

## Laudo Arbitral

Consortio Miel, integrado por las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A., Grupo Mexicano de Desarrollo S.A., GMD, Asea Brown Boveri Ltda., ABB, Sae Sadelimi S.p.A. y Kvaerner Energy A.S.

v.

Sociedad Fiduciaria Anglo S.A., Fiduanglo

Noviembre 24 de 2000

Agotado el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitramento a dictar el laudo que finaliza el proceso arbitral seguido de una parte por el Consortio Miel, integrado por las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A., Grupo Mexicano de Desarrollo S.A., GMD, Asea Brown Boveri Ltda., ABB, Sae Sadelimi S.p.A. y Kvaerner Energy A.S. (que en adelante se denominará el consorcio), y de la otra, la sociedad Fiduciaria Anglo S.A., Fiduanglo, (fideicomiso Miel I), (que en adelante se denominará el fideicomiso).

## CAPÍTULO I

### 1. Antecedentes

#### 1.1. El pacto arbitral

Entre las partes y para efectos de dirimir las controversias suscitadas por razón de los asuntos contenidos en la reclamación presentada por el consorcio al fideicomiso el 27 de enero de 1998, en desarrollo del contrato de obra MI-100 para la construcción y suministro de equipos electromecánicos para el proyecto Miel I, se suscribió un compromiso arbitral, del siguiente tenor:

#### “Compromiso arbitral

“Santiago Jaramillo Villamizar identificado con la cédula de ciudadanía 79.330.299 de Bogotá, mayor de edad domiciliado en Santafé de Bogotá, quien obra en nombre y representación de la Sociedad Fiduciaria Anglo S.A., Fiduanglo, compañía de servicios financieros domiciliada en Santafé de Bogotá, constituida mediante escritura pública 5.564 otorgada el 12 de noviembre de 1991 en la Notaría Séptima de Santafé de Bogotá, con permiso de funcionamiento conforme con la Resolución 4.372 expedida el 25 de noviembre de 1991 por la (\*) Superintendencia Bancaria, con domicilio principal en la ciudad de Santafé de Bogotá actuando única y exclusivamente en su calidad de administrador fiduciario del fideicomiso Miel I, debida y expresamente autorizado por el consejo directivo del fideicomiso y de otra parte Marcus Tulio Pereira Schmidt identificado con la cédula de extranjería 259.950, quien obra en nombre y representación del Consortio Miel conformado por las empresas Constructora Norberto Odebrecht S.A., de Brasil, sociedad constituida según las leyes de Brasil, domiciliada en Río de Janeiro; Asea Brown Boveri Ltda., (Brasil), sociedad constituida según las leyes de Brasil, domiciliada en Sao Paulo; ABB Sae Sadelmi, SPA, sociedad constituida según las leyes de Milán México (sic), domiciliada en México D.F. y Kvaerner Energy A/S sociedad constituida según las leyes de Noruega, domiciliada en Oslo, partes entre las cuales se encuentra suscrito el contrato de obra MI-100 para la construcción y suministro de equipos electromecánicos para el proyecto Miel I, hemos celebrado el siguiente compromiso a fin de someter a la decisión de un Tribunal de Arbitramento, las diferencias surgidas sobre los asuntos contenidos en la reclamación presentada por el Consortio Miel a la fiduciaria el 27 de enero de 1998, respondida por la fiduciaria el día 26 de marzo; aspectos sobre los cuales las partes no han podido llegar a un acuerdo mediante negociación directa. Los asuntos reclamados y sometidos a la decisión del tribunal son:

a) Reclamo por demora en la iniciación de las obras;

b) Reclamo relacionado con los cambios de legislación, impuestos, tasas y contribuciones:

b.1. Cambios e incidencia del IVA;

b.2. Cambios e incidencia del impuesto de timbre;

b.3. Cambios e incidencia del impuesto de renta;

b.4. Cambio e incidencia en seguridad social;

c) Eliminación de obras contratadas:

c.1. Eliminación del sistema de transmisión y subestaciones;

c.2. Eliminación del ítem 17.127 del contrato de obra;

d) Actualización del sistema de ajuste.

“Durante las negociaciones directas las partes convinieron analizar el tema relativo a la forma de amortización del anticipo, sobre lo cual tampoco llegaron a acuerdo y decidieron someterlo a arbitramento.

El Tribunal de Arbitramento estará conformado por tres árbitros colombianos designados de común acuerdo por las partes o en el evento de no ponerse de acuerdo serán designados por el director del centro de conciliación y arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El Tribunal de Arbitramento sesionará y funcionará en Santafé de Bogotá, bajo las reglas del arbitramento independiente.

La instalación y funcionamiento del tribunal se regirá por las normas del Decreto 2651 de 1991, de la Ley 23 de 1991 y el Decreto 2279 de 1989 en lo pertinente, y de las normas que las modifiquen, adicionen o complementen.

El fallo del tribunal será en derecho.

En los términos aquí establecidos las partes acuerdan para la decisión exclusiva de estas diferencias aplicar el presente compromiso arbitral en sustitución de la cláusula compromisoria establecida en el mencionado contrato.

Santiago Jara Millo Villamizar (Fdo.)

Marcus Tulio Pereira Schmit (Fdo.)”.

## 1.2. El tribunal de arbitramento

• Mediante demanda presentada el 30 de octubre de 1998, las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A. Grupo Mexicano de Desarrollo S.A., GMD, Asea Brown Boveri Ltda., ABB Sae Sadelimi S.p.A. y Kvaerner Energy A.S., Consorcio Miel, por conducto de apoderada especial, solicitaron la convocatoria de este tribunal de arbitramento al centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, la cual fue admitida; de esta se corrió traslado a Hidroeléctrica La Miel S.A., Empresa de Servicios Públicos Hidromiel S.A., ESP, y Sociedad Fiduciaria Anglo S.A. Fiduanglo, en los términos del artículo 428 del Código de Procedimiento Civil. Dentro del término legal y por conducto de apoderado especial, las entidades demandadas dieron contestación a la demanda presentada, rechazaron las pretensiones de la demanda y propusieron excepciones de mérito, de las cuales se corrió traslado a la convocante, quien se opuso a su prosperidad y solicitó y aportó pruebas sobre aquellas (fl. 525).

••••• El 11 de marzo de 1999 se dio inicio a la audiencia de conciliación (fl. 584), la cual fue suspendida varias veces por solicitud de las partes, (30 de abril, 31 de mayo, 11 de junio de 1999) y finalmente se concluyó el 15 de junio de 1999, en el centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, según acta que obra a folio 594 del cuaderno 1 principal, presidida por la doctora María Margarita Pachón, como conciliadora por parte del centro, con asistencia de los representantes legales de las partes y sus apoderados, sin lograrse acuerdo alguno sobre las pretensiones de la demanda.

• En aplicación de lo estipulado en el compromiso transcrito, las partes designaron como árbitros a los doctores Juan Carlos Esguerra Portocarrero, Hugo Palacios Mejía y Carlos Gustavo Arrieta Padilla, quienes aceptaron en la debida oportunidad.

- A continuación y previas las citaciones por parte del centro de arbitraje a los árbitros y a los apoderados, y conforme lo dispuesto en el artículo 142 del Decreto 1818 de 1998, se instaló el tribunal el 7 de julio de 1999 a las diez y treinta de la mañana (10:30 a.m.), en sesión realizada en las oficinas del centro de arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, audiencia en la cual se designó presidente del tribunal al doctor Juan Carlos Esguerra Portocarrero y como secretaria a la doctora María Cristina Morales de Barrios, quien aceptó el cargo y tomó posesión del mismo el 12 de julio de 1999. Se fijó como sede del tribunal y la secretaría las oficinas situadas en la carrera 12 N° 70-31 de Bogotá, se señalaron las sumas de honorarios para los miembros del tribunal, así como la partida para gastos de funcionamiento y protocolización, las cuales fueron consignadas por mitades entre las partes a órdenes del presidente del tribunal en la debida oportunidad.

### 1.3. Las partes procesales y sus apoderados

Tal como se estableció durante la primera audiencia de trámite, las partes que integran la relación sustancial son:

#### 1.3.1. La convocante

La parte convocante está integrada por Constructora Norberto Odebrecht S.A., Grupo Mexicano de Desarrollo S.A., GMD, Asea Brown Boveri Ltda., ABB Sae Sadelmi S.p.A. y Kvaerner Energy A.S., sociedades que conforman el establecimiento de comercio denominado “Consortio Miel”.

#### 1.3.2. La convocada

Es el fideicomiso Miel I, conforme lo estableció el tribunal en la primera audiencia de trámite, con base en el documento de 27 de noviembre de 1997 mediante el cual la sociedad Hidromiel cedió al fideicomiso Miel I su posición jurídica y con ella la totalidad de sus derechos u obligaciones derivados del contrato de obra, y en el documento denominado acuerdo de fideicomitentes, según el cual las partes convinieron que los efectos de cualquier reclamación sobre los hechos allí relacionados que son los mismos controvertidos en este tribunal, serían atendidos por el fideicomiso. De estas circunstancias, aceptadas por las dos partes, y considerando que “el pacto del cual deriva su competencia es el compromiso arbitral y que por ende, cualquier declaración o condena que llegare a hacerse, solo podría predicarse del fideicomiso Miel I, representado por la Sociedad Fiduciaria Anglo S.A. Fiduango, sucesor de Hidromiel S.A.”, la parte convocada es el fideicomiso Miel I, representado por la Sociedad Fiduciaria Anglo S.A. Fiduango.

#### 1.3.3. Los apoderados

Por tratarse de un arbitramento en derecho, las partes comparecieron al proceso arbitral representadas por abogados, según lo dispuesto por el artículo 118 de la Ley 446 de 1998, que modificó el artículo 7° del Decreto 2279 de 1989. Las sociedades convocantes están representadas por la doctora Susana Montes de Echeverry, y las convocadas por el doctor Jorge Eduardo Chemas Jaramillo, según poderes especiales a ellos conferidos.

### 1.4. El proceso arbitral

El 20 de agosto de 1999 a las 9:00 de la mañana se llevó a cabo la primera audiencia de trámite, oportunidad en la cual el tribunal aceptó ser competente para conocer y decidir en derecho las pretensiones formuladas en la convocatoria de este tribunal y la oposición planteada en la contestación de la demanda, por razón de los asuntos contenidos en la reclamación presentada por el Consortio Miel a la Fiduciaria Anglo S.A., Fiduango, el 27 de enero de 1998, en desarrollo del contrato de obra MI-100 para la construcción y suministro de equipos electromecánicos para el proyecto Miel I, decidiendo en esta oportunidad que el extremo pasivo estaría conformado únicamente por la Sociedad Fiduciaria Anglo S.A., en su calidad de representante del fideicomiso Miel I. En esta oportunidad se decretaron las pruebas solicitadas por los apoderados de las partes. Durante el trámite procesal se incorporó la prueba documental. También se practicaron durante el período probatorio las siguientes:

- Oficios

A solicitud del Consortio Miel se libraron oficios y se obtuvo respuesta de la sociedad Hidromiel S.A. (acta 9A),

de la sociedad Fiduango S.A. – fideicomiso Miel (acta 12), al señor Ministro de Minas y Energía (acta 8), a la secretaria general del Departamento Nacional de Planeación, DNP, secretario del Conpes (acta 9), a Isagen S.A., a ISA S.A. (acta 9A), Cementos Río Claro (acta 14), Cementos Argos (acta 14), Laminados Andinos S.A. (acta 8), Simesa S.A. (acta 8), Aceros Diaco (acta 8). No se recibió respuesta a los oficios librados al director de crédito público del Ministerio de Hacienda y Crédito público, Cementos Diamante – Samper, Cementos Boyacá, al Unión Banks of Switzerland, UBS, al Lehman Brothers a pesar de haberseles requerido para ello. Por solicitud del fideicomiso Miel se libraron oficios y se obtuvo respuesta de Interconexión Eléctrica S.A., ESP, ISA (actas 9A) y a la Constructora Norberto Odebrecht S.A. (acta 8).

#### • Testimonios

A solicitud del Consorcio Miel se decretaron y practicaron los testimonios de los señores Edmundo D'Silva (acta 9A), Alexandre Rego (acta 8), Carlos Angulo Galvis (acta 4). Se desistió del testimonio del señor Bernard Van Hisenhoven (acta 11). Por solicitud del fideicomiso Miel I se decretaron y practicaron los testimonios de los señores Alberto Marulanda Posada (acta 11), Clemente del Valle Borráez (acta 8), Jaime Enrique Sanz (acta 9), Clímaco López Cuyamón (acta 5). El testigo Guido Cerini, no compareció a la audiencia citada (fl. 90) y en audiencia de agosto 3 de 2000 (acta 25) el señor apoderado del fideicomiso Miel I desistió del testimonio. Durante la inspección judicial a la obra en Norcasia, el tribunal, por solicitud de la apoderada del consorcio y por considerarlo procedente, practicó el testimonio del señor Adolfo Fehrman (acta 13).

#### • Inspección judicial sobre documentos previa exhibición

Por solicitud del Consorcio Miel se decretaron y practicaron inspecciones judiciales en las oficinas de Fiduango S.A. (actas 7, 16, 17, 18), de Ingetec (actas 10, 14), de Hidromiel en Norcasia y Manizales (actas 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 21, 22, 26), y en las instalaciones de la obra Proyecto Miel en Norcasia, Caldas (acta 13). Por solicitud del fideicomiso Miel se decretó y practicó inspección judicial en las oficinas del Consorcio Miel (actas 6, 12).

#### • Dictámenes periciales

Por solicitud de las dos partes se decretó un dictamen contable, el cual fue por dos peritos contadores, señores Blas Giffuni y Ricardo Sabogal (acta 19), del cual presentaron aclaraciones a solicitud de las partes (acta 24); por parte de la apoderada del consorcio se hicieron algunas observaciones relativas a las aclaraciones realizadas por los señores peritos contadores; por su parte, el señor apoderado del fideicomiso objetó en forma parcial el dictamen contable (Informe secretarial de agosto 2/2000 (fl. 395) cdno. de trámite).

A solicitud de la convocante se rindió un dictamen por dos ingenieros civiles consultores, señores Octavio Rendón y Jorge Torres (acta 18), el cual fue aclarado a solicitud de las dos partes (acta 21) y objetado parcialmente por ellas (acta 22).

Se decretó, también a solicitud de la parte convocante un dictamen para ser rendido por peritos expertos en financiación de proyectos de infraestructura y banca de inversión, del cual desistió la convocante (acta 3).

#### 1.5. Los alegatos de conclusión

En audiencia celebrada el 10 de octubre del presente año, en presencia de los representantes legales de las partes y antes de la presentación de los alegatos finales, el tribunal instó a las partes para acordar una fórmula de arreglo sobre los temas del arbitramento. Al no lograrse ningún acercamiento, los señores apoderados presentaron oralmente sus alegaciones y entregaron al tribunal memoriales escritos que las contienen. En ellas reafirmaron sus posiciones ante el tribunal enfatizando la apoderada del consorcio sus pretensiones y el apoderado del fideicomiso sus excepciones, destacando ambos los hechos que resultaron demostrados durante el proceso, analizando detalladamente los medios probatorios correspondientes. Concluido así el trámite, el tribunal fijó la fecha de hoy (nov. 24/2000), para la audiencia de fallo que pondrá fin al proceso arbitral .

#### 1.6. El término del proceso arbitral

El término legal de seis meses, que comenzó a correr el veinte (20) de agosto de 1999 —finalización primera

audiencia de trámite— (acta 2), fue prorrogado por voluntad de los apoderados de las partes en tres (3) meses, en uso de la facultades expresas otorgadas al efecto (acta 9). Además el término ha sido suspendido en las siguientes oportunidades, por solicitud conjunta de los señores apoderados de las partes:

- acta 5: De septiembre 7 a octubre 18 de 1999.
- acta 13: De diciembre 9 de 1999 a enero 17 de 2000.
- acta 17: De febrero 16 a marzo 21 de 2000.
- acta 19: De abril 4 a mayo 8 de 2000.
- acta 20: De mayo 11 a mayo 21 de 2000.
- acta 21: De junio 8 a junio 13 de 2000.
- acta 22: De junio 23 a junio 28 de 2000.
- acta 24: De julio 13 a julio 31 de 2000.
- acta 25: De agosto 4 a agosto 17 de 2000.
- acta 26: De septiembre 8 a octubre 9 de 2000.

Por tanto, al término acordado de nueve meses, se le descuentan los términos de suspensión (240 días), por lo cual es oportuna la fecha para esta audiencia de fallo.

#### 1.7. Las pretensiones y excepciones formuladas por las partes

##### 1.7.1. Declaraciones y condenas formuladas por la parte convocante en la demanda

###### “I.1. Primera pretensión: retraso de las obras

Reclamo sobre reconocimiento y pago de los sobrecostos en que incurrió el Consorcio Miel y los miembros del mismo consorcio, por la demora de la entidad licitante en el cumplimiento de sus obligaciones y obtener soluciones a los cambios de la política macroeconómica del gobierno que afectaron la licitación MI-100, de forma a permitir estructurar los documentos del proyecto a partir de la fecha de adjudicación de la licitación MI-100 y la fecha en que efectivamente se inició la ejecución del contrato de obra, demoras que ocasionaron, a su vez, atraso en la celebración de los contratos requeridos para la iniciación del proyecto, y en la iniciación misma. de las obras.

I.1.A. Que se declare por el honorable Tribunal de Arbitramento que las sociedades demandantes miembros del Consorcio Miel, fueron obligados a desarrollar intensa actividad negocial, financiera, técnica y legal que ocasionaron sobrecostos no previstos en el valor de su oferta para la licitación MI-100, gastos y costos que se causaron en el período comprendido entre la fecha en que debió iniciarse la ejecución de las obras y la fecha en que efectivamente se iniciaron tales obras en desarrollo del objeto de la licitación MI-100 y del contrato de obra celebrado entre Hidromiel S.A., y el Consorcio Miel.

I.1.B. Que se declare por el honorable tribunal de arbitramento que los sobrecostos a que se refiere la declaración anterior, se causaron por hechos y actuaciones no atribuibles a la responsabilidad de las empresas miembros del Consorcio Miel ni a este y que generan responsabilidad económica para la entidad licitante Hidromiel S.A., frente a las sociedades miembros del Consorcio Miel, como adjudicatario de la licitación MI-100, por los cuales debe responder la entidad licitante Hidromiel S.A., o quien haga sus veces.

I.1. C. Que, como consecuencia de las declaraciones anteriores, se condene a Fiduángulo S.A., como fiduciaria o personera del fideicomiso Miel I, cesionaria de las obligaciones a cargo de Hidromiel S.A., relacionadas con el proyecto Miel I de conformidad con la cláusula 11.c.3 del acuerdo de fideicomitentes y de la cláusula 12.2 del contrato de fiducia mercantil, a pagar a favor de las Empresas integrantes del Consorcio Miel y demandantes en este proceso arbitral, la suma de US\$ 4.679.098 (cuatro millones seiscientos setenta y nueve mil noventa y ocho

dólares norteamericanos), valor histórico (sin actualizar y sin liquidar intereses) de los gastos y costos adicionales en que debieron incurrir dichas sociedades durante el período de demora entre (a fecha en que se debían iniciar las obras en desarrollo de la licitación MI-100 y la fecha en que efectivamente se dio la orden de iniciación de los trabajos, o el valor que, en el laudo, determine el honorable Tribunal de Arbitramento por este mismo concepto.

I.1.D. Que se condene a Fiduanglo S.A. como fiduciaria o personería del fideicomiso Miel I, cesionaria de las obligaciones a cargo de Hidromiel S.A. relacionadas con el proyecto Miel I, de conformidad con la cláusula 11.c.3 del acuerdo de fideicomitentes y de la cláusula 12.2. del contrato de fiducia mercantil, a pagar a favor de las empresas integrantes del Consorcio Miel y demandante en este proceso arbitral, el valor arriba demandado en pesos colombianos, liquidados a la tasa de cambio de la fecha del pago, o, en subsidio, liquidados a la tasa de cambio de la fecha en que se causaron dichos sobrecostos pero cuyo valor en pesos sea actualizado a la fecha de pago, tomando en cuenta para este efecto la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE.

I.1.E. Que se condene a Fiduanglo S.A., como fiduciaria o personera del fideicomiso Miel I, cesionaria de las obligaciones a cargo de Hidromiel S.A., relacionadas con el proyecto Miel I de conformidad con la cláusula 11.c.3 del acuerdo de fideicomitentes y de la cláusula 12.2 del contrato de fiducia mercantil, representado por el presidente de la sociedad Fiduciaria Anglo S.A., a pagar intereses de mora sobre el valor de la condena a la tasa de interés moratorio máximo de ley correspondiente entre la fecha en que se causaron los mencionados sobrecostos y la fecha de pago efectivo. O, subsidiariamente, se ordene el reconocimiento y pago de dichos intereses a la tasa y por el período que establezca el honorable tribunal.

## I.2. Segunda pretensión: cambio de impuestos y contribuciones

Reclamo sobre reconocimiento y pago de los mayores valores que debió o debe pagar el Consorcio Miel en la ejecución del contrato de obra celebrado con Hidromiel S.A., por concepto de variaciones o cambio en las tarifas legales del impuesto a la renta y contribuciones ocurridas con posterioridad a la fecha de presentación de la oferta dentro de la licitación MI-100.

I.2.A. Que se declare por el honorable Tribunal de Arbitramento que, con posterioridad a la entrega de la propuesta del consorcio dentro de la licitación MI-100, se presentaron cambios en la legislación colombiana en materia impositiva relacionados con el aumento del porcentaje al impuesto a la renta y complementarios pues la tasa impositiva existente en el momento de la presentación de la propuesta del 30% subió al 35% aplicable en el período de ejecución del contrato;

I.2.B. Que se declare por el honorable tribunal de arbitramento que los cambios mencionados en el numeral anterior en la legislación impositiva han afectado el equilibrio económico pactado en el contrato de obra celebrado, generando un desequilibrio en contra del Consorcio Miel y las sociedades miembros de él, por el cual resulta económicamente responsable la entidad contratante o quien haga sus veces, en virtud de las teorías jurídicas del “el hecho del príncipe” y/o “teoría de la imprevisión”.

I.2.C. Que como consecuencia de las declaraciones anteriores y para restablecer o compensar el desequilibrio generado dentro del contrato de obra, a favor de las empresas que conforman el Consorcio Miel, el honorable Tribunal de Arbitramento, hará las siguientes condenas:

a) Que se condene a Fiduanglo S.A., como fiduciaria o personera del fideicomiso Miel I, cesionaria de las obligaciones a cargo de Hidromiel S.A., relacionadas con el proyecto Miel I de conformidad con la cláusula 11.c.3 del acuerdo de fideicomitentes y de la cláusula 12.2 del contrato de fiducia mercantil, representado por el presidente de la sociedad Fiduciaria Anglo S.A., a pagar a favor de las sociedades miembros del Consorcio Miel US\$ 397.353.99 (trescientos noventa y siete mil trescientos cincuenta y tres dólares con noventa y nueve centavos) y \$ 308.511.304 (trescientos ocho millones quinientos once mil trescientos cuatro pesos), valor origen del contrato, mayo/94), o la suma que resulte probada en el proceso, por concepto del mayor costo en que debe incurrir en la ejecución del objeto contratado en razón de la variación en la tasa del impuesto a la renta y complementarios sobre la utilidad prevista por el consorcio (anexo 91).

b) Que se condene a Fiduanglo S.A., como fiduciaria o personera del fideicomiso Miel I, cesionaria de las

obligaciones a cargo del Hidromiel S.A., relacionada con el proyecto Miel I de conformidad con la cláusula 11.c.3 del acuerdo de fideicomitentes y de la cláusula 12.2 del contrato de fiducia mercantil, representado por el presidente de la sociedad Fiduciaria Anglo S.A., a pagar a favor de las sociedades miembros del Consorcio Miel la suma \$ 51.061.305 (cincuenta y un millones sesenta y un mil trescientos cinco pesos), valor origen del contrato, mayo/94) o la suma que resulte probada en el proceso, cifra que representa la incidencia del mayor costo cobrado por los subcontratistas, en razón del aumento en la tasa del impuesto de la renta, esto es la diferencia de 30.0 %, del impuesto de renta en 1994 y 35.0%, impuesto de renta vigente hoy, lo cual genera una diferencia de 5.0% sobre 5.6% (cinco coma seis por ciento) de las utilidades previstas por los subcontratistas;

c) Que se condene a Fiduanglo S.A., como fiduciaria o personería del fideicomiso Miel I, cesionaria de las obligaciones a cargo de Hidromiel S.A. relacionadas con el proyecto Miel I de conformidad con la cláusula 11.c.3 del acuerdo de fideicomitentes y de la cláusula 12.2 del contrato de fiducia mercantil, a pagar a favor de las empresas integrantes del Consorcio Miel y demandantes en este proceso arbitral, los valores arriba demandados en pesos colombianos, liquidados a la tasa de cambio de la fecha del pago, o, en subsidio, liquidados a la tasa de cambio de la fecha en que se causaron dichos sobrecostos pero cuyo valor en pesos sea actualizado a la fecha de pago, tomando en cuenta para este efecto la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE, y

d) Que se condene a Fiduanglo S.A., como fiduciaria o personera del fideicomiso Miel I, cesionaria de las obligaciones a cargo de Hidromiel S.A., relacionadas con el proyecto Miel I de conformidad con la cláusula 11.c.3 del acuerdo de fideicomitentes y de la cláusula 12.2 del contrato de fiducia mercantil, representado por el presidente de la sociedad Fiduciaria Anglo S.A., a pagar intereses de mora sobre el valor de la condena a la tasa de interés moratorio máximo de ley correspondiente entre la fecha en que se causaron los mencionados sobrecostos y la fecha de pago efectivo. O, subsidiariamente, se ordene el reconocimiento y pago de dichos intereses a la tasa y por el período que establezca el honorable tribunal.

I.2.D. Que se declare por el honorable Tribunal de Arbitramento que como consecuencia de la demora en la iniciación del contrato no imputable al Consorcio Miel, se produjo un sobrecosto para este, representado en la obligación de pagar un mayor valor por concepto de aportes y seguridad social, así:

a) Por concepto de aportes pensionales un uno punto cinco por ciento (1.5%) adicional por el primer año de ejecución del contrato, toda vez que, de haberse iniciado en la fecha propuesta, solamente habría tenido que pagar el 8.63% sobre el valor de la nómina, contra el 10.13% que tuvo que pagar al haber iniciado la ejecución del contrato en diciembre de 1997;

b) Por concepto de aportes para salud, un cuatro por ciento (4%) adicional por el primer año de ejecución del contrato, toda vez que de haberse iniciado en la fecha propuesta, solamente se habría tenido que pagar el 8% sobre el valor de la nómina contra el 12% que tuvo que pagar al haber iniciado la ejecución del contrato en diciembre de 1997, y

c) Por concepto de riesgos profesionales un cero punto sesenta y seis por ciento (0.66%) adicional por el primer año de ejecución del contrato, toda vez que de haberse iniciado en la fecha propuesta, solamente habría tenido que pagar el 6.3% sobre el valor de la nómina contra el 6.96% que tuvo que pagar al haber iniciado la ejecución del contrato en diciembre de 1997.

I.2.E. Como consecuencia de la declaración anterior, el honorable tribunal condenará a Fiduanglo S.A., como fiduciaria o personera del fideicomiso Miel I, cesionaria de las obligaciones a cargo de Hidromiel S.A., relacionadas con el proyecto Miel I de conformidad con la cláusula 11.c.3 del acuerdo de fideicomitentes y de la cláusula 12.2. del contrato de fiducia mercantil, representado por el presidente de la sociedad Fiduciaria Anglo S.A., a pagar a favor de las sociedades miembros del Consorcio Miel la suma de \$ 324.422.447,96 (trescientos veinticuatro millones cuatrocientos veintidós mil cuatrocientos cuarenta y siete pesos con noventa y seis centavos de pesos valor mayo de 1994, o la suma que establezca en el proceso, por concepto del mayor costo en que debe incurrir en la ejecución del objeto contratado en razón de los mayores costos y tasas que debe pagar por razón de obligaciones relacionadas con la seguridad social (anexo 91), esto es el monto de la diferencia entre lo que hubiera pagado de haberse iniciado oportunamente las obras y lo que en razón del atraso ha pagado por dichos conceptos y

durante el mencionado período.

I.2.F. Que se condene a Fiduanglo S.A., como fiduciaria o personería del fideicomiso Miel I, cesionaria de las obligaciones a cargo de Hidromiel S.A., relacionadas con el proyecto Miel I de conformidad con la cláusula 11.c.3 del acuerdo de fideicomitentes y de la cláusula 12.2 del contrato de fiducia mercantil, a pagar a favor de las empresas integrantes del Consorcio Miel y demandantes en este proceso arbitral, el valor arriba demandado en pesos colombianos, liquidados a la tasa de cambio de la fecha del pago, o, en subsidio, liquidados a la tasa de cambio de la fecha en que se causaron dichos sobrecostos pero cuyo valor en pesos sea actualizado a la fecha de pago, tomando en cuenta para este efecto la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE.

I.2.G. Que se condene a Fiduanglo S.A., como fiduciaria o personera del fideicomiso Miel I, cesionaria de las obligaciones a cargo de Hidromiel S.A., relacionadas con el proyecto Miel I de conformidad con la cláusula 11.c.3 del acuerdo de fideicomitentes y de la cláusula 12.2 del contrato de fiducia mercantil, representado por el presidente de la sociedad Fiduciaria Anglo S.A., a pagar intereses de mora sobre el valor de la condena a la tasa de interés moratorio máximo de ley correspondiente entre la fecha en que se causaron los mencionados sobrecostos y la fecha de pago efectivo. O, subsidiariamente, se ordene el reconocimiento y pago de dichos intereses a la tasa y por el período que establezca el honorable tribunal.

I.3. Tercera pretensión: fórmulas de ajuste

Reclamo sobre corrección de las fórmulas de ajuste pactadas en el contrato de obra para ser aplicadas desde el inicio de la ejecución del contrato y durante toda la vigencia del contrato de obra; por consiguiente, reclamo sobre reconocimiento y pago del valor de dicho ajuste con aplicación de las fórmulas ya corregidas durante todo el período de ejecución del contrato de obra y orden para que se aplique en el futuro.

I.3.A. Que se declare por el honorable Tribunal de Arbitramento que las fórmulas de ajuste pactadas en el contrato de obra, para precios en pesos y precios en dólares, no han operado adecuadamente en razón de no reflejar los reales cambios ocurridos en la economía interna de Colombia (anexo 86) y externa en los Estados Unidos de Norteamérica (anexo 87) y que, por lo mismo, no cumplen la finalidad buscada por la entidad licitante al incluirlas en el pliego de condiciones de la licitación y por el proponente y contratista al aceptarlas en su propuesta (por las partes contratantes al convenirlas), esto es que con la aplicación de dichas fórmulas de ajuste a los precios base mayo de 1994 (base de la oferta presentada), a la fecha de ejecución de los servicios, el precio ajustado obtenido, no cubre las alzas de los costos para el pago de la mano de obra, materiales y equipos necesarios para la ejecución de los mismos y esta situación se verá agravada, aún más, en virtud del retraso de 4 años en la fecha de iniciación de las obras, y a que el desfase cobijará un período total de 9 años contados a partir del momento de la presentación de la propuesta.

I.3.B. Como consecuencia de la declaración anterior, el honorable tribunal de arbitramento ordenará la revisión de la cláusula octava del contrato de obra (ajuste de precios) a fin de sustituir las fórmulas allí previstas por las fórmulas que nos permitimos proponer en el capítulo de los hechos de la demanda, numeral 11.7 inoperancia de las formulas de ajuste de precios pactadas, subítem 11.7.D, las cuales mantiene a lo largo del tiempo transcurrido el valor intrínseco de los precios ofrecidos.

Primera subsidiaria a la petición anterior, el honorable tribunal de arbitramento en el laudo, determinará las correcciones que deberán ser introducidas en las fórmulas del contrato, a fin de que tales fórmulas produzcan una corrección adecuada (anexo 83) en función a la variación de los precios del contrato como consecuencia del transcurso del tiempo, a fin de que dichos precios mantengan la capacidad adquisitiva originalmente convenida.

I.3.C. Como consecuencia de las declaraciones y condenas anteriores, el honorable tribunal de arbitramento en el laudo, ordenará que se efectúe la reliquidación de las facturas por obras ejecutadas y por anticipos pagados, a fin de que sean pagadas con el ajuste de conformidad con la declaración anterior, sea con nueva fórmula establecida por el honorable tribunal, con la corrección que introduzca el honorable tribunal en las fórmulas del contrato y que con dichas fórmulas se continúen ajustando las facturas futuras.

I.3.D. Así mismo, el honorable tribunal condenará a Fiduanglo S.A., como fiduciaria o personería del fideicomiso



Miel I, cesionaria de las obligaciones a cargo de Hidromiel S.A., relacionadas con el proyecto Miel I de conformidad con la cláusula 11.c.3 del acuerdo de fideicomitentes y de la cláusula 12.2 del contrato de fiducia mercantil, representado por el presidente de la sociedad Fiduciaria Anglo S.A., al pago de las cantidades resultantes por concepto de la diferencia entre el valor original de cada factura o anticipo y el valor reliquidado de cada una de ellas con la nueva fórmula, debidamente actualizadas de conformidad con los índices del DANE, aplicados entre la fecha de cada factura o anticipo y la fecha en que se cancele el valor de la diferencia.

I.3.E. Que el honorable tribunal condenará a Fiduango S.A., como fiduciaria o personera del fideicomiso Miel I, cesionaria de las obligaciones a cargo de Hidromiel S.A., relacionadas con el proyecto Miel I de conformidad con la cláusula 11.c.3 del acuerdo de fideicomitentes y de la cláusula 12.2 del contrato de fiducia mercantil, representado por el presidente de la sociedad Fiduciaria Anglo S.A., a pagar intereses, con base en la tasa de interés moratorio correspondiente a la tasa máxima permitida por la ley, o a la tasa que establezca el honorable tribunal, liquidados sobre el monto correspondiente a la diferencia entre el valor que se ordena pagar en virtud de la condena que se profiera por razón de esta pretensión de la demanda y el valor pagado durante la ejecución del contrato y hasta la fecha del laudo que ponga fin de este proceso arbitral, incluida la diferencia por concepto del monto del ajuste correspondiente al anticipo.

I.4. Cuarta pretensión: eliminación de obras

Reclamo sobre reconocimiento y pago de los derechos económicos del consorcio, nacidos de la celebración del contrato de obra, sobre las obras que fueron eliminadas del alcance del objeto contractual.

I.4.A. Que se declare por el honorable Tribunal de Arbitramento, que entre la fecha de adjudicación de la licitación MI-100 y la fecha de emisión de la orden de iniciación del proyecto, el contrato de obra celebrado entre el Consorcio Miel y la sociedad Hidromiel S.A., surgido de la adjudicación de la licitación MI-100, fue afectado por decisiones unilaterales de Hidromiel S.A., en virtud de las cuales se produjo la eliminación de algunas de las obras contratadas, alcances completos del objeto del contrato, con las cuales se redujo el valor total del contrato (anexo 93) y causó, en consecuencia: i) la pérdida para el Consorcio Miel de las utilidades que esperaba derivar de la ejecución de tales obras; ii) la pérdida de la recuperación de la parte proporcional de sus costos indirectos incluidos en su propuesta a las obras suprimidas, relativas a las instalaciones de apoyo, tasa de administración central, tasa de administración de la obra y otros, costos indirectos que por instrucciones del pliego de condiciones de la citada licitación, tenían que repartirse proporcionalmente entre todos los precios unitarios de la propuesta y en consecuencia incluidos los precios de dichas obras suprimidas. iii) Igualmente, que por no disponer del valor del anticipo proporcional sobre el precio pactado para la ejecución de las obras suprimidas, se produjo un desequilibrio en el flujo de caja del consorcio.

I.4.B. Que como consecuencia de la declaración anterior, el honorable tribunal de arbitramento condenará a Fiduango S.A., como fiduciaria o personera del fideicomiso Miel I, cesionaria de las obligaciones a cargo de Hidromiel S.A., relacionadas con el proyecto Miel I de conformidad con la cláusula 11.c.3 del acuerdo de fideicomitentes y de la cláusula 12.2 del contrato de fiducia mercantil, representado por el presidente de la sociedad Fiduciaria Anglo S.A., a reconocer y a pagar a favor del Consorcio Miel la cantidad de \$ 638.251.168,16 (seiscientos treinta y ocho millones, doscientos cincuenta y un mil ciento sesenta y ocho pesos colombianos con dieciséis centavos), a precios base de mayo de 1994, por concepto de las utilidades dejadas de devengar por la inejecución de las obras suprimidas del objeto del contrato de obra, equivalentes al cinco coma seis por ciento (5,6%) de la parte en pesos colombianos del valor de las obras eliminadas del contrato de obra por decisión unilateral de Hidromiel, y el valor de US\$ 506.995,36 (quinientos seis mil novecientos noventa y cinco dólares norteamericanos con treinta y seis centavos), a precios base de mayo de 1994, por concepto de las utilidades dejadas de devengar por la inejecución de las obras suprimidas del objeto del contrato de obra, equivalentes al cinco coma seis por ciento (5,6%) de la parte en dólares del valor de las obras eliminadas del contrato de obra por decisión unilateral de Hidromiel.

I.4.C. Que, también como consecuencia de la declaración solicitada en el numeral I.4.A de este capítulo de la demanda, el honorable Tribunal de Arbitramento condenará a Fiduango S.A., como fiduciaria o personera del fideicomiso Miel I, cesionaria de las obligaciones a cargo de Hidromiel S.A., relacionadas con el proyecto Miel I

de conformidad con la cláusula 11.c.3 del acuerdo de fideicomitentes y de la cláusula 12.2 del contrato de fiducia mercantil, representado por el presidente de la Sociedad Fiduciaria Anglo S.A., a pagar a favor del Consorcio Miel la cantidad de \$ 3.774.799.766 (tres mil setecientos setenta y cuatro millones, setecientos noventa y nueve mil, setecientos sesenta y seis pesos colombianos), a precios base de mayo de 1994, correspondiente a la parte proporcional de los costos indirectos del Consorcio Miel, que no percibirá en razón a la eliminación de las obras, y que corresponde al treinta y tres coma doce por ciento (33,12%) demostrados en el anexo 94, de la parte en pesos, y el valor de US\$ 2.998.515,43 (dos millones novecientos noventa y ocho mil quinientos quince dólares con cuarenta y tres centavos), a precios base de mayo de 1994, correspondiente a la parte proporcional de los costos indirectos del Consorcio Miel, que no percibirá en razón a la eliminación de las obras, y que corresponde al treinta y tres coma doce por ciento (33,12%) (anexo 94 – gráfico), de la parte en dólares, o los porcentajes que defina el tribunal en el laudo, sobre los valores de las obras eliminadas por decisión unilateral de Hidromiel S.A.

I.4.D. Que también como consecuencia de la declaración solicitada en el numeral I.4.A de este capítulo de la demanda, el honorable Tribunal de Arbitramento condenará a Fiduanglo S.A., como fiduciaria o personera del fideicomiso Miel I, cesionaria de las obligaciones a cargo de Hidromiel S.A., relacionadas con el proyecto Miel I de conformidad con la cláusula 11.c.3 del acuerdo de fideicomitentes y de la cláusula 12.2 del contrato de fiducia mercantil, representado por el presidente de la sociedad Fiduciaria Anglo S.A., a pagar a favor del Consorcio Miel el costo financiero generado por no haber recibido la parte proporcional del anticipo sobre el valor de las obras eliminadas y, por lo mismo haber producido una disminución en la disponibilidad de recursos financieros inicialmente prevista, causando así un desequilibrio en el flujo de caja del consorcio, en cuantía equivalente al valor del DTF (depósito a término fijo), más un spread de ocho (8) puntos, aplicado al monto de anticipo no recibido por valor de \$ 283.202.019,18 (doscientos ochenta y tres millones doscientos dos mil diez y nueve pesos con diez y ocho centavos m/cte.), más US\$ 55.341.86 (cincuenta y cinco mil trescientos cuarenta y un dólares con ochenta y seis centavos de dólar), cantidades disminuidas, mes a mes, en la parte proporcional correspondiente a la amortización del mismo, por todo el tiempo o plazo del contrato, esto es, por 54 meses contados a partir de la fecha de iniciación de la ejecución del contrato, diciembre de 1997. O a la tasa que determine el honorable tribunal. El monto de esta pretensión, calculada, sobre la sumatoria de los pesos y dólares convertidos a pesos históricos en mayo de 1994 o de origen del contrato, es de \$ 159.503.883.02 (ciento cincuenta y nueve millones, quinientos tres mil ochocientos ochenta y tres pesos con dos centavos m/cte.).

I.4.E. Que como consecuencia de las declaraciones y condenas solicitadas en los numerales anteriores de este capítulo de la demanda, el honorable tribunal de arbitramento condenará a Fiduanglo S.A., como fiduciaria o personera del fideicomiso Miel I, cesionaria de las obligaciones a cargo de Hidromiel S.A., relacionadas con el proyecto Miel I de conformidad con la cláusula 11.c.3 del acuerdo de fideicomitentes y de la cláusula 12.2 del contrato de fiducia mercantil, representado por el presidente de la sociedad Fiduciaria Anglo S.A., a pagar a favor del Consorcio Miel las sumas reclamadas debidamente actualizadas de conformidad con los índices del IPC de DANE.

I.4.F. Que, como consecuencia de las declaraciones y condenas solicitadas en los numerales anteriores de este capítulo de la demanda, el honorable tribunal de arbitramento condenará a Fiduanglo S.A., como fiduciaria o personera del fideicomiso Miel I, cesionaria de las obligaciones a cargo de Hidromiel S.A., relacionadas con el proyecto Miel I de conformidad con la cláusula 11.C.3 del Acuerdo de Fideicomitentes y de la cláusula 12.2 del contrato de fiducia mercantil, representado por el presidente de la sociedad Fiduciaria Anglo S.A., a pagar a favor del Consorcio Miel intereses con base en la tasa de interés moratoria máxima legal, u otra que designe el tribunal, sobre el valor actualizado de los pagos correspondientes a las utilidades y costos indirectos que deberían ser realizados de conformidad con el cronograma de pagos de las obras eliminadas, entre la fecha en que debieron ser ejecutadas y pagadas dichas obras de acuerdo con el cronograma de ejecución respectivo y la fecha en que efectivamente se haga el pago.

I.5. Quinta pretensión: sistema de amortización anticipo

Reclamo sobre correcta aplicación del sistema de amortización del anticipo pactado en el contrato y devolución de lo indebidamente retenido por tal concepto sobre las cuentas o facturas presentadas.

I.5.A. Que se declare por el honorable Tribunal de Arbitramento que el procedimiento de amortización del anticipo, incluido en el contrato de obras, cláusula séptima (anexo 71), ha sido aplicado en forma errada por el fideicomiso Miel I, y que, por ello, se están causado pérdidas económicas y financieras al consorcio y se está acelerando la amortización del mismo, cambiando la forma pactada, pues se está imponiendo hoy la amortización mensual del 14% sobre el valor de factura o cuenta mensual de obra ya ajustada, porcentaje que se incrementará a lo largo del contrato, llegando hasta el 19%, monto superior al porcentaje mensual de amortización de anticipo pactado en el contrato, equivalente al mismo porcentaje de anticipo entregado al consorcio, esto es, del 10% del valor del contrato.

I.5.B. Que, como consecuencia de la declaración anterior, y teniendo en cuenta que la aceleración de la amortización y la amortización misma en monto superior al entregado causan perjuicios al Consorcio Miel en el desarrollo y ejecución del contrato de obra, el honorable Tribunal de Arbitramento condenará a Fiduango S.A., como fiduciaria o personera del fideicomiso Miel I, cesionaria de las obligaciones a cargo de Hidromiel S.A., relacionadas con el proyecto Miel I de conformidad con la cláusula 11.c.3 del acuerdo de fideicomitentes y de la cláusula 12.2 del contrato de fiducia mercantil, representado por el presidente de la sociedad Fiduciaria Anglo S.A., a:

a) corregir la aplicación que viene haciendo el fideicomiso Miel I, del sistema de amortización del anticipo, declarando que el monto total de amortización mensual es del 10% del valor total de cada una de las facturas o cuentas de cobro mensuales de ejecución de obra a precios base (mayo/94), y que la propia fórmula de ajuste ya prevé el mecanismo matemático para efectuar la amortización de la parte correspondiente al ajuste del anticipo. Esto es que la fórmula de ajuste contiene en su parametrización un término independiente de 10% (diez por ciento) el cual representa la porción del anticipo de no debe ser ajustada y que por lo mismo tampoco puede ser nuevamente descontada, después de aplicar el ajuste de precios.

b) devolver al Consorcio Miel los valores de amortización adicionales indebidamente descontados en pesos y en dólares siendo estos convertidos en pesos a fecha del descuento y actualizados hasta la fecha de pago por el índice del IPC del DANE.

c) pagar intereses, con base en la tasa de interés moratoria máxima legal, o a la tasa que establezca el tribunal, sobre la diferencia que debe ser devuelta al Consorcio Miel por concepto de mayor monto de amortización descontado indebidamente.

I.6. Sexta pretensión: pago de las costas del proceso

Solicitud expresa para que se condene a la entidad demandada al reconocimiento y pago de las costas del proceso.

I.6.A. Que el honorable Tribunal de Arbitramento condene a Fiduango S.A. como fiduciaria o personera del fideicomiso Miel I, cesionaria de las obligaciones a cargo de Hidromiel S.A., relacionadas con el proyecto Miel I, de conformidad con la cláusula 11.c.3 del acuerdo de fideicomitentes y de la cláusula 12.2 del contrato de fiducia mercantil, representado por el presidente de la Sociedad Fiduciaria Anglo S.A., a pagar las costas del proceso, en el monto que determine el honorable tribunal en el laudo, todo de conformidad con la Ley 446 de 1998.

I.6.B. En consecuencia de la declaración anterior condene a Fiduango a indemnizar al Consorcio Miel los costos reales incurridos tanto por la constitución, instalación y funcionamiento del honorable Tribunal de Arbitraje, como por los costos de apoderado y práctica de pruebas periciales dentro del proceso arbitral actualizados desde la fecha de ocurrencia del costo hasta la fecha de pago por el fideicomiso Miel I.

1.7.2. Por su parte el convocado al contestar la demanda, formuló las siguientes excepciones:

“III.1. 1. Falta de jurisdicción - ausencia de pacto arbitral.

III.2. 2. Excepción de contrato cedido.

III.3. 3. Falta de legitimación activa - indebida representación.

III.4. 4. La infundada teoría de la imprevisión alegada por el consorcio.

III.4.A. Ninguna de las circunstancias alegadas por el consorcio era imprevisible

III.4.B. El cumplimiento de lo pactado en los contratos MI-100 no afecta la economía del contrato de obra MI-100.

III.4.C. La teoría de la imprevisión opera hacía el futuro.

III.5.5. Equilibrio financiero del contrato.

III.6. Excepciones específicas a las pretensiones de la demanda.

III.6.A. Excepciones en relación con la primera pretensión.

III.6.A.a. Ausencia de perjuicios por las siguientes razones...

III.6.A.b. Cumplimiento de un deber contractual.

III.6.A.c. Falta de causa jurídica que legitime la pretensión del consorcio”.

“III.6.B. Excepciones en relación con la segunda pretensión.

a) En cuanto a la reclamación atinente al impuesto de renta y complementarios la excepción de ausencia de perjuicio y de petición antes de tiempo.

b) En cuanto a la reclamación atinente a los aportes de la seguridad social, la excepción de falta de fundamentos jurídicos”.

“III.6.C. Excepciones en relación con la tercera pretensión

a) contrato válidamente celebrado.

b) Inaplicabilidad del principio del equilibrio financiero del contrato y de la teoría de la imprevisión bajo el derecho privado.

c) Complementariamente la de culpa del proponente”.

“III.6.D. Excepciones en relación con la cuarta pretensión

a) Ausencia de derecho, de perjuicio no causado y de petición antes de tiempo.

b) Ausencia de pruebas porque en relación con el porcentaje reclamado por costos indirectos no existe prueba alguna que soporte esa pretensión”.

“III.6.E. Excepciones en relación con la quinta pretensión

a) contrato válidamente celebrado.

b) Ausencia de perjuicio”.

1.7.3. Los hechos

Los hechos alegados por las partes, contenidos en la demanda y en su contestación, serán examinados por el tribunal en el análisis que de estas ocupará al tribunal.

## CAPÍTULO II

### 1. Consideraciones del tribunal

Antes de iniciar el análisis de las controversias sometidas a esta decisión, se hace necesario determinar la eficacia

de los dictámenes periciales rendidos en el proceso, contra los cuales las partes presentaron objeciones por error grave.

1.1. Objeciones a los dictámenes periciales por error grave. Dentro del proceso se practicaron dos dictámenes periciales, a solicitud de las partes. El uno por ingenieros civiles consultores, con experiencia en estructuración de proyectos hidroeléctricos y elaboración de presupuestos y el otro por peritos contadores. Rendido el primero por los ingenieros Octavio Rendón y Jorge Torres Lozano y el segundo por los contadores Ricardo Sabogal y Blas Giffuni, fueron puestos por el tribunal en conocimiento de las partes en los términos del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil.

Durante los traslados legales correspondientes, los señores apoderados solicitaron aclaraciones y adiciones a los dictámenes, las cuales fueron algunas decretadas y otras negadas, según las consideraciones del tribunal que obran en las providencias de mayo 9 (acta 20) y junio 22 (acta 22) del presente año.

Presentadas por los peritos las aclaraciones y adiciones ordenadas por el tribunal, el dictamen técnico rendido por los ingenieros fue parcialmente objetado por los apoderados de ambas partes procesales (actas 22 y 25) y el dictamen contable, lo fue por el señor apoderado del fideicomiso Miel I.

Por esta razón, el tribunal, antes de iniciar el análisis de las pretensiones, los hechos en que se sustentan y su demostración procesal, deberá determinar la eficacia probatoria de los dictámenes rendidos en el proceso.

Antes de iniciar el estudio separado de las objeciones formuladas a cada experticio, el tribunal debe establecer los parámetros bajo los cuales se estructuran los “errores graves” a la luz de la ley, la jurisprudencia y la doctrina, no sin antes reiterar, desde el principio de este análisis, que la regla por excelencia es la de que la prueba pericial no obliga sino mediante la evaluación jurídica del juez, que es a quien corresponde, en definitiva, determinar el alcance probatorio de la peritación.

Es el 4º del artículo 238 del actual Código de Procedimiento Civil, el que contiene los elementos básicos del error grave al establecer “4. De la aclaración o complementación se dará traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrá objetar el dictamen, por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas” (el resaltado es del tribunal).

Sobre la evolución de esta norma, el laudo arbitral de Germán Otálora & Cía Ltda. v . Parque Central Bavaria S.A. <sup>(1)</sup>, es claro al señalar los aspectos relevantes de esta disposición, al reseñar:

“(…).

“Mientras que inicialmente, el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, permitía de manera simple, en el ámbito de la contradicción del dictamen pericial, que este fuera objetado por error grave, el actual, luego de la reforma introducida en el Decreto 2282 de 1989, hace las precisiones en orden a destacar lo que debe entenderse como tal: “Que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas” (resalta el tribunal). Es decir, se encarga, la misma ley procesal, de indicar el marco del error grave, bajo la consideración de que no es cualquier error ni cualquiera divergencia o discrepancia o apreciación subjetiva la que puede ser tenida en cuenta para fundamentar la objeción por error grave. Todo debe quedar comprendido en el campo de la evidencia, de la notoriedad, de lo ostensible o manifiesto en la equivocación de los peritos. En la naturaleza de las cosas, como por ejemplo la afirmación de que un objeto goza de una determinada particularidad y lo que muestra es otra completamente distinta. O que es perceptible por la razón de toda persona que actúe con mediano criterio lógico”.

Por su parte, la doctrina ha sido unánime en destacar los estrictos elementos, antes reseñados en la jurisprudencia arbitral transcrita, para considerar la falta de eficacia de la prueba pericial por razón de errores graves en que hayan incurrido los peritos, ya sea en sus conclusiones o en la metodología para llegar a ellas <sup>(2)</sup>.

Con relación a las apreciaciones de los peritos que pueden contener enfoques jurídicos sobre los temas a ellos confiados para su estudio, también el citado laudo se refirió, en análisis que este tribunal acoge:

“Entonces, si los peritos hicieron comentarios que, en sentir del objetante se escapaban de las consideraciones fácticas sometidas al experticio, para situarse en el campo de las consideraciones jurídicas, en manera alguna puede reputarse como error grave, puesto que lo dicho, en esa precisa materia, no puede alterar el contenido del dictamen ni contrariar la naturaleza del mismo en los puntos que verdaderamente interesan al tribunal, puesto que no pueden ser determinantes desde el momento mismo que todo lo que comprometa un análisis en derecho solamente atañe al juzgador.

Una simple opinión, aún soportada en razonamientos jurídicos, no puede enmarcarse en la noción del error grave, por más que desborde cualquier análisis crítico”.

Finalmente, la providencia parcialmente transcrita también se refiere a la crítica que puede hacerse a la prueba pericial cuando se señalan omisiones en su contenido, así:

“La falta de respuesta de algún punto no puede ser calificada de error grave, puesto que las normas de procedimiento tienen previsto un claro mecanismo en procura de reparar sobre este aspecto, o sea, en la figura de la complementación o aclaración del dictamen”.

Todos estos criterios, han sido también expuestos por la Corte Suprema de Justicia al analizar el tema en cuestión. En providencia de septiembre 8 de 1993, Expediente 3446, dijo <sup>(3)</sup> :

“... “si se objeta un dictamen por error grave los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos”. (G.J. T. LII pág. 306), pues lo que caracteriza desaciertos de ese linaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, “...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...”; de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 4º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil “...no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva...” (G.J. T. LXXV, pág. 604)”.

Además de los elementos anteriores, el error grave debe estar demostrado. Para ello la ley procesal confiere a las partes la oportunidad para solicitar los medios probatorios conducentes, los cuales son decretados por el juez, una vez establecida su pertinencia (art. 238, 5º).

En el presente caso, la señora apoderada del consorcio solicitó la práctica de un dictamen pericial contable para la demostración de los errores graves que formuló al dictamen rendido por los ingenieros, cuyo decreto fue negado por el tribunal, al considerar que este medio probatorio “...no es necesario, ni es conducente para demostrar sus glosas al dictamen pericial, especialmente teniendo en cuenta que, tal como ella (la prueba) se formula, sería practicada por profesionales especializados en áreas del saber diferentes a las de los peritos cuya labor se ha cuestionado...” (actas 23 y 24 de jul. 7 y 12 de 2000). Con relación a las pruebas documentales, que los dos apoderados solicitaron tener en cuenta como demostración de sus objeciones, el tribunal dispuso su pertinencia (acta 23 jul. 7/2000). Para probar los errores graves señalados al dictamen contable por parte del apoderado del fideicomiso, el tribunal ordenó incorporar los soportes magnéticos y en papel que sirvieron de documentos de trabajo a los señores contadores para sus conclusiones periciales, así como también los documentos aportados por la señora apoderada del consorcio para oponerse a las objeciones formuladas.

Así las cosas, sobre las bases jurídicas establecidas y sobre los medios probatorios que haya lugar, el tribunal procede a analizar detalladamente y por separado las objeciones formuladas a los dictámenes periciales, sin

perjuicio de volver sobre aspectos particulares del asunto, en otras partes del laudo en donde se conformará lo aquí dicho

#### 1.1.1. Objeción al dictamen rendido por los ingenieros Jorge Torres Lozano y Octavio Rendón Gallego

La señora apoderada del consorcio formuló las siguientes objeciones generales:

- A. Por razón de las consideraciones de carácter jurídico que hacen los peritos y que contrarían el artículo 238 Código de Procedimiento Civil;
- B. Utilización de documentos de Ingetec (interventoría) que no han sido aceptados por el consorcio, y
- C. Omisiones de realizar cálculos y tareas pedidas.

Además señaló objeciones particulares a las siguientes respuestas las cuales se estudiarán en el mismo orden presentado, junto con la oposición que a cada una de ellas formuló el señor apoderado del fideicomiso.

##### a) Errores en las respuestas relacionadas con la primera pretensión

- Pregunta 1.1 del consorcio y pregunta 4 del fideicomiso (aclaraciones)

El error se ubica en la omisión en que incurrieron los peritos, según la señora apoderada, al no haber analizado técnicamente compromisos adquiridos por Hidromiel a la luz de los considerandos 7º, 8º y 9º del contrato de financiamiento, análisis que se ha debido realizar en conjunto con la disposición contenida en la cláusula 11 del mismo. Además, objeta su aclaración por haber considerado los peritos como obligación del consorcio: “Presentar soluciones alternativas...”.

##### Oposición del apoderado del fideicomiso

Advierte al tribunal que esta objeción está planteada mediante la tergiversación a la respuesta de los peritos por razón de interpretaciones de alcance jurídico que hace la apoderada del concepto pericial y de la introducción de elementos que no tenía la pregunta original, la cual solo se refería a los compromisos adquiridos por Hidromiel S.A., en el contrato de financiamiento

##### Considera el tribunal

a) Los peritos transcribieron las obligaciones a cargo de Hidromiel S.A., que aparecen descritas en el acta de acuerdo de diciembre 5 de 1994, en la hoja sucinta de términos para el contrato de compra de energía, suscrita el 9 de diciembre de 1994, en el contrato de financiamiento (sep. 22/95) y en el acuerdo de accionistas (feb. 8/96). Además elaboraron una conclusión al respecto.

b) En razón de su labor técnica se limitaron a transcribir las disposiciones pactadas, puesto que elaborar conceptos jurídicos no les correspondía y sin embargo ellos lo hicieron con relación a los compromisos de Hidromiel según la pregunta inicial. A solicitud del fideicomiso, en sus aclaraciones también hicieron la relación textual de los compromisos adquiridos por el consorcio en el contrato de financiamiento. Por consiguiente no encuentra el tribunal el error grave señalado.

- Pregunta 1.2 del consorcio

Se ubica en la supuesta omisión en que incurre el dictamen al no haber verificado cuál fue la fecha en que las garantías complementarias, previstas en las hojas sucintas de términos del CCE, fueron otorgadas y firmadas por el Ministro de Hacienda.

##### Oposición del apoderado del fideicomiso:

Manifiesta que la objeción estriba, como lo anotó desde la contestación de la demanda, en la interpretación que se quiere dar de los hechos relativos a las garantías y a su aprobación, mediante la exigencia de requisitos que no pudieron darse por razón de los cambios que requirió el nuevo esquema de financiación propuesto por la FEN.

Considera el tribunal:

a) Los peritos informaron todos los pasos realizados por el Conpes para la aprobación del otorgamiento de garantías adicionales, señalando los antecedentes y desarrollos de esta actividad. Igualmente informaron sobre los desarrollos posteriores, para concluir que “El otorgamiento de la garantía para el endeudamiento del proyecto y de aportes de capital fue aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 24 de octubre de 1997 y el otorgamiento de la garantía para la compra de la participación del consorcio por Isagén en caso de terminación anticipada del contrato de compra de energía, fue aprobada el 28 de noviembre de 1997”. (fl. 0010 dictamen pericial).

b) Es verdad que algunas de las fechas solicitadas no aparecen en la respuesta, lo cual configuraría una omisión, más no un error. Por otra parte, el tribunal advierte que la objetante no solicitó la complementación a esta respuesta en el término procesal respectivo.

- Pregunta 1.3 del consorcio y 18 y 25 del fideicomiso (aclaraciones)

El error se ubica en la supuesta contradicción en que incurre el dictamen, al señalar en algunas partes a ABB-PTF como líder de la financiación ofrecida por el consorcio y en otras como asesor financiero. Este error lo demuestra con comunicaciones, señaladas por los mismos peritos, de las cuales se deduce que fue Lehman Brothers la institución que actuó como Banco Líder para la emisión de bonos.

Oposición del apoderado del fideicomiso:

Advierte que esta objeción se establece al cambiar el sentido de la respuesta y de sus conclusiones, mediante la cita parcial y fuera de contexto de los documentos que sirvieron de base a la respuesta, la cual es acertada.

Considera el tribunal:

a) Los peritos analizaron todas las comunicaciones en torno al tema, para concluir que Lehman Brothers sí fue propuesto en la oferta financiera del consorcio pero que no actuó como líder en el proyecto, pues a partir del segundo semestre de 1996 lo fue el UBS de Suiza, seleccionado por el consorcio. Las cartas señaladas son del consorcio y no del banco. Los peritos fundamentan su respuesta en diversas comunicaciones, especialmente en la de 14 de junio de 1996 (pág. 0013 dictamen);

b) El tribunal no encuentra error en cuanto al nombre del banco sino una divergencia de la objetante con la conclusión de los peritos. Y con relación al error indicado en las respuestas 18 y 25 de las aclaraciones, el tribunal estima que también se ubica en un desacuerdo con el criterio pericial, que por ser de contenido jurídico corresponde al tribunal definirlo.

Por otra parte no encuentra el tribunal que en la pregunta original se hubiera solicitado la descripción de las funciones del Banco Líder, cuya omisión también se señala como error grave del dictamen.

- Pregunta 1 ordinal b) del cuestionario de aclaraciones del fideicomiso

El error se refiere al concepto de los peritos relacionado con la oportunidad y retraso de las fechas en que Hidromiel llevó a cabo sus actividades como entidad licitante.

Oposición del apoderado del fideicomiso:

La objeción se fundamenta en la contraria interpretación de los hechos que la objetante pretendía hicieran los peritos en su respuesta, quienes sí examinaron todas las actas de la junta directiva de Hidromiel, las cuales son del período anterior a la resolución de adjudicación, proferida el 9 de diciembre de 1994.

Considera el tribunal:

a) Los peritos elaboraron en el dictamen original unos cuadros que señalan las fechas y describen las actividades previstas en el contrato; es sobre la interpretación pericial de estas últimas donde se presenta la discrepancia;



b) La pregunta tenía un gran contenido jurídico que requiere del análisis integral del contrato y de otras decisiones que debieron adoptar las partes, y

c) En consecuencia este error se sustenta en una divergencia de carácter jurídico de la objetante con la interpretación pericial, sobre aspectos que necesariamente deberán ser analizados por el tribunal para definir la primera pretensión

• **Pregunta 24 del cuestionario de aclaraciones del fideicomiso**

Ubica el error en la supuesta omisión de los peritos de considerar una serie de requisitos que el contrato exigía, al responder la pregunta 1.3 del cuestionario del consorcio.

Oposición del apoderado del fideicomiso:

La fundamenta en el testimonio de Edmundo D'Silva, quien según el señor apoderado reconoce la importancia y las actuaciones del Banco Líder UBS, lo que confirma la conclusión de los peritos en la respuesta objetada.

Considera el tribunal:

En verdad la respuesta obedece a un concepto interpretativo de los peritos y el supuesto error se estructura en un desacuerdo con aquel, fundamentado en la interpretación jurídica y apreciación probatoria de muchos aspectos del contrato hechos por la señora apoderada, tareas que también corresponde al tribunal, al analizar esta pretensión de la demanda.

• **Pregunta 33 del cuestionario de aclaraciones del fideicomiso**

El error se estructura en una descalificación a la respuesta por no haber concluido que la garantía que debía entregar el consorcio “le era exigible solo al momento del cierre financiero; igualmente que le correspondía a Hidromiel exigirla, puesto que Hidromiel corría con los costos para su obtención e Hidromiel no la exigió al consorcio”.

Oposición del apoderado del fideicomiso:

Considera que la objeción se fundamenta en una exigencia de carácter jurídico al pretender una definición por parte de los peritos, de las obligaciones de Hidromiel.

Considera el tribunal:

Obedece a una discrepancia de la objetante con la conclusión pericial en la interpretación de las prestaciones mutuas de las partes, enfoque que pertenece al ámbito jurídico del tribunal; por tanto, no puede considerarse errada la respuesta. Esto no significa que el tribunal deba estarse a ella, sino que la apreciará como un concepto del cual puede apartarse por corresponder al análisis jurídico del contrato.

• **Pregunta 36 del cuestionario de aclaraciones del fideicomiso:**

El error se ubica en la falta de indicación de la fuente de las cifras contenidas en el cuadro que obra a folio 144 del dictamen.

Oposición del apoderado del fideicomiso:

La sustenta al advertir que la fuente que la objetante echa de menos fue aportada por el mismo consorcio con la demanda en la tabla del tomo III, anexo 92 (fl. 813).

Considera el tribunal:

De faltar la fuente financiera de la respuesta, como reprocha la objetante, no se constituirá un “error grave”, a voces del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, sino una deficiencia que apenas le restaría eficacia probatoria.

Sin embargo, el tribunal observa que en el folio 113 del dictamen volumen I, se dice textualmente “dicho ejercicio tiene como base la información contenida en el tomo III de la demanda anexo 92 “costo de la previgencia contractual” (fls. 811 a 855)”.

Es decir, allí está citada la fuente fundamento de la objeción, que no es otra que la misma información aportada por el consorcio con la demanda (fl. 812, t. III anexos).

En relación con la metodología que dice la objetante que se omite, esta consiste en la división por 36 meses del total de los gastos presentados en el cuadro aportado con la demanda.

#### **b) Error en las respuestas relacionadas con la segunda pretensión**

- Preguntas 1.5 y 1.6 del consorcio y 38 del fideicomiso (aclaraciones)

Se estructura el error en el hecho de que los peritos al no haber efectuado los cálculos solicitados por concepto de aumento en la tarifa del impuesto de renta, sobre los años 2000 a 2002, obtuvieron unos resultados negativos referentes a la menor utilidad del consorcio por esta razón.

Oposición del apoderado del fideicomiso:

Advierte al tribunal que la objeción se formula mediante la interpretación desarticulada de estas respuestas, con el contenido de la correspondiente a la 1.4 del dictamen, que es la básica para todas las relacionadas con las variaciones del porcentaje del impuesto de renta y complementarios.

Considera el tribunal:

El tribunal encuentra que el “error” consiste en una discrepancia con la metodología empleada por los peritos en su respuesta. Por otra parte también encuentra que la conclusión original es la de que por los años 1998 y 1999 “se le han causado unos valores menores por concepto de impuesto de renta y contribución que los que se le hubieran causado si estuviera vigente la normatividad que se aplicaba cuando el consorcio preparó y presentó su propuesta...”. Por otra parte, no ve, como lo plantea la objeción que a los peritos les hubieran solicitado cálculos para los años 2000 a 2002 que, a juicio de la objetante son los que demuestran la existencia del error.

Con relación al error que se le endilga a la respuesta 1.6, el tribunal resalta que esta se refiere a un aspecto distinto de aquel que es materia de reproche.

- Pregunta 46 del cuestionario de aclaraciones del fideicomiso

Se ubica el error en la falta de examen de la totalidad de la documentación aportada.

Oposición del apoderado del fideicomiso:

Advierte al tribunal que la objeción no especifica cuál fue la documentación no examinada por los peritos, ni cuáles son los yerros de las conclusiones.

Considera el tribunal:

Al no señalarse cuál podría ser el documento que hubiera desvirtuado la respuesta objetada, el tribunal no encuentra demostrado el error alegado.

#### **c) Errores en las respuestas relacionadas con la tercera pretensión**

- Preguntas 1.9 del dictamen y 1.3 de las aclaraciones del consorcio

El error se ubica en el desacuerdo de la objetante con el dictamen, por considerar este que la comparación del IPC —Índice de precios al consumidor—, canasta familiar, con los índices utilizados en las fórmulas contractuales de ajuste —sector de la construcción— no es viable. También objeta los planteamientos formulados en el dictamen tendientes a restar validez al IPC “como parámetro de comparación de la tendencia inflacionaria del país,

desconociendo la validez del mismo como parámetro general de comparación de la economía”.

Igualmente objeta la negativa de los peritos a obtener el resultado de las variaciones acumuladas mensuales del IPC y de la fórmula de ajuste ponderado, mediante la elaboración de una tabla similar al cuadro C-3-05, pero para el período comprendido entre enero de 1992 y mayo de 1994, como lo solicitó en la petición de aclaraciones.

Oposición del apoderado del fideicomiso:

La pregunta inicial solicitaba comparar el IPC con las fórmulas de ajuste ponderadas, y fue lo que hicieron los peritos, para llegar a sus propias conclusiones técnicas.

Considera el tribunal:

Aquí, como en varias respuestas de las objetadas, el tribunal encuentra una discrepancia de criterios de la señora apoderada con el concepto pericial, pues ella considera que sí es procedente el método de comparación propuesto en la pregunta. El tribunal tiene en cuenta la fundamentación de la respuesta y no encuentra error en el razonamiento lógico empleado por los peritos al no estar de acuerdo con la comparación del IPC frente al comportamiento de las fórmulas de ajuste contractuales.

En cuanto a la objeción que se funda en la negativa de los peritos a obtener los resultados de los acumulados, con base en el cuadro C-3-06 COM, el tribunal observa que este evidentemente es similar al C-3-05, presentado en el dictamen (mayo/94 a dic./99), mientras el C-3-06 contiene el período comprendido entre enero de 1992 a mayo de 1994, como se pidió en la aclaración y que las diferencias acumuladas se presentan mes a mes en la columna final de cada cuadro. Los resultados del cuadro C-3-06 muestran la diferencia real existente entre la variación acumulada del IPC y la variación acumulada de la ponderación de las fórmulas de ajuste contractuales, dentro de los períodos señalados, como forma de medir el comportamiento de las dos curvas. Por tanto, no halla razón a la objetante en la omisión que formula, y menos aún en que esta configure un error grave de esta respuesta.

• Pregunta 1.10 del dictamen y 2.4 - 2.6 de las aclaraciones del consorcio

El supuesto error se enfoca en la falta de respuesta de los peritos a la petición de elaborar una canasta de insumos representativos de todo el proyecto, con sus respectivos precios de mercado, desde mayo 9 de 1994 hasta la fecha del dictamen. La objetante considera que ello hubiera sido fácil si hubieran utilizado la misma metodología usada para las respuestas 10.20 y 10.21.

Oposición del apoderado del fideicomiso:

La objeción se fundamenta en el cambio en el contenido de la pregunta del formulario inicial que se refería a la elaboración de una “canasta de insumos representativa del proyecto”, con el de la aclaración que exigió una “canasta de insumos de todo el proyecto”, lo que es sustancialmente distinto, ya que en esta oportunidad se solicitaba calcular todos los ítems del proyecto, que llegan a 35.000 aproximadamente, lo cual, además de ser imposible para un dictamen pericial, no fue lo previsto en la solicitud de la prueba.

Considera el tribunal:

En efecto, los peritos no elaboraron lo pedido en el cuestionario adicional, además de las razones que aduce el apoderado del fideicomiso, por concluir, al igual que en la respuesta objetada a la pregunta 1.9, que “no resulta válido elaborar una fórmula de ajuste que refleje las variaciones sufridas por los precios en la parte ejecutada del contrato, proyectándola para la obra que debe ejecutar en el plazo del contrato”. Sin embargo, para llegar a esta conclusión, los peritos elaboraron una juiciosa comparación entre las variaciones de los componentes de los índices de las fórmulas de ajuste del contrato, frente a las variaciones del IPC, analizándolas por períodos y admitiendo que “la inflación de un proyecto no es una variación constante y lineal a lo largo de su ejecución. Por el contrario, varía de acuerdo con las etapas que se vayan adelantando”. Así las cosas, el tribunal encuentra en el “supuesto error” una divergencia conceptual de carácter técnico financiero, la cual no es demostrativa de que la posición pericial esté equivocada. El tribunal determinará su eficacia probatoria al analizar el tema del debate en el estudio del pretensión tercera de la demanda.

- Pregunta 1.11 del dictamen y 3.1 - 3.2 de las aclaraciones del consorcio

Se ubica el error en la omisión de los peritos, consistente en no rehacer la tabla comparativa de los insumos con las fórmulas de reajuste del contrato frente a los ajustes del IPC, con la misma fecha de comparación. También señala un error en la respuesta al no haber incluido los cuadros y gráficas solicitadas.

Oposición del apoderado del fideicomiso:

Considera que en la explicación de los peritos se encuentra, que con la información de dicente, a 1998, los peritos realizaron sus cálculos y que al no haber podido encontrar la correspondiente a 1999, actualizaron los precios de listas para hierro, utilizando a Diaco como fuente. Ello no arrojó error en los resultados, por lo cual no debe atenderse esta objeción por error grave.

Considera el tribunal:

Los peritos al contestar la pregunta 1.11 del formulario original, efectivamente utilizaron dos fechas de comparación: para unos insumos diciembre de 1998 y para otros diciembre de 1999, lo cual fue explicado en las respuestas 3.1 y 3.2 de las aclaraciones. Al no haber señalado la objetante, cuál es la incidencia de esto en las conclusiones, el tribunal no encuentra la demostración del error grave señalado. Por otra parte el hecho de no haber realizado una gráfica con los datos en que basan su respuesta, tampoco puede considerarse como error, dado que tales datos se encuentran en el dictamen y son los mismos que originan el cuadro que la señora apoderada aporta con sus objeciones. Por lo demás, la falta del gráfico no es error por sí sola, el cual, como se dijo al comienzo de este estudio debe estar demostrado y claramente especificado en el dictamen.

- Pregunta 1.12 del dictamen y 4.1 de las aclaraciones del consorcio

Se proyecta el supuesto error en el criterio de los peritos al sostener que al cambiar las fórmulas de ajuste se modifican los precios unitarios del contrato.

Oposición del apoderado del fideicomiso:

Advierte que la apreciación de los peritos es correcta por cuanto la modificación de las fórmulas implica variar las condiciones básicas que tuvo el contratista al elaborar su oferta y por tanto la composición de los precios unitarios del contrato.

Considera el tribunal:

El tribunal observa que esta respuesta se deriva de otras anteriores, porque además así lo solicitó la pregunta, y por tanto, su conclusión es coherente con la posición general del dictamen en este tema; por ello, al igual que en las respuestas anteriores, el tribunal encuentra que el error grave que se quiere señalar, no es más que una divergencia de fondo con el planteamiento financiero de los peritos. La razón de uno u otro de los argumentos corresponde al tribunal definirla en el análisis de la pretensión tercera de la demanda.

- Pregunta 1.13 y 1.14 del dictamen y 5.1 de las aclaraciones del consorcio

Se sustenta el error en las mismas razones de la objeción a la pregunta 1.9 y 1.10 del dictamen y a sus aclaraciones.

Oposición del apoderado del fideicomiso:

Reitera la argumentación planteada al oponerse a las objeciones a las respuestas a tales preguntas.

Considera el tribunal:

También el tribunal encuentra coherente esta respuesta con las anteriores, referidas al desacuerdo de los peritos de comparar las fórmulas de ajuste del contrato con los índices del IPC. Por ello, el tribunal reitera que se trata de una discrepancia conceptual de la objetante con las conclusiones periciales y que tal como lo manifiesta la señora apoderada en su objeción "...la procedencia o no de las comparaciones entre las fórmulas de ajuste del contrato y el

IPC del país, es un tema sometido a la consideración de los árbitros y no les corresponde a los peritos pronunciarse sobre ella”.

Por otra parte, los peritos hicieron el ejercicio de las comparaciones cumpliendo con el deber encargado y proporcionando al tribunal elementos de juicio para su decisión en este tema. Con relación a la tabla C-3-05 el tribunal se remite a lo decidido sobre el error formulado a la pregunta 1.9 del dictamen y 1.3 de las aclaraciones.

- Pregunta 1.15 del dictamen, y 7.3 de las aclaraciones del consorcio

Se fundamenta el error en el hecho de que los peritos se abstuvieron de hacer “la sumatoria total de las diferencias entre la variación acumulada del Consumer Price Index de los Estados Unidos (CPI) y la variación acumulada de la ponderación de las fórmulas de ajuste contractuales”.

Oposición del apoderado del fideicomiso:

Advierte que los peritos sí respondieron a lo preguntado; sin embargo no sumaron los acumulados pues ello daría lugar a un resultado absurdo, ya que de sumarse las variaciones mensuales acumuladas del CPI entre mayo de 1994 y diciembre de 1999, arroja un resultado de 510.64%.

Considera el tribunal:

Atendiendo a la explicación de los peritos para no acumular las variaciones del IPC, expuesta en sus aclaraciones, el tribunal encuentra en este supuesto “error” divergencias de tipo conceptual sobre la metodología financiera propuesta en la pregunta 7.3 de las aclaraciones y la desarrollada por los peritos al responderla. Por otra parte, encuentra que en las respuestas objetadas, los peritos sí elaboraron las acumulaciones solicitadas, pero con diversa metodología, lo cual no puede calificarse como error grave.

- Pregunta 1.16 del dictamen y 8.11, 8.12 de las aclaraciones del consorcio

Se ubica el error en la consideración de los peritos de que hubieran podido realizar los cálculos solicitados “si se tuvieran precios de mercado de diferentes proveedores para un mismo insumo” (referido a mercados en dólares), por considerar la objetante que esa información es posible por vía de consulta directa o por internet.

Oposición del apoderado del fideicomiso:

Observa que los peritos sí contestaron lo originalmente preguntado y que la información que la objetante echa de menos la ha debido aportar con la contestación de las excepciones propuestas por el fideicomiso.

Considera el tribunal:

Al analizar las respuestas objetadas, el tribunal encuentra que, como lo afirma el señor apoderado del fideicomiso, el tema propuesto sí fue contestado y concluido con la afirmación de que los ajustes para los componentes de pagos en dólares tienen incrementos positivos “aun cuando en algunos subperíodos hayan presentado ajustes decrecientes sin llegar a valores negativos (menos que 1.00)” (fl. 63 dictamen) Por ello, el tribunal no encuentra deficiencia en la respuesta y menos aún demostración del error grave que se señala.

- Pregunta 1.17 del dictamen y 9.1 de las aclaraciones del consorcio

Se ubica el error en la afirmación de los peritos de no encontrar listas de precios asociadas con el contrato, para poder determinar la idoneidad de las fórmulas en dólares, y a la de no ver viable proponer otras fórmulas, por no haber elementos que muestren el comportamiento real de los precios frente a los de los elementos objeto de ajuste, en el contrato.

También se objeta la afirmación de los peritos referida al índice B de la fórmula.

Oposición del apoderado del fideicomiso:

Reitera la argumentación expuesta en contra de las objeciones a las respuestas correspondientes a las preguntas

1.12 y 1.16 del dictamen. Y en cuanto al índice de ajuste B para los materiales no ferrosos requeridos en la fabricación de los equipos mecánicos principales, señala que este índice B, cuyo peso ponderado es del 6% de la fórmula, no es determinante para efectos del valor del ajuste, pero sí cumple su función de ser representativo de los insumos de que hace parte.

Considera el tribunal:

Los peritos en estas respuestas, reiteran que, no pueden concluir que las fórmulas contractuales no estén ajustando adecuadamente los precios del contrato. Y, con relación a los cambios de índices que propone la convocante para la realización del ejercicio de establecer unas fórmulas nuevas, manifiestan su desacuerdo, fundamentados en argumentos técnicos, sobre los cuales no hay error demostrado, que conduzca al tribunal a considerarlos equivocados. Por lo que hace al factor B de la fórmula, entiende el tribunal que el supuesto error se establece en una disparidad de criterio con la apreciación pericial. Todo lo anterior lleva al tribunal a desechar la objeción planteada a estas respuestas.

• Pregunta 1.18 del dictamen y 10.1, 10.2 de las aclaraciones del consorcio

Se funda el error en la manifestación de los peritos de haber realizado en las aclaraciones una columna adicional en el cuadro C-3-14, para mostrar las dos series de datos en una misma base, lo que explicaría la comparación que hacen los peritos en el dictamen original de dos series de datos puestos sobre base diferente. Al no encontrarse en las aclaraciones esa columna adicional, se está generando un error grave en la respuesta.

Oposición del apoderado del fideicomiso:

La fundamenta en las mismas razones expuestas al oponerse a las objeciones referidas al cuadro C-3-14 del dictamen.

Considera el tribunal:

El tribunal observa que la tabla que aparece como C-3-14 y la figura C-3-14 A del volumen de aclaraciones (fls. 326 a 329) son exactamente iguales a las presentadas en el dictamen original con la misma nomenclatura, sin embargo, el hecho de no presentar la gráfica no le quita valor a las conclusiones obtenidas en el texto del dictamen sino que configura una omisión no asimilable a error grave.

De otra parte, la objeción está fundamentada en el hecho de que los peritos se limitan a presentar para cada mes la diferencia entre el CPI y la fórmula de ajuste, cuando la realidad es que el cuadro C-3-14 del dictamen original (fl. 296) en su última columna, “diferencia acumulada”, lo que muestra es la diferencia entre la variación acumulada de la fórmula de ajuste ponderada y la variación acumulada del CPI.

• Preguntas del consorcio 1.25, 1.26 del dictamen

Se discrepa con el criterio de los peritos referido a las críticas que hacen a las fórmulas de ajuste en lo que toca con los equipos.

Oposición del apoderado del fideicomiso:

Considera que la pregunta 1.25 sí fue respondida y que lo ahora objetado corresponde a una divergencia con el criterio pericial. Con relación a la objeción a la pregunta 1.26, el señor apoderado reitera los argumentos expuestos al oponerse a la objeción a la respuesta dada a la pregunta 1.12 del cuestionario original.

Considera el tribunal:

Las conclusiones de los peritos en el tema de las fórmulas de ajuste son coherentes con su posición adversa a la de la convocante, de considerarlas ineficaces. Por tanto la objeción está basada en una discrepancia conceptual, la cual, por sí sola, no es demostrativa de error en la argumentación pericial.

d) Errores en las respuestas relacionadas con la cuarta pretensión

Adelante el tribunal examinará una a una las objeciones de la señora apoderada del consorcio; dado que el señor apoderado del fideicomiso no se pronunció individualmente sobre cada una de ellas, se expondrán enseguida los argumentos generales con los que este apoderado formuló sus oposiciones, los cuales se resumen así:

- a) Los peritos sí determinaron las exigencias del pliego de licitación relacionadas con los costos indirectos y administrativos que los proponentes debían tener en cuenta al estructurar sus precios unitarios (fls. 112 a 115 aclaraciones);
- b) Los peritos sí relacionaron las instalaciones, campamentos y oficinas construidas por el consorcio, a folio 115 de sus aclaraciones;
- c) No fue el AIU real del proyecto el que se solicitó establecer a los señores peritos, sino el AIU existente en los precios unitarios del contrato MI-100, que es el estimado por el consorcio en su oferta y no el incurrido desde que se inició la obra, y
- d) En el anexo 94 de la demanda se establece que el AIU de los precios unitarios del contrato es del 76.61% del costo directo o del 50.8% del valor total de la venta o del servicio; estas inconsistencias en el valor del AIU, los hacen excluyentes, y el error proviene del consorcio y no de los peritos.

Por su parte la señora apoderada del consorcio así formuló sus objeciones, las cuales se van resolviendo por el tribunal según la metodología que viene desarrollando:

- Preguntas del consorcio 1.27 a 1.34, 50, 63, 64 del dictamen, 13.1 (a) b) c) d)), 17.1, 18.1 y 18.2 de las aclaraciones. Preguntas del fideicomiso 2, 7 y 8

La objeción se ubica fundamentalmente en la calificación de obras opcionales hechas por los peritos en su análisis. También se señala error grave en la presentación del cuadro C-4-02 por razón de que este proyecta una compensación entre las obras que los peritos denominan opcionales y las correspondientes a las actas de acuerdo. Según la objetante, ello configura error por cuanto las obras pactadas en las actas de acuerdo no tienen AIU, sino que se convinieron pagar, por costo más porcentaje del 20%, por administración.

Considera el tribunal:

Con relación a la calificación de opcionales, el tribunal advierte que el término lo utilizan los peritos, por razón de expresiones contenidas en los pliegos de la licitación (que transcriben en las aclaraciones), por lo cual no encuentra error en su utilización; sin embargo, el contenido jurídico del término opcional corresponde al tribunal determinarlo, si lo considera pertinente para resolver la cuarta pretensión.

Al examinar los citados cuadros C-4-02 y C-4-01, el tribunal encuentra que en ellos se están ilustrando, por separado las obras civiles del contrato, con sus costos en pesos y en dólares, convertidos a dólares equivalentes (a la fecha de la propuesta) mayo 23 de 1994 (fecha del cierre de la licitación). Allí también se muestran los valores de las obras civiles, sin las denominadas por los peritos opcionales, a las cuales se les descuenta el valor de las obras civiles adjudicadas, lo que muestra un 101.30% con relación al valor de las obras civiles licitadas (sin incluir las llamadas por los peritos opcionales ).

También los cuadros muestran el estado del contrato a 31 de diciembre de 1999, según información de Ingetec, como interventor del contrato.

No encuentra allí el tribunal error en estos gráficos, sino un criterio de análisis que en ninguna manera lo compromete, ya que debe estudiarse en conjunto con las otras pruebas del proceso, especialmente con la interpretación integral de la naturaleza de las obras civiles del contrato. Una vez determinado el carácter de estas, deberá considerar, si puede darse la compensación, tal como lo proponen los peritos en su concepto.

Por otra parte, los datos de Ingetec por ellos tenidos como fuente, son idóneos, por provenir del interventor del contrato, y además por no haber prueba en contrario de su inexactitud. Por otra parte, la objetante no especifica a qué documentos se refiere, ni cuál sería la incidencia al no haberlos tenido en cuenta los peritos en sus

conclusiones. Por tanto, no encuentra el tribunal el error planteado.

- Preguntas del consorcio 1.27 a 1.30 del dictamen y 1.41, 1.42 y 16.1 de las aclaraciones

Se establece el error en el hecho de que, según la objetante, los peritos no determinaron el AIU general del contrato, el AIU de los equipos electromecánicos, ni el AIU de las obras civiles, por lo cual tampoco señalaron la proporción de los costos administrativos que no quedaron cubiertos por razón de la eliminación de las obras del contrato. También esta objeción se fundamenta en los errores señalados en los cuadros C-4-01 y C-4-02 del dictamen.

- Pregunta 55 del fideicomiso (aclaraciones)

El supuesto error formulado por la apoderada del consorcio se refiere a los conceptos emitidos con relación al contrato de Electrowatt, por razón de la interpretación pericial sobre su objeto y sobre la inadvertencia de que en sus cuadros, en el renglón de costos indirectos, no se menciona el rubro de construcción de campamentos e instalaciones del contratista, talleres, bodegas, puesto de salud, etc., lo que lleva a la objetante a considerar que por estas razones no se podía asimilar el AIU de la oferta del consorcio con el AIU señalado por Electrowatt en su informe (del 38.8%).

Esta respuesta también fue objetada por el apoderado del fideicomiso, quien ubica el error grave en la coincidencia de tipo matemático de que si al AIU del 38.8% considerado por Electrowatt se le suma el porcentaje del 12% correspondiente al rubro imprevistos, se llega a un valor del AIU del 50.8 % (pág. 126 dictamen). Ubica la equivocación en la relación de los rubros “ingeniería y administración” (10%) e “imprevistos” (12%) definidos por Hidromiel desde la etapa licitatoria, pero que no pueden ser tratados como porcentaje de costos del consorcio incluidos en el AIU.

Considera el tribunal:

Con relación al error indicado por la señora apoderada del consorcio, quien considera que no debe sumarse el 12% de imprevistos, sino el valor de los campamentos, talleres, puesto de salud, comedores, vías, etc., señala el tribunal que el valor porcentual de estos ítems, presentado en las aclaraciones del dictamen (fl. 0035) es de solo el 8.21% que llevaría a un porcentaje de AIU inferior al del 50.80%, presentado por los peritos. Por tanto, no puede considerarse como error grave la conclusión pericial aludida.

Con relación al error señalado por el señor apoderado del fideicomiso, el tribunal pone de presente que los peritos en la página 126 de las aclaraciones resaltan que este resultado en el porcentaje del AIU es “una coincidencia”; por tanto es el tribunal quien puede determinar el asunto, si lo considera pertinente.

- Preguntas 56 y 60 del fideicomiso (aclaraciones)

El error se refiere al cálculo efectuado por los peritos del ítem 17.127, pues considera que el precio ofertado por el consorcio es global y por 500 moldes y por tanto al multiplicar los peritos por 500 el precio ofertado actúan arbitrariamente y en contra de las pruebas que obran en el expediente.

Considera el tribunal:

Estudiado el formulario original de las cantidades de obra del pliego de condiciones, el tribunal encuentra que este ítem está en blanco (anexo 1, formulario D-17, lista de cantidades y precios del pliego de condiciones), lo cual indica que no debería ser llenado por los proponentes. Y como se dice en el dictamen (fl. 89) “A pesar de esto, el consorcio, al elaborar la propuesta, incluyó la cantidad “1.00”, fijándole precio en moneda colombiana y en moneda extranjera”. En ninguna parte encuentra el tribunal la mención de que se trataba de un precio global, como ahora lo pretende demostrar la señora apoderada del consorcio. Por tanto no existe error en la respuesta de los señores peritos, quienes se limitaron a elaborar una conclusión ceñida al texto del pliego de condiciones.

- Pregunta 65 del fideicomiso (aclaraciones)

El error se refiere a la falta de confrontación de los documentos de Ingetec, que sirvieron de fuente para la



respuesta, con los documentos del consorcio, al establecer el porcentaje del AIU.

Considera el tribunal:

El tribunal encuentra que los peritos conceptuaron que el contrato no tiene diferentes fórmulas de AIU para aplicarse independientemente. Respecto del porcentaje del AIU, el dictamen presenta un estudio sobre los costos generales de obra que aparecen en la oferta, para concluir que el porcentaje es del 50.80% del costo directo, y no los porcentajes que se deducen del anexo 94 de la demanda.

- Pregunta del consorcio 1.33 del dictamen

Se funda el error en la omisión, en que según la apoderada, incurrieron los peritos al no incluir lo dicho por el testigo Adolfo Fehrman Espinosa.

Considera el tribunal:

Se refiere a lo incompleto de la respuesta, pero no se establece su error, dado que no se concreta la incidencia del dicho del testigo, en la conclusión que habrían obtenido los peritos de haberse referido a ella.

e) Errores referidos a las respuestas relacionadas con la quinta pretensión

Adelante el tribunal examinará una a una las objeciones de la señora apoderada del consorcio; dado que el señor apoderado del fideicomiso no formuló reparos individuales a cada una de ellas, el tribunal expondrá enseguida los argumentos generales con los que este apoderado se opuso a aquellas, los cuales se resumen así:

a) Los peritos sí respondieron lo preguntado; sin embargo aquellos conceptos adversos al criterio de la demandante, se señalan como errores graves del dictamen.

b) La objetante tergiversa las respuestas de los peritos cambiando su contenido y dándole un alcance que no tienen.

c) Las respuestas objetadas se fundamentan en verificaciones realizadas por los señores peritos respecto de los desarrollos matemáticos presentados por el consorcio en su demanda y la contestación a las excepciones (fls. 103 a 111 del dictamen y 049 a 052 de las aclaraciones).

Las objeciones de la señora apoderada del consorcio se formulan así:

- Pregunta del consorcio 37 del dictamen y 19.1 y 19.3 de las aclaraciones

Se ubica la objeción en el análisis jurídico, que según la señora apoderada, realizaron los peritos, debiendo hacerlo desde el punto de vista económico y financiero, como se les solicitó.

Considera el tribunal:

El tribunal encuentra en las respuestas del dictamen que los peritos describieron y transcribieron las cuentas de cobro 1 y 2 para el pago del anticipo en pesos y en dólares, para establecer los valores sin ajuste y con ajuste correspondiente. También encuentra claras las fechas de entrega integral del anticipo, el 23 de diciembre de 1997, fecha en la cual se impartió la orden de iniciación de las obras. Por esto, examinando el texto de la pregunta 1.37, el tribunal considera que la respuesta se ajustó precisamente a su contenido.

En cuanto al análisis financiero que echa de menos la señora apoderada, el tribunal anota que en la respuesta a su solicitud de aclaración, los mismos peritos advirtieron cuál era el contenido de las preguntas, las cuales, en su criterio, no solicitaban el análisis que se reclama; también encuentra que los peritos sí contestaron lo preguntado originariamente, para concluir que la metodología ordenada por Ingetec, para la amortización del anticipo, sí cumple la previsión contractual de la cláusula 7.1.a, que fue lo inicialmente preguntado. Por tanto, no aparece demostrado un error grave en estas respuestas objetadas, sino una inconformidad con el concepto pericial.

- Pregunta del consorcio 1.38 del dictamen y 19.1 y 19.3 de las aclaraciones

Se ubica el error en la interpretación del término Independiente en las fórmulas de ajuste, y se señala que al tratarlo como un descuento se incurre en las conclusiones equivocadas que la objetante enumera.

Considera el tribunal:

El tribunal, al revisar la pregunta originalmente formulada a los señores peritos encuentra que se les está pidiendo la definición del término independiente, contenido en la fórmula de reajuste, y se les dan tres opciones de análisis. En la respuesta a la pregunta 1.38, los señores peritos elaboran su estudio, con base en que en las previsiones de los pliegos hay un porcentaje del valor del contrato, que no se reajusta, y este es el significado del término independiente en la fórmula, el cual es de origen contractual, es decir, aparece en la licitación y se maneja en la oferta por el contratista. Por tanto, corresponde al tribunal determinar su significado, sin estar comprometido por el criterio pericial, tal como se dejó claramente establecido al comienzo de este estudio. En consecuencia, no puede calificar como error grave la respuesta en cuestión, ya que la glosa se limita a una discrepancia conceptual de la señora apoderada con la interpretación y tratamiento pericial del término “independiente” incluido en la fórmula de ajuste acordada en el contrato de obra.

Conclusión final

Del detallado análisis anterior y del estudio integral del dictamen, el tribunal concluye que ninguna de las objeciones formuladas por la señora apoderada del consorcio, ni el error señalado por el señor apoderado del fideicomiso a la respuesta a la pregunta 55 (relacionada con la cuarta pretensión) reúnen los requisitos básicos estructurales necesarios para que pueda considerarse que el informe pericial contiene un “error grave”, según lo ya expresado por el tribunal y que se reiterará adelante. Por ello, es innecesario proseguir en su demostración mediante la práctica de una nueva prueba pericial. En consecuencia el dictamen pericial rendido por los señores ingenieros Jorge Torres Lozano y Octavio Rendón Gallego será apreciado como un medio probatorio válido y eficaz, según las consideraciones que el tribunal analizará al estudiar cada una de las pretensiones por separado.

1.1.2. Objeción al dictamen rendido por los contadores señores Ricardo Sabogal A. y Blas Giffuni C.

En memorial de agosto 3 de 2000 el señor apoderado del fideicomiso objetó parcialmente este dictamen contable (fls. 389 a 392, cdno. de trámite). Para demostrar el error relativo a la respuesta dada a la pregunta 6, literal a) del cuestionario adicional del consorcio solicitó ordenar el aporte por los peritos, de los soportes magnéticos y en papel, que sirvieron de base al experticio, los cuales ingresaron al expediente, por decreto del tribunal. Por su parte, la señora apoderada del consorcio se opuso a las objeciones del fideicomiso, y además presentó observaciones al dictamen (ago. 2 de 2000, fls. 385 a 388 cdno. de trámite), las cuales se sintetizan así:

1. La materia del dictamen es de naturaleza contable, razón por la cual no les corresponde a los señores peritos decidir sobre la aceptación o rechazo de un gasto, ni menos aún sobre la incidencia de los gastos o de su reembolso en las calificadas por ellos “demoras del proyecto”.

2. A los peritos no les correspondía formular las críticas expresadas a lo largo de sus aclaraciones, relativas a los dos registros contables que realiza la Constructora Norberto Odebrecht S.A. para los gastos que no se pagan de contado, ya que este sistema es legal y de aplicación generalizada y les fue explicado desde el principio de su gestión.

3. Los señores peritos tuvieron a su disposición toda la contabilidad de la empresa sin reserva alguna, y entre la documentación facilitada se les entregó la totalidad de las copias de los contratos de servicios suscritos durante el período 1993 a 1996.

Al no constituir objeciones propiamente dichas a la prueba pericial el tribunal las podrá tener en cuenta en la apreciación de la misma.

Con relación a las objeciones formuladas por el señor apoderado del fideicomiso, el tribunal las estudiará una a una, en el orden planteado, analizando también la posición contraria de la señora apoderada del consorcio:

a) Primera objeción

- “Pregunta 5 literal e (cuestionario complementado de la demandada)”

Fundamenta el error en la inclusión en el cierre financiero del pago de la nómina de salarios de personas que, a juicio del objetante, no se demostró su vinculación laboral con Norberto Odebrecht S.A., ni su relación funcional con el Proyecto Miel I.

Oposición de la apoderada del consorcio:

Para oponerse a esta objeción, la señora apoderada, aportó la totalidad de los contratos correspondientes a los trabajadores a los cuales se refiere la objeción para que el tribunal determine la relación de causalidad que se pretende desconocer.

Considera el tribunal:

Al examinar la respuesta objetada, el tribunal encuentra que los peritos advierten claramente que “no fue posible determinar si el personal que aparece en las mismas, ejercía funciones exclusivas para el desarrollo del proyecto...”, lo cual le es suficiente para entender que no fueron conclusivos en su respuesta, sino que se limitaron a elaborar los cálculos, pero dejando clara la falta de firmeza de los resultados de los cuadros, por la razón anotada. Por ello, el tribunal no considera que exista error en la respuesta, ya que es a este a quien correspondería, si a ello hubiere lugar, determinar la inclusión o no de los gastos objetados.

b) Segunda objeción

- “Pregunta 6, literal a) (cuestionario complementario de la demanda)”

Se formula por deficiencia en la respuesta, ya que según el objetante, los peritos no discriminaron los gastos de las compañías Norberto Odebrecht S.A., y Norberto Odebrecht Ltda. y al no hacerlo, el error consiste en sumar los gastos de la una y de la otra, e incluir los gastos de la sociedad limitada en los del proyecto.

Oposición de la apoderada del consorcio:

Manifiesta que estas dos sociedades conforman un mismo grupo empresarial, por cuanto la sociedad anónima tiene estructura de matriz, respecto de la sociedad limitada, que es su filial.

Considera el tribunal:

La crítica es de carácter jurídico, y los señores peritos se limitaron a verificar el registro contable de todos los gastos, tal como se les solicitó. Corresponderá al tribunal, si hubiere lugar, excluir aquellos que no tengan nexos con el proyecto.

c) Tercera objeción:

Formulada contra el cuadro denominado en las aclaraciones “cálculo de los gastos que finalmente se aceptarían como reembolsables”.

El error grave se funda en haber utilizado los peritos soportes que no hacían parte de la contabilidad cuando fue revisada inicialmente, sino documentos aportados con posterioridad, por el consorcio.

Oposición de la apoderada del consorcio:

Toda la documentación contable fue puesta a disposición de los peritos incluidos los soportes que el apoderado del fideicomiso califica como “documentos nuevos”.

Considera el tribunal:

Con relación al punto de aceptar el aporte, por parte de la señora apoderada del consorcio, de “nuevos” documentos relativos a soportes contables, el tribunal en auto de junio 22 de 2000 (acta 22) dispuso aceptar su inclusión “...en el entendido que no se trata de documentos nuevos sino de copias que obran en el expediente o en

las contabilidades que sirvieron de fuente a los señores peritos, para su dictamen. Al responder las aclaraciones los señores peritos deberán confirmar lo anterior al tribunal”.

Examinando las precisiones generales que los peritos realizaron al responder las solicitudes de aclaración y complementación decretadas, el tribunal entiende, que ellas se refieren a que el dictamen original se realizó con base en un muestreo de los soportes de la contabilidad, en tanto que las aclaraciones y complementaciones sí se fundamentan en el examen total de los registros contables y sus correspondientes soportes. Por ello, también entiende que los soportes a que se refiere el objetante, sí hacían parte de la contabilidad, pero que debido al sistema de muestreo empleado inicialmente no había permitido su inclusión en la prueba pericial, como sí sucedió luego, con ocasión del examen total y detallado de la información contable. Por tanto, el tribunal no encuentra la irregularidad anotada y menos aún un error grave en la respuesta.

d) Cuarta objeción:

Formulada contra los cuadros que contienen los gastos incurridos por las empresas miembros del consorcio, por la razón de que, según lo dicho por los mismos peritos las contabilidades de las empresas extranjeras, al no estar registradas en Colombia, no pueden ser objeto de dictamen contable por contadores públicos en Colombia.

Oposición de la apoderada del consorcio:

Los peritos realizaron sus cálculos con base en las certificaciones de auditoría que se les presentaron, las cuales sí tienen plena validez legal para ello.

Considera el tribunal:

Los señores peritos al elaborar estos cuadros se limitaron a acoger la siguiente orden del tribunal: “Relacionar los gastos que allí aparecen, indicando sus fechas, valor y conceptos; informar si los documentos examinados están auditados o no, explicando el carácter de las certificaciones aportadas” (acta 22, jun. 22/2000).

Por tanto, es el tribunal a quien corresponde determinar la validez de los cálculos contenidos en los cuadros objetados, si a ello hubiere lugar. Además advierte que los señores peritos fueron cautos al señalar la naturaleza de los conceptos que allí aparecen por las razones por todos anotadas. En consecuencia, el tribunal no encuentra el error grave señalado.

e) Quinta objeción:

Relativa a los gastos aceptados bajo los rubros “honorarios y arrendamientos”. El error consiste en no haber examinado los contratos correspondientes, lo cual se deduce del dicho de los peritos referido a que solo encontraron copia del contrato con Electrowatt.

Oposición de la apoderada del consorcio:

Dado que estos contratos pueden ser consensuales, no se requiere para su registro contable el correspondiente soporte escrito.

Considera el tribunal:

La glosa no es más que una discrepancia con el criterio pericial por razón de la inclusión de estos rubros, sin que el hacerlo pueda constituir por sí solo error grave. Reitera el tribunal el marco de este estudio en el punto cardinal de que la prueba pericial no obliga sino mediante la evaluación jurídica del juez.

Conclusión final:

Ninguno de los errores formulados responde a la estructura del “error grave” a la luz de la ley, la jurisprudencia y la doctrina, razón por la cual el tribunal valorará el dictamen pericial como un medio probatorio válido y eficaz de acuerdo con las consideraciones que pasa a efectuar.

## 1.2. La naturaleza y el régimen jurídico de los contratos

De lo expuesto hasta ahora, para el tribunal resulta evidente que, a fin de poder avocar en debida forma el examen separado y pormenorizado de los diversos puntos sometidos a su decisión, se hace menester dilucidar previamente un aspecto que gravita sobre varios de ellos, cual es el relativo al tipo jurídico de los contratos que Hidromiel S.A., y el consorcio conformado por las sociedades Constructora Norberto Odebrecht S.A., Grupo Mexicano de Desarrollo S.A., Asea Brown Boveri Ltda., de Brasil, ABB Sae Sadelmi, SPA, y Kvaerner Energy A.S., celebraron entre sí. Porque, como bien se sabe, según que las convenciones en cuestión se encuadren en la categoría de los contratos estatales o que escapen a ella, uno u otro será —al menos en parte— el régimen jurídico que las gobierne, y distintas también las consecuencias que se desprendan de su eventual incumplimiento o de la ocurrencia de otras circunstancias extraordinarias durante su ejecución.

En nuestro actual sistema de contratación pública la respuesta al primer interrogante depende ante todo de la naturaleza de las partes, del sector económico en el que se desarrollen sus actividades, de la clase y finalidad de los contratos en cuestión y de la fecha de su celebración o de la de iniciación del respectivo proceso de selección. Así lo dispusieron, principalmente y en orden cronológico, el Decreto-Ley 222 de 1983, la Constitución de 1991, la Ley 80 de 1993 y las Leyes 142 y 143 de 1994.

En el caso de autos, el proceso licitatorio comenzó el 22 de diciembre de 1993, es decir, claramente bajo la vigencia de la primera de las normas mencionadas. Por consiguiente, al tenor de las reglas de transición contenidas en la Ley 80 de 1993 (art. 78), en principio tendría que haber sido ese Decreto 222 el que gobernara no solo todo el procedimiento precontractual, sino además los varios contratos que suscribieron las partes, a pesar de que en cada caso la fecha de su celebración tuvo lugar cuando ya regía la Ley 80 (24 de abr. de 1995 para el contrato de obra y para el de aportes de capital, y 22 de sep. del mismo año para el contrato de financiamiento). Y, por supuesto, si tal fuera el caso, habrían sido entonces los solos criterios y las definiciones contenidos en el Decreto 222 los que determinarían la naturaleza, el tipo y el régimen de los contratos en cuestión.

Sin embargo, ocurre que para cuando se suscribieron tales contratos ya se habían expedido las leyes 142 y 143 de 1994 —posteriores y especiales—, que no contienen norma alguna de transición que se refiera a los procedimientos contractuales iniciados antes de su vigencia, y en las que, por el contrario, se dispuso tajantemente y sin excepción, que esta comenzaría a partir de su publicación, la cual tuvo lugar el 11 de julio de 1994 en ambos casos.

Ahora bien, el artículo 31 de la Ley 142 señaló que los contratos que celebren las entidades estatales que presten los servicios públicos a los que ella se refiere, y que tengan por objeto la prestación de esos servicios, se rigen por lo que ella dispone y por lo prescrito en el párrafo 1° del artículo 32 de la Ley 80 de 1993. Dicho párrafo exceptúa determinados contratos de la regla general prevista en el primer inciso de ese mismo artículo —según la cual los que celebran las entidades estatales son contratos estatales—, y señala, en consecuencia, que dichos contratos no están sujetos a las disposiciones del estatuto general de contratación de la administración pública. Además, en relación específicamente con las empresas de servicios públicos, el artículo 32 de esa misma Ley 142 estableció, en sentido análogo y aún más perentoriamente, que todos sus actos “se regirán exclusivamente por las normas del derecho privado”.

Por su parte, la Ley 143 estableció que los contratos relacionados con la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad, que celebren las sociedades por acciones en cuyo capital tengan participación las entidades estatales, cualquiera que sea la proporción de dicha participación, se rigen por las normas del derecho privado.

El clarísimo sentido de estas normas no deja lugar a la menor duda acerca de que el propósito que las inspiró fue precisamente el de extraer del ámbito de las reglas que gobiernan los contratos estatales a aquellos que se celebraran en materia de servicios públicos domiciliarios y de generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de energía eléctrica. Así, estos contratos no se gobiernan entonces por el régimen mixto —parcialmente público y parcialmente privado— que de modo general señala el inciso 1° del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, sino exclusivamente por los principios y normas a las que aluden las Leyes 142 y 143 de 1994 y fundamentalmente por los principios de derecho común sobre contratación.

He ahí su diferencia específica dentro del gran género de los contratos de la administración pública y las entidades adscritas o vinculadas a ella: que mientras la mayoría de tales contratos —a los que la ley llama estatales— se rigen por ese sistema combinado de normas, conformado en primer término por los principios y las reglas de derecho administrativo consagrados en la Ley 80, los contratos a los que se refieren las leyes 142 y 143 y cuyo objeto coincide con el que es materia de esta controversia, no se rigen por la Ley 80 de 1993. Esa es, además, la única nota que, de acuerdo con la ley, distingue un régimen legal del otro: el de la Ley 80 de las leyes 142 y 143.

Estas apreciaciones coinciden en un todo con lo que sobre el particular han señalado la jurisprudencia de la Corte Constitucional <sup>(4)</sup> <sup>(5)</sup> en los últimos tiempos. Concretamente este último, mediante sentencia de la Sección Tercera, del 20 de agosto de 1998, de la que fue ponente el doctor Juan de Dios Montes Hernández, afirmó que “a juicio de la Sala es preciso reconocer que en las diversas regulaciones normativas sobre contratación de la administración pública, es posible identificar dos grandes categorías de actos contractuales:

“1. Contratos estatales propiamente dichos, que son aquellos que celebran las entidades públicas a que se refiere la Ley 80 de 1993, y que por ende se regulan íntegramente por el régimen establecido en esta ley...

2. Contratos especiales sujetos a un régimen legal propio...” <sup>(6)</sup> .

La razón de ser de ese doble régimen estriba en el criterio del legislador en el sentido de que así como, de ordinario, los contratos de una entidad del sector público tienen como primera consideración el interés general vinculado al directo cumplimiento de un fin del Estado, hay también campos de su acción contractual en los cuales a ese mismo interés público le conviene de modo muy especial que opere plenamente la autonomía de la voluntad privada. A partir de esa premisa, resulta evidente que las reglas que gobiernen unos y otros contratos no pueden ser las mismas en ambos eventos. En lógica y en justicia, en el primer caso es necesario concederle ciertas ventajas al ente público, sin menoscabo de la posición y los derechos básicos del particular contratista, que desde luego deben protegerse a toda costa. En el otro, debe en cambio volverse abiertamente por los fueros de la igualdad y de todas las reglas de juego de la libertad y de las leyes del mercado, con todo y la cierta rudeza que las caracteriza, especialmente en materia comercial.

Es natural que los actos y contratos de las empresas particulares están excluidos, por lo general al régimen de la Ley 80. Por supuesto, bien se sabe que nada de esto es nuevo o siquiera de reciente data, ya que los estatutos de contratación administrativa que entre nosotros fueron antes de la Ley 80 de 1993 <sup>(7)</sup> también habían optado en su momento, si bien con algunas variantes, por una separación general de regímenes entre los que entonces se llamaron contratos administrativos propiamente tales y los contratos de derecho privado de la administración. Ese esquema dual se atenuó luego muy considerablemente con la Ley 80 de 1993, pero, poco más tarde, con ocasión de la expedición de las leyes 142 y 143 de 1994 sobre servicios públicos domiciliarios y electricidad, el legislador estimó del caso restablecerlo en la forma descrita, es decir, sobre la base de separar el régimen contractual en estas dos materias del general de los contratos estatales.

Dentro de este contexto, no sobra agregar que, mediante la sentencia ya mencionada, del 11 de febrero de 1997 <sup>(8)</sup> <sup>(9)</sup> <sup>(10)</sup> . Así pues, está claro que el régimen jurídico especial y de derecho privado que las citadas leyes señalaron de modo general para los contratos regulados en ellas, y el espíritu que lo inspiró, no son en absoluto contrarios a la Carta. Esta consideración sirve sobre todo para desvirtuar el reproche que en su momento se les hicieron a dichas leyes por algunos de sus impugnadores, relacionada concretamente con el hecho de haber optado ellas por las reglas del derecho común para la regulación de las convenciones en cuestión.

Ante todo, porque la circunstancia de que unas leyes especiales dispongan que el régimen jurídico de ciertos contratos de algunas entidades pertenecientes o vinculadas al sector público es de derecho privado no significa sacarlos del ámbito de los principios fundamentales que rigen a todo ente público y a todo titular de una función administrativa. Ni mucho menos. Para el tribunal es claro que se trata de asuntos muy distintos: El uno tiene que ver con la aplicación de unos postulados universales de la acción gubernamental, que por supuesto son siempre premisas obligadas y de carácter absoluto para cualquier ente estatal —centralizado o descentralizado—, tales como los señalados en el artículo 209 de la Constitución sobre igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad. El otro se refiere, en cambio, a unos criterios y unas reglas cuyo campo de acción solo se extiende a la esfera de determinados contratos y no a todos ellos, porque así lo establece expresamente la Ley 80

de 1993. Es el caso, por ejemplo, de los artículos 4º, 27 y 28 de esta.

En efecto, mientras el predicado de la citada norma constitucional se refiere de modo general a “la función administrativa” como un universo, es decir, a todos sus titulares, sin excepción, por su parte los artículos 13 y 32 (par. 1º) de la Ley 80 establecen una clara distinción entre unos contratos a los que se aplican sus disposiciones y otros que no están sujetos a ellas.

Ahora bien, la naturaleza jurídica de Hidromiel S.A., su objeto social y la materia sobre la que versan los contratos que celebró con el consorcio, corresponden exactamente con los supuestos de que tratan los artículos 32 de la Ley 142 de 1994 y 76 de la Ley 143 del mismo año. Efectivamente: a) Hidromiel S.A., cuyo nombre completo es “Hidroeléctrica La Miel S.A., Empresa de Servicios Públicos, Hidromiel S.A. ESP” es una entidad descentralizada indirecta del orden nacional, constituida bajo la forma de sociedad anónima de economía mixta (escritura pública 1224 del 4 de mayo de 1993, de la Notaría Segunda del Círculo de Manizales); b) su objeto social principal consiste en “promover el desarrollo del potencial hidroeléctrico del Río La Miel y todos sus afluentes, incluyendo las posibles desviaciones a estos, mediante la construcción, administración y operación de los proyectos La Miel I y La Miel II, y otros posibles en estas cuencas, así como la ejecución de las obras y trabajos anexos y complementarios que se requieran para el adecuado funcionamiento de los mismos”, y c), los contratos que Hidromiel S.A. celebró con el consorcio se refieren a la financiación del proyecto hidroeléctrico La Miel I, la construcción de las respectivas obras civiles y el diseño, fabricación, suministro, instalación, pruebas de los equipos electromecánicos y entrega de la Central en operación comercial.

Por consiguiente, los contratos de obra, de financiamiento y de aportes de capital que ocupan a este tribunal, se gobiernan, en primer término, por las normas de las leyes 142 y 143 de 1994 bajo cuya vigencia se celebraron. En virtud de expresa disposición legal, y tal como atrás se dijo, ellos no están sujetos de modo general al estatuto general de contratación de la administración pública. Su régimen jurídico está constituido por las propias normas de esas leyes 142 y 143, de modo excepcional por las reglas particulares de la Ley 80 relativas al temas de las cláusulas exorbitantes y, fundamentalmente, por los principios y las disposiciones del llamado derecho común de los contratos, es decir, del derecho privado.

Así las cosas, si bien es verdad que, en razón de su indudable vinculación a la administración pública y del tipo de objeto que ella desarrolla, las actividades de Hidromiel S.A., deben guiarse siempre por los principios constitucionales y legales propios de esa condición y de esas funciones, según también quedó mencionado, ello en modo alguno permite concluir que el régimen contractual de Hidromiel S.A., es el establecido en la Ley 80 de 1993; ni siquiera en parte.

En primer lugar, porque la rotundidad de las normas especiales atrás citadas simplemente no permite una tal interpretación, cuando establecen que los contratos que celebre una sociedad del tipo de Hidromiel S.A., para el cumplimiento de sus objetivos no se rigen por las disposiciones de la Ley 80 de 1983, sino principalmente por las normas del derecho privado. Y en segundo término, porque así mismo se vio cómo una cosa son los principios que el ordenamiento jurídico consagra de modo general como postulados fundamentales de conducta para todo ente público o para todo titular de una función administrativa —los cuales por lo demás están por encima de la condición de regirse por el derecho público o de derecho privado—, y otra muy distinta los principios concretos que las normas jurídicas consagran como regla imperativa e inmediata de conducta para gobernar un determinado campo de la acción estatal —ellos sí propios del derecho público.

A juicio del tribunal, una interpretación distinta de las normas del párrafo 1º del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y de los artículos 31 y 32 de la Ley 142 y 76 de la Ley 143 de 1994 las haría totalmente inanes, ya que conduciría a que ellas, que son normas especiales de carácter excepcional, apenas se limitaran a repetir lo que dicen las reglas generales sobre la materia. Porque si de lo que se trataba era simplemente de establecer un régimen mixto (parcialmente público y parcialmente privado) para los contratos relativos a los servicios públicos domiciliarios y para los de las sociedades de economía mixta del sector eléctrico, habría bastado simplemente con que esas leyes particulares guardaran silencio, de modo que a ellos hubiera de aplicárseles por fuerza el precepto general del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, que dice precisamente eso: Que los contratos que celebren las entidades estatales “se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas

en esta ley”.

Así lo ha señalado además, con toda claridad, la jurisprudencia del Consejo de Estado que, mediante sentencia de la sala plena de lo contencioso administrativo, con ponencia del doctor Betancur Jaramillo dijo que “el legislador de 1993, mediante la Ley 80, pretendió que la actividad contractual del Estado quedara bajo la égida del contrato estatal, caracterizado por tener un régimen jurídico mixto, integrado por normas de derecho público y de derecho privado...” [\(11\)](#) .

Ese sistema mixto que gobierna los contratos estatales consiste, por una parte, en el conjunto de los conocidos principios y normas generales del derecho privado —civil y comercial— que de vieja data han regido la institución contractual y sus varias especies en todo lo que ellas tienen de expresión de los postulados fundamentales de igualdad, de normatividad, de autonomía de la voluntad privada y de libre competencia; por la otra, en aquellas reglas especiales, propias del derecho público que, mediante un balanceado sistema de pesos y contrapesos, le incorporan al contrato los elementos necesarios para que la entidad pública disponga de las prerrogativas y preeminencias que requiere su condición de representante del interés público, al tiempo que previenen una eventual lesión de los derechos del contratista particular o vuelven por sus fueros.

Por ende, el tribunal considera que no le asiste razón a la señora apoderada del consorcio contratista cuando afirma que, en razón de su composición accionaria, Hidromiel S.A. “debe observar los principios generales aplicables a todas las entidades o autoridades estatales...[y,] en consecuencia, [a ella] le son aplicables las disposiciones de los artículos 4º, numerales 8º y 9º, 5º numeral 1º, 27 y 28 de la Ley 80 [de 1993]”. La verdad es que ese aserto no solo se opone a los argumentos expuestos, sino que, concretamente, contraviene el espíritu que orientó la expedición de las leyes 142 y 143 citadas y está en abierta contradicción con lo dispuesto por el artículo 76 de esta última.

Para el tribunal está, pues, perfectamente claro que los contratos de que se viene hablando, celebrados entre Hidromiel S.A., y el consorcio escapan por completo al régimen jurídico mixto que la Ley 80 de 1993 estableció para los contratos estatales propiamente dichos.

Con base en las definiciones anteriores el tribunal se ocupará del análisis de cada una de las pretensiones de la demanda.

- La primera pretensión: retraso en la iniciación de las obras

1.0. Alcance y sustento de la primera pretensión

Esta primera pretensión la define la demandante así:

“Reclamo sobre reconocimiento y pago de los sobrecostos en que incurrió el Consorcio Miel y los miembros del mismo consorcio, por la demora de la entidad licitante en el cumplimiento de sus obligaciones y obtener soluciones a los cambios de la política macroeconómica del gobierno que afectaron la licitación MI-100, de forma a permitir estructurar los documentos del proyecto a partir de la fecha de adjudicación de la licitación MI-100 y la fecha en que efectivamente se inició la ejecución del contrato de obra, demoras que ocasionaron, a su vez, atraso en la celebración de los contratos requeridos para la iniciación del proyecto, y en la iniciación misma de las obras”.

En desarrollo de la definición transcrita, la demandante solicita que el tribunal declare que los miembros del Consorcio Miel “fueron obligados a desarrollar intensa actividad negocial, financiera, técnica y legal que ocasionaron sobrecostos no previstos en el período comprendido entre la fecha en que debió iniciarse la ejecución de las obras y la fecha en que efectivamente se iniciaron tales obras...”, y que se declare también que tales sobrecostos “...se causaron por hechos y actuaciones no atribuibles a la responsabilidad de las empresas miembros del Consorcio Miel ni a este, y que generan responsabilidad económica para la entidad licitante Hidromiel S.A., frente a las sociedades miembros del Consorcio Miel...”. En razón de lo anterior, la demandante pide que se condene a la sociedad demandada a pagar la suma de US\$ 4.679.098 (cuatro millones seiscientos setenta y nueve mil noventa y ocho dólares) en pesos colombianos liquidados a la tasa de cambio del día del pago, más los intereses moratorios correspondientes hasta la fecha efectiva de pago.

Las razones fundamentales que, según la demanda, ocasionaron la supuesta demora de la entidad licitante en el



cumplimiento de sus obligaciones, o en la obtención de soluciones a los cambios que afectaron la posibilidad de estructurar los documentos requeridos para la obtención de la financiación, y que llevaron al consorcio o a sus miembros a desplegar la intensa actividad negocial a que se refiere la demandante se pueden sintetizar de la siguiente manera, según se presentan en las páginas 42 y 43 de la demanda:

El consorcio “jamás recibió o tuvo la garantía requerida en su oferta y aceptada por Hidromiel en la adjudicación; inicialmente, por la escisión de ISA S.A., y posteriormente por los retrasos en el otorgamiento de las garantías adicionales prometidas, las cuales fueran parcialmente autorizadas, pero jamás emitidas...”.

La política macroeconómica del gobierno “...afectó la disposición del gobierno de cumplir con el compromiso de otorgar las garantías requeridas en el monto y términos necesarios”. Además, “Hidromiel manejaba directamente con el gobierno, la autorización y emisión de las garantías adicionales según su propia interpretación y del gobierno, sin observar o atender los requerimientos del consorcio/UBS”.

El contrato adjudicado al consorcio “fue cambiado unilateralmente por Hidromiel a su única voluntad y siempre en detrimento de los intereses del consorcio...”, lo cual afectó, entre otras cosas, las condiciones en las cuales este se había comprometido a realizar un aporte de capital.

Todo lo anterior llevó a que el consorcio, “...con sus asesores legales, técnicos y financieros estuvieran movilizados durante todo el período de negociación de la financiación y contratos con intensa actividad tanto en el campo nacional como en el internacional, buscando aclarar y agilizar el proceso de financiación”, para poder llevar a cabo el cierre financiero que permitiera la iniciación de las obras contratadas.

## 2.0. Antecedentes

Con el objeto de determinar si le asiste o no la razón a la demandante, el tribunal considera necesario analizar con detenimiento los antecedentes pertinentes que desembocaron en la actual controversia, para así precisar cómo se desarrollaron los hechos que, según la demandante, ocasionaron las demoras a que ella se refiere.

### 2.1. Los documentos de la licitación

El 22 de diciembre de 1993, Hidromiel S.A., abrió una licitación cuyo objeto, según los pliegos de condiciones, era “la financiación, la construcción de las obras civiles, el diseño, la fabricación, el suministro, la instalación y las pruebas de los equipos electromecánicos, la operación inicial y comercial de las unidades y la entrega de la Central Miel I en operación comercial”.

El numeral 1.04 de los pliegos informaba a los interesados que Hidromiel S.A., tenía la intención de suscribir tres contratos principales: el de obra, el de financiación, y el de aportes de capital. El primero de ellos se referiría a la construcción de las obras civiles, al diseño, fabricación, instalación y pruebas de equipos y a la operación inicial y comercial; el segundo se referiría a la financiación mínima del 60% del costo total del proyecto, mientras que el tercero, es decir, el de aportes de capital, se referiría a los aportes que los proponentes quisieran ofrecer para participar como socios en la ejecución y financiación del proyecto, de acuerdo como tal posibilidad estaba prevista en los pliegos.

El tema de la financiación del proyecto estaba contemplado principalmente en los numerales 1.05.2.3 y 2.03 de los pliegos, en los cuales, entre otras cosas, se establecía que el proponente debía ofrecer financiación por un monto mínimo no inferior al 60% del costo total del proyecto, y que, como requisito indispensable para la consideración de su oferta, debía incluir una Carta de compromiso en firme. Dicha Carta debía contener ciertas y determinadas manifestaciones, y estar acompañada de anexos sobre términos, condiciones, períodos de gracia, plazos, requerimientos, fuentes de recursos, garantías exigidas, etc. Por su parte, los numerales 3.01.2 y 3.06 y siguientes establecían el procedimiento y criterios para la evaluación de la financiación y para la determinación final del orden de elegibilidad de los proponentes.

En materia de garantías poco decían los pliegos, pues se limitaban a expresar una fórmula para la evaluación financiera de las propuestas, en la cual uno de sus elementos era el monto de garantías anuales solicitadas por el respectivo proponente como respaldo por el otorgamiento de la financiación del proyecto (denominadas MG en el

pliego). Así, en la medida en que los pliegos no imponían limitaciones o parámetros en lo atinente a tipo, monto o calidad de la garantías, era claro que los proponentes podían solicitar las que consideraran necesarias, según la financiación que ofrecieran.

Empero, abierto ya el proceso licitatorio, cuando con ocasión de la recomendación efectuada por el Chase Manhattan a Hidromiel, así como de la sesión de preguntas y respuestas realizada con los futuros oferentes, esta última empresa concluyó que podría existir interés de los proponentes en un eventual contrato de compra de energía como garantía para la venta de la energía del proyecto, Hidromiel procedió a complementar los pliegos y, mediante el Adendo 5 a los mismos, a anexar unos documentos adicionales, en los cuales informó a los interesados que si bien no existían contratos firmados para la venta de energía por parte de la entidad, sí existían sendas autorizaciones de las juntas directivas de Interconexión Eléctrica S.A., ISA, y de la Central Hidroeléctrica de Caldas S.A., CHEC, para la suscripción de un contrato de ese tipo.

Por ser la más relevante para el caso en estudio, se transcribe parcialmente a continuación una parte de la autorización dada por la junta de ISA el 2 de mayo de 1994, tal como ella se puso a disposición de los proponentes antes del cierre de la licitación: “La junta directiva autoriza para que ISA se comprometa a comprar a precios competitivos con proyectos semejantes junto con otros accionistas, la energía anual generada por la Central Miel I y a obrar como garante de la compra de energía que les corresponde a otros accionistas de la sociedad...”.

Del análisis de los documentos mencionados, para el tribunal es claro que si bien los pliegos de la licitación fueron concebidos de una manera amplia y flexible en lo atinente a la financiación, y permitían a los proponentes ofrecer los tipos de financiación y solicitar las garantías que consideraran convenientes o necesarias para el cumplimiento de lo que se les exigía, también lo es que de la forma como fueron redactados en los pliegos los diversos numerales referentes a estos temas se desprende que, cuando hablaba de la financiación del proyecto, Hidromiel posiblemente suponía, o creía, que las financiaciones que se le iban a ofrecer corresponderían a contratos de créditos convencionales, a ser celebrados con entidades financieras. Como consecuencia de lo anterior, en opinión del tribunal, también suponía que las garantías a otorgar corresponderían a las usualmente exigidas por entidades financieras en respaldo a los créditos otorgados, independientemente del desempeño del proyecto, y de ahí que la posibilidad de celebrar un contrato de compra de energía como respaldo al mismo solo apareciera luego, como una eventualidad originada en el interés de algunos futuros proponentes.

## 2.2. La oferta del consorcio

Dentro del término establecido en los pliegos, el consorcio presentó su propuesta, parte esencial de la cual fue la carta de compromiso suscrita por todos sus integrantes, en la cual, entre otras cosas, este dijo que: “...manifiesta su firme intención de financiar el sesenta por ciento (60%) del proyecto Hidroeléctrico Miel I...”; que solicitaba “...como garantía principal la firma de los contratos de venta de energía, al igual que las demás garantías incluidas en la cartas de financiación, como se menciona en el anexo A16...”; que “actuará como agente o líder del grupo financiador ABB Project and Trade Finance (international) Ltd., ABB PTF”, y que “...las condiciones de la financiación están resumidas y completas en el formulario A-16”.

En dicho formulario A-16 el consorcio presentó como alternativa principal una financiación basada en una emisión de bonos privados a través de la firma Lehman Brothers, por considerar que tal tipo de financiación representaba la mejor alternativa para Hidromiel; sin embargo, presentó también “otras opciones interesantes y que podrían facilitar las negociaciones finales de financiación”. En lo referente a condiciones concretas ofrecidas, en el mencionado formulario solo se dice que: “las condiciones presentadas tienen alternativas que podrán ser negociadas entre Hidromiel, el consorcio y las entidades financiadoras, tratando de obtener las mejores condiciones, tasas y plazos para las partes”; que “el plazo para efecto del “equity” es entre 20 y 25 años”, y que “como en el pliego de requisitos no se menciona tasa [de descuento] para los bonos del tesoro de Estados Unidos de Norteamérica, se usa la tasa Prime Rate mencionada en 3.06 únicamente para efectos de evaluación”.

En lo atinente a garantías, en el mencionado formulario A-16 el consorcio manifestó que “en el mercado financiero internacional, cuando no pide garantías del gobierno, requiere que el contrato de construcción sea un contrato llave en mano o al menos que los ingresos derivados de la operación del proyecto sean de tal magnitud que puedan pagar el crédito otorgado... A fin de cumplir con el contrato de construcción y al mismo tiempo poder obtener

financiamiento en el mercado de capitales internacional, es condición de esta propuesta que en el contrato de compra de energía que celebrará Hidromiel S.A. con Interconexión Eléctrica S.A., ISA, u otras entidades, se establezca que la parte de ingresos que reciba Hidromiel derivados del cobro por concepto de la capacidad instalada, variarán en proporción suficiente para poder cubrir el monto final del proyecto”.

A la vez, en la propuesta financiera anexa a la carta de compromiso y al formulario A-16, ABB PTF manifestó, en su condición de líder del grupo financiador, que proponía como la mejor alternativa financiar el proyecto mediante un esquema “riesgo proyecto”, a través de la emisión de bonos de acuerdo con la reglamentación “144A Market” de los Estados Unidos, para lo cual anexó una carta de la sociedad Lehman Brothers, en la cual esta entidad describió los términos y condiciones generales bajo los cuales se emitirían los bonos. Dijo igualmente que “ABB PTF asegurará la financiación del proyecto cuando sean efectuados los principales contratos del proyecto. ABB PTF facilitará y agilizará la negociación de los contratos en conjunto con los financieros y los promotores. Los contratos principales incluyen el contrato de operación y mantenimiento, el de construcción y el contrato de compra de energía...”.

En lo referente al aporte de capital, el consorcio manifestó que se harían aportes en Hidromiel por USD\$ 80.000.000, de los cuales el consorcio aportaría USD\$ 10.000.000, y ABB Project and Trade Financing aportaría USD\$ 70.000.000. En cuanto a la forma de realizar los aportes, el consorcio manifestó que lo invertido por él se pagaría “...en la proporción de facturación de los servicios de la presa, a través del descuento porcentual de todas las facturas hasta el monto total ofertado. El porcentaje de descuento deberá ser ajustado trimestralmente de acuerdo con el avance de obra. El “Equity” aportado por ABB PTF se aportará de acuerdo a lo establecido en el formato A-16”.

En opinión del tribunal, de la simple lectura de los distintos documentos constitutivos de la oferta presentada por el consorcio se desprenden varias conclusiones en materias de relevancia para la presente controversia.

En primer lugar, es indudable que el consorcio se comprometió en firme a financiar el sesenta por ciento del costo total del proyecto, en los términos y condiciones de su oferta, tal cual ellos quedaron consagrados en la carta de compromiso y en el formulario A-16; sin embargo, dichos términos y condiciones no están determinados en ese formulario, y muchos de ellos quedaron finalmente expresados en documentos emitidos por entidades diferentes al consorcio mismo, como eran, por una parte, la sociedad ABB PTF, la cual por designación expresa de este actuaba como líder del grupo financiador, y por otra, la sociedad Lehman Brothers, la cual formaría parte de tal grupo y actuaría como agente de colocación de los bonos en el mercado internacional de capitales.

En segundo lugar, y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, tanto el consorcio, como ABB PTF, fueron contestes en afirmar que, además de otras garantías accesorias y menores, la garantía principal de la financiación ofrecida sería el contrato de compra de energía a suscribirse con Interconexión Eléctrica S.A., ISA. Empero, de los documentos aportados no se desprende que uno u otro hubieran solicitado expresamente que esa garantía se otorgara de acuerdo con ciertos o determinados términos, salvo en lo atinente a la necesidad de que en el contrato de compra de energía se estableciera que los recaudos derivados del cobro del costo por capacidad instalada variaran en proporción suficiente para cubrir el monto final del proyecto.

En tercer lugar, los integrantes del grupo financiador, es decir, ABB PTF y Lehman Brothers (que no el consorcio directamente), manifestaron que la financiación que ellos se comprometían a gestionar solo sería viable una vez fueran suscritos los principales contratos del proyecto, los cuales incluían el contrato de obra, el de operación y mantenimiento, y el de compra de energía. En desarrollo de tal manifestación, ABB PTF ofreció facilitar y agilizar la negociación de tales contratos, en conjunto con los financieros y con los socios de Hidromiel.

Finalmente, del análisis de los documentos mencionados se desprende también que aún si nada se dijo expresamente ni por el consorcio, ni por el líder del grupo financiador, ni por Lehman Brothers con respecto a los términos y condiciones precisos en que debería ser otorgada la garantía mencionada, o suscritos los contratos que se consideraban necesarios para la obtención de la financiación, salvo lo que antes se expresó sobre los cobros de costo por capacidad, para el tribunal es claro que todos ellos partían del supuesto implícito que tales garantías y contratos tenían que ser suscritos en unos términos y condiciones por negociar, pero que fueran de una calidad y contenido que hicieran el proyecto viable y atractivo para los mercados internacionales de capital y que, en

palabras del propio consorcio expresadas en el formulario A-16 “sean de tal magnitud que puedan pagar el crédito otorgado”.

Lo anterior se desprende del conjunto de la documentación de la oferta y del contexto dentro del cual ella fue presentada. Pues es indudable que, en la medida que lo que el proponente ofrecía era una financiación bajo el esquema comúnmente conocido como “riesgo proyecto” (tal como expresamente lo denominó ABB PTF), o “*project finance*” (como suele llamarse en el lenguaje financiero internacional), es lógico suponer que su estructuración final iba a requerir necesariamente del conjunto de contratos que suelen ser usuales en esquemas de esa naturaleza, es decir, de contratos cuya calidad, credibilidad y contenido fuese tal, que permitiera asegurar a todos los interesados que los recursos generados por el proyecto iban a ser seguros, que ellos se dedicarían exclusivamente al mismo, y que serían suficientes (junto con los aportes) para cubrir los costos de construcción, operación y financiación del proyecto, así como para proveer una rentabilidad a los inversionistas y a los financiadores.

De ahí que fuese lógico y consecuente, pues corresponde a lo usual en materia de financiación de proyectos bajo el esquema “riesgo proyecto”, condicionar la viabilidad de la financiación a la suscripción del contrato de compra de energía con una entidad con calidad crediticia suficiente (que asegurara la venta del producto), e insistir en la necesidad de la firma de los contratos de construcción (que asegurara que la obra iba a ser una realidad), de operación y mantenimiento (que asegurara que la central operaría adecuadamente) y, como a la postre ocurrió, que tanto los contratos como los recursos se manejaran a través de un contrato de fiducia que garantizara a todos la debida disponibilidad y destinación de los dineros del proyecto.

Sin embargo, el tribunal llama la atención sobre algunas de las consecuencias que se derivan de la manera como el consorcio ofreció financiar el proyecto. Pues, por una parte, este manifestó en su oferta su “firme intención de financiar” según lo expresado en la carta de compromiso y en el formulario A16, con lo cual, y tal como se verá más adelante, adquirió un compromiso ante Hidromiel que esta última consideró como una obligación de resultado, condicionado solamente a la suscripción de un contrato de compra de energía que fuese garantía suficiente; pero por otra, los términos concretos de la financiación no fueron definidos claramente en los textos del mencionado formulario o de la carta remitida, y aparentemente estaban relacionados o dependían de la negociación y celebración de una serie de contratos, uno de los cuales era el contrato de compra de energía antes mencionado.

### 2.3. El orden de elegibilidad

Evaluada las propuestas de los distintos oferentes, Hidromiel elaboró un orden de elegibilidad en el cual el consorcio quedó ubicado en primer lugar. Empero, la aprobación final de tal orden de elegibilidad no fue pacífico, en la medida en que en la audiencia correspondiente se desarrolló un amplio debate con participación de los demás proponentes, que giraba fundamentalmente alrededor de la claridad del compromiso, y de las condiciones de financiación ofrecidas por el consorcio.

Del texto del resumen ejecutivo del análisis de propuestas elaborado por Hidromiel, así como del acta de la reunión en la cual se aprobó el orden de elegibilidad, se desprende que Hidromiel entendió que el compromiso de otorgamiento de la financiación por parte de los proponentes era una cosa, y que las condiciones concretas en que ella se diera eran otra, pues se trataba de temas que ella consideró como diferentes, y por consiguiente separables. En efecto, en el resumen y acta mencionados ella sostuvo que las cartas de compromiso exigidas a los proponentes, y por consiguiente la que había entregado el consorcio, se debían entender como un documento “que jurídicamente implica que el proponente directamente asume el compromiso de financiación del proyecto en un 60%, en términos tales que en caso de adjudicación, dicho compromiso pueda hacerse exigible efectivamente por la entidad contratante ...”; pero, en lo atinente a las cartas de las entidades financieras anexas a esa u otras propuestas de otros oferentes, consideró que “... corresponden a las que normalmente se presentan para este tipo de proyectos. Estas cartas, por sí solas, no constituyen un compromiso en firme por parte de los bancos, como lo indican sus cartas. Por otro lado, la falta de un contrato de suministro de energía a largo plazo (PPA, o Power Purchase Agreement) que defina el precio de la energía y establezca las relaciones contractuales con ISA, que sería la entidad compradora ... crea incertidumbres adicionales en los agentes financieros, que se reflejan en la falta de compromiso en firme. Además, ninguna institución financiera se puede comprometer o garantizar anticipadamente

ciertos términos y condiciones específicos y definitivos de un crédito, tales como plazos, forma de amortización, etc.”.

Con respecto a este último tema, dijo también Hidromiel que “Cosa distinta es la posibilidad de que en relación con los aspectos accesorios del compromiso financiero en firme garantías, servicio de la deuda, plazos de amortización, etc. puedan darse entre proponentes y entidad licitante, discusiones y ajustes sobre su extensión, conveniencia, modalidades, y demás condiciones que no afecten la firmeza del compromiso de financiación asumido por los oferentes”.

Posición que llama la atención del tribunal, en la medida en que de ella se desprende que Hidromiel parecía considerar que el compromiso de financiación adquirido por el consorcio era firme y exigible *per se*, independientemente de las condiciones que finalmente se negociaran; pero a la vez consideraba como elementos accesorios, pero de enorme importancia para las entidades financieras, aspectos tales como garantías, plazos, servicio de la deuda y forma de amortización. En ese sentido, y entre otras cosas, es notorio el contraste entre la posición expresada por el consorcio en su oferta en cuanto a garantías, y lo dicho por Hidromiel sobre este tema en particular, así como en materia de condiciones de financiación, en la adopción del orden de elegibilidad.

#### 2.4. La negociación y la adjudicación

Como consecuencia de la adopción del orden de elegibilidad, comenzó una negociación entre Hidromiel y el consorcio, que se desarrolló durante varias semanas <sup>(12)</sup>, y que culminó con la suscripción de un acta de acuerdo en la que se expresaron las bases, condiciones y términos para la adjudicación convenidos por las dos partes, y de dos documentos conocidos como las hojas sucintas de términos del acuerdo de accionistas y del contrato de compra de energía, así como con la expedición, por parte de Hidromiel, de la correspondiente resolución de adjudicación de la licitación MI-100 a favor del consorcio.

En el acta de acuerdo que se suscribió como resultado de la negociación, las partes formularon varias declaraciones de gran importancia para la presente controversia.

Por una parte, el consorcio ratificó íntegramente los términos de su oferta, y manifestó que aportaría ochenta millones de dólares al capital del proyecto hidroeléctrico, aporte que “no estará sujeto a tasa alguna de retorno garantizada por Hidromiel S.A.”, y con base en el cual el consorcio “... participará conjuntamente con los demás socios en los riesgos y rendimientos propios del proyecto, en proporción a su aporte”. Reiteró el consorcio que “la garantía del endeudamiento ofrecido (sic) por el consorcio es el contrato de compra de energía a suscribirse entre Interconexión Eléctrica S.A., ISA, e Hidromiel S.A., o quien haga las veces de esta última, cuyas bases están contenidas en el documento denominado hoja sucinta de términos del contrato de compra de energía que forma parte del anexo 2 a la presente acta de acuerdo. El texto definitivo de dicho contrato de compra de energía deberá contar con el visto bueno del consorcio, a fin de que sean debidamente atendidos los requerimientos que hagan posible la emisión de los bonos”.

Por su parte, Hidromiel manifestó que aceptaba la propuesta del consorcio, y que convenía “... en desarrollar el objeto de la licitación de conformidad con la misma y con los términos y condiciones técnicas y financieras consignados en los anexos 1. —actas de reunión técnica—, y 2. Hoja sucinta de términos del contrato de compra de energía; acuerdo de accionistas ...”.

En los anexos denominados “hojas sucintas de términos” (sic), las partes plasmaron lo que consideraron como los parámetros básicos que habrían de regular sus relaciones en dos aspectos de gran importancia. Por una parte, en las hojas sucintas del acuerdo de accionistas sentaron las bases de su relación como accionistas de la compañía que se crearía para desarrollar, operar, ser propietaria o arrendar el proyecto Hidroeléctrico Miel I, la cual sería, a su vez, la que vendería electricidad a “ISA.G”, de acuerdo con el contrato de compra de energía que se suscribiría; por otra, en las hojas sucintas de términos del contrato de compra de energía convinieron los fundamentos técnicos, comerciales y jurídicos de lo que debería ser dicho contrato, así como de las partes que lo suscribirían.

Del primero de dichos documentos el tribunal considera necesario resaltar: a) lo convenido en el numeral 2.1, según el cual “todas las partes pondrán a disposición del Proyecto Miel I sus aportes de capital en la fecha de cierre

financiero y desembolsarán sus fondos en proporción a sus aportes según se requiera y pacten el consorcio deberá gestionar la obtención de un monto de deuda de capital hasta completar el 60% costo total (sic) del Proyecto Miel I, ...”, sin incluir los excesos de costos en que el proyecto pudiese incurrir; b) lo estipulado en el numeral 4.1, según el cual “Todas las clases de accionistas tendrán el derecho de participar en las gestiones para negociar la financiación del Proyecto Miel I. Todas las clases de accionistas se comprometen a suministrar toda la información necesaria y suscribir todas las declaraciones, certificaciones, autorizaciones e indemnizaciones que puedan razonablemente ser solicitadas por entidades financieras ...”, y c) lo pactado en los numerales 7.1 y 8.1, respectivamente, según los cuales Hidromiel sería totalmente responsable de financiar la etapa de desarrollo del proyecto hasta la fecha del cierre financiero, y la iniciación de la construcción se ordenaría después de la fecha de dicho cierre, dentro del plazo especificado en los documentos de préstamo o contratos de bonos.

Del segundo de tales documentos vale la pena llamar la atención sobre lo convenido por las partes en: a) el numeral 8.A, según el cual Miel I pondría a disposición de ISA-G la energía y la capacidad disponible de la central, e ISA.G “aceptará y pagará” la energía y la capacidad disponible mensualmente; b) el numeral 11.A, según el cual uno de los objetivos de las tarifas del contrato de compra de energía era el de “garantizar el pago de la deuda del proyecto y un coeficiente de cobertura del servicio de la deuda razonable para la deuda principal (senior)”, y c) el numeral 16C, denominado, “Garantía de ISA”, al tenor del cual “En el evento que ISA sea reorganizada o privatizada, las entidades que sucedan en todo o en parte a ISA deberán garantizar el cumplimiento y obligaciones de ISA-G”.

Como consecuencia de la suscripción de los documentos mencionados, y con posterioridad a ello, se convocó y celebró la audiencia de adjudicación, en la que los asistentes debatieron diferentes aspectos del proyecto Miel I. Del texto del acta de dicha audiencia resulta pertinente transcribir lo afirmado por el señor Ministro de Minas y Energía en cuanto a que “La garantía fundamental es la venta, el contrato de compraventa de energía, pero para otros efectos hay unas cartas de crédito que no hemos considerado como garantía, aparecen en los anexos, está absolutamente claro que se darán, pero no hay garantía de la Nación. Eso es, quiero que quede bien claro y que conste en el acta de hoy”, y lo dicho por el gerente general de ISA en el sentido que “... ISA se ha comprometido a dar como garantía para la ejecución de este proyecto, un contrato de compra de energía ...”.

En desarrollo de la mencionada audiencia, Hidromiel procedió a expedir la correspondiente resolución de adjudicación de la licitación a favor del Consorcio, identificada con el C-002-94, en la cual la empresa contratante hizo una descripción de los antecedentes del proceso licitatorio, transcribió el acta de acuerdo antes mencionada, y decidió lo referente a la adjudicación de la licitación, manifestando expresamente que adjudicaba “en los términos del acta de acuerdo del 5 de diciembre de 1994”, con las aclaraciones contenidas en el acta de la audiencia. Tales aclaraciones, en opinión del tribunal, no son otras que las relacionadas con las intervenciones del Ministro de Minas y el gerente de ISA, mencionadas al comienzo del párrafo anterior.

Ahora bien; del análisis de los documentos de adjudicación, es decir, de la resolución, del acta de acuerdo, y de las hojas sucintas de términos, se desprenden varias conclusiones de importancia para esta controversia que, en opinión del tribunal, resumen el entendimiento que las partes tenían sobre el alcance del negocio jurídico celebrado:

En primer lugar, del texto literal del acta de acuerdo con base en la cual se realizó la adjudicación, el tribunal entiende que el consorcio ratificó íntegramente los términos de su oferta financiera, uno de los cuales era la exigencia de una garantía consistente en un contrato de compra de energía a suscribirse entre Interconexión Eléctrica S.A., ISA, e Hidromiel S.A., o quien hiciera sus veces, de acuerdo con las bases o parámetros contenidos en la correspondiente hoja sucinta; y manifestó también que el texto definitivo de dicho contrato debería contar con el visto bueno del consorcio, con el fin de poder atender los requerimientos que hicieran posible la emisión de los bonos ofrecidos. Lo cual, en opinión del tribunal, está en un todo de acuerdo con lo afirmado antes en este laudo, en el sentido que el consorcio entendía que la financiación ofrecida dependía de que se pudiera contar, como garantía, con un contrato de compra de energía que se adecuara a los requerimientos propios del tipo de financiación ofrecida, suscrito con una entidad que ofrecería las calidades y seguridades necesarias.

Del texto de las hojas sucintas del contrato de compra de energía que, de acuerdo con lo anterior habría de servir

como garantía para la obtención de la financiación, se desprende que las partes convinieron como parámetro básico de su negociación, pues así se dice expresamente en el numeral 16C, que en el evento de una privatización o una reorganización de ISA, las entidades que la sucedieran en todo o en parte deberían garantizar el cumplimiento y obligaciones de pago a cargo de ISA.G. Lo cual indica claramente al tribunal que tanto Hidromiel como el consorcio eran conscientes de que podría ocurrir un cambio en las condiciones crediticias de ISA, que convinieron posibles medidas para protegerse contra él, y que extendieron el condicionamiento antes mencionado en forma tal que, ante la privatización o reorganización de ISA, quien la sucediera (denominada tentativamente por las partes como ISA.G), debería estar en condiciones de suscribir un contrato de compra de energía que, al igual que el que suscribiría ISA, se adecuara a las necesidades propias del tipo de financiación ofrecida y les diera seguridades similares. Igualmente, se desprende de lo anterior, que ellas previeron, en principio, la posibilidad de que las entidades sucesoras de ISA garantizaran a ISA.G, lo que implicó que por primera vez apareciera la posibilidad de que las obligaciones derivadas del contrato de compra de energía fueran garantizadas por un tercero, en este caso la otra u otras sociedades sucesoras de ISA, diferentes de ISA-G.

En segundo lugar, el hecho de que Hidromiel hubiera aceptado la propuesta del consorcio, y convenido en desarrollar el objeto de la licitación de conformidad con la misma y con los términos y condiciones consignados en los anexos, y en particular en la hojas sucintas de términos, indica que ella entendió, y también aceptó, entre otras cosas, que la financiación que iba a recibir del consorcio lo sería en los términos ofrecidos por este, los cuales eventualmente podrían ser afectados por aquellos que finalmente se negociaran con las entidades financieras; y también que ella estaría condicionada a la suscripción de un contrato de compra de energía otorgado en las condiciones mencionadas, ya fuese por ISA, o por las entidades que la sucedieran en todo o en parte.

En ese sentido, las intervenciones de la administración de la empresa, del Ministro de Minas y Energía y del gerente general de ISA en la audiencia de adjudicación, confirman que ellos entendían, por una parte, que aún a pesar de la certeza de la financiación ofrecida por el consorcio, habría que negociar algunos términos de la misma con las entidades financieras; y por otra, que la garantía indispensable para obtener la financiación del proyecto era la suscripción de un contrato de compra de energía, en términos aún por negociar, pero que tendrían que ser adecuados o suficientes para lograr el propósito de garantizar la viabilidad de Miel I.

En tercer lugar, para el tribunal es claro que el esquema financiero bajo el cual se realizó la adjudicación correspondía a un esquema de “riesgo proyecto”, diferente al que tenía en mente Hidromiel cuando abrió la licitación. Dicha diferencia generó consecuencias importantes para ambas partes, pues, además del cumplimiento de las demás obligaciones que a cada cual correspondía, ellas asumieron la responsabilidad de realizar las gestiones, y de negociar y celebrar los contratos que llegaren a resultar necesarios para la adecuada implementación del esquema “riesgo proyecto” convenido.

Lo anterior se deduce del hecho de haber adjudicado la licitación al consorcio en los términos de su oferta y “en los términos del acta de acuerdo del 5 de diciembre de 1994”, parte de los cuales eran las cartas de las entidades que integraban el grupo financiador (ABB PTF y Lehman Brothers), y se confirma con la lectura de los numerales de la hoja sucinta de términos del acuerdo de accionistas, en la cual las partes manifestaron que si bien al consorcio correspondía gestionar la obtención de la financiación, ambas tendrían el derecho de participar en las acciones necesarias para su negociación, y ambas tendrían también la obligación de suministrar la información, declaraciones, certificaciones, autorizaciones e indemnizaciones razonablemente solicitadas por las entidades financieras y todo lo anterior se tenía que entender sin perjuicio de derecho que se había reservado el consorcio para sí, en el sentido de que el contrato de compra de energía que finalmente se suscribiera con ISA, o con la entidad que la sucediera, debería contar con su visto bueno.

Aun cuando nada se dijo en los acuerdos suscritos o en la adjudicación con respecto al papel que habría de jugar ABB PTF en tales gestiones o diligencias, y al respecto es importante recordar que ella era la entidad designada por el consorcio en su propuesta como líder del grupo de financiación, el tribunal entiende que, según lo dicho en la oferta, dicha empresa no era más que una entidad asesora de este último que, como tal, tendría el papel que él quisiera darle dentro del proceso. Papel que solo podría llegar a variar si, en desarrollo de las obligaciones de gestión adquiridos por ambas partes, ellas convenían en darle atribuciones o funciones diferentes.

En cuarto y último lugar, el tribunal considera que las partes convinieron finalmente que el aporte del consorcio ascendería a la suma de ochenta millones de dólares, en dinero o en equipos, sin que parte de dicha suma la aportara ABB PTF, tal como en la oferta inicial se había manifestado. De igual manera, considera que las partes acordaron que dicho aporte se haría directamente al proyecto, ya fuese a la sociedad existente o a una que se creara para su desarrollo, según se fuera requiriendo y en todo caso con posterioridad al cierre financiero; que este estaría representado en acciones, que le daría al consorcio todos los derechos, prerrogativas, obligaciones y riesgos inherentes a la calidad de accionista, y que no estaría sujeto a tasa alguna de retorno garantizada.

## 2.5. Algunas conclusiones preliminares

Teniendo en cuenta lo dicho en los párrafos precedentes, y en otros anteriores de este laudo, el tribunal es de la opinión que lo que las partes convinieron como resultado de la apertura de la licitación, de la oferta, de la determinación del orden de elegibilidad, de la negociación del acta de acuerdo y las hojas sucintas de términos, y de la resolución de adjudicación, fue un negocio complejo cuyas características jurídicas se definirán más adelante en el numeral 3.0 siguiente del presente laudo, y cuyas particularidades en cuanto a la financiación se refiere fueron las siguientes:

El consorcio se comprometió en firme a financiar el 60% de los costos del proyecto, pero exigió para ello el otorgamiento de una garantía consistente en un contrato de compra de energía suscrito entre ISA e Hidromiel, o por la entidad que sucediera en todo o en parte a esta última, el cual tendría que ser negociado de acuerdo con los términos generales pactados en la correspondiente hoja sucinta de términos, y en forma y condiciones tales que con él se asegurara la viabilidad de la financiación ofrecida;

Las dos partes previeron desde ese entonces la posibilidad de una reorganización o una privatización de ISA. En consecuencia, convinieron en la hoja sucinta del contrato de compra de energía que en cualquiera de tales eventos, la entidad que la sucediera en todo o en parte, la cual tentativamente denominaron ISA.G, debería suscribir un contrato de compra de energía de calidad y en condiciones similares a las que tenía ISA, que también cumpliera con la función de garantizar el pago de la deuda del proyecto; y previeron también la posibilidad de que terceros, en este caso las demás sucesoras de ISA, garantizaran el contrato con ISA.G.

Hidromiel y el consorcio entendieron que lo referente al otorgamiento de las garantías (tanto el contrato de compra de energía, como las demás que resultaran necesarias) era responsabilidad de la primera de dichas sociedades. En consecuencia, y sin perjuicio de las obligaciones de colaboración que asumió el consorcio, a Hidromiel correspondía realizar las gestiones que fueran necesarias para que la garantía cumpliera con las condiciones requeridas.

La financiación ofrecida y aceptada se realizaría a través de una emisión de bonos a ser colocada en el mercado internacional de acuerdo con la regla 144 A norteamericana. Sin embargo, aun cuando algunos términos muy generales referentes a plazos y período de gracia quedaron consagrados en el anexo A16 de la oferta, las demás condiciones concretas de dicha financiación se tendrían que negociar con las entidades financieras.

Las partes entendieron que del tipo de financiación ofrecido y aceptado se desprendía, entre otras cosas, la necesidad de celebrar varios contratos adicionales, que eran consecuencia necesaria del esquema “riesgo proyecto” convenido. En desarrollo de lo anterior, si bien al consorcio correspondía la obligación de ser el gestor principal de la financiación, ambas partes tenían derecho a participar en tal proceso, y ambas estaban obligadas a prestar su mejor colaboración y a suscribir los documentos que fuesen razonablemente solicitados por las entidades financieras. Sin embargo, el consorcio reservó para sí el derecho a dar el visto bueno sobre la versión final del contrato de compra de energía que iba a garantizar dicha financiación.

Aun cuando ABB PTF había sido designada por el consorcio como líder del grupo de financiación, este último asumió directamente ante Hidromiel el papel de gestor de sus responsabilidades y obligaciones en materia de consecución de la financiación. Como consecuencia, en estas materias ABB PTF tendría el papel que él le asignara.

Parte del esquema financiero convenido consistía en el aporte por parte del consorcio, de la suma de ochenta



millones de dólares a la sociedad existente, o a una nueva que se creara. Dicho aporte le daría todos los derechos y riesgos inherentes a la condición de accionista, y no tendría tasa de retorno garantizada;

En cualquier caso, la iniciación de las obras y la realización del aporte por parte del consorcio estaría supeditada al cierre financiero del proyecto.

## 2.6. La celebración de los contratos de obra, de aportes de capital, y de financiamiento

Como consecuencia de la adjudicación de la licitación MI-100, y en desarrollo de lo establecido en los pliegos de condiciones, Hidromiel y el consorcio iniciaron la etapa de negociación, redacción y suscripción de los contratos previstos en tales pliegos. Así, con fecha abril 25 de 1995, procedieron a firmar el contrato de obra y el contrato de aportes de capital, y convinieron en prorrogar la firma del contrato de financiamiento hasta agosto de ese año, contrato que, como más adelante se verá, se suscribió finalmente en el mes de septiembre de 1995.

En el contrato de aportes de capital las partes establecieron las obligaciones a su cargo en materia de aportes de capital, y convinieron que, con base en el presupuesto original del proyecto de USD \$ 504.054.000, correspondería a los accionistas de Hidromiel aportar USD \$ 201.622.000, y al consorcio la suma de USD \$ 80.000.000, para un gran total de aportes de capital de USD \$ 281.622.000. Pactaron también que la obligación de aportar el capital prometido sería exigible una vez se hubieran cumplido a satisfacción de las partes varias condiciones previas, las principales de las cuales eran: a) La firma y vigencia de un contrato de compra de energía o arrendamiento de la central Hidroeléctrica con ISA, de conformidad con la resolución de adjudicación, a satisfacción del consorcio y de los agentes de colocación del financiamiento; b) la firma de un acuerdo de accionistas, y c) la suscripción y vigencia de un contrato de financiación entre Hidromiel y el consorcio, así como la disponibilidad de tales recursos.

Cinco meses más tarde, en septiembre de 1995, y por razones que más adelante se verán, las partes procedieron a firmar el contrato de financiamiento, en cuyas consideraciones hicieron varias manifestaciones bien importantes. En primer lugar, en la consideración sexta afirmaron que la razón para la prórroga de la fecha de firma del contrato de financiamiento había sido la necesidad "... de adelantar el trámite legal de la garantía adicional a los compromisos de ISA frente al contrato de compra de energía a ser suscrito entre Hidromiel e ISA ..."; en segundo lugar, en la consideración séptima dijeron que a la fecha no se había culminado la negociación del contrato de compra de energía requerido por el consorcio como garantía para la financiación; y por último, en la consideración novena manifestaron que "... dada la escisión de ISA ... y teniendo en cuenta los efectos en el patrimonio de Isagén, se requiere de garantía para asumirlos compromisos originales de la licitación MI-100".

Dentro del cuerpo de las cláusulas del contrato, las partes establecieron las obligaciones que a cada cual correspondía en la consecución de la financiación. Por una parte, en la cláusula tercera se convino que el consorcio sería el responsable de conseguir "los recursos de financiación del proyecto, en los términos y condiciones financieras de la oferta financiera y del compromiso de financiación que hace parte de la misma, del contrato de compra de energía a suscribirse por Hidromiel e Isagén y de la Resolución C-002-94 de adjudicación"; de presentar un programa de actividades para la obtención de la financiación, de presentar carta del líder administrador referente al mandato de emisión de bonos, y de coordinar la "*due dilligence*" y el "*Road Show*" del proyecto. Por otra parte, en la cláusula cuarta se pactó que a Hidromiel correspondía "Mantener las condiciones existentes en la sociedad al momento de suscribirse los contratos de crédito, en un todo conforme con el acuerdo de accionistas a suscribirse por las partes", suministrar la documentación requerida por el consorcio en su gestión de consecución de recursos de financiamiento, suscribir el contrato de compra de energía con fundamento en las condiciones mínimas establecidas en la hoja sucinta de términos de dicho contrato que formaba parte de la resolución de adjudicación, y suscribir el mandato de financiamiento con el líder administrador.

Como consecuencia de lo convenido, en la cláusula cuarta del contrato de financiamiento las partes acordaron un cronograma para algunas de las actividades o hitos pendientes, con una duración total de trece meses, del cual vale la pena destacar lo siguiente: se convino el 3 de noviembre de 1995 como fecha máxima para la firma de los contratos de compra de energía y acuerdo de accionistas; se pactó que en noviembre 30 de 1995 se debería contar con la "resolución de otorgamiento de garantía FEN" y en octubre 2 de 1996 se debería tener el "perfeccionamiento de la garantía FEN", y se estableció que el cierre financiero del proyecto debería realizarse a

más tardar en diciembre 2 de 1996.

Finalmente, en la cláusula decimoprimerasobre requisitos de ejecución, las partes curiosamente convinieron que para la ejecución del contrato de Financiamiento se requería de la firma, a satisfacción de ambas, de los contratos de compra de energía, CCE, de acuerdo de accionistas, y, además, que “se encuentre aprobada la garantía adicional a los compromisos de Isagén frente al contrato de compra de energía, aceptable para el líder administrador y prestamistas”. El tribunal considera que lo dicho no deja de ser curioso, puesto que salta a simple vista que algunos de los compromisos que son objeto mismo del contrato de financiación son simultáneamente calificados por las partes como condicionamientos para su ejecución, lo cual, si bien no es más que una impropiedad que no genera consecuencias jurídicas relevantes, no deja de ser reflejo de lo confusa y compleja que era la relación entre las partes en materia de la financiación, y de sus requisitos.

## 2.7. Algunos antecedentes del contrato de financiamiento

Durante los meses posteriores a la elaboración del orden de elegibilidad y a la adjudicación de la licitación MI-100 se desarrollaron una serie de situaciones y de negociaciones entre las partes que explican, entre otras cosas, el porqué de la demora en la suscripción del contrato de financiamiento, así como de los demás contratos —particularmente del contrato de compra de energía y del acuerdo de accionistas— que, de acuerdo con lo convenido por las partes, se han debido firmar antes.

En efecto, se desprende de los documentos que obran en el expediente, y particularmente de las actas de la junta directiva de Hidromiel <sup>(13)</sup>, que inmediatamente después de la elaboración del orden de elegibilidad comenzó una negociación entre esta empresa y el consorcio con respecto a las condiciones en que este último haría su aporte de capital, y a la rentabilidad del mismo. Negociación que, en principio, culminó con la celebración del acta de acuerdo y con la adjudicación de la licitación al consorcio, en desarrollo de las cuales este manifestó que haría la totalidad del aporte ofrecido, que con él “... participará conjuntamente con los demás socios en los riesgos y rendimientos propios del proyecto, en proporción a su aporte ...”, y además que este “no estará sujeto a tasa alguna de retorno garantizada por Hidromiel S.A.”.

Sin embargo, el tema no quedó completamente saldado, pues aun a pesar de lo convenido en el acta de acuerdo, obra en el expediente prueba de que luego de la adjudicación las partes continuaron conversando sobre el interés que seguía teniendo el consorcio en mejorar la rentabilidad intrínseca de su aporte, así como sobre el impacto que sobre dicha rentabilidad tenía el hecho de que los socios colombianos quisieran incluir algunas preinversiones como parte de los suyos, especialmente por cuanto, según el consorcio, ellas no estaban previstas en los pliegos de la licitación <sup>(14)</sup>.

Ello llevó a que, con ocasión de la realización de una evaluación general del proyecto hecha en el mes de marzo de 1995 por la firma alemana EWI Ingenieros Consultores (Electrowatt), a solicitud de ABB PTF, evaluación en la cual dicha empresa presentó una serie de alternativas para el mejoramiento de la tasa interna de retorno de este, se planteará la posibilidad de incluir dentro del alcance del proyecto ya contratado la desviación del Río Guarín, para así mejorar la capacidad de generación del mismo; posibilidad que si bien se discutió ampliamente, no solamente por el interés que tenía el consorcio en mejorar la rentabilidad de los aportes, sino por cuanto haría el proyecto en general más fácil de financiar, no fue acogida en ese entonces con ocasión de la determinación adoptada por el Conpes al autorizar el otorgamiento de una garantía adicional en septiembre de ese mismo año.

Sin embargo, tal como se verá más adelante, el tema de la rentabilidad continuó debatiéndose entre las partes, y solamente terminó cuando se celebró en 1996 el acuerdo de accionistas, mediante el cual, entre otros temas, las partes convinieron que en el evento que no pudieran desarrollarse ciertas alternativas para la mejora de la rentabilidad, los demás accionistas negociarían la recompra de la participación del consorcio en el capital de Hidromiel.

En forma paralela con el debate sobre los aportes, las partes detectaron desde comienzos del segundo trimestre de 1995 que, con ocasión de la escisión de ISA, de la venta de algunos activos con los cuales habría quedado Isagén, y del hecho de que esta última empresa hubiera quedado con unos estados financieros menos sólidos que los que la primera tenía, o que los que se esperaban, era necesario buscar una garantía adicional que permitiera compensar

dicha pérdida de calidad crediticia, con el objeto de que el contrato de compra de energía, junto con dicha garantía adicional, sirviese como garantía suficiente para la financiación del proyecto <sup>(15)</sup>. Como consecuencia de lo anterior, Hidromiel procedió a solicitar una garantía adicional de la FEN, avalada por la Nación, en desarrollo de la cual dicha empresa se comprometiera a garantizar que Isagén cumpliría con los compromisos derivados del contrato de compra de energía.

Obra en el expediente prueba suficiente de que Hidromiel solicitó la garantía mencionada, en los términos en que ella consideró que debería otorgarse, y que lo solicitado fue autorizado (más no otorgado) mediante decisión del Conpes que consta en el documento 2807 de septiembre de 1995.

Ahora bien; simultáneamente con las negociaciones sobre los aportes de capital, sobre la suficiencia o insuficiencia de las garantías existentes, y sobre la necesidad de la garantía adicional, las partes adelantaban por esa época distintas discusiones sobre otros temas de relevancia para el proyecto, que estaban íntimamente relacionados con los antes descritos <sup>(16)</sup>.

El principal de ellos tenía que ver con las condiciones de la financiación ofrecida por el consorcio, puesto que mientras Hidromiel argumentaba que ella no podría darse en condiciones diferentes a las que se tuvieron en cuenta para la elaboración del orden de elegibilidad y para la adjudicación, el consorcio sostenía que ella solo se podría obtener en condiciones de mercado <sup>(17)</sup>. Discusión que, en opinión del tribunal, nunca fue realmente definida, pues en documento alguno del expediente obra prueba en el sentido de que las partes hubieran convenido cuáles serían definitivamente las condiciones en las que se obtendría la financiación ofrecida, y que fuera finalmente superada por los hechos, ante el cambio que se convino en la estructura de financiación, según se verá más adelante.

Además de la anterior discusión, las partes e Isagén continuaban negociando algunos términos del contrato de compra de energía, y en particular lo referente a la tarifa aplicable <sup>(18)</sup>. Pues aun si en las hojas sucintas de términos se había acordado un rango para ella, existían dudas sobre si dicho rango sería suficiente, sobre si Isagén suscribiría un contrato con tarifas superiores, o sobre cuál sería la mínima tarifa para asegurar la financiación del proyecto y un apropiado retorno del mismo. Debate que finalmente culminó en noviembre de 1995, cuando, con el visto bueno del consorcio se firmó el contrato de compra de energía, en condiciones que estaban dentro de los parámetros que habían sido convenidos en la mencionada hoja sucinta de términos.

Visto todo lo anterior, en opinión del tribunal saltan a la vista las razones por las cuales no fue posible suscribir el contrato de financiamiento en la fecha originalmente convenida, y por las que fue necesario prorrogar su firma hasta septiembre de 1995. Pues eran muchos, y ninguno de poca monta, los temas pendientes de aclaración o de negociación entre las partes luego de la adjudicación de la licitación; y todos ellos necesariamente tenían íntima relación, y gran relevancia para efectos de determinar la viabilidad y la rentabilidad del proyecto y de su financiación.

En efecto, no solo existían dudas sobre las condiciones y rentabilidad de los aportes, sino que estaba pendiente de aclararse nada menos que lo concerniente a las condiciones concretas de la financiación del proyecto y a la tarifa con la cual se suscribiría el contrato de compra de energía; de la misma manera, estaban sobre el tapete posibilidades importantes que podrían implicar cambios sustanciales en el desarrollo del proyecto, como eran las relacionadas con la ampliación de la capacidad de generación; y, como si fuera poco, como resultado de la escisión de ISA y de las condiciones crediticias con que había quedado Isagén, se hacía necesario obtener una garantía adicional para asegurar la viabilidad de la financiación.

Algunos de los temas mencionados fueron definidos en parte en el contrato de financiación: tal es el caso, por ejemplo, de lo referente a la necesidad de obtener una garantía adicional, tema sobre el cual las partes se pusieron de acuerdo, tal como puede concluirse de la lectura de algunos apartes del mencionado contrato que fueron parcialmente citados anteriormente. Pero la mayoría de ellos no fueron definidos en el contrato de financiamiento, sino lo fueron en otros celebrados posteriormente, como ocurrió con el acuerdo de accionistas, en el cual se decidió definitivamente lo referente al aporte del consorcio, o con el contrato de compra de energía, en el cual se definió lo referente a la tarifa aplicable. Y uno de tales temas, referente a las condiciones concretas de la financiación, que era tal vez de los más importantes, nunca fue aclarado por las partes.

## 2.8. Desarrollos posteriores a la firma del contrato de financiación

Con posterioridad a septiembre de 1995, y como consecuencia del hecho de que algunos temas quedaron pendientes luego de la firma del contrato de financiación, las partes se vieron abocadas a la necesidad de seguir negociando sobre otros aspectos de su relación que seguían sin definirse, o que surgieron con posterioridad como consecuencia de lo que iban acordando, o que resultó necesario tratar por cuanto, por el simple hecho del paso del tiempo, fueron apareciendo <sup>(19)</sup> .

En efecto, tal como se mencionó en el numeral anterior, las diferencias que continuaban existiendo en materia de los aportes de capital llevaron a que las partes convinieran en suscribir un acuerdo de accionistas, en el cual se regularía, además del tema de los aportes mismos, lo referente a los sobrecostos del proyecto, a la necesaria igualdad que debería existir entre los distintos accionistas del proyecto, y al manejo de algunas preinversiones que habían realizado CHEC e ISA, acuerdo que finalmente fuera firmado el 8 de febrero de 1996, y del cual vale la pena resaltar algunos aspectos.

En primer lugar, las partes definieron que el aporte del capital del consorcio, el cual ascendería a USD 80.000.000 según lo previamente convenido, se pagaría así: USD 10.000.000 en descuentos de las facturas del contrato de obra, y USD 70.000.000 en equipos; en segundo lugar, ellas convinieron que el consorcio debería gestionar la financiación “en nombre y bajo la coordinación de Hidromiel”; en tercer lugar, acordaron que si antes del cierre ocurrieran eventos que imposibilitaran la obtención del “*investment grade rating*”, o se presentaran condiciones del proyecto o del mercado que no hicieran factible el fondeo adicional del proyecto, o que la viabilidad económica del mismo no fuese atractiva, las partes buscarían soluciones alternas que mejoraran las características del mismo; y por último, decidieron que deberían estudiar la factibilidad técnica, económica y ambiental de la desviación del Río Guarínó, para así mejorar las condiciones de generación del proyecto y, en consecuencia, su rentabilidad. Como consecuencia de lo anterior, las partes pactaron que si dicha alternativa no resultaba viable, negociarían la adquisición de la participación del consorcio por parte de CHEC o Isagén.

Adicionalmente, y dentro del contexto del acuerdo de accionistas, las partes convinieron que, en orden a satisfacer las necesidades de las entidades financiadoras del proyecto, y atendiendo a la solicitud del consorcio en su oferta financiera, se hacía necesario constituir un fideicomiso mercantil irrevocable para la administración, garantía y pago de los recursos y contratos del mismo.

Con posterioridad a la firma del mencionado acuerdo de accionistas, y durante los meses de febrero y marzo de 1996, las partes continuaron dirigiéndose mutuamente diversas comunicaciones relacionadas con el tema de la financiación del proyecto y con sus condiciones, algunas de ellas resultantes de reuniones que habían sostenido para analizar tales asuntos, en ocasiones con las asistencias de ABB PTF. Y atinentes también aun nuevo tema, cual era el de la necesidad de mejorar la garantía adicional autorizada por el Conpes, tema este sobre el que había llamado la atención Hidromiel desde principios de 1996, tal como se desprende del texto del acta de la junta directiva de dicha empresa 032 de 30 de enero de 1996.

Del conjunto de comunicaciones cruzadas entre las partes, el tribunal considera necesario llamar la atención sobre algunas de ellas que considera representativas del tipo de discusiones o diferencias que las partes seguían teniendo, y en particular sobre las cartas de 29 de marzo de 1996, en la cual Hidromiel solicitó al consorcio que le señalara por escrito las garantías que debería tener Isagén en su calidad de accionista y comprador del contrato de compra de energía, pues era el consorcio quien había auscultado el mercado internacional, y le manifestó que sin dicha definición mal podría Hidromiel adelantar algún trámite para ajustar la garantía; y también sobre la respuesta dada por el consorcio en carta de 23 de abril de 1996, en la cual este informó a Hidromiel que las condiciones finales de la garantía solo las podría determinar el “*investment bank*” que administrara el lanzamiento de los bonos, y le reiteró que normalmente un “*Project Finance*” como el que se iba a realizar para el desarrollo del proyecto requería usualmente de un PPA (Power Purchase Agreement) para garantizar el flujo de caja y la rentabilidad de los accionistas, de contratos de obra, de operación y mantenimiento, de un acuerdo de accionistas y, en la medida en que el promotor no era una compañía proyecto, de un fideicomiso en el que confluyan los recursos y contratos del proyecto. Respuesta en la cual el consorcio finalizó afirmando que la financiación estaba paralizada desde marzo de 1996, como consecuencia de los “fuertes rumores” sobre la pérdida de capacidad financiera de Isagén,

confirmados por los balances de esta última empresa entregados por Hidromiel.

A la carta anterior Hidromiel respondió mediante comunicación de 26 de abril de 1996, en la cual manifestó, entre otras cosas, que aunque el proyecto en cuestión no se concibió como un “*project finance*”, reconocía que por las características del mismo muchos de los requerimientos aplicables a esta clase de financiaciones son aplicables al proyecto; y que las demoras en la obtención de la financiación eran atribuibles a las dos partes, por cuanto, según dicha empresa, el consorcio había incumplido algunas de sus obligaciones, entre ellas las de seleccionar el “*investment bank*”. Carta que, como era de esperarse, ocasionó una respuesta del consorcio, el cual, a su vez, en oficio de 28 de junio de 1996 manifestó que él no había incumplido sus compromisos, que Hidromiel era quien había ocasionado la demora en la obtención de la financiación y, además, que ella debía atenerse a todos los condicionamientos que en la práctica resultaban de la alternativa de financiación seleccionada por Hidromiel.

Por los mismos días, es decir, hacia finales del primer semestre de 1996, el consorcio informó a Hidromiel que había designado a UBS como el Banco Líder de la financiación. Por tal razón, en agosto 5 de 1996 se suscribió el “*engagement letter*” entre Hidromiel y dicho banco, con base en el cual UBS comenzó a realizar las gestiones propias de su mandato. En desarrollo de tales gestiones, muy rápidamente dicha entidad financiera manifestó a las partes, entre otras cosas, que en su opinión se requería incrementar la garantía autorizada por el Conpes hasta la cantidad de 977 millones de dólares, con el objeto de cubrir, además del servicio de la deuda, lo correspondiente a los aportes de capital, a los costos fijos de operación y mantenimiento, y a los sobrecostos ya determinados.

Como consecuencia de la anterior solicitud, y tal como consta en acta 038 de 7 de noviembre de 1996, la junta directiva de Hidromiel decidió solicitar al Ministerio de Hacienda el otorgamiento de una garantía adicional a la ya autorizada, por valor de 316 millones de dólares, gestión que, según obra en el expediente, resultó en la expedición del documento Conpes 2893 de 18 de diciembre de 1996, mediante el cual dicho consejo autorizó la ampliación de la garantía de la Nación a la FEN hasta la suma de 970 millones de dólares. Sin embargo, obra también en el expediente prueba, por una parte, de que con ocasión de la solicitud de aprobación de dicha garantía, la junta de Hidromiel comenzó a tener algunas inquietudes sobre el costo y justificación de las garantías adicionales <sup>(20)</sup>; y por otra, del hecho de que luego de la obtención de la ampliación solicitada, el propio UBS informó a principios de 1997 que ya no era necesaria la garantía adicional por la totalidad del monto pedido, y que podría obtenerse la financiación aún con un monto inferior al autorizado.

Todo lo cual llevó a que, finalmente, en la junta directiva de Hidromiel se optara por estudiar alternativas de financiación diferentes <sup>(21)</sup>, proceso que culminó con una oferta de financiación directa a Hidromiel por parte de la FEN, y con la suscripción en octubre 24 de 1997 del correspondiente contrato de préstamo entre FEN e Hidromiel, debidamente garantizada esta última por la Nación, tal como consta en documento Conpes 2938 de 1997. Como consecuencia, el esquema de financiación sobre el cual habían venido negociando las partes y UBS se sustituyó por un nuevo esquema, totalmente diferente del anterior, en desarrollo del cual FEN convino en financiar el proyecto, salvo lo atinente a los aportes del consorcio.

Ahora bien, paralelamente con las gestiones y negociaciones que se estaban adelantando en materia de financiación, y que culminaron de la manera antes descrita, durante prácticamente el mismo período se desarrolló una importante negociación entre el consorcio, Hidromiel, CHEC e Isagén, tendiente a concretar el compromiso previamente adquirido entre las partes en el acuerdo de accionistas, en cuanto a que, dadas ciertas circunstancias ya explicadas, los demás socios de Hidromiel comprarían la participación del consorcio en el capital del proyecto. Negociación que comenzó con la definición de unas hojas sucintas de términos de una futura promesa de compraventa de las acciones del consorcio <sup>(22)</sup>, continuó con la suscripción de un acta de acuerdo el 10 de abril de 1997, y culminó con la firma el 24 de octubre de ese año de una promesa de compraventa de la participación del consorcio. Fecha esta que coincide, además, con la de la firma del contrato de préstamo entre FEN e Hidromiel, y con la celebración del ya mencionado contrato de fiducia mercantil con Fiduángulo.

Sin necesidad de mayor análisis, salta a la vista cómo el período comprendido entre la firma del contrato de financiamiento y la suscripción a finales de 1997 de los documentos mediante los cuales se consolidaron definitivamente los distintos aspectos de la relación entre las partes, y se precisaron todas las particularidades del negocio convenido entre ellas, se caracterizó por una intensa actividad de negociación, en desarrollo de la cual se

definieron aspectos de crucial importancia para la estructuración definitiva del negocio celebrado. Aspectos que, en opinión del tribunal, tampoco eran de poca monta, pues se referían nada menos que a temas indispensables relacionados con los efectos de lo que ya habían convenido, con el acuerdo de accionistas mediante el cual las partes regularían sus relaciones como socios, con los cambios en las calidades crediticias de quien iba a actuar como garante principal de la financiación, con los términos finales de las garantías adicionales que se necesitaban, con las características de la financiación misma, y con las condiciones en las cuales se lograría la tan anhelada mejora en la rentabilidad de los aportes del consorcio.

### 3.0. Consecuencias y responsabilidades

Tal como se dijo anteriormente, el tribunal es de la opinión que como consecuencia de la apertura de la licitación MI-100, de la elaboración y entrega de los pliegos de condiciones correspondientes por parte de Hidromiel, de la presentación de su oferta por parte del consorcio, de la elaboración del orden de elegibilidad, de la negociación subsiguiente, de la suscripción del acta de acuerdo y de las hojas sucintas de términos y, finalmente, de la adjudicación, y particularmente de esta última, se realizó entre Hidromiel, por una parte, y el consorcio, por la otra, un negocio jurídico complejo y con múltiples facetas, en las condiciones descritas en forma preliminar en el numeral 2.5 de este laudo, regido por normas distintas de la Ley 80 de 1993 y fundamentalmente por el derecho privado.

#### 3.1. Características jurídicas del negocio celebrado

En efecto, es claro que ante la invitación a presentar ofertas realizadas por Hidromiel, y la presentación de una por parte del consorcio, se inició un proceso de negociación entre invitante y oferente, regido por lo que al respecto disponen los artículos 845 y siguientes del Código de Comercio, en desarrollo del cual se presentaron sucesivas ofertas y contraofertas, que terminaron finalmente en la expedición por parte de Hidromiel de un acto administrativo de adjudicación, con el cual esta última aceptó la oferta final presentada por el consorcio.

Como consecuencia de dicha adjudicación, se consolidó entre las partes un negocio jurídico complejo cuyos parámetros esenciales habían sido establecidos por ellas como resultado de la negociación y de los acuerdos previos celebrados, pero que conllevaba, como se dijo en el numeral 2.5 anterior, el mutuo compromiso de avanzar en la definición de los detalles específicos, y de realizar las gestiones y celebrar todos los contratos que fueran necesarios para su perfeccionamiento. Perfeccionamiento que, entre otras cosas, implicaba, por una parte, la suscripción de varios contratos principales, que eran aquellos que desde el principio se habían previsto en los pliegos y se habían aceptado por el consorcio, es decir, los contratos de obra, de aportes de capital (si es que el oferente optaba por dicha alternativa), y de financiamiento; y por otra, la realización de las gestiones necesarias para la obtención de la garantía solicitada, que por ese entonces no eran otras que las conducentes a la firma del contrato de compra de energía.

Empero, el tribunal es de la opinión que por virtud de lo dicho en la oferta, y de lo convenido en el acta de acuerdo y en las hojas sucintas de términos, tal como una y otros quedaron recogidos y aceptados en la resolución de adjudicación, las partes adquirieron, además del compromiso de suscribir los contratos mencionados, el de celebrar o promover la celebración de todos aquellos contratos adicionales que resultaran necesarios para el adecuado desarrollo y ejecución de tales contratos principales. Algunos de tales contratos se desprendían directamente de lo convenido, como era el caso del contrato de compra de energía; pero otros no estaban definidos con absoluta precisión en su totalidad, aun cuando sí se habían previsto como eventualmente necesarios para la consolidación o para la viabilidad del esquema financiero integral ofrecido y aceptado, tal como se desprendía de las cartas de las entidades financiadoras anexas a la propuesta del consorcio. Tal era el caso, verbigracia, de los contratos de operación y mantenimiento, de fiducia, y del acuerdo de accionistas.

Así las cosas, para el tribunal es claro que la adjudicación implicó la celebración de un negocio jurídico complejo, cuyos elementos esenciales habían sido definidos por las partes. Pero también lo es que de dicho negocio se desprendieron, por un lado, unas obligaciones de hacer, que eran de contenido concreto y específico y estaban relacionadas con la realización de unas gestiones y la celebración de unos contratos previstos *ab initio*, sobre cuya necesidad y contenido esencial (que no sus detalles) no había dudas, pues habían sido previstos desde los pliegos de condiciones; y por otro, otras obligaciones de hacer, íntimamente relacionadas con las anteriores y entrelazadas



con ellas, que por ese entonces eran indeterminadas pero determinables, atinentes a la realización de las demás gestiones y a la celebración de los demás contratos que resultaran necesarios tanto para la ejecución de los contratos principales, como para llevar a cabo el esquema convenido.

Aun si las partes aparentemente no eran plenamente conscientes de todas las implicaciones de lo anterior, tal como se desprende del conjunto de documentos mencionados en el capítulo anterior del presente laudo, la realidad de los hechos y de su comportamiento demostró que ese era, en la práctica, el alcance real de lo que ellas habían convenido, ya que muchas de las gestiones que tuvieron que realizar, y algunos de los contratos que finalmente suscribieron, no solo fueron surgiendo con la evolución de los acontecimientos y estaban íntimamente relacionados entre sí, sino, además, eran en general causa, consecuencia o desarrollo de los mismos. Veamos por qué es así:

En el contrato de aportes de capital, suscrito el 25 de abril de 1995, que era uno de aquellos contratos que hemos denominado como principales, las partes convinieron que las obligaciones de aporte de capital solamente serían exigibles una vez se hubieran suscrito los contratos de compra de energía y el contrato de financiamiento, contratos estos que también formaban parte de los principales (aun cuando el de compra de energía no estaba previsto inicialmente en los pliegos, sino resultó del desarrollo del proceso licitatorio en materia de garantías), y pactaron también, como obligación nueva a la cual también estaba condicionada la efectividad de los aportes, que ellas deberían negociar y suscribir un futuro acuerdo de accionistas. A la vez, como consecuencia de la firma en febrero 8 de 1996 de dicho acuerdo de accionistas, dentro del articulado del mismo y en orden a satisfacer los requerimientos de las entidades financieras del proyecto, las partes llegaron a la conclusión que era necesario suscribir un fideicomiso mercantil irrevocable para el manejo de los recursos del proyecto, y convinieron también en celebrar un acuerdo para la eventual recompra de los aportes del consorcio, contratos que fueron ambos suscritos hacia finales del año de 1997.

De donde se puede observar sin necesidad de mayor análisis, cómo de un contrato principal, cual era el de aportes de capital, cuya vigencia estaba condicionada a otros contratos, se desprendieron tres nuevos contratos adicionales y necesariamente posteriores: el de accionistas, el de recompra, y el del fideicomiso mercantil, todos los cuales, salvo el de recompra, habían sido previstos como una eventualidad prácticamente desde el momento de la adjudicación.

En lo atinente al contrato de financiamiento la situación es igualmente ilustrativa de la necesaria interacción contractual presente y futura de las relaciones jurídicas y de las obligaciones que surgieron entre las partes como consecuencia de la adjudicación. Pues en dicho contrato, finalmente suscrito en septiembre de 1995, ellas acordaron, entre otras cosas, que para su ejecución se requería de la previa suscripción del contrato de compra de energía y del acuerdo de accionistas, así como de la realización de las gestiones necesarias para el otorgamiento de las garantías adicionales al primero de dichos contratos, según resultaran necesarias para asegurar la viabilidad de la financiación ofrecida. Y acordaron también cómo y a quién correspondía hacer lo que se requiriera para la consecución de los recursos de financiación, y para la obtención de las garantías mencionadas, para lo cual convinieron un plazo total de cerca de 14 meses, que vencería en diciembre de 1996, época para la cual se previó la realización del cierre financiero del proyecto.

Así, en opinión del tribunal salta a la vista cómo con posterioridad a la adjudicación realizada en 1994, y como resultado de los términos en que ella se dio, se desencadenó un inevitable proceso de gestión negocial entre las partes, y entre ellas y las autoridades del caso, tendiente a la realización de las acciones y a la celebración de los contratos que se desprendían, o que a la postre se desprendieron, del hecho de haber convenido un negocio concebido bajo el esquema “riesgo proyecto”, o “project finance”, proceso de gestión negocial que solamente vino a culminar hacia finales del año de 1997. Proceso que, como antes se dijo, era inevitable en razón del tipo de negocio celebrado entre las partes, puesto que como consecuencia inmediata de la adjudicación era necesario suscribir, además del contrato de obra, los contratos de aportes de capital, de financiamiento y de compra de energía, los cuales estaban necesariamente interrelacionados entre sí y eran en la práctica requisito *sine qua non* unos de otros, ya que sin contrato de compra de energía no habría contrato de aportes ni financiación, pues no podrían ser exigibles, y sin cualquiera de estos dos últimos tampoco existiría el otro. Sin embargo, como consecuencia de la suscripción de los mencionados acuerdos, y en particular del contrato de aportes de capital, surgió la necesidad de suscribir un acuerdo de accionistas, uno de recompra de los aportes, y otro de constitución

de un fideicomiso mercantil irrevocable, el primero de los cuales se convirtió, a su vez, en requisito para la ejecución de los contratos de aportes y de financiación.

Lo cual, se repite una vez más, no fue sino el resultado, o la consecuencia necesaria, del hecho de haber convenido las partes la celebración de un negocio jurídico complejo, del cual se desprendían múltiples obligaciones de hacer, cuyos elementos esenciales estaban acordados, pero sus condiciones apenas determinadas parcialmente. Pues así como eran claros los compromisos de financiar y de aportar adquirido por el consorcio, y el de garantizar adquirido por Hidromiel, no eran claras las condiciones definitivas de dichos compromisos, puesto que una y otra obligación en el fondo, y en la práctica, dependían de la celebración de otros contratos cuya existencia y características no quedaron definidas en su totalidad al momento de la adjudicación. Proceso de definición que, a la postre, terminó demandando casi tres años de negociación.

### 3.2. Las razones y responsabilidades de la demora

Tanto en la demanda presentada, como en sus alegatos de conclusión, la parte convocante afirmó que la demora en la celebración definitiva del cierre financiero del negocio es atribuible a Hidromiel, en la medida en que las partes no pudieron avanzar en la consolidación de la financiación principalmente por las razones que el mismo consorcio resume así: por cuanto él “jamás recibió o tuvo la garantía requerida en su oferta y aceptada por Hidromiel en la adjudicación; inicialmente por la escisión de ISA, y posteriormente por los retrasos en el otorgamiento de las garantías adicionales prometidas, las cuales fueron parcialmente autorizadas, pero jamás emitidas”, por cuanto la política macroeconómica del gobierno afectó su disposición “...de cumplir con el compromiso de otorgar las garantías requeridas en el monto y términos necesarios”, y por cuanto “Hidromiel manejaba directamente con el gobierno, la autorización y emisión de las garantías adicionales según su propia interpretación y del gobierno, sin atender los requerimientos del consorcio/UBS”. Adicionalmente, el consorcio manifestó que otra de las causas de la demora fue el hecho de que el contrato adjudicado “...fue cambiado unilateralmente por Hidromiel a su única voluntad y siempre en detrimento de los intereses del consorcio...”, lo cual afectó, entre otras cosas, las condiciones en las cuales este se había comprometido a realizar un aporte de capital.

Como consecuencia de lo anterior, se desprende de lo afirmado por el consorcio, él y sus asesores tuvieron que desarrollar una “...intensa actividad tanto en el campo nacional como en el internacional, buscando aclarar y agilizar el proceso de financiación” para poder llevar a cabo el cierre financiero del proyecto y para dar inicio a las obras, todo lo cual le ocasionó importantes costos en que no habría incurrido si dicho proceso se hubiera dado dentro del término de no más de cuatro meses previsto contractualmente, y si no hubiera tomado los casi tres años que finalmente requirió.

Por su parte, la parte demandada afirmó tanto en la contestación a la demanda, como en los alegatos de conclusión, que no le asiste la razón a la demandante en sus pretensiones, por cuanto las demoras acaecidas no son responsabilidad de Hidromiel, o le son imputables en su totalidad al consorcio.

Sostuvo que en ningún momento ni Isagén, ni Hidromiel ni el gobierno obstaculizaron las negociaciones del contrato de compra de energía o de las garantías adicionales, pues ellas fueron otorgadas oportunamente, según fueron solicitadas; que en lo atinente a los aportes de capital no hubo cambios en el contrato, pues en el pliego no se aseguró rentabilidad alguna para ellos y, además, todo lo referente a las preinversiones de la CHEC estaban advertidas desde el comienzo; y alegó que el retardo en la estructuración y cierre financiero del negocio se debió a la “ausencia de dinámica” del consorcio, el cual, según Hidromiel, “demoró el cierre financiero para lograr la negociación de su participación en el proyecto” y “no designó oportunamente el Banco Líder para la estructuración financiera del proyecto”,

Ahora bien; a la luz de los párrafos anteriores, el tribunal es de la opinión de que los hechos y los argumentos expuestos por las partes indican que la controversia a que se contrae esta primera pretensión se refiere, en el fondo, a un debate entre ellas sobre si se ha presentado o no incumplimiento o mora en el cumplimiento de obligaciones de hacer, y sobre si procede o no la indemnización de perjuicios contemplada para tales eventos en los artículos 870 del Código de Comercio y 1610 del Código Civil. En consecuencia, para dilucidarla se hace necesario determinar si existió o no incumplimiento o mora en el cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones por las partes y se dieron o no las circunstancias de hecho a que se refiere el artículo 1609 del Código Civil, o si se



presentaron aquellas condiciones exonerativas de responsabilidad contractual de ambas o cualquiera de las partes, tal como ellas han sido desarrolladas por la doctrina y jurisprudencia sobre la materia.

Con el objeto de poder pronunciarse sobre las razones aducidas por el consorcio como soporte de su primera pretensión, y por Hidromiel en contra de lo aseverado por el primero, el tribunal considera importante referirse a los tres grandes temas que se desprenden de tales alegaciones, en el siguiente orden: en primer lugar, a los cambios supuestamente realizados por Hidromiel en forma unilateral, que afectaron las condiciones en las cuales el consorcio se había comprometido a realizar su aporte; en segundo lugar, a las demoras o dificultades en el cierre financiero y en la obtención de las garantías adicionales necesarias; y por último, a las consecuencias prácticas del esquema de financiación convenido entre las dos partes como resultado de la adjudicación de la licitación MI-100.

### 3.3.1. El problema de los aportes

En lo referente a los supuestos cambios en el contrato, que según la demandante afectaron las condiciones en las cuales el consorcio se comprometió a efectuar su aporte, el tribunal es de la opinión que no obran en el expediente pruebas que permitan afirmar que Hidromiel hubiera cambiado unilateralmente elementos del contrato que tuvieran incidencia alguna en las condiciones en las cuales el consorcio se comprometió a efectuar su aporte, ni que a lo largo del proceso de negociación se hubieran presentado circunstancias atribuibles a Hidromiel que afectaran negativamente la rentabilidad de dicho aporte.

El tribunal considera que de la descripción de los hechos ocurridos, tal como ellos fueron presentados y sustentados en los acápites anteriores del presente laudo, así como del análisis de los documentos contractuales, se desprende que la decisión del consorcio de ofrecer directamente unas sumas de dinero para la financiación del proyecto a título de aporte de capital, fue una determinación libre y autónoma de este, adoptada de acuerdo con lo que los pliegos permitían. Oferta que no estaba atada, ni podía haberlo estado, a ningún tipo de rentabilidad garantizada, no solamente porque nada se estableció en ese sentido en los pliegos de la licitación o en los demás documentos del contrato, sino además porque no se probó dentro del proceso que la oferta de aportes de capital realizada por el consorcio estuviera condicionada o supeditada a una tasa de retorno mínimo, o siquiera que él hubiera planteado algo en ese sentido en el momento de presentarla.

Ahora bien; el tribunal considera que es apenas lógico que el consorcio, o para el efecto cualquiera que hubiera sido el oferente seleccionado, esperara algún nivel de rentabilidad razonable para sus aportes, pues al fin y al cabo la decisión de aportar capital equivalía, para efectos prácticos, a la determinación de participar en el alea del negocio que se iba a celebrar, en las mismas condiciones en que lo podría llegar a hacer cualquier inversionista sensato, corriendo con los riesgos de pérdidas o de ganancias inherentes al proyecto mismo; y muy seguramente el contratista calculó algún nivel de rentabilidad esperada para su inversión, con base en el cual optó por aportar finalmente la suma de USD\$ 80.000.000. De igual manera, es muy posible que en razón de las demoras acaecidas, de los sobrecostos que se ocasionaron a lo largo de los meses que duró la negociación, o inclusive como consecuencia de algunos ajustes menores en las modalidades de participación de uno de los otros socios, dicha rentabilidad esperada se hubiera afectado en forma negativa para el consorcio. Pero nada de ello implica que dicha situación sea atribuible a Hidromiel, ni que ella deba resarcirle por los mayores costos en que hubiera incurrido por virtud del tiempo empleado en buscarle una solución a dicho problema.

Varias razones fundamentales llevan al tribunal a la concusión antes expresada. En primer lugar, tal como ya se dijo, ni de los pliegos de condiciones, ni de los demás documentos contractuales, ni de las pruebas aportadas al proceso, se desprende que Hidromiel hubiera garantizado rentabilidad alguna a los aportes del consorcio; por el contrario, obra evidencia suficiente relacionada en los capítulos anteriores en el sentido de que cuando tal interpretación se planteó por parte del consorcio, Hidromiel la rechazó enfáticamente, hasta al punto en que, como quedó comprobado, el consorcio así lo aceptó en forma expresa antes de la adjudicación, y se comprometió a participar como aportante de capital en las mismas condiciones de riesgo de cualquiera de los demás socios.

En segundo lugar, existe evidencia clara que indica que buena parte de la demora en la firma de todos los documentos relacionados con el tema del aporte de capital obedeció al hecho de que, aun a pesar de haber aceptado que asumiría los riesgos propios de cualquier accionista y que sus aportes no tendrían rentabilidad garantizada, el consorcio continuó insistiendo en el tema de la rentabilidad del proyecto y de los aportes de los socios. Hasta el

punto en que, como consecuencia de esa insistencia, se abocó el estudio de diversos temas relacionados con la eventual desviación del Río Guarinó y con el aumento de la capacidad de generación del proyecto, se dilató la negociación de las tarifas del contrato de compra de energía, las cuales eran importantes no solamente para la garantía general de la financiación sino también para la rentabilidad de los aportes de los socios, se demoró en parte la firma del acuerdo de accionistas y, finalmente, se tuvo que llegar a la suscripción de un acuerdo en desarrollo del cual los demás socios se comprometieron a adquirir la participación del consorcio.

Ciertamente, como antes se dijo, el tribunal entiende que la rentabilidad esperada de los aportes se pudo haber afectado por la demora, por los sobrecostos, o inclusive por el posible cambio en las condiciones del aporte de alguno de los otros socios; pero, en su opinión, ello no fue consecuencia de un cambio unilateral en las condiciones del contrato por parte de Hidromiel, como lo afirma el consorcio, sino del simple devenir del tiempo y de la cantidad de gestiones y negociaciones que fue necesario adelantar como consecuencia del esquema financiero convenido entre las partes desde el momento mismo de la adjudicación. Lo cual era un riesgo inherente a la doble condición de gestor de la financiación y de accionista o aportante que iba a tener el consorcio, que le implicaba correr con las mismas consecuencias y con los mismos efectos que las circunstancias descritas acarrearán sobre todos los aportes inicialmente previstos, tanto los del consorcio, como los de CHEC e Isagén, pues es posible que a todos ellos también se les hubiera afectado la rentabilidad de sus aportes. Esa fue, en opinión del tribunal, una de las secuelas inevitables del proceso negocial que el mismo consorcio contribuyó a generar.

### 3.3.2. Las demoras en la obtención de las garantías

En lo referente a las supuestas dificultades y demoras en la obtención de las garantías, a las aparentes actuaciones unilaterales de Hidromiel en estas materias, y a las aducidas resistencias del gobierno de cumplir con el compromiso de otorgarlas, el tribunal es de la opinión que, al igual que en el caso anterior, no existe evidencia suficiente en el expediente que permita sostener que ello es atribuible a Hidromiel, ni sustento jurídico para afirmar que dicha empresa debe resarcir al consorcio por el tiempo empleado en buscar una solución al tema de la garantía.

En efecto, y tal como se dijo desde el comienzo de las consideraciones del presente laudo, para el tribunal es claro que la garantía consistente en un contrato de compra de energía suscrito con ISA, según fuera requerida por el consorcio en su oferta, debía ser de unas condiciones tales que asegurara la obtención de la financiación ofrecida. Y también lo es que por ese entonces las partes entendían que, aun si ISA no disponía de certificación de calidad crediticia, un contrato de compra de energía firmado con dicha empresa en las condiciones generales previstas en la hoja sucinta de términos implicaba que él era garantía suficiente para la obtención de la financiación en los términos ofrecidos, aun si existieran (como en efecto ocurría), algunos aspectos de dicho contrato pendientes de negociar.

De igual manera, para el tribunal es claro que desde el mismo momento en que se empezó a prever la posibilidad de que como resultado de la anunciada escisión de ISA la empresa que la sucediera no tuviera la calidad crediticia suficiente, las partes empezaron a prepararse para tal eventualidad, en desarrollo de lo cual convinieron que sería de todas maneras necesaria la firma del contrato de compra de energía con la nueva sociedad, y que, adicionalmente, se deberían buscar garantías adicionales que mejoraran su condición crediticia, y que hicieran viable la obtención de la financiación en los términos ofrecidos. Y es claro igualmente que, en su condición de contratante, la consecución de tales garantías era responsabilidad de Hidromiel, con el apoyo del consorcio.

Sin embargo, de la manera como se desarrollaron los hechos el tribunal no puede concluir, como lo afirma el consorcio, que este jamás obtuvo las garantías requeridas en su oferta, ni que hubiera habido retrasos atribuibles a Hidromiel en el otorgamiento de las garantías adicionales, ni que del hecho de que ellas hubieran sido autorizadas mas no otorgadas se desprendan las consecuencias que aduce el consorcio, ni que hubiera existido indisposición del gobierno para otorgarlas, ni el hecho de que Hidromiel hubiese manejado dicho tema con el gobierno implique que lo hizo a espaldas del consorcio o de UBS, ni que ello hubiera sido la causa de demoras en el proceso de obtención de tales garantías.

En efecto, del análisis de los hechos se desprende, como ya se dijo, que ambas partes previeron desde antes de la adjudicación la posibilidad de que la empresa que sucediera a ISA no tuviese la calidad crediticia suficiente, razón

por la cual recurrieron a la solución de las garantías adicionales a dicho contrato. En ese sentido, obra en el expediente prueba de que el contrato de energía fue finalmente suscrito con Isagén en noviembre de 1995 (con el visto bueno del consorcio, tal como se había convenido), y también que desde principios de 1995 las partes comenzaron a pensar en la necesidad de una garantía adicional, la cual fuera solicitada por esos días por Hidromiel, y autorizada por el gobierno en el mes de septiembre de ese año, hasta por la cantidad de USD \$ 654.000.000, tal como consta en el documento Conpes 2807. Garantía adicional que fue debidamente autorizada, pero que, como lo afirma el consorcio, nunca fue formalmente otorgada por razones que saltan a la vista, pues al cabo de poco tiempo de expedida la mencionada autorización se empezó a hablar de que ella era insuficiente, y de que muy seguramente se requeriría de una ampliación de la misma.

Así las cosas, no parece lógico afirmar que el consorcio jamás obtuvo la garantía requerida en su oferta, pues es indudable, por una parte, que el contrato de compra de energía sí se suscribió, aun si fuera con una entidad con calidad crediticia distinta a la de ISA; y por otra, que ante tal situación Hidromiel procedió a gestionar la garantía adicional que por ese entonces se consideró necesaria, la cual obtuvo en un tiempo que, en opinión del tribunal, fue razonable, y en todo caso coincidente con fecha en la que se firmó el contrato de compra de energía que iba a garantizar. Y si bien es cierto que dicha garantía nunca fue formalmente otorgada, se desprende de la prueba que obra en el expediente que ello no se debió a razones imputables a Hidromiel, sino al hecho de que al poco tiempo se comenzó a hablar de la necesidad de su ampliación. Todo lo cual permite concluir que, al menos durante 1995, sí se obtuvieron las garantías en ese entonces necesarias, así estas hubiesen resultado diferentes a la requerida en la oferta del consorcio, y que ello ocurrió en términos y condiciones razonables que, según la información que por esa época se tenía, aseguraban que ellas iban a ser suficientes para la obtención de la financiación del proyecto.

De la misma manera, para el tribunal también es claro que cuando, con ocasión de la contratación de UBS como nuevo Banco Líder de la financiación —y se dice nuevo por cuanto se desprende de los documentos que obran en el expediente que hasta ese entonces ABB PTF continuaba siéndolo—, se vio la necesidad de ampliar la garantía adicional autorizada, Hidromiel procedió a solicitarla ya obtener su autorización en diciembre de 1996, en un tiempo bastante similar al empleado en obtener la primera, tiempo que el tribunal también considera razonable, habida cuenta que apenas hasta mediados de 1996 se definió lo referente al monto de la misma. Garantía que, al igual que la anterior, fuera autorizada, más no formalmente otorgada, por cuanto con ocasión de la mencionada autorización Hidromiel y el Gobierno Nacional comenzaron a estudiar distintas alternativas para la financiación del proyecto, que culminaron en la adopción de un nuevo esquema financiero, totalmente diferente al convenido originalmente.

De ahí que tampoco parezca lógico afirmar, como lo hace el consorcio, que en la obtención de la autorización de la ampliación de la garantía adicional se hubiera presentado una demora injustificada, pues es claro que dicha necesidad de ampliación solamente se vino a concretar a mediados de 1996, luego de la firma del contrato de compra de energía, de la autorización de la garantía adicional inicial, y de la solicitud de UBS. Justificación que, a juicio del tribunal, queda confirmada con la sola lectura de las comunicaciones cruzadas entre Hidromiel y el consorcio el 29 de marzo y el 23 de abril de 1996, respectivamente, en las cuales la primera solicita al segundo que le precise cuáles han de ser las condiciones de la garantía adicional al contrato de compra de energía suscrito por Isagén, a lo que el consorcio responde que ello solo lo podrá determinar el banco de inversión que habrá de administrar el lanzamiento de los bonos.

Las mencionadas comunicaciones no solo desvirtúan lo afirmado por el consorcio en cuanto a que las demoras acaecidas eran responsabilidad de Hidromiel, sino además apuntan a demostrar que no es cierto lo afirmado por este en cuanto a que “Hidromiel manejaba directamente con el gobierno, la autorización y emisión de las garantías adicionales según su propia interpretación y del gobierno, sin observar o atender los requerimientos del consorcio/UBS”, aseveración que también queda en el limbo si se tiene en cuenta que el monto de la ampliación de la garantía adicional correspondió a lo solicitado en su oportunidad por UBS, institución que inclusive llegó a afirmar que no era necesario todo el monto adicional autorizado.

En razón de lo anterior, el tribunal es de la opinión que no le asiste la razón al consorcio cuando afirma que jamás recibió la garantía solicitada, que hubo retrasos injustificados o atribuibles a Hidromiel en la obtención de las garantías adicionales necesarias, que no existió disposición del gobierno para cumplir con los compromisos

adquiridos en estas materias, o que Hidromiel actuó de manera inconsulta, sin atender los requerimientos del consorcio o de UBS. Y por ello mismo, considera que no existe razón para que ella tenga que resarcir al demandante con ocasión de los costos en que este hubiera incurrido por virtud de las gestiones o negociaciones que tuvo que adelantar.

### 3.3.3. Las consecuencias del esquema financiero

Finalmente, en lo que tiene que ver con las consecuencias del tipo de esquema de financiación convenido, el tribunal llama la atención sobre lo que dijo anteriormente en la parte inicial del presente capítulo, referente a las características jurídicas del negocio celebrado. Pues es claro que en la medida en que, como resultado de la adjudicación, las partes convinieron en la celebración de un negocio jurídico complejo del cual se desprendían obligaciones de hacer, determinadas unas, e indeterminadas pero determinables otras, de ello resultaba que era inevitable que ambas iban a tener que adelantar esa intensa actividad negocial a la que se refiere la parte convocante en su demanda.

Como antes se vio, esa intensa actividad negocial implicaba, como es apenas normal en cualquier relación estructurada bajo el esquema “riesgo proyecto”, o “project finance”, y como se insinuaba en los documentos de las entidades financiadoras que formaban parte de la propuesta original del consorcio, que las partes tendrían que convenir los términos de los contratos de obra, de aportes de capital, de financiación, de compra de energía, de operación y mantenimiento, del acuerdo de accionistas, y del contrato de fiducia mercantil, amén de todas las gestiones adicionales que de ellos se desprendían, y del acuerdo de recompra que a la postre fue necesario negociar actividad negocial que, según la demandante, se habría podido adelantar en el exiguo período de cuatro meses; según las partes del contrato de financiamiento tomaría al menos trece meses contados a partir de su firma; según los peritos, no habría podido realizarse en menos de un año, de acuerdo con lo que demuestran otras experiencias comparables, y que, en opinión del tribunal, era previsible que se demorara a mucho más, como en efecto ocurrió, precisamente por la falta de determinación *ab initio* de muchos de los elementos de negocio celebrado.

Al respecto, no sobra recordar cómo, según se ilustró anteriormente en el presente laudo, con posterioridad a la adjudicación las partes continuaron negociando sobre aspectos de fundamental importancia para el negocio convenido, tales como la rentabilidad de los aportes, las condiciones de financiación, la estructura tarifaria del contrato de compra de energía, y los términos del acuerdo de accionistas, para mencionar apenas algunos de los muchos temas que estaban sobre la mesa de discusión. En tales condiciones, no existen elementos que permitan al tribunal suponer que si no hubieran existido las dificultades que se presentaron con las garantías adicionales, las partes se habrían tomado un tiempo sustancialmente inferior al que emplearon en la negociación de los temas pendientes, ni que por tal razón los costos en que habrían incurrido por virtud de esa intensa actividad negocial habrían sido diferentes, pues, al fin y al cabo, las garantías adicionales eran apenas unos de los muchos temas que estaban pendientes de definición, y por importantes que fueran no lo eran más que algunos de los demás tópicos sobre los que continuaron negociando las partes, precisamente por la relación de interdependencia que entre todos ellos existía.

En ese orden de ideas, el tribunal considera que el debate que se adelantó a lo largo del proceso sobre si los términos originales de la licitación MI-100 se extendían hasta septiembre de 1995 es irrelevante, puesto que el hecho cierto es que las partes emplearon, en la práctica, cerca de tres años en ponerse de acuerdo sobre los elementos mencionados, que no existen elementos que permitan suponer que se habrían podido demorar menos tiempo, y que de ello solamente son responsables ellas mismas, puesto que toda esa actividad negocial resultó como consecuencia inevitable del hecho de no haber precisado desde un principio, y con mayor detalle, los términos concretos del negocio que habían celebrado.

En conclusión, el tribunal es de la opinión que no existen en el expediente elementos probatorios para sustentar lo afirmado por la demandante en apoyo de su primera pretensión, ni existen elementos jurídicos para sostener que Hidromiel, o para el efecto cualquiera de las partes, ha de ser responsable por los costos en que incurrieron con ocasión de la actividad negocial que ambos tuvieron que desarrollar pues, en términos de lo dispuesto en los artículos 870 del Código de Comercio y 1609 y 1610 del Código Civil, no ha existido incumplimiento ni mora en el cumplimiento de sus obligaciones de hacer por cualquiera de ellas.

En ese sentido, la “causa eficiente” de los mayores costos en que las partes incurrieron por concepto de la demora, entendida esta figura de la manera como ella ha sido desarrollada por la doctrina y por la jurisprudencia nacional, no es otra que la actitud de ambas partes, las cuales, como ya se dijo, convinieron desde un principio un negocio complejo, definido apenas en sus elementos esenciales, que para su perfeccionamiento implicaba la realización de múltiples gestiones y negociaciones posteriores, de cuyo desarrollo y consecuencias eran responsables las dos, sin que existan elementos jurídicos que permitan suponer que cualquiera de ellas incumplió o cumplió tardíamente con sus obligaciones, o que a alguna le cabe más o menos responsabilidad que a la otra. Y por tal razón, así como por las otras expresadas en este capítulo, el tribunal es de la opinión que no procede la pretensión incoada, y así lo declarará en la parte resolutive del presente laudo.

- La segunda pretensión: cambio de impuestos y contribuciones

La segunda pretensión de la demanda del consorcio consiste básicamente en el reclamo del “reconocimiento y pago de los mayores valores que debió o debe pagar el Consorcio Miel en la ejecución del contrato de obra celebrado con Hidromiel S.A., por concepto de variaciones o cambio en las tarifas legales del impuesto a la renta y contribuciones ocurridas con posterioridad a la fecha de presentación de la oferta dentro de la licitación MI-100”.

El fundamento para la solicitud de dichos reconocimiento y pago es, según se afirma, la necesidad de atender al restablecimiento del equilibrio económico del contrato, que se dice roto como consecuencia de la iniciación retardada de su ejecución y de las variaciones que ocurrieron en las normas legales después de presentada la propuesta del consorcio, tanto en materia de tasas impositivas, como del régimen de aportes a la seguridad social.

La señora apoderada del consorcio afirma que, en efecto, entre el 23 de mayo de 1994, fecha en la que el consorcio contratista entregó su propuesta, y diciembre de 1997, cuando finalmente se le dio la orden de iniciación de los trabajos, la tasa legal del impuesto a la renta había pasado del 30% al 35%, la de los aportes para pensiones, del 11.5% al 13.5%, la de los aportes para salud, del 8% al 12%, y la de los aportes para riesgos profesionales, del 6.30% al 6.96%.

La pretensión en cuestión está planteada sobre la base de pedir que el tribunal declare que la iniciación retardada del contrato no le es imputable al consorcio, que los citados cambios en la legislación en efecto tuvieron lugar, que una y otros alteraron la ecuación financiera del contrato, y que, por ende, debe condenarse a quien representa al fideicomiso Miel I a pagarle a aquel los mayores costos derivados del efecto negativo de esos cambios en las utilidades esperadas por él y por sus subcontratistas, “en pesos colombianos liquidados a la tasa de cambio de la fecha del pago o debidamente actualizados”, junto con los correspondientes intereses.

En derecho, la señora apoderada del consorcio demandante sustenta esta pretensión “en virtud de las teorías jurídicas de “el hecho del príncipe” y/o “teoría de la imprevisión””.

En relación con la primera de estas teorías, la actora sostiene que “con la variación en la legislación como se dejó anotado en el capítulo de hechos de esta demanda, se cambiaron condiciones económicas tenidas en cuenta en el momento de la presentación de la propuesta dentro de la licitación, porque así lo indicaron los pliegos de condiciones, cambios con los cuales se produjo el evento descrito y contemplado de tiempo atrás por la jurisprudencia y la doctrina, denominado “el hecho del príncipe”, sobre el cual el Consejo de Estado se ha pronunciado en múltiples oportunidades...”.

Por el lado de la teoría de la imprevisión, lo fundamental de sus argumentos consiste en que “este principio universal también tiene aplicación en Colombia, en forma general en el derecho civil, pero en forma explícita y clara en el Código de Comercio. Ahora bien, coincide los tratadistas y la jurisprudencia en señalar como elementos fundamentales de la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión, que los hechos que le dan origen sean extraordinarios, sobrevinientes, irresistibles, imprevistos e imprevisibles, que haya ausencia de culpa de la parte afectada y que ocasionen que la ejecución del contrato se convierta en excesivamente onerosa para la parte afectada.

“Estas características están todas presentes en el caso en estudio, toda vez que los cambios ocurridos en la legislación y en las decisiones macroeconómicas del país, no eran previsibles para las partes al participar en la

licitación MI-100, eran por su naturaleza sobrevinientes a la apertura de la licitación ya la oferta presentada con (sic) el consorcio contratista, eran irresistibles para las partes involucradas y quedaron cobijados obligatoriamente por todas ellas, no dependiendo de su voluntad, acción u omisión la ocurrencia, pero afectaron profundamente las condiciones económicas del contrato y de su ejecución, generando una onerosidad excesiva para el consorcio en el cumplimiento de las obligaciones nacidas de la licitación, oferta y adjudicación...

No cabe la menor duda, además, de que tales cambios sobrevinientes tienen el carácter de extraordinarios toda vez que ocurrieron dentro de un cambio macroeconómico del país y de su orientación económica, que significan un total cambio de rumbo en el mismo desde el punto de vista económico y que obedecen a la evolución política conceptual del papel del Estado en la economía”.

Por su parte, el señor apoderado de la demandada, al referirse a esta segunda pretensión, se opuso a ella ya todas sus derivadas, sobre la base de afirmar, entre otras cosas, que “el impuesto de renta y complementarios es un impuesto general, que tiene un impacto igualmente general sobre la economía de las personas, y que no recae directamente sobre el contrato ni tiene una relación con el mismo... Su impacto, que es general, además es asimilable y por tanto compensado por la fórmula de ajuste del contrato.

“El principio del equilibrio financiero (cuya aplicación rechazaremos para este contrato) se refiere a la economía del contrato y no a la de las partes contratantes. Esto es así en la jurisprudencia, en la doctrina y en la ley tanto nacionales como extranjeras. De manera pacífica y constante este impuesto ha sido considerado “riesgo país”, según lo cual, es parte del álea normal de invertir en un determinado país”.

En esa materia, la demandada alega básicamente que la utilidad prevista por el consorcio es un alea incierto y no un resultado garantizado bajo ningún régimen jurídico, y que por lo tanto no hubo perjuicio alguno, que Hidromiel no incurrió en incumplimiento, y que en ningún caso podría haber lugar a actualización e intereses.

Por lo que toca con el tema de los incrementos que sufrieron los valores de los aportes a los distintos rubros del régimen de seguridad social, su defensa está planteada sobre la base de decir que tales incrementos “se conocían desde comienzos del año 1994 y, desde luego, para el momento del cierre de la licitación, por lo que debieron ser tenidos en cuenta por el contratista para estructurar su propuesta.

“Además, como quiera que la variación de las tarifas por concepto de seguridad social están reflejadas en todos los precios, y por tanto en los índices económicos, con la aplicación de las fórmulas de ajuste se compensa este impacto.

(...).

De otra parte, se equivoca el consorcio cuando reclama por el ciento por ciento del aporte, como quiera que al patrono corresponde pagar solo las dos terceras partes del mismo”.

Lo expuesto en relación con esta pretensión permite concluir que, en lo sustancial, ella está construida, efectivamente, sobre la premisa de que los incrementos ocurridos por ministerio de la ley en la tarifa del impuesto a la renta y en los aportes a la seguridad social, con posterioridad a la presentación de la propuesta del consorcio, comportaron una ruptura del equilibrio contractual en perjuicio suyo, que debe ser materia del correspondiente “restablecimiento”.

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.

Y por supuesto se trata de dos esquemas bien diferentes, no obstante ser innegable que tienen algunas semejanzas y elementos básicos comunes, los cuales son apenas el resultado natural de que tanto el uno como el otro están inspirados en los mismos principios básicos de equidad y de justicia.

El uno, conocido entre nosotros con el nombre de “restablecimiento del equilibrio o ecuación contractual”, consiste en el derecho que el estatuto general de contratación de la administración pública les reconoce a las partes de un contrato estatal a que su ejecución se cumpla sin que, sin culpa de quien resulta afectado, se altere la relación entre los derechos y las obligaciones recíprocos que ellas mismas definieron originalmente. La efectividad de ese derecho se realiza mediante la facultad que se les da a las entidades estatales de solicitar actualizaciones o revisiones de los precios (L. 80/93, art. 4º, núm. 3º), y a los contratistas particulares de reclamar el restablecimiento de ese equilibrio primigenio, según el caso (art. 5º, núm. 3º y art. 27 *ibíd.*).

El otro, que en nuestro ordenamiento jurídico privado se ha denominado tradicional y genéricamente “teoría de la imprevisión”, consiste en el derecho que el Código de Comercio les reconoce a las partes de un contrato mercantil de ejecución periódica o sucesiva a que el cumplimiento de una prestación futura a cargo de una de ellas no le resulte excesivamente oneroso en razón de circunstancias sobrevinientes de carácter extraordinario, imprevistas o imprevisibles. En este caso, la efectividad del derecho en cuestión tiene lugar a través de la facultad que se le otorga al deudor de la prestación para pedir la revisión judicial del contrato, tendiente, bien a que él sea reajustado o a que se ordene su terminación (art. 868 de la ley mercantil).

Las diferencias entre los dos regímenes son ciertamente apreciables, tal como lo han venido reconociendo, al unísono, la jurisprudencia y la doctrina:

Efectivamente, ante todo, en el régimen de la Ley 80, para que haya lugar a invocar el rompimiento del equilibrio contractual y a solicitar su consiguiente restablecimiento, basta simplemente con que ocurra cualquier alea anormal que lesione la conmutatividad contractual establecida por las partes, siempre, desde luego, que ella no le sea imputable a quien la sufre. En cambio, en el del Código de Comercio, no solo es necesario un hecho o circunstancia que sobrevenga durante la ejecución del contrato, sino, además, que esa circunstancia que sobrevenga durante la ejecución del contrato, sino, además que esa circunstancia tenga la condición de ser extraordinaria e imprevista o imprevisible.

De otro lado, mientras en el régimen de la Ley 80 apenas si se requiere que esa circunstancia sobreviniente afecte sin más calificativos y por ende de cualquier modo la conmutatividad originalmente acordada por las partes, en el de la ley mercantil se exige, perentoriamente, que aquella sea de un grado tal que le haga al deudor excesivamente onerosa la ejecución de la prestación de que se trate.

En el asunto que ocupa a este tribunal, como quiera que la pretensión que se analiza, con sus variantes y derivaciones, dice referencia en todo caso a un contrato que, según ha quedado establecido, es completamente ajeno a las reglas de la Ley 80 de 1993, resulta claro que ella mal puede resolverse con fundamento en tales reglas.

Ni siquiera si, en gracia de discusión, se pensare que el lenguaje que emplea el enunciado inicial de la cláusula décimo segunda del contrato puede dar lugar a pensar, en principio, que las partes acordaron que a él le serían aplicables reglas similares a las de los contratos estatales en materia de restablecimiento del equilibrio económico, como pasa a verse.

El texto de la cláusula en cuestión está concebido en los siguientes términos:

“El contratista tiene derecho a recibir el precio convenido por la ejecución del objeto del contrato y a que este conserve el valor intrínseco. En consecuencia tendrá derecho a que se le reconozcan los mayores costos en que incurra por la presencia de situaciones imprevistas que no sean imputables al contratista, todo de conformidad con el artículo 868 del Código de Comercio”.

En verdad, las referencias a la conservación del valor intrínseco del contrato y al derecho al reconocimiento de mayores costos sí podrían, si se las analiza aisladamente, hacer creer que el contrato optó por un régimen similar al régimen de la Ley 80, dejando de lado el del artículo 868 del Código de Comercio, ya que la terminología que aquellas emplean se aproxima más a la de la primera que a la del segundo. Con todo, hay dos circunstancias, a cual más convincente, que, a juicio del tribunal, no permiten esa interpretación: Por una parte, el hecho de que la misma cláusula contractual, a renglón seguido de las expresiones mencionadas, concluye de modo terminante y que no deja lugar a duda, diciendo “todo de conformidad con el artículo 868 del Código de Comercio”. Por la otra, el hecho, también innegable, de que, tal como quedó claramente establecido, la naturaleza y el régimen jurídico que la ley le definió al contrato que ocupa al tribunal, obligan a que cualquier duda sobre la hermenéutica de sus estipulaciones debe resolverse sobre la base de preferir, en este punto, la aplicación de los principios y las reglas del Código de Comercio, sobre los de la Ley 80 de 1993.

Ello no significa decir, sin embargo, que la conclusión que deba extraerse es la de que la citada cláusula décimo segunda del contrato apenas se limita a remitir, sin más, a la norma del artículo 868 del Código de Comercio, lo que, por ende, terminaría haciéndola en la práctica totalmente inocua. De ninguna manera. Bien se sabe, al fin y al cabo, que los principios generales del derecho en materia de hermenéutica contractual, que nuestra legislación recogió en los artículos 1618 y siguientes del Código Civil, obligan a interpretar las cláusulas de los contratos en forma tal que ellas produzcan algún efecto <sup>(23)</sup>. Para el tribunal, la estipulación en cuestión ciertamente tiene un sentido; solo que él no apunta —no podría hacerlo— a sustituir el régimen jurídico privado de la responsabilidad contractual de que trata el artículo 868 del Código de Comercio por el público que señala la Ley 80 de 1993, sino apenas a complementar el primero de dichos regímenes.

En conclusión, de todo lo anterior se desprende que es evidente que la responsabilidad contractual que se pretende hacer efectiva mediante la aplicación de los principios y las normas atinentes a la noción del restablecimiento del equilibrio económico no puede prosperar, ya que estos solo son aplicables a las convenciones regidas por la Ley 80 de 1993.

Y por lo que hace al sistema que podría serle aplicable al contrato del caso de autos, que, como también se dejó dicho, por fuerza tendría que ser el del artículo 868 del Código de Comercio, su viabilidad depende de que en el expediente esté plenamente demostrado que se cumplieron todos y cada uno de los supuestos que esa misma norma exige como requisito para que, en el ámbito del derecho mercantil, opere la llamada “teoría de la imprevisión”.

Así pues, es necesario que se haya acreditado de modo suficiente que los cambios normativos ocurridos en la tarifa porcentual del impuesto a la renta y en el monto de los aportes patronales a la seguridad social cumplieron en efecto con la condición de ser, a la vez, sobrevinientes, extraordinarios, imprevistos o imprevisibles, y de un grado tal que hayan tenido la virtualidad de alterar las prestaciones a cargo del consorcio a punto tal que las hubieran tornado excesivamente onerosas.

La verdad es, sin embargo, que lo que muestra el expediente y, en especial, lo que se desprende del dictamen pericial de los ingenieros Rendón Gallego y Torres Lozano, es, de un lado, que el incremento sobreviniente en el valor del impuesto a la renta derivado del contrato, que habría afectado al consorcio contratista, en realidad no fue tal sino, por el contrario, más bien una reducción de la tarifa a su cargo. La razón es la muy sencilla de que, a pesar de ser cierto que la ley incrementó la tarifa bruta del impuesto de renta en un cinco por ciento, al pasaría del 30% al 35%, también lo es que, en la misma norma en la que plasmó ese aumento (L. 223/95), se dispuso a continuación la eliminación de una contribución especial que se había creado en 1992 y que era equivalente al 25% del impuesto neto sobre la renta (L. 6ª/92).

Así pues, de acuerdo con el dictamen pericial, en realidad, la carga impositiva del consorcio, por concepto del impuesto a la renta, en lugar de haber aumentado, como consecuencia del cambio en la legislación, se redujo del



37.5% al 35%.

Por lo que toca con el alegado aumento en los costos patronales de la seguridad social, tanto del consorcio contratista como de sus subcontratistas, la verdad es que, también de acuerdo con el citado dictamen pericial (págs. 19 a 24), él solo se incrementó en el 0.75%, ya que ascendió de un total de 24.335% en 1994 para las cotizaciones de pensiones, salud y riesgos profesionales, a un total de 25.085% por los mismos tres conceptos sumados.

Sobre este particular vale la pena resaltar que, por lo que toca con estas apreciaciones, el dictamen pericial en cuestión no fue materia de objeción por las partes, y que solo en algunos aspectos adjetivos se solicitó en relación con él una aclaración por el señor apoderado de Hidromiel S.A.

Así las cosas, a juicio del tribunal un incremento en los costos del contratista por este concepto, que no llegó al 1% del total pagado por aportes a los varios rubros de la seguridad social durante el período de tres años de que se trata, sencillamente no admite ninguno de los calificativos de extraordinario e imprevisto o imprevisible y, menos aún, el de haber alterado las prestaciones a cargo del consorcio contratista al punto de hacerlas excesivamente onerosas.

Así las cosas, la pretensión segunda de la demanda no podrá prosperar, como, por las mismas razones, no podrá hacerlo la totalidad de sus peticiones derivadas. Así lo dispondrá el tribunal en la parte resolutive del presente laudo.

• La tercera pretensión: fórmulas de ajuste

“Reclamo sobre corrección de las fórmulas de ajuste pactadas en el contrato de obra para ser aplicadas desde el inicio de la ejecución del contrato y durante toda la vigencia del contrato de obra; por consiguiente, reclamo sobre reconocimiento y pago del valor de dicho ajuste con aplicación de las fórmulas ya corregidas durante todo el período de ejecución del contrato de obra y orden para que se aplique en el futuro”.

La pretensión incluye pretensiones principales y una subsidiaria.

Antecedentes

En la pretensión principal la parte actora solicita que el tribunal declare que las fórmulas de ajuste pactadas en el contrato de obra, para precios en pesos y en dólares, no han reflejado adecuadamente “los cambios ocurridos en la economía interna” colombiana y estadounidense ni cumplen, por lo tanto, con la intención que tuvieron las partes al pactarlas. Pide, por tanto, revisar la cláusula octava del contrato de obra, para sustituir las fórmulas pactadas por otras que la actora propone, en donde las variaciones en precios no se medirían con los mismos índices pactados sino con datos reales de ciertos suministradores, amén de un cambio en el peso relativo de la mano de obra y los productos metálicos y maquinaria. Y, en subsidio de esta petición, pide que el tribunal determine qué correcciones deben hacerse a las fórmulas pactadas, para que los precios del contrato mantengan su valor intrínseco a lo largo del tiempo.

Para sustentar su pretensión la actora resalta, en la demanda, que al aplicar la fórmula de ajuste prevista en el contrato y compararla con el “índice de precios al consumidor”, IPC, que elabora el DANE para el caso de los precios en pesos, o con el “Consumer Price Index” para los precios en dólares, se encuentra un “desfase”.

Ambos desfases, afirma la actora, le deben ser reconocidos, para lo cual solicita una reliquidación de las facturas por obras ejecutadas, y que el pago se haga con intereses.

La parte demandada se opuso a todas las pretensiones. Invocó la libertad de las partes para pactar fórmulas de ajuste, negó que las fórmulas acordadas no estuvieran cumpliendo su función económica, rechazó la posibilidad de comparar los ajustes producidos por esas fórmulas con la evolución del IPC, censuró las propuestas específicas de corrección hechas por la parte actora, negó que hubiera plazo establecido para iniciar las obras, y descalificó los fundamentos jurídicos que podrían haber servido para sustentar las pretensiones de la actora. Presentó excepciones de “existencia de contrato válidamente celebrado y aplicable” y la “ausencia de fundamentos de hecho y de derecho”.

## Pruebas

Con la demanda el consorcio aportó varios cuadros y anexos (anexos 84, 85, 86,87 y 88) que, según él, muestran cómo “...la fórmula de ajuste del contrato no está recuperando totalmente una parte del costo que en la realidad en el mercado está aconteciendo <sup>(24)</sup> .

Entre las pruebas que podrían servir para demostrar los hechos relacionados con la “inoperancia o caducidad de las fórmulas de ajuste pactadas”, el demandante solicitó un peritazgo a cargo de peritos expertos en financiación de proyectos (project finance).

### El peritazgo

El peritazgo a cargo de expertos en financiación de proyectos correspondió a Octavio Rendón Gallego y Jorge Torres Lozano. Según ellos, pese a haber alguna diferencia entre las variaciones del IPC desde enero de 1992 hasta mayo de 1994, y la ponderación de las fórmulas de ajuste en el mismo período, el comportamiento de ambos indicadores fue “razonablemente similar”; pero, aunque las variaciones en las dos series pueden ser pequeñas porcentualmente comparadas “los resultados pueden llegar a ser económicamente considerables”. En su dictamen importa destacar los siguientes apartes:

“Consideramos que es improcedente establecer una comparación técnica y consistente entre estas dos series de insumos: la de los hogares o canasta familiar (IPC) y la del sector de la construcción (fórmulas de ajuste), sin tener elementos de evaluación comparables...

(...).

Los resultados son esperables; debido a la gran disparidad de naturaleza de los componentes que entran en las dos series que se pretenden comparar: índice de precios al consumidor para los hogares o canasta familiar contra los diferentes insumos, equipos, mano de obra y servicios para la construcción de una presa y unas obras subterráneas y sus obras complementarias, más el suministro e instalación de unos equipos electromecánicos importados para un proyecto hidroeléctrico; es de esperarse que la economía representada por los valores de las dos series sean diferentes, estando la una o la otra serie en algunos períodos por encima o por debajo en sus variaciones mensuales acumuladas” (pág. 3.5 del peritazgo fl. 0031).

“...En definitiva, sin perjuicio de las consideraciones anteriores, y en atención a la solicitud de la pregunta, la comparación numérica y su equivalente representación gráfica para las dos series, muestran que tienen tendencias comparables. Para algunos períodos, la ponderación está por encima del IPC y en otros períodos esta posición relativa se invierte” (pág. 3.6 del peritazgo, fl. 0032).

Los peritos, además, hicieron una crítica detallada del sistema de ponderación propuesto por la parte actora en la demanda, pero advirtieron que, sin embargo, efectuaron todos los cálculos y ponderaciones solicitados por ella.

Las aclaraciones y complementaciones del peritazgo:

Por solicitud de ambas partes los peritos dieron respuesta, en escrito del mes de junio del 2000, a una serie de planteamientos dirigidos a conseguir que aclararan o complementaran el peritazgo.

De tal escrito cumple destacar que los peritos hicieron algunas correcciones puntuales en sus cálculos básicos, realizaron numerosos ejercicios aritméticos de comparación entre variaciones de precios según diversos índices e hipótesis, pero no modificaron los conceptos ni las conclusiones generales de su dictamen.

Al ser cuestionados acerca de si cualquier resultado positivo en el ajuste de una fórmula contractual, independientemente de cuál sea el porcentaje, significa y tiene que significar que él sea “adecuado y suficiente” para mantener ajustados los precios del contrato, respondieron:

“...no necesariamente “un resultado positivo en el ajuste de una fórmula contractual... significa... que él sea “adecuado y suficiente “para mantener ajustados los precios del contrato (el resultado) corresponde a la aplicación de las fórmulas... que...se pactaron en el contrato... (pág. 19, vol. 1/2).

Y adelante añadieron:

“el parámetro de comparación para determinar que cualquier resultado positivo es “adecuado y suficiente” lo constituye el presupuesto de obra con sus análisis de precios unitarios (APU) en el que se incluyen los costos directos (CD) y los costos indirectos (CI) compuestos estos últimos por la administración más los imprevistos estimados y la utilidad esperada (AIU)”.

Los análisis de precios unitarios (APU) para este proyecto no fueron presentados por el contratista porque el pliego de condiciones no lo exigió. En el peritaje se hizo referencia a esta situación en varios puntos.

En el folio 092 de la aclaración, con ocasión de una pregunta del demandado, los peritos precisan:

“Ni en el pliego de condiciones, ni en la propuesta existen “supuestos” o “hipótesis” que hubieran servido de “base para la definición de las fórmulas de ajuste de contrato MI-100 y para su aceptación por parte del consorcio”.

(...).

Común y normalmente una fórmula de ajuste para precios unitarios y sumas globales es de forma polinómica en la que se definen unos índices representativos y unos coeficientes de ponderación que los afectan. Este es el sistema de ajuste pactado en el contrato MI-100.

(...).

En las respuestas a las preguntas citadas en esta pregunta complementaria, manifestamos que no son comparables las dos series que se pretenden comparar; la del IPC con la de la ponderación de fórmulas de ajuste, con énfasis en que es aún menos aplicable cuando en la ponderación entran las fórmulas de ajuste de equipos electromecánicos que son más distantes de comparar con el IPC, por tratarse en su mayoría de equipos importados”.

Objeciones al dictamen pericial

• Objeciones de la parte demandante

Mediante escrito del 16 de junio de 2000 la apoderada del consorcio presentó objeciones, tanto generales como puntuales, al dictamen pericial. Con respecto a esta pretensión los varios que se objetan pueden sintetizarse así:

— Los peritos realizaron un análisis jurídico de las cifras a las que arribaron.

— Los peritos partieron de ideas o premisas erradas o prejuzgaron el asunto de forma tal que ello afectó la forma en que realizaron el estudio. Así, asegura la demandante, pretendieron llevar “...a la convicción del tribunal la idea de que el IPC no es un adecuado patrón de comparación para determinar si una fórmula contractual está o no recogiendo adecuadamente la inflación del país, o lo que es lo mismo, que la inflación del país no afecta los costos del proyecto” <sup>(25)</sup> .

— Los peritos realizaron en algunos casos un análisis o interpretación de los textos contractuales y de los pliegos.

— Los peritos descalificaron el “...método matemático de ponderación de las fórmulas de ajuste del contrato para establecer el valor original del contrato a través del tiempo, pues científicamente es un método utilizado para determinar el comportamiento de diferentes variables a través del tiempo... la propia Constitución utiliza tal método” <sup>(26)</sup> .

— Con relación a los cuadros C-3-05, C-3-06-COM, y C-3-14, y que se refieren a comparaciones entre las variaciones porcentuales del IPC y de la ponderación de las fórmulas contractuales, los peritos rehusaron sumar las “diferencias acumuladas” que por cada mes presentan estos cuadros. La demandante rechaza la afirmación de los peritos según la cual realizar tal suma sería sumