes con las buenas prácticas de la industria minera, conforme a las cuales los planes mineros y sus modificaciones deben ser el resultado de la concertación entre el propietario de los recursos minerales y el operador de la mina, con miras a optimizar la explotación del yacimiento minero.

Amén de lo anterior, en el dictamen técnico, en la respuesta a la pregunta 63 del cuestionario de CMC, en la cual se le pidió al perito identificar técnicamente qué aspectos del PPM quedaron vigentes con la suscripción del “Acta de Reinicio y Transacción”, se dijo: *“En la revisión detallada del “Acta de reinicio y transacción” no se menciona modificación alguna al PPM. Por consiguiente, el perito técnico considera que con la firma de dicha acta*

*no se modifica ningún aspecto del PPM.”<sup>245</sup>, lo cual confirma que el PPM mantuvo su vigencia luego de la suscripción de la referida acta.*

Sin embargo, en este proceso se probaron diversos hechos que, en conjunto, evidencian que en la ejecución práctica del contrato, entre el 18 de marzo de 2010 y el 21 de enero de 2013, ambas partes se alejaron del deber ser consignado en los acuerdos referenciados, en cuanto a la planeación minera concertada, y en particular:

• **Primero:** En el período mencionado no se realizaron las reuniones del equipo de trabajo conjunto previsto en el PPM, el cual sin explicación clara se desintegró mucho tiempo antes, al parecer hacia mediados del año 2006 o comienzos del año 2007<sup>246</sup>, y no fue reconfirmado por las partes, como lo expusieron los testigos Víctor Hugo Campuzano Monsalve y Orlando Arturo Rivera Agudelo, quienes formaron parte del equipo del PPM, así:

**Testimonio de Víctor Hugo Campuzano Monsalve:**

*“DRA. MONROY: Cuéntele por favor al Tribunal lo que a usted le consta en relación con la forma en que se desarrolló el protocolo, las controversias que se presentaron, lo que usted recuerde.*

*SR. CAMPUZANO: Cuando se creó el protocolo entregaron como un programa de entrenamiento, compramos unas licencias de... en Chile que es un software que permite hacer costos... diseño minero y secuenciamiento, trajo un instructor de Chile, una capacitación, eso fue como en agosto, septiembre, por ahí por esos lados del 2005, después se recibió otro reentrenamiento, anteriormente se había contratado otro de los grupos, una vez estuvo completo los grupos era un grupo bastante numeroso porque estamos hablando desde el grupo de trabajo porque estaba el asesor y el interventor pero en grupo de trabajo trabajamos el coordinador, un jefe de planeación de largo plazo, un jefe de mediano, 6 planeadores, o sea ahí vamos 9, 4 geólogos, 13, y tres comisiones de topografía, o sea era un grupo de trabajo grueso.*

*Entonces se creó, se dio el entrenamiento, también se creó incluso un sitio de trabajo en Medellín en una oficina que funcionó por un tiempo, no recuerdo específicamente, estaba a cargo del ingeniero Jhon Villegas y desde ahí se coordinaba toda la planeación, entonces en la mina quedaban los que estaban encargados de corto plazo pero los lineamientos se seguían dirigiendo desde allá desde Medellín.*

*El protocolo trabajó con reuniones periódicas yo diría que completo, completo por ahí como hasta principios de 2007, después se fue desmembrando y en el 2008 ya CNR toma parte más activa en la creación de los planes porque muchos pares que eran del Consorcio se retiraron, es decir un planeador de largo plazo de CNR y había otro del*

<sup>245</sup> Ibídem, C. Pruebas 34, fl. 171.

<sup>246</sup> El dictamen técnico, en la respuesta a la pregunta 55 del cuestionario de CMC, indicó que “el PPM dejó de funcionar aproximadamente entre octubre de 2007 o inicios del 2008” (C. Pruebas 34, fl. 168 vuelto), época que en todo caso es muy anterior a la cesión del Contrato por parte de CDC a CNR, acaecida el 18 de marzo de 2010.

*Consortio pero entonces al retirarse del Consorcio, CNR queda con una responsabilidad muy grande porque los planes hay que seguirlos construyendo, es una obligación del Estado también, no podemos dejar la mina así al aire sin hacer un plan, sin saber para dónde vamos, hay que presentarle informes periódicos al Estado y también es responsabilidad del yacimiento porque uno con una mina mal diseñada se puede tirar un depósito y tirarse un depósito no es tan fácil porque ahí hay un tema de regalías para el Estado y de muchos factores que no están, no puede quedarse así en el aire.*

*Entonces el protocolo se fue como desmembrando gradualmente, se siguen haciendo reuniones pero ya el Consorcio no toma parte tan activa porque realmente no tiene para hacerlo, el único planeador que quedó ahí es el señor Orlando Rivera que con Orlando siempre si bien nosotros hacíamos casi que el grueso del plan, siempre se le invitaba a la reunión a él, a los señores de producción del Consorcio. Qué se hacía primero, construíamos un pre-plan: -mire, esto es un borrador de lo que puede ser el plan, por qué no suben para que lo discutamos-, se hacían reuniones, lo miramos, los discutíamos, hacían aportes, muchas veces eran aportes interesantes, incluso obligaban a hacer muchas modificaciones porque ellos: -mire, por qué no hacemos mejor esto este mes y el otro mes-, el dibujito que teníamos del trimestre, -que no, que programemos mejor este mes acá y el otro mes yo me pongo al día y al final del trimestre estamos donde tenemos que estar-, eso se conversaba.”<sup>247</sup>*

#### **Testimonio de Orlando Arturo Rivera Agudelo:**

*“DR. NAMÉN: Usted nos habló de una planeación conjunta realizada por el grupo interdisciplinario de este protocolo de planeación minera. ¿Nos quiere por favor indicar en lo que usted recuerde hasta cuándo funcionó ese grupo de planeación conjunta?*

*SR. RIVERA: El protocolo de planeación minera se formó como de julio de 2005 hasta julio-agosto de 2006, hasta ahí funcionó el protocolo de planeación minera que estaba conformado a la cabeza del ingeniero Jhon Villegas, el interventor sí era el ingeniero Víctor Campuzano y él coordinaba el mediano plazo, y la ingeniera Stella Avila era la encargada del corto plazo, había 3 ingenieros de parte de CMC y 3 ingenieros de CCC, un geólogo de cada parte eso sí funcionó, ahí hicimos la secuencia 5.3.2 hasta diciembre de 2005 y ahí nos trasladamos para Medellín la gente del protocolo. En Medellín estuve yo hasta julio o agosto y ahí ellos se vinieron como al mes de Medellín los que quedaron y estábamos 3 ingenieros a la cabeza del ingeniero Jhon Villegas, 3 ingenieros de parte de CMC y 2 ingenieros de parte de CCC.”<sup>248</sup>*

Y más adelante en su declaración dijo este mismo testigo lo siguiente:

<sup>247</sup> Transcripción de la declaración del testigo Víctor Hugo Campuzano Monsalve, recibida en diligencia realizada el día 4 de abril de 2014, pag. 22 y 23 (C. de Testimonios 1, fls. 16 vuelto y 17).

<sup>248</sup> Transcripción de la declaración del testigo Orlando Arturo Rivera Agudelo, recibida en diligencia realizada el día 28 de mayo de 2014, pag. 28 (C. de Testimonios 1, fl. 329 vuelto).

*“DR. NAMÉN: Ingeniero, aquí se ha dicho que el protocolo de planeación minera funcionó hasta mediados del año 2008 y que particularmente dejó de funcionar porque los funcionarios del Consorcio Minero del Cesar se fueron retirando de la compañía y Consorcio Minero del Cesar nunca los reemplazó. ¿Qué tiene usted que decir sobre el particular?”*

*SR. RIVERA: Sí hubo gente que se retiró.*

*DRA. MONROY: Pero tal vez antes que hiciera la precisión en relación con la pregunta del doctor Namén sobre la fecha, usted nos ha dicho que funcionó hasta julio de 2006 y lo que se ha dicho aquí esto funcionó hasta julio de 2008 si no entendí mal.*

*SR. RIVERA:*

*No, es que el protocolo de planeación minera funcionó de julio hasta el 2006, julio-agosto.*

*DRA. MONROY: Desde el 2005 al 2006.*

*SR. RIVERA: Sí, no más, nosotros nunca más nos volvimos a reunir, es que lo demuestran los planes, es que mire la secuencia de los planes que yo presento tienen fecha entonces yo cómo iba a hacer a nombre propio y el gerente firmar sin funcionar el protocolo, el protocolo no lo manejaba el gerente, la doctora Sara Ramírez lo manejaba sino que eso dejó de funcionar y no sé los motivos, realmente desconozco los motivos, nunca nos volvimos a reunir.*

*DRA. MONROY: ¿Ustedes alguna vez preguntaron por qué no se reunían, de pronto de la nada dejaron de reunirse?”*

*SR. RIVERA: No sé qué pasó pero lo que sí sé es que problemas no hubo, nosotros no tuvimos ningún inconveniente ni decir que hubo problemas de parte de Coalcorp con el Consorcio, no.*

*DRA. MONROY: Cuando ustedes preguntaron por qué no se reúnen ¿les dijeron alguna razón?”*

*SR. RIVERA: Desconozco si era que a ellos no les gustaba ir allá a la oficina de nosotros, yo desconozco realmente los motivos, lo que le diga es hablar.”<sup>249</sup>*

La existencia y la labor del PPM y su desintegración fueron corroboradas por el perito técnico, la Universidad Nacional de Colombia – Facultad de Minas, cuyo coordinador del equipo designado para elaborar dicho dictamen, profesor Antonio José Romero Hernández, en la diligencia de contradicción del experticio rendido, ante las preguntas del señor apoderado de la parte convocante, manifestó lo siguiente:

---

<sup>249</sup> *Ibídem*, pag. 36 y 37 (C. de Testimonios 1, fl. 334).

*Dr. Suescun: Le pregunto, usted señala que la actualización de los planes mineros era de acuerdo con el contrato una obligación conjunta de las partes, le pregunto si sabe usted si las partes cumplieron con esa obligación de actualización de los planes? Para su orientación esta pregunta tiene relación con la 10 II y III (romano) de las aclaraciones y complementaciones solicitadas por CMC.*

*DR. ROMERO: Sí, nosotros pues en el análisis y en la obligación de la realización del proyecto minero, estamos hablando de una elaboración conjunta ente CNR y CMC, y nosotros en general lo que vamos a mostrar hoy es un rastreo de la información que nos permita mirar año a año si se cumplieron con los principales protocolos tanto protocolos que estaban definidos por las partes hacia la parte técnica o protocolos que nosotros consideramos son debidos a las buenas prácticas de la industria minera, era un compromiso la elaboración conjunta y **encontramos que en algunos años esa elaboración conjunta se dio especialmente en 2005 y 2006 y a partir de allí no hay una evidencia de la elaboración conjunta de los diferentes planos** (sic) incluyendo la elaboración del... esa referencia la hacemos a los protocolos firmados y acordados, pero igualmente estamos entendiendo que en cualquier operación minera especialmente la parte de planeación y la parte de ejecución tiene una participación directa en la elaboración de los diferentes modelos y planos.*

*DR. SUESCÚN: Le quisiera preguntar entonces en relación con su respuesta, si el plan de largo plazo 2008-2014 y el plan transitorio del 2010 son reflejo, en su entender o no, de la actuación de la planeación llevada a cabo de manera conjunta?*

*DR. ROMERO: **En la evidencia que tenemos no hay una evidencia de planeación conjunta de elaboración conjunta de los planos, como le decía tenemos evidencia 2005-2006** (...)”<sup>250</sup> (resalta y subraya el Tribunal).*

En cuanto a las reuniones previstas en el PPM, el perito técnico, en la respuesta a la pregunta 68 del cuestionario de CMC, indicó lo siguiente:

*“Según la revisión realizada de los documentos y archivos entregados por las partes, en ellos no existe constancia de la realización de las reuniones periódicas previstas en el PPM, ni de actas firmadas.*

*Las reuniones estaban plenamente identificadas y enunciadas cuando se firmó el PPM, pero no hay constancias de su citación.”<sup>251</sup>*

Así mismo, el perito técnico, en la respuesta a la pregunta 69 del cuestionario del CMC, manifestó que:

*“a) No existe información en los archivos de las partes o en los*

---

<sup>250</sup> Transcripción de la declaración del profesor Antonio José Romero Hernández, coordinador del equipo del perito técnico Universidad Nacional de Colombia – Facultad de Minas, y otros miembros del equipo de esta entidad, recibida en diligencia realizada el día 4 de noviembre de 2015, pag. 3 y 4 (C. de Testimonios 2, fl.163 vuelto).

<sup>251</sup> C. de Pruebas No. 34, fl. 183 vuelto.

*documentos aportados al proceso si durante la ejecución del contrato entre el 18 de marzo de 2010 y el 23 de enero de 2013 se efectuaron las reuniones de revisión mensual de resultados los segundos jueves de cada mes.*

*b) No existe información de haberse cumplido con las reuniones de los últimos jueves de cada mes para hacer las entregas del plan minero mensual del mes siguiente.”<sup>252</sup>*

Los elementos probatorios reseñados en precedencia le bastan al Tribunal para afirmar que entre el 18 de marzo de 2010 y el 21 de enero de 2013 ambas partes se apartaron de los deberes contractuales establecidos a su cargo en relación con el mantenimiento y el funcionamiento del Protocolo de Planeación Minera (PPM), mecanismo contractual establecido en la Oferta y su Anexo No. 4 para posibilitar la realización de una planeación minera concertada a lo largo de la vida del contrato, y añade el Tribunal que en el plenario no aparecen acreditados reclamos, quejas o reservas de CNR –que como se dijo tenía una especial carga obligacional al respecto-, o del operador, por la no realización de las reuniones del equipo de trabajo conjunto previsto en el PPM, o por su desintegración, de lo cual se infiere sin lugar a duda que ambas partes conocieron, consintieron y toleraron esa desviación ostensible de los términos pactados.

• **Segundo:** En el período mencionado la mayoría de los proyectos de planes mineros elaborados por CNR fueron entregados al operador por fuera del término contractual estipulado para ello.

En el Anexo 4 de la Oferta, Protocolo de Planeación Minera, se estableció la periodicidad para la entrega de los Planes Mineros mensuales por parte del destinatario de la Oferta al operador, el último jueves de cada mes anterior al del respectivo Plan Minero.

El perito técnico, en la respuesta a la pregunta 67 del cuestionario del CMC, sobre la base del análisis de la información que le fue suministrada, determinó la fecha de entrega de los borradores de planes mensuales elaborados por CNR mediante la elaboración de un cronograma, donde estableció cuántos días transcurrieron con posterioridad al último jueves de cada mes anterior al del respectivo Plan Minero, evidenciando lo siguiente para el período comprendido entre marzo de 2010 y enero de 2013<sup>253</sup>, así:

### **Año 2010**

○ “(...) el Plan minero Marzo de 2011 (sic) se entregó cuatro días después de la Fecha de corte establecida para la entrega de dicho plan según el PPM.”

<sup>252</sup> C. de Pruebas No. 34, fl. 183 vuelto.

<sup>253</sup> C. Pruebas 34, fls. 178 Vuelto.

- “(...) el Plan minero Junio de 2011 (sic) se entregó cuatro días después de la Fecha de corte establecida para la entrega de dicho plan según el PPM”
- “(...) el Plan minero Agosto de 2010 se entregó tres días después de la Fecha de corte establecida para la entrega de dicho plan según el PPM.”
- “(...) el Plan minero Septiembre de 2010 se entregó seis días después de la Fecha de corte establecida para la entrega de dicho plan según el PPM.”
- “(...) el Plan minero Noviembre de 2010 se entregó dos días después de la Fecha de corte establecida para la entrega de dicho plan según el PPM.”
- “(...) el Plan minero Diciembre de 2010 se entregó siete días después de la Fecha de corte establecida para la entrega de dicho plan según el PPM.”

#### **Año 2011**

- “(...) el Plan minero Febrero de 2011 se entregó seis días después de la Fecha de corte establecida para la entrega de dicho plan según el PPM.”
- “(...) el Plan minero Octubre de 2011 se entregó nueve días después de la Fecha de corte establecida para la entrega de dicho plan según el PPM”
- “(...) el Plan minero Noviembre de 2011 se entregó tres días después de la Fecha de corte establecida para la entrega de dicho plan según el PPM.”

#### **Año 2012**

- “(...) el Plan minero Febrero de 2012 se entregó 13 días después de la Fecha de corte establecida para la entrega de dicho plan según el PPM.”
- “(...) el Plan minero Marzo de 2012 se entregó cuatro días después de la Fecha de corte establecida para la entrega de dicho plan según el PPM.”
- “(...) el Plan minero Abril de 2012 se entregó ocho días después de la Fecha de corte establecida para la entrega de dicho plan según el PPM.”
- “(...) el Plan minero Mayo de 2012 se entregó 12 días después de la Fecha de corte establecida para la entrega de dicho plan según el PPM.”



- “(...) el Plan minero Junio de 2012 se entregó seis días después de la Fecha de corte establecida para la entrega de dicho plan según el PPM”
- “(...) el Plan minero Julio de 2012 se entregó 10 días después de la Fecha de corte establecida para la entrega de dicho plan según el PPM.”
- “(...) el Plan minero Agosto de 2012 se entregó un día después de la Fecha de corte establecida para la entrega de dicho plan según el PPM.”
- “(...) el Plan minero Septiembre de 2012 se entregó un cuatro (sic) después de la Fecha de corte establecida para la entrega de dicho plan según el PPM.”
- “(...) el Plan minero Octubre de 2012 se entregó un (sic) después de la Fecha de corte establecida para la entrega de dicho plan según el PPM.”
- “(...) el Plan minero Noviembre de 2012 se entregó seis días después de la Fecha de corte establecida para la entrega de dicho plan según el PPM”
- “(...) el Plan minero Diciembre de 2012 se entregó un día después de la Fecha de corte establecida para la entrega de dicho plan según el PPM.”

### **Año 2013**

- “(...) el Plan minero Enero de 2013 se entregó el día de la Fecha de corte establecida para la entrega de dicho plan según el PPM.”

De acuerdo con los hallazgos del perito técnico que se dejan reseñados en precedencia, se tiene que en el año 2010, de 10 borradores de Planes Mineros mensuales del período marzo – diciembre, 6 fueron entregados después de la fecha de corte establecida en el PPM; en el año 2011, 3 de los 12 borradores de Planes Mineros mensuales fueron entregados después de la fecha de corte establecida en el PPM; en el año 2012, 11 de los 12 borradores de Planes Mineros mensuales fueron entregados después de la fecha de corte establecida en el PPM; y en el año 2013, el borrador del Plan Minero del mes de enero de 2013 se entregó el día de la fecha de corte establecida para la entrega de dicho plan según el PPM. En conjunto, resulta entonces que dentro del período comprendido entre marzo de 2010 y enero de 2013 la mayoría de los proyectos de planes mineros elaborados por CNR (20 de un total de 35) fueron entregados al operador por fuera del término contractual estipulado para ello, conducta que a la luz de la importancia de la planeación mensual que debían observar las partes, resulta relevante pues afecta las actividades de conciliación y reconciliación de los resultados mes a mes, pues es claro que cada mes, los resultados de esos períodos debían reconciliarse para efectos de tenerlos en cuenta para la formulación del siguiente plan mensual.

- **Tercero:** En los años 2010, 2011 y 2012, el Plan Estratégico no se revisó cada año a más tardar el 15 de agosto.

En el Anexo No. 4 de la Oferta (C. Pruebas 1, fl. 33), titulado “*PROTOCOLO DE PLANEACION MINERA – MINA LA FRANCIA (PMA)*”, se contempló, entre otras cosas, que el Plan Estratégico se debía revisar cada año a más tardar el 15 de agosto.

La revisión del Plan Estratégico era una actividad contractual conjunta y esencial en la medida en que dicho documento recogía los lineamientos generales definidos por CCC para la elaboración del Plan Minero, y en esa medida se requería de su revisión y ajuste anual de cara a la evolución de la explotación de la Mina, con la consiguiente incidencia en los subsiguientes Planes Mineros.

El perito técnico, en la respuesta a la pregunta 58 del cuestionario del CMC, señaló lo siguiente:

*“Según lo establecido en el PPM (“Anexo 4” de la “Oferta mercantil”), el plan estratégico es el documento que recoge los lineamientos generales definidos por CCC (Titular minero) para la elaboración del plan minero:*

- a) A CCC le correspondía la elaboración del “Plan estratégico de minería”.*
- b) El plan estratégico debía presentarse el 15 de julio de 2005.*
- c) El perito encontró en el “Anexo 4” de la “Oferta mercantil”, denominado “Lineamientos estratégicos para el plan minero”.*
- d) En el informe de avance de planeación minera, cuya presentación registra la fecha 22 de septiembre de 2004, en la tabla “recuento de actividades desarrolladas hasta el 20 de Julio” se registra la “Entrega de los lineamientos estratégicos para el plan minero” el 18 de julio de 2005. Dentro de la documentación aportada, el perito no encontró evidencia de la entrega de dicho documento..*
- e) En la industria minera, si no se cuenta con un plan estratégico, no se tendrá un marco de referencia de parámetros, lineamientos, directrices, indicadores, entre otros, con los cuales se controla la operación de la mina.*
- f) Dentro de la documentación revisada, el perito no encontró evidencia de que haya sido revisado anualmente.***
- g) Dentro de la documentación aportada, el perito no encontró evidencia de que el plan estratégico se haya basado en una optimización minera.*
- h) Para la construcción de los lineamientos estratégicos, el perito considera que no es necesario un proceso de optimización de la mina. El documento en cuestión recomienda el desarrollo de ejercicios de optimización del pit y no refiere a lineamientos de planeación estratégica (véase página 46, estudio de SRK, viñeta 4).*
- i) El perito no tiene elementos para concluir tal afirmación. Las optimizaciones son una actividad recomendada para maximizar la extracción del recurso, pero no puede considerarse como la única garante del éxito de una operación de extracción de minería.*

*j) Los lineamientos estratégicos fueron definidos dentro de la “Oferta mercantil”. La producción de la mina no se afecta por la ausencia de la optimización.”<sup>254</sup> (resalta y subraya el Tribunal)*

Así las cosas, en el proceso que nos ocupa no se probó que en los años 2010, 2011 y 2012, se hubiera revisado el Plan Estratégico, dentro de la oportunidad pactada para el efecto (a más tardar el 15 de agosto de cada año), como tampoco que en el período en mención las partes se hubieran cruzado quejas o reclamaciones por la no realización de esa actividad contractual, de lo cual se sigue que tal omisión también fue conocida, consentida y tolerada por ambas partes.

• **Cuarto:** En el período mencionado, no se hicieron conciliaciones y reconciliaciones de los aspectos relevantes de la explotación de la Mina.

La conciliación y reconciliación periódicas son buenas prácticas de la industria minera, que deben ser realizadas conjuntamente por el dueño de los recursos naturales y el operador, para posibilitar la articulación debida entre la planeación minera, la ejecución de los planes adoptados en el marco de la operación y el ajuste de la planeación a partir de la verificación de lo ejecutado, adoptando de manera oportuna los correctivos que resulten necesarios, todo ello en función de optimizar el proceso de explotación del yacimiento minero.

En el caso que ocupa al Tribunal, el perito técnico estableció que en el desarrollo del Contrato las partes no hicieron conciliaciones y reconciliaciones de reservas del modelo geológico de la Mina, ni de los planes mineros, ni de la ejecución de la explotación de la Mina, como se indica en las siguientes preguntas y respuestas extraídas del dictamen pericial – cuestionario del CMC:

**“Pregunta 18**

*En su respuesta a la Pregunta 3 del Dictamen Técnico de CMC, el Sr. Medina afirma que existe una desviación del 16.5% de las “cantidades de carbón que tenía el modelo versus el carbón que realmente se extrajo”. Dado que en la comparación que hace el Sr. Medina no se distingue el modelo geológico para la mina La Francia del modelo más refinado de evaluación de reservas (resultante de la aplicación de los factores de ajuste y supuestos a que se refieren las Preguntas 15) y 16)) y que coteja la producción lograda contra el modelo geológico en vez de hacerlo frente al aludido modelo más refinado, le pregunto si, en su opinión, ¿dicha comparación es técnicamente válida?*

**Respuesta:**

*El perito no tiene información detallada del cálculo ejecutado por el señor Medina, además no se tienen datos de conciliación ni de reconciliaciones sobre las evaluaciones de reservas de los modelos geológicos, que permitan hacer comparaciones entre lo planeado y lo realmente ejecutado, lo cual corresponde a las buenas prácticas de la*

<sup>254</sup> C. Pruebas 34, fl. 169 y 169 vuelto.

*industria minera.*<sup>255</sup>

**“Pregunta 99**

*Precise si en los planes mineros elaborados por CNR se introducían las correcciones y los ajustes necesarios - para dar cuenta del desempeño pasado de CMC; de sus incumplimientos y desviaciones de los planes mineros, incluyendo el retraso en el retrolleado - todo ello con el fin de alcanzar el fondo del Pit en el nivel de – 120 m.s.n.m.*

**Respuesta:**

*El perito técnico en la revisión de los planes mineros, no encontró constancia de las correcciones y los ajustes necesarios que debieran ser introducidos en los planes mineros elaborados por CNR. Además no se ha encontrado conciliaciones ni reconciliaciones.*<sup>256</sup>

**“Pregunta 113**

*Por favor compare la producción lograda por los miembros del CMC frente a lo previsto en los planes mineros mensuales. Coteje los volúmenes de extracción establecidos en los planes con la producción efectiva de los miembros del CMC en cada uno de los Bloques Superficiales y los Bloques Profundos para el periodo entre 2010 y 2012, de manera mensual.*

**Respuesta:**

*En actas de producción no se tiene en cuenta la producción lograda bloque a bloque (los bloques existentes en el tajo según planes mineros aportados y revisados son: Bloque 1, Bloque 2, Bloque 3, Bloque 4, Bloque 5, Bloque 6, Bloque 7, Bloque -1 y Bloque B prima). De la información aportada por parte de los miembros del CMC, simplemente se presenta la producción total del mes. No hay conciliaciones ni reconciliaciones.”*<sup>257</sup>

Sobre el mismo particular, en la audiencia de contradicción del dictamen técnico, en preguntas hechas a los miembros del equipo técnico Roberto Castañeda y José Antonio Romero Hernández, se expuso lo siguiente:

*“DRA. MONROY: Y también quisiera una precisión, profesor, sobre la práctica de la conciliación o reconciliación, suena como a derecho de familia, pero no, porque a mí me llamó mucho la atención desde que empezamos a adentrarnos en estas materias, cómo ese en este caso parece ser un término técnico, yo quisiera que usted nos explique cuál es el alcance de la actividad digamos de conciliación y de reconciliación si es que... y si se realizó?”*

<sup>255</sup> C. Pruebas 34, fl. 8.

<sup>256</sup> C. Pruebas 34, fl. 37 vuelto.

<sup>257</sup> C. Pruebas 34, fl. 59.

*SR. ROMERO: Es una práctica de la ingeniería, cada vez adquiere mayor importancia sobre todo cuándo hay un grupo que se dedica a la planeación y un grupo que se dedica a la operación, especialmente en el caso de la minería diferente de otras ingenierías, como hay inferencia de datos, hay unos supuestos que hay que validar y hay un conocimiento que todavía no se tiene digamos en continuo, el que planea compara con el que hace la operación y hace una conciliación de los datos que planeó contra los datos.*

*Por ejemplo, si yo estoy definiendo que hay una pendiente de uno de los taludes o de una de las paredes y esa pendiente la definí en 45° por decir algo, el que haya más o menos me va a dar unas condiciones de conciliación para decir si tengo que corregir o no corregir, en esas segundas, en ese seguimiento que en los ciclos de planeación y seguimiento se hace, en ese seguimiento yo doy la recomendación para que se corrija lo que encontré frente a la planeación inicial y debe haber una segunda mirada para verificar que se cumplió con eso, eso puede ser eterno, pero generalmente lo que se requiere es o con ayudas, con ayudas tecnológicas, hoy por ejemplo con rayos, con sistemas de láser se puede hacer el seguimiento de las excavaciones y sobre-excavaciones y poner correctivos, lo que lleva la conciliación es hacer correcciones de la planeación que hicimos, no sé si ustedes quieren comentar.*

*SR. CASTAÑEDA: Una cosa... digamos sencilla, que con esa... los gerentes de procesos específico virtuoso de la calidad, yo planeo hoy, lo ejecuto, lo verifico y a partir de la verificación encuentro la diferencias, al encontrarlas yo las hago, hago una planeación, la ejecutan y voy y verifico cuál es la relación que hay entre mi misión y ejecución, de ahí salen unas diferencias, no nos podemos limitar a identificar las diferencias, sino que tenemos que identificar las diferencias, la magnitud de las diferencias y calcular, definir cuál es la causa de raíz de las diferencias, a parte con esa información viene el próximo paso, ya que, por ejemplo, este es un manto de carbón no se está recuperando bien, por qué?, porque por la noche no le colocan una planta de luz, eso es un... entonces que pasa, de noche el carbón es negro, no se ve, si no tiene una planta de luz se pierde carbón, si se identifica eso en el proceso de conciliación la solución es ponerle una planta de luz y si no hay planta de luz no operan más allí, ese proceso de seguimiento permanente, en operaciones mineras es una buena práctica de minería y que genera el mayor beneficio para las operaciones, la tendencia natural de todos nosotros los seres humanos es hacer las cosas fáciles y bien.*

*Qué pasa, que el plan minero tiene cosas fáciles, cosas un poquito más difíciles, y tiene cosas súper difíciles pero todas hay que hacerlas, entonces no las podemos eludir, entonces que pasa, que tenemos que hacer el seguimiento detallado porque si no se le hace seguimiento a lo que se planeó se pierde el control.*

*DRA. MONROY: O sea que es un término digamos de la industria, el tema de las conciliaciones y las reconciliaciones?*

*SR. CASTAÑEDA: Le voy a poner un ejemplo sencillo, valdría la pena que los peritos supieran y alguno investigara porque el costo de reciclaje de las cadenas vale el doble de lo que se proyectó, nos daría seguramente*

*DR. CUARTAS: Pero en este caso que encontraron ustedes?*

*DR. SUESCÚN: Sí, se hicieron, no se hicieron.*

*...: No, no se hicieron.*

*SR. ROMERO: Lo que encontramos es que la confrontación de la planeación con la operación no se realizó, ese ejercicio de conciliación donde deben participar los dos, donde no es del departamento de planeación sobre el departamento de operación, sino sobre donde el departamento de planeación y el de operación deben ayudar a planear porque es un bien para la empresa, es un bien para la estabilidad, incluso es un bien para la seguridad de la explotación e incluso para la seguridad de los que están trabajando allí, si yo no estoy verificando bien el estado paredes por ejemplo, estado de taludes pues voy a poner en riesgo a quienes están trabajando allá, hay que hacer un seguimiento permanente a muchas variables y hay que conciliarlas, conciliarlas es traer remedio, es remediar, remediar lo que se está haciendo porque incluso puede que esté perdiendo plata es el operador, cierto, puede uno estar pensando que el dueño de la mina diga: no, yo estoy perdiendo plata.*

*Es que el operador puede estar perdiendo plata por una práctica que no se está haciendo bien, no encontramos evidencias escritas o documentos que nos permitan hacer eso a pesar de que de pronto el operador hizo algunas comparaciones que se llaman, perdón CNR hizo algunas comparaciones conciliando lo que planeo por resultado, pero esa interacción no la encontramos.”<sup>258</sup>*

Lo anterior evidencia que entre el 18 de marzo de 2010 y el 21 de enero de 2013, las partes no hicieron conciliaciones y reconciliaciones de los aspectos relevantes de la explotación de la Mina, inobservando las buenas prácticas de la industria minera en esta materia.

Recapitulando lo hasta aquí expuesto, el Tribunal concluye que para el período de la relación contractual que resulta relevante en el presente litigio, esto es, entre el 18 de marzo de 2010 y el 21 de enero de 2013, las partes no cumplieron los acuerdos escrituralmente declarados acerca de la manera como se debía llevar a cabo la planeación minera, contenidos en la Oferta Mercantil, su Anexo No. 4 – Protocolo de Planeación Minera (PPM), y las modificaciones contractuales pertinentes atrás referenciadas, y el PPM no tuvo vigencia, toda vez que el equipo de trabajo conjunto previsto en el PPM se disolvió mucho

<sup>258</sup> Transcripción de la declaración del profesor Antonio José Romero Hernández, coordinador del equipo del perito técnico Universidad Nacional de Colombia – Facultad de Minas, y otros miembros del equipo de esta entidad, recibida en diligencia realizada el día 4 de noviembre de 2015, pág. 140 - 142 (C. Testimonios 2, fls. 231 y 232).

tiempo antes de que se produjera la cesión del contrato de operación minera por parte de CDC a CNR, y, por ende, no se reunió en dicho lapso para tratar los temas que debían ser objeto de las reuniones de entrega del Plan Minero de largo y mediano plazo, de coordinación y revisión del Plan Minero, y de revisión mensual y trimestral de resultados; los proyectos de planes mineros elaborados por CNR en la mayoría de los casos fueron entregados al operador por fuera del término contractual estipulado para ello, y el Plan Estratégico no se revisó cada año a más tardar el 15 de agosto. Además, no se hicieron conciliaciones y reconciliaciones de los aspectos relevantes de la explotación, y en esas condiciones considera el Tribunal que los Planes Mineros que se aportaron al expediente no tienen el carácter de planes mineros concertados, sino que fueron en realidad proyectos de planes mineros elaborados por CNR, cuya concertación o aceptación rechazó la parte convocada, afirmando que carecían de valor vinculante para las dos partes.

Lo que fue probado, en cambio, es que durante el período en mención las partes con sus respectivas conductas contractuales omisivas descritas se colocaron voluntariamente en una situación de planeación minera *de facto*, que fue conocida, consentida y tolerada por ambas a ciencia y paciencia.

Dicha situación de planeación minera *de facto* aparece reconocida documentalmente al interior de CNR, en el mensaje de correo electrónico de fecha 31 de mayo de 2013 a las 23:02, con referencia "Planeación de la Mina", remitido por Marcelo Merino, funcionario de CNR, a Jon Woolliscroft, de SRK, con copia, entre otros, a los funcionarios de CNR Juan Carlos Gómez, Rafael Otero y Víctor Campuzano, visible en el C. Pruebas 26, fl. 605, y en el C. Pruebas 28, fl. 1408), que en sus apartes pertinentes dice así:

○ **"Únicamente un plan minero de largo plazo fue suscrito entre las partes, los predecesores de CMC y CdC a finales del 2005 o comienzos de 2006. El plan fue suscrito por los miembros de las juntas de las partes contratantes (en realidad ellos eran en su mayoría los mismos). Desde entonces no ha habido planes mineros formalmente acordados o documentados. Existen muchas reuniones regulares y e-mails relacionados con planes pero no hubo planes mineros concertados, desarrollados y suscritos por ambas partes, CMC y CNR.**

○ *CNR adquirió los activos de CdC y no la compañía, por tanto no tenemos acceso a las minutas del plan minero de largo plazo inicial suscrito por las juntas.*

○ **La planeación minera de facto se convirtió en la actividad desarrollada por CNR pero CMC nunca aceptó ningún plan.** (resalta y subraya el Tribunal)

Sobre este mismo asunto, otras pruebas allegadas a este proceso indican que, en el marco de la situación de planeación minera *de facto*, que siguió a la desintegración del PPM, CNR elaboró diversos proyectos de planes

mineros anuales, trimestrales y mensuales que entregó al CMC y que este tomaba como una guía para la operación minera más no como un compromiso vinculante, y en la práctica las tareas a realizar y las cantidades de remoción de estéril y de carbón efectivamente ejecutadas fueron en gran medida el resultado de las decisiones de explotación adoptadas conjuntamente en sitio, durante las reuniones diarias de producción realizadas por funcionarios de ambas partes en el denominado “mirador de la Mina”. Tales decisiones no quedaron documentadas en actas, pero la producción de estéril y de carbón sí era documentada en las actas de producción de estéril y de carbón, firmadas por funcionarios de ambas partes. Las decisiones de planificación de la producción eran reflejadas en los llamados “planes mineros semanales”, elaborados por el operador –no previstos en el contrato-, los cuales fueron entregados hasta el mes de junio de 2012, en los que se hacía un recuento de las actividades ya realizadas y que junto con las actas de producción servían como mecanismo de seguimiento de las labores de explotación de la Mina y de medición de lo ejecutado para efectos del pago al operador.

Los proyectos de planes mineros elaborados por CNR para el período 2010 – 2012, obran en el expediente (C. Pruebas 2, fls. 206 – 530), y la parte convocada negó haberlos concertado o aceptado. El perito técnico, en la respuesta a la pregunta 66 del cuestionario de CMC (tabla 38), identificó los documentos relacionados con la planeación minera de la Mina para el período comprendido entre el mes de marzo de 2010 y el mes de enero de 2013<sup>259</sup>. Sobre la dinámica de discusión de los proyectos de planes mineros elaborados por CNR, narró lo siguiente el testigo Orlando Arturo Rivera Agudelo:

*“DR. NAMÉN: Ingeniero, usted ha indicado al Tribunal que una vez cesó el protocolo de planeación minera CNR elaboraba proyectos de planes mineros pre-planes que invitaba a reuniones a usted, a Omar Devia e Iván Garcés. ¿Puede por favor explicarle al Tribunal cómo se desarrollaban estas reuniones?”*

*SR. RIVERA: Estas reuniones nos solicitaban que fuéramos a las oficinas de CNR, de Coalcorp CNR después, y allí se planteaba el prospecto y el proyecto de plan minero que se iba a presentar para el mes en curso y mirábamos las cantidades, las productividades y se hacían las observaciones las cuales en muchas ocasiones no se tenían en cuenta o había detalles que sí otros que no pero sobre todo lo que más discutíamos era las distancias de acarreo que siempre estaban desbalanceadas en cuanto a los equipos que se tenían, les poníamos de antemano sobre todo esos puntos de vista.*

*DR. NAMÉN: Ingeniero, ¿en esas reuniones cuál era su rol a nivel participativo, qué facultades tenía usted para analizar, discutir los pre-planes presentados por CNR?”*

*SR. RIVERA: CNR lo que hacía era la presentación, inclusive en los planes decían que eran unos borradores, entonces era como para que nosotros después los analizáramos y después mirábamos qué*

---

<sup>259</sup> C. Pruebas 34, fl. 172.



*objeciones teníamos o sobre el trayecto de la reunión se hacían las discusiones respecto a distancias de acarreo, desbalanceo de flotas, las productividades, los equipos que iban a estar en el plan minero.*

*DR. NAMÉN: ¿Y usted qué facultades tenía para participar en esa reunión por parte del Consorcio Minero del Cesar o por parte de CMC S.A.S?*

*SR. RIVERA: Yo era el que más o menos analizaba y discutía los planes en el sentido de que decía, daba los parámetros para decir nosotros no cumplimos este plan porque las distancias de acarreo están muy desbalanceadas, no vamos a cumplir, los sitios de sobre-acarreo están muy altos, el sitio de botado está muy lejos y se le ponía de antemano eso a la gente de CNR y ellos muchas veces en ocasiones me decían que las directrices era producir 1.7 millones y eso se hacía, producir 1.7 millones.*

*DR. NAMÉN: Ingeniero, ¿tenía usted facultades o atribución para discutir, debatir, aceptar o aprobar o no aprobar un plan de los elaborados por CNR en esas reuniones?*

*SR. RIVERA: Sí porque yo era el jefe de planeación minera del Consorcio Minero del Cesar y Consorcio minero del Cesar S.A.S.*

*DR. NAMÉN: ¿En alguna oportunidad usted se abstuvo de asignar o aprobar un plan minero por carencia de autorizaciones a ese respecto?*

*SR. RIVERA: No, nunca, simplemente yo colocaba una nota en los borradores de plan minero donde decía recibido más no aprobado y no lo aprobaba muchas veces por el desbalanceo de las flotas y de los equipos del Consorcio Minero del Cesar y el Consorcio Minero del Cesar S.A.S.*

*DR. NAMÉN: Ingeniero, ¿los planes mineros son una guía?*

*SR. RIVERA: Para mí eran una guía.*

*DR. NAMÉN: ¿Por qué?*

*SR. RIVERA: Porque en muchos de los planes mineros que CNR presentaba de los tantos que nos presentaban bien sea porque nos lo entregaban físicamente o vía email, eran todos diferentes, con cifras diferentes, desbalanceos diferentes, no tenían una directriz, en mi opinión una directriz clara de qué se pretendía en los planes.*

*DR. NAMÉN: ¿Esos planes mineros son preliminares, hubo rediseños de planes mineros en curso?*

*SR. RIVERA: Claro, sí hubo en curso, eran preliminares, eran borradores y sobre el trayecto del mes en curso se cambiaban muchas veces.*

DR. NAMÉN: *¿Habían proyectos de planes mineros elaborados por CNR con carácter provisional?*

SR. RIVERA: *Pues para mí un borrador es provisional.*

DR. NAMÉN: *¿Cómo distingue usted un plan minero del plan que es solo de orientación?*

SR. RIVERA: *Porque en los planes mineros que CNR presentaba era un formato PDF más que todo, muy escasas veces nos daban un archivo de AutoCad o de Surpac o modelo de bloques y para mí el plan modelo tenía que tener las tres coordenadas, un plano de AutoCad, los planos en Surpac, los diseños en Surpac, en Minex, que son compatibles Surpac y Minex, las distancias de acarreo, los sitios de cargue y los sitios de botado, muchas veces presentaban era el PDF en una presentación.”<sup>260</sup>*

Sobre las reuniones diarias de producción en el mirador de la Mina, se trae a colación el siguiente aparte del testimonio de Víctor Hugo Campuzano Monsalve:

*“SR. CAMPUZANO: No, es que ellos no firmaban ningún acta, ellos no podían firmar esas actas porque en las reuniones decían yo no puedo firmar eso, pero qué pasaba, hay tema técnico que se resolvía ahí en el sitio porque nosotros no éramos quienes teníamos que ponerle la firma a eso de que sí se podía o no se podía, entonces la discusión llegaba hasta ahí, creo había dos caminos o cogemos nos jalamos del pelo y decir... o decir sí eso es lo que hay que hacer y vamos a tratar de hacerlo hasta dónde llegamos, y es una relación de todos los días porque pues en estos temas esto se tiene que conversar todos los días, no se trata de dar unas polémicas de enemistades o de cosas que trasciendan muchas veces hasta lo personal, no, tenemos buena relación, **todos los días hacemos una reunión de producción en el mirador que es un balcón especial que construimos allá en la mina desde donde se puede apreciar toda la operación, todos los días a las 9:00 a.m. había una reunión de producción y en esa reunión de producción qué se hablaba: -cómo estamos hoy; - no es que ellos paran; -aquella no va a trabajar entonces metámosle fuerte allí a aquella parte o la trituración, hay que mover este material entonces démosle primero a esto; o sea como cosas del día a día: -es que ayer llovió mucho entonces se inundó una plaza con la que no contábamos entonces ahora qué vamos a hacer.***

DRA. MONROY: *¿Eso sí queda consignado en alguna parte, las reuniones de producción?*

SR. CAMPUZANO: *No, era en el sitio, en el mirador.*

DRA. MONROY: *¿No había una bitácora de obra de la base de los trabajos?*

---

<sup>260</sup> Transcripción de la declaración del testigo Orlando Arturo Rivera Agudelo, recibida en diligencia realizada el día 9 de junio de 2014, pag. 1 - 3 (C. Testimonios No. 1, fls.349 y 350).

*SR. CAMPUZANO: No, después de que se acordó el tema de las distancias que se iban a medir era por la ruta realmente transitada por el camión entonces se crearon unas minutas diarias, unas planillas donde firma el representante del Consorcio y firma el representante de producción de CNR todos los días, entonces dónde trabajó*

*DRA. MONROY: ¿A partir de cuánto fue eso?*

*SR. CAMPUZANO: Eso quedó creo que en el memorando de entendimiento, o sea inmediatamente se hizo ese acuerdo no recuerdo si fue en un otrosí o en el memorando de entendimiento lo de que las partes acordaban las distancias medidas transitadas efectivamente, es dando cumplimiento a ese acuerdo, desde ahí se empezaron a firmar esas planillas todos los días.”<sup>261</sup> (resalta y subraya el Tribunal)*

Las actas de producción de estéril y de carbón, firmadas por funcionarios de ambas partes, obran en el C. Pruebas 2, fls. 78 – 204, y no fueron tachadas ni desvirtuadas.

Los planes mineros semanales elaborados por el operador obran en el C. Pruebas 8, fls. 1 - 126, y sobre ellos se pronunció el testigo Rivera Agudelo, así:

*“DR. NAMÉN: ¿Nos quiere decir por favor quién elaboraba esos planes semanales, cuál era su función, explicarnos si al caso uno cualquiera que usted seleccione?*

*SR. RIVERA: Estos planes semanales eran elaborados por el Consorcio Minero del Cesar y el Consorcio Minero del Cesar S.A.S, estos eran para mostrar los equipos del Consorcio Minero del Cesar en qué área se iba a trabajar en el PIT y a qué áreas se iba a transportar y sacar en el botadero, se miraban las cantidades tanto de estéril como de carbón y se miraba y se hacían los ciclos de acarreo de cada pala que iban a llevar al botadero cuánto se gastaba en el transcurso de una semana, eso se llevaba de lunes a lunes más o menos, se presentaba los domingos.*

*DR. NAMÉN: Ustedes elaboraban y presentaban estos planes a CNR, ¿qué pasaba después de la presentación de esos planes semanales?*

*SR. RIVERA: Estos planes los elaboraba el Consorcio Minero del Cesar S.A.S. y Consorcio Minero del Cesar y se llevaban a CNR y ellos colocaban un visto bueno pero no había discusión, reunión o discusión sobre el tema no, simplemente ellos le colocaban el sello de recibido y en algunas ocasiones le colocaban una meta donde decían tal pala debe estar en tal parte y ya en las reuniones que hacíamos diarias pues íbamos a fondo.*

<sup>261</sup> Transcripción de la declaración del testigo Víctor Hugo Campuzano Monsalve, recibida en diligencia realizada el día 4 de abril de 2014, pag. 24 (C. Testimonios No. 1, fls. 17 vuelto).

*DR. NAMÉN: Ingeniero, algunos de estos documentos tienen nota de no aprobado por parte de CNR. ¿Quiere por favor explicarnos por qué no aprobaba específicamente un plan CNR?*

*SR. RIVERA: Es normal que ellos en ciertos planes semanales digan que no están de acuerdo donde están ubicados los equipos, por ejemplo aquí dice: “la pala 1209 está fuera del plan para el bloque 6, debemos estar entre mantos de 1.000 a 1.600”, es una nota que se pretendía buscar los mantos más potentes y encajonarnos, encajonarnos qué era, hacernos bajar entre los mantos porque ellos de pronto requerían carbón 1.600 o de 1.000 que son de muy buena calidad para atender sus despachos o mejorar la calidad en el patio.*

(...)

*DR. NAMÉN: ¿Ya cuando se colocaba esta nota de no aprobado al nivel de la operación cómo operaba la mina el Consorcio Minero del Cesar y CMC S.A.S. cuando existía una observación o nota de no aprobado de uno de sus planes semanales?*

*SR. RIVERA: Se seguía normalmente, la mina tenía que seguir y al otro día podía pasar la eventualidad del hecho o hablábamos sobre el tema si estaba todavía en el hecho porque la mina es muy dinámica, eso cambia por turno, por horas, en las reuniones diarias que hacíamos en el mirador atendíamos las solicitudes y las discutíamos.*

*DR. NAMÉN: Ingeniero, ¿estos planes semanales eran elaborados por el Consorcio Minero del Cesar con base en qué información?*

*SR. RIVERA: Nosotros teníamos el software Surpac y en base a eso calculábamos el volumen a mover en esas áreas, pero ya en el 2011-2012 nosotros no contábamos con el modelo de bloque, entonces muchos de los mantos de carbón era intuición por espesor y porque ya conocíamos el área a trabajar entonces lo sacábamos así el volumen, sobre todo en el 2011-2012.*

*DR. NAMÉN: En el proceso ingeniero, hay unos prospectos o borradores de pre-planes mensuales que eran elaborados por CNR, ¿los planes semanales elaborados por el Consorcio Minero del Cesar, por CMC S.A.S, en su oportunidad estaban ceñidos a esos planes mensuales de CNR o se elaboraban de acuerdo con otros parámetros?, en cuyo caso por favor explíquenos.*

*SR. RIVERA: No, tratábamos de seguir el pre-plan minero que ellos presentaban, tratábamos de cumplir, tratar de no salirnos a los requerimientos de ellos.”<sup>262</sup>*

Por su parte, el testigo Roberto Antonio Campuzano Pacheco se pronunció sobre este mismo tema, así:

<sup>262</sup> Transcripción de la declaración del testigo Orlando Arturo Rivera Agudelo, recibida en diligencia realizada el día 9 de junio de 2014, pág. 5 y 6 (C. Testimonios No. 1, fls. 351 y 351 vuelto).

*“DR. SUESCÚN: Ahora ingeniero, explíqueme por favor al Tribunal qué entiende usted por planes semanales.*

*SR. CAMPUZANO: Planes semanales tienen que ver más con un planeamiento a corto plazo, muy corto plazo, lo hace es el que está operando los equipos y lo que busca es ver en qué avance va respecto al plan y qué tiene que hacer para tomar los correctivos de pronto para poderlo cumplir, el plan del mes.*

*DR. SUESCÚN: Los planes semanales no estaban previstos en el contrato. Le pregunto si es usual en la operación minera que el operador trabaje con estos planes.*

*SR. CAMPUZANO: Sí señor, tiene que trabajar con planes semanales, es muy usual.*

*DR. SUESCÚN: ¿Y cuál es el propósito de esos planes, qué tarea cumplen?*

*SR. CAMPUZANO: Que no se aleje del plan principal del mensual, esa es la principal tarea.*

*DR. SUESCÚN: ¿Y qué es lo que muestran esos planes semanales?*

*SR. CAMPUZANO: Dónde va a ubicar los equipos y cuánto ha sacado a la fecha con sus datos estadísticos, entonces por decirle algo que el plan semanal dice que a la semana 2 ya deberíamos llevar por ejemplo 90 mil toneladas de carbón, entonces ahí va a decir que llevamos 50 o 70, entonces él reorienta los equipos y todo el cumplimiento de esas metas.”<sup>263</sup>*

Para el año 2012, se allegaron al expediente dos proyectos de planes mineros elaborados por CNR, conocidos como “Opción 1” y “Opción 2”. Al respecto señaló el testigo Roberto Antonio Campuzano Pacheco:

*“DR. SUESCÚN: Ingeniero, para el año 2012 se hizo planes con dos opciones distintas, ¿usted recuerda...?”*

*SR. CAMPUZANO: En el dibujo que les hice anteriormente cuando uno hace el diseño del PIT uno busca obtener la mayor cantidad de recursos que hay, entonces en la minería uno para prepararse no es pare, arranque sino todo tiene su tiempo porque los equipos son pesados, estamos hablando de grandes cosas, entonces la idea era se exploró la idea de, de pronto hacer el ensanche de la pared en este sector de la mina, entonces habían dos planes doctor, uno era el plan uno que es el que teníamos permisos, el que estábamos siguiendo desde siempre llegar al nivel menos 120 lo más rápido posible, ese era el plan; la opción 2 era algo que se estaba explorando entre las dos partes y también de los permisos, en todo esto cuando uno va a hacer*

<sup>263</sup> Transcripción de la declaración del testigo Roberto Antonio Campuzano Pacheco, recibida en diligencia realizada el día 2 de febrero de 2015, pág. 45 (C. Testimonios No. 2, fls. 124).

*algo yo les decía la obligación es esa. Esta es la misma foto que tienen ustedes ahí.*

(...)

*SR. CAMPUZANO: Es porque es un archivo doctora con fotografía aérea y lo hace una empresa privada y son fotos de gran resolución, no es una cámara convencional me tocaba poner eso, ¿puedo prender mi computador?, yo quisiera mirar. Entonces la acción que había era una, la que siempre veníamos trabajando a menos 120 y la otra que se estaba programando era hacer un ensanche en la pared alta porque tocaba irlo contando con ellos; por ejemplo en la primera opción, no me acuerdo bien las cifras, que la que siempre manejábamos estábamos hablando de más o menos 19 millones de metros cúbicos de estéril, y la otra ya eran 25 millones de metros cúbicos, entonces son cosas que no se puede uno guardar y de pronto sacarlas del sombrero sino que uno tiene que ir las trabajando con la parte que está operando con uno, entonces hasta ahora estaba en opción de plan por eso era la opción 2, pero nosotros en la mina nuestros permisos siempre han estado en bajar a nivel de menos 120, no tenemos otro permiso.*

*DR. SUESCÚN: Esto de la opción 2 que era ampliar un poco el área de explotación ¿eso suele pasar en la minería que los dueños traten de encontrar más carbón o eso es un gran pecado técnico?*

*SR. CAMPUZANO: No doctor, todas las minas lo hacen, esa relación de descapote ya depende de los mercados, inclusive hay minas que en un momento no son económicamente viables, pero tan pronto el mercado del precio del mineral alcanza un buen valor que da para mover más estéril relacionado y sacar ese material, ese era un gana-gana doctor, si nosotros por ejemplo que se hubiera hecho la opción 2 CMC hubiera movido más estéril, sus equipos hubieran tenido más trabajo y nosotros hubiéramos podido sacar más carbón, CNR hubiera ganado dinero y el Estado hubiera recibido más regalías si se hubiera hecho ese plan 2, entonces no es ningún pecado uno pretender buscar una opción siempre de mejora de aprovechamiento del yacimiento.”<sup>264</sup>*

#### **4.1.3. La vigencia de la Secuencia 5.3.2. como Plan Minero de Largo Plazo para la Mina.**

Conforme a lo dispuesto en la definición de “*Secuencia Minera*” contenida en la Sección 1.01 de la Oferta Mercantil original, dicho término “*es la programación de avance de los equipos mineros para un determinados (sic) periodo y para cada una (sic) de los frentes de explotación, la cual establece los volúmenes de producción de estéril y carbón, y las calidades de carbón en función de las características geológicas del yacimiento, las condiciones geométricas de la mina y los parámetros de operación de los equipos. Esta programación es la que soporta la obtención de metas de carbón y estéril*”.

<sup>264</sup> Transcripción de la declaración del testigo Roberto Antonio Campuzano Pacheco, recibida en diligencia realizada el día 2 de febrero de 2015, pág. 15 y 16 (C. Testimonios No. 2, fls. 108).

CNR le pidió al perito técnico determinar la secuencia minera establecida en el Plan Minero Básico (PMB) para el desarrollo de la operación minera en Mina La Francia de acuerdo con lo establecido en el contrato de operación, lo cual fue respondido en el dictamen técnico, así:

**“Pregunta 50**

*¿Cuál es la secuencia minera establecida en el PMB para el desarrollo de la operación minera en La Francia de acuerdo con lo establecido en el Contrato de Operación?*

**Respuesta:**

*El PMB es el acrónimo de Plan Minero Básico usado por CNR para refiere (sic) a la secuencia Minera 5.3.2. Mina La Francia.”<sup>265</sup>*

En lo referente a la vigencia de la secuencia minera 5.3.2., señaló más adelante el perito técnico, en la respuesta a la pregunta 135 del cuestionario de CNR:

*“El perito técnico considera que,*

*a) **la secuencia minera original (secuencia 5.3.2) fue sustancialmente modificada por tres decisiones de alto impacto: la incorporación del pit B’, la decisión de no excavar el fondo del pit y permitir la acumulación de lodos en el fondo del tajo y las desviaciones entre el plan minero mensual y la ejecución del plan minero mensual.***

*b) tal modificación afectó el desarrollo de la mina, en especial las secuencias de explotación, botadero, retrolleado y de acarreo.*

*c) **tales modificaciones hicieron imposible el seguimiento de la secuencia minera.**<sup>266</sup>*

De acuerdo con lo establecido por el perito técnico, el Tribunal concluye que la secuencia 5.3.2, que fue concertada por las partes antes de que CDC cediera su posición contractual a CNR, perdió su vigencia como Plan Minero de largo plazo para la Mina, en virtud de la incorporación al Contrato del pit B’, que en el tiempo fue coetánea con la suscripción del Memorando de Entendimiento del 22 abril de 2008, así como de la decisión de no excavar el fondo del pit y permitir la acumulación de lodos en el fondo del tajo, y de las desviaciones que se presentaron entre los borradores de los Planes Mineros mensuales y la ejecución real realizada por el operador, circunstancias que como se señala en la prueba pericial impedían el seguimiento de esa secuencia minera.

Por consiguiente, la secuencia 5.3.2, invocada en la demanda reformada, no puede tenerse como el Plan Minero de largo plazo para la Mina, para el período comprendido entre el 18 de marzo de 2010 y el 21 de enero de 2013,

<sup>265</sup> C. Pruebas 34, fl 26.

<sup>266</sup> C. Pruebas 34, fl 75.

confirmándose también por este aspecto la situación de planeación minera *de facto* que según lo atrás explicado se presentó durante este período.

**4.1.4. La entrega de estéril y de carbón por parte del operador a CNR, la facturación por el operador de las cantidades ejecutadas, y el pago de las facturas por parte de CNR.**

En este proceso se evidenció que entre el 18 de marzo de 2010 y el 15 de enero de 2013, en desarrollo del Contrato, (i) el CMC produjo cantidades determinadas de estéril y de carbón que informó y entregó a CNR, en relación con las cuales se elaboraron y suscribieron por los voceros de las partes las actas de medición correspondientes, (ii) el CMC le facturó periódicamente a CNR el estéril y el carbón extraídos y entregados, y (iii) entre marzo de 2010 y agosto de 2012 CNR le pagó al CMC las cantidades de estéril y de carbón que le fueron facturadas por este, en algunos casos con descuentos que fueron identificados y discutidos en este proceso, sobre los cuales se pronuncia el Tribunal en otro aparte del laudo. En cuanto a la facturación hecha por el operador entre septiembre de 2012 y enero de 2013, su no pago por parte de CNR es otro de los incumplimientos debatidos, del cual se ocupa el Tribunal en otro aparte de este laudo.

En cuanto a la producción de estéril y de carbón, la convocante en el hecho 34 de la demanda reformada reveló que el CMC en los años 2010, 2011 y 2012, produjo las cantidades de estéril y de carbón que aparecen señaladas en la tabla incluida en dicho hecho, que seguidamente resume el Tribunal, indicando que *“Estos datos son tomados de las actas de medición suscritas por las partes, de los Planes Mineros y de la topografía”*:

Año	Total de estéril (bcm)	Total de carbón (mt)
2010	12.049.302	1.516.262
2011	18.629.964	2.459.484
2012	19.039.713	2.600.017
Totales	49.718.979	6.575.763

Además, las actas de medición correspondientes suscritas por funcionarios de ambas partes obran en el expediente (C. Pruebas 2, fls. 78 – 204), sin que fueran tachadas o desvirtuadas, y sin que se acreditara que CNR hubiera protestado o reclamado al operador por defectos de calidad o faltas de cantidad, o por la manera como se hizo la planeación minera por fuera del marco establecido en el contrato, lo que razonablemente permite inferir que en su momento CNR recibió tales cantidades y calidades a satisfacción.

Así mismo se acreditó documentalmente que el CMC y la sociedad CMC SAS le facturaron periódicamente a CNR el estéril y el carbón extraídos y entregados, según las facturas que obran en el C. Principal 4, fls. 74 - 548).

También fue probado que CNR le pagó al CMC las cantidades de estéril y de carbón que le fueron facturadas por este entre marzo de 2010 y agosto de 2012, sin que CNR dejara reserva, queja o reclamo relacionado con defectos de calidad o faltas de cantidad, o con la manera como se hizo la planeación minera por fuera del marco establecido en el Contrato. Como antes se dijo, CNR no pagó las facturas que le fueron expedidas por CMC SAS con posterioridad a la cesión del contrato que le hiciera el CMC el 16 de



noviembre de 2012, asunto debatido en este proceso y sobre el cual se pronuncia del Tribunal en otro acápite posterior de este laudo.

#### **4.1.5. Otras consideraciones del Tribunal sobre la ejecución práctica del Contrato y los incumplimientos debatidos en materia de planeación minera, y su incidencia en las pretensiones y excepciones de las partes, relacionadas con este debate.**

A la luz de los medios de prueba obrantes en el proceso y referenciados en precedencia, apreciados en su conjunto, el Tribunal considera que los hechos probados implicaron jurídicamente que en la ejecución práctica del contrato las partes llegaron por mutuo consenso a una convención modificatoria del mismo, tácita, en cuya virtud ellas, con su conducta recíproca, consistente, reiterada y por ambas conocida, consentida y tolerada, dejaron sin efectos los acuerdos iniciales vertidos en la Oferta Mercantil aceptada y sus modificaciones, sobre la manera en que debían llevar a cabo la planeación minera, y sobre la forma a emplear para modificar el contrato, y para el período comprendido entre el 18 de marzo de 2010 y el 21 de enero de 2013 ejecutaron el contrato sobre la base de una planeación minera *de facto*.

Sobre el particular se recuerda el numeral 16.06 *in fine* de la Oferta Mercantil aceptada, que en lo pertinente reza así:

**“16.06. (...) *Ninguna modificación a la presente “Oferta”, después de aceptada la misma por el DESTINATARIO, tendrá validez, salvo que conste en documento suscrito por el OFERENTE y aceptado por el DESTINATARIO, dentro del plazo de ejecución de la “Oferta”.*”** (resalta y subraya el Tribunal).

En la cláusula recién transcrita las partes establecieron una solemnidad contractual para modificar el Contrato resultante de la aceptación de la Oferta, consistente en que la modificación debía constar en documento suscrito por el oferente y aceptado por el destinatario, dentro del plazo de ejecución de la Oferta.

No obstante, en este proceso se probó que, en punto de lo específicamente relacionado con la planeación minera, las partes por mutuo consenso dejaron sin efecto lo pactado, pero no de manera escrita sino tácita, al abandonar conjuntamente y de modo inequívoco -sin protesta, queja, reclamo ni reserva, de ninguna de ellas- la aplicación de las normas contractuales consagradas en la Oferta aceptada y en su Anexo No. 4 – Protocolo de Planeación Minera, como atrás se explicó a espacio.

Al punto añade el Tribunal, de un lado, que según lo explicado en el capítulo precedente de este laudo, el contrato mercantil celebrado por las partes de este proceso corresponde en su naturaleza a un contrato de suministro de servicios de operación minera, que es conforme a la ley un negocio jurídico consensual (Código Civil, arts. 1494 y 1500; Código de Comercio, arts. 824, 864 y 968 y s.s.), habida cuenta de lo cual las partes válidamente podían modificarlo mediante su conducta recíproca, consistente, reiterada y por ambas conocida, consentida y tolerada, y, de otro lado, que así como ellas en su día pactaron la solemnidad contractual para la modificación del

contrato, consignada en el punto 16.06 de la Oferta, arriba mencionada, podían también en cualquier tiempo dejarla sin efecto, invalidándola, total o parcialmente, en virtud de su conducta convergente inequívocamente orientada en tal sentido (Código de Comercio, art. 824; Código Civil, art. 1602), como en efecto ocurrió.

Vale decir, que aunque en la cláusula recién mencionada las partes establecieron una solemnidad contractual para modificar el contrato resultante de la aceptación de la Oferta, consistente en que la modificación debía constar en documento suscrito por el oferente y aceptado por el destinatario, dentro del plazo de ejecución de la Oferta, ellas mismas podían con su conducta inequívoca inaplicar esa solemnidad convencional, como en efecto lo hicieron en el punto específico examinado. Al respecto señala el profesor Fernando Hinestrosa: *“En derecho comparado es amplio el debate acerca de la “no oral modification” y la “course of performance doctrine”, esto es, lo relativo al alcance de las estipulaciones con arreglo a las cuales no tendrá valor ninguna modificación del contenido escrito del contrato si no se hace por dicho medio, o sea la repudiación anticipada, tanto de la manifestación oral como de la conducta concluyente, cláusulas frecuentes en los contratos de ejecución sucesiva y de larga duración, especialmente en cuanto a la regulación de modificaciones, prorrogas, aviso de terminación, cesión, y la aceptación y bajo qué circunstancias de la conducta inequívoca de las partes como instrumento de modificación del contrato, pese a aquella estipulación, o sea acerca de la “competencia de las partes para modificar a su guisa el contenido del contrato durante el curso de su ejecución”;* continúa el profesor Hinestrosa citando el artículo 2.1.18 de los Principios sobre los Contratos Comerciales de Unidroit, y el artículo 2:106 de los principios de derecho europeo de los contratos, para concluir que *“(…) en principio, le concede plena eficacia a la disposición particular restrictiva, posiblemente fruto de ansia de seguridad y precisión, pero, paralelamente como corresponde a las exigencias del tráfico y de la buena fé, no la toma como algo absoluto, que apenas pueda ser desechado del mismo modo como se hizo, sino como una mera presunción, susceptible de descargo con los distintos medios probatorios, con el temperamento del principio de la confianza legítima producida, tanto por declaraciones inequívocas como por conducta concluyente”*<sup>267</sup>.

Y en el derecho colombiano, la legislación mercantil expresamente establece el principio de la consensualidad, conforme al cual: *“Los comerciantes podrán expresar su voluntad de contratar u obligarse verbalmente, por escrito **o por cualquier modo inequívoco**”* (Código de Comercio, art. 824, resalta y subraya el Tribunal), siendo la conducta contractual convergente de las partes uno de los modos inequívocos por los cuales ellas pueden expresar su voluntad negocial encaminada a la producción de efectos jurídicos.

En similar sentido, la profesora Aida Kemelmajer de Carlucci indica que para la interpretación del contrato *“(…) debe considerarse el comportamiento de*

---

<sup>267</sup> Fernando Hinestrosa, Tratado de Obligaciones, T. II, De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico, Volumen I, Editorial Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 504 a 506.

*las partes, anterior, concomitante y posterior a la celebración del contrato*<sup>268</sup>, esto es, entre otros elementos interpretativos ha de tenerse en cuenta la ejecución práctica del negocio jurídico, como en este caso lo ha hecho el Tribunal.

En consecuencia, con fundamento en lo expuesto en los párrafos precedentes, no puede prosperar la excepción propuesta por CNR bajo el título de “Ausencia de Modificaciones Tácitas al Contrato de Operación”, y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

Por lo que hace a la parte convocante, CNR, el panel arbitral estima pertinente anotar que su conducta pasiva atrás descrita, huérfana de protestas, reservas, quejas o reclamos al operador minero, en lo relativo a la manera como se adelantó la planeación minera, y a calidad y cantidad de estéril y de carbón producidos y entregados por el operador, a partir del 18 de marzo de 2010, le resta piso a los hechos y las pretensiones de la demanda reformada en los que la actora asevera que desde esa fecha fue víctima de graves, injustificados y reiterados incumplimientos contractuales de su contraparte, en lo concerniente a la planeación minera y a las cantidades de carbón y estéril producidas, toda vez que, bajo el postulado tutelar de la buena fe objetiva, no resulta congruente el afirmar tal cosa en sede jurisdiccional cuando previamente se guardó silencio al respecto durante la mayor parte del tiempo –por demás prolongado- durante el cual supuestamente acaecieron los incumplimientos endilgados al extremo pasivo, circunstancia que el Tribunal aprecia desde la perspectiva de la doctrina de los actos propios (*venire contra factum proprium non valet*), según la cual cada parte tiene el deber de ser congruente con la conducta que ha tenido a lo largo de la relación negocial, y no puede posteriormente desconocer esa conducta para buscar un provecho o ventaja o para formular reclamos jurídicos.

En este mismo sentido, se pone de presente que el deber de obrar de buena fe en la ejecución del contrato celebrado (art. 871, Código de Comercio), aunado con el deber de diligencia y cuidado (arts. 63 y 1604, Código Civil, y art. 822, Código de Comercio), entrañan para cada contratante la carga de informar de manera expresa y oportuna a su contraparte negocial, las circunstancias que a juicio de la parte afectada comportan el incumplimiento de las obligaciones contractuales, tanto más si el supuesto incumplimiento se considera grave, injustificado y reiterado.

Con fundamento en los elementos probatorios y las consideraciones hasta aquí expuestos, el Tribunal concluye que para el período comprendido entre el 18 de marzo de 2010 y el 21 de enero de 2013 no hubo Planes Mineros concertados entre CNR y el operador que fueran vinculantes para ambas partes (salvo el Plan Minero Transitorio del período comprendido entre el 1º de noviembre de 2009 y el 31 de diciembre de 2010, contemplado en el Otrosí 2 al Acta de Reinicio de fecha 6 de enero de 2010, el cual fue

---

<sup>268</sup> Aida Kemelmajer de Carlucci, “Reflexiones sobre la interpretación de los contratos”, publicado en el Libro Contratos, Teoría general, principios y tendencias, Segunda Edición. Editorial Ibañez, 2011, p. 65 y 66.

acordado entre CDC y el CMC, antes de que CNR ingresara al contrato como cesionario de CDC), sino una planeación minera *de facto*, y siendo ello así no se probó que las demandadas MASERING, EL CÓNDOR y S.P. INGENIEROS, en su condición de integrantes del CONSORCIO MINERO DEL CESAR, incumplieron reiteradamente en dicho período las estipulaciones del contrato que las obligaban a llevar a cabo la explotación de la Mina La Francia de acuerdo con lo establecido en los Planes Mineros, ni que ellas incumplieron reiteradamente las obligaciones del contrato relacionadas con la extracción de las cantidades de producción, determinadas en los Planes Mineros, o las cantidades mínimas garantizadas, desde el 19 de marzo de 2010, fecha en que CNR devino cesionaria del contrato y hasta la fecha de terminación del mismo, por lo cual no han de prosperar las pretensiones principales uno y dos de la demanda reformada, y así lo declarará en la parte resolutive de este laudo.

Así mismo, en la medida en que conforme al contrato la planeación minera debía ser concertada entre el destinatario de la Oferta y el operador minero, y se probó que en período en mención este no cumplió sus compromisos asociados con el mantenimiento y el funcionamiento del Protocolo de Planeación Minera (PPM), tampoco ha de prosperar la pretensión principal décima segunda de la demanda de reconvención reformada, en la cual se pidió condenar a la convocante por el grave y reiterado incumplimiento del contrato al no realizar una planeación minera eficiente para la explotación y operación de la Mina La Francia, y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

Tampoco han de prosperar las pretensiones declarativas 11.4 y 11.6, de la demanda de reconvención reformada, en tanto no se probó que CNR hubiera incumplido su obligación de suministrar información seria, objetiva y razonable respecto de los datos técnicos necesarios para la explotación de la Mina, entre otros, de total de las reservas extraíbles a cielo abierto en la Mina, del modelo geológico, de la ubicación de los mantos de carbón y de la disponibilidad de botaderos, ni que hubiera infringido su deber de concertar con el operador Planes Mineros que consultaran los requisitos y prioridades establecidos en el contrato de operación, en virtud de lo pactado en el Acta de Reinicio y Transacción y en el Otrosí No. 2 al Acta de Reinicio y Transacción, y así se declarará en la parte resolutive.

Finalmente, el Tribunal no acoge la pretensión declarativa Veintidós, numeral 1., de la demanda reformada de CNR, por carecer de sustento fáctico y jurídico, toda vez que no se probó que la sociedad CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S., hubiera incurrido en los incumplimientos de que trata dicho numeral, y, por ende, no hay lugar a la imposición de las condenas consecuenciales pedidas en el numeral 2 de la misma pretensión.

#### **4.2. La ejecución práctica del contrato y el incumplimiento debatido en materia de no pago por parte de CNR de las facturas presentadas por Consorcio Minero Del Cesar S.A.S., a partir del 16 de Noviembre de 2012.**

Las demandantes en reconvención, en su pretensión declarativa décimo primera, numeral 11.1, piden al Tribunal declarar que la contrademandada, C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S., incumplió el contrato de

operación por infringir su obligación de pagar las facturas por el suministro de servicios de explotación minera prestados por el Consorcio CMC y por CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S. (CMC SAS), entre septiembre 29 de 2012 y enero 15 de 2013, los cuales fueron facturados por esta a partir del 16 de noviembre de 2012.

Así mismo, en la pretensión condenatoria segunda de la demanda de reconvencción reformada, las reconvientes piden al Tribunal condenar a CNR a pagar a CMC SAS, el valor o precio de la contraprestación causada por los servicios efectivamente prestados desde el 29 de septiembre de 2012 y hasta el 15 de enero de 2013, cuyo capital a valor histórico según la facturación emitida y no pagada, afirman, asciende a la suma de treinta y tres mil millones novecientos ochenta y cinco millones noventa y tres mil quinientos setenta y un pesos (\$33.985.093.571), moneda legal colombiana, con su actualización e intereses moratorios pactados o los que procedan legalmente desde la fecha de su causación a la del pago efectivo. En subsidio, se solicita condenar a CNR a pagar la suma que por este concepto resulte probada en el proceso.

En relación con dichas pretensiones, en los hechos 226 y 227 de la demanda de reconvencción reformada, se lee lo siguiente:

*“226. CNR incurrió en mora de la obligación de pagar en el término cierto estipulado el valor de los servicios efectivamente ejecutados por el Consorcio con el conocimiento, aquiescencia y recepción de ésta, a partir del 16 de noviembre de 2012 y la facturación emitida, al devolverla y no pagarla, como demuestran, entre otras sus comunicaciones CNR GL-318-11-12 (Nov. 28-12), CNR GL-325-12-12 (Dic. 07-12), CNR GL-345-12-12 (Dic. 21-12) y CNR GL-352-02-13 (Ene 03-13). (Pruebas documentales 23, 25, 27, 28, 29, 32 y 33).*

*227. La facturación impagada por CNR corresponde a las facturas Nos. 001-002- 003- 004- 005- 006- 007- 008- 010- 017- 018- 019- 020- 021 -022- 023- 024-025-030 y 031 por las sumas de \$5.707.118.681.00, \$940.690.688,00, \$856.013.00, \$108.832.00, \$53.460.876.00, \$4.685.972.992.00, \$972.553.917,00, \$177.831.181,00, \$43.597.395.00, \$6.645.015.615.00, \$874.645.690,00, \$795.965.342, \$7.334.252.00, \$1.350.187.00, \$125.511.00, \$5.236.357.959.00, \$123.523.787.00, \$191.096.654.00, \$6.703.981.076.00 y \$823.506.922.00 presentadas los días 21 de noviembre de 2012, 23 de noviembre de 2012, 04 de diciembre de 2012, 13 de diciembre de 2012, 19 de diciembre de 2012, 02 de enero de 2013 y 18 de enero de 2013, y su cuantía insoluta asciende a la suma de treinta y tres mil novecientos ochenta y cinco millones noventa y tres mil quinientos setenta y un pesos (Col\$33.985.093.571.00) de capital histórico, más los intereses de plazo y mora causados por el incumplimiento en el pago y que se seguirán causando hasta la fecha efectiva de pago. (Pruebas documentales 99 y 100).*

Por su parte, CNR se opuso a las precitadas pretensiones, y respondió así al hecho 226 de la demanda de reconvencción reformada:

**“Respuesta al Hecho 226**

*No es cierto.*

*Debe tenerse en cuenta que las personas legitimadas para facturar por ser las contrapartes de CNR en el Contrato de Operación, es decir, los miembros del CMC, jamás presentaron facturas por los servicios en cuestión; por el contrario, las referidas facturas fueron emitidas por un tercero extraño a la relación negocial como era CMC SAS.*

*En cualquier caso, destaco que las facturas se rechazaron legítimamente y dentro del plazo previsto en la ley para el efecto.*

*Respuesta al Hecho 227*

*No es cierto.*

*Repito que las personas legitimadas para facturar por ser las contrapartes de CNR en el Contrato de Operación, es decir, los miembros del CMC, jamás presentaron facturas por los servicios en cuestión; por el contrario, las referidas facturas fueron emitidas por un tercero extraño a la relación negocial como era CMC SAS.*

*Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que conforme consta en las comunicaciones del 21 de diciembre de 2012, así como del 9, del 21 y del 22 de enero de 2013 dirigidas a los miembros del CMC, CNR puso de presente su voluntad de pagar de inmediato a dichas personas, acompañando incluso fotografías de los cheques puestos a disposición de los miembros del CMC, para cuyo retiro bastaba con que éstos señalaran que CMC SAS recibía por su cuenta.*

*Se aclara que el pago de intereses de mora únicamente correspondería desde la fecha de la constitución en mora, para lo cual se requeriría de la presentación de una factura apropiada, lo cual no ha ocurrido hasta la fecha.*

Las posiciones de las partes que se dejan reseñadas, evidencian que no existe entre ellas controversia en cuanto al hecho de la presentación a CNR de las facturas números 001, 002, 003, 004, 005, 006, 007, 008, 010, 017, 018, 019, 020, 021, 022, 023, 024, 025, 030 y 031, expedidas por CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S., copia de las cuales obra en el expediente (C. Pruebas 7, fl. 3 a 29), ni en cuanto a su contenido, más sí sobre su no pago, pues mientras esta plantea que CNR incurrió en mora de la obligación de pagarlas en el término cierto estipulado para ello, aquella afirma que rechazó legalmente esas facturas en la medida en que las personas legitimadas para facturar, por ser sus contrapartes en el contrato de operación, es decir, los miembros del CMC, jamás presentaron facturas por los servicios en cuestión, y por el contrario, las referidas facturas fueron emitidas por un tercero extraño a la relación negocial como era CMC SAS.

Al respecto, el Tribunal observa que la razón invocada por CNR como justificación del no pago de las facturas que le fueron presentadas por CMC SAS entre noviembre de 2012 y enero de 2013, consistente en que esta carecía de legitimación para hacerlo, por ser un tercero extraño a la relación negocial derivada del contrato de operación minera, quedó desvirtuada en el

presente proceso en la medida en que, según lo analizado a espacio en el capítulo precedente de este laudo dedicado al examen de los presupuestos procesales, se probó la existencia, validez y oponibilidad de la cesión de la posición contractual que en dicho contrato tuvo el Consorcio Minero del Cesar y sus miembros, a favor de la sociedad Consorcio Minero del Cesar SAS, el 16 de noviembre de 2012, y siendo ello así resulta forzoso concluir que CNR, al rechazar y devolver las referidas facturas, como lo hizo y lo reconoció en su contestación de la demanda de reconvención reformada, incumplió su obligación contractual de pagar dichas facturas a la cesionaria en la posición de operador, máxime cuando al propio tiempo CNR (i) recibió de CMC SAS las cantidades de estéril y de carbón que esta extrajo durante ese período, en desarrollo de la operación de la Mina La Francia, (ii) se benefició con ello, y (iii) suscribió las correspondientes actas de medición que igualmente obran en el expediente.

Ello sin perjuicio de lo que adelante se analizará respecto de la terminación anticipada y unilateral del contrato por parte de CMC SAS.

Con fundamento en lo hasta aquí expuesto, el Tribunal concluye que han de prosperar la pretensión declarativa décimo primera, numeral 11.1, y la correlativa pretensión condenatoria segunda, ambas de la demanda de reconvención reformada, y así lo declarará en la parte resolutive de este laudo, y se condenará a CNR a pagar a CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S., (i) las sumas de dinero que seguidamente se indican, correspondientes al capital de las facturas insolutas, y (ii) los respectivos intereses moratorios liquidados sobre dicho capital, de conformidad con lo pactado en literal e) de la cláusula 6 de la Oferta Mercantil, que a la letra dice:

***“e) Forma de Pago:** El pago se realizará máximo en 15 días de la fecha de presentación de la Factura por parte del OFERENTE.*

*En el evento en el cual por causas no imputables al OFERENTE, el DESTINATARIO no realice el pago en el plazo previsto, le reconocerá al OFERENTE un interés equivalente a la tasa DTF + 3, efectivo anual. En caso que la mora persista por 15 días, a partir del día 16 EL DESTINATARIO le reconocerá al OFERENTE por este retardo un interés moratorio equivalente a la tasa máxima legal permitida para intereses moratorios.*

*En todo caso, las tasas de interés se liquidan mediante el sistema simple y bajo ninguna circunstancia se aplicará un sistema compuesto.”*

El resultado de tales decisiones se muestra en la tabla que se inserta a continuación, en la cual, para cada una de las facturas no pagadas se presenta tanto la fecha de presentación como la fecha de vencimiento de las mismas. Posterior a esto se presenta la fecha en la cual se cumplen los 15 días **comunes** sobre los cuales CNR no incurría en mora y, finalmente, se presenta la fecha de corte sobre la cual se consideran intereses de DTF + 3% sobre el valor del capital histórico de la factura, siendo esta fecha de corte a la correspondiente a 15 días **comunes** después de la fecha de corte sobre la cual no se pagan intereses. Así pues, se calculan los intereses de mora para los 15 días **comunes** sobre los cuales aplica el cobro de DTF +

3% y los intereses de mora en que se incurren una vez se han cumplido los 15 días **comunes** de cobro con DTF. Estos intereses van hasta la fecha del laudo (26 de mayo de 2016) y se aplica un cobro de IBC \* 1,5 para su cálculo. En la última columna se presenta finalmente el valor consolidado del capital histórico de cada factura más los intereses por concepto de DTF + 3% y de IBC \* 1,5.

Factura	Capital Histórico (COP)	Concepto	Corresponde a servicios prestados en la mina	Fecha presentación	Fecha vencimiento	Inicio interés DTF+3% (15 días corrientes)	Inicio interés IBC*1,5 (hasta 26 de mayo 2016)	Intereses a DTF+3 (15 días corrientes)	Interés IBC*1,5 (hasta 26 de mayo 2016)	Capital + Intereses
1	5.707.118.681	1 MCB Estéril Bloque AB	Acta 139	20/11/2012	03/12/2012	19/12/2012	03/01/2013	19.602.367	5.825.734.009	11.552.455.057
2	940.690.688	1 Ton Carbón Bloque AB	Acta 134	20/11/2012	03/12/2012	19/12/2012	03/01/2013	3.231.011	960.241.768	1.904.163.467
3	856.013	Ajuste <b>Índice</b> Minero <b>Estéril</b> Bloque AB	Actas 137 - 138	22/11/2012	05/12/2012	21/12/2012	05/01/2013	2.941	872.324	1.731.278
4	108.832	Ajuste <b>Índice</b> Minero Carbón Bloque AB	Actas 132 - 133	22/11/2012	05/12/2012	21/12/2012	05/01/2013	374	110.906	220.112
5	53.460.876	Suministros varios no gravados		22/11/2012	05/12/2012	21/12/2012	05/01/2013	183.653	54.479.551	108.124.080
6	4.685.972.992	1 MCB Estéril Bloque AB	Acta 140	30/11/2012	14/12/2012	30/12/2012	14/01/2013	16.085.904	4.738.799.528	9.440.858.423
7	972.553.917	1 Ton Carbón Bloque AB	Acta 135	30/11/2012	14/12/2012	30/12/2012	14/01/2013	3.338.561	983.517.841	1.959.410.320
8	177.831.181	1 MCB Sobre acarreo <b>Estéril</b> Bloque AB 1 Ton Sobre acarreo Carbón bloque AB	Acta 46	30/11/2012	14/12/2012	30/12/2012	14/01/2013	610.455	179.835.931	358.277.567
10	43.597.395	Suministros varios no gravados	Octubre	12/12/2012	26/12/2012	11/01/2013	26/01/2013	148.376	43.636.560	87.382.331
17	6.645.015.615	1 MCB Estéril Bloque AB	Acta 141	18/12/2012	02/01/2013	18/01/2013	02/02/2013	22.463.844	6.610.768.866	13.278.248.325
18	874.645.690	Carbon Bloque AB	Acta 136	18/12/2012	02/01/2013	18/01/2013	02/02/2013	2.956.788	870.137.985	1.747.740.463
19	7.334.252	1 Ajuste <b>Índice</b> minero <b>Estéril</b> Bloque AB	Actas 139 a 140	18/12/2012	02/01/2013	18/01/2013	02/02/2013	24.794	7.296.453	14.655.499
20	1.350.187	1 Ajuste <b>Índice</b> minero <b>Carbón</b> Bloque AB	Actas 134 a 135	18/12/2012	02/01/2013	18/01/2013	02/02/2013	4.564	1.343.228	2.697.980
21	125.511	1 Ajuste <b>Índice</b> <b>Miembro</b> Bloque AB 1 Ajuste <b>Índice</b> minero <b>Carbon</b> Bloque AB	Acta No. 46	18/12/2012	02/01/2013	18/01/2013	02/02/2013	424	124.864	250.799
22	5.236.357.959	1 MCB Estéril Bloque AB	Acta No 142	28/12/2012	15/01/2013	31/01/2013	15/02/2013	17.370.163	5.150.516.598	10.404.244.720
23	795.965.342	1 Ton Carbón Bloque AB	Acta No 137	28/12/2012	15/01/2013	31/01/2013	15/02/2013	2.640.394	782.916.817	1.581.522.553
24	123.523.787	1 MCB Sobreacarreo Estéril Bloque AB 1 Sobre acarreo Carbón Bloque Ab	Acta No 45	28/12/2012	15/01/2013	31/01/2013	15/02/2013	409.756	121.498.820	245.432.363
25	191.096.654	1 MCB Sobreacarreo Estéril Bloque AB 1 Sobre acarreo Carbón Bloque Ab	Acta No 47	28/12/2012	15/01/2013	31/01/2013	15/02/2013	633.910	187.963.943	379.694.507
30	6.703.981.076	1 MCB Estéril Bloque AB	Acta No 143	18/01/2013	30/01/2013	15/02/2013	02/03/2013	21.869.876	6.507.138.225	13.232.989.177
<b>Total</b>	<b>33.161.586.648</b>	-	-	-	-	-	-	<b>111.578.157</b>	<b>33.026.934.216</b>	<b>66.300.099.021</b>

#### 4.3. La ejecución práctica del contrato y los incumplimientos debatidos en materia del Take or Pay Mensual 2011.

CMC SAS, en la pretensión declarativa décimo primera, numerales 11.7 y 11.8, de su demanda de reconvención reformada, solicitó al Tribunal declarar, entre otras cosas, que CNR incumplió el contrato de operación por infringir las obligaciones a su cargo de (i) garantizar a partir del mes de enero de 2011 la producción mínima mensual de 1.700.000 MCB más el carbón asociado, acordada en la cláusula 3º del Acta de Reinicio y Transacción y en el numeral 2.1.6. de su Otrosí N° 2, y (ii) pagar el Take or Pay mensual estipulado en dicha cláusula, por los meses de febrero a septiembre de 2011, enero a julio, octubre a diciembre de 2012 y enero de 2013, o en los meses que encuentre probado el Tribunal, y solicitó también a este imponer las correlativas condenas pecuniarias por tales incumplimientos (pretensión cuarta condenatoria), pidiendo que se condene a CNR a pagar a CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S., la suma de veintitrés mil trescientos ochenta y nueve millones de pesos (Col\$23.389.000.000,00), con su actualización e intereses moratorios a la tasa pactada o en su defecto a la legal máxima desde su causación al pago efectivo, por concepto del *Take Or Pay* correspondientes a (i) los meses de febrero a septiembre de 2011, (ii) enero a julio y octubre a diciembre del año 2012 y (iii) el mes de enero de 2013.

En su alegato de conclusión, la parte reconviniendo propuso sobre este asunto los argumentos que enseguida se resumen, en los que planteó:

i. que el origen contractual del Take or Pay, data del 12 de agosto de 2009, fecha en la cual las partes suscribieron el Acta de Reinicio;



ii. que este documento no sólo tiene carácter contractual, sino que al mismo instrumento, las partes decidieron darle el alcance de una transacción en los términos establecidos en el artículo 2483 del Código Civil, esto es, con efectos de cosa juzgada sobre los acuerdos allí plasmados;

iii. que con base en lo anterior, las partes declararon terminadas todas las diferencias surgidas con ocasión de la suspensión unilateral de la ejecución del contrato realizada por CDC así como cualquier reclamación originada por hechos anteriores a agosto 12 de 2009;

iv. que en esta Acta de Reinicio, y, debido a que CDC consideró que las circunstancias que había argumentado como causal de suspensión unilateral del contrato (sistema de cargue en puerto de Prodeco y paro de trabajadores de Fenoco) habían cesado, las partes resolvieron no sólo reiniciar las actividades del contrato, sino que llegaron a los siguientes acuerdos:

- En caso de terminación anticipada de la oferta, CDC se obliga a asumir y a subrogarse en los contratos de leasing que allí se relacionan, más los costos de importación de equipos que fueron tasados en la suma de tres mil ochocientos noventa y dos millones ochocientos cincuenta y seis mil ochocientos setenta y dos pesos (\$3.892.856.872,00) más el porcentaje de propiedad que se calcula con la fórmula estipulada. Esta suma fue redimensionada a trescientos setenta y tres millones setecientos cuarenta y cinco mil ciento veintiún pesos (\$373.745.121, 00, según el Otrosí No. 1.

- Si a la fecha de terminación anticipada existieren contratos de leasing que se hubieran terminado, CDC deberá reconocer al consorcio el 100% del avalúo comercial de los equipos más los costos de importación.

- CDC se compromete para con CMC a concertar un Plan Minero anual, trimestral y mensual, en el cual a partir de diciembre de 2009, aquella garantizaría un volumen de producción mínimo de un millón setecientos mil metros cúbicos banco mes (1.700.000,00 MCB / MES) de estéril más el carbón asociado al mismo y que estos planes mineros serían concertados buscando la mayor eficiencia de la capacidad de producción e infraestructura del Consorcio.

- Es importante tener en cuenta que las cantidades garantizadas por CARBONES DEL CESAR tienen carácter transitorio y éstas pueden ser modificadas, previo acuerdo sobre el Plan Minero anual, trimestral y mensual.

- Si las partes no llegaban a un acuerdo sobre el Plan Minero anual, trimestral y mensual, serán de todas maneras garantizadas por parte de CDC las cantidades mínimas garantizadas y se faculta al Consorcio a realizar una producción mínima y facturar estas cantidades, así no se haya suscrito acta de medición.

- Se estableció un mecanismo para la medición de estéril, carbón y distancias de acarreo de estéril, transporte y pago.

- Se estableció de manera expresa que no habría lugar a “retenciones unilaterales del valor del acta o de la factura”.

- Se autorizó la cesión del contrato por parte del Consorcio a una S.A.S. siempre que se cumpliera con las condiciones pactadas.

v. Con posterioridad y por solicitud de CDC se modificó el Acta de Reinicio, fundamentalmente por reajustes internos de la empresa, problemas de puerto y de embarque de carbón y razones de mercado. En el Otrosí N° 2 al Acta de Reinicio, se consagró que debido a la imposibilidad transitoria que tenía CDC de cumplir con lo establecido en dicha acta, en el sentido de garantizar una producción mínima mensual de 1.700.000,00 MCB / MES a partir de diciembre de 2009 de estéril más el carbón asociado al mismo, se estableció una cláusula temporal al Acta de Reinicio – la cual modificó el contrato conformado por la oferta mercantil y la orden de trabajo – a partir del 1º de noviembre de 2009 y hasta el 31 de diciembre de 2010, en la cual se estableció que sólo a partir del mes de enero de 2011 se garantizaría por parte de CDC el mínimo de producción de 1.700.000,00 MCB / MES. Dentro de este otrosí al Acta de Inicio, se establecieron las reglas para reconocer a CMC la disminución de la producción – período de reducción – y el pago por la disponibilidad de equipos y adicionalmente se estableció la cláusula de take or pay.

vi. El uso de estas cláusulas es usual en el derecho comparado y en términos generales consiste en un acuerdo entre contratante y contratista en el cual aquel se obliga a cumplir con su obligación independientemente de si se presta o no se presta el servicio o se hace o no entrega del bien, con lo cual se remunera a título de ejemplo la disponibilidad de los equipos, la capacidad instalada, etc. La finalidad de esta cláusula es proteger al contratista de recibir el valor o la prestación pactada, aún en el caso que el contratante no haga uso del bien o servicio; en este caso, se busca que se garantice a partir del mes de enero de 2011, que se cancele a CMC un mínimo de producción de 1.700.000, 00 MCB / MES, aún si esta cantidad no hubiese sido puesta a disposición por parte de CDC.

vii. De acuerdo con dicha cláusula, si a partir de enero de 2011 CDC no ha garantizado el mínimo de producción, lo cual es equivalente a que si a partir de enero de 2011 no se ha producido la suma garantizada, CMC estaba facultado para facturar esta cantidad establecida y si una vez facturada CDC no cancelaba su importe, CMC quedaba facultado para pagarse la factura con carbón.

viii. Adicionalmente, si se atiende a los antecedentes del Otrosí No. 2, fácilmente puede concluirse que la denominada cláusula Take or Pay no es más que el reconocimiento a la reducción de las cantidades de producción por causas ajenas a CMC, lo cual implicó una carga que éste no se encontraba en posición jurídica de asumir y se convierte entonces en un mecanismo para desarrollar el principio de la justicia contractual.

ix. Conforme al numeral 2.1.6. del Otrosí No. 2 del Acta de Reinicio, la expresión “no garantice el nivel mínimo de producción”, no debe entenderse como una obligación meramente potestativa a cargo del deudor. La cláusula estableció una obligación de resultado en cabeza de CNR, en virtud de la

cual, con total independencia de la cantidad extraída, el operador de la mina estaba obligado a pagar el valor correspondiente a las cantidades mínimas garantizadas. Menos aún puede entenderse que CNR se liberaba de dicha obligación incluyendo la cuantía prevista de explotación de estéril en un borrador no concertado, no entregado a tiempo, y que como quedó demostrado en este proceso, no había sido elaborado siguiendo los lineamientos establecidos en el acta de reinicio y su Otrosí No. 2, en cuanto a la optimización de la capacidad instalada de CMC y el balanceo de sus equipos;

x. En efecto, quedó probado en el presente proceso que los planes mineros no fueron concertados; que los borradores de planes mineros no fueron presentados oportunamente, lo que generó un impacto al proyecto, como lo afirma el perito técnico al dar respuesta al literal c) de la pregunta 67, cuando expresa *"c) Los impactos generados en el normal desarrollo del proyecto, por la no entregar a tiempo y/o por no hacer partícipes a la parte ejecutante (CMC) de los planes mineros de corto, mediano y largo plazo, se evidencia en la menor ejecución acorde con las estimaciones previstas, ya que el planeamiento minero es un tema de constante actualización y que debe ser revisado contantemente en pro del mejor entendimiento Contratante- Contratista y de igual manera en vía de seguir las mejores prácticas en la industria, asegurando así un control operacional, y administrativo";* que estos planes mineros fueron elaborados unilateralmente por CNR, que en su elaboración CNR no estuvo *"de acuerdo con la capacidad de producción e infraestructura del CMC en la Mina La Francia"* y que *"el diseño del Plan Minero mensual se ciña a manejar balanceadamente las distancias de acarreo a botadero de los camiones mineros"*, como se estableció en el Acta de Reinicio, y tampoco se elaboraron con base en el memorando de entendimiento de 22 de abril de 2008 que está visible a folio 622 del cuaderno de pruebas No. 1. En este memorando de entendimiento las partes acordaron revisar entre otros puntos: distancias de acarreo, definición de estéril, forma de concentrar los planes mineros de largo, mediano y corto plazo, *"para lo cual se trabajará sobre la base de que tanto los planes como la secuencia minera deberán tener en cuenta prioritariamente buscar la mayor eficiencia de la capacidad instalada en equipos del Consorcio."*

xi. Que el perito técnico al dar respuesta a la pregunta 76 del cuestionario presentado por CMC y CMC S.A.S., indica que los borradores de planes mineros en los archivos de las partes, *"fueron presentados en formato tipo pdf o PPT (Presentación de Power Point) y sus contenidos, en general, eran referentes a: objetivos generales del plan minero, ítems a tener en cuenta, comentarios frente a la ejecución del plan del mes anterior, bases del plan minero (propuesto), botaderos, recomendaciones técnicas, recomendaciones generales, distancias de acarreo (estimadas), producción requerida en MCB y toneladas de carbón, y avance del plan minero según imágenes de topografía en tercera dimensión. Brilla por su ausencia cualquier referencia a la capacidad instalada de CMC y CMC S.A.S. y el manejo balanceado de los equipos."* Por el contrario concluye el perito técnico que *"Es posible concluir que, en el año 2010, cuatro meses presentan distancias de acarreo superiores a 2,6 km (abril, octubre, noviembre y diciembre), mientras que para 2011 y 2012, los 12 meses de*

*cada año presentan porcentajes con distancias de acarreo superiores a 2,6 km."*

xii. Igualmente es claro el dictamen técnico presentado por la Universidad Nacional al dar respuesta a la pregunta 31, literal d) y e) en la que se le solicitaba al perito que determinara si: *"d) De acuerdo con las capacidades y productividades determinadas por CNR en los diferentes planes mineros y borradores de planes mineros, en donde estipulan un volumen a mover por bloque y lo diseñan con un número de palas y camiones por pala, y de acuerdo con el resultado que esto arroja, determine si las horas totales que realmente trabajaron todos los equipos (palas y camiones) hubieran sido suficientes para haber alcanzado esos volúmenes";* y se le solicitaba que determinara de acuerdo con la pregunta anterior, si las producciones por módulos (pala - camión) planeadas por CNR, podrían haberse afectado negativamente al haberse tenido que colocar a los camiones a trabajar a mayores distancias de las planeadas, concluyendo el perito técnico:

*"Del anterior análisis se puede concluir lo siguiente:*

*- Durante el año 2010 las horas horómetros para palas y camiones siempre fueron mayores que las horas planeadas para la flota de estéril, por lo cual las horas trabajadas por el CMC eran suficientes para alcanzar los volúmenes planeados.*

*- En marzo, junio y agosto de 2011 las horas planeadas por CNR estuvieron por encima de las horas horómetros trabajadas, por ende el CMC no trabajó las horas necesarias para cumplir la producción planeada por CNR.*

*- Las horas horómetros trabajadas durante los meses analizados para los años 2010 y 2011 siempre estuvieron por encima de las planeadas, en consecuencia las horas totales trabajadas por el CMC eran suficientes para cumplir con los volúmenes planeados por CNR.*

*- En enero de 2012 las horas horómetros trabajadas para palas y camiones fueron mayores a las horas planeadas para la flota.*

*e) Si las distancias realmente recorridas hubieran sido mayores que las planeadas, las productividades por módulo pala camión si se afectarían por mayores distancias, dado que hay una relación directa con las distancias y velocidades promedio entre el frente de explotación y el lugar de disposición del material explotado. (subrayas propias) (...)"*

xiii. En la transcripción efectuada por el perito técnico al dar respuesta a la pregunta 59 del cuestionario presentado por CNR, sobre la "ACTUALIZACIÓN DEL ESTUDIO DE IMPACTO AMBIENTAL EN LA MINA CALENTURITAS", mina contigua y con las mismas características de la mina La Francia al pertenecer a la misma formación geológica, elaborado por la firma INTEGRAL (ingenieros Consultores), presentado por PRODECO al ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable, se extrae:

*“ACTUALIZACIÓN DEL ESTUDIO. En la mina La Francia la falta de capacidad de depósito de estéril hizo que se buscaran áreas de depósito de estéril “marginales”, quiere decir, áreas de depósito de estéril improvisadas que no permitían tener una optimización de la flota de carga y transporte debido a grandes distancias, pero que eran las únicas en la que se podía realizar en ese momento. Al fallar uno de los componente del sistema (Lugar de depósito de estéril) se vio afectado otro componente (Equipo de transporte), y este a su vez afectó un tercer componente del sistema (Equipo de carga) propiciando un golpe directo a la productividad de la mina del sistema “MANEJO DEL ESTÉRIL Y/O CARBÓN DE LA MINA LA FRANCIA”, lo que trajo como consecuencia la imposibilidad de optimizar el uso de la flota.”*

xiv. En suma CNR no garantizó la cuantía mínima de producción de estéril y carbón asociado, por lo que debe indemnizar a CMC S.A.S. por las diferencias de producción hasta la cuantía garantizada, concluyéndose lo siguiente:

- A partir del mes de enero de 2011, Carbones del Cesar se encuentra en la obligación de garantizar al Consorcio una producción de un millón setecientos mil metros cúbicos banco mes (1.700.000, 00 MCB /MES).
- El acta de reinicio contempló de manera expresa que la cantidad garantizada por Carbones del Cesar sólo puede modificarse mediante concertación del Plan Minero con el Consorcio.

xv. El perito financiero designado por el Tribunal, al dar respuesta a la solicitud de aclaración No. 28, refiriéndose al cálculo efectuado por IK manifestó que en la tabla No. 14 el valor del Take or Pay *“presenta el valor de la sumatoria de los resultados incrementales históricos, el cual asciende a 23.389 millones de pesos”* y *“que la actualización de dicho valor (23.389 millones) a pesos de la entrega del experticio, aplicando una tasa de descuento del 9,7%, corresponde a 26.929 millones de pesos”, suma en que deberá ser condenada C.I. C.N.R. I S.A.S.”*

De su lado, la parte contrademandada, en la contestación de la demanda de reconvención reformada, al responder al hecho 176 de la misma, manifestó sobre el tema bajo examen:

*“Ahora bien, en lo que concierne a las cantidades mínimas take or pay mencionadas por CMC SAS como incumplidas por CNR, debe decirse –nuevamente- que desde su consagración en el Acta de Reinicio estas cantidades se observaron en los planes mineros, y fueron los miembros del CMC quienes, por causa de sus deficiencias, no lograron remover los volúmenes previstos. Lo anterior, como se señaló previamente, con la sola excepción del mes de Julio de 2011, en el cual CNR programó un volumen levemente por debajo del umbral señalado de 1.693,463 MCB de estéril, pero en el cual los miembros del CMC extrajeron 1.717.525 MCB, es decir, excediendo el mínimo garantizado, cantidad sobre la cual –por demás- CNR les pagó la tarifa convenida, de conformidad con lo establecido en el Contrato de Operación.”*

Y en la respuesta a los hechos 208 al 213 de la contrademanda, dijo CNR:

*“En diversos Hechos de la reforma de la demanda de reconvención, como en los que aquí se contestan, CMC SAS arguye, que dado que en el Acta de Reinicio se hizo una manifestación en cuanto a la capacidad de producción que tenían los miembros del CMC, ese dato ha de considerarse en el futuro como inmodificable e incuestionable. Con este planteamiento, carente de toda lógica, pretenden que se tenga por demostrado de manera definitiva e irreversible la mencionada capacidad de producción. Es evidente que los miembros del CMC debían demostrar permanentemente, en primer lugar mediante la productividad de sus equipos, que contaban con una flota suficiente e idónea para cumplir sus obligaciones. Era eso lo que les daba derecho a exigir la observancia de la cantidad mínima mensual garantizada. Esa obligación de demostración de la capacidad efectiva se deriva del Hecho de que una cosa es esta última y otra muy distinta la capacidad teórica de explotación que pudieren tener los equipos en un momento dado, para cuya conservación era menester que el contratista llevara a cabo planes adecuados de reparación y mantenimiento, para que no se viera afectada la disponibilidad mecánica de sus unidades.*

*En el proceso se demostrará que esa capacidad asegurada no existía, y que estaba en realidad muy por debajo de lo manifestado, en particular por una muy pobre disponibilidad mecánica de los equipos, muy inferior a la disponibilidad prevista en la Oferta, en particular en el Anexo 5 de la misma.*

*Es por esta razón que a pesar de que en los planes mineros preparados a partir del Acta de Reinicio se previó una explotación de al menos 1.700.000 MCB, la producción de los miembros del CMC estuvo muy por debajo de este umbral. Lo anterior, con la sola excepción del mes de Julio de 2011, en el cual CNR programó un volumen levemente por debajo del umbral señalado de 1.693.463 MCB de estéril, pero en el cual los miembros del CMC extrajeron 1.717.525 MCB, es decir, excediendo el mínimo garantizado, cantidad sobre la cual –por demás– CNR les pagó la tarifa convenida, de conformidad con lo establecido en el Contrato de Operación.*

*Dadas las puntualizaciones precedentes, según las cuales CNR siempre puso a disposición del contratista la cantidad mínima garantizada, proyectándolo así en los planes mineros, no procedía en ningún caso el pago del take –or – pay pactado, pues la baja productividad lograda fue consecuencia directa y necesaria de la pobre disponibilidad mecánica de los equipos de los miembros del CMC. Por las mismas razones no era procedente la condonación de las cuotas de leasing, prevista en el Otrosí 2 al Acta de Reinicio, de manera que CNR estaba facultada para descontarlas de las facturas presentadas por su co-contratante.”*

Más adelante, en la respuesta al hecho 229 de la demanda de reconvención, señaló CNR:

*“Las cantidades mínimas garantizadas siempre fueron puestas a disposición del contratista en los planes mineros desde su consagración en el Acta de Reinicio, y fueron los miembros del CMC quienes, por causa en sus deficiencias, no lograron removerlas. Lo anterior, como se señaló previamente, con la sola excepción del mes de Julio de 2011, en el cual CNR programó un volumen levemente por debajo del umbral señalado de 1.693.463 MCB de estéril, pero en el cual los miembros del CMC extrajeron 1.717.525 MCB, es decir, excediendo el mínimo garantizado, cantidad sobre la cual –por demás- CNR les pagó la tarifa convenida, de conformidad con lo establecido en el Contrato de Operación.*

*Dadas las puntualizaciones precedentes, según las cuales CNR siempre puso a disposición del contratista la cantidad mínima garantizada, proyectándolo así en los planes mineros, no procedía en ningún caso el pago del take –or – pay pactado, pues la baja productividad lograda fue consecuencia directa y necesaria de la pobre disponibilidad mecánica de los equipos de los miembros del CMC. Por las mismas razones no era procedente la condonación de las cuotas de leasing, prevista en el Otrosí 2 al Acta de Reinicio, de manera que CNR estaba facultada para descontarlas de las facturas presentadas por su co-contratante.”*

**Asimismo, CNR propuso la excepción de “Incumplimiento de las obligaciones contraídas bajo el Contrato de Operación por los Miembros del CMC y/o su cesionario CMC SAS”, en la cual manifestó:**

*“CNR en sus planes mineros observó los parámetros admitidos por la industria y siempre puso a disposición las cantidades mínimas acordadas, que los miembros del CMC y/o su cesionario CMC SAS fueron incapaces de producir por razones imputables a éstos.*

*Nunca se cumplieron las condiciones requeridas bajo el Contrato de Operación para obligar a CNR a pagar take-or-pay a favor de los miembros del CMC.”*

De cara a este debate, observa en primer término el Tribunal que en el numeral 2.1.6 de la cláusula segunda del Otrosí 2 del Acta de Reinicio se estipuló lo siguiente:

**“SEGUNDA: Como consecuencia de la modificación transitoria de la Cláusula Tercera del Acta de Reinicio, y en consideración a la reducción en las cantidades mínimas de producción, CDC, a partir de la suscripción del presente Otrosí, asumirá las siguientes obligaciones para con CMC, con el objeto de mitigar parte de los efectos económicos y logísticos que esta reducción ocasiona en su operación:**

(...)

**2.1.6. Si llegado el mes de enero de 2011, CDC, no garantiza el nivel mínimo de producción mensual acordado en el Acta de**

**Reinicio equivalente a un Millón Setecientos Mil Metros Cúbicos Banco Mes (1.700.000 MCB/mes) más el carbón asociado, de conformidad con el respectivo Plan Minero Mensual, CMC podrá facturar a CDC el valor equivalente a dicha producción mínima mensual, independientemente de los volúmenes realmente producidos (el "Take or Pay Mensual 2011").** Si a partir del mes de enero de 2011 no se logra llegar a estos niveles mínimos de producción y CDC incumple el pago del Take or Pay Mensual 2011, en cualquier mes en que se presente esta situación, las sumas entregadas por concepto de intereses de las "Cuotas de Leasing" por CDC al CMC, según se detallan en los Cuadros # 1 y # 2", sin obligación alguna de CMC de pago o reembolso serán condonadas por CDC, sin perjuicio del incumplimiento del presente Otrosí No. 2 por CDC. Asimismo, sin perjuicio de los efectos por el incumplimiento, CDC deberá seguir pagando, dentro de los primeros cinco (5) días de cada mes, al CMC los compromisos mensuales de pago de cánones e intereses causados a partir del mes de enero de 2011 según se indica en el Cuadro # 2, hasta que (i) se termine la Oferta por decisión del CMC, o (ii) se llegue al cumplimiento de los niveles mínimos mensuales de producción previstos en el Acta de Reinicio, según el valor reportado mensualmente por CMC en la correspondiente factura o cuenta de cobro, o (iii) CDC cumpla con el pago del Take or Pay Mensual 2011.

Se aclara que en caso de que, por CDC no haber garantizado y restablecido el nivel mínimo de producción a partir de enero de 2011 y haber incumplido el pago relacionado con el Take or Pay Mensual 2011, CDC tenga que seguir pagando los valores correspondientes a cánones e intereses sobre los contratos de leasing previstos en el Cuadro # 2, dichos montos (del Cuadro # 2) no serán considerados un anticipo para efectos de la adquisición de los Equipos en una terminación anticipada de la Oferta, en desarrollo de la cláusula sexta y décimo cuarta del Acta de Reinicio; es decir, no se realizarán por parte de CDC descuentos al CMC por este concepto, y el CMC no tendrá la obligación de reintegrar estos montos". (resalta y subraya el Tribunal).

A continuación se inserta del Cuadro # 2 incluido en la cláusula recién trascrita:



<b>CUADRO # 2</b>			
<b>Valores a pagar por CDC entre</b>			
<b>Enero 1 a Diciembre 31 de 2.011</b>			
<b>FECHA DE PAGO</b>	<b>Por Cuota de Leasing Capital USD</b>	<b>Por Cuota de Leasing Intereses USD</b>	<b>TOTAL EN USD</b>
1-Enero-2011	747.725,13	38.490,80	786.215,92
1-Febrero-2011	342.219,61	17.563,37	359.782,97
1-Marzo-2011	390.938,12	18.392,90	409.331,01
1-Abril-2011	725.751,43	28.572,82	754.324,25
1-Mayo-2011	323.655,79	12.992,20	336.648,00
1-Junio-2011	363.054,06	12.808,19	375.862,25
1-Julio-2011	707.203,54	19.282,38	726.485,92
1-Agosto-2011	323.732,58	8.835,84	332.568,42
1-Septiembre-2011	363.054,04	7.801,52	370.855,56
1-October-2011	683.429,96	10.343,61	693.773,57
1-Noviembre-2011	236.005,84	4.660,16	240.666,00
1-Diciembre-2011	178.938,16	2.794,86	181.733,02
<b>TOTAL</b>	<b>5.385.708,26</b>	<b>182.538,64</b>	<b>5.568.246,90</b>

Como atrás se señaló, las partes tienen posiciones encontradas sobre la exigibilidad del Take or Pay Mensual 2011, pues mientras CMC SAS sostiene que se trató de una garantía de producción mínima establecida a favor del operador, que fue incumplida por CNR, esta afirma que siempre puso a disposición del contratista la cantidad mínima garantizada, proyectándolo así en los planes mineros que elaboró, con la sola excepción del mes de Julio de 2011, en el cual CNR programó un volumen levemente por debajo del umbral señalado de 1.693.463 MCB de estéril, pero en el cual los miembros del CMC extrajeron 1.717.525 MCB, es decir, excediendo el mínimo garantizado, por lo que no procedía en ningún caso el pago del take or pay pactado, pues la baja productividad lograda fue consecuencia directa y necesaria de la pobre disponibilidad mecánica de los equipos de los miembros del CMC, quienes debían demostrar permanentemente, en primer lugar mediante la productividad de sus equipos, que contaban con una flota suficiente e idónea para cumplir sus obligaciones, siendo eso lo que les daba derecho a exigir la observancia de la cantidad mínima mensual garantizada, y ello no ocurrió.

Frente a esta controversia, el Tribunal observa inicialmente que, según lo expresado en el texto del encabezamiento de la cláusula segunda trascrita, el pago del Take or Pay Mensual 2011 fue una de las obligaciones que CDC contrajo para con el CMC, a partir de la suscripción del Otrosí 2 al Acta de Reinicio, como consecuencia de la modificación transitoria de la cláusula tercera de dicha Acta de Reinicio, y en consideración a la reducción en las cantidades mínimas de producción, para mitigar parte de los efectos económicos y logísticos que esta reducción, adoptada por iniciativa de CDC, ocasionó en la operación del operador minero, particularmente durante el denominado "período de reducción", comprendido entre el 1º de noviembre

de 2009 y el 31 de diciembre de 2010, siendo esta entonces la finalidad clara perseguida con dicha estipulación. Asimismo, el Tribunal ya señaló anteriormente que el riesgo comercial del proyecto minero de la Mina La Francia fue asumido por el dueño del recurso minero (CDC y luego CNR).

La exigibilidad de dicha obligación de CDC (luego de CNR) se sujetó a un plazo suspensivo y a una condición suspensiva: *“Si llegado el mes de enero de 2011, CDC, no garantiza el nivel mínimo de producción mensual acordado en el Acta de Reinicio equivalente a un Millón Setecientos Mil Metros Cúbicos Banco Mes (1.700.000 MCB/mes) más el carbón asociado, de conformidad con el respectivo Plan Minero Mensual, (...)”*, sin que las partes precisaran contractualmente en qué consistía la garantía por parte de CDC del referido nivel mínimo de producción mensual, dado lo cual debe el Tribunal entrar a precisar el sentido y alcance de la estipulación bajo examen.

En ese preciso contexto, el Tribunal, en línea con lo ya señalado al estudiar la figura del take or pay, en el capítulo en el cual se examinó el contrato base del presente proceso, entiende que la intención de las partes subyacente al texto de la cláusula recogida en el numeral 2.1.6 de la cláusula segunda del Otrosí 2 al Acta de Reinicio, fue establecer una garantía de pago mínimo a favor del operador, en cuya virtud CDC (luego CNR) debía pagar mensualmente a este, a partir del mes de enero de 2011, como mínimo el valor correspondiente a una producción de 1.700.000 mcb/mes, aun si tal producción correspondiente no se hubiese planeado, o habiéndose planeado no se lograra en la práctica, dando así lugar a un ingreso mínimo asegurado para el operador mediante el cual se mitigaba el impacto económico negativo que para este se derivó de la pactada reducción en las cantidades mínimas de producción.

Dicha garantía de pago mínimo aparejó para CDC la asunción de una obligación dineraria, de resultado, cuyo cumplimiento era independiente tanto de los volúmenes de producción proyectados por CNR en los borradores de planes mineros –vale decir, contrario a lo sostenido por CNR, la garantía estipulada no se satisfacía simplemente proyectando volúmenes iguales o superiores a 1.700.000 mcb/mes (lo cual en efecto hizo CNR entre enero de 2011 y enero de 2013, salvo en el mes de julio de 2011 cuando proyectó 1.693.459 mcb/mes), sino con el pago del valor correspondiente a dicha producción-, como de los volúmenes realmente producidos cada mes. Más precisamente, a partir del 1º de enero de 2011, si la producción real de un mes era inferior a 1.700.000 mcb/mes, CDC (y su sucesor CNR) debía pagar al operador para ese mes el valor correspondiente a esa producción mínima garantizada, y en cambio, si la producción real del mes era superior a 1.700.000 mcb/mes, entonces se debía pagar al operador el valor correspondiente a la producción real obtenida.

Sentado lo anterior, y descendiendo a la ejecución práctica del contrato, el perito técnico designado por el Tribunal, en el escrito de aclaraciones y complementaciones al cuestionario de CNR (Cuaderno Principal No. 14, folio 66), evidenció la siguiente producción real de estéril en la Mina La Francia para los años 2010, 2011, 2012 y enero de 2013, con base en las actas de producción obrantes en el plenario:

Período	2010	2011	2012	2013
Enero	1,001,571.62	1,803,559.87	1,660,124.15	943,010.00
Febrero	932,536.53	1,318,344.27	1,540,190.89	0.00
Marzo	938,732.50	1,589,071.67	1,501,481.71	0.00
Abril	770,996.35	1,533,414.64	1,294,786.65	0.00
Mayo	868,423.93	1,537,148.52	1,675,820.35	0.00
Junio	1,051,446.09	1,536,515.31	1,612,441.63	0.00
Julio	1,095,982.48	1,717,524.24	1,629,312.56	0.00
Agosto	1,033,984.96	1,704,618.00	1,780,711.40	0.00
Septiembre	1,166,070.85	1,491,247.00	1,719,022.43	0.00
Octubre	1,083,626.77	1,371,611.08	1,524,517.55	0.00
Noviembre	975,149.94	1,381,937.75	1,443,023.01	0.00
Diciembre	1,130,780.37	1,644,971.56	1,658,280.61	0.00
<b>TOTAL</b>	<b>12,049,302.39</b>	<b>18,629,963.91</b>	<b>19,039,712.94</b>	<b>943,010.00</b>

Tabla 33. Estéril ejecutado por CMC en m3 banco (BCM) según actas de producción – Con correcciones

Así las cosas, la prueba pericial acreditó que en los meses de febrero a junio y septiembre a diciembre de 2011; enero a julio y octubre a diciembre de 2012, y enero de 2013, la producción real de estéril en la Mina La Francia estuvo por debajo del nivel de producción mínima pactado de 1.700.000 mcb/mes, y, en consecuencia, en esos meses CNR debió pagar al operador minero el Take or Pay Mensual 2011, cosa que esta no hizo, como lo reconoce en la contestación de la demanda de reconvención, y en su alegato de conclusión, configurándose así el incumplimiento de las obligaciones de garantizar a partir del mes de enero de 2011 la producción mínima mensual acordada de 1.700.000 mcb/mes más el carbón asociado, y de pagar al operador el Take or Pay Mensual 2011, en los términos del numeral 2.1.6 de la cláusula segunda del Otrosí 2 del Acta de Reinicio.

En cuanto a la defensa de incumplimiento del contrato por el operador, planteada por CNR, según la cual esta no pagó al operador el valor del Take or Pay Mensual 2011, porque la no obtención de la producción mínima acordada obedeció a causas imputables al operador, vinculadas con el no cumplimiento de la disponibilidad mecánica de los equipos acordada, se trae a colación el dictamen del perito técnico designado por el Tribunal, en punto de las preguntas 143 a la 145 del cuestionario de CNR y sus respuestas (C. Pruebas 34, folio 80), que dicen así:

**“Pregunta 143**

*¿Teniendo en cuenta la información que usted revisó, cuál fue la disponibilidad mecánica efectiva de los equipos en la mina La Francia para el periodo 2010-2013? Por favor suministre datos históricos de disponibilidad de los camiones, palas y equipos auxiliares de los miembros del CMC por mes durante el periodo 2010-2013. Por favor confirme la fuente de la información recaudada, fechas y nombres de quienes suscriben los reportes que le sean entregados para determinar dichas disponibilidades y explique si dichos reportes han sido preparados y mantenidos de conformidad con buenas prácticas de la industria.*

**Respuesta:**

*En relación con este tema, la información suministrada al Perito técnico no detalla la disponibilidad mecánica de los equipos a que hace*

referencia la pregunta, por lo que se carece de datos para responder esta pregunta.

#### **Pregunta 144**

*¿Cuál es el resultado de comparar la disponibilidad mecánica efectiva de los equipos de los miembros del CMC frente a los parámetros establecidos en el Contrato de Operación y en particular en el PME? ¿Teniendo en cuenta esa disponibilidad efectiva y la calidad de los equipos, puede concluirse que los miembros del CMC tenían equipos suficientes y adecuados para producir 3mt/año de carbón y 1,7 millones de MCB/mes de estéril así como para alcanzar una profundidad de – 120 m.s.n.m.?*

#### **Respuesta:**

*El perito técnico no cuenta con información detallada de la disponibilidad mecánica real de los equipos a que hace referencia la pregunta y por ende no le es posible hacer la comparación entre la disponibilidad real y la disponibilidad establecida en el contrato de operación (sic) y en particular en el PME. Por ende, tampoco le es factible al perito, evaluar si CMC tenía equipos suficientes y adecuados para producir 3mt/año carbón y 1,7 millones de MCB/mes de estéril así como para alcanzar una profundidad de - 120 m.s.n.m.*

#### **Pregunta 145**

*En su respuesta al punto 14 de la Pregunta 29.2 del Dictamen Técnico de CMC, el Sr. Medina señala que: “como el consorcio tiene más equipos de los que realmente necesita, puedo afirmar que no hubo indisponibilidad, es decir no hubo falta de equipos, porque el periodo en cuestión, de marzo de 2010 hasta enero de 2013, siempre fueron trabajadas más horas que las necesarias.” ¿En su opinión, es ésta aseveración correcta? Dicha afirmación está corroborada mediante evidencia documental?*

#### **Respuesta:**

*El perito técnico considera que la aseveración del señor Medina es correcta, y el perito entiende que esta aseveración está basada en las horas de operación de equipo aportadas al proceso, horas horometro. Siempre y cuando la calidad de la información de los horómetros sea concordante con la realidad operativa.*

*No se tiene evidencias de documentales de los datos utilizados para esta conclusión por parte del señor Medina.”*

De acuerdo con estos apartes del dictamen pericial técnico, se ha de desestimar la excepción de incumplimiento del contrato propuesta por CNR, por cuanto en el proceso no se probó que en los meses en los cuales se presentó el incumplimiento de sus obligaciones de garantizar la producción mínima pactada, y de pagar el Take or Pay Mensual 2011, atrás relacionados, el consorcio CMC (o su cesionario CMC SAS) hubiera

incumplido con el nivel de disponibilidad mecánica pactado en la Oferta Mercantil, y por lo tanto han de prosperar las pretensiones declarativas 11.7 y 11.8, y la consecuencial de condena cuarta, formuladas por la parte convocante en reconvención respecto del Take or Pay Mensual 2011, y así lo dispondrá el Tribunal en la parte resolutive de este laudo. Y, por consiguiente, también han de prosperar las pretensiones de la demanda de reconvención reformada relativas a la aplicación de las consecuencias o efectos del incumplimiento del Take or Pay Mensual 2011, establecidas expresamente por las partes en el numeral 2.1.6 de la cláusula segunda del Orosí 2 del Acta de Reinicio, asunto que se trata en otro aparte de este laudo.

Ahora bien, según lo dicho, el Take or Pay Mensual 2011 fue una garantía de ingreso mínimo a favor del operador, para los meses a partir de enero de 2011 en los que no se garantizase una producción mínima de 1.700.000 mcb/mes, habida cuenta de lo cual debe aplicarse de forma tal que se logre el resultado buscado, esto es, el ingreso mínimo para el operador, y dado que en los meses en que la producción mínima garantizada no se obtuvo, el operador facturó el valor correspondiente a la producción real obtenida, entonces el valor base de la condena por el incumplimiento de las precitadas obligaciones de CNR se ha de establecer mediante la sumatoria de las cantidades de estéril que en cada mes de incumplimiento faltaron para alcanzar el valor equivalente a la producción mínima garantizada, y la liquidación de las sumas de dinero correspondientes a la tarifa respectiva, con lo cual se logra el resultado perseguido. Tales diferencias entre la producción mínima garantizada y la producción real obtenida en los meses de incumplimiento son las que se indican en la siguiente tabla:

**Diferencia entre producción mínima garantizada y producción real de estéril**

Período	2011 Diferencia con la producción mínima (mcb/mes)	2012 Diferencia con la producción mínima (mcb/mes)	2013 Diferencia con la producción mínima (mcb/mes)
Enero	N.A.	39.875,85	756.990
Febrero	381.655,73	159.809,11	N.A.
Marzo	110.928,33	198.518,29	N.A.
Abril	166.585,36	405.213,35	N.A.
Mayo	162.851,48	24.179,65	N.A.
Junio	163.484,69	87.558,37	N.A.
Julio	N.A.	70.687,44	N.A.
Agosto	N.A.	N.A.	N.A.
Septiembre	208.753	N.A.	N.A.
Octubre	328.388,92	175.482,45	N.A.
Noviembre	318.062,5	256.976,99	N.A.
Diciembre	55.028,44	41.719,39	N.A.

Tomando cada una de tales diferencias mensuales y aplicándoles la tarifa de extracción de estéril pactada en el contrato, que era de USD 2,56 por mcb, a la tasa representativa del mercado correspondiente al último día del

respectivo período mensual, resultan a cargo de CNR los valores en pesos colombianos indicados en la tabla que adelante se inserta, que deberá pagar a CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.

Sobre tales valores de capital, el Tribunal condenará a CNR a pagar a CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S., intereses liquidados según la fórmula contractual consagrada en el literal e) de la cláusula 6 de la Oferta Mercantil, que a la letra dice:

**“e) Forma de Pago:** El pago se realizará máximo en 15 días de la fecha de presentación de la Factura por parte del OFERENTE.

*En el evento en el cual por causas no imputables al OFERENTE, el DESTINATARIO no realice el pago en el plazo previsto, le reconocerá al OFERENTE un interés equivalente a la tasa DTF + 3, efectivo anual. En caso que la mora persista por 15 días, a partir del día 16 EL DESTINATARIO le reconocerá al OFERENTE por este retardo un interés moratorio equivalente a la tasa máxima legal permitida para intereses moratorios.*

*En todo caso, las tasas de interés se liquidan mediante el sistema simple y bajo ninguna circunstancia se aplicará un sistema compuesto.”*

Dichos intereses se liquidan a partir de la fecha de la exigibilidad correspondiente, tomando como tal el último día hábil del respectivo mes.

La liquidación resumida es la siguiente:

**Take or Pay Mensual 2011 (numeral 2.1.6 de la cláusula segunda del Otrosí 2 al Acta de Reinicio)**

Periodo	Fecha origen (15 días corrientes)	Inicio interés DTF+3% (15 días corrientes)	Inicio interés IBC*1,5 (hasta 26 de mayo 2016)	Diferencia (MCB)	Diferencia (\$USD)	TRM	Diferencia (\$COP) (A)	Interés (B)	Total (A+B)
Ene-11	31-Ene-11	16-Feb-11	3-Mar-11	-	-	1.857,98	-	-	-
Feb-11	28-Feb-11	16-Mar-11	31-Mar-11	381.656	977.039	1.895,56	1.852.035.419	2.874.529.512	4.726.564.931
Mar-11	31-Mar-11	16-Abr-11	1-May-11	110.928	283.977	1.879,47	533.725.359	816.279.712	1.350.005.071
Abr-11	30-Abr-11	16-May-11	31-May-11	166.585	426.459	1.768,19	754.059.693	1.136.641.304	1.890.700.998
May-11	31-May-11	16-Jun-11	1-Jul-11	162.851	416.900	1.817,34	757.648.662	1.124.784.474	1.882.433.136
Jun-11	30-Jun-11	16-Jul-11	31-Jul-11	163.485	418.521	1.780,16	745.033.999	1.088.757.814	1.833.791.813
Jul-11	31-Jul-11	16-Ago-11	31-Ago-11	-	-	1.777,82	-	-	-
Ago-11	31-Ago-11	16-Sept-11	1-Oct-11	-	-	1.783,66	-	-	-
Sept-11	30-Sept-11	16-Oct-11	31-Oct-11	208.753	534.408	1.915,10	1.023.444.148	1.421.796.044	2.445.240.192
Oct-11	31-Oct-11	16-Nov-11	1-Dic-11	328.389	840.676	1.863,06	1.566.229.149	2.136.804.253	3.703.033.401
Nov-11	30-Nov-11	16-Dic-11	31-Dic-11	318.063	814.240	1.967,18	1.601.756.643	2.146.460.241	3.748.216.884
Dic-11	31-Dic-11	16-Ene-12	31-Ene-12	55.028	140.873	1.942,70	273.673.601	359.717.759	633.391.360
Ene-12	31-Ene-12	16-Feb-12	2-Mar-12	39.876	102.082	1.815,08	185.287.316	238.781.488	424.068.804
Feb-12	29-Feb-12	16-Mar-12	31-Mar-12	159.809	409.111	1.767,83	723.239.268	914.636.805	1.637.876.073
Mar-12	31-Mar-12	16-Abr-12	1-May-12	198.518	508.207	1.792,07	910.742.200	1.127.725.644	2.038.467.844
Abr-12	30-Abr-12	16-May-12	31-May-12	405.213	1.037.346	1.761,20	1.826.974.085	2.215.373.805	4.042.347.890
May-12	31-May-12	16-Jun-12	1-Jul-12	24.180	61.900	1.827,83	113.142.502	134.195.194	247.337.695
Jun-12	30-Jun-12	16-Jul-12	31-Jul-12	87.558	224.149	1.784,60	400.017.068	464.015.076	864.032.144
Jul-12	31-Jul-12	16-Ago-12	31-Ago-12	70.687	180.960	1.789,02	323.740.784	366.812.652	690.553.437
Ago-12	31-Ago-12	16-Sept-12	1-Oct-12	-	-	1.830,50	-	-	-
Sept-12	30-Sept-12	16-Oct-12	31-Oct-12	-	-	1.800,52	-	-	-
Oct-12	31-Oct-12	16-Nov-12	1-Dic-12	175.482	449.235	1.829,89	822.050.766	865.584.291	1.687.635.057

Periodo	Fecha origen (15 días corrientes)	Inicio interés DTF+3% (15 días corrientes)	Inicio interés IBC*1,5 (hasta 26 de mayo 2016)	Diferencia (Mcb)	Diferencia (\$USD)	TRM	Diferencia (\$COP) (A)	Interés (B)	Total (A+B)
Nov-12	30-Nov-12	16-Dic-12	31-Dic-12	256.977	657.861	1.817,93	1.195.945.419	1.228.013.699	2.423.959.118
Dic-12	31-Dic-12	16-Ene-13	31-Ene-13	41.719	106.802	1.768,23	188.849.861	188.842.701	377.692.562
Ene-13	31-Ene-13	16-Feb-13	3-Mar-13	756.990	1.937.894	1.773,24	3.436.351.866	3.343.690.638	6.780.042.504
					10.528.638		19.233.947.808	24.193.443.107	43.427.390.915

#### 4.4. La ejecución práctica del contrato y los incumplimientos debatidos en materia de las consecuencias contractuales del no pago por parte de CNR del Take or Pay Mensual 2011.

En el numeral 2.1.6 de la cláusula segunda del Otrosí 2 del Acta de Reinicio se estipuló en lo pertinente que:

*“(…) Si a partir del mes de enero de 2011 no se logra llegar a estos niveles mínimos de producción [1.700.000 mcb/mes] y CDC incumple el pago del Take or Pay Mensual 2011, en cualquier mes en que se presente esta situación, las sumas entregadas por concepto de intereses de las “Cuotas de Leasing” por CDC al CMC, según se detallan en los Cuadros # 1 y # 2”, sin obligación alguna de CMC de pago o reembolso serán condonadas por CDC, sin perjuicio del incumplimiento del presente Otrosí No. 2 por CDC. Asimismo, sin perjuicio de los efectos por el incumplimiento, CDC deberá seguir pagando, dentro de los primeros cinco (5) días de cada mes, al CMC los compromisos mensuales de pago de cánones e intereses causados a partir del mes de enero de 2011 según se indica en el Cuadro # 2, hasta que (i) se termine la Oferta por decisión del CMC, o (ii) se llegue al cumplimiento de los niveles mínimos mensuales de producción previstos en el Acta de Reinicio, según el valor reportado mensualmente por CMC en la correspondiente factura o cuenta de cobro, o (iii) CDC cumpla con el pago del Take or Pay Mensual 2011.*

*Se aclara que en caso de que, por CDC no haber garantizado y restablecido el nivel mínimo de producción a partir de enero de 2011 y haber incumplido el pago relacionado con el Take or Pay Mensual 2011, CDC tenga que seguir pagando los valores correspondientes a cánones e intereses sobre los contratos de leasing previstos en el Cuadro # 2, dichos montos (del Cuadro # 2) no serán considerados un anticipo para efectos de la adquisición de los Equipos en una terminación anticipada de la Oferta, en desarrollo de la cláusula sexta y décimo cuarta del Acta de Reinicio; es decir, no se realizarán por parte de CDC descuentos al CMC por este concepto, y el CMC no tendrá la obligación de reintegrar estos montos”. (resalta y subraya el Tribunal).*

De acuerdo con dicha estipulación, y teniendo en cuenta el incumplimiento por parte de CNR de sus obligaciones bajo el Take or Pay Mensual 2011, acreditado en este proceso y tratado en el aparte precedente del laudo, se genera como efecto del mismo:

- La condonación de las sumas entregadas por concepto de intereses de las “Cuotas de Leasing” por CDC al CMC, según se detallan en los Cuadros # 1 y # 2” de la citada cláusula, sin obligación alguna de CMC de pago o

reembolso de las mismas. En consecuencia, no hay lugar a pago alguno por este concepto a cargo del operador y a favor de CNR, y ha prosperar la pretensión décima primera, numeral 11.9, de la demanda de reconvención reformada.

- Sin perjuicio de los efectos por el incumplimiento, CNR debía seguir pagando, dentro de los primeros cinco (5) días de cada mes, al CMC los compromisos mensuales de pago de cánones e intereses causados a partir del mes de enero de 2011 según se indica en el referido Cuadro # 2, hasta que se terminara la Oferta por decisión del CMC, por haber sido este el supuesto contractual que tuvo ocurrencia, pagos que no fueron hechos por CNR. En consecuencia, han de prosperar las pretensiones declarativa décima primera, numeral 11.12, y condenatoria quinta, de la demanda de reconvención reformada, cuya implicación económica queda incluida en la condena al pago del Porcentaje de Propiedad de los equipos, que se determina en capítulo separado de este laudo.

- Asimismo, respecto de los valores correspondientes a cánones e intereses sobre los contratos de leasing previstos en el referido Cuadro # 2, se genera el efecto de que dichos montos no serán considerados un anticipo para efectos de la adquisición de los Equipos en una terminación anticipada de la Oferta, en desarrollo de la cláusula sexta y décimo cuarta del Acta de Reinicio; es decir, no se debían realizar por parte de CNR descuentos al CMC por este concepto, y el CMC no tenía la obligación de reintegrar estos montos. En consecuencia, han prosperar las pretensiones décima primera, numerales 11.10 (por las razones aquí expuestas y con base en el numeral 2.1.6 de la cláusula segunda del Otrosí 2 del Acta de Reinicio) y 11.11 en lo pertinente, de la demanda de reconvención reformada. Sobre el tema de los descuentos indebidos o improcedentes, el Tribunal se pronuncia en el siguiente aparte de este laudo.

#### **4.5. La ejecución práctica del contrato y el debate sobre su incumplimiento por parte de CNR al realizar retenciones, deducciones, compensaciones o descuentos, sobre algunas facturas presentadas por el CONSORCIO MINERO DEL CESAR, en relación con el reembolso del anticipo de que trata el Parágrafo Segundo del artículo cuarto del Memorando de Entendimiento.**

La demandante en reconvención, en su pretensión declarativa décimo primera, numeral 11.11, pide al Tribunal declarar que CNR incumplió el contrato de operación por infringir su obligación de: *“Abstenerse de aplicar retenciones, deducciones, compensaciones o descuentos unilaterales a la facturación de los servicios y actividades según lo pactado en el Memorando De Entendimiento y en el Acta de Reinicio y Transacción”*.

Al respecto, en el hecho 176 de la demanda de reconvención reformada, se dijo:

*“176. A su conveniencia CNR solicitó la adquisición, inclusión o exclusión de equipos, el aumento o disminución de la producción, descató las cantidades mínimas garantizadas y no pagó el Take or Pay; elaboró planes mineros contraviniendo lo pactado y el cronograma de trabajos e inversiones a largo plazo aprobado por las autoridades*



*comprendido del diseño y secuencia minera de botaderos y retrolleado; incumplió los pagos de los servicios, **realizó retenciones o deducciones unilaterales**, no observó las condonaciones y renunciaciones realizadas y repugnó injustificadamente la cesión del Contrato de Operación. (Pruebas documentales 3 a 14).*” (subrayado y negrillas del Tribunal)

En su alegato de conclusión, la parte reconviniente señaló que “CNR realizó descuentos de los pagos de las facturas debidas al Consorcio, no solo desconociendo la prohibición expresa establecida en el párrafo de la cláusula 8º del Acta de Reinicio y Transacción, sino también las transacciones y liberaciones efectuadas en el Contrato de Cesión” (Cuaderno Principal No. 17, folio 421), planteamiento que desarrolló con los argumentos que seguidamente se sintetizan, así:

i. que en el MDE del 22 de abril de 2008 se estableció la obligación de CDC de efectuar un pago anticipado para la financiación de los equipos, en los términos allí consignados;

ii. que el contrato fue objeto de cesión mediante la suscripción del contrato de cesión y asunción de obligaciones suscrito el 18 de marzo de 2010 entre CDC, en su calidad de cedente, y CNR, en su calidad de cesionario, cesión que fue aceptada por el CMC, en el cual se llegó a un acuerdo sobre ciertas obligaciones existentes entre las partes y se extendieron paz y salvo recíprocos, con todos los efectos de una transacción; y que igualmente en dicho contrato de cesión y asunción de obligaciones CMC liberó de manera general al cesionario;

iii. que en el contrato de cesión claramente se diferenció entre las obligaciones exigibles y las obligaciones debidas, pues en la cláusula tercera al regular la limitación de responsabilidad del cesionario se expresa que solo responde por las obligaciones que sean exigibles con posterioridad a la fecha efectiva; y que al regular lo relacionado con la liberación mutua por parte del cedente y el CMC se expresa en la cláusula quinta que se liberan de las obligaciones debidas;

iv. que es evidente la ilegalidad de las retenciones efectuadas por CNR, no solo por la inexistencia de las obligaciones que dieron lugar a la retención sino también porque las partes acordaron expresamente renunciar al derecho de retención. En el Memorando de Entendimiento suscrito el 22 de abril de 2008 se pactó expresamente en el literal e) del artículo 9º, que se acordaba que no habría lugar a retenciones unilaterales del valor del acta, es decir que CDC no podría realizar una retención del valor del acta sin el acuerdo por parte de CMC, lo cual fue reiterado en el párrafo quinto de la cláusula Octava del Otrosí No. 2 al Acta de Reinicio expresando que no habría lugar a retenciones unilaterales del valor del acta o de la factura;

v. que las retenciones efectuadas por CNR no tienen autorización contractual, no existió acuerdo por parte de CMC, quien consideró, durante la ejecución del contrato que la supuesta obligación que fue objeto de retención, fue transigida, como consta en las comunicaciones anexas al proceso y relacionadas por el perito financiero en su dictamen;

vi. que en el citado Contrato de Cesión y Asunción de Obligaciones no se expresó ninguna excepción a la obligación debida: nadie discute que antes de la cesión del contrato y asunción de obligaciones, CMC tenía una obligación debida de reembolsar a CDC la suma de US\$7.700.000 que éste giró a título de anticipo para el pago de la cuota inicial y fee de los equipos, en cumplimiento del Memorando de Entendimiento, pero al constituir una obligación debida, vigente y válida, directa y revelada antes de la fecha efectiva, aún cuando no exigible, quedó incluida dentro de la transacción y dentro de la liberación acordada, siendo absoluta la claridad de la liberación en el sentido de que el contratante cedido quedara liberado de las obligaciones "*de cualquier naturaleza, bien sean conocidas o desconocidas, reveladas o no, directas o indirectas, incluyendo, sin limitación, reclamaciones por restitución, cumplimiento, responsabilidad extracontractual, incumplimiento contractual, que surjan de la ley, que pueda haber tenido o que tenga o que pueda en el futuro llegar a tener con base en cualquier acto, omisión, asunto, evento o cosa que haya ocurrido en la Fecha Efectiva o con anterioridad a la misma*".

Por su parte, CNR, al contestar la demanda de reconvención reformada, se opuso a las pretensiones y respondió así el hecho 176 de la misma, en punto de lo relacionado con el tema que aquí nos ocupa:

*“En lo que concierne a las imputaciones formuladas contra CNR, por haber incumplido pagos, recalco –nuevamente- que en ningún momento CNR dejó de honrar su compromiso de pagar oportunamente las obligaciones a su cargo. Únicamente ejerció el legítimo derecho de no pagar a quien no era parte del Contrato de Operación y quien pretendía facturar a su nombre servicios que habían sido prestados por los miembros del CMC o por cuenta de éstos. Ha de agregarse que en ciertas ocasiones CNR llevó a cabo compensaciones, las cuales hizo de acuerdo a lo previsto en la ley y a lo expresamente estipulado por las partes, contando siempre con la autorización de los miembros del CMC otorgada en el MDE, el Acta de Reinicio y en el Otrosí 2 al Acta de Reinicio.”*

Además, en la contestación de la demanda de reconvención reformada, CNR propuso la excepción de Compensación, manifestando al respecto: "*Si en virtud de las distintas pretensiones y excepciones surgieren créditos y deudas cruzadas a favor o a cargo de las partes en este proceso, se solicita al tribunal proceder a declarar o a llevar a cabo la compensación judicial correspondiente.*"

De su lado, CMC SAS, en su escrito de réplica a la contestación de su demanda de reconvención reformada, manifestó sobre dicha excepción de compensación:

*“Esta excepción procede en cuanto a las eventuales obligaciones recíprocas de las partes que en virtud de las pretensiones y excepciones interpuestas por las partes, sea pertinente.”*

Posteriormente, en su alegato de conclusión, CNR manifestó lo siguiente (Cuaderno Principal 17, folio 324 vuelto)

*“Como parte de los acuerdos alcanzados por las partes en el Memorando de Entendimiento en relación con la adquisición de equipo adicional por parte de los miembros del CMC para la explotación de la Mina, en el Parágrafo Segundo del Artículo Cuarto se estipuló, considerando la urgencia para adquirir dichos equipos adicionales, que CDC financiaría el 16% del precio de compra de tales equipos (correspondiente a la “cuota inicial y fee” exigidos por las compañías de leasing). También se acordó que los miembros del CMC reembolsarían tales valores, para lo cual se autorizó a CDC a descontar las sumas correspondientes de los montos a ser pagados a los miembros del CMC como contraprestación por los servicios prestados bajo el Contrato de Operación.*

*CDC, en cumplimiento del anterior acuerdo, financió un monto total de USD 7.735.589.39. Sin embargo, sólo una porción de dicho monto ha sido amortizada por los miembros del CMC, a través de los descuentos efectuados por CDC y luego por CNR.*

*La cantidad total amortizada asciende a USD 6.274.663,94, de manera que el saldo pendiente de reembolso a cargo de los miembros del CMC y a favor de CNR es de USD 1.460.925,45.*

*Las partes introdujeron cambios menores a la forma de llevar a cabo dicha amortización, lo cual hicieron en los parágrafos sexto y séptimo de la cláusula sexta del Acta de Reinicio, previendo que, en el evento en que el Contrato de Operación fuere terminado anticipadamente, el saldo pendiente a cargo de los miembros del CMC sería compensado “con cualquier suma que CDC [hoy CNR] le adeude al CMC o a los consorciados (...)” (paréntesis fuera de texto).*

*Para efectos de la demostración de la cuantía de esta reclamación, se allegó al expediente el informe del revisor fiscal de CNR - Pricewaterhousecoopers (PWC), suscrito el 23 de octubre de 2013, en el cual dice certificar, de acuerdo con los registros contables, el monto desembolsado por CNR y las sumas amortizadas por las sociedades que conforman el consorcio CMC. Hechas las correspondientes operaciones aritméticas se llega a un saldo pendiente a cargo de tales sociedades por un monto de COP 3.250'625.278, expresados en pesos de 28 de octubre de 2013.*

*Según los hechos antes reseñados en los parágrafos sexto y séptimo de la Cláusula Sexta del Acta de Reinicio las partes estipularon que en el evento en que el Contrato de Operación fuera terminado anticipadamente el saldo pendiente a cargo de los miembros del CMC sería compensado “con cualquier suma que CDC (hoy CNR) le adeude al CMC o a los consorciados (...)”. Como ha quedado demostrado en el proceso el 21 de enero de 2013, CMC de manera unilateral e ilegítima suspendió de manera definitiva la ejecución del Contrato de Operación.*

*Lo anterior significa, en concordancia con la estipulación mencionada, que a partir de la fecha de la suspensión de la ejecución del contrato, devino exigible en su integridad el saldo pendiente que aquí se reclama.”*

El perito financiero designado por el Tribunal, en el escrito de aclaraciones y complementaciones solicitadas por las convocadas, estableció lo siguiente (C. Principal No. 14, folio 191 y 192):

**“Aclaración 16 - c**

**Por favor complemente sus respuestas a las preguntas 354 - 362 del cuestionario de CNR, teniendo en consideración lo acordado en el numeral 5 (i) del Contrato de Cesión y Asunción de Obligaciones suscrito el 18 de marzo de 2010 por CDC CNR y el entonces operador CMC, así: d) Hubo deducciones o descuentos practicados por CNR a las facturas del operador? En qué fechas y por qué valores?.**

*El Perito entiende que el objetivo de la aclaración actual corresponde a identificar si CNR realizó deducciones o descuentos al valor de las facturas presentadas por el operador CMC. De acuerdo a esto, con el fin de responder de manera satisfactoria a la pregunta actual, el Perito procedió a solicitar a las partes (CNR-CMC) información sobre dichas deducciones o descuentos practicados por CNR a las facturas del operador. Como respuesta a dicha solicitud, CMC remitió un conjunto de comunicaciones en las cuales el operador rechaza los descuentos practicados por CNR a la facturación, listando (en algunos casos) las deducciones que fueron practicadas por CNR por concepto del abono al pago asociado a los recursos aportados por CDC (Compañía de Carbones del Cesar S.A) para la adquisición de los equipos adicionales definidos en el Memorando de Entendimiento del 22 de Abril de 2008.*

*Así las cosas, a partir de una lectura plana de los documentos remitidos al Perito, fue posible identificar en los comunicados CMC-255 del 1 de agosto de 2012 y CMC SAS- 0047 del 29 de noviembre de 2012, los siguientes descuentos practicados por CNR a la facturación del operador:*

**Tabla 18. Descuentos realizados por CNR a la facturación del operador**

<b>No. Factura</b>	<b>Fecha de Radicación</b>	<b>Fecha del Pago o Vencimiento</b>	<b>Descuento Practicado COP</b>
1340	2 Julio 2010	15 Julio 2010	640.217.426
1400	6 Octubre 2010	19 Octubre 2010	753.188.752
1469	3 Enero 2011	17 Enero 2011	754.892.173
1530	5 Abril 2011	15 Abril 2011	1.322.941.045
1593	21 Junio 2011	1 Julio 2011	18.144.000
1595	6 Julio 2011	18 Julio 2011	1.278.967.190
1	8 Noviembre 2011	21 noviembre 2011	1.400.625.756
35	2 Enero 2012	12 Enero 2012	1.354.402.076
90	3 Abril 2012	17 Abril 2012	1.297.060.757
126	20 Junio 2012	3 Julio 2012	1.303.583.789
178	-	18 Octubre 2012	1.313.138.237
<b>Total</b>			<b>11.437.161.201</b>

*Fuente: Información remitida por CMC*

*No obstante lo anterior, el Perito considera pertinente aclarar que no es posible establecer si los valores presentados en la tabla corresponden a la totalidad de descuentos realizados por CNR a las facturas del operador, toda vez que la respuesta a la aclaración actual corresponde a una lectura plana de la información remitida al Perito por parte de CMC. Así mismo, el Perito aclara que en ningún momento está emitiendo juicios de valor y/o conceptos técnicos sobre la pertinencia, interpretación o validez jurídica de las comunicaciones emitidas por el operador CMC, ni de los descuentos listados en cada una de ellas.*

*Así mismo, el Perito aclara que en ningún momento está emitiendo juicios de valor y/o conceptos técnicos sobre la pertinencia, interpretación o validez jurídica de las comunicaciones emitidas por el operador CMC, ni de los descuentos listados en cada una de ellas.”*

En la comunicación CMC-255 del 1 de agosto de 2012 (C. Pruebas 3, fls. 494 y 495) el CMC (i) le manifestó a CNR que aquél “rechaza los descuentos que están siendo realizados unilateralmente por Colombian Natural Resources I S.A.S. (CNR), desde el mes de julio de 2010 hasta la fecha, sobre las facturas de los servicios prestados por el Consorcio en la Mina La Francia, en desarrollo de la Oferta Mercantil del 31 de agosto de 2005, **aduciendo CNR como causa del descuento la recuperación del dinero que en su momento suministró la Compañía Carbones del Cesar S.A. (CDC) al CMC para la adquisición de los equipos del Memorando de Entendimiento del 22 de abril de 2008**; descuento que NO es legítimo, habida cuenta de que se refieren a obligaciones causadas antes de la Fecha Efectiva y sobre las cuales la CDC y CNR extendieron al CMC un paz y salvo general, dentro de los paz y salvos mutuos que se extendieron los contratantes para autorizar la cesión de la Oferta Mercantil a CNR, dentro del negocio general de venta de activos llevado a cabo con GS POWER HOLDINGS LLC.”, (ii) incluyó un cuadro con datos correspondientes a las facturas números 1340, 1400, 1469, 1530, 1593, 1595, 1, 35, 90 y 126, y (iii) advirtió que con este actuar unilateral de CNR “se configura claramente en una violación grave de la Oferta, y en especial de lo pactado en el Memorando de Entendimiento, (...), Artículo Primero – Objeto, literal (d), en donde hace referencia a “El régimen transitorio aplicable para algunos temas fundamentales y que priman sobre lo establecido en la Oferta”; luego en el Artículo Quinto, literal (e), hace la siguiente prohibición: “Las partes acuerdan que no habrá lugar a retenciones unilaterales del valor del acta: CDC no podrá realizar una retención del acta sin el acuerdo por parte del CONSORCIO”. Así como el incumplimiento de lo pactado en la Cláusula Octava, Parágrafo Quinto, del Acta para el Reinicio suscrita el 12 de agosto de 2009, en donde se indica claramente “Las partes acuerdan que no habrá lugar a retenciones unilaterales del valor del acta o de la factura” (resalta y subraya el Tribunal).

Así resumida la controversia en este punto, el Tribunal pasa a ocuparse de los planteamientos de la parte reconviente según los cuales (i) bajo el Parágrafo Quinto de la cláusula octava del Acta de Reinicio no procedían los descuentos hechos por CNR, y (ii) en virtud del Contrato de Cesión y Asunción de Obligaciones suscrito el 18 de marzo de 2010 entre CDC, en su calidad de cedente, y CNR, en su calidad de cesionario, el CMC (luego CMC SAS) quedó liberado de la obligación de reembolsar a CDC (luego CNR) el

valor del anticipo de que trata el Parágrafo Segundo del artículo cuarto del MDE, planteamientos estos que, una vez examinados a la luz de las posiciones de las partes, las pruebas obrantes en el proceso y las normas aplicables, considera el panel arbitral que no pueden prosperar, por las razones que seguidamente se consignan.

En el Parágrafo 2 del artículo cuarto del MDE, se estipuló:

*“Financiación de la cuota inicial. Ante la necesidad inminente de adquirir los equipos para la operación de la mina y para efectos de compartir el riesgo en la adquisición anticipada de los Equipos, CDC se obliga para con LOS CONSORCIADOS a financiar una suma total equivalente al dieciséis por ciento (16%) correspondiente a la cuota inicial y fee acordadas por LOS CONSORCIADOS con las compañías de leasing (un 15% y 1% respectivamente); suma que será pagada directamente por CDC a la entidad que financie la compra de acuerdo a instrucción escrita que EL CONSORCIO le envíe a CDC. EL CONSORCIO autoriza a CDC para descontar el valor pagado de los ingresos a girar al consorcio así: Plazo de Gracia: 12 meses contados a partir de la fecha en que CDC realice el giro directamente a la entidad que está financiando la compra de los equipos. Forma de Pago a través de descuento directo: En tres (3) años contados a partir del vencimiento del periodo de gracia en cuotas trimestrales, sin reconocimiento de interés alguno. Como quiera que el valor a girar a las compañías de leasing se realiza en dólares americanos, EL CONSORCIO reconocerá a CDC la cuota a descontar a la TRM vigente al descuento de cada cuota trimestral.”*

Luego, en la cláusula sexta del Acta de Reinicio, Parágrafo Sexto, las partes acordaron lo siguiente:

**“En relación con el valor pagado por CDC en calidad de anticipo correspondiente a los Equipos de conformidad con el MDE, las partes acuerdan que, en el evento en que la Oferta no sea anticipadamente, el valor entregado por CDC a título de anticipo, será amortizado por CMC, de la siguiente manera:**

*Plazo de gracia: Hasta el 1 de abril de 2010.*

**Forma de pago: A través de descuento directo de la facturación de CMC correspondiente a cada mes: En tres (3) años, contados a partir del vencimiento del plazo de gracia en cuotas trimestrales sin reconocimiento de intereses.** *Teniendo en cuenta que el valor del anticipo se giró en dólares, el anticipo se amortizará a la TRM vigente al momento del descuento de cada cuota trimestral.”* (resalta y subraya el Tribunal)

Las estipulaciones recién transcritas evidencian que las partes, primero en el MDE y luego en el Acta de Reinicio, conscientemente convinieron las reglas conforme a las cuales el CMC debía reembolsarle a CDC (luego CNR) el valor del anticipo de que trata el Parágrafo Segundo del artículo cuarto del MDE, acordando en el Acta de Reinicio que tal reembolso se realizaría una vez expirado el período de gracia pactado,

que iba hasta el 1 de abril de 2010, “A través de descuento directo de la facturación de CMC correspondiente a cada mes: En tres (3) años, contados a partir del vencimiento del plazo de gracia en cuotas trimestrales sin reconocimiento de intereses”.

Siendo ello así, no puede abonarse la tesis de la reconviniendo según la cual bajo el Parágrafo Quinto de la cláusula octava del Acta de Reinicio no procedían los descuentos hechos por CNR, pues la misma desvirtuaría el pacto relativo al reembolso del mencionado anticipo, que fue inequívocamente consagrado en el Parágrafo Sexto de la cláusula sexta de dicha acta, amén de que el Parágrafo Quinto invocado forma parte de una cláusula que regula otros temas distintos como son los de medición de estéril, carbón y distancias de acarreo de estéril, transporte y pago.

La anterior conclusión del Tribunal se refuerza al considerar que lo pactado el Parágrafo Sexto de la cláusula sexta del Acta de Reinicio fue modificado parcialmente en la cláusula segunda, numeral 2.2, del Otrosí 2 al Acta de Reinicio, que a la letra dice:

*“2.2. Frente a la amortización del anticipo de USD7.000.000 entregado por CDC:*

*Como consecuencia de la reducción de los mínimos de producción mensual, que afecta necesariamente el flujo de caja de CMC, las partes acuerdan reducir las sumas a amortizar trimestralmente durante el año 2010, en la misma proporción en que se reduzca la producción de la operación con relación a los mínimos de producción previstos en el acta de Reinicio es decir, y solo a manera de ejemplo, si para el día del vencimiento del plazo de gracia pactado para el 1 de abril de 2010 en el Parágrafo Sexto de la Cláusula Sexta del Acta de Reinicio, se ha pactado en este Otrosí que para esa fecha la producción mínima deberá estar en (900.000 MCB / mes) mas el carbón asociado, esto equivale a una reducción en la producción mínima de una Cuarenta y Siete por ciento (47%), el valor de la cuota trimestral a amortizar se reducirá en esta misma proporción.”*

Esta modificación parcial del Parágrafo Sexto de la cláusula sexta del Acta de Reinicio lleva a confirmar que la prohibición de descuentos establecida en el Parágrafo Quinto de la cláusula octava de dicha acta, no obstaba para que CNR pudiera aplicar los descuentos especiales correspondientes al reembolso del anticipo de que trata el Parágrafo Segundo del artículo cuarto del MDE, según lo pactado al respecto.

Pasa enseguida el Tribunal a examinar el alcance de lo pactado en el Contrato de Cesión y Asunción de Obligaciones del 18 de marzo de 2010<sup>269</sup> celebrado entre CDC como cedente y CNR como cesionario, y en particular del numeral 5, subnumeral, en el cual CDC declaró:

*“(…) que a la fecha del presente Contrato de Cesión no tiene ninguna reclamación en contra de CMC relacionada con la ejecución del Contrato por parte de CMC. Así mismo, el Cedente declara que a la*

---

<sup>269</sup> Visible a folios 132 142 del cuaderno de pruebas No. 3.

*fecha del presente Contrato de Cesión no ha ocurrido ningún acto, hecho u omisión que pudiera dar lugar a una violación o incumplimiento de las obligaciones de CMC bajo el Contrato y que no existen obligaciones de CMC bajo el Contrato que sean debidas antes de la Fecha Efectiva. En consecuencia, mediante la firma del presente Contrato de Cesión el Cedente completamente libera a CMC de todo derecho, reclamación, responsabilidad, obligación, demanda, daño, perjuicio, acción o juicio de cualquier naturaleza, bien sean conocidas o desconocidas, reveladas o no, directas o indirectas, incluyendo, sin limitación, reclamaciones por restitución, cumplimiento, responsabilidad extracontractual, incumplimiento contractual, que surjan de la ley, que pueda haber tenido o que tenga o que pueda en el futuro llegar a tener con base en cualquier acto, omisión, asunto, evento o cosa que haya ocurrido en la Fecha Efectiva o con anterioridad a la misma, excepto con respecto a cualquier reclamo o juicio relacionado con asuntos laborales de CMC que no se encuentren cubiertos por la Obligación de Indemnidad del Cedente. El Cesionario expresamente consiente a esta liberación. (...)*

De cara a esta cláusula, el Tribunal no comparte el criterio interpretativo de la parte reconviniendo, atrás reseñado, pues, en el marco del canon legal de interpretación sistemática de los contratos consagrado en el inciso primero del art. 1622 del Código Civil, conforme al cual “*Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad*”, considera que la misma no tuvo por objeto ni como efecto extinguir la obligación del operador de reembolsarle a CDC (luego CNR) el valor del anticipo de que trata el Parágrafo Segundo del artículo cuarto del MDE, que fue expresamente regulada por las partes como se viene de ver, y cuya fecha de exigibilidad (1 de abril de 2010) es posterior a la del citado contrato de cesión; tanto es así que las partes previeron además el tratamiento que habría de darse a dicho anticipo aún en el evento de una terminación anticipada del contrato (Parágrafo Séptimo de la cláusula sexta del Acta de Reinicio).

Con fundamento en las consideraciones precedentes, el Tribunal ha de negar la pretensión declarativa décimo primera, numeral 11.11, de la demanda de reconvenición reformada, y así lo declarara en la parte resolutive del este laudo.

Y puesto que el contrato resultante de la Oferta aceptada, terminó anticipadamente, el 21 de enero de 2013, debe darse aplicación a lo acordado en el Parágrafo Séptimo de la cláusula sexta del Acta de Reinicio, donde se lee: “*En el evento de que la Oferta sea terminada anticipadamente, el valor del anticipo entregado por CDC al CMC será compensado con cualquier suma que CDC le adeude al CMC o a los Consorciados y cualquier saldo será reembolsado a CDC.*”, por lo que debe prosperar la excepción de compensación propuesta por la parte convocada.

**4.6. La ejecución práctica del contrato y el debate sobre su incumplimiento por parte de CNR al no reconocer y pagar los bienes y servicios cuyo precio debería ser acordado de forma específica por las partes, según lo establecido en la cláusula cuarta del contrato.**



Procede el Tribunal a decidir sobre las pretensiones décima primera, numeral 11.3, y octava de condena, presentadas por CMC SAS en la reforma integral a la demanda de reconvención<sup>270</sup>, en virtud de la cual solicita se condene a la parte convocante al pago de las siguientes sumas:

- Nueve mil quinientos setenta y un millones doscientos treinta y seis mil novecientos sesenta y ocho pesos (Col.\$ 9.571.236.968) por concepto de la infraestructura y vías que fueron desarrolladas en la Mina o el valor que resulte probado en el proceso,
- Catorce mil cuatrocientos setenta y tres millones ochocientos ochenta y nueve mil novecientos treinta y seis pesos (Col.\$14.473.889.936,00) por concepto de las vías construidas por el operador minero.
- Una suma superior a cuatro mil setecientos millones de pesos (Col.\$ 4.700.000.000.00) por concepto de los bienes y servicios prestados por el operador y que están conformados entre otros por drenajes y manejo de aguas, remoción de derrumbes y materiales inestables, trabajos requeridos de geotecnia y otros conceptos que, de acuerdo con la cláusula 4° del contrato de operación, no estaban comprendidos dentro de los precios contractuales y debían ser remunerados de forma independiente.
- Una suma equivalente al interés remuneratorio comercial sobre el valor de la infraestructura y de las vías construidas por el operador, por concepto de la utilización de la infraestructura y vías, que no han sido pagadas por CNR y que vienen siendo utilizadas por el nuevo operador contratado por CNR, sin compensación o remuneración alguna para el Consorcio o su cesionaria, por cada mes de utilización de dicha infraestructura y vías.
- Cualquier otra obligación, concepto, suma o cantidad derivada de la liquidación del contrato de operación.

#### **4.6.1. Pago por concepto de la infraestructura y vías que fueron desarrolladas en la Mina.**

CMC alega en los hechos 250 y ss<sup>271</sup> de la reforma integral a la demanda de reconvención que *“según la cláusula 14°, numeral 5° del Acta de Reinicio y Transacción, CNR debe efectuar los pagos correspondientes a la infraestructura que se encuentra en la Mina y que fue construida por el operador. Esta infraestructura incluye, entre otras, construcciones físicas, edificaciones, talleres, bodegas, patios de almacenamiento y manejo de carbón, acueductos etc. (...) la cual según avalúo que se aporta se valora en suma de nueve mil quinientos setenta y un millones doscientos treinta y seis mil novecientos sesenta y ocho pesos (Col.\$9.571.236.968,00) moneda legal colombiana, suma que no incluye el valor de las vías realizadas por el Consorcio.”* (Subrayado del Tribunal).

---

<sup>270</sup> Visible a folio 85 del Cuaderno Principal Número 5.

<sup>271</sup> Visto a Folio 67 del Cuaderno Principal Número 5.

En tal virtud, entiende el Tribunal que a pesar de indicar la reconviniendo en el numeral 8.1 de la pretensión OCTAVA de condena tanto el pago por rubros relacionados con la infraestructura y vías, en realidad solamente lo está haciendo respecto de la infraestructura, máxime cuando el numeral 8.2 autónomamente solicita la condena del pago por las vías construidas.

La demandante en reconvención aportó prueba pericial rendida por el ingeniero Francisco Cavalli Papa, quien acredita ser miembro de la Sociedad Colombiana de Avaluadores Seccional Costa Atlántica, según la certificación visible a folio 524 del Cuaderno de Pruebas 6, en la cual realiza un informe de valuación de la infraestructura de la sociedad Consorcio Minero del Cesar S.A.S., avalúo que obra a folios 501 y s.s. del mismo cuaderno.

La pericia concluye, que el valor de la infraestructura para el 21 de diciembre de 2012 de la sociedad Consorcio Minero del César S.A.S., era de nueve mil quinientos setenta y un millones doscientos treinta y seis mil novecientos sesenta y ocho pesos (Col. \$ 9.571.236.968).

Con base en las pruebas aportadas, la parte demandante en reconvención en sus alegatos de conclusión solicitó la condena por la suma mencionada, manifestando que este mecanismo de liquidación del contrato se debía llevar a cabo sin importar la causa de terminación del mismo, siendo que su naturaleza jurídica no constituye ni un premio ni un castigo para las partes.

Por su parte, CNR en la contestación a la reforma integral a la demanda de reconvención, manifiesta que el valor establecido por los equipos es un precio superior al que corresponde, dadas las condiciones reales en que se encuentran los mismos, deteriorados al haber sido abandonados por cerca de 10 meses sin ninguna protección ni mantenimiento.<sup>272</sup> De igual manera, manifiesta la parte Convocante en sus alegatos de conclusión que las pretensiones de la demandante en reconvención deben ser desestimadas por los siguientes argumentos:

- (i) Que las partes pactaron un contrato de promesa de compraventa, el cual carece de los elementos legales indispensables para su validez, en tanto no fue pactada la fecha en la cual dicho contrato debía ser celebrado; y,
- (ii) Que las partes establecieron que el elemento esencial *precio* del contrato de compraventa sería fijado por un tercero designado -Sociedad Colombiana de Avaluadores-, el cual no realizó el avalúo de la infraestructura, de lo que se desprende, según la convocante, que la venta quedó frustrada en tanto los avalúos presentados por CMC no cumplen con los requisitos pactados.

En cuanto al primer argumento presentado por la parte Convocante, relativo a la naturaleza del contrato celebrado y de las obligaciones que de este se derivan, el Tribunal ya ha expuesto sus consideraciones por las cuales en el caso concreto no puede tratarse de un contrato de promesa de compraventa, sino que por el contrario existe una obligación de CNR respecto al reembolso de pago de tales bienes a la terminación del contrato, que se desprende, no de la cláusula décima cuarta del Acta de Reinicio, sino de la cláusula 4 de la Oferta de 31 de agosto de 2005.

---

<sup>272</sup> Visto a Folio 103 del Cuaderno Principal Número 6.

El Tribunal arriba a tal conclusión, sobre la base de que lo regulado en la cláusula décima cuarta del Acta de Reinicio no coincide con el supuesto de hecho que se presentó, en tanto la citada cláusula décima cuarta preveía la hipótesis de una terminación unilateral por parte de CDC (ahora CNR), situación que no sucedió en el presente caso como quiera que el contrato no fue terminado por CNR de forma unilateral, sino que dicha terminación se dio por parte de CMC SAS luego del incumplimiento contractual de su contraparte, y en esa medida, la cláusula invocada no puede ser aplicada a un supuesto de hecho diferente del allí contemplado.

Siendo así las cosas, y bajo el entendido que la cláusula décima cuarta del acta de reinicio solamente reguló la terminación unilateral por parte de CNR, es necesario recurrir a la cláusula vigésima del Acta de Reinicio, según la cual *“Los términos de la oferta mercantil de agosto 31 de 2005 para la operación de la Mina La Francia no modificados en la presente acta, continúan vigentes”*, motivo por el cual la cláusula 4 de la Oferta de 31 de agosto de 2005 que regula el alcance del contrato de operación, es aplicable al presente caso.

Dicha cláusula establece:

"4- ALCANCE

“Comprende la ejecución de los servicios, trabajos y actividades necesarios para lograr el cumplimiento del objeto de la presente Oferta. Los costos relacionados con las actividades aquí listadas se encuentran el (sic) APU ANEXO 1 con excepción de las actividades descritas en cursiva. El valor de las actividades que están escritas en cursiva será acordado como precio no previsto y se determinará posteriormente mediante documento escrito suscrito por EL DESTINATARIO y EL OFERENTE.

1. Minería:

1.1. REMOCIÓN Y ACARREO DE CARBÓN Y ESTÉRIL

1.1.1. REMOCIÓN Y ACARREO DE ESTÉRIL

- Desmonte y Limpieza. Incluye incorporación del material vegetal dentro de las pilas de suelo.
- Perforación y voladura.
- Excavación y cargue de material estéril. (incluye recuperación, cargue, transporte y almacenamiento de suelos en bancos o pilas o disposición directa en áreas de rehabilitación).
- Transporte del estéril a botaderos.
- Disposición en botaderos (Riego y conformación de estéril en zona de depósito).
- Limpieza de mantos de carbón.
- Mantenimiento de vías: Incluye el mantenimiento de la vía de acceso desde la garita hasta el patio de acopio del PIT A-B. Dicho mantenimiento incluye únicamente el mantenimiento con niveladora de la vía.

1.1.2. REMOCIÓN Y ACARREO DE CARBON.

- Extracción y cargue de carbón.

- Perforación y voladura de carbón en caso de que sea necesaria.
- Transporte de carbón al patio de acopio.
- Acopio y cargue (Acopio del carbón en la zona de pilas, manejo y remanejo de mezclas y cargue final del carbón en tractomula).
- Trituración de la cantidad necesaria de carbón para garantizar un tamaño máximo de fragmento de 0-50 mm.

#### 1.2. SOPORTE MINERO (INCLUYE OBRAS PREOPERATIVAS)

- *Drenaje y manejo de aguas (Construcción de sumideros, canales, alcantarillas, sistema de bombeo, vertederos, terraplenes, diques, pozos, y desviación de cauces de aguas, etc.)*
- Mantenimiento y señalización de vías externas de la mina.
- Control de generación de polvo, en vías y áreas de tránsito internas y externas, tajo, botaderos y patio (s) de acopio.
- *Remoción de derrumbes o materiales inestables existentes dentro del tajo, antes o en el período de explotación de la mina.*
- *Trabajos requeridos de geotecnia y estabilidad de taludes.*

#### 2. Ambiental.

##### 2.1. PROGRAMA DE RESTAURACIÓN MORFOLÓGICA Y REHABILITACIÓN DE ÁREAS INTERVENIDAS.

- *Perfilado de taludes definitivos en áreas de botadero.*
- *Extensión de suelos sobre las áreas que serán rehabilitadas incluyendo el remanejo por cargue y transporte cuando estas labores sean realizadas desde pilas de suelos previamente conformadas.*
- *Revegetalización de taludes, botaderos y otras áreas intervenidas según requerimientos de la autoridad ambiental competente.*

##### 2.2. PROGRAMA DE MANEJO DE AGUAS.

- *Construcción y mantenimiento de lagunas de sedimentación, sedimentadores.*
- Tratamiento y disposición de aguas residuales domésticas e industriales provenientes de la operación minera.

##### 2.3. MANEJO DE RESIDUOS SÓLIDOS.

- Manejo y disposición de residuos sólidos relacionados directamente con la ejecución del objeto de la presente OFERTA.
- Manejo y disposición de lubricantes y aceites usados.

#### 3. Industrial

- *Construcción mantenimiento y manejo del o los Centros de Acopio e instalaciones para el manejo y procesamiento del carbón, incluyendo sus estructuras de drenaje y sus vías internas y de acceso.*
- *Construcción, mantenimiento y señalización de vías externas diferente a las indicadas en el numeral 1.1.1. de la presente cláusula, es decir aquellas que están dentro del límite de la concesión minera y por fuera del PIT y el Centro de Acopio. Incluye el suministro de los agregados pétreos requeridos.*
- Construcción y mantenimiento de instalaciones residenciales e industriales para el personal y equipo necesarios para que el OFERENTE cumpla con el objeto de la presente oferta. (Bodegas, talleres, líneas eléctricas internas, red de comunicaciones etc).

#### 4. Planeación Minera.

- Recursos humanos y físicos para desarrollar el PPM.

En todo caso, las actividades que surjan y sean necesarias para la ejecución de la presente oferta y que no estén incluidas dentro del presente alcance serán acordadas (en términos de precios y plazos) entre EL OFERENTE y EL DESTINATARIO.

Parágrafo: EL OFERENTE se obliga a suministrar el material agente de voladura y accesorios de voladura a los precios establecidos en el Anexo No. 1 de la presente oferta.

En caso que el DESTINATARIO encuentre que por razones de aplicabilidad de las normas que lo amparan para la compra de material agente de la voladura y accesorio de voladura es más conveniente para él que él mismo lo suministre, le informará al OFERENTE por escrito y previo al agotamiento de existencias del OFERENTE, procederá a suministrarlo y en caso de incumplimiento del mismo, que implique la inutilización de los equipos, reconocerá al OFERENTE las tarifas de stand by de los equipos que se encuentren disponibles y parados por causas no imputables al OFERENTE, equivalente al establecimiento para el efecto en las tarifas del Anexo 9." (subrayado y resaltado del Tribunal)

En tal virtud, las partes acordaron en el Contrato de Operación que al momento de terminar el mismo, las actividades descritas en la estipulación anteriormente citada que se encontraban en cursiva se entendían como precio no previsto y serían acordadas por las partes, entre las que se encuentran *la construcción, mantenimiento y manejo de los centros de acopio e instalaciones para el manejo y procesamiento del carbón, incluyendo sus estructuras de drenaje y sus vías internas y de acceso.*

El Tribunal considera que el precio de tales bienes no necesariamente corresponde ser determinado por la Sociedad Colombiana de Avaluadores, teniendo en cuenta que la estipulación aplicable no es la cláusula décima cuarta del Acta de Reinicio, como ya se indicó y por lo tanto, desestima el argumento de la parte convocante a este respecto.

Ahora bien, le corresponde al Tribunal determinar si la prueba pericial aportada por el CMC tiene la virtualidad de probar el valor de la infraestructura aun cuando las partes pactaron que dichos precios debían ser acordados por ellas.

La prueba pericial aportada por CMC, no fue objetada y fue debidamente controvertida por CNR sin que esta justificara las razones por las cuales estimó que la valoración se encontraba muy por encima del valor comercial de la infraestructura.

Para el Tribunal la prueba pericial aportada por la demandante en reconvención cumple con los requisitos de idoneidad, fundamentación y claridad y suple la ausencia de un precio fijado por las partes de forma conjunta.

No obstante lo anterior, encuentra el Tribunal que en la prueba pericial se incluyen nueve (9) rubros diferentes que el perito discrimina al momento de

determinar el valor de los bienes entre los que se encuentran: (i) Instalaciones de Taller, (ii) Almacén General, (iii) Módulos de Oficinas, Campamentos, Casinos y Recreación, (iv) Red de datos, Red de comunicaciones vía radio, Red de comunicaciones, Inalámbricas y Red Telefónica, (v) Red eléctrica externa de Taller, Oficinas y Campamentos, (vi) Líneas de trituración 1 y 2, (vii) Planta de potabilización o tratamiento de agua potable, (viii) Enfermería, y (ix) Aires acondicionados. De todos los elementos avaluados, existen algunos que hacen parte de la infraestructura que no se encontraba en cursiva en la cláusula cuarta del Contrato de Operación, y por tanto no serán reconocidos.

La parte indicada como número 3 de la cláusula cuarta de la Oferta Mercantil, sobre el alcance del contrato, transcrita, se indica las actividades industriales y en particular, el enunciado “*Construcción mantenimiento y manejo del o los Centros de Acopio e instalaciones para el manejo y procesamiento del carbón, incluyendo sus estructuras de drenaje y sus vías internas y de acceso.*” (Resaltado del Tribunal).

Este enunciado en cursiva es el único que a juicio del Tribunal coincide con la infraestructura alegada; dentro de la cual solamente hay cabida al avalúo dado para las líneas de trituración 1 y 2, al ser éstas instalaciones para el manejo y procesamiento de carbón. Los otros ocho ítems avaluados, no se encuentran en cursiva dentro de la cláusula cuarta y, por lo tanto, se reitera, no serán reconocidos por el Tribunal.

Es importante aclarar que el Tribunal tuvo en consideración lo establecido por la Universidad Nacional – Facultad de Minas, perito técnico que al responder a la pregunta 25 formulada por CMC afirmó que: “*No aparece la relación de la prestación del servicio de construcción, mantenimiento y manejo de centros de acopio e instalaciones para el manejo y el procesamiento de carbón, incluyendo sus estructuras de drenaje y sus vías internas y de acceso.*”. Sin embargo, dado que el mismo perito manifiesta que sí hay evidencias de las actividades a lo largo de la ejecución del contrato y que su afirmación se sustenta en el hecho de que no hay pruebas documentales en las actas de pago de dichas actividades, a juicio de Tribunal, las diferentes pruebas aportadas, vistas en su conjunto evidencian la prestación del servicio objeto de estudio en las dimensiones y calidades establecidas en la prueba pericial del señor Francisco Cavalli.

Ahora bien, el avalúo presentado por el perito Francisco Cavalli establece dos posibles valores frente a las líneas de trituración 1 y 2. Por una parte, el valor razonable de tres mil doscientos treinta y dos millones seiscientos cincuenta y dos mil ochenta y cinco pesos (Col \$ 3.232.652.085), y, por otra parte, el valor de reposición de los mismos bienes, por la suma de tres mil sesenta y cuatro millones cincuenta y dos mil quinientos noventa y un pesos (Col \$ 3.064.052.591). El perito explica la diferencia de los dos valores y conceptos, indicando que el valor razonable es el que se determina considerando que la infraestructura constituye parte esencial dentro del objeto del CMC y no deben considerarse como bienes aislados; mientras que el valor de reposición es el que tienen los bienes a partir del valor de reposición a nuevo, corregido por los factores de depreciación debido a la vida consumida y a su vida útil, estado de conservación y grado de obsolescencia relativa.

El Tribunal para efectos de resolver la pretensión, no tendrá en cuenta el valor razonable de los bienes, sino el valor de reposición de los mismos, en la medida en que este criterio de valoración toma en cuenta los factores de depreciación debido a la vida consumida y a su vida útil, estado de conservación y grado de obsolescencia relativa.

Por lo anterior, el Tribunal accederá a la pretensión declarativa 11.3 de la demanda de reconvención reformada y a la pretensión 8.1. de condena de forma parcial, y en consecuencia, en la parte resolutive condenará a CNR al pago de la suma de tres mil sesenta y cuatro millones cincuenta y dos mil quinientos noventa y un pesos (Col \$ 3.064.052.591), y sin que haya lugar a condena por intereses, dado que este valor solo vino a ser determinado en el curso del presente proceso.

#### **4.6.2. Vías construidas por el operador minero.**

En la pretensión 8.2 de condena la parte demandante en reconvención solicitó al Tribunal que condenara a CNR al pago de Catorce mil cuatrocientos setenta y tres millones ochocientos ochenta y nueve mil novecientos treinta y seis pesos (Col.\$14.473.889.936,00) por concepto de las vías construidas por el operador minero.

En el hecho 251 y siguientes de la reforma integral a la demanda de reconvención, CMC alega que el consorcio y su cesionario construyeron un total de 23.8 kilómetros de vías, con un área total de corredor vial de 667.000 metros cuadrados y un área de circulación vehicular de 572.800 metros cuadrados, con obras hidráulicas y alcantarillas, las cuales están compuestas por vías perimetrales, internas, vías al centro de acopio y trituración y vías al botadero. Además alega en la demanda que la suma demandada es el producto de multiplicar los metros lineales de las vías por un valor unitario de seiscientos ocho mil ciento cuarenta y siete pesos.

CNR, en los alegatos de conclusión sostiene que las pretensiones invocadas no pueden prosperar debido a que:

- (i) El precio de la Mina debía haber sido estipulado por las partes tal y como se estableció en la cláusula 4 del Contrato de Operación y que no hay ninguna prueba oral ni escrita que acredite que el operador solicitó en alguna ocasión a CDC o a CNR pactar la respectiva remuneración, sino que lo que hizo fue acreditar el valor reclamado por medio de una prueba pericial rendida por el perito Francisco Cavalli.
- (ii) Las vías internas, es decir, las construidas dentro del Pit para el desarrollo de las actividades de extracción no se encuentran descritas en letra cursiva dentro de dicha cláusula, de manera que, según CNR, ello significa que tales trabajos se encontraban remunerados dentro del ámbito de otras labores.
- (iii) Para que pudieran prosperar las pretensiones solicitadas respecto de las actividades descritas en letra cursiva para CNR era necesario que CMC probara: i) la demostración fehaciente de que las vías efectivamente fueron construidas, ii) las medidas y especificaciones de las vías construidas, iii) determinar la fecha en la que fueron construidas para determinar el pago si sería CDC o CNR quien era el obligado al pago, y iv) probar el costo de la construcción de la obra.

(iv) Las partes no pactaron en ningún momento un precio por las vías construidas. Así mismo, sostiene que no es posible que CMC de forma unilateral determine el precio de los bienes dada la prohibición del artículo 1865 del código civil respecto de dejar al arbitrio de uno de los contratantes para determinar el precio.

(v) Si bien en su declaración, el perito Francisco Cavalli, manifestó que había realizado tres avalúos, de los cuales el tercero correspondiente al valor de las vías construidas, ésta prueba pericial no reposa en el expediente, por lo que no ha podido ser ejercido el derecho de contradicción ni tampoco ha podido ser valorada por el Tribunal y,

(vi) En el Contrato de operación jamás se pactó que las vías se pagarían como un servicio adicional como lo pretende CMC, en tanto no se trata de una actividad en cursiva dentro de la cláusula cuarta del Contrato de Operación. Así mismo, el comportamiento de las partes estuvo encaminado a que dicho rubro no debía ser pagado.

Habiendo analizado todos los argumentos expuestos por las partes al respecto, encuentra el Tribunal que no reposa en el expediente prueba que acredite el valor de las vías construidas por el operador. En efecto, la demandante en reconvención, en quien recae la carga de probar los hechos que sustentan su pretensión, no aportó oportunamente la prueba pericial en la que se valoraba el precio de las vías construidas. De igual forma, no hay en las pruebas aportadas, ningún sustento que le permita al Tribunal encontrar que la valoración realizada por CMC correspondiente a catorce mil cuatrocientos setenta y tres millones ochocientos ochenta y nueve mil novecientos treinta y seis pesos (Col.\$14.473.889.936,00), tenga algún sustento técnico, ni del origen del valor unitario que le atribuye al metro lineal de vía construida.

Por otra parte, el Tribunal no acoge el argumento presentado en el alegato de conclusión de CMC SAS, cuando indica que dichas sumas fueron validadas por el perito financiero al responder la pregunta 37 a su cuestionario, por cuanto el perito financiero no hizo valoración alguna de las vías y solo se limitó a recibir el informe o dictamen realizado por el perito Cavalli, según lo indicó en el punto b) de la referida respuesta, así:

***“b) El valor de la infraestructura vial.***

*Para determinar este valor, el perito recibió el “INFORME DE VALUACIÓN DE INFRAESTRUCTURA VIAL – CONSORCIO MINERO DEL CESAR SAS”, desarrollado por Francisco Cavalli & CIA S en C. Dicho informe estima como valor razonable de la infraestructura vial de la Mina La Francia 14.473.889.936. Este valor se encuentra reportado en términos de noviembre de 2012, con una vigencia máxima de 1 año.”*

Además, advierte el Tribunal que la materia objeto de la prueba pericial rendida por el perito financiero Julio Villareal es completamente diferente al de valorar técnicamente las vías construidas, y por lo tanto, no le correspondía al perito hacer una valoración de ese informe o dictamen de parte.

Adicionalmente, en la prueba pericial técnica presentada por la Universidad Nacional – Facultad de Minas, en la respuesta a la pregunta 25 del cuestionario presentado por CMC, en el numeral f), se establece que: “No



*aparece la relación de la prestación del servicio de construcción, mantenimiento y señalización de vías externa **diferentes a las indicadas en el numeral 1.1.1. de la “Oferta mercantil”, es decir aquellas que están dentro del límite de la concesión minera y por fuera del pit y el centro de acopio.** Incluye el suministro de agregados pétreos requeridos.”<sup>273</sup> (resalta y subraya el Tribunal), las cuales en el numeral 1.1.1. de la cláusula 4 de la Oferta no se encuentran en cursiva, de lo que se desprende que las partes las entendieron como comprendidas dentro de los costos incluidos dentro de la ejecución del servicio.*

En consecuencia, el Tribunal desestimará la pretensión de condena 8.2 en la parte resolutive de este laudo.

#### **4.6.3. Bienes y servicios prestados por el operador conformados por los drenajes y manejo de aguas, remoción de derrumbes y material inestables, trabajos requeridos de geotecnia y otros conceptos.**

CMC SAS pretende que se condene a CNR al pago de una suma superior a cuatro mil setecientos millones de pesos (Col.\$ 4.700.000.000.00) por concepto de los bienes y servicios prestados por el operador y que están conformados entre otros por drenajes y manejo de aguas, remoción de derrumbes y materiales inestables, trabajos requeridos de geotecnia y otros conceptos que, de acuerdo con la cláusula 4° del Contrato de Operación, no estaban comprendidos dentro de los precios contractuales y debían ser remunerados de forma independiente.

CNR se opone a la pretensión de la parte convocada, estableciendo que CMC no probó los elementos necesarios para acreditar el valor de las obras construidas, así como respecto de las labores de atención de derrumbes y los trabajos de geotecnia. En el mismo sentido, sostiene la parte convocante, el perito financiero al momento en que se le consultó sobre el valor de estas obras, manifestó que no se encontró o aportó ningún documento que pudiera dar fe por este concepto.

El Tribunal considera, como lo mencionó en el punto anterior relativo a las vías construidas por el CMC, que la reconviente no cumplió con la carga de la prueba que tenía de demostrar el valor de los bienes y servicios prestados por el operador conformado por los drenajes y manejo de aguas, remoción de derrumbes y material inestables, trabajos requeridos de geotecnia y otros conceptos en que incurrió en la ejecución del contrato de operación. No reposa en el expediente ninguna prueba que permita al Tribunal llegar al convencimiento sobre ningún valor de tales bienes y servicios, así como de sus cantidades.

En tal sentido apunta la respuesta a la pregunta 25 de CMC en la prueba pericial de la Universidad Nacional – Facultad de Minas, donde se manifiesta sobre el particular que: *“No aparece la relación de la prestación del servicio de: “Drenaje y manejo de aguas (construcción de sumideros, canales, alcantarillas, sistemas de bombeo, vertederos, terraplenes, diques, pozos y*

---

<sup>273</sup> Visto a Folio 140 vuelta del cuaderno de pruebas No. 34.

*desviación de cauces de aguas, etc.)” (...) No aparece la relación de la prestación del servicio de remoción de derrumbes o materiales inestables existentes dentro del tajo. (...) No aparece la relación de la prestación del servicio de trabajos de geotecnia y estabilidad de taludes.” Si bien es cierto, que el mismo perito técnico más adelante manifiesta que “Sin embargo, el perito técnico entiende que aunque no hay evidencia documental en las actas de pago de la realización de estas actividades, considera que esta actividades si se desarrollaron durante el desarrollo del contrato. El perito no tiene evidencia de la calidad y cantidad de estas actividades desarrolladas”, ello acredita el incumplimiento de la carga de probar que recaía sobre el demandante en reconvención.*

En consecuencia, el Tribunal desestimaré la pretensión de condena 8.3 en la parte resolutive de este laudo.

#### **4.6.4. Interés remuneratorio comercial sobre el valor de la infraestructura y las vías construidas por el operador, por concepto de la utilización de las mismas.**

La parte demandante en reconvención pretende además que sobre la infraestructura, se condene a CNR al pago de intereses remuneratorios por el tiempo que ésta ha utilizado las mismas a pesar de que debía hacerse el pago correspondiente por las obras realizadas. CNR, solicita que se rechace la pretensión por “sustracción de materia” en tanto, no hay ninguna infraestructura que debiera ser pagada por parte de CNR y en consecuencia tampoco debe haber ningún tipo de interés.

El Tribunal considera que esta pretensión no puede prosperar, toda vez que, a falta de un precio acordado por las partes, el valor que se determinó en relación con las líneas de trituración 1 y 2 que hacen parte de la infraestructura de la Mina, como atrás se indicó, solo pudo ser determinado con la valoración de las pruebas que realizó el Tribunal y que ha concretado en este laudo, razón por la cual únicamente resultará procedente el reconocimiento de intereses moratorios a la máxima tasa legal, en el evento de incumplimiento de la condena respectiva que se impone en la parte resolutive. Además, se pone de presente que dada la naturaleza de los mencionados bienes, no procede el reconocimiento de un interés remuneratorio por su uso, habida cuenta que el interés remuneratorio es un elemento de remuneración propio de las obligaciones dinerarias.

#### **4.6.5. Cualquier otra obligación, concepto, suma o cantidad derivada de la liquidación del Contrato de Operación.**

El Tribunal no encuentra probado ninguna otra obligación, concepto, suma o cantidad derivada de la liquidación del Contrato de Operación, distintas que los que se establecen en otros apartes de este laudo, y, en consecuencia, desestimaré la pretensión de condena 8.5 en la parte resolutive del presente laudo.

#### 4.7. Otros incumplimientos contractuales debatidos en el proceso.

Procede el Tribunal a decidir sobre la pretensión décimo primera, numeral 11.13, relacionada con la obligación de CNR de *“Abstenerse de ejecutar sin autorización del operador, por otra persona contratista, la extracción de estéril, carbón y otras actividades complementarias en la Mina”*.

La sociedad demandante en reconvención, en el hecho 230 de su demanda, visible a folio 63 del cuaderno principal No. 5, indicó que CNR incumplió el Contrato de Operación al permitir u ordenar que otro contratista, sin autorización de CMC SAS, realizara algunas actividades de extracción de estéril, carbón y otras labores complementarias que se encontraban contratadas bajo el Contrato de Operación.

Como pruebas documentales de esta pretensión, se acompañó con la demanda de reconvención la comunicación de fecha 17 de enero de 2012, visible a folio 567 a 569 del cuaderno de pruebas No. 3 y la comunicación de fecha 19 de enero de 2013, visible a folios 580 y 581 del cuaderno de pruebas No. 3, donde CMC reclama a CNR el incumplimiento de la Oferta Mercantil por operaciones efectuadas por otro contratista en la Mina La Francia.

Al contestar este hecho, CNR expresó que las labores encomendadas a la empresa CYMCO para la remoción de los lodos en el fondo del Pit en la Mina fueron debidamente autorizadas por los miembros del CMC en reunión sostenida en diciembre de 2012 y que esa contratación se realizó con el propósito de mitigar los perjuicios por la negativa del CMC de negarse a la remoción de los lodos.

El testigo Víctor Campuzano, en su declaración rendida al Tribunal el día 10 de abril de 2014, visible a folios 100, 100 vuelto y 101 del cuaderno de pruebas No. 23 y 102 vuelto, 103 y 103 vuelto del cuaderno de testimonios No. 1, al responder las preguntas relacionadas sobre la extracción del lodo manifestó:

*DR. SUESCÚN: Ingeniero, en los escritos presentados por las partes se da cuenta de un debate en relación con la extracción de lodos del fondo del PIT, ¿quisiera usted explicar en qué consiste esta diferencia y en qué época se presentó?*

*SR. CAMPUZANO: Yo creo que ya habíamos hablado un día de esto de que el lodo es un material que arrastra las aguas lluvias hacia las partes más bajas de la mina donde se va acumulando junto con el agua, pero este material tiene que ser removido cuando yo voy a trabajar en esos puntos más bajos y cuando tengo la mina seca, entonces el lodo causa ciertas dificultades para removerlo, es un material que es como un fluido, se comporta no como un sólido sino que es un líquido prácticamente y genera algunas dificultades para su remoción.*

***La discusión fue cuando ya la mina estuvo seca que había que remover ese lodo que hay en el fondo para seguir bajando y profundizando la mina al nivel menos 120, el Consorcio fue cuando sacó sus máquinas de allá del fondo.***

DR. SUESCÚN: ¿Eso es cuándo?

SR. CAMPUZANO: Eso es julio de 2012.

DRA. MONROY: ¿Julio?

SR. CAMPUZANO: Julio-agosto de 2012, ahí fue que se presentó la discusión, era una tarea que había que hacerla entonces **el Consorcio dijo que no podía trabajar allá**, hablo por los técnicos que estaban en la mina en producción, **dijeron que tenían orden de no poner máquinas a trabajar, a cumplir esa tarea, entonces eso era una tarea que había que cumplir y se le solicitó al Consorcio pero entonces hubo manifestaciones de que ellos no podían hacer eso** pero sin embargo por ser una tarea exigida entonces CNR buscó un tercero para hacer eso con un equipo convencional, unos camiones tipo doble troque y se le informó al Consorcio de que CNR iba a contratar para limpiar esos lodos de allá del fondo y efectivamente se contrató con una compañía que se llama Cymcol que trabajó desde fin de diciembre de 2012, o sea cuando la mina estaba completamente seca y trabajó más o menos como hasta marzo de 2013, el bloqueo de la mina influyó en que esa tarea no se pudiera seguir desarrollando porque el ingreso y la salida de la mina se complicó entonces ellos removieron más o menos como la mitad del lodo que teníamos allá, Cymcol, teníamos como unos 450-500 mil metros cúbicos de lodo y se logró remover la mitad.

(...)

DR. SUESCÚN: Según el Consorcio ¿qué problemas de tipo técnico o problemas económicos le impedían cumplir con esa tarea de remoción de lodos?

SR. CAMPUZANO: Pues explícitamente por los técnicos ahí en la mina pues no lo manifestaron, ellos decían que **tenían orden de no poner máquinas a trabajar ahí, pero presumo yo que es el tema de costos, de las distancias más largas**, de que es un material que es más difícil de manejar que el material sólido porque se comporta es como un fluido entonces requiere que se le ponga atrás a los camiones como una tapa en roca para que al salir en la rampa pues no boten todo el material por la cola, puede ser esa la razón.

DR. SUESCÚN: ¿Pero entonces son problemas técnicos o de contenido económico?

SR. CAMPUZANO: Yo digo que más económicos que técnicos porque técnicos se puede resolver poniéndolo el tapón a la máquina, sí es un poco más dispendioso pero creo yo que son temas económicos” (resaltado del Tribunal)

El testigo Orlando Rivera, en su declaración rendida ante el Tribunal el día 09 de junio de 2014, visible a folio 362 vuelta del cuaderno de testimonios No.1, al responder las preguntas relacionadas sobre la controversia por la extracción o remoción de lodos manifestó:

DR. NAMÉN: Ingeniero, hacia el segundo semestre del año 2012 se presentó una discusión de CNR y el Consorcio, ¿quiere por favor decirnos si esa discusión coincidió con la problemática de la remoción de lodos?

SR. RIVERA: No sabría decirle, ¿a qué discusión se refiere?

*DR. NAMÉN: ¿Hubo alguna controversia en el segundo semestre del año 2012 entre CNR y CMC S.A.S?*

*SR. RIVERA: Pero es que **no sabría decir si fue controversia.***

*DR. NAMÉN: Alguna diferencia.*

*SR. RIVERA: De pronto diferencias, creo que se hablaron algunos temas de traer un equipo inclusive de El hatillo para extraer lodo y **no sé por qué no se llegó a ningún acuerdo, no sabría decir.***

*DR. NAMÉN: ¿Usted no sabe si se llegó a un acuerdo para traer ese equipo de la otra mina?*

*SR. RIVERA: No, **sé que se habló pero no se concretó**, no sé los motivos por qué no se concretó.” (resaltado del Tribunal)*

Con las pruebas documentales y testimoniales evaluadas en conjunto, encuentra el Tribunal que existió controversia entre las partes por la remoción o extracción del lodo en la Mina la Francia, específicamente en lo que hace referencia a la obligación del operador de su retiro y la forma de su remuneración; que existieron conversaciones entre las partes para solucionar la diferencia y que ante la falta de acuerdo, CNR contrató a un tercero para evitar inconvenientes en la Mina, lo que se encuentra justificado y probado.

Por lo tanto, no encuentra el Tribunal que CMC haya probado el supuesto incumplimiento de CNR de ejecutar sin autorización de CMC, la extracción de estéril, carbón y otras actividades complementarias en la Mina, razón por la cual desestimará la pretensión décima primera, numeral 11.13, de la demanda de reconvención reformada, y así lo declarará en la parte resolutive del presente laudo.

A continuación, procede el Tribunal a decidir sobre la pretensión décimo primera, en su numeral 11.20, relacionado con la obligación de CNR de “mantener bajo la más estricta confidencialidad toda la información a la que tuvo acceso como consecuencia de la celebración y ejecución del Contrato de Operación”.

En la cláusula 13 de la Oferta, se estipuló que: “A partir de la fecha de recepción de esta “Oferta” y hasta que se termine y liquide el servicio objeto de la misma, en caso de ser aceptada, el OFERENTE y el DESTINATARIO se comprometen a mantener bajo la más estricta confidencialidad toda la información o documentación a la que se pueda tener acceso como consecuencia de la naturaleza de la presente “Oferta” y de su aceptación. Las restricciones sobre el uso de la divulgación de la información no se aplicarán a ninguna información: a) Después de que haya llegado a estar disponible generalmente al público. b) Que sea divulgada por alguna de las partes para cumplir con un requerimiento legal de una autoridad competente, siempre y cuando la Parte a quien se formulen la solicitud informe a la otra, de tal manera que ésta tenga la oportunidad de defenderla, limitarla o protegerla”.

En el hecho 234 de la demanda de reconvención reformada presentada por CMC SAS, se indicó que CNR violó la obligación de confidencialidad antes mencionada, al proceder a enviar a instituciones financieras información inexacta y maliciosa que guardaba relación con aspectos propios de la ejecución del Contrato de Operación cubiertos por compromisos de

confidencialidad y en relación con los cuales existen diferencias entre las partes.

Como prueba de la pretensión, se acompañó la comunicación de fecha 18 de febrero de 2013, visible a folio 141 y ss. del cuaderno de pruebas No. 4, remitida a CNR por parte del CMC y los locatarios de los contratos de leasing, en la que reclaman a CNR por las comunicaciones que CNR ha enviado a varias instituciones financieras *“en forma temeraria”* (...) *“con el fin de generar pánico y desprestigio”*; la comunicación de fecha 18 de abril de 2013, visible a folio 473 y ss. del cuaderno de pruebas No. 3, remitida por CNR a los miembros del Consorcio en la que se indica, entre otras, que *“4. Anunciamos que como consecuencia de lo anterior y en aras de buscar mitigar los perjuicios a CMC, procederemos a notificar a las compañías de leasing y las aseguradoras correspondientes de la ocurrencia de los hechos anteriormente narrados de manera que actualicen el estado de riesgo del equipo”*; y la comunicación del 9 de mayo de 2013, visible a folio 205 y ss. del cuaderno de pruebas No. 4, remitida por CMC a CNR en respuesta a la comunicación del 18 de abril de 2013, en la que se indica que *“(…) los hacemos responsables de las consecuencias económicas y de descrédito, entre otras, que se puedan derivar de sus temerarias comunicaciones a terceros. De presentarse dichas comunicaciones, CNR estaría contraviniendo además la cláusula de confidencialidad establecida en el numeral 13 de la Oferta Mercantil del 31 de enero de 2005 –obligación que, además, sobrevive a la terminación del Contrato- máxime cuando en las comunicaciones se presentan interpretaciones unilaterales y sesgadas por parte de CNR, que expresamente rechazamos”*.

En respuesta a este hecho, CNR indicó que ante el abandono de la Mina y de los equipos, procedió a advertir a sus respectivos dueños acerca de la situación de peligro en la que se encontraban los bienes, con el fin de mitigar las consecuencias adversas que podrían derivarse del abandono de la Mina por parte de los miembros del CMC.

Considera el Tribunal que CNR, al remitir las comunicaciones a las entidades financieras –Banco de Bogotá, Bancolombia, Helm Bank y Caterpillar Financial Corporation- informando sobre la terminación del contrato de Operación y sobre el estado de los equipos en la Mina, no incumplió la cláusula 13 del Contrato de Operación, relacionada con la confidencialidad de la Oferta y su aceptación; ni corresponde a información *“inexacta o maliciosa”*, ni tampoco se probó que se generó descrédito o pánico como lo indica la demandante en reconvención.

En efecto, no hay prueba en el expediente de que las comunicaciones enviadas a las instituciones financieras por CNR hayan violado la cláusula 13 de la Oferta Mercantil, pues era un hecho cierto la terminación del contrato por parte de CMC SAS a raíz de la comunicación del 21 de enero de 2013, que fue lo que se informó, sin hacer entrega de documentación alguna; tampoco encuentra que la información sobre la terminación del contrato fuera confidencial o reservada, máxime cuando dicha información era conocida por terceros (trabajadores de ambas partes, comunidad). En palabras de Aurea

Suñol Lucea<sup>274</sup>, “(...) *proteger la información que se encuentra en el dominio público depararía un coste social que en modo alguno encuentran justificación en las razones que respaldan su amparo y, en particular, en la necesidad de protegerla como incentivo para potenciar la creación de información valiosa y su ulterior comunicación a otros sujetos*”.

Por otra parte, no encuentra el Tribunal que en tales comunicaciones se haya desacreditado al operador, o que la información remitida a las instituciones financieras haya sido lesiva de la reputación de este, esto es, que se haya difamado y lesionado el buen nombre del operador; ni mucho menos que haya generado pánico, esto es, conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española<sup>275</sup> “(...) *miedo extremado o del terror producido por la amenaza de un peligro inminente, y que con frecuencia es colectivo y contagioso*”.

En términos de Gustavo Ordoqui,<sup>276</sup> “(...) *con carácter general no se impone lo acordado con un rigor ciego, sino que se flexibiliza en la medida en que no se afecten los intereses involucrados en forma importante, Existe, por así decir, una tolerancia normal pues lo que importa no es tanto el cumplimiento formal sino sustancial. La buena fe lleva a la medida*”.

Por las razones expuestas, el Tribunal desestimaré la pretensión décima primera en su numeral 11.20 y así lo declarará en la parte resolutive del laudo.

Procede el Tribunal a decidir sobre la pretensión declarativa décima primera, numeral 11.21, de la demanda de reconvención reformada, relacionada con el alegado incumplimiento de la obligación de CNR de “*Observar la debida diligencia y cuidado en sus conversaciones con los trabajadores de CMC SAS durante la etapa posterior a la terminación de las operaciones bajo el Contrato de Operación*”.

Para sustentar su pretensión, indica en el hecho 259 y ss. de la demanda de reconvención, que CNR llegó al extremo de descalificar a CMC SAS agravando con su conducta la situación, pues el señor Roberto Campuzano, ante la visita realizada por el Inspector de Trabajo el día 22 de enero de 2013 manifestó que: “*A finales del año pasado se nos notificó una cesión a una SAS. Para CNR fue inaceptable pues implicaba cambiar tres compañías con respaldo financiero por **una compañía de papel**. Además se nos dijo que el cambio no estaba orientado a escaparse de las obligaciones con CNR sino **al manejo de temas sindicales**, con lo que no estuvimos de acuerdo*” (resalta el Tribunal).

Así mismo, indica la demanda de reconvención, que las afirmaciones dolosas o gravemente culposas de CNR generaron “(...) *incertidumbre en los trabajadores, hecho que sirvió de combustible para que personas de la zona decidieran ocupar la Mina, bajo control y vigilancia de CNR*”.

<sup>274</sup> Aurea Suñol Lucea, El Secreto Empresarial, Editorial Aranzandi, Cizur Menor, Navarra, España, 2009, 507 página, página 122.

<sup>275</sup> Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima Segunda Edición, 2001, Tomo II, Editorial Espasa Calpe S.A., Madrid, España, pág. 1665.

<sup>276</sup> Gustavo Ordoqui, Buena fe en los Contratos, Ed. Cometa S.A., Zaragoza, España, 2011, 238 páginas, pág. 159

Menciona que el sindicato Sintramienergética produjo un documento titulado "*Sociedades anónimas de servicio simplificado SAS, engendro patronal para evadir, vulnerar y maltratar a los trabajadores*", donde la organización sindical, acogiendo como suyas las afirmaciones de CNR, realiza críticas al modelo societario y la manifiesta y abierta desconfianza en su empleador, fundada en las descalificaciones realizadas CNR y además, que CNR se negó a garantizar la estabilidad laboral, que dio lugar a que los trabajadores se negaran a aceptar la sustitución patronal para que ellos continuaran vinculados con el nuevo operador; todo lo cual prolongo el conflicto surgido con las personas que bloquearon el acceso a la Mina.

En el proceso aparecen como pruebas documentales las actas del Inspector de Trabajo de fecha 22 de enero de 2013 denominada "*Acta de acompañamiento y verificación de cese de actividades de la empresa Consorcio Minero el Cesar SAS*", visible a folio 367 y ss. del cuaderno de pruebas No.13; la de fecha 30 de enero de 2013, denominada de la misma manera que la anterior, visible a folio 369 y ss. del cuaderno de pruebas No. 13 y la de fecha 6 de junio de 2013 denominada "*Acta de verificación y estado de los trabajadores y equipos de la empresa CMC en la Mina La Francia*", visible a folio 376 y ss. del cuaderno de pruebas No. 13; así como el acta sin fecha, aun cuando presumiblemente corresponde a un acta del 19 de abril de 2016, donde de manera general el Inspector deja las constancias de la queja de los trabajadores y en el acta de fecha 22 de enero del señor Roberto Campuzano hace las manifestaciones relacionadas en el hecho de la demanda.

Para el Tribunal, resulta claro que bajo el principio de la buena fe las partes tienen deberes post contractuales, es decir, deberes después de concluida la relación contractual, entre ellos, el deber de abstenerse de cualquier conducta que pueda afectar a su contraparte. Sin embargo, revisadas las pruebas en conjunto, encuentra el Tribunal que las manifestaciones realizadas por el señor Campuzano en la diligencia del 22 de enero de 2013, si bien pueden considerarse imprudentes, no fueron dolosas, ni pueden tener como consecuencia la declaratoria de incumplimiento del contrato –ya terminado- alegado por CMC.

Por otra parte, no encuentra probado el Tribunal que tales manifestaciones hubieran sido la causa para que los trabajadores ocuparan la Mina y menos aún, que los trabajadores se negaran a aceptar la sustitución patronal o para que se haya prolongado el conflicto.

Por lo anterior, el Tribunal desestimará la pretensión décimo primera en su numeral 11.21 y así lo declarará en la parte resolutive del laudo.

A continuación procede el Tribunal a decidir sobre la pretensión décimo primera, numerales 11.22, relacionado con el alegado incumplimiento de la obligación de CNR de "*Actuar diligentemente para dar continuidad a la operación minera con posterioridad a la terminación de operaciones bajo el Contrato de Operación*", y 11.23, relacionado con el alegado incumplimiento de la obligación de CNR de "*Observar el principio de buena fe en la ejecución y liquidación del Contrato de Operación, así como sus deberes secundarios de conducta*".



Considera el Tribunal que las motivaciones para decidir sobre las dos pretensiones indicadas, resultan similares y/o coincidentes, razón por la cual procederá a despachar estas pretensiones de manera conjunta, a lo cual procede a continuación.

Para fundamentar su pretensión sobre la observancia del principio de buena fe y los deberes secundarios de conducta CMC menciona en los hechos 231, 232 y 233 de la demanda de reconvención reformada, visible a folio 63 y ss. del cuaderno principal No. 5, que CNR *“incumplió la obligación de actuar de buena fe y abstenerse del ejercicio de la posición dominante y abuso del derecho al imputar, con la finalidad de justificar su oposición ilegítima a la cesión contractual, incumplimientos inexistentes al Consorcio por supuestamente no alcanzar las supuestas metas de Planes Mineros, sabiendo que éstos debían concertarse entre las partes con sujeción a los parámetros y finalidades acordadas, (...)”* y que, *“(...) a pesar de recibir, y pagar sin reservas, objeciones ni protestas las cantidades de estéril y carbón efectivamente extraídas sin un Plan Minero previamente concertado, y beneficiarse de los servicios y actividades, tardíamente pretendió reclamar por hechos cumplidos, pasados y aceptados, so pretexto de supuestos incumplimientos de los planes mineros”,* y que *“(...) no obstante conocer y haber asumido declaraciones contractuales acerca de la capacidad instalada e infraestructura del CMC, a pesar de no haber formulado requerimiento alguno sobre la misma y de aceptarla expresamente, tardíamente pretende reclamar por supuestas deficiencias y disponibilidad de los equipos”.*

Por su parte, CNR contestó<sup>277</sup> a esos hechos que *“(...) el comportamiento irresponsable de CMC terminó generando daños a la Mina, a CNR y a los equipos, pero más importante que esto, generando un conflicto social en la Mina, con el consiguiente perjuicio para los trabajadores, sus familias y la comunidad de la zona en general”,* y que *“No puede considerarse como una conducta de buena fe tendiente a mitigar los daños la suspensión unilateral de los contratos de trabajo, sin las autorizaciones previstas en la ley, que trajo como consecuencia la toma durante más de 8 meses de la Mina por los trabajadores.”*

De manera general, el principio de la buena fe establecido en el artículo 871 del Código de Comercio al indicar que *“Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”,* obliga a las partes a actuar en el desarrollo y ejecución del contrato con sinceridad, lealtad, corrección, rectitud y honestidad, ejercitando los derechos sin abusar de ellos.

En términos de nuestra H. Corte Suprema de Justicia<sup>278</sup>:

*“En efecto, principio vertebral de la convivencia social, como de cualquier sistema jurídico, en general, lo constituye la buena fe, con sujeción a la*

---

<sup>277</sup> Folio 98 y ss. del cuaderno principal No. 6

<sup>278</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo, Sentencia del 2 de agosto de 2001.

*cual deben actuar las personas –sin distinguir alguno- en el ámbito de las relaciones jurídicas e interpersonales en las que participan, bien a través del cumplimiento de deberes de índole positiva que se traducen en una determinada actuación, bien mediante la observancia de una conducta de carácter negativo (típica abstención), entre otras formas de manifestación. Este adamantino axioma, insuflado al ordenamiento jurídico – constitucional y legal- y, en concreto, engastado en un apreciable número de instituciones, grosso modo, presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces. Identificase entonces, en sentido muy lato, la bona fides con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y, especialmente, en las esferas prenegocial y negocial, con el vocablo 'fe', puesto que "fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que esta no lo engañará".*

*La buena fe, someramente esbozada en lo que a su alcance concierne, se torna bifronte, en atención a que se desdobra, preponderantemente para efectos metodológicos, en la apellidada 'buena fe subjetiva' (creencia o confianza), al igual que en la 'objetiva' (probidad, corrección o lealtad), sin que por ello se lesione su concepción unitaria que, con un carácter más panorámico, luce unívoca de cara al ordenamiento jurídico. Al fin y al cabo, se anticipó, es un principio general -e informador- del derecho, amén que un estándar o patrón jurídicos, sobre todo en el campo de la hermenéutica negocial y de la responsabilidad civil".*

Como se mencionó anteriormente en este laudo, el deber de buena fe debe observarse no solo durante las tratativas previas y a la celebración del contrato, y en la ejecución de este contrato, sino también, a su terminación.

En cuanto a los denominados “deberes secundarios de conducta” también denominados “deberes colaterales o deberes contiguos”, incluyen aquellos deberes que sirven para preparar adecuadamente el cumplimiento de las prestaciones acordadas durante la ejecución del contrato y en el momento de terminación, y los deberes para una adecuada liquidación de los efectos producidos en la relación contractual.

Como lo menciona el profesor Arturo Solarte<sup>279</sup>, los deberes de conducta se pueden clasificar en deberes de finalidad negativa, cuyo objetivo es impedir que se produzcan lesiones o menoscabos en los intereses personales o patrimoniales de los contratantes, y en deberes de finalidad positiva, destinados a complementar los deberes de prestación con el fin de que su cumplimiento se realice adecuadamente.

Teniendo en cuenta el anterior marco jurisprudencial y doctrinario, a la luz de las pruebas del proceso, considera el Tribunal CNR no incumplió las obligaciones legales o contractuales a las que se alude en las pretensiones 11.22 y 11.23, como quiera que bajo las circunstancias actuó diligentemente para dar continuidad a la operación minera con posterioridad a la terminación del contrato, y respecto de la liquidación del contrato se trataba de una

<sup>279</sup> Arturo Solarte Rodríguez, Artículo denominado “La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta”, publicado en la Revista Universitas, Noviembre de 2014, pág. 305 y 306

actuación que no podía realizar de manera unilateral ya que requería el concurso de ambas partes.

En efecto, de las pruebas decretadas y practicadas en el proceso, no se encuentra ninguna violación legal o contractual en el manejo dado a la operación minera con posterioridad a la terminación del contrato de operación, esto es, con posterioridad al 21 de enero de 2013, pues CNR como era de esperarse, a la terminación del contrato con CMC SAS, no tenía alternativa diferente que contratar, como efectivamente lo hizo con otro operador.

Ahora bien, la mayoría de las diferencias entre CNR y el operador que no se pudieron solucionar, nacieron o se agudizaron desde que los miembros del Consorcio Minero del César hicieron uso de la autorización de ceder el contrato a la sociedad Consorcio Minero del César SAS, como ya se analizó, esto es, desde el 16 de noviembre de 2012 y hasta cuando terminó de manera unilateral el contrato, esto es, hasta el 21 de enero de 2013, diferencias que fueron ventiladas en este proceso arbitral. Esas diferencias que pueden dar lugar a incumplimientos incluso graves, como lo señaló el Tribunal en otro aparte del laudo, no necesariamente significan una actuación contraria a la buena fe, sino, más bien, el convencimiento –así sea equivocado- de estar dando cumplimiento al contrato. En otras palabras, la existencia de diferencias en la interpretación y ejecución de determinadas cláusulas del contrato, así sea una posición inconsistente o equivocada o, que genere incumplimiento, no implica *per se*, una violación al principio de buena fe contractual. Bajo esta premisa el Tribunal considera que, a la terminación del contrato, CNR debía conseguir un nuevo operador, como lo hizo, para dar continuidad a la explotación de la Mina La Francia, y que no podía liquidar unilateralmente el contrato.

Por otro lado, no encuentra el Tribunal prueba alguna que indique que CNR violó los deberes secundarios de conducta, en su doble dimensión, esto es, ni la negativa, ni la positiva; pues no buscó menoscabar patrimonialmente a su cocontratante a la terminación del contrato, independientemente de las graves diferencias surgidas; ni tampoco buscó “complementar” o “adicionar” el incumplimiento de las prestaciones del contrato durante su ejecución; independientemente de los propios y precisos incumplimientos de algunas prestaciones acordadas en el contrato de operación que han sido analizados en este laudo.

Por lo anterior, el Tribunal desestimaré la pretensión décimo primera en sus numerales 11.22 y 11.23, y así lo declarará en la parte resolutive del laudo.

Procede el Tribunal a pronunciarse sobre la pretensión declarativa SEXTA de la demanda de reconvenición reformada, en la que se solicita declarar:

*“(…) Que asimismo, como consta en el texto del Acta No. 53 de Junta Directiva correspondiente a la reunión del 9 de mayo de 2013 **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I SAS** reconoció la calidad de parte contractual de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, al decidir, “3. Autorizar al representante legal y sus suplentes para iniciar procesos judiciales, arbitrales y/o administrativos y contra demandas o para actuar como demandado, y otorgar los correspondientes poderes*

*para actuar en relación con los siguientes procesos. Disputa arbitral derivada del contrato de operación de la Mina la Francia, el cual fue terminado de manera unilateral por el contratista el 21 de enero de 2013.” (Anexo 1. Demanda arbitral inicial, fl. 41), comunicación que fue suscrita y dirigida por **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.** y firmada por su representante legal”.*

El Tribunal declarará no prospera esta pretensión, por cuanto entiende que el sentido de lo que aparece en el aparte invocado del acta No. 53 de la Junta Directiva de CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I SAS, no corresponde a un reconocimiento de la calidad de parte contractual de CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S., como lo pretende la demandante en reconvención, sino, al otorgamiento por ese órgano corporativo de una autorización expresa al representante legal y sus suplentes, para iniciar procesos judiciales, arbitrales y/o administrativos, cuyo ejercicio dio origen a este arbitraje, basado, de manera general en el contrato de operación de la Mina La Francia, y de manera especial, entre otros temas de disputa, en la terminación unilateral del contrato informada mediante la comunicación de fecha 21 de enero de 2013, remitida por CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S. a CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.

Por lo anterior, el Tribunal desestimará la pretensión declarativa SEXTA de la demanda de reconvención de CMC y así lo declarará en la parte resolutive del laudo.

Finalmente en este punto, el Tribunal desestimará la pretensión SÉPTIMA de condena, de la demanda de reconvención reformada, por considerar que el daño emergente y el lucro cesante solicitados fueron objeto de análisis y pronunciamiento de manera específica en cada uno de los incumplimientos alegados y probados.

##### **5. El alegado Desequilibrio Económico del Contrato y la Teoría de la Imprevisión.**

La sociedad CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S, solicita en la pretensión décimo tercera de la demanda de reconvención reformada que se declare: *“Que, durante la ejecución del Contrato de Operación se alteró su equilibrio económico en contra del Operador como consecuencia de la sobrevenida modificación normativa por el artículo 19 de la ley 1430 de 2010 de la exención del impuesto global, IVA y arancel para grandes consumidores en zonas de frontera consagrada en el artículo 19 de la Ley 681 de 2001 vigente al momento de la Oferta del 31 de agosto de 2005 y determinante de los precios del Contrato de Operación, que por esa virtud, tiene derecho al reconocimiento y pago de los mayores costos de los combustibles, representados en el valor de la exención suprimida.”.* Asimismo, en la pretensión décima primera, numeral 11.14, solicita al Tribunal que se declare el incumplimiento del contrato por parte de CNR, al no *“haber actuado de buena fe y sin abuso del derecho en el análisis de la reclamación formulada por el Consorcio en virtud de la supresión por el artículo 19 de la ley 1430 de 2010 de la exención del impuesto global, IVA y arancel para grandes consumidores en zonas de frontera consagrada en el*

*artículo 19 de la ley 681 de 2001 vigente al momento de la Oferta del 31 de agosto de 2005 y determinante de los precios del Contrato de Operación”.*

Sobre el particular, valga señalar para empezar que la legislación mercantil, normatividad aplicable a contratos de naturaleza privada como el del objeto de esta litis, en materia de desequilibrio contractual incorpora como solución jurídica a tal evento, lo establecido en el artículo 868 del Código de Comercio, esto en consonancia con el principio de *pacta sunt servanda*, máxima sobre la cual se encuentra sustentado el régimen de la contratación privada, y que establece, según el artículo 1602 del código civil, que “*todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales*”.

Así las cosas, las partes se encuentran obligadas a dar cabal cumplimiento de las prestaciones a las que de conformidad con su autonomía de la voluntad han convenido ejecutar, salvo claro está, que se alegue por la parte incumplida un evento de fuerza mayor o caso fortuito, o que incluso, se pruebe que se ha presentado un desequilibrio contractual bajo los postulados de la teoría de la imprevisión.

Cosa distinta ocurre con los contratos de naturaleza estatal, negocios jurídicos que se gobiernan por un régimen totalmente distinto – Ley 80 de 1993 -, estatuto que incorpora de forma particular en su artículo 27, el principio de equilibrio contractual, que por estar inspirado en el interés público, no resulta aplicable, al contrato objeto de la controversia.

Sobre la diferenciación de ambos regímenes, y respecto de la procedencia del restablecimiento del equilibrio contractual en materia estatal y privada, diversos pronunciamiento arbitrales, han establecido con claridad meridiana que en materia civil y/o comercial, los instrumentos jurídicos para corregir una alteración en la ecuación económica de un contrato de naturaleza privada, se reducen exclusivamente a lo regulado por la normatividad vigente, y que por lo tanto solo es dable dar aplicación de la teoría de la imprevisión incorporada en el artículo 868 del Código de Comercio, de manera que de no cumplirse los requisitos necesarios para su procedencia, no le es posible al juzgador, en derecho, reestablecer la ecuación económica del contrato.

A título de ejemplo, en Laudo arbitral de Consorcios Miel contra Fiduango de fecha 24 de noviembre de 2000, el Tribunal expuso la diferenciación de ambos regímenes, al establecer que:

*“Ocurre, sin embargo que, si bien en su sentido más amplio las nociones del rompimiento y del restablecimiento del equilibrio contractual tienen relación con todo el género de la institución contractual, y por ende con sus distintas especies y en tal sentido pueden considerarse como una simple expresión del principio general de conmutatividad , la verdad es que en nuestro derecho se trata de unos conceptos puntuales cuyo ámbito está circunscrito, por ministerio de la ley, al campo de los contratos estatales propiamente dichos. Así lo dispone con toda claridad el artículo 27 de la Ley 80 de 1993 . El fundamento de esta norma no es otro que el ya mencionado atrás, en el sentido de que la prevalencia del interés público, que caracteriza estos*

*contratos, de ningún modo puede llevarse de calle los derechos del contratista particular atados a la equivalencia en las pretensiones recíprocas del contrato.*

*Entre nosotros, ese postulado no se aplica del mismo modo a los contratos que se gobiernan por el derecho común, por la sencilla razón de que, en estos, la interrelación propia de las obligaciones y las cargas mutuas entre los contratantes se orienta de una forma un tanto distinta y, sobre todo, se rige por otras disposiciones legales.*

*En efecto, mientras que en materia de contratos estatales la tutela del llamado equilibrio financiero está estructurada sobre la base de las reglas contenidas en los artículos 4º, 5º y 27 de la Ley 80 de 1993, por el lado de las convenciones no sujetas a ese régimen la norma aplicable al tema de la preservación de la conmutatividad es, en cambio, la del artículo 868 del Código de Comercio.”*

En esa misma línea, en el laudo arbitral Gases de Boyacá y Santander S.A. vs. Ecogás y ECOPETROL de 20 de agosto de 2003, el Tribunal determinó que:

*“Ha de recordarse que a diferencia del contrato estatal sometido al Derecho Administrativo, en la contratación privada (y por supuesto en el contrato estatal sometido al derecho privado) no se garantiza el mantenimiento de la ecuación económica estructurada al perfeccionarse el negocio, ni mucho menos la rentabilidad esperada por los contratantes, lo cual requiere de estipulación específica para que se produzcan tales efectos, toda vez que la ley no los presume, ni los impone.”*

Así las cosas, el Tribunal establecerá si el alegado desequilibrio contractual reclamado por la parte convocada puede ser reestablecido en este trámite de conformidad con la teoría de la imprevisión, establecida en el artículo 868 del Código de Comercio, el cual dispone que:

**“Artículo 868.** *Cuando circunstancias extraordinarias, imprevistas o imprevisibles, posteriores a la celebración de un contrato de ejecución sucesiva, periódica o diferida, alteren o agraven la prestación de futuro cumplimiento a cargo de una de las partes, en grado tal que le resulte excesivamente onerosa, podrá ésta pedir su revisión. El juez procederá a examinar las circunstancias que hayan alterado las bases del contrato y ordenará, si ello es posible, los reajustes que la equidad indique; en caso contrario, el juez decretará la terminación del contrato. Esta regla no se aplicará a los contratos aleatorios ni a los de ejecución instantánea.”*

Para la aplicación y reconocimiento de la teoría de la imprevisión, la Corte Suprema de Justicia ha establecido una serie de requisitos que deben cumplirse de manera concurrente, que son: (i) que se trate de un contrato de

ejecución sucesiva o diferida; (ii) que sobrevengan circunstancias extraordinarias, imprevisibles e imprevistas; (iii) que la prestación a la que se encuentra obligada la parte afectada sea excesivamente onerosa; (iv) que el acontecimiento debe ser ajeno a la voluntad de las partes; y (v) además de establecer que se trate de prestación de futuro cumplimiento que aún no hayan sido cumplidas al momento en que sucedan los eventos no previstos, es decir que sean contratos en ejecución.

Sobre la exigencia de que se trate de prestaciones de futuro cumplimiento, la Corte ha indicado que, *la vigencia del contrato y la pendencia de la prestación, conforman condiciones ineludibles, por lo que es, menester el vigor del contrato, y que la obligación no sea exigible, haya cumplido, ejecutado o agotado.*<sup>280</sup>

En el presente caso, dado que la prestación que se reputa desequilibrada ya se ha ejecutado por la parte convocada, y en tanto se trata de un contrato terminado, situación que se desprende del hecho que, fue la parte convocada quien procedió a dar por finalizado el nexo contractual materia de disputa,<sup>281</sup> y en consecuencia, las prestaciones a las que la sociedad CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S., se había obligado en ejecución del contrato ya han sido ejecutadas hasta la terminación del contrato, considera el Tribunal que no es posible hacer aplicación de la teoría de la imprevisión para remediar lo que la parte convocada alega como una hipótesis de desequilibrio económico del contrato, teniendo en cuenta que la consecuencia de la norma referida es la revisión y ajuste del contrato en curso, o en su defecto la terminación, más no la revisión retroactiva del mismo luego de su terminación. Siendo entonces, como ya se mencionó, que no existe figura jurídica alguna que sustente la referida pretensión de la convocada, le corresponde a este Tribunal desestimarla.

Enseguida procede al Tribunal a pronunciarse sobre la pretensión declarativa ONCE, numeral 11.14, de la demanda de reconvención reformada, en la cual se solicitó declarar que la convocante incumplió sus obligaciones contractuales de *“Actuar de buena fe y sin abuso del derecho en el análisis de la reclamación formulada por el Consorcio en virtud de la supresión por el artículo 19 de la ley 1430 de 2010 de la exención del impuesto global, IVA y arancel para grandes consumidores en zonas de frontera consagrada en el artículo 19 de la Ley 681 de 2001 vigente al momento de la Oferta del 31 de agosto de 2005 y determinante de los precios del Contrato de Operación”*.

Al respecto el Tribunal considera que se ha de desestimar dicha pretensión, en tanto que en este proceso no se probó que CNR hubiera obrado de manera abusiva o contraria a la buena fe, en relación con la reclamación formulada por el operador a raíz de la supresión por el artículo 19 de la ley 1430 de 2010 de la exención del impuesto global, IVA y arancel para grandes consumidores en zonas de frontera consagrada en el artículo 19 de la Ley 681 de 2001 vigente al momento de la Oferta del 31 de agosto de 2005, y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

<sup>280</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. MP: Margarita Cabello Blanco. 31 de julio de 2014.

<sup>281</sup> La convocada alego en su demanda de reconvención que la terminación unilateral del contrato de operación minera es jurídicamente válida.

## 6. La Cláusula Penal.

Habiendo analizado los incumplimientos alegados por ambas partes en sus escritos de demanda reformada y demanda de reconvención reformada, respectivamente, pasa el Tribunal a analizar la cláusula penal pactada y su aplicación al caso en concreto.

CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S. solicita que se condene a la parte demandada al pago de la cláusula penal por el *“incumplimiento reiterado de las obligaciones del Contrato de Operación relacionadas con la extracción de las cantidades de producción, determinadas en los Planes Mineros, o al menos las cantidades mínimas garantizadas”*<sup>282</sup> por la parte convocada.

A su vez, la sociedad Consorcio Minero del César S.A.S. solicitó que se condenara a la convocante al pago de la cláusula penal por el incumplimiento de las obligaciones de pago que le correspondían de acuerdo con el Contrato de Operación.

La cláusula penal pactada en el numeral octavo de la Oferta, estipuló que:

*“Cláusula Penal. En caso que el OFERENTE incumpla de manera grave, por causas imputables a él, las obligaciones de producción y/o trituración en un periodo de cuatro meses consecutivos, o el DESTINATARIO incumpla de manera grave, en un periodo de cuatro meses consecutivos por causas imputable a él, las obligaciones de pago contenidas en la presente Oferta, la parte incumplida reconocerá a la parte afectada un valor estimado de perjuicios equivalente a US\$ 10.000.000.*

*Para efectos de hacer efectivo el cobro estimado de los perjuicios, la parte cumplida podrá hacer efectiva la póliza de cumplimiento otorgada por cada una de ellas de acuerdo con los montos establecidos en la cláusula 12.*

*La cláusula penal será aplicada previa declaratoria de incumplimiento grave declarada por fallo arbitral del Tribunal de Arbitramento establecido en el numeral 14 de esta oferta.*

*No obstante el pago de esta suma, la parte cumplida podrá adelantar las acciones tendientes a obtener el pago de la totalidad de los perjuicios que se hubieren causado con el incumplimiento, teniendo en cuenta que la suma fijada es un estimativo anticipado de perjuicios para lo cual dará aplicación a lo establecido en el artículo 1596 del código civil”*

El Tribunal encuentra que la cláusula penal pactada, para su aplicación, debe cumplir una serie de requisitos, a saber: 1) que se produzca un incumplimiento grave de las obligaciones de producción y/o trituración, en el

<sup>282</sup> Pretensión Número Once del escrito de demanda. Visto a folio 10 vuelto del Cuaderno Principal No 1.



caso del oferente- es decir la parte convocada- o de la obligación del pago en el caso del destinatario- es decir la parte convocante, 2) que se produzca un incumplimiento por un período de por lo menos cuatro meses consecutivos, 3) que el incumplimiento grave se produzca como consecuencia de causas imputables a la parte incumplida y 4) que el incumplimiento grave sea declarado por parte de un Tribunal de Arbitramento.

Por otro lado, el último inciso de la cláusula anteriormente citada pone de presente que las partes establecieron que la cláusula penal es una tasación anticipada de perjuicios, y en tal virtud, que su reconocimiento no es incompatible con la condena por de otros perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato, de conformidad con el artículo 1600 del Código Civil, según el cual *“No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”*. De igual forma, las partes pactaron en la misma cláusula la posibilidad de que se realizara un ajuste de la misma en caso de incumplimientos parciales, como se verá más adelante.

Habiendo analizado en otros apartes de este laudo los incumplimientos alegados por cada una de las partes a lo largo de este trámite, queda claro para el Tribunal que CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S incumplió gravemente el contrato al negarse a pagar las obligaciones dinerarias a favor de la sociedad CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S., so pretexto de considerar que este era un tercero ajeno al negocio jurídico. En tal sentido, se cumple con el primer requisito de la cláusula, en tanto, se produjo un incumplimiento grave de la convocante quien, como quedó probado en el proceso incumplió en el pago de las facturas 001<sup>283</sup>, 002<sup>284</sup>, 003<sup>285</sup>, 004<sup>286</sup>, 005<sup>287</sup>, 006<sup>288</sup>, 007<sup>289</sup>, 008<sup>290</sup>, 010<sup>291</sup>, 017<sup>292</sup>, 018<sup>293</sup>, 019<sup>294</sup>, 020<sup>295</sup>, 021<sup>296</sup>, 022<sup>297</sup>, 023<sup>298</sup>, 024<sup>299</sup>, 025<sup>300</sup>, 030<sup>301</sup> y 031<sup>302</sup> emitidas por CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S. a la convocante.

Luego de revisar las fechas de las facturas y en las que se efectuaron los cobros por parte de la sociedad CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S, no cabe duda que también se cumple el requisito de temporalidad impuesto

<sup>283</sup> Visto a folio 03 del cuaderno de prueba No 7  
<sup>284</sup> Visto a folio 04 del cuaderno de prueba No 7  
<sup>285</sup> Visto a folio 05 del cuaderno de prueba No 7  
<sup>286</sup> Visto a folio 06 del cuaderno de prueba No 7  
<sup>287</sup> Visto a folio 07 del cuaderno de prueba No 7  
<sup>288</sup> Visto a folio 08 del cuaderno de prueba No 7  
<sup>289</sup> Visto a folio 12 del cuaderno de prueba No 7  
<sup>290</sup> Visto a folio 16 del cuaderno de prueba No 7  
<sup>291</sup> Visto a folio 18 del cuaderno de prueba No 7  
<sup>292</sup> Visto a folio 21 del cuaderno de prueba No 7  
<sup>293</sup> Visto a folio 22 del cuaderno de prueba No 7  
<sup>294</sup> Visto a folio 23 del cuaderno de prueba No 7  
<sup>295</sup> Visto a folio 24 del cuaderno de prueba No 7  
<sup>296</sup> Visto a folio 25 del cuaderno de prueba No 7  
<sup>297</sup> Visto a folio 524 del cuaderno de prueba No 4  
<sup>298</sup> Visto a folio 525 del cuaderno de prueba No 4  
<sup>299</sup> Visto a folio 523 del cuaderno de prueba No 4  
<sup>300</sup> Visto a folio 522 del cuaderno de prueba No 4  
<sup>301</sup> Visto a folio 26 del cuaderno de prueba No 7  
<sup>302</sup> Visto a folio 29 del cuaderno de prueba No 7

por las partes, en tanto, la convocante no cumplió con su obligación de pago a partir de la cesión, incumplimiento que se produjo respecto de cada una de las facturas impagadas, y se ha extendido con posterioridad a la terminación del contrato, por un término superior a cuatro meses consecutivos.

Ahora bien, no cabe ninguna duda que el incumplimiento de la obligación de pago de la parte convocante, le es plenamente imputable, como se desprende del escrito de contestación a la demanda de reconvención, en el que se reconoce la veracidad de la afirmación, relativa al no pago de las facturas, frente a la cual alega que “[...] *El rechazo de las facturas obedeció al hecho que quién las presentó no estaba legitimado para hacerlo, y en cualquier caso, en el incumplimiento de obligaciones dinerarias su única consecuencia es el reconocimiento de intereses de mora, sin ser procedente la exigencia de ninguna cláusula penal*”<sup>303</sup>.

En síntesis, en el presente caso se cumplen todos los elementos requeridos para que este Tribunal condene a CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S al pago de la cláusula penal. No obstante ello, en la medida en que la reconviniente pidió por otra parte que se condene a CNR a pagar el valor o precio de la contraprestación causada por los servicios efectivamente prestados desde el 29 de septiembre de 2012 y hasta el 15 de enero de 2013, con su actualización e intereses moratorios pactados o los que procedan legalmente desde la fecha de su causación a la del pago efectivo (pretensión declarativa ONCE, numeral 11.1, y pretensión segunda de condena), y que como antes se dijo la cláusula penal no es incompatible con la condena por otros perjuicios ocasionados por el incumplimiento del contrato, de conformidad con los pactado por las partes y con el artículo 1600 del Código Civil, el Tribunal desestimaré la pretensión relativa al pago de la cláusula penal y declarará la prosperidad de la pretensión segunda de condena de la demanda de reconvención reformada, condenando a CNR al pago de los intereses moratorios en la forma que se establece en la parte resolutive de este laudo.

No sobra precisar que la acumulación de la cláusula penal con el pago de intereses moratorios no resulta viable en tanto se estaría pagando dos veces por el mismo concepto. El texto de la cláusula es diáfano al establecer que se entiende que dicho monto se hará exigible como “*valor estimado de perjuicios*”. El Código Civil en el artículo 1600 establece que “*no podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena*”. En este sentido la norma resulta clara: no pueden acumularse la pena y la indemnización cuando no haya quedado estipulado así expresamente. La intención del legislador es proteger al deudor de tener que pagar dos veces por un mismo concepto: en este caso la indemnización de perjuicios por incumplimiento<sup>304</sup>.

## 7. La Terminación Unilateral del Contrato por Parte de CMC SAS.

---

<sup>303</sup> Documento que obra en folio 322 del cuaderno principal 2.

<sup>304</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 18 de noviembre de 2014. M.P. Margarita Cabello Blanco.

Procede el Tribunal a analizar los hechos de la demanda y de la demanda de reconvencción, reformadas, presentadas en este proceso, así como las excepciones alegadas respectivamente:

En relación con los hechos relativos a la terminación anticipada, en el capítulo titulado “Preámbulo”, literales q al t, la parte convocante se pronunció así en su demanda reformada:

*“q. El día 21 de enero de 2013, la sociedad CMC SAS (pretendiendo ser la contraparte contractual) envió una comunicación a CNR informándole que daba por terminado de manera inmediata el Contrato de Operación. Dicho intento de terminación fue (i) ilegal, al no haber consultado los mecanismos previstos en la ley o en el contrato para adoptarla unilateralmente; (ii) inoponible, en la medida en que fue intentada por una persona que no era parte del Contrato de Operación; (iii) abusiva, en la medida en que los fundamentos invocados no la justificaban; (iv) intempestiva, en tanto se llevó a cabo sin preaviso de terminación que permitiera a CNR prepararse para esta contingencia, de manera que CNR debió afrontar no sólo los costos de un cierre intempestivo sino también la pérdida de los ingresos operacionales; y (v) irresponsable, toda vez que generó una situación laboral que habría inevitablemente desembocar en el bloqueo de la Mina, como en efecto ocurrió. La pretendida terminación fue llevada a cabo con el propósito de (i) permitir a los miembros del CMC evadir sus obligaciones y responsabilidades contractuales; y (ii) hacer surgir injustificadamente a cargo de CNR ciertas obligaciones de adquisición de determinados equipos de minería y de la infraestructura destinada para la operación de la Mina.*

*r. Respecto de este último propósito de los miembros del CMC, CNR ha argüido que no puede premiarse el designio malicioso y deliberado de los miembros del CMC, queriendo ahora sacar ventaja de la supuesta terminación del Contrato de Operación, exigiendo como consecuencia de ello el reconocimiento de un derecho a enajenar a CNR los mencionados equipos. Adicionalmente, el precio pretendido por los miembros del CMC por dicho equipo se basa en precios de lista internacionales, y no en una valoración que tuviera en cuenta la situación específica de dicho equipo en la Mina, la cual se ha visto empeorada como resultado directo de su abandono por los miembros del CMC. Entendemos, con base en la información enviada por los miembros del CMC a CNR, que los evaluadores ni siquiera inspeccionaron el equipo, sino únicamente tomaron como referencia fotografías exteriores del mismo para efectos de llevar a cabo su labor.*

*s. Simultáneamente con la remisión de la comunicación mediante la que se pretendía terminar el Contrato de Operación, los miembros del CMC inmediatamente procedieron a abandonar las instalaciones de la Mina, y no transportaron a los trabajadores del turno nocturno de la Mina, dejando todo el equipo a su suerte, en el lugar en que se encontraba al momento de lo que habría sido el cambio de turno, sin protección, organización o protocolo. Algunos equipos estaban cargados con material y CMC incluso dejó explosivos armados, algunos de los cuales*

*debieron ser retirados con apoyo de autoridades militares, semanas después del abandono.*

*t. Adicionalmente, como era apenas lógico esperar, los trabajadores de los miembros del CMC, movidos en particular por la situación que estaban afrontando (omisión del cambio de turno, abandono de la operación, orden de vacaciones colectivas para todos, seguida de la suspensión de sus contratos) ocuparon las instalaciones por ocho meses, impidiendo el acceso a la Mina, lo que trastornó igualmente la conclusión de un nuevo contrato de operación con otro operador, todo lo cual, unido a la complejidad de las estipulaciones de un contrato de tal naturaleza y a la necesidad de volver a colocar la Mina en condiciones de explotabilidad, impidió la extracción de estéril y carbón a lo largo de casi todo el año 2013.”*

Luego, en los hechos de la demanda reformada, dice CNR sobre la terminación unilateral por CMC SAS, lo siguiente (hecho 94):

*“94. Cuando las partes se encontraban debatiendo acerca de la validez de la cesión de la posición contractual; de los incumplimientos de los Planes Mineros y de las metas de producción por parte de los miembros del CMC; y del interés de los miembros del CMC en revisar las tarifas aplicables a los servicios bajo el Contrato de Operación, el día 21 de enero de 2013, la sociedad CMC SAS envió una comunicación a CNR informándole que daba por terminado de manera inmediata el Contrato de Operación. Esta supuesta terminación fue hecha de manera unilateral, sin preaviso y en forma abusiva, sin darle a CNR suficiente tiempo para adoptar un plan de contingencia para continuar las operaciones de la Mina, y creó una situación laboral con los empleados de los miembros del CMC que dejó sin resolver, la cual habría de desembocar en la ocupación y subsiguiente bloqueo de la Mina durante un total de ocho meses. Obrando como juez y parte, CMC SAS manifestó que de acuerdo con el Acta de Reinicio tenía el derecho a enajenarle a CNR los equipos y la infraestructura destinados a la operación de la Mina, y de inmediato los abandonó con la injustificada pretensión de que CNR asumiera su custodia y cuidado. CMC SAS tampoco retiró a todos sus empleados de la Mina.”*

*“95. CMC SAS invocó las siguientes razones para tratar de justificar la decisión de terminación unilateral del Contrato de Operación:*

- (a) El desconocimiento por parte de CNR de la supuesta cesión del Contrato de Operación.*
- (b) El rechazo de las facturas expedidas por CMC SAS.*
- (c) El supuesto incumplimiento del pago del saldo de algunas facturas expedidas por los miembros del CMC.*
- (d) La alegada falta de concertación de los Planes Mineros y la supuesta imposición unilateral y arbitraria de los mismos.*

(e) El alegado incumplimiento de CNR de balancear las distancias de acarreo y de priorizar la eficiencia de los equipos de los miembros del CMC en la concertación de los Planes Mineros.

(f) El alegado incumplimiento de la producción mínima mensual garantizada pactada en el Acta de Reinicio.

(g) La alegada falta de renovación de la póliza de cumplimiento por parte de CNR.

(h) El alegado abuso del derecho al negarse al “restablecimiento del equilibrio contractual” del Contrato de Operación.

(i) La alegada violación de exclusividad de extracción de estéril y carbón de La Mina.”

(...)

“97. CNR dio respuesta al pretendido aviso de terminación, mediante escrito del 24 de enero de 2013 dirigido a los miembros del CMC, en donde rechazó enfáticamente todos los argumentos esgrimidos en dicha comunicación, así como las decisiones abusivas adoptadas por los miembros del CMC y CMC SAS.”

“98. Los miembros del CMC y CMC SAS no se limitaron a hacer la manifestación de terminación inmediata del Contrato, sino que paralizaron todas las operaciones y abandonaron el equipo y personal en la Mina en una muestra de absoluta irresponsabilidad. A este respecto cabe resaltar las siguientes acciones u omisiones:

- a. Los miembros del CMC abandonaron la infraestructura y los equipos en el sitio en que se encontraban al terminar el turno, sin precisar su número, estado y condición. Fue así como dejaron los equipos destinados a la operación de la Mina expuestos a actos de sabotaje, robo y/o malos manejos y bajo el completo control de sus trabajadores, quienes se rehusaron a evacuar la Mina.
- b. Los miembros del CMC se fueron sin siquiera haber resuelto la situación laboral de sus empleados, muchos de los cuales permanecieron en la Mina por muchos meses.
- c. Llegó a tal punto su irresponsabilidad que dejaron la voladura No. 1143 cargada con los siguientes explosivos y accesorios (i) 250 barrenos cargados con emulsión Orica, (ii) 334 Pentofex, (iii) 69 detonadores de 73x500 ms (iv) 265 detonadores de 12.2x500 ms y (v) 35.940 kg de emulsión Orica sin vigilancia en la Mina. Estos explosivos y accesorios, que estaban destinados a llevar a cabo una voladura, quedaron instalados lo cual representaba un riesgo significativo para la infraestructura de la Mina, los trabajadores que quedaron dentro de ella, y en general, para la seguridad del área. De hecho, dicha voladura no se hizo sino hasta el 18 de marzo de 2013, sesenta y tres (63) días después del abandono de la Mina, y como resultado de requerimientos de la Brigada de Explosivos y de CNR. ”

Por su parte, en los hechos de la demanda de reconvenición reformada presentada por los integrantes del Consorcio, se expresan las causas que dan lugar a la terminación del contrato, así:

*“197. CNR incumplió la obligación de actuar de buena fe y de abstenerse de abusar del derecho al no atender razonablemente la solicitud de revisión del equilibrio económico contractual formulada por el Consorcio según comunicación CMC-EC-3309 del 16 de agosto de 2011 y reiterada con la CMC-299 del 21 de septiembre de 2012 y negada sin justificación atendible mediante comunicación de 7 de septiembre de 2011 (16 de agosto de 2012 y octubre 10 de 2012). En estas comunicaciones el Consorcio, explica que por hechos posteriores la celebración del Contrato de Operación y no previstos al instante de la oferta (31 de agosto de 2005), particularmente como consecuencia de la supresión con la expedición de la ley 1430 de 2010 de los beneficios tributarios para los grandes consumidores de combustibles en zonas de frontera (contenidos en la ley 191 de 1995, modificado por el artículo 19 de la ley 681 de 2001), la ejecución del Contrato de Operación en la forma en que la pretendía CNR sería deficitaria y excesivamente onerosa. El monto de las exenciones ascendía en promedio a \$911,75 por galón y teniendo en cuenta que en el periodo enero de 2011 a junio de 2012 se habían consumido 11.286.300 galones, equivale a un costo adicional reflejado en menores ingresos operacionales del orden de diez mil doscientos ochenta y cinco millones de pesos (\$10.285.000,00) millones de pesos. La supresión de los beneficios consagrados en la denominada Ley de fronteras equivalía a un ahorro de US\$0,20 por metro cúbico banco (MCB) de estéril producido, lo cual hacía excesivamente oneroso el cumplimiento de las obligaciones contractuales.*

*“ ... ”*

*“202. CNR incumplió la obligación de acatar la cesión del contrato y posición contractual del Consorcio a CMC SAS conforme a lo pactado en la cláusula 19º el Acta de Reinicio y Transacción, a partir del 16 de noviembre de 2012, prestación exigible ese día. Lo anterior, según prueba, entre otras, la comunicación CRN de 22 de noviembre de 2012, en la cual a más de no reconocer al “Consorcio Minero del Cesar S.A.S. como su contraparte contractual”, con ostensible descarrío, temeridad mala fe y amenaza, la calificó de “incumplimiento contractual”, “ejercicio abusivo del derecho” y “maniobra” fraudulenta. Esta comunicación se contestó con la de 28 de noviembre de 2012, iterándose la eficacia de la cesión conforme a lo pactado en la cláusula 19º del Acta de Reinicio y Transacción el cumplimiento de todas las estipulaciones contractuales al respecto.”*

*“ ... ”*

*“204. CNR no acató la obligación de cumplir el contrato cedido por el Consorcio a CMC SAS conforme a lo pactado en la cláusula 19º del Acta de Reinicio y Transacción, a partir del 16 de noviembre de 2012, fecha de su información a CNR al tenor de lo pactado.*

205. CNR incurrió en mora de la obligación de pagar en el término cierto estipulado el valor de los servicios efectivamente ejecutados por el Consorcio con el conocimiento, aquiescencia y recepción de ésta, a partir del 16 de noviembre de 2012 y la facturación emitida, al devolverla y no pagarla, como demuestran, entre otras sus comunicaciones CNR GL-318-11-12 (Nov. 28-12), CNR GL-325-12-12 (Dic. 07-12), CNR GL-345-12-12 (Dic. 21-12) y CNR GL-352-02-13 (Ene 03-13).

“206. La facturación impagada por CNR corresponde a las facturas Nos. 001- 002- 003- 004- 005- 006- 007- 00, 8- 010- 017- 018- 019- 020- 021 -022- 023- 024-025-030 y 031 por las sumas de \$5.707.118.681.00, \$940.690.688,00, \$856.013.00, \$108.832.00, \$53.460.876.00, \$4.685.972.992.00, \$972,553,917.00, \$177.831.18.00, \$43.597.395.00, \$6.645.015.615.00, \$874,645,690,00, \$7.334.252.00, \$1.350.187.00, \$125.511.00, \$5.236.357.959.00, \$123.523.787.00, \$191.096.654.00, \$6.703.981.076.00 y \$823.506.922.00 presentadas los días 21 de noviembre de 2012, 23 de noviembre de 2012, 04 de diciembre de 2012, 13 de diciembre de 2012, 19 de diciembre de 2012, 02 de enero de 2013 y 18 de enero de 2013, y su cuantía insoluta asciende a la suma de treinta y tres mil novecientos ochenta y cinco millones noventa y tres mil quinientos setenta y un pesos (Col\$33.985.093.571.00) de capital histórico, más los intereses de plazo y mora causados por el incumplimiento en el pago y que se seguirán causando hasta la fecha efectiva de pago.

207. CNR incumplió por más de cuatro meses consecutivos la obligación de pagar en el término cierto estipulado el valor total de las facturas 1593 (vencida el 1º de julio de 2011 con saldo de \$18.144.000 y mora de 549 días), 90 (vencida el 17 de abril de 2012 con saldo de \$1.297.060.757 y mora de 258 días), 126 (vencida el 3 de julio de 2012 con saldo de \$1.303.583.789 y mora de 181 días) y 179 (vencida el 16 de octubre de 2012 con saldo de \$1.313.138.241 y mora de 76 días) por servicios prestados en la Mina, más los intereses de plazo y mora causados sobre las sumas adeudadas. También las facturas números 1340 (vencida el 15 de julio de 2010, con saldo de \$640.217.426, y mora de 900 días), 1400 (vencida el 19 de octubre de 2010, con saldo de \$753.188.752, y mora de 804 días), 1469 (vencida el 17 de enero de 2011, con saldo de \$754.892.173 y mora de 714 días), 1530 (vencida el 15 de abril de 2011 con saldo de \$1.322.941.045 y mora de 626 días), 1593 (vencida el 1º de julio de 2011 con saldo de \$18.144.000 y mora de 549 días), 1595 (vencida el 18 de julio de 2011 con saldo de \$1.278.967.190 y mora de 532 días), 1 (vencida el 21 de noviembre de 2011 con saldo de \$1.400.625.756 y mora de 406 días), 35 (vencida el 12 de enero de 2012 con saldo de \$1.354.402.076 y mora de 354 días), las cuales son objeto de Proceso Ejecutivo Singular ante el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá, Exp. 2013-0074 y donde se libró mandamiento de pago con fecha 21 de febrero de 2013.

208. CNR no ha pagado al Consorcio ni a su cesionaria por concepto del Take Or Pay mensual 2011 correspondiente a los meses de febrero a septiembre de 2011, al tenor del numeral 2.1.6 del Otrosí N.º 2 al “Acta de Reinicio y Transacción”, la suma de trece mil doscientos doce

*millones ochocientos noventa mil novecientos cincuenta y cinco pesos (Col\$13.212.890.955.00); ocho mil cuatrocientos setenta y dos millones quinientos setenta y seis mil doscientos sesenta y ocho pesos (Col.\$8.472.576.268), correspondiente a los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, octubre, noviembre y diciembre de 2012 y mil quinientos dos millones doscientos mil trescientos veinticinco pesos (Col\$1.502.200.325.00) correspondiente al mes de enero 2013.*

*209. CNR incumplió el Contrato de Operación al permitir u ordenar que otro contratista, sin autorización de CMC SAS, realizara algunas actividades de extracción de estéril, carbón y otras labores complementarias que se encontraban contratadas bajo el Contrato de Operación, como consta en las comunicaciones CMC-SAS -122 del 17 de enero de 2012, y CMC-SAS-123 del 18 de enero de 2013 y las fotografías insertas.*

*210. CNR incumplió la obligación de actuar de buena fe y abstenerse del ejercicio de la posición dominante y abuso del derecho al imputar, con la finalidad de justificar su oposición ilegítima a la cesión contractual, incumplimientos inexistentes al Consorcio por supuestamente no alcanzar las supuestas metas de Planes Mineros, sabiendo que éstos debían concertarse entre las partes con sujeción a los parámetros y finalidades acordadas, y que, ante su ausencia, era de forzosa aplicación el parágrafo primero de la Cláusula Tercera del Acta de Reinicio, en cuanto, ".....de no concertarse el Plan Minero anual, trimestral o mensual, el CMC quedará autorizado por CDC ( para realizar una producción mínima y facturar estas cantidades, así CDC se niegue a suscribir el acta de medición de MCB. CDC acuerda que no impedirá la continuación de las operaciones mineras y no se negará al pago por los servicios prestados".*

*"..."*

*"213. CNR violó la obligación de confidencialidad establecida en la sección 13ª de la oferta y el deber de buena fe, al proceder a enviar a instituciones financieras información inexacta y maliciosa que guardaba relación con aspectos propios de la ejecución del Contrato de Operación cubiertos por compromisos de confidencialidad y en relación con los cuales existen diferencias entre las partes."*

Por su parte, CMC SAS en los hechos de su demanda de reconvención reformada, manifestó:

*"211. CNR incumplió la obligación de garantizar, a partir de enero del año 2011 y hasta la fecha de terminación "una producción mínima mensual de (1.700.000 MCB más el carbón asociado)", según el literal b) de la cláusula tercera del Acta de Reinicio de y Otrosí No. 2 al Acta de Reinicio.*

*212. CNR, no puso a disposición de CMC, ni siquiera las cantidades mínimas garantizadas, porque el diseño de sus esbozos de planes mineros no consultaba la mayor eficiencia y productividad de los equipos e infraestructura de CMC, sino sus exclusivos intereses. CMC,*



*siempre estuvo presto a extraer las cantidades mínimas, y de suyo lo hizo en varios períodos de ejecución del Contrato.*

*213. CNR incumplió la obligación de reconocer y pagar el Take or Pay Mensual 2011 garantizado por CNR en el numeral 2.1.6 del Otrosí No. 2 al Acta de Reinicio y Transacción, al no garantizar en algunos meses la producción mínima mensual acordada en el Acta de Reinicio y Transacción. Este incumplimiento dio lugar a la condonación de doscientos sesenta y cinco mil trescientos cincuenta y cinco dólares (USD\$265.355) a favor del Consorcio, que no obstante fueron indebidamente retenidos por CNR del pago de facturas a su cargo (cuyo pago se persigue en el proceso ejecutivo adelantado ante el Juzgado 19 Civil del Circuito de Bogotá D.C.) y a la obligación de CNR de asumir el pago de las cuotas de leasing previstas en el cuadro No. 2 del mencionado Otrosí.*

*214. CNR incumplió la obligación de pagar el capital e intereses por cuantía de tres millones seiscientos sesenta y cinco mil ochocientos cincuenta y ocho dólares (USD\$3.665.858) de las cuotas de los contratos de leasing relacionados en el cuadro No. 2 del numeral 2.1.6 del Otrosí No. 2 al Acta de Reinicio, exigibles al no haber garantizado en los meses de febrero a septiembre de 2011 la producción mensual acordada en el Acta de Reinicio y haber incumplido el pago del Take or Pay Mensual 2011.*

*215. CNR incumplió la obligación de no hacer retenciones unilaterales del valor del acta o de la factura (cláusula 8ª, párrafo 5º, Acta de Reinicio y Transacción), al descontar de las facturas los intereses de las "Cuotas de Leasing" entregadas en anticipo según el Cuadro No. 1 del numeral 2.1.2 de la cláusula segunda del Otrosí No. 2 al Acta de Reinicio y Transacción, cuando quiera que éstas por disposición contractual fueron condonadas, sin obligación alguna de pago o reembolso, en los meses en que CNR incumplió la garantía de lograr el nivel mínimo de producción y su obligación de pago del Take or Pay Mensual 2011, como evidencian las comunicaciones de agosto 17 de 2010, 22 de octubre de 2010, julio 28 de 2011, agosto 1 de 2012, diciembre 5 de 2012 y CNR GCJ-084-08-10 de agosto 31 de 2010.*

*216. CNR incumplió el Contrato de Operación al no observar que en el Contrato de Cesión, su antecesor contractual, liberó "**completamente**" al Consorcio de todo "derecho, reclamación, responsabilidad, obligación, demanda, daño, perjuicio, acción o juicio de cualquier naturaleza, bien sean conocidas o desconocidas, reveladas o no, directas o indirectas, incluyendo sin limitación, reclamaciones por restitución, cumplimiento, responsabilidad extracontractual, incumplimiento contractual, que surjan de la ley, que pueda haber tenido o que tenga o que pueda en el futuro llegar a tener con base en cualquier acto, omisión, asunto, evento o cosa que haya ocurrido en la Fecha Efectiva o con anterioridad a la misma, excepto con respecto a cualquier reclamo o juicio relacionado con asuntos laborales de CMC que no se encuentren cubiertos por la Obligación de Indemnidad del Cedente". CNR ha pretendido desconocer los efectos de este acuerdo.*

217. *CNR incumplió la obligación de actuar de buena fe y de abstenerse de abusar del derecho al no atender razonablemente la solicitud de revisión del equilibrio económico contractual formulada por el Consorcio según comunicación CMC-EC-3309 del 16 de agosto de 2011 y reiterada con la CMC-299 del 21 de septiembre de 2012 y negada sin justificación atendible mediante comunicación de 7 de septiembre de 2011 (16 de agosto de 2012 y octubre 10 de 2012). En estas comunicaciones el Consorcio, explica que por hechos posteriores la celebración del Contrato de Operación y no previstos al instante de la oferta (31 de agosto de 2005), particularmente como consecuencia de la supresión con la expedición de la ley 1430 de 2010 de los beneficios tributarios para los grandes consumidores de combustibles en zonas de frontera (contenidos en la ley 191 de 1995, modificado por el artículo 19 de la ley 681 de 2001), la ejecución del Contrato de Operación en la forma en que la pretendía CNR sería deficitaria y excesivamente onerosa.*

218. *El Consorcio reclamó legítimamente y en ejercicio de sus derechos la revisión del contrato y CNR violó el deber de buena fe al negarse a atender los requerimientos del Consorcio para revisar los términos del contrato, cuyo equilibrio económico se vio afectado como consecuencia de la eliminación la exención de arancel, IVA e impuesto global para los combustibles distribuidos por ECOPETROL en zonas de frontera.”*

En relación con los hechos que precedieron a la terminación del contrato por parte de CMC SAS, en la demanda de reconvención reformada presentada por ésta, se observa en los hechos 237 y siguientes:

*“237. Con antelación a la terminación del Contrato de Operación, CMC SAS requirió a CNR cumplir sus obligaciones, tal como consta en las comunicaciones CMC SAS, 28 de noviembre de 2012; CMC-SAS-0060, 5 de diciembre de 2012 (en esta comunicación se consigna que “la arbitraria actitud de CNR, está induciendo a la sociedad que represento en imposibilidad de continuar la ejecución del Contrato de Operación”; que la obligación bajo el Contrato de Operación es de operar y no financiar la operación; que “el rechazo de las facturas y no pago de los servicios es una conducta abusiva”; que “de continuar CNR perturbando nuestra operación y de no obtener el pago de las facturas por los servicios prestados en el término perentorio de ocho (8) días calendario, nos veremos en la necesidad justificada, comercial, legal y moral, de cesar la ejecución del Contrato de Operación por causas exclusivamente atinentes a CNR, dado que el grave e injustificado incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de CNR nos está colocando en la imposibilidad de cumplir con nuestras obligaciones”; se adjuntan nuevamente las facturas “para su correspondiente trámite y pago” y se invita a una reunión para realizar un esfuerzo final en la solución de estas dificultades”); enero 8 y 9 de 2013; CMC-409-SAS, enero 10 de 2013; CMC-SAS-118, enero 17 de 2013, entre otras.*

238. *Antes de la terminación, no obstante las previas solicitudes de CMC SAS a CNR, persistió en sus incumplimientos e imputó grotesca y lesivamente conductas totalmente infundadas al Consorcio.*

239. *CMC SAS en ejercicio de la facultad bilateral de terminación anticipada pactada en la cláusula 10º del Contrato de Operación, por los graves, reiterados, relevantes e injustificados incumplimientos de CNR y por causas imputables a ésta, lo terminó con comunicación CMC-SAS-128 de 21 de enero de 2013.*

240. *CNR mediante comunicaciones escritas confirmó que era su voluntad que no se realizaran operaciones. Así lo indicó CNR en su comunicación del 7 de febrero de 2013, en la cual exigió el retiro inmediato de equipo e infraestructura de la Mina.*

Frente a los hechos 237 y siguientes antes reseñados, CNR contestó:

*“Al hecho 237: Es cierto que las comunicaciones citadas contienen los textos indicados, a manera de manifestaciones unilaterales de los miembros del CMC y del pretendido cesionario CMC SAS.*

*Debe repetirse, no obstante, que la cesión pretendida entre los miembros del CMC y CMC SAS nunca tuvo lugar ni produjo efecto alguno, en razón de abuso del derecho, quebranto del principio de la buena fe, fraude en perjuicio de terceros y por causa ilícita por celebración de contrato en detrimento de tercero, y es en todo caso inoponible a CNR toda vez que no se cumplieron las condiciones legales ni convencionales establecidas para ese propósito en la cláusula 19 del Acta de Reinicio.*

*En esta medida, y como se ha puesto de presente numerosas veces en este escrito de Contestación, CMC SAS no se encontraba legitimada para facturar por cuenta propia servicios prestados a CNR por cuenta de los miembros del CMC.*

*Se anota en todo caso que –según se dijo anteriormente- los cheques se pusieron a disposición de los miembros del CMC desde el 21 diciembre de 2012, sin que éstos hubiesen querido recogerlos.*

*Finalmente, valga aclarar que la reunión mencionada en la comunicación efectivamente tuvo lugar el 18 de diciembre de 2012 en las oficinas de CNR en Barranquilla, en la cual tanto los miembros del CMC como CNR tuvieron la oportunidad de exponer sus puntos de vista.*

*Al hecho 238: No es un Hecho. Es una elaboración jurídica por completo equivocada y sin ningún respaldo probatorio.*

*Fueron los miembros del CMC los que se obstinaron injustificadamente en insistir en la procedencia de la cesión, invalida por sus motivaciones e inoponible a CNR por el incumplimiento de las condiciones pactadas en la cláusula 19 del Acta de Reinicio.*

*Al hecho 239: No es un Hecho. Es una elaboración jurídica por completo equivocada y sin ningún respaldo probatorio.*

*Se repite que CMC SAS no era parte del Contrato de Operación en la medida en que la cesión pretendida entre los miembros del CMC y CMC SAS nunca tuvo lugar ni produjo efecto alguno, en razón de abuso del derecho, quebranto del principio de la buena fe, fraude en perjuicio de terceros y por causa ilícita por celebración de contrato en detrimento*

*de tercero, y es en todo caso inoponible a CNR toda vez que no se cumplieron las condiciones legales ni convencionales establecidas para ese propósito en la cláusula 19 del Acta de Reinicio.*

*Aclaro que la supuesta terminación alegada del Contrato de Operación nunca tuvo lugar en el caso que nos ocupa, ya que la misma fue infructuosamente intentada por CMC SAS, que no era ni es parte de la relación negocial.*

*Al hecho 240: No es un Hecho. Es una elaboración jurídica por completo equivocada y sin ningún respaldo probatorio.*

*Lo dicho por CNR en la comunicación referida en este Hecho, y en otras, tuvo como propósito exclusivo mitigar los daños propios y los de los miembros del CMC con motivo de la suspensión abrupta e ilegal de la operación de la Mina y su subsiguiente abandono.*

*Al hecho 241: No es un Hecho; es un conjunto de eufemismos que se plantean con el propósito de configurar una elaboración jurídica que es por completo equivocada y sin ningún respaldo probatorio.*

*Debe llamarse la atención sobre el Hecho de que buena parte de los equipos, maquinarias e infraestructura destinados a la operación en la Mina, nunca pasaron a ser propiedad de CMC SAS, pues de acuerdo con el “Acta de Entrega de Activos y Pasivos aportados a la sociedad Consorcio Minero del Cesas S.A.S.”, que apenas ahora viene a conocer CNR, solamente la tenencia física de tales bienes fue lo que se entregó a la mencionada sociedad.*

*Debe hacerse hincapié en que los equipos fueron deliberadamente abandonados a su suerte en la Mina por parte de los miembros del CMC, sin ningún tipo de organización, protocolo, cuidado o mínima muestra de diligencia, a sabiendas de que como reacción a la suspensión abrupta e ilegal de los contratos de trabajo, los trabajadores procederían a tomarse el control material de la Mina, como efectivamente ocurrió durante un periodo superior a seis meses.*

*El abandono y la negligencia de los miembros del CMC fue tal, que dejaron explosivos armados y listos para detonación en la Mina, lo cual requirió la intervención del Ejército Nacional a efectos de evitar mayores consecuencias adversas.”*

Habiendo transcrito y examinado las posiciones de las partes, el Tribunal se pronunciará sobre la naturaleza de la decisión de terminación asumida por CMC SAS, a fin de establecer si la misma se fundamentó en la cláusula contractual pactada o debe encontrarse su fuente en la normatividad legal civil o comercial, según expresamente se previó también en la cláusula contractual en comento. Para ello, empezará por analizar la cláusula 10.02 de la Oferta Mercantil, en la que se reguló lo relativo a la Terminación Anticipada, así:

**“Terminación anticipada:** Una vez aceptada la “Oferta” con la suscripción de la “Orden de Servicios” por parte del DESTINATARIO, el servicio objeto de la misma podrá darse por terminado en forma anticipada, con la correspondiente indemnización de perjuicios, siempre y cuando se verifique la ocurrencia de cualquiera de los siguientes casos:

1. La disolución y liquidación de las empresas que constituyen el OFERENTE.

2. *La no renovación anual de las garantías requeridas en la presente oferta.*

3. *Por las causas fijadas en la legislación civil y comercial vigente que regule la materia.*

*En caso de que EL OFERENTE o el DESTINATARIO den por terminada anticipadamente la presente oferta mercantil por cualquier acto, la parte afectada tendrá derecho a convocar el Tribunal de Arbitramento previsto en la cláusula 14 de solución de conflictos para obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados por dicha terminación y la aplicación de la cláusula penal pecuniaria establecida en el numeral 8 de la presente oferta.”*

Tal como puede observarse, la terminación anticipada a la que las partes pueden acudir en los eventos de los numerales 1 y 2 de esta cláusula, no contiene exigencias de notificación previa para su ejercicio. En relación con el numeral 3 de la misma, las partes se limitaron a señalar que *“el servicio objeto de la misma podrá darse por terminado en forma anticipada, con la correspondiente indemnización de perjuicios, siempre y cuando se verifique la ocurrencia de cualquiera de los siguientes casos: (...) 3) por las causas fijadas en la legislación civil y comercial vigente que regula la materia”*.

La causal de terminación por disolución y liquidación de las empresas que constituyen el OFERENTE, no fue acreditada dentro del presente proceso.

Así mismo, pese a haber sido alegada por CMC en su carta del 21 de enero de 2013, no se acreditó en el proceso la configuración de la causal 2ª de la cláusula en comento, referida al incumplimiento de CNR de la obligación de renovación anual de las garantías requeridas en la Oferta, como se desprende de lo manifestado sobre el particular por CNR en su alegato de conclusión, y de la respuesta del perito financiero a la pregunta formulada sobre el particular:

*“Inicialmente, por una inadvertencia, CNR manifestó, respecto de la pretensión 7.5 de la demanda de reconvención, en la cual se afirmó que no se había renovado la garantía de cumplimiento, lo siguiente:*

*“Es cierto. Sin embargo, debe aclararse, que se trata de un incumplimiento que no generó ni podía generar ningún perjuicio o detrimento para los miembros del CMC, ni servir de fundamento para una suspensión abrupta de la ejecución contractual. De acuerdo con los deberes secundarios de buena fe, es indudable que los miembros del CMC han debido otorgar un periodo razonable a CNR para que cumpliera con dicha prestación. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que jamás los miembros del CMC remitieron comunicación alguna reclamando la inadvertencia de CNR en relación con la póliza de seguros”*.<sup>305</sup>

*Sin embargo, poco después se vino a establecer que la señalada garantía había sido renovada en tiempo y pagada la prima correspondiente de manera que los miembros del Consorcio estuvieron*

<sup>305</sup> Cuaderno Principal No. 2, Folio 318.

*siempre respaldados por la garantía pactada. Esto quedó fehacientemente demostrado en el proceso, según los siguientes medios de prueba:*

*Se encuentra en el expediente<sup>306</sup> el Anexo de prórroga de la póliza de seguro de cumplimiento particular No. 18-45-101026712 expedida (sic) por Seguros del Estado S.A. el 22 de agosto de 2012, en el cual puede observarse que la cobertura se ha mantenido sin solución de continuidad desde el 9 de agosto de 2010 e iría hasta la expiración de la vigencia del mencionado certificado prevista para el 9 de agosto de 2013.”*

De otro lado, en el dictamen del perito financiero, Julio Villarreal Navarro, en la respuesta a la solicitud de Aclaración 18 de CMC, se hizo referencia a los Anexos de prórroga de la aludida póliza, así como a una certificación expedida por Seguros del Estado S.A., así:

*“Aclaración 18*

*Al consultar una certificación de la aseguradora, se observa que la misma indica que la póliza correspondiente a la prueba documental 113 (18-45-101026712) se recaudó el día 30 de noviembre de 2012, mientras que la póliza 18-45-101026712 se recaudó el día 27 de diciembre del 2013.*

*(...)*

*Al revisar el documento señalado, en el Anexo 2 de la póliza enunciada, el Perito pudo confirmar que en efecto la fecha que aparece es 22 de agosto de 2012 como fecha de expedición (...).<sup>307</sup>”*

Por lo anterior, no se probó la ocurrencia de la causal de terminación asociada con la no renovación anual por parte de CNR de las garantías requeridas en la Oferta, por lo cual no prospera la pretensión declarativa ONCE, numeral 11.5 de la demanda de reconvención reformada.

En este orden de ideas, considera el Tribunal que habrá de examinarse la terminación anticipada unilateral de la Oferta Mercantil por parte de CMC SAS a la luz de la legislación civil y comercial vigente en la materia, prevista como causal tercera de terminación anticipada, en la cláusula 10.02 de la Oferta.

Téngase en cuenta que en capítulo anterior de este laudo arbitral, al ocuparse el Tribunal de la naturaleza del contrato surgido de la aceptación de la Oferta Mercantil, ya se había establecido que la misma corresponde a la de un contrato de suministro de servicios de operación minera; en este orden de ideas, el Tribunal aplicará la regulación del contrato de suministro de servicios contenida en el Código de Comercio.

<sup>306</sup> Cuaderno Principal No. 4, Folio 6.

<sup>307</sup> Cuaderno Principal No. 13, Folio 318.

Considera el Tribunal que la terminación del contrato, tal como fue hecha por CMC SAS, el 21 de enero de 2013, no constituye el mero ejercicio de la facultad de terminación del contrato amparada en el artículo 977 del Código de Comercio, que contempla una hipótesis diferente, así: *“Si no se hubiere estipulado la duración del suministro, cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato, dando a la otra preaviso en el término pactado o en el establecido por la costumbre o, en su defecto, con una anticipación acorde con la naturaleza del suministro”*.

Como puede verse, la hipótesis trascrita corresponde a la de una terminación anticipada unilateral sin justa causa, es decir, la que de manera discrecional autoriza la norma trascrita, con el único requisito de cumplir con el preaviso en el término pactado, y si no lo hay, el término establecido en la costumbre, con la antelación acorde con la naturaleza del suministro.

Obsérvese que en el presente caso, la sociedad CMC SAS, al comunicar a CNR la terminación de la Oferta Mercantil el 21 de enero de 2013, se ocupó de manera detallada de listar una serie de incumplimientos que la citada sociedad considera de gravedad; el Tribunal considera que esta, al terminar el contrato, hizo uso de la facultad prevista en el artículo 973, a saber:

**“ARTÍCULO 973. INCUMPLIMIENTO Y CONSECUENCIAS.** *El incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos.*

*En ningún caso el que efectúa el suministro podrá poner fin al mismo, sin dar aviso al consumidor como se prevé en el artículo precedente.*

*Lo dispuesto en este artículo no priva al contratante perjudicado por incumplimiento del otro de su derecho a pedir la indemnización de perjuicios a justa tasación.”*

Así las cosas, concluye el Tribunal que la terminación del contrato de suministro de servicios en el marco de la operación minera contratada, se basó en el incumplimiento del contrato por parte de CNR en los términos del artículo 973 del Código de Comercio, y específicamente, en la circunstancia prevista en la norma trascrita, según la cual es procedente la terminación de un contrato por la parte afectada *“(…) cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos”*.

Observa el Tribunal que de esta norma no se desprende la obligación de la notificación previa de la terminación con la antelación del preaviso o de los tiempos que la costumbre o la naturaleza del suministro determinen, aunque si ordena dar aviso a la otra parte, en los términos ordenados por el artículo 972 precedente, que a su vez ordena que:

**“ART. 972.—***Si las partes fijan el plazo para cada prestación no podrá*

*ser variado por voluntad de una sola.*

*Cuando se deje a una de las partes el señalamiento de la época en que cada prestación debe efectuarse, estará obligada a dar preaviso prudencial a la otra de la fecha en que debe cumplirse la correspondiente prestación.*

*Si las partes tuvieren diferencias sobre la oportunidad del preaviso, el caso se decidirá por el procedimiento verbal, con intervención de peritos.”*

La norma precedente (artículo 972) a que se refiere el artículo 973, ya trascrita, implica que quien va a terminar un contrato de suministro de servicios por incumplimiento en los términos del artículo 973, deberá remitirse al 972 en relación con el aviso correspondiente a la prestación incumplida, pues así lo ordena la norma del 973; sin embargo, en el presente caso no hay controversia sobre el plazo de la prestación incumplida, pues el contrato estipulaba dicho plazo y en particular, el referido a las prestaciones económicas mensuales a cargo de CNR, por lo que no se está en presencia de la hipótesis que haría necesario dar preaviso prudencial de la fecha en que CNR debería cumplir con la respectiva prestación; en cualquier caso, la correspondencia cruzada entre las partes muestra que CMC SAS, con anterioridad al 21 de enero de 2013, sí requirió a CNR para el pago de las contraprestaciones económicas que esta le adeudaba, como queda acreditado en las comunicaciones visibles en el cuaderno de pruebas 37, folio 537 Y S.S.

La conducta de CNR, como se recordará, se debía al hecho de que esta consideraba inválida la cesión del contrato por parte del Consorcio CMC a la sociedad CMC SAS. A este respecto, el Tribunal observa que la controversia sobre la legitimidad de la cesión no habilitaba a CNR para denegar el pago a la sociedad cesionaria sino para demandar judicialmente dicha cesión, que había sido pactada en el contrato; en este orden de ideas, estima el Tribunal que no era de recibo que CNR dejara de pagar los servicios suministrados a quien los prestó -los que además en la práctica fueron recibidos por CNR-, arguyendo la nulidad, ineficacia o ilegalidad de la cesión, pues ello implicaba arrogarse una facultad reservada al juez del contrato.

En este orden de ideas, la posibilidad de declarar la terminación unilateral del contrato por parte de CMC SAS era posible a la luz de lo pactado en el contrato, que remite a la legislación comercial aplicable, en este caso el artículo 973 del Código de Comercio, como ya se explicó; y ello es así, a juicio del Tribunal, en razón a la gravedad del incumplimiento de la parte contratante, incumplimiento que debe tener la entidad suficiente para que le haya “...ocasionado [a la parte que lo alega] perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos.”

Así las cosas, procede el Tribunal a analizar las pruebas que obran en el expediente respecto de la causal de incumplimiento alegada por CMC SAS, consistente en el no pago de algunas facturas presentadas por el operador minero a CNR, a partir de la cesión del contrato por el CMC a CMC SAS, a efectos de determinar si tiene la entidad e importancia y gravedad que la norma impone, para que de ella pueda derivarse la terminación unilateral y



anticipada que permite el artículo 973 del Código de Comercio, precisando que respecto de las otras causales invocadas el Tribunal se pronuncia en otros apartes de este laudo.

Considera el Tribunal que este tema debe analizarse a la luz de la naturaleza e importancia de la obligación en cuestión, a efectos de establecer si la misma era o no esencial, pues de ello se derivará o no, si se configura en este caso una de las causales alegadas por CMC SAS, quizás la más importante, esto es, la imposibilidad de continuar ejecutando el contrato, o su *“inviabilidad financiera y operacional”*, según lo expresó CMC SAS en la carta de terminación del 21 de enero de 2013 (C. Pruebas 4, fl. 1 y s.s.); en efecto, se trata nada menos que del no pago actual y la amenaza de no pago futuro, respecto de la contraprestación a la que tenía derecho el operador minero y que por ende es parte de la estructura obligacional del contrato, determinante de la conmutatividad de las prestaciones pactadas. Esta premisa correspondería pues, en criterio del Tribunal, a la consagrada en el artículo 973 del Código de Comercio, en cuanto remite a la hipótesis de un incumplimiento de CNR que pueda causar *“...perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos”*.

En este orden de ideas, el hecho probado en el proceso del no pago injustificado de las facturas correspondientes a la operación (CNR tiene la carga de la prueba del cumplimiento del pago en cuestión y no lo acreditó, ni tampoco probó justificación para el no pago) así como la certeza del no pago futuro por los trabajos realizados en desarrollo del objeto contractual (derivada dicha certeza de la oposición total de CNR a la cesión), permiten al Tribunal arribar a la conclusión de que estas conductas de CNR constituyen el incumplimiento no justificado de una obligación de carácter esencial en el contrato de operación, pues de ella se deriva el equilibrio o la conmutatividad de las prestaciones de las partes.

Para llegar a esta conclusión, tuvo en cuenta el Tribunal que está probado documentalmente en el proceso que la sociedad Consorcio Minero del Cesar SAS, parte demandada, continuó ejecutando la Oferta Mercantil sin solución de continuidad después de la cesión y hasta la terminación del contrato, sin objeción alguna por parte de CNR a la ejecución del objeto contractual como tal, en la medida en que continuó interactuando con CMC SAS, llevando a cabo labores como las relativas a la medición de la obra ejecutada por CMC SAS, pero sin proceder al pago de la contraprestación correspondiente, como puede acreditarse con el dictamen pericial financiero. Obsérvense las actas de medición de estéril No. 140 de noviembre 30 de 2012 (C. Pruebas 7, fl 9) y No. 141 de diciembre 16 de 2012 (C. Pruebas 7, fl 464); las actas de medición de carbón No. 135 de noviembre 30 de 2012 (C. Pruebas 7, fl 13) y No. 136 de diciembre 16 de 2012 (C. Pruebas 7, fl 429), así como el acta de medición de sobre-acarreo No. 46 de noviembre 30 de 2012 (C. Pruebas 7, fl 17), que dan cuenta de que CNR permite que CMC SAS continúe ejecutando el contrato de operación, como puede evidenciarse al examinar las actas aquí relacionadas, que demuestran que se seguía ejecutando la obligación principal del operador, extraer carbón y remover estéril, acarreándolos a los sitios previstos para ello, pero sin cumplir con su principal obligación correlativa, esto es, el pago de la contraprestación económica correspondiente.

Por otra parte, en cuanto al argumento de CNR, respecto de su disposición de pagar al operador, evidenciada a través de la fotocopia de un cheque girado al consorcio CMC (C. Pruebas 3, fl 431), a juicio del Tribunal, ello no la exime del incumplimiento de la obligación de pago a su cargo, ni demuestra la cancelación de la obligación, máxime que dicho medio de pago fue girado después de la cesión del contrato, a la orden del ya inexistente Consorcio CMC, lo que planteaba la imposibilidad de tenerlo como pago a la sociedad Consorcio Minero del Cesar SAS.

Considera el Tribunal que, como ya se dijo, la parte convocante, CNR, tuvo frente al tema una conducta que puede ser considerada inconsistente, pues por una parte, se negó a pagar al Consorcio Minero del Cesar, en virtud de su posición jurídica de desconocer la cesión realizada por este en cabeza de la sociedad CONSORCIO MINERO DEL CESAR SAS, pero en cambio llevó a cabo simultáneamente otras actuaciones que reconocían y validaban al cesionario del contrato como operador de la Mina, como llevar a cabo la medición de estéril y carbón arriba mencionadas. A juicio del Tribunal, esta dualidad en la conducta descrita, revela tácitamente el reconocimiento de CNR a CMC SAS como operador, quien en ese momento era ya el cesionario del contrato de operación, pues no solo no lo objeta, sino que le permite adelantar las enormes y complejas tareas de ejecución del objeto contractual; en efecto, no está acreditado en el proceso que ello le hubiese suscitado objeción alguna; sin embargo, para efectos de cumplir su obligación de pago de dicha prestación, arguye su negativa a la cesión, se opone al pago al cesionario, llevándolo a una grave situación financiera, pues el cesionario continua llevando a cabo todas las labores de ejecución del contrato de operación minera, con los costos respectivos, sin percibir la contraprestación correspondiente, lo que, en criterio del Tribunal, lo coloca en la situación descrita en el artículo 973 del Código de Comercio, caracterizada tanto por un grave daño y la amenaza de un daño futuro, como por la pérdida de confianza en su contraparte contractual.

A juicio del Tribunal, CNR incurrió en una conducta imprudente al negarse a reconocer el precio correspondiente a quien realiza la labor, pero al mismo tiempo permitir que este la llevase a cabo, sin manifestar la misma objeción que expresó para efectos de no realizar los pagos correspondientes. Esta conducta es inconsistente, pues es claro que el hecho de que el cesionario CONSORCIO MINERO DEL CESAR SAS siguiera ejecutando el contrato, beneficiaba a CNR como contratante.

Encuentra el Tribunal que le asiste razón y está probado por la parte convocada, que *“(...) no obstante reconocer su efectiva prestación, recibir las cantidades, lucrarse o beneficiarse de las mismas y aceptar la ejecución de las prestaciones del contrato cedido por CMC SAS al recibirlas de ésta sin ninguna reserva o protesta sobre la calidad con la cual actuaba, como consta en las Actas suscritas por sus funcionarios autorizados y los de la sociedad cesionaria, números 135 de Liquidación de Producción de Carbón, 140 de Liquidación de Producción de Estéril elaboradas el 30 de noviembre de 2012, de declaración de Producción de carbón por aforo topográfico PC 080, 046 de liquidación de sobreacarreo Pit AB, y Desempeño de Equipos-Distancias de*

*Acarreo firmadas los días 20, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30 de noviembre de 2012.*

*Estas actas, todas anteriores a las comunicaciones del 2 de diciembre de 2012, 23 de enero, 7 de febrero y 28 de febrero de 2013 invocadas por CNR al contestar los hechos 79, 101, 103 y 103 de la demanda de reconvención indicando que en las mismas “manifestó expresamente que la CMC SAS obraba en nombre y por cuenta de los miembros de CMC”, son prueba irrefutable del reconocimiento por el tercero cedido (CNR) del contratante cesionario (CMC SAS) por recibir sin ninguna protesta respecto de la calidad bajo la cual actúo, los servicios prestados en ejecución del contrato de operación cedido y también de su aceptación a la cesión del contrato, según el artículo 889 del Código de Comercio.”*

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal concluye que la terminación unilateral anticipada del contrato hecha por CMC SAS, el 21 de enero de 2013, se enmarca en la causal prevista en el numeral 3º de la cláusula 10.02 del contrato, que estipula que habrá lugar a la terminación anticipada “por las causas fijadas en la legislación civil y comercial vigente que regula la materia”, y que ésta en particular corresponde a lo previsto por el artículo 973 del Código de Comercio, referido a la terminación anticipada del contrato de suministro de servicios.

En este orden de ideas, encuentra el Tribunal que la decisión del operador de dar por terminado el contrato de manera anticipada se halla plenamente justificada, pues habiéndose establecido que se trata de un contrato de suministro de servicios y con base en los elementos probatorios antes analizados, en los términos del artículo 973 del Código de Comercio, es claro que ésta norma le confiere a la sociedad cesionaria el derecho para “(...) dar por terminado el contrato, cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos”.

Y en efecto, el Tribunal considera justificada la decisión de terminación anticipada que asumió CMC SAS, al haberse fundamentado no sólo en el incumplimiento grave de la obligación principal a cargo de CNR, esto es, el no pago de varios meses de contraprestación económica mensual a su cargo, sino que ello también causó en su contraparte contractual la pérdida de confianza de que habla el artículo 973 del Código de Comercio “(...) en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos.”

Así las cosas, teniendo en cuenta que este Tribunal negó las pretensiones de invalidez, ilegalidad e ineficacia de la cesión del contrato hecha por los miembros del Consorcio Minero del Cesar en cabeza de la sociedad Consorcio Minero del Cesar SAS, y considerando que CNR reconoce el hecho de no haber realizado el pago de las facturas mensuales anteriormente aludidas, de cuyo monto da cuenta plenamente el dictamen financiero, se accederá a la pretensión declarativa décima quinta de la demanda de reconvención reformada de la sociedad CONSORCIO MINERO DEL CESAR SAS.

Ya habiendo encontrado justificada la alegación de incumplimiento grave de las obligaciones mensuales de pago de la contraprestación a cargo de CNR, como causal de terminación del contrato, debe el Tribunal ocuparse de examinar las demás causales de terminación alegadas por CMC SAS, como sigue:

Sobre las imputaciones que hacen las convocadas en la carta de terminación, respecto del incumplimiento de CNR de balancear las distancias de acarreo y de priorizar la eficiencia de los equipos de los miembros del CMC en la concertación de los Planes Mineros y del incumplimiento de la producción mínima mensual garantizada pactada en el Acta de Reinicio, se pronunció ya el Tribunal en el capítulo sobre la ejecución práctica que hacen las partes del contrato y los incumplimientos debatidos.

Sobre la causal de abuso del derecho al negarse CNR al “restablecimiento del equilibrio contractual” del contrato de operación, ya se pronunció el Tribunal al tratar este asunto.

De conformidad con lo anterior, procede ahora el Tribunal a examinar los efectos derivados de la terminación justificada del contrato por parte de CMC SAS, teniendo en cuenta lo pactado por las partes respecto de los contratos de leasing y de los equipos utilizados para la operación minera, así como de otras prestaciones derivadas de dicha terminación, según los diversos documentos contractuales, ya analizados, a saber:

Según la cláusula sexta del Acta de Reinicio, en caso de terminación anticipada de la Oferta, CDC se compromete a cumplir con la totalidad de los contratos de leasing allí relacionados, sustituyéndose en ellos y eximiendo a CMC y/o los consorciados de cualquier responsabilidad derivada de ellos; lo anterior, a partir del último día del tercer mes siguiente, contado a partir de la fecha de la respectiva notificación de terminación; se agrega que se entiende que además de asumir el pago de los cánones de arrendamiento desde esa fecha, deberá gestionar y obtener desde esa fecha ante las compañías de leasing, la cesión de los contratos de leasing dentro de los 15 días siguientes a la terminación. Se relacionan allí los contratos de leasing en cuestión, a los cuales habrán de sumarse los correspondientes a equipos adicionales en el Otrosí 3 al Acta de Reinicio.

Igualmente se estipula que dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de terminación, CDC deberá pagar a CMC el valor de los costos totales incurridos por CMC o los consorciados por concepto de la importación, transporte y ensamblaje de los equipos a la Mina La Francia, suma acordada en \$3.892.856.872.00, más el pago del “*porcentaje de propiedad*” que los consorciados han adquirido al pagar las cuotas de leasing hasta la fecha de terminación de la Oferta, pactándose una fórmula para determinar el porcentaje de propiedad adquirida por el CMC o los consorciados.

Los efectos de la terminación anticipada vuelven a ser regulados por las partes en el Otrosí # 3 al Acta de Reinicio, en cuya cláusula 1.02 se pacta que, como consecuencia de la terminación anticipada, CNR tiene el derecho irrenunciable y la obligación de asumir todos los contratos de leasing, lo que implica asumir, para el equipo adicional objeto de ese otrosí (cláusula 1.01) el

pago de los cánones a partir del plazo consagrado en el numeral 1.02 “Terminación anticipada” (último día del tercer mes siguiente a la fecha de la terminación), además de las otras estipulaciones allí contenidas, ya explicadas anteriormente. A partir de esa fecha, el CMC queda exento de cualquier responsabilidad y CNR deberá asumir el pago de los cánones de arrendamiento. Se contempló allí asimismo que las partes harían esfuerzos razonables para obtener la cesión de los contratos de leasing y la exención de responsabilidad, dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de terminación, y que, en caso de no lograrlos, por causas imputables a las compañías de leasing, las partes continuarían sus esfuerzos por 15 días hábiles más, siendo este el plazo máximo que tendría CNR para liberar al CMC de las obligaciones derivadas de los contratos de leasing. En este último evento, se aplicaría lo previsto en la cláusula sexta, parágrafo segundo, del Acta de Reinicio.

Como se dijo anteriormente, en dicho parágrafo segundo de la cláusula sexta se establece la obligación para CDC (luego CNR) de lograr la cesión de los contratos de leasing vigentes a la fecha de terminación de la Oferta en orden a asumir como cesionario de estos; se estipula, además, en este parágrafo que, si CDC (CNR) no lograse la cesión de los contratos de leasing, deberá pagar en ese término al CMC (CMC SAS) el 100% del avalúo comercial más el valor de los costos de importación, a partir de lo cual los consorciados o el CMC (CMC SAS) transferirán la propiedad de los equipos de inmediato a CDC (CNR).

En este punto concluye el Tribunal que esta estipulación, por expresa remisión del Otrosí 3 en su numeral 1.02., se aplica tanto a los equipos bajo contratos de leasing mencionados en el cuadro contenido en la cláusula sexta del Acta de Reinicio, como a los contenidos en el numeral 1.01 del Otrosí 3.

A la luz de lo expuesto se tiene que:

- Se acreditó en este proceso la terminación anticipada del contrato resultante de la Oferta aceptada, en la forma expuesta.
- Como consecuencia de ello, es procedente la aplicación de los efectos que para la terminación anticipada se pactaron en la cláusula sexta del Acta de Reinicio, y en la cláusula 1.02 del Otrosí 3 al Acta de Reinicio, bajo el supuesto expresado por las partes de que las consecuencias económicas que de ello se derivan no constituyen cláusula penal ni indemnización anticipada de perjuicios, sino la simple retribución de CDC (hoy CNR) al operador, por concepto del “Valor Total de los Equipos”, en los términos del Parágrafo Décimo de la cláusula sexta citada.
- De conformidad con lo previsto en la cláusula sexta del Acta de Reinicio, es preciso distinguir los siguientes escenarios en punto de los contratos de leasing sobre los equipos: (i) si el operador no ha terminado de pagar alguno o todos los contratos de leasing, CNR deberá asumir el cumplimiento de aquellos y sustituirse en los mismos, previa cesión por parte del locatario en tales contratos, y además deberá pagar a CMC SAS el valor correspondiente al mayor porcentaje de propiedad adquirido entre el 24 de enero de 2013

(teniendo en cuenta que el Porcentaje de Propiedad acreditado en el dictamen del perito financiero designado por el Tribunal, se calculó hasta el 23 de enero de 2013) y la fecha en que se haga la sustitución, y (ii) si el operador ya ha terminado de pagar alguno o todos los contratos de leasing, CNR deberá adquirir la propiedad y pagar, al valor del avalúo comercial acreditado en este proceso, los equipos incluidos en contratos de leasing ya finalizados, más los costos de transporte, ensamble e importación acreditados en este proceso, todo lo anterior en línea con lo pedido en la demanda de reconvención reformada, y así se dispondrá en la parte resolutive del presente laudo.

Teniendo en cuenta lo anterior, han de prosperar las pretensiones declarativas 11.15, 11.16, 11.17, así como la décima quinta, y las consecuenciales de condena que seguidamente se indican, de la demanda de reconvención reformada, con las precisiones del Tribunal, así: (i) prosperan las pretensiones condenatorias 6.1 y 6.5, en el entendido de que estas condenas se hallan subsumidas en la condena al pago del Porcentaje de Propiedad de los equipos; (ii) prospera la pretensión condenatoria 6.2, y (iii) prospera la pretensión condenatoria 6.4, en la forma y términos que se indican en el correspondiente acápite de este laudo.

En cambio, no prospera la pretensión condenatoria 6.3, por cuanto no es procedente el reconocimiento de la totalidad de los avalúos comerciales, más el valor de los costos de importación sobre los bienes bajo contratos de leasing celebrados por los integrantes del Consorcio y que se encuentren en ejecución a la fecha del laudo, ya que para este escenario las partes pactaron el reconocimiento del Porcentaje de Propiedad que se hubiera causado, y la cesión del contrato de leasing.

Así mismo, ha de prosperar parcialmente la pretensión condenatoria 8.3 de la demanda de reconvención reformada, en la cual se pidió condenar a CNR por una suma superior a cuatro mil setecientos millones de pesos (Col.\$4.700.000.000.00) por concepto de los bienes y servicios prestados por el operador y que están conformados entre otros por drenajes y manejo de aguas, remoción de derrumbes y materiales inestables, trabajos requeridos de geotecnia y otros conceptos que, de acuerdo con la cláusula 4<sup>o</sup> del contrato de operación, no estaban comprendidos dentro de los precios contractuales y debían ser remunerados de forma independiente, con el alcance que el Tribunal determina en el correspondiente acápite del presente laudo.

En la misma medida, procede denegar las pretensiones declarativas siete y veinte de la demanda reformada de CNR, en lo relacionado con la sociedad CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.

Procede ahora el Tribunal a pronunciarse sobre la pretensión declarativa veintiuno de la demanda reformada de CNR, en la cual se pide "*Que en caso de que la cesión de posición contractual antes referida se considere válida y oponible a **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**, solicito, en subsidio de las pretensiones declarativas Octava y Novena, que se manifieste que la sociedad **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.** está obligada a asumir (i) los riesgos de pérdida, daño o deterioro que hubieren o pudieren sufrir los equipos, elementos e infraestructura destinados a la*

*explotación de la Mina, como consecuencia de la terminación ilegal, injustificada y abusiva del Contrato de Operación y del subsiguiente abandono y bloqueo de la Mina; y (ii) los costos y erogaciones incurridos por **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.** para (x) hacer cesar el bloqueo de la Mina llevado a cabo por los trabajadores de los miembros del **CONSORCIO MINERO DEL CESAR y/o CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.** con el fin de que **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.** recuperara la tenencia de la Mina, así como para (y) rehabilitarla y colocarla de nuevo en condiciones de operatividad en razón de los apreciables deterioros sufridos por los equipos, elementos e infraestructura como secuela del abandono y bloqueo de la Mina”.*

Sobre el particular, el Tribunal considera que la referida pretensión no puede prosperar, en la medida en que se estableció que la terminación unilateral por parte de CMC SAS del contrato resultante de la Oferta aceptada fue justificada, y, por tanto, no hubo una terminación ilegal, injustificada y abusiva del contrato de operación, y, por ende, no puede hablarse de un abandono de la Mina por parte del operador luego de la terminación justificada del contrato.

Adicionalmente, observa el Tribunal que en el párrafo cuarto de la cláusula sexta del Acta de Reinicio, se pactó respecto de la terminación anticipada del contrato lo siguiente:

**“En todos los eventos anteriores, CDC recibirá los equipos en el estado y sitio en que se encuentren y sobre dichos equipos, ni el CMC ni los consorciados tendrán obligaciones de garantía o responsabilidad sobre su estado. En el evento en que los Equipos sufran algún daño material adverso entre la fecha del Avalúo Comercial y la fecha de entrega efectiva, el efecto del mismo en el Avalúo Comercial será determinado por los Avaluadores antes citados.”** (resalta y subraya el Tribunal)

De acuerdo con esta estipulación, el riesgo de los equipos a partir de la terminación anticipada del contrato, por cualquier causa, se hallaba en cabeza de CDC (luego CNR), quien debía recibir los equipos en el estado y sitio en que se encontraran a la terminación, y tenía la carga de probar cualquier evento de daño respecto de tales equipos, a fin de que se reflejara en el avalúo comercial al que se refiere esta cláusula, cosa que no sucedió, pues no se probó daño específico alguno que hubiera sido sufrido por dichos equipos.

Respecto de la alegada responsabilidad del operador por el bloqueo de la Mina, con posterioridad a la terminación del contrato, ya este Tribunal se ha pronunciado sobre la justificación acreditada para la terminación del contrato, a lo cual se agrega que se encuentra razón a lo manifestado por la convocada en su contestación al hecho 94 de la demanda reformada, donde señaló lo siguiente:

*“Con antelación CMC SAS solicitó a CNR cumplir sus obligaciones, según consta en las comunicaciones CMC SAS, 28 de noviembre de 2012; CMC-SAS-0060, 5 de diciembre de 2012 (en esta comunicación se consigna que “la arbitraria actitud de CNR, está induciendo a la*

*sociedad que represento en imposibilidad de continuar la ejecución del Contrato de Operación”; que la obligación bajo el Contrato de Operación es de operar y no financiar la operación; que “el rechazo de las facturas y no pago de los servicios es una conducta abusiva”; que “de continuar CNR perturbando nuestra operación y de no obtener el pago de las facturas por los servicios prestados en el término perentorio de ocho (8) días calendario, nos veremos en la necesidad justificada, comercial, legal y moral, de cesar la ejecución del Contrato de Operación por causas exclusivamente atinentes a CNR, dado que el grave e injustificado incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de CNR nos está colocando en la imposibilidad de cumplir con nuestras obligaciones”; se adjuntan nuevamente las facturas “para su correspondiente trámite y pago” y se invita a una reunión para realizar un esfuerzo final en la solución de estas dificultades”); enero 8 y 9 de 2013; CMC-409-SAS, enero 10 de 2013; CMC-SAS-118, enero 17 de 2013, entre otras. (**Pruebas documentales 51, 52, 54, 55, 56, 57, 59 y 60.**)”*

Las comunicaciones referenciadas, obrantes en el expediente, evidencian la existencia de varias advertencias escritas por parte del operador a CNR, sobre una situación insostenible que hacía imposible continuar la ejecución del contrato de operación, advirtiendo también que dicha situación podría desembocar en la terminación del contrato. En este orden de ideas, considera el Tribunal que no puede hablarse de una terminación intempestiva, considerando el grado de conflictividad entre las partes que se agudizó a partir de la cesión del contrato el 16 de noviembre de 2012, y del no pago de las facturas correspondientes presentadas por la sociedad cesionaria.

De igual forma, repara el Tribunal en el contenido de la cláusula 9.02 de la Oferta, contentiva de las obligaciones del destinatario, que incluye entre estas las de “Realizar las labores de vigilancia y control de acceso a la Mina”, y “Coordinar con las autoridades de Ejército y Policía locales y del orden nacional, las acciones requeridas por dichas autoridades que tiendan a asegurar con los recursos disponibles, la integridad física y seguridad del personal y equipos de trabajo en la Mina. EL DESTINATARIO asume los costos relacionados con lo anterior y EL OFERENTE se obliga a colaborar y seguir las instrucciones impartidas resultado de las recomendaciones que realicen las mencionadas autoridades.”

De conformidad con lo anterior, es claro que la carga de vigilancia y control de acceso a la Mina estaba en cabeza de CNR, por lo que lo sucedido en relación con la permanencia de personal en la Mina a partir de la terminación del contrato, entra en la órbita obligacional de la convocante, y en esa medida no sería exigible al operador responsabilidad por tales conceptos.

Sin perjuicio lo anterior, considera el Tribunal que el operador desplegó una conducta razonable en relación con su personal, al decretar vacaciones colectivas y ofrecer un plan de retiro voluntario, como se acreditó en el proceso, con el testimonio de Uriel Woodcock, funcionario de CNR, quien narró lo siguiente:



*“SR. WOODCOCK: Correcto. Exactamente el 21 de enero de 2010 recibo información por el coordinador de seguridad de la mina, que se está presentando una situación irregular en la mina dado que aproximadamente 5:15 p.m. los trabajadores de Consorcio Minero del Cesar se enteraron de alguna manera que el contrato no continuaba y que se suspendía el contrato de operación, que en tal virtud no iban a seguir trabajando y el personal se encontraba, por decirlo de alguna forma, sorprendido por la situación que se estaba presentando dado que la operación no continuaba y no tenían claridad respecto a qué era lo que iba a pasar con ellos en cuanto al tema laboral.  
(...)”*

*Entonces desde ahí empieza una situación irregular por llamarlo de alguna forma, porque no llega el turno que debía llegar y una persona de CMC, no sé exactamente quién, le distribuye a los trabajadores dos documentos, dos boletines, uno que hablaba de que salían a disfrutar de vacaciones colectivas dado que el contrato se había suspendido y que en consecuencia ellos tenían que salir a vacaciones colectivas hasta el 14 de febrero y otro documento que hablaba de una oferta de un plan de retiro voluntario. Si ustedes me lo permiten yo tengo una copia de esos 2 documentos que les acabo de mencionar para hacer relación exactamente de qué se trata, que fue el documento que los trabajadores en su momento recibieron, que fue distribuido en la portería”<sup>308</sup> ”*

Con fundamento en lo expuesto, tampoco está llamado a prosperar lo solicitado en el punto (ii), literales (x) y (y), de la referida pretensión declarativa Veintiuno de la demanda reformada de CNR. Por las mismas razones, ha de prosperar la pretensión declarativa 11.18, de la demanda de reconvencción reformada, y así se declarará en la parte resolutive.

Así mismo, el Tribunal procederá a negar la pretensión décima séptima de la demanda de reconvencción reformada, en la que se pidió declarar **“Que C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S. asumió las “labores de vigilancia y control de acceso a la mina” así como sus costos para asegurar en todo momento la integridad física y la seguridad del personal y equipos de trabajo en la Mina, y que la misma, con todos los bienes, equipos y elementos e infraestructura destinados a su explotación, estaba bajo su vigilancia y control de acceso en la fecha en la cual fue tomada y bloqueada por un grupo de personas”**, toda vez que, como ya se ha indicado, dicha obligación de vigilancia y control estuvo desde un comienzo en cabeza del destinatario de la Oferta.

De la misma manera se negará la pretensión décima novena de la demanda de reconvencción reformada, en la que se pidió declarar **“Que C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S. es igualmente responsable de la totalidad de los daños previsibles e imprevisibles a causa de la terminación del Contrato de Operación por incumplir el deber de adoptar medidas idóneas y efectivas de evitación y mitigación de los daños”**, en razón

---

<sup>308</sup> Testimonio de Uriel Francisco Woodcock Montenegro del 3 de septiembre de 2014, Cuaderno de Testimonios No. 1, Folios 484-485.

a que corresponde a una pretensión genérica que no tiene sustento probatorio en el expediente.

De otra parte, procede el Tribunal a pronunciarse sobre la pretensión declarativa Veintidós, numeral 1, de la demanda reformada de CNR, específicamente en lo relacionado con los incumplimientos a que se refiere la pretensión sexta de dicha demanda, relacionados con: *“(i) el anticipo del 16% de los equipos señalados en el Artículo Cuarto del Memorando de Entendimiento y sus modificaciones; (ii) los saldos de las sumas recibidas por los miembros del CONSORCIO MINERO DEL CESAR y no empleadas en el pago de la bonificación acordada para la implementación del Plan de Retiro Voluntario ofrecido a los trabajadores de dichos miembros, según lo estipulado en la Cláusula Segunda del Otrosí No. 2 del Acta de Reinicio; (iii) las sumas recibidas por la financiación de capital e intereses de las cuotas de los contratos de leasing celebrados para la adquisición de equipos, en los términos de la Cláusula Segunda del Otrosí No. 2 al Acta de Reinicio; y (iv) las expensas incurridas por CNR para el alquiler de equipos adicionales destinados a la operación de la Mina”*.

En relación con el numeral (i), el Tribunal observa que en el párrafo séptimo de la cláusula sexta del Acta de Reinicio, se estipuló lo siguiente:

*“En el evento en que la Oferta sea terminada anticipadamente, el valor del anticipo entregado por CDC al CMC será compensado con cualquier suma que CDC le adeude al CMC o a los Consorciados y cualquier saldo será reembolsado a CDC.”*

Está acreditado en el expediente que en virtud de lo acordado en el MDE, cláusula cuarta, párrafo segundo, CDC financió una suma equivalente al 16% del valor de los equipos allí mencionados, correspondiente a la cuota inicial y fueron acordadas por los consorciados con las compañías de leasing, suma que fue pagada por CDC a las entidades financiadoras según la instrucción de los consorciados.

La convocante en su alegato de conclusión aseveró que:

*“Como parte de los acuerdos alcanzados por las partes en el Memorando de Entendimiento en relación con la adquisición de equipo adicional por parte de los miembros del CMC para la explotación de la Mina, en el Párrafo Segundo del Artículo Cuarto se estipuló, considerando la urgencia para adquirir dichos equipos adicionales, que CDC financiaría el 16% del precio de compra de tales equipos (correspondiente a la “cuota inicial y fee” exigidos por las compañías de leasing). También se acordó que los miembros del CMC reembolsarían tales valores, para lo cual se autorizó a CDC a descontar las sumas correspondientes de los montos a ser pagados a los miembros del CMC como contraprestación por los servicios prestados bajo el Contrato de Operación.*

*CDC, en cumplimiento del anterior acuerdo, financió un monto total de USD 7.735.589.39. Sin embargo, sólo una porción de dicho monto ha sido amortizada por los miembros del CMC, a través de los descuentos efectuados por CDC y luego por CNR.*

*La cantidad total amortizada asciende a USD 6.274.663,94, de manera que el saldo pendiente de reembolso a cargo de los miembros del CMC y a favor de CNR es de USD 1.460.925,45.*

*Las partes introdujeron cambios menores a la forma de llevar a cabo dicha amortización, lo cual hicieron en los parágrafos sexto y séptimo de la cláusula sexta del Acta de Reinicio, previendo que, en el evento en que el Contrato de Operación fuere terminado anticipadamente, el saldo pendiente a cargo de los miembros del CMC sería compensado “con cualquier suma que CDC [hoy CNR] le adeude al CMC o a los consorciados (...)” (paréntesis fuera de texto).*

*Para efectos de la demostración de la cuantía de esta reclamación, se allegó al expediente el informe del revisor fiscal de CNR - Pricewaterhousecoopers (PWC), suscrito el 23 de octubre de 2013,<sup>309</sup> en el cual dice certificar, de acuerdo con los registros contables, el monto desembolsado por CNR y las sumas amortizadas por las sociedades que conforman el consorcio CMC. Hechas las correspondientes operaciones aritméticas se llega a un saldo pendiente a cargo de tales sociedades por un monto de COP 3.250'625.278, expresados en pesos de 28 de octubre de 2013.*

*Según los hechos antes reseñados en los parágrafos sexto y séptimo de la Cláusula Sexta del Acta de Reinicio las partes estipularon que en el evento en que el Contrato de Operación fuera terminado anticipadamente el saldo pendiente a cargo de los miembros del CMC sería compensado “con cualquier suma que CDC (hoy CNR) la adeude al CMC o a los consorciados (...)”. (...)*

*(...)*

*El perito financiero al pronunciarse sobre la pregunta 359 de CNR señaló:*

*“El perito entendiendo que el objetivo de la pregunta es el de verificar si unas fechas por concepto de unas cuotas ocurrieron en las fechas relacionadas en la anterior Tabla. Para esto, el perito se basó en la información solicitada por CNR y la cual fue respondida por medio de una certificación de la revisora fiscal proporcionada llamada “CERTIFICACIÓN LEASING DE EQUIPOS 2.pdf” enviada con la Segunda remisión de información para dictamen financiero.*

*Según dicha certificación, es posible identificar la siguiente información:*

---

<sup>309</sup> Cuaderno de Pruebas No. 13, Folios 180-182.

Tabla 143. Condiciones de la deuda de CMC con CNR por concepto de Leasing Equipo.

Concepto	Unid.	Monto
Total Anticipo por Leasing	USD	7.735.589.39
Duración de la obligación	Años	3
Periodo de Gracia	Años	1
Tipo de Cuota		Trimestral
Número de Cuotas		12
Valores Pagados anticipo por concepto de Leasing Equipo Stand-by	USD	6.274.664
Saldo compra de Equipos pendiente de pago por parte de CMC	[USD]	1.460.925

Fuente: Información al 31 de Julio de 2014 remitida por CNR

Ahora, de la lectura plana de la certificación hecha por la revisora fiscal, el perito, entiende que existió un periodo de gracia que fue concedido y cuya terminación se dio en abril del 2010. Por otro lado, el perito determinó que, dada la fecha de finalización del periodo de las cuotas 11 y 12 corresponderían al 1 de Enero de 2013 y 1 de abril de 2013 respectivamente.”

Por su parte, CMC SAS en la contestación a la demanda reformada de CNR, alegó la excepción que denominó “CONDONACIÓN O REMISIÓN”, así:

“Fundamento así esta excepción:

8.1. En las pretensiones 6º y 13º, CNR pretende el reconocimiento y pago de (i) sumas recibidas por el Consorcio para la financiación de adquisición de equipos en virtud de lo pactado en el Memorando de Entendimiento; (ii) el reembolso de sumas recibidas para el pago del Plan de Retiro Voluntario según lo pactado en el Otrosí No. 2 al Acta de Reinicio y Transacción y (iii) las sumas recibidas para el pago de capital e intereses de los contratos de leasing, según lo pactado en el Otrosí No. 2 al Acta de Reinicio y Transacción.

8.2. Todas estas obligaciones fueron materia de condonación o remisión por parte de CDC en el Contrato de Cesión del 18 de marzo de 2010 en el cual se consignó que CDC liberó “completamente” al Consorcio de todo “derecho, reclamación, responsabilidad, obligación, demanda, daño, perjuicio, acción o juicio de cualquier naturaleza, bien sean conocidas o desconocidas, reveladas o no, directas o indirectas, incluyendo sin limitación, reclamaciones por restitución, cumplimiento, responsabilidad extracontractual, incumplimiento contractual, que surjan de la ley, que pueda haber tenido o que tenga o que pueda en el futuro llegar a tener con base en cualquier acto, omisión, asunto, evento o cosa que haya ocurrido en la Fecha Efectiva o con anterioridad a la misma, excepto con respecto a cualquier reclamo o juicio relacionado con asuntos laborales de CMC que no se encuentren cubiertos por la Obligación de Indemnidad del Cedente”. (Subrayas intencionales).

8.3. Las obligaciones que pretende hacer exigibles CNR habían surgido con anterioridad al Contrato de Cesión y por tanto quedaron cobijadas dentro de esta remisión. El Contrato de Cesión únicamente exceptuó de la condonación de obligaciones o responsabilidades surgidas con anterioridad a la Fecha Efectiva, los reclamos laborales en

*relación con los cuales CDC no hubiese otorgado una indemnidad al Consorcio.”*

El Tribunal no comparte las razones expresadas por la parte convocada, puesto que tal como ya se expuso, el párrafo séptimo de la cláusula sexta del Acta de Reinicio consagra el tratamiento de compensación que en el evento de una terminación anticipada del contrato resultante de la Oferta Mercantil aceptada, debía darse al valor del anticipo entregado por CDC al CMC bajo el MDE, tratamiento cuya aplicación estaba sujeta a la ocurrencia de la condición suspensiva consistente en la terminación anticipada de dicho contrato, la cual como se acreditó en el proceso acaeció el 21 de enero de 2013, hecho posterior al Contrato de Cesión del 18 de marzo de 2010, celebrado entre CDC como cedente y CNR como cesionario, invocado por la convocada como fuente de la condonación que alega. En consecuencia, ha de prosperar la excepción de compensación propuesta por CNR, en la cuantía indicada en el dictamen del perito financiero designado por el Tribunal, arriba reseñado, esto es, el valor en pesos equivalente a USD 1.460.925, a la tasa representativa del mercado del 21 de enero de 2013, que era de \$1.767.74, fecha de terminación del contrato, valor este que asciende a \$2.582.537.327, mismo que será indexado por IPC hasta la fecha del presente laudo, para un valor por este concepto de \$440.560.834, lo que arroja un valor total de \$3.023.098.161. Se añade que en este caso no procede el reconocimiento de intereses moratorios, habida cuenta que para la fecha de terminación del contrato CNR se encontraba en mora en sus obligaciones para con el operador por concepto del pago de la contraprestación mensual, como ya quedó establecido en otro aparte de este laudo, y, por ende, prospera parcialmente la excepción de mora propuesta por la parte convocada en su contestación a la demanda reformada de CNR.

Resulta pertinente en este punto referirse a la pretensión declarativa 11.10, de la demanda de reconvención reformada, en la cual se solicita declarar que CNR incumplió su obligación de: “(...) *acatar y cumplir los efectos de la liberación de la obligación de amortizar en su totalidad el anticipo entregado por CDC al operador según lo dispuesto en la cláusula 6º, párrafo 6º, del Acta de Reinicio y Transacción, en concordancia con lo dispuesto en el numeral 2.1.5.1. del Otrosí No. 2 del Acta de Reinicio y Transacción, liberación que quedó acordada en la cláusula 5º del Contrato de Cesión*”. Observa el Tribunal que la cláusula 6º, párrafo 6º, del Acta de Reinicio y Transacción, regula una hipótesis que no ocurrió, en tanto el contrato derivado de la Oferta aceptada terminó anticipadamente, y, por ende, no hay lugar a la aplicación de dicha cláusula, por lo cual no puede prosperar esta pretensión, y así se declarará.

En la pretensión Veintidós, numeral 1, que se remite a la pretensión sexta, punto (ii), CNR solicita que se declare que CMC SAS se encuentra obligada a reembolsarle los saldos de las sumas recibidas por esta y no empleadas en el pago de la bonificación acordada para la implementación del plan de retiro voluntario ofrecido a los trabajadores del operador, según lo estipulado en la cláusula segunda (numeral 2.3.4) del Otrosí 2 al Acta de Reinicio. Por su parte, CMC SAS, manifestó que dicha obligación fue materia de remisión y/o condonación en virtud del Contrato de Cesión del 18 de marzo de 2010.

Observa el Tribunal que la obligación de reembolso se hacía exigible al vencimiento del término de ocho días siguientes a la fecha de vencimiento del período de ofrecimiento del Plan de Retiro Voluntario a los trabajadores, sin intereses, de conformidad con la segunda, numeral 2.3.4, del Otrosí 2 al Acta de Reinicio.

No encuentra el Tribunal prueba de que el saldo no utilizado de las sumas entregadas por CDC al CMC hubieran sido reembolsadas por esta o por CMC SAS a CNR, ni tampoco prueba de que las mismas estuvieran incluidas dentro de las obligaciones que fueron objeto de liberación en el Contrato de Cesión del 18 de marzo de 2010.

Por otra parte, encuentra el Tribunal que existe prueba sobre el monto del saldo no utilizado y que debe ser reembolsado, en cuantía de \$1.115.216.469, al 7 de enero de 2013. En efecto, el perito financiero designado por el Tribunal, al dar respuesta a las preguntas 1 y 347 de CNR, relativas a los referidos pasivos de CMC, puntualizó:

*(Pregunta 1) “Finalmente, frente al personal, las partes acordaron que CDC y CMC implementarían un plan de retiro voluntario para reducir en 120 trabajadores aproximadamente. Para ello CDC destinaría 2.099.231.000 de pesos, que serían destinados únicamente para dicho fin. El retiro voluntario prometía a los trabajadores hasta 6 meses de salario si se acogían al plan”.*<sup>310</sup>

*(Pregunta 347) “El perito se remite a la información suministrada por CNR en la denominada “Tercera remisión de Información para dictamen financiero” donde se encuentra un documento llamado “CMC PAGOS PRV”. En el Anexo 1 de dicho documento se especifican “los saldos no utilizados por CMC para el pago de los trabajadores bajo Plan de Retiro Voluntario” corresponden a un valor de \$ 1.115.216.469 pesos al 7 de Enero de 2013 y el cual es igual al valor relacionado en la pregunta”.*<sup>311</sup>

Por lo anterior, el Tribunal declarará prospera la pretensión Veintidós, numeral 1, de la demanda reformada, y, en consecuencia, condenará a CMC SAS a pagar a CNR la suma de \$1.115.216.469, junto con la indexación por IPC calculada entre el 7 de enero de 2013 y la fecha de este laudo, que asciende a la suma de \$184.452.943, para un total de \$1.299.669.412 por estos conceptos, y así lo dispondrá en la parte resolutive.

En relación con la pretensión Veintidós, numeral 1, que se remite a la pretensión sexta, punto (iii), considera el Tribunal que la misma no es procedente en la medida en que las partes excluyeron dicha posibilidad en el inciso segundo del numeral 2.1.6 de la cláusula segunda del otrosí 2 al Acta de Reinicio, que dice así:

*“Se aclara que en caso de que, por CDC no haber garantizado y restablecido el nivel mínimo de producción a partir de enero de 2011 y haber incumplido el pago relacionado con el Take or Pay Mensual 2011, CDC tenga que seguir pagando los valores correspondientes a cánones*

---

<sup>310</sup> Cuaderno de Pruebas No. 33, Folio 118.

<sup>311</sup> Cuaderno de Pruebas No. 33, Folio 448.

*e intereses sobre los contratos de leasing previstos en el Cuadro # 2, dichos montos (del Cuadro # 2) **no serán considerados un anticipo para efectos de la adquisición de los Equipos en una terminación anticipada de la Oferta, en desarrollo de la cláusula sexta y décimo cuarta del Acta de Reinicio; es decir, no se realizarán por parte de CDC descuentos al CMC por este concepto, y el CMC no tendrá la obligación de reintegrar estos montos.***” (subrayado y negrilla del Tribunal)

Así las cosas, no le asiste razón a la convocante en esta pretensión, por lo que habrá de denegarse.

En relación con la pretensión Veintidós, numeral 1, que se remite a la pretensión sexta, punto (iv), de la demanda reformada, la convocante en su alegato de conclusión manifestó:

*“Según la Cláusula 9.01 de la Oferta, que describe las obligaciones del Oferente, éste debía: “mantener el personal, equipos y materiales requeridos para cumplir con el objeto y alcance de esta Oferta”.*

*Adicionalmente, en el Protocolo de Manejo de Equipos (PME), Anexo 5 de la Oferta, se exige que los equipos del operador tengan una disponibilidad mecánica que no sea inferior al 85%.*

*Respecto de la obligación contenida en la Cláusula 9.01 citada el grupo de expertos de la Universidad Nacional en la respuesta a la Pregunta 8 de CNR expresó lo siguiente:*

*“a) El perito considera que esta manifestación se hace compatible de la siguiente manera: es obligación del operador garantizar una capacidad instalada de producción de 1'700.000 BCM, que corresponde a lo pactado entre las partes en el Acta de Reinicio y Transacción y sus otrosíes.*

*b) En opinión del perito técnico, es obligación del operador contar con una flota suficiente e idónea para alcanzar las metas de producción”.*

*A pesar del claro compromiso asumido por el Consorcio de contar con una flota suficiente e idónea que tuviese al menos un 85% de disponibilidad, los rendimientos mostrados en la ejecución de las operaciones mineras iban siendo cada vez más pobres, a tal punto que, como ha sido demostrado, el operador no pudo alcanzar, en la mayor parte de meses, la extracción de los volúmenes mínimos garantizados y por ello debió retirar sus equipos del fondo de la explotación para llevarlos a trabajar en bloques superficiales donde tenía una más fácil operación y trayectos de acarreo más cortos. Se ha visto también, como se reseña en este memorial, que de acuerdo con la única información suministrada por CMC sobre la condición de sus equipos, se evidenció una disponibilidad mecánica menor al 75%, que los parámetros de la industria consideran inadmisibles. Los problemas de los equipos de apoyo para el apropiado mantenimiento de las vías mostraban de manera muy notoria condiciones inapropiadas y una particular*

*deficiencia de su disponibilidad mecánica, por lo que era imperioso reforzar también esta parte de la flota.*

*Por estas razones, con el propósito de incrementar los rendimientos de la Operación minera, CNR consideró conveniente destinar equipos adicionales necesarios para la explotación del yacimiento, para lo cual tomó en alquiler ciertas unidades, asumiendo inicialmente el pago de los cánones correspondientes, pero con el entendimiento de que estas expensas debían ser a la postre reembolsadas por CMC, toda vez que con ellas se reforzaba los rendimientos del operador, contribuyendo así a incrementar los volúmenes extraídos de estéril y carbón por los cuales cobraba el CMC las tarifas convenidas.”*

Respecto del monto reclamado por concepto de reembolso de las erogaciones efectuadas por CNR para alquilar equipos adicionales, la convocante afirmó que asciende a COP 7.810'991.209, con base en el experticio de Valfinanzas y el dictamen del perito financiero designado por el Tribunal.

A este respecto, nuevamente se trae a colación el dictamen del perito técnico designado por el Tribunal, en punto de las preguntas 143 a la 145 del cuestionario de CNR y sus respuestas (C. Pruebas 34, folio 80), que dicen así:

**“Pregunta 143**

*¿Teniendo en cuenta la información que usted revisó, cuál fue la disponibilidad mecánica efectiva de los equipos en la mina La Francia para el periodo 2010-2013? Por favor suministre datos históricos de disponibilidad de los camiones, palas y equipos auxiliares de los miembros del CMC por mes durante el periodo 2010-2013. Por favor confirme la fuente de la información recaudada, fechas y nombres de quienes suscriben los reportes que le sean entregados para determinar dichas disponibilidades y explique si dichos reportes han sido preparados y mantenidos de conformidad con buenas prácticas de la industria.*

**Respuesta:**

*En relación con este tema, la información suministrada al Perito técnico no detalla la disponibilidad mecánica de los equipos a que hace referencia la pregunta, por lo que se carece de datos para responder esta pregunta.*

**Pregunta 144**

*¿Cuál es el resultado de comparar la disponibilidad mecánica efectiva de los equipos de los miembros del CMC frente a los parámetros establecidos en el Contrato de Operación y en particular en el PME?  
¿Teniendo en cuenta esa disponibilidad efectiva y la calidad de los equipos, puede concluirse que los miembros del CMC tenían equipos suficientes y adecuados para producir 3mt/año de carbón y 1,7*



*millones de MCB/mes de estéril así como para alcanzar una profundidad de – 120 m.s.n.m.?*

**Respuesta:**

*El perito técnico no cuenta con información detallada de la disponibilidad mecánica real de los equipos a que hace referencia la pregunta y por ende no le es posible hacer la comparación entre la disponibilidad real y la disponibilidad establecida en el contrato de operación (sic) y en particular en el PME. Por ende, tampoco le es factible al perito, evaluar si CMC tenía equipos suficientes y adecuados para producir 3mt/año carbón y 1,7 millones de MCB/mes de estéril así como para alcanzar una profundidad de - 120 m.s.n.m.*

**Pregunta 145**

*En su respuesta al punto 14 de la Pregunta 29.2 del Dictamen Técnico de CMC, el Sr. Medina señala que: “como el consorcio tiene más equipos de los que realmente necesita, puedo afirmar que no hubo indisponibilidad, es decir no hubo falta de equipos, porque el periodo en cuestión, de marzo de 2010 hasta enero de 2013, siempre fueron trabajadas más horas que las necesarias.” ¿En su opinión, es ésta aseveración correcta? Dicha afirmación está corroborada mediante evidencia documental?*

**Respuesta:**

*El perito técnico considera que la aseveración del señor Medina es correcta, y el perito entiende que esta aseveración está basada en las horas de operación de equipo aportadas al proceso, horas horómetro. Siempre y cuando la calidad de la información de los horómetros sea concordante con la realidad operativa.*

*No se tiene evidencias de documentales de los datos utilizados para esta conclusión por parte del señor Medina.”*

De acuerdo con estos apartes del dictamen pericial técnico, se ha de desestimar la pretensión de CNR de que se viene hablando, por cuanto en el proceso no se probó que el consorcio CMC (o su cesionario CMC SAS) hubiera incumplido con el nivel de disponibilidad mecánica pactado en la Oferta Mercantil.

En relación con la pretensión Veintidós, numeral 3, considera el Tribunal que no procede, toda vez que como se determinó en este laudo la terminación anticipada del contrato por parte de CMC SAS fue justificada.

Por otra parte, el Tribunal procederá a negar la pretensión SÉPTIMA de condena, numeral 7.1, de la demanda de reconvención reformada, que pretende la condena a la convocante al pago de lucro cesante por concepto de las utilidades que hubieran podido percibir y que no pudieron obtener por los incumplimientos contractuales y por la terminación anticipada del contrato de operación, o la suma mayor que se pruebe en proceso, teniendo en cuenta para el efecto que no existe la necesaria certeza sobre el valor de las

eventuales utilidades que el operador hubiera podido obtener en el evento en que el contrato resultante de la Oferta aceptada no hubiera terminado anticipadamente, habida cuenta de la incertidumbre del modelo geológico y de la magnitud de las reservas de carbón extraíbles de la Mina La Francia, según lo acreditado al respecto en este proceso.

En igual sentido, el Tribunal negará la pretensión SÉPTIMA de condena, numeral 7.2, de la demanda de reconvención reformada, en la que se pide condenar a la convocante por daño emergente que incluye (i) los mayores costos en que incurrió el operador como consecuencia de la ineficiencia en la planeación minera imputable a CNR, (ii) los costos que el Consorcio debió suministrar a CMC SAS para asumir obligaciones laborales y el programa de retiro voluntario asociado a la terminación anticipada del Contrato de Operación, los costos en que deberá incurrirse para la liquidación del personal que aún continúa vinculado a CMC SAS, (iii) el valor de los daños experimentados por los equipos a partir del 23 de enero de 2013 y (iv) los costos asociados a otras medidas de mitigación de daños, así como también la pretensión subsidiaria, en la que se solicita se condene a título de daño emergente a la suma superior o inferior que resulte probada en el proceso, así como la pretensión subsidiaria. Ello en consideración a lo expuesto en otros apartes de este laudo en punto del abandono que ambas partes hicieron del esquema de planeación minera concertada previsto en la Oferta aceptada, y adicionalmente por cuanto no hay prueba de la existencia de las obligaciones a cargo de CNR a las que se alude en los numerales (ii), (iii) y (iv).

#### **8. Los Efectos Económicos derivados de la Terminación del Contrato.**

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, procede el Tribunal a determinar los efectos económicos derivados de la terminación del contrato base del presente proceso, en punto de los contratos de leasing sobre los equipos, celebrados por el CMC, según lo pactado sobre el particular en la cláusula sexta del Acta de Reinicio, y en la cláusula 1.02., del Otrosí 3 al Acta de Reinicio, que a espacio se reseñaron en el capítulo de este laudo en el cual se estudió el contrato.

Para el efecto y en lo relacionado con el Porcentaje de Propiedad, se remite el Tribunal a lo acreditado en el proceso, mediante el dictamen pericial del perito financiero, profesor Julio Villarreal Navarro, el cual fue controvertido y no fue objetado, específicamente en las tablas 53 y 54, incluidas en la Aclaración 55 a la pregunta 36 del cuestionario del CMC (escrito de aclaraciones y complementaciones, pag. 192 y s.s.), con cifras al corte del 23 de enero de 2013, así:

#### **TABLA 53. PRESENTACIÓN DE LA TABLA 75 DEL INFORME INICIAL SIN EL ERROR DE FORMATO**

-LAUDO ARBITRAL-

CONTRATO DE LEASING	FLOTA	ENTIDAD FINANCIERA	VTC=Valor total del capital por el que se suscribieron los contratos de leasing. (Certificado por las Compañías de Leasing).	VC= Valor abonado a capital bajo los contratos de leasing. (Certificado por las Compañías de Leasing).	AC= Es el Avalúo Comercial	Porcentaje de Propiedad = (VC/VTC)* AC
606	Camión 777 F Caterpillar	BANCOLOMBIA PANAMA			USD 1.000.000	
606	Camión 777 F Caterpillar	BANCOLOMBIA PANAMA			USD 1.000.000	
606	Camión 777 F Caterpillar	BANCOLOMBIA PANAMA			USD 1.000.000	
606	Camión 777 F Caterpillar	BANCOLOMBIA PANAMA			USD 1.000.000	
<b>Total 606</b>			<b>USD 4.256.480</b>	<b>USD 4.256.480</b>	<b>USD 4.000.000</b>	<b>USD 4.000.000</b>
2881-FF	Camión 777 F Caterpillar	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 1.000.000	
2881-FF	Camión 777 F Caterpillar	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 1.000.000	
<b>Total 2881-FF</b>			<b>USD 2.128.240</b>	<b>USD 2.128.240</b>	<b>USD 2.000.000</b>	<b>USD 2.000.000</b>
2911-FF	Camión 777 F Caterpillar	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 1.000.000	
2911-FF	Camión 777 F Caterpillar	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 1.000.000	
<b>Total 2911-FF</b>			<b>USD 2.128.240</b>	<b>USD 2.128.240</b>	<b>USD 2.000.000</b>	<b>USD 2.000.000</b>
2950-FF	Camión 777 F Caterpillar	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 1.000.000	
<b>Total 2950-FF</b>			<b>USD 1.064.120</b>	<b>USD 1.064.120</b>	<b>USD 1.000.000</b>	<b>USD 1.000.000</b>
2986-FF	Camión 777 F Caterpillar	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 1.000.000	
2986-FF	Camión 777 F Caterpillar	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 1.000.000	
<b>Total 2986-FF</b>			<b>USD 2.128.240</b>	<b>USD 2.128.240</b>	<b>USD 2.000.000</b>	<b>USD 2.000.000</b>
2987-FF	Camión 777 F Caterpillar	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 1.000.000	
2987-FF	Camión 777 F Caterpillar	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 1.000.000	
2987-FF	Camión 777 F Caterpillar	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 1.000.000	
2987-FF	Camión 777 F Caterpillar	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 1.000.000	
<b>Total 2987-FF</b>			<b>USD 4.256.480</b>	<b>USD 4.256.480</b>	<b>USD 4.000.000</b>	<b>USD 4.000.000</b>
3011-FF	Camión 777 F Caterpillar	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 1.000.000	
3011-FF	Camión 777 F Caterpillar	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 1.000.000	
<b>Total 3011-FF</b>			<b>USD 2.128.240</b>	<b>USD 2.128.240</b>	<b>USD 2.000.000</b>	<b>USD 2.000.000</b>
3045-FF	Camión 777 F Caterpillar	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 1.000.000	
3045-FF	Camión 777 F Caterpillar	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 1.000.000	
3045-FF	Camión 777 F Caterpillar	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 1.000.000	
3045-FF	Camión 777 F Caterpillar	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 1.000.000	
<b>Total 3045-FF</b>			<b>USD 4.256.480</b>	<b>USD 4.256.480</b>	<b>USD 4.000.000</b>	<b>USD 4.000.000</b>
3056-FF	Taladro DML	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 672.000	
3056-FF	Taladro DML	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 672.000	
<b>Total 3056-FF</b>			<b>USD 1.655.680</b>	<b>USD 1.655.680</b>	<b>USD 1.344.000</b>	<b>USD 1.344.000</b>

**-LAUDO ARBITRAL-**

CONTRATO DE LEASING	FLOTA	ENTIDAD FINANCIERA	VTC=Valor total del capital por el que se suscriben los contratos de leasing. (Certificado por las Compañías de Leasing).	VC= Valor abonado a capital bajo los contratos de leasing. (Certificado por las Compañías de Leasing).	AC= Es el Avalúo Comercial	Porcentaje de Propiedad = (VC/VTC)* AC
3057-FF	Camión 777 F Caterpillar	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 1.000.000	
3057-FF	Camión 777 F Caterpillar	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 1.000.000	
<b>Total 3057-FF</b>			<b>USD 2.128.240</b>	<b>USD 2.128.240</b>	<b>USD 2.000.000</b>	<b>USD 2.000.000</b>
3058-FF	Camión 777 F Caterpillar	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 1.000.000	
3058-FF	Camión 777 F Caterpillar	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 1.000.000	
3058-FF	Camión 777 F Caterpillar	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 1.000.000	
<b>Total 3058-FF</b>			<b>USD 3.192.360</b>	<b>USD 3.192.360</b>	<b>USD 3.000.000</b>	<b>USD 3.000.000</b>
3085-FF	Camión 777 F Caterpillar	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 1.000.000	
3085-FF	Camión 777 F Caterpillar	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 1.000.000	
3085-FF	Camión 777 F Caterpillar	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 1.000.000	
<b>Total 3085-FF</b>			<b>USD 3.192.360</b>	<b>USD 3.192.360</b>	<b>USD 3.000.000</b>	<b>USD 3.000.000</b>
3130-FF	Motoniveladora 16M Caterpillar	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 450.000	
3130-FF	Motoniveladora 16M Caterpillar	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 450.000	
<b>Total 3130-FF</b>			<b>USD 1.360.000</b>	<b>USD 1.360.000</b>	<b>USD 900.000</b>	<b>USD 900.000</b>
3157-FF	Excavadora O&K RH120E RETRO	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 2.500.000	
<b>Total 3157-FF</b>			<b>USD 3.208.633</b>	<b>USD 3.208.633</b>	<b>USD 2.500.000</b>	<b>USD 2.500.000</b>
3191-FF	Excavadora O&K RH120E RETRO	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 2.500.000	
<b>Total 3191-FF</b>			<b>USD 3.009.981</b>	<b>USD 2.599.444</b>	<b>USD 2.500.000</b>	<b>USD 2.159.020</b>
3219-FF	Excavadora O&K RH120E RETRO	CATERPILLAR CREDITO, S.A. DE C.V.			USD 2.500.000	
<b>Total 3219-FF</b>			<b>USD 2.833.321</b>	<b>USD 2.833.321</b>	<b>USD 2.500.000</b>	<b>USD 2.500.000</b>
<b>TOTALES EN USD PORCENTAJE DE PROPIEDAD EQUIPOS CLAUSULA SEXTA ACTA DE REINICIO</b>			<b>USD 42.927.095</b>	<b>USD 42.516.558</b>	<b>USD 38.744.000</b>	<b>USD 38.403.020</b>

Fuente: Información suministrada por CMC

**TABLA 54. PRESENTACIÓN DE LA TABLA 75 DEL INFORME INICIAL SIN EL ERROR DE FORMATO**

CONT RATO DE LEASING	FLOTA	No. Inter no	ENTIDAD FINANCIERA	LOCATORI O	VTC=Val or total del capital por el que se suscribie ron los contratos de leasing. (Certifica do por las Compañías de Leasing.	VC= Valor abonado a capital bajo los contrato s de leasing. (Certifica do por las Compañías de Leasing).	AC= Es el Avalúo Comerci al	Porcent aje de Propied ad= (VC/VTC ) * AC
686	Excavadora Caterpillar	336D	336	BANCOLOMBI A PANAMA	MASERING S.A.S	HOLDING	USD 180.000	
686	Excavadora Caterpillar	336D	336	BANCOLOMBI A PANAMA	MASERING S.A.S	HOLDING	USD 180.000	
Total 686							USD 544.000	USD 360.000
6026	Excavadora Liebherr	R9250	12- 07	BANCO DE BOGOTA SA	CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.		USD 1.982.023	
Total 6026							USD 2.815.265	USD 1.689.156
6048	Camión 777 F Caterpillar		11- 50	BANCO DE BOGOTA SA	MASERING S.A.S	HOLDING	USD 500.000	
6048	Camión 777 F Caterpillar		11- 53	BANCO DE BOGOTA SA	MASERING S.A.S	HOLDING	USD 500.000	
6048	Camión 777 F Caterpillar		11- 54	BANCO DE BOGOTA SA	MASERING S.A.S	HOLDING	USD 600.000	
6048	Camión 777 F Caterpillar		11- 55	BANCO DE BOGOTA SA	MASERING S.A.S	HOLDING	USD 600.000	
6048	Camión 777 F Caterpillar		11- 56	BANCO DE BOGOTA SA	MASERING S.A.S	HOLDING	USD 650.000	
Total 6048							USD 3.250.000	USD 1.462.500
6134	Camión 777 F Caterpillar		11- 51	BANCO DE BOGOTA SA	MASERING S.A.S	HOLDING	USD 500.000	
6134	Camión 777 F Caterpillar		11- 52	BANCO DE BOGOTA SA	MASERING S.A.S	HOLDING	USD 500.000	
6134	Camión 769 Caterpillar		11- 100	BANCO DE BOGOTA SA	MASERING S.A.S	HOLDING	USD 250.000	
6134	Camión 769 Caterpillar		11- 101	BANCO DE BOGOTA SA	MASERING S.A.S	HOLDING	USD 250.000	
Total 6134							USD 1.717.200	USD 772.740
6136	Excavadora Liebherr	R9250	12- 09	BANCO DE BOGOTA SA	MASERING S.A.S	HOLDING	USD 2.355.349	
Total 6136							USD 2.937.650	USD 2.350.120
6141	Camión 769 Caterpillar		D 11- 103	BANCO DE BOGOTA SA	MASERING S.A.S	HOLDING	USD 300.000	
6141	Camión 769 Caterpillar		D 11- 104	BANCO DE BOGOTA SA	MASERING S.A.S	HOLDING	USD 300.000	
Total 6141							USD 530.000	USD 212.000
6145	Excavadora Liebherr	R9250	12- 08	BANCO DE BOGOTA SA	SP INGENIEROS S.A.		USD 2.151.717	
Total 6145							USD 2.736.750	USD 1.642.044
6210	Camión 769 Caterpillar		D 11- 108	BANCO DE BOGOTA SA	SP INGENIEROS S.A.		USD 250.000	
6210	Camión 769 Caterpillar		D 11- 109	BANCO DE BOGOTA SA	SP INGENIEROS S.A.		USD 250.000	
Total 6210							USD 545.200	USD 215.899
6211	Camión 769 Caterpillar		D 11- 107	BANCO DE BOGOTA SA	SP INGENIEROS S.A.		USD 450.000	
Total 6211							USD 270.000	USD 135.000

-LAUDO ARBITRAL-

CONT RATO DE LEASING	FLOTA	No. Inter no	ENTIDAD FINANCIERA	LOCATORIO	VTC=Val or total del capital por el que se suscribie ron los contratos de leasing. (Certifica do por las Compañías de Leasing.	VC= Valor abonado a capital bajo los contrato s de leasing. (Certifica do por las Compañías de Leasing).	AC= Es el Avalúo Comercial	Porcent aje de Propied ad= (VC/VTC )*AC	
6212	Camión Caterpillar	769	D 11-105	BANCO DE BOGOTA SA	SP INGENIEROS S.A.	USD 350.000	USD 350.000	USD 175.000	
Total 6212						USD 270.000	USD 135.000	USD 350.000	
6213	Camión Caterpillar	769	D 11-102	BANCO DE BOGOTA SA	SP INGENIEROS S.A.	USD 300.000	USD 300.000	USD 150.000	
Total 6213						USD 270.000	USD 135.000	USD 300.000	
6214	Camión Caterpillar	769	D 11-106	BANCO DE BOGOTA SA	SP INGENIEROS S.A.	USD 400.000	USD 400.000	USD 200.000	
Total 6214						USD 270.000	USD 135.000	USD 400.000	
6215	Camión Caterpillar	769	D 11-110	BANCO DE BOGOTA SA	SP INGENIEROS S.A.	USD 350.000	USD 350.000	USD 175.000	
6215	Camión Caterpillar	769	D 11-111	BANCO DE BOGOTA SA	SP INGENIEROS S.A.	USD 350.000	USD 350.000	USD 175.000	
Total 6215						USD 545.200	USD 215.899	USD 700.000	
6216	Cargador Caterpillar	980H	1-09	BANCO DE BOGOTA SA	CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.	USD 220.500	USD 220.500	USD 110.250	
Total 6216						USD 220.500	USD 110.250	USD 220.500	
6217	Camión Caterpillar	777	D 11-57	BANCO DE BOGOTA SA	CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.	USD 650.000	USD 650.000	USD 325.000	
6217	Camión Caterpillar	777	D 11-58	BANCO DE BOGOTA SA	CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.	USD 650.000	USD 650.000	USD 325.000	
Total 6217						USD 1.497.600	USD 593.050	USD 1.300.000	
6218	Tractor D9RII Caterpillar		3-12	BANCO DE BOGOTA SA	CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.	USD 250.000	USD 250.000	USD 125.000	
6218	Tractor D9RII Caterpillar		3-11	BANCO DE BOGOTA SA	CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.	USD 250.000	USD 250.000	USD 125.000	
Total 6218						USD 587.500	USD 203.569	USD 500.000	
6219	Camión Caterpillar	777	D 11-59	BANCO DE BOGOTA SA	CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.	USD 700.000	USD 700.000	USD 350.000	
6219	Camión Caterpillar	777	D 11-60	BANCO DE BOGOTA SA	CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.	USD 700.000	USD 700.000	USD 350.000	
Total 6219						USD 1.497.600	USD 599.040	USD 1.400.000	
6866	Apron Feeder Kolberg Pionner	48x16	16-02	BANCO DE BOGOTA SA	CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.	USD 241.500	USD 241.500	USD 120.750	
Total 6866						USD 116.802	USD 46.254	USD 241.500	
6867	Zaranda Vibratoria Kolberg Pionner	8x20	16-02	BANCO DE BOGOTA SA	CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.	USD 116.000	USD 116.000	USD 58.000	
Total 6867						USD 73.732	USD 29.198	USD 116.000	
6868	Trituradora Gundlach	3060D	16-02	BANCO DE BOGOTA SA	CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.	USD 228.500	USD 228.500	USD 114.250	
Total 6868						USD 235.700	USD 93.337	USD 228.500	
007	Camión Caterpillar (Riego)	769	D 14-12	HELM BANK	MASERING HOLDING S.A.S	USD 200.000	USD 200.000	USD 100.000	
Total 007						USD 390.000	USD 91.151	USD 200.000	
011	Tractor D9R Caterpillar		3-13	HELM BANK	MASERING HOLDING S.A.S	USD 230.000	USD 230.000	USD 115.000	
Total 011						USD 285.000	USD 66.604	USD 230.000	
<b>TOTALES EN USD PORCENTAJE DE PROPIEDAD EQUIPOS OTROSI N.3 ACTA DE REINICIO</b>						<b>USD 21.605.69</b>	<b>USD 11.476.81</b>	<b>USD 19.035.58</b>	<b>USD 9.883.06</b>

CONTRATO DE LEASING	FLOTA	No. Interno	ENTIDAD FINANCIERA	LOCATORIO	VTC=Valor total del capital por el que se suscriben los contratos de leasing. (Certificado por las Compañías de Leasing).	VC= Valor abonado a capital bajo los contratos de leasing. (Certificado por las Compañías de Leasing).	AC= Es el Avalúo Comercial	Porcentaje de Propiedad=(VC/VTC)*AC
					9	1	9	6

Fuente: CMC

De conformidad con las tablas transcritas, en principio corresponde a CNR reembolsar a la sociedad CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S., la suma en pesos equivalente a USD 48.286.086 dólares de los Estados Unidos de América, por concepto del Porcentaje de Propiedad de los equipos, en los términos pactados en la cláusula sexta del Acta de Reinicio, y en la cláusula 1.02., del Otrosí 3 al Acta de Reinicio.

De acuerdo con la precitada cláusula sexta del Acta de Reinicio, CNR debió efectuar el pago antes señalado dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de terminación del contrato resultante de la Oferta aceptada, que fue el 21 de enero de 2013, es decir, que el plazo para realizar dicho pago expiró el 11 de febrero de 2013.

Para convertir este valor en dólares a pesos colombianos, como quiera que se trata de una operación interna entre residentes en Colombia (art. 2.17.1.3., del Decreto 1068 de 2015<sup>312</sup>), se usará la tasa representativa del mercado (TRM) del 12 de enero de 2013, fecha en la que se configuró el incumplimiento contractual de CNR en el pago de la referida obligación dineraria (art. 79, Resolución 8 de 2000 de la Junta Directiva del Banco de la República<sup>313</sup>), que según la información de la Superintendencia Financiera de Colombia, publicada en la página web de esta entidad ([www.superfinanciera.gov.co](http://www.superfinanciera.gov.co)), fue de \$1.762,38 pesos por dólar, entonces el valor en pesos resultante de esta conversión asciende a \$85.098.432.244,68. No obstante, se debe poner de presente que en la demanda de reconvención reformada, pretensión condenatoria 6.4, se pidió condenar a la reconvénida "A pagar la suma de cuarenta y tres millones doscientos sesenta y nueve mil doscientos ochenta y un dólares de los Estados Unidos de América (USD\$43.269.281) por concepto del porcentaje de propiedad adquirido por los Consorciados a la fecha de esta demanda

<sup>312</sup> "Artículo 2.17.1.3. Operaciones Internas. Salvo autorización expresa en contrario, ningún contrato, convenio u operación que se celebre entre residentes se considerará operación de cambio. En consecuencia, las obligaciones que se deriven de tales contratos, convenios u operaciones, deberán cumplirse en moneda legal colombiana. (Art. 3 Decreto 1735 de 1993)"

<sup>313</sup> "Artículo 79o. OBLIGACIONES EN MONEDA EXTRANJERA. Las obligaciones que se estipulen en moneda extranjera y no correspondan a operaciones de cambio serán pagadas en moneda legal colombiana a la tasa de cambio representativa del mercado en la fecha en que fueron contraídas, salvo que las partes hayan convenido una fecha o tasa de referencia distinta."

*arbitral sobre los equipos bajo leasing aún no terminados, (...)*”, habida cuenta de lo cual la condena se limitará a la suma pedida, y la misma se actualizará por IPC hasta la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda de reconvención reformada (12 de septiembre de 2013).

En consecuencia, el valor base de la condena por concepto del Porcentaje de Propiedad de los equipos, a favor de CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S., y a cargo de CNR, asciende a la suma de \$76.256.915.448,78, y la indexación de esta suma por IPC entre el 12 de febrero de 2013 y el 12 de septiembre de 2013, asciende a \$1.069.559.933,61, para un total por estos conceptos de \$77.326.475.381,39.

Además, se condenará a CNR al pago de intereses de mora sobre el valor de capital indexado antes señalado, liquidados a la máxima tasa autorizada por la ley, es decir, a la tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente (art. 884 de Código de Comercio, modificado por el art. 111 de la Ley 510 de 1999), a partir del día siguiente a la fecha de notificación del auto admisorio la demanda de reconvención reformada (13 de septiembre de 2013) y hasta que se verifique el pago total. Dichos intereses moratorios, calculados hasta la fecha del presente laudo, ascienden a la suma de \$62.093.546.363,64.

La liquidación resumida es la siguiente:

**Liquidación de Indexación e Intereses de Mora - Porcentaje de Propiedad:**

Capital	76.256.915.448,78
Actualización del capital por IPC	1.069.559.932,61
<b>Total Indexado IPC (12 sept 2013)</b>	<b>77.326.475.381,39</b>
Interés Mora 2013 (desde 13 sept 2013)	7.063.515.771,17
Interés Mora 2014	22.865.535.428,37
Interés Mora 2015	22.688.393.361,02
Interés Mora 2016 (hasta 26 mayo 2016)	9.476.101.803,07
Total Interés Mora	62.093.546.363,64
<b>Total al 26 de mayo 2016</b>	<b>139.420.021.745,03</b>

Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal advierte que el valor determinado por concepto del Porcentaje de Propiedad, al corte del 23 de enero de 2013, que se refleja en la condena correspondiente a la pretensión SEXTA de condena, numeral 6.4, ya incluye los valores correspondientes a las pretensiones de condena 6.1 (parcial), 6.3 y 6.5, de la demanda de reconvención reformada, las cuales en consecuencia serán negadas en la parte resolutive de este laudo.

En cuanto a los costos de transporte, ensamble e importación de los equipos, el perito financiero designado por el Tribunal los determinó en la tabla 78 del dictamen (cuestionario de CMC, página 144), y en la tabla 55, incluida en la Aclaración 55 a la pregunta 36 del cuestionario del CMC (escrito de aclaraciones y complementaciones, pág. 204), ambas con cifras al corte del 23 de enero de 2013, así:



**TABLA 78. COSTOS DE IMPORTACIÓN ASOCIADOS A LOS EQUIPOS ADQUIRIDOS EN EL MARCO DEL ACTA DE REINICIO**

<b>Concepto</b>	<b>Costos de Importación [COP]</b>
Fee- Comisión Apertura de Contrato	462.809.160
Flete Marítimo	1.019.289.519
Transporte Puerto-Mina	661.300.000
Seguros (Póliza Cumplimiento Importa Tempo)	151.322.447
Seguros (Póliza Maquinaria Todo Riesgo)	582.022.995
Costos de Puerto (Gastos SIA)	608.779.418
Gastos de Ensamble –Grúa	407.333.333
<b>Costos de Importación - Clausula Sexta Acta de Reinicio</b>	<b>3.892.856.872</b>
<b>Costos de Importación Acuerdo Cuarto Otrosí N.1 Acta de Reinicio</b>	<b>(373.745.121)</b>
<b>Costos de Importación netos acta de reinicio</b>	<b>3.519.111.751</b>

*Fuente: Expediente e información entregada por CMC*

**TABLA 55. CORRECCIÓN DE LOS VALORES SOMBREADOS DE LA TABLA 79 DEL INFORME INICIAL**

<b>Concepto</b>	<b>Costos de Importación [COP]</b>
Flete Marítimo + Seguro	1.252.290.881
Transporte Puerto –Mina	734.671.705
Seguros (Póliza Cumplimiento Importa Tempo)	71.773.825
Seguros (Póliza Maquinaria Todo Riesgo)	242.075.709
Impuestos y Aranceles	797.011.724
Costos de Puerto (Gastos SIA)	500.421.881
Gastos de Ensamble –Grúa	664.619.355
<b>Costos de Importación netos según otrosí n.3 acta de reinicio</b>	<b>4.262.865.080</b>

*Fuente: CNR*

La sumatoria de los valores señalados en las precitadas tablas, arroja un valor total por estos conceptos de \$7.781.976.831, suma que, de acuerdo con la precitada cláusula sexta del Acta de Reinicio, CNR debió pagar dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la fecha de terminación del contrato resultante de la Oferta aceptada, que fue el 21 de enero de 2013, es decir, que el plazo para realizar dicho pago expiró el 11 de febrero de 2013. Este valor se actualizará por IPC desde el 12 de febrero de 2013 y hasta la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda de reconversión reformada (12 de septiembre de 2013).

En consecuencia, el valor base de la condena por concepto de los costos de transporte, ensamble e importación de los equipos, a favor de CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S., y a cargo de CNR, asciende a la suma de \$7.781.976.831, y la indexación de esta suma por IPC entre el 12 de febrero de 2013 y el 12 de septiembre de 2013, asciende a \$109.148.010,59, para un total por estos conceptos de \$7.891.124.841,59.

Además, se condenará a CNR al pago de intereses de mora sobre el valor de capital indexado antes señalado, liquidados a la máxima tasa autorizada por la ley, es decir, a la tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente (art. 884 de Código de Comercio, modificado por el art. 111 de la Ley 510 de 1999), a partir del día siguiente a la fecha de notificación del auto admisorio la demanda de reconvención reformada (12 de septiembre de 2013) y hasta que se verifique el pago total. Dichos intereses moratorios, calculados hasta la fecha del presente laudo, ascienden a la suma de \$6.336.612.703,42.

La liquidación resumida es la siguiente:

#### Liquidación de Indexación e Intereses de Mora - Costos de importación:

Capital	7.781.976.831,00
Actualización del capital por IPC	109.148.010,59
<b>Total Indexado IPC (12 sept 2013))</b>	<b>7.891.124.841,59</b>
Interés Mora 2013 (desde 13 sept 2013)	720.827.950,53
Interés Mora 2014	2.333.415.479,56
Interés Mora 2015	2.315.338.227,74
Interés Mora 2016 (hasta 26 mayo 2016)	967.031.045,59
Total Interés Mora	6.336.612.703,42
<b>Total al 26 de mayo 2016</b>	<b>14.227.737.545,01</b>

El Tribunal procede ahora a resolver la nulidad alegada por CNR, en su alegato de conclusión, en relación con el mecanismo de cesión de los contratos de leasing, respecto de lo cual dijo la convocante:

*“Como puede observarse con estas pretensiones se busca que se condene a CNR al pago de las contraprestaciones pactadas por la adquisición de los equipos. Esto significa que lo que se pide por CMC es el cumplimiento del contrato prometido, esto es, el de compraventa, del cual surge la obligación de pagar el precio. Pero el contrato de compraventa no ha sido celebrado, ni ninguna pretensión está dirigida a ese propósito. En otras palabras, se salta del contrato de promesa, vertido en las estipulaciones del Acta de Reinicio, al cumplimiento de las prestaciones derivadas del contrato prometido, sin hacer una escala en la fase de celebración de este último.”*

*“(…)”*

*“Las estipulaciones arriba transcritas del Acta de Reinicio y de sus Otrosíes establecieron que el pago del precio de los equipos debía hacerlo el dueño de la Mina dentro de los 15 días siguientes a la terminación prematura del Contrato de Operación. Por ende, con este pacto quedó abierto el término durante el cual podría acaecer la terminación del contrato, lo que hace que el contrato de promesa tenga*

*o pueda tener una duración indefinida, la cual no consulta las exigencias del Artículo 1611 del Código Civil (subrogado por el artículo 89 de la ley 153 de 1887) ni la jurisprudencia de la Corte a este respecto.” Como se explicó, las estipulaciones del Acta de Reinicio y sus Otrosíes, ponen en evidencia que las partes celebraron un contrato de promesa de compraventa sobre los bienes que en tales instrumentos se especifican.*

(...)

*Dentro de los requisitos establecidos en el Artículo 1611 del Código Civil se destaca el siguiente: “que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato”. La jurisprudencia ha sostenido, partiendo de la base de que la promesa es un contrato preparatorio y, por tanto, destinado a una corta o efímera duración, ha señalado que las partes deben precisar exactamente la fecha de celebración del contrato prometido y que en el evento en que el negocio futuro dependa de una condición suspensiva, también deberá estipularse el término dentro del cual el hecho futuro e incierto en que consiste debe realizarse.*

*Las estipulaciones arriba transcritas del Acta de Reinicio y de sus Otrosíes establecieron que el pago del precio de los equipos debía hacerlo el dueño de la Mina dentro de los 15 días siguientes a la terminación prematura del Contrato de Operación. Por ende, con este pacto quedó abierto el término durante el cual podría acaecer la terminación del contrato, lo que hace que el contrato de promesa tenga o pueda tener una duración indefinida, la cual no consulta las exigencias del Artículo 1611 del Código Civil (subrogado por el artículo 89 de la ley 153 de 1887) ni la jurisprudencia de la Corte a este respecto.*

A este respecto, considera el Tribunal que no le asiste razón a la convocante en relación con la pretendida nulidad, por las siguientes razones:

Ante todo, es del caso resaltar que el texto de la cláusula sexta del Acta de Reinicio, que regula la terminación anticipada de la Oferta, contempla para CDC que ésta “**deberá pagar a título de reembolso** a los Consorciados (...) el valor de costos totales incurridos por el CMC o por los Consorciados para importar, transportar y ensamblar cada uno de los mencionados Equipos a la Mina la Francia, acordada en TRES MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS (\$3.892.856.872.00) M/CTE, en adelante “Los Costos de Importación”, **más el pago del reembolso del “Porcentaje de Propiedad”** que los Consorciados han adquirido al pagar las cuotas del leasing hasta la Fecha de Terminación de la Oferta”. (negrillas del Tribunal)

En efecto, la redacción de la cláusula pactada utiliza la expresión “**deberá pagar a título de reembolso**”, que zanja cualquier duda sobre la naturaleza de la operación realizada, pues si se trata de un reembolso, no cabe duda de que no existe una promesa de compraventa como lo sostuvo la convocante en su alegato de conclusión para derivar del supuesto incumplimiento de los

requisitos de validez de la promesa, una nulidad de la cláusula que, según CNR, contiene una promesa de compraventa.

En efecto, la cláusula sexta del Acta de Reinicio no se halla viciada de nulidad (como tampoco la misma estipulación contenida en el Otrosí 3 al Acta de Reinicio) por el hecho de que, al terminar anticipadamente la Oferta, deba CDC (CNR) reembolsar al CMC el total de “Los Costos de Importación” ... “más” ... “El Porcentaje de Propiedad”, en la medida en que ésta estipulación, a juicio de Tribunal, no constituye una promesa de compraventa sino una típica cláusula de restablecimiento de la conmutatividad pactada o, dicho en otros términos, de la conmutatividad del contrato en favor de la parte que, de no percibir dicho reembolso vería menoscabado su patrimonio sin justificación, en el evento de la terminación anticipada. A juicio del Tribunal, ello deriva de la forma en que implícita o tácitamente las partes asignaron el riesgo derivado de la adquisición y financiación de los equipos: Mientras durase la ejecución del contrato, el CMC (y luego CMC SAS), asumía el costo total de importación de los equipos y el pago de los contratos de leasing, el cual le sería compensado a través de los honorarios mensuales por los servicios prestados; pero si sobreviniera una terminación anticipada, CDC (y luego CNR), tendría la obligación de **“pagar a título de reembolso”** los costos totales de los equipos sufragados por el CMC, por la vía de asumir la obligación de pago de los contratos de leasing o de reembolsar el valor total pagado por esta en el caso de que ya hubieran terminado los citados contratos, más el llamado *“Costo de Importación”*, mecanismo que no es otra cosa que una compensación como *“cláusula de salida”* para devolver la conmutatividad a la relación comercial, cuando por la terminación anticipada, se haría imposible que una de las partes recupere la inversión hecha en favor de la otra parte.

El hecho de que se hable de manera impropia en la cláusula de *“compra”* de los equipos por parte de CDC, no cambia la verdadera naturaleza del negocio jurídico, que evidencia que durante la ejecución del contrato, el CMC *“financió”* los costos de todos estos equipos, pero, para el caso de terminar anticipadamente el contrato, se pacta con total claridad que no será el CMC sino CDC quien soportará dicho costo y en tal virtud, lo reembolsará al CMC en su totalidad.

La conclusión que acaba de expresar el Tribunal se sustenta, además, en la evolución que tuvo el negocio jurídico pactado originalmente en la Oferta Mercantil, pero después modificado en el MDE y en el Acta de Reinicio con sus otrosíes, profusamente descrito en el capítulo correspondiente.

Obsérvese que en la Oferta Mercantil, nada se dijo sobre lo que ocurriría con los equipos al final de la Oferta o en el evento de terminación anticipada de la misma. En cambio, al suscribirse el MDE, en uno de sus considerandos se pone de presente que CDC ha solicitado adquirir e ingresar nuevos equipos, para lo cual, los consorciados requieren que CDC asuma los siguientes compromisos: (i) financiar un porcentaje de su valor inicial, el cual se toma como un anticipo de pago. (ii) comprar los equipos nuevos y costear su reubicación si fracasa la renegociación. (iii) Adquirir el compromiso con el CMC de renegociar algunos temas que se consideran básicos para la operación y que están contenidos en el artículo segundo del MDE. El aludido artículo segundo es el que contiene nada menos que todas las bases de la

renegociación del contrato original (el negocio jurídico) surgido de la Oferta aceptada el 31 de agosto de 2005.

Por su parte, en el artículo 4 del MDE, al referirse a los Equipos, las partes acuerdan que el CMC adquirirá mediante el sistema de leasing los equipos requeridos por CDC, lo que de suyo, implica que el CMC o los consorciados, como locatario(s) no posea(n) la propiedad de tales equipos, al ser esta una de las características esenciales del contrato de leasing financiero en el ordenamiento colombiano<sup>314</sup>. Esta estipulación revela que CDC era concededor de que CMC no tendría la condición de propietario de los equipos sino la de arrendatario financiero.

Posteriormente, en el Acta de Reinicio, fruto de la renegociación del negocio jurídico, la obligación relativa a los equipos y a los contratos de leasing sobre estos, sufre una modificación de fondo, al pactar las partes que, en caso de terminación anticipada (cláusula sexta), CDC acepta y contrae una obligación que no poseía con anterioridad, y en virtud de ello, asume el riesgo derivado de la financiación de los equipos, riesgo que deja de corresponder a CMC, para ubicarse en cabeza de CDC (CNR) desde el momento en que ocurra una terminación anticipada. En efecto, obsérvese la redacción de la citada cláusula sexta: “En caso de terminación anticipada de la Oferta, CDC se obliga a asumir el cumplimiento de la totalidad de los Contratos de Leasing que se relacionan a continuación, sustituyéndose en ellos y eximiendo a CMC y/o a los consorciados de cualquier responsabilidad derivada de estos contratos, a partir del último día del tercer mes siguiente (...)”.

Más adelante se estipula el procedimiento que se llevará a cabo para que CDC reembolse al CMC o a los consorciados el valor de los costos totales incurridos por estos, texto que ya fue analizado por el Tribunal, que es el que determina que la obligación de CDC es reembolsar al CMC dichos costos totales, así definidos y determinados conforme a la fórmula allí mismo estipulada por las partes. Esta estipulación se conserva en su esencia en el Otrosí 3 al Acta de Reinicio.

Obsérvese como, a través de los aludidos pactos, las partes modificaron esencialmente la asignación del riesgo derivado de la financiación de los equipos en el evento de la terminación anticipada de la Oferta, riesgo que, como puede evidenciarse del examen de los textos aludidos, a partir del Acta de Reinicio, queda en cabeza de CDC (CNR).

En este orden de ideas, no comparte el Tribunal la posición de la convocante en su alegato de conclusión; en efecto, el hecho de que a la liquidación del contrato y con ocasión de la terminación anticipada, se deba restablecer la conmutatividad en la forma pactada (consistente en que el riesgo derivado de la financiación de los equipos en caso de terminación anticipada es asumido por CDC (CNR), no conlleva ninguna promesa de compraventa sino la mera asunción (vía reembolso) de los costos de los equipos, sin que medie un contrato de compraventa. La razón por la cual CDC (CNR) asume la

---

<sup>314</sup> En efecto, el art. 2.2.1.1.1, inciso segundo, del Decreto 2555 de 2010, dispone que en las operaciones de arrendamiento financiero “(...) el bien deberá ser de propiedad de la compañía arrendadora derecho de dominio que conservará hasta tanto el arrendatario ejerza la opción de compra”.

propiedad de los equipos en los contratos de leasing y debe pagar el "Porcentaje de Propiedad" no es la compraventa, sino el pago de la compensación por el concepto de la financiación de los equipos a CMC, derivada del supuesto contractual de terminarse anticipadamente el contrato.

Llama la atención así mismo que sólo al momento del alegato de conclusión CNR traiga a colación su alegación de la nulidad de la cláusula sexta del Acta de Reinicio; jamás a lo largo del proceso CNR hizo manifestación alguna en este sentido, y tampoco lo hace al aceptar la cesión del contrato hecha por CDC, previo el proceso de debida diligencia que llevó a cabo o debió llevar cabo CNR antes de aceptar la cesión aludida. Es claro para el Tribunal que ambas partes tenían total claridad sobre sus respectivas cargas y sobre los riesgos asumidos; prueba de ello es que en la cláusula 1.02 del Otrosí 3 al Acta de Reinicio, ya estando CNR como parte contractual, se estipula para CNR, en caso de terminación anticipada de la oferta, el derecho irrenunciable y la obligación de asumir "*todos los derechos y obligaciones bajo los contratos de leasing celebrados con el fin de suministrar el equipo adicional*", "*sustituyéndose en ellos y eximiendo a CMC y/o a los consorciados de cualquier responsabilidad*".

Se agrega que CNR acepta expresamente su obligación de asumir dichos contratos de leasing como "*irrenunciable y de obligatorio cumplimiento*". Se fija allí el plazo en el que deberá asumir dicha obligación, y se expresa textualmente que "*se entiende que a partir de esa fecha CNR deberá asumir el pago de los cánones de arrendamiento*", haciendo los esfuerzos necesarios para lograr la cesión de los contratos. Y, además, se expresa que si ello no fuere posible, se reconocerá el reembolso de los equipos mediante el pago de los valores derivados de los avalúos previstos en la cláusula sexta del Acta de Reinicio.

Para abundar en razones, no sobra examinar el alcance de la cláusula décima cuarta del Otrosí 3 al Acta de Reinicio, en la cual se otorga a CDC (CNR) el derecho de terminación anticipada sin que medie justa causa, el cual queda sujeto al cumplimiento de una serie de condiciones, a saber: (1) que CDC haya pagado al Consorcio todas las sumas de dinero por los servicios prestados; (2) que no existan sumas de dinero en discusión bajo reclamación judicial, extrajudicial o arbitramento; (3) que CDC haya cumplido con todos los pagos y /o acciones mencionadas en la cláusula sexta del Otrosí 3; (4) que en caso de que los consorciados no ostenten la propiedad de los equipos objeto de la cláusula sexta del Otrosí 3 al Acta de Reinicio y los contratos se encuentren vigentes, CDC deberá (i) haber suscrito los acuerdos mediante los cuales se convierta en el nuevo arrendatario bajo los contratos de leasing, entregando copia a CMC de los mismos para asegurar que el CMC queda liberado de toda responsabilidad, o (ii) entregar al CMC evidencia de la terminación de los contratos de leasing, (5) así mismo, CDC deberá haber pagado la infraestructura que se encuentra en la Mina, de acuerdo con el avalúo realizado por la Sociedad Colombiana de Avaluadores, y (6) deberá haber pagado a CMC la suma de US\$5.000.000 como indemnización de todos los posibles perjuicios por la terminación anticipada.

Como puede verse, aun en el evento de que fuese CDC (CNR) quien terminase anticipadamente la Oferta Mercantil, CDC (CNR) estaba en la obligación de reembolsar al CMC todos los costos de importación, más el

“Porcentaje de Propiedad” según la fórmula pactada, y, en el caso de que ya no estuviesen vigentes los contratos de leasing, haber hecho todos los pagos por este concepto según lo previsto en el párrafo primero de la cláusula sexta del Otrosí 3 al Acta de Reinicio.

Ello indica que la asunción por parte de CNR, de la obligación de reembolsar al CMC por los costos citados tanto en la cláusula sexta del Acta de Reinicio como en las cláusulas 1.01, 1.02., 1.03 y 1.04 del Otrosí 3 al Acta de Reinicio, corresponde a compensaciones derivadas estrictamente de la terminación anticipada, que en modo alguno constituye una pena o indemnización sino la retribución del valor de los equipos, en la medida en que ello es simplemente el efecto del riesgo derivado del empleo del leasing como mecanismo de financiación de los mismos, que es lo que CDC (CNR) termina asumiendo en caso de terminación anticipada; ello indica, además, que las partes aceptaron que, en este evento, sería CDC (CNR) quien asumiese la carga derivada de la financiación de los equipos. No de otro modo podría entenderse que, por una parte, el CMC haya suscrito las obligaciones crediticias derivadas de los contratos de leasing, que se pagaban contra los ingresos recibidos por los servicios prestados mensualmente, y que, por otra parte, en caso de terminación anticipada, sea CDC (CNR) quien deba asumir la totalidad de las cargas financieras de los citados contratos de leasing, o, en caso de que estos ya hayan terminado, deba pagar la totalidad de los avalúos comerciales, a título de reembolso, según lo estipula con claridad la cláusula sexta del Acta de Reinicio, y aún más claramente, el Otrosí 3 a la misma.

En conclusión, el Tribunal no encuentra causal alguna de nulidad en la estipulación bajo análisis, y por lo tanto se abstendrá de declarar la pretendida nulidad.

## **9. La Liquidación del Contrato.**

Procede el Tribunal a pronunciarse sobre la pretensión OCTAVA de condena, de la demanda de reconvención reformada, en la que se pide que se liquide el Contrato de Operación y se ordene a **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S.** reconocer y pagar a **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S** los saldos pendientes de pago, las compensaciones, restituciones y prestaciones propias de la liquidación, con el alcance allí indicado.

Al respecto, se observa que en la cláusula 10.03 de la Oferta las partes pactaron que:

*“El OFERENTE se obliga a liquidar de manera conjunta con EL DESTINATARIO esta “Oferta”, dentro de los treinta días hábiles siguientes a su terminación por cualquier causa. En el documento de liquidación las partes harán un balance de su ejecución, un cruce de cuentas, liquidarán cualquier saldo pendiente de pago o devolución entre ellas y establecerán el estado en que quedan las obligaciones pendientes de cumplir o que subsistan después de la terminación.*

*En caso que en el término establecido las partes no llegaren a un acuerdo sobre la liquidación, la misma será sometida a la decisión de un Tribunal de Arbitramento en los términos de la presente Oferta.”*

Así las cosas, el Tribunal declarará liquidado el contrato base del presente proceso, en los términos de este laudo, y en este entendido prospera parcialmente la pretensión OCTAVA de condena, así como el numeral 8.1, de la demanda de reconvención reformada, y se negará lo pedido en los numerales 8.2, 8.3, 8.4 y 8.5 de esta pretensión.

## **10. Objeciones a los Juramentos Estimatorios.**

La figura del juramento estimatorio, sus consecuencias y sus sanciones, se previó desde la ley 1395 del 2010, posteriormente en el artículo 206 del Código General del Proceso, y fue reformada, finalmente, por el artículo 13 de la ley 1743 de 2014. El texto legal aplicable en la actualidad es el siguiente:

*“ARTÍCULO 206. JURAMENTO ESTIMATORIO. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.*

*Formulada la objeción el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación, para que aporte o solicite las pruebas pertinentes.*

*Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.*

*Inciso modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014: Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50%) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.*

*El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.*

*El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.*



*PARÁGRAFO. modificado por el artículo 13 de la Ley 1743 de 2014: También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.*

*La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte.”*

Entiende el Tribunal que la sanción prevista en el inciso cuarto del artículo 206 del Código General del Proceso no opera de manera automática, esto es, por la simple constatación de la diferencia numérica, sino que es necesario indagar el motivo de la diferencia entre lo estimado y lo probado y verificar, de esta manera, si ella obedeció a una estimación exagerada de la parte Convocante, producto de la negligencia o la temeridad con la que realizó la estimación, caso en el cual, debe aplicarse la referida sanción, o si, por el contrario, el origen de la diferencia entre lo estimado y lo probado se encuentra en las particularidades del proceso y no en el comportamiento censurable de quien realiza la estimación incorporada en la demanda.

En el presente caso, no se observa que CNR haya actuado en forma descuidada o temeraria respecto de las solicitudes que elevó al Tribunal, puesto que no hay una carencia absoluta de razones fácticas o de fundamentos jurídicos en sus peticiones. El hecho de que se produzcan condenas a favor de la Convocante en un monto inferior al solicitado no obedece a ninguna de las causas referidas, sino a las particularidades fácticas y jurídicas de la controversia decidida en este proceso.

Por estas razones, no se impondrá sanción alguna a la parte Convocante por este concepto.

## **11. Costas**

Las costas están constituidas tanto por las expensas, consideradas como las erogaciones en que incurren las partes en 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”.<sup>315</sup>

A tal efecto, tanto CNR como CMC SAS, MASERING, EL CÓNDOR y SP solicitaron la condena en costas de la respectiva contraparte.

El Código de Procedimiento Civil dispone que se condenará en costas a la parte vencida; que la condena respectiva debe hacerse en la sentencia; que tal condena se impondrá cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal o cuando, a sabiendas, se aleguen hechos contrarios a la realidad; y, adicionalmente, que sólo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

<sup>315</sup> Artículo 2º del Acuerdo de 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

Por su parte, el numeral 6º del artículo 392 del C. de P.C. establece que “[e]n 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”.

Efectuada la evaluación de las pretensiones y defensas de las Partes, el Tribunal advierte que casi en su totalidad el balance del Arbitraje está a favor de las Demandadas.

Por consiguiente, y de conformidad con el artículo 392 (1) del C.P.C.<sup>316</sup> se le impondrán las costas del Proceso a CNR, incluyendo los honorarios y gastos de los Peritos, así como las *agencias en derecho* a que se hace referencia en el artículo 393 (2) del C.P.C.<sup>317</sup>

En materia de *agencias en derecho* el Tribunal no advierte tacha alguna en la conducta procesal de las Partes o sus Apoderados, quienes por el contrario, actuaron a todo lo largo del Proceso con pleno apego a la ética y al profesionalismo que era esperable de ellos.

Por lo anterior, el Tribunal, teniendo en cuenta que ambas Partes, consignaron completa y oportunamente las sumas a su cargo, determina que CNR deberá reintegrarle a CMC SAS el 40% de los costos del Proceso, valga decir, honorarios de los Arbitros y del Secretario; gastos de funcionamiento del Tribunal y gastos de Administración del Centro de Arbitraje.

En lo que se refiere a los honorarios y gastos de los Peritos, CNR deberá reintegrarle a CMC SAS el 40% de tales honorarios y gastos, conforme se explica en la Tabla de adelante.

En cuanto a las *agencias en derecho*, el Tribunal considera razonable establecerlas en un total de \$616.000.000.00 considerando el honorario de un árbitro.

En consecuencia, CNR será condenada al pago de costas conforme a la liquidación que aparece a continuación:

---

<sup>316</sup> “En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso...”

<sup>317</sup> “La Liquidación [de costas] incluirá el valor de los impuestos de timbre, los **honorarios de auxiliares de la justicia**, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobadas, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las **agencias en derecho** que fije el magistrado ponente o el juez aunque se litigue sin apoderado.” (Énfasis añadido).

Concepto	Valor
<b>Honorarios de los Arbitros y del Secretario</b>	
- Honorarios de los Arbitros (SIN IVA)	\$ 616.000.000.00
- Honorarios de la Secretaria (SIN IVA)	\$ 308.000.000.00
- <b>Honorarios totales de los árbitros y de la secretaria</b>	<b>\$2.156.000.000.00</b>
<b>Gastos de funcionamiento y administración – Centro de Arbitraje (SIN IVA)</b>	\$ 308.000.000.00
<b>Gastos de funcionamiento del Tribunal</b>	\$ 20.000.000.00
<b>Total Honorarios y Gastos</b>	<b>\$2.484.000.000.00</b>
60 % a cargo de CNR	\$1.490.400.000.00
40 % pagado por CMC SAS	\$ 993.600.000.00
<b>Total a cargo de CNR y a favor de CMC SAS (A)</b>	<b>\$ 496.800.000.00</b>
<b>Honorarios definitivos del Perito Técnico</b>	<b>\$1.000.000.000.00</b>
50% a cargo de CNR	\$ 500.000.000.00
50% a cargo de CMC SAS	\$ 500.000.000.00
<b>Honorarios definitivos del Perito Financiero</b>	<b>\$ 500.000.000.00</b>
65% a cargo de CNR (sobre \$ 400.000.000.00)	\$ 260.000.000.00
35% a cargo de CMC SAS (sobre \$ 400.000.000.00)	\$ 140.000.000.00
50% a cargo de CNR (sobre \$100.000.000.00)	\$ 50.000.000.00
50% a cargo de CMC SAS (sobre \$100.000.000.00)	\$ 50.000.000.00
<b>Total Honorarios Peritos</b>	<b>\$1.500.000.000.00</b>
<b>Total Honorarios Peritos pagados por CNR</b>	<b>\$ 810.000.000.00</b>
<b>Total Honorarios Peritos pagados por CMC SAS</b>	<b>\$ 690.000.000.00</b>
<b>Gastos del Dictamen Pericial Técnico</b>	<b>\$ 177.743.218.00</b>
50% a cargo de CNR	\$ 88.871.609.00
50% a cargo de CMC SAS	\$ 88.871.609.00
<b>Gastos del Dictamen Pericial Financiero</b>	<b>\$ 20.000.000.00</b>
65% a cargo de CNR	\$ 13.000.000.00
35% a cargo de CMC SAS	\$ 7.000.000.00
<b>Total gastos de los Peritos</b>	<b>\$ 197.743.218.00</b>
<b>Total Gastos de los Peritos pagados por CNR</b>	<b>\$ 101.871.609.00</b>
<b>Total Gastos Peritos pagados por CMC SAS</b>	<b>\$ 95.871.609.00</b>
<b>Total Honorarios Peritos y Gastos a cargo de CNR</b>	<b>\$ 911.871.609.00</b>
60% a cargo de CNR	\$ 547.122.965.00
<b>Total Honorarios Peritos y Gastos a cargo de CMC SAS</b>	<b>\$ 785.871.609.00</b>
40 % pagado por CMC SAS	\$ 314.348.643.00
<b>Total a cargo de CNR y a favor de CMC SAS (B)</b>	<b>\$ 126.000.000.00</b>
<b>Agencias en Derecho</b>	<b>\$ 616.000.000.00</b>
Agencias en Derecho fijadas por el Tribunal – 100%	
<b>Total a cargo de CNR y a favor de CMC SAS (C)</b>	<b>\$ 616.000.000.00</b>
<b>Gran total a cargo de CNR y a favor de CMC SAS</b>	
<b>Suma de (A) + (B) + (C)</b>	<b>\$1.238.800.000.00</b>

Finalmente, en caso de existir un sobrante de la partida “Gastos” este se reintegrará a las Partes a razón de 50% para CNR y 50% para CMC SAS.

#### IV. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de todo lo expuesto, el Tribunal Arbitral constituido para resolver en derecho las controversias entre surgidas entre **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.** (Demandante y Demandada en Reconvención) y **MASERING S.A.S., CONSTRUCCIONES EL CONDOR S.A., y SP INGENIEROS S.A.S.**, integrantes del **CONSORCIO MINERO DEL CESAR, y CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.** (Demandadas y Demandantes en Reconvención), habilitado por las Partes, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### RESUELVE:

**PRIMERO:** Declararse no competente para conocer y decidir sobre las pretensiones y excepciones formuladas por y en contra de las sociedades **MASERING S.A.S., CONSTRUCCIONES EL CÓNDROR S.A., y S.P. INGENIEROS S.A.S.**, salvo en lo referente a la responsabilidad solidaridad pactada respecto de obligaciones establecidas en las cláusulas Sexta y Décima Cuarta del Acta de Reinicio, según lo señalado en el presente laudo.

**SEGUNDO:** Niéganse las pretensiones Uno, Dos, Tres, Cuatro, Cinco, Seis, Siete, Ocho, Nueve, Diez, Once, Doce, Trece, Catorce, Quince, Dieciséis, Diecisiete, Dieciocho, Diecinueve, Veinte, Veintiuno y Veintidós, numerales 1 (parcial), 2 y 3, de la demanda reformada de **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**

**TERCERO:** Declarar que prospera parcialmente la pretensión Veintidós, numeral 1, de la demanda reformada de **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**, referida a la obligación de reembolso del saldo del anticipo del 16% de los equipos señalados en el Artículo Cuarto del Memorando de Entendimiento y sus modificaciones. En consecuencia, se condena a **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, a reembolsar a **COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**, la suma de DOS MIL QUINIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS VEINTISIETE PESOS (\$2.582.537.327), más el valor de la indexación por IPC hasta la fecha del presente laudo, que es de CUATROCIENTOS CUARENTA MILLONES QUINIENTOS SESENTA MIL OCHOCIENTOS TREINTA CUATRO PESOS (\$440.560.834).

**CUARTO:** Así mismo, declarar que prospera la pretensión Veintidós, numeral 1, de la demanda reformada, en la remisión que hace a la pretensión SEXTA, numeral (ii), y en consecuencia se condena a **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, a pagar a **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**, la suma de UN MIL CIENTO QUINCE MILLONES DOSCIENTOS DIECISES MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$1.115.216.469), por concepto del reembolso del saldo de las sumas recibidas y no empleadas por el operador en el pago de la bonificación acordada para la implementación del Plan de Retiro Voluntario ofrecido a los trabajadores de los miembros del **CONSORCIO MINERO DEL CESAR**, junto con la indexación de dicha suma por IPC calculada entre el 7 de enero de 2013 y la fecha de este laudo, que asciende a la suma de CIENTO OCHENTA Y CUATRO MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES PESOS (\$184.452.943)

**QUINTO:** Declarar que las sociedades **MASERING S.A.S.**, **CONSTRUCCIONES EL CÓNDOR S.A.** y **SP INGENIEROS S.A.S.**, en su calidad de integrantes del Consorcio Minero del Cesar – CMC – cedieron válidamente, desde el 16 de noviembre de 2012, a la sociedad Consorcio Minero del Cesar S. A. S., su posición contractual en el Contrato de Operación de la Mina la Francia, celebrado con **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.** (antes **CARBONES DEL CESAR S.A.** –CdC-). En consecuencia, prospera la pretensión PRIMERA de la demanda de reconvención reformada de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**

**SEXTO:** Declarar que la cesión de la posición contractual de la que se da cuenta precedentemente, es eficaz y oponible a la sociedad **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**, y, por lo tanto, obligatoria y vinculante para ésta, a partir del 16 de noviembre de 2012. En consecuencia, prospera la pretensión SEGUNDA de la demanda de reconvención reformada de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**

**SÉPTIMO:** Declarar que **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S. A. S.**, a partir del 16 de noviembre de 2012 ejecutó material y jurídicamente, en su nombre, por su cuenta y como parte contractual, el Contrato de Operación de la Mina La Francia, y que **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**, recibió el cumplimiento de las prestaciones ejecutadas y se benefició de los servicios contratados. En consecuencia, prospera la pretensión TERCERA de la demanda de reconvención reformada de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**

**OCTAVO:** Declarar que son tardías y carentes de efecto, las constancias y reservas consignadas por **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I SAS** en otras Actas de Liquidación de Producción de Carbón y Estéril suscritas con posterioridad a la aceptación inicial de los servicios y actividades, cumplimiento de la prestación ejecutada por **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.** y conforme a las cuales, “CNR asume que el CMC SAS Nit 900562357-1 actúa por cuenta del CMC Nit 90001045-0, quien para CNR es su verdadera contraparte contractual”. En consecuencia, prospera la pretensión QUINTA de la demanda de reconvención reformada de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**

**NOVENO:** Declarar que, a partir del 16 de noviembre de 2012 la sociedad **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S** es quien tiene la legitimación por activa y por pasiva para comparecer en proceso, ejercer los derechos y cumplir con las obligaciones derivadas del Contrato de Operación, por hechos ocurridos antes o después de la misma. En consecuencia, prospera la pretensión SÉPTIMA de la demanda de reconvención reformada de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**

**DÉCIMO:** Declarar que, de conformidad con el Acta de Reinicio de fecha 12 de agosto de 2009, las partes del Contrato de Operación reconocieron y aceptaron expresamente que la “capacidad de producción de estéril del CMC se encuentra en (1.750.000 MCB/mes más el carbón asociado determinado por el Plan Minero del respectivo mes”. En consecuencia, prospera la pretensión OCTAVA de la demanda de reconvención reformada de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**

**DÉCIMO PRIMERO:** Declarar que, de conformidad con el Otrosí 2 del Acta de Reinicio, de fecha 6 de enero de 2010, las partes del Contrato de Operación reconocieron y aceptaron expresamente que “la capacidad de producción de estéril del CMC se encuentra en (2.000.0000 MCB/mes) y el Acta de Reinicio está acordado que CDC garantizará un mínimo de Un millón Setecientos Mil Metros Cúbicos Banco Mes (1.700.000 MCB/mes)”, quien admitió “su imposibilidad transitoria de cumplir con los mínimos de producción garantizados, aduciendo entre otras razones, problemas de embarque de carbón y de mercado”. En consecuencia, prospera la pretensión NOVENA de la demanda de reconvención reformada de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**

**DÉCIMO SEGUNDO:** Declarar que, para la operación de la Mina la Francia, la sociedad **CI COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**, contrajo la obligación de elaborar para su concertación posterior, Planes Mineros – anuales, trimestrales, mensuales, de largo, mediano o corto plazo-, con sujeción “**al menos**” de “los siguientes puntos”:

a) “Que se acuerden *volúmenes de estéril y de carbón de acuerdo con la capacidad de producción e infraestructura del CMC* en la Mina La Francia”;

b) Que salvo en el período de reducción pactado en el Otrosí No. 2 del 6 de enero de 2010 al Acta de Reinicio del 12 de agosto de 2009, debían garantizar y, por lo tanto, hacer viable una producción mínima mensual de 1.700.000 MCB más el carbón asociado determinado por el Plan Minero del respectivo mes.

c) “Que el diseño del Plan Minero mensual se ciña a manejar *balanceadamente las distancias de acarreo a botadero de los camiones mineros y que para efectos de la medición de las distancias, las partes acuerdan que éstas serán medidas de acuerdo con las distancias efectivamente recorridas por los camiones desde el lugar de cargue hasta el de descargue*” y

“d) Que la *forma de concertar los Planes Mineros de largo, mediano y corto plazo se basará en que la secuencia minera deberá tener en cuenta prioritariamente buscar la mayor eficiencia de la capacidad de producción e infraestructura del CMC*”.

En consecuencia, prospera la pretensión DÉCIMA de la demanda de reconvención reformada de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**

**DÉCIMO TERCERO:** Declarar que **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S.**, incumplió las siguientes obligaciones que contrajo en el Contrato de Operación:

1. Pagar las facturas por el suministro de servicios de explotación minera prestados por el Consorcio y por **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, entre septiembre 29 de 2012 y enero 15 de 2013, los cuales fueron facturados por la sociedad **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, a partir del 16 de noviembre de 2012. En consecuencia, prosperan la pretensión declarativa DÉCIMA PRIMERA, numeral 11.1, así como parcialmente la pretensión SEGUNDA de condena, de la demanda de reconvención reformada de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.** Por lo tanto, se condena a **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**, a pagar a **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, la suma de TREINTA Y TRES MIL CIENTO SESENTA Y UN MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS (\$33.161.586.648), correspondiente al capital de las facturas insolutas, más la suma de TREINTA Y TRES MIL CIENTO TREINTA Y OCHO MILLONES QUINIENTOS DOCE MIL TRESCIENTOS SETENTA Y TRES PESOS (\$33.138.512.373), correspondiente a los respectivos intereses moratorios liquidados sobre dicho capital hasta la fecha del presente laudo.

2. Reconocer y pagar la suma de TRES MIL SESENTA Y CUATRO MILLONES CINCUENTA Y DOS MIL QUINIENTOS NOVENTA Y UN PESOS (\$3.064.052.591), correspondiente al valor de reposición de las líneas de trituración 1 y 2. En consecuencia, prospera parcialmente la pretensión declarativa DÉCIMA PRIMERA, numeral 11.3, de la demanda de reconvención reformada de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, y prospera parcialmente la pretensión OCTAVA de condena, numeral 8.1, y por lo tanto se condena a **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**, a pagar a **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, la suma de TRES MIL SESENTA Y CUATRO MILLONES CINCUENTA Y DOS MIL QUINIENTOS NOVENTA Y UN PESOS (\$3.064.052.591).

3. Garantizar a partir del mes de enero de 2011 la producción mínima mensual de 1'700.000 MCB más el carbón asociado, acordada en la cláusula 3º del Acta de Reinicio y Transacción y en el numeral 2.1.6. de su Otrosí N° 2. En consecuencia, prospera parcialmente la pretensión declarativa DÉCIMA PRIMERA, numeral 11.7, de la demanda de reconvención reformada de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**

4. Pagar el *Take or Pay* mensual estipulado en el numeral 2.1.6. de la cláusula segunda del Otrosí N° 2 al Acta de Reinicio y Transacción, por los meses de febrero a junio y septiembre a diciembre de 2011; enero a julio y octubre a diciembre de 2012, y enero de 2013, en los cuales incumplió la garantía de producción mínima mensual de 1'700.000 MCB más el carbón asociado. En consecuencia, prosperan la pretensión declarativa DÉCIMA PRIMERA, numeral 11.8, subsidiaria, y parcialmente la pretensión CUARTA de condena, de la demanda de reconvención reformada de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, y por lo tanto se condena a **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**, a pagar a **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, la suma de DIECINUEVE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y SIETE MIL OCHOCIENTOS OCHO PESOS (\$19.233.947.808), correspondiente al capital no pagado por el referido *Take or Pay*, más la suma de VEINTICUATRO MIL CIENTO NOVENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CIENTO SIETE PESOS (\$24.193.443.107), correspondiente a los respectivos intereses moratorios liquidados sobre dicho capital hasta la fecha del presente laudo.

5. Acatar la condonación prevista en la cláusula 2.1.6. del Otrosí No. 2 al Acta de Reinicio y Transacción, que a la letra dice: "*Si a partir del mes de enero de 2011 no se logra llegar a estos niveles mínimos de producción, y CDC incumple el pago del Take or Pay Mensual 2011, en cualquier mes en que se presente esta situación, las sumas entregadas por concepto de intereses de las "cuotas de leasing" por el CDC al CMC, según se detalla en los Cuadros # 1 y # 2, serán condonadas por CDC sin obligación alguna de CMC de pago o reembolso, (...)*", y "*(...) seguir pagando, dentro de los primeros cinco (5) días de cada mes, al CMC los compromisos mensuales de pago de cánones e intereses causados a partir del mes de enero de 2011 según se indica en el cuadro # 2, hasta que (i) se termine la Oferta por decisión del CMC; (...)*". En consecuencia, prospera parcialmente la pretensión declarativa DÉCIMA PRIMERA, numerales 11.9 y 11.12, y no prospera la pretensión QUINTA de condena, de la demanda de reconvención reformada de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, por encontrarse su valor incluido en la condena correspondiente a la pretensión SEXTA de condena, numeral 6.4.

6. La de asumir el cumplimiento de la totalidad de los contratos de leasing y sustituirse en dichos contratos de conformidad con lo establecido en el Acta de Reinicio y Transacción y sus otrosíes No. 2 y 3, obligación exigible como consecuencia de la terminación anticipada del Contrato de Operación por cualquier causa. En consecuencia, prosperan la pretensión declarativa DÉCIMA PRIMERA, numeral 11.15, y la pretensión SEXTA de condena, numeral 6.2, de la demanda de reconvención reformada de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, y no prospera la pretensión SEXTA de condena, NUMERAL 6.1, por encontrarse su valor incluido en la condena correspondiente a la pretensión SEXTA de condena, numeral 6.4.

7. La de pagar los costos de importación y el porcentaje de propiedad adquirido sobre los equipos bajo leasing, de conformidad con lo establecido en el Acta de Reinicio y Transacción y sus otrosíes No. 2 y 3 obligación exigible como consecuencia de la terminación anticipada del Contrato de Operación por cualquier causa.



En consecuencia, prosperan la pretensión declarativa DÉCIMA PRIMERA, numeral 11.16, la pretensión SEXTA de condena, numeral 6.4, de la demanda de reconvención reformada de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, y por lo tanto se condena a **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**, a pagar a **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, las sumas de: (i) SIETE MIL SETECIENTOS OCHENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y UN PESOS (\$7.781.976.831), por concepto de costos de importación, (ii) CIENTO NUEVE MILLONES CIENTO CUARENTA Y OCHO MIL DIEZ PESOS CON CINCUENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$109.148.010,59), correspondiente a la indexación del anterior monto por IPC entre el 12 de febrero de 2013 y el 12 de septiembre de 2013, para un total por estos dos conceptos de SIETE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y UN MILLONES CIENTO VEINTICUATRO MIL OCHOCIENTOS CUARENTA Y UN MIL PESOS CON CINCUENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$7.891.124.841,59), y (iii) SEIS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS DOCE MIL SETECIENTOS TRES PESOS CON CUARENTA Y DOS CENTAVOS (\$6.336.612.703,42), correspondiente a los respectivos intereses moratorios liquidados sobre dicho capital hasta la fecha del presente laudo.

Así mismo, prosperan la pretensión declarativa DÉCIMA PRIMERA, numeral 11.16, en relación con la obligación de reconocer el Porcentaje de Propiedad adquirido sobre los equipos bajo leasing, de conformidad con lo establecido en el Acta de Reinicio y Transacción y sus otrosíes Nos. 2 y 3, y parcialmente la pretensión SEXTA de condena, numeral 6.4, de la demanda de reconvención reformada de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, y por lo tanto se condena a **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**, a pagar a **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, las sumas de: (i) SETENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES NOVECIENTOS QUINCE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS CON SETENTA Y OCHO CENTAVOS (\$76.256.915.448,78), por concepto de Porcentaje de Propiedad, (ii) MIL SESENTA Y NUEVE MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y TRES PESOS CON SESENTA Y UN CENTAVOS (\$1.069.559.933,61), correspondiente a la indexación de esta suma por IPC entre el 12 de febrero de 2013 y el 12 de septiembre de 2013, y (iii) SESENTA Y DOS MIL NOVENTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS CON SESENTA Y CUATRO CENTAVOS (\$62.093.546.363,64), correspondiente a los .respectivos intereses moratorios liquidados sobre dicho capital hasta la fecha del presente laudo.

Así mismo prospera parcialmente la pretensión SEXTA de condena, numeral 6.1, y por lo tanto se condena a **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**, a pagar a **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, el valor de los pagos realizados por esta a partir del 23 de enero de 2013 y hasta que aquella se sustituya en los contratos de leasing o dichos contratos terminen.

Así mismo prospera parcialmente la pretensión SEXTA de condena, numeral 6.2, y por lo tanto se condena a **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**, a sustituirse en los contratos de leasing celebrados por los integrantes del Consorcio y que se encuentren en ejecución a la fecha del laudo, de conformidad con lo establecido en el Acta de Reinicio y Transacción y sus otrosíes No. 2 y 3.

8. La de comprar y pagar, al valor del avalúo comercial, los equipos incluidos en contratos de leasing ya finalizados, más los costos de importación y seguros, obligación exigible como consecuencia de la terminación anticipada del Contrato de Operación por cualquier causa. En consecuencia, prospera la pretensión declarativa DÉCIMA PRIMERA, numeral 11.17, de la demanda de reconvención reformada de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**

9. Las de realizar las labores de vigilancia y de mantener el control de acceso a la Mina, de mantener un adecuado cerramiento de la Mina y de coordinar con las autoridades estatales para asegurar la integridad física y la seguridad de los equipos e infraestructura. En consecuencia, prospera la pretensión declarativa DÉCIMA PRIMERA, numeral 11.18, de la demanda de reconvención reformada de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**

**DÉCIMO CUARTO:** Declarar que **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S.**, incumplió de manera grave sus obligaciones contractuales derivadas del Contrato de Operación, en los términos indicados en este laudo. En consecuencia, prospera parcialmente la pretensión declarativa DÉCIMA CUARTA, de la demanda de reconvención reformada de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**

**DÉCIMO QUINTO:** Declarar que la terminación del Contrato de Operación adoptada por el operador ante los incumplimientos de CNR es válida y tuvo efectos a partir del 21 de enero de 2013. En consecuencia, prospera parcialmente la pretensión declarativa subsidiaria DÉCIMA QUINTA, de la demanda de reconvención reformada de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**

**DÉCIMO SEXTO:** Declarar que **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S.**, es responsable de los daños y perjuicios causados a **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, en los términos indicados en este laudo. En consecuencia, prospera parcialmente la pretensión declarativa subsidiaria DÉCIMA SEXTA, de la demanda de reconvención reformada de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Declarar que **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S.** es responsable y está obligada a asumir todos los costos y riesgos de pérdida, daño, y deterioro que hubieran o pudieran experimentar los bienes, equipos, inventarios, elementos e infraestructura destinados a la operación y explotación de la Mina, los cuales estaban y quedaron en la misma, bajo su vigilancia y control de acceso, en la fecha en que fue tomada y bloqueada por un grupo de personas. En consecuencia, prospera la pretensión declarativa subsidiaria DÉCIMA OCTAVA, de la demanda de reconvención reformada de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**

**DÉCIMO OCTAVO:** Niéganse las pretensiones declarativas CUARTA, SEXTA, ONCE, numerales 11.2, 11.4, 11.5, 11.6, 11.10, 11.11, 11.13, 11.14, 11.19, 11.20, 11.21, 11.22, y 11.23, DÉCIMA SEGUNDA, DÉCIMA TERCERA, DÉCIMA SÉPTIMA, DÉCIMA NOVENA, VIGÉSIMA, así como las pretensiones condenatorias PRIMERA, TERCERA, QUINTA, SEXTA, numerales 6.1 (parcial), 6.3 y 6.5, SÉPTIMA, OCTAVA (parcialmente), NOVENA, DÉCIMA, de la demanda de reconvención reformada de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**

**DÉCIMO NOVENO:** En los términos dispuestos en el presente laudo, prospera la pretensión DÉCIMA PRIMERA de condena, de la demanda de reconvención reformada de **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**

**VIGÉSIMO:** Negar las excepciones de mérito propuestas por **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I. S.A.S.**, salvo la denominada “Excepción de Improcedencia de la Exigibilidad de la Cláusula Penal por el Eventual Incumplimiento de Obligaciones Dinerarias”, y la denominada “Excepción de Compensación”, las cuales prosperan en los términos establecidos en este laudo.

**VIGÉSIMO PRIMERO:** Ordenar que respecto de las sumas líquidas exigibles ordenadas en las condenas pecuniarias impuestas en el presente laudo, se realicen las compensaciones a que haya lugar.

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** Sin perjuicio de la compensación de obligaciones ordenada en este laudo, condenar a las partes, **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**, y **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, a reconocer y pagar intereses comerciales moratorios a la tasa más alta autorizada, sobre todas las sumas reconocidas a su cargo en el presente laudo, a partir del décimo día hábil siguiente a la ejecutoria del mismo y hasta su pago efectivo.

**VIGÉSIMO TERCERO:** Condenar a **C.I. COLOMBIAN NATURAL RESOURCES I S.A.S.**, a pagar a **CONSORCIO MINERO DEL CESAR S.A.S.**, la suma de UN MIL DOS CIENTOS TREINTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$1.238.800.000.00), por concepto de costas de este proceso.

**VIGÉSIMO CUARTO:** No imponer sanción alguna derivada de los juramentos estimatorios hechos por las partes.

**VIGÉSIMO QUINTO:** De conformidad con lo dispuesto en el Auto 47 del 25 de junio de 2015, ordenar que por Secretaría se lleve a cabo la devolución a las partes respectivas, de los documentos reservados aportados por ellas al proceso que obran en los Cuadernos de Pruebas Nos. 29, 30, 31 y 32.

**VIGÉSIMO SEXTO:** Declarar causado el saldo de los honorarios a favor de los árbitros y de la secretaria del Tribunal.

**VIGÉSIMO SÉPTIMO:** Ordenar que la Presidente del Tribunal proceda a rendir cuentas de las sumas entregadas por las partes para cubrir los gastos de funcionamiento del Tribunal.

**VIGÉSIMO OCTAVO:** Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo con destino a cada una de las partes con las constancias de ley, y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá

Notifíquese y Cúmplase.

Esta providencia quedó notificada en audiencia.

**MARCELA MONROY TORRES**  
Presidente

**JAIME HUMBERTO TOBAR ORDOÑEZ**  
Árbitro

**JUAN CARLOS VARON PALOMINO**  
Árbitro

**PATRICIA ZULETA GARCÍA**  
Secretaria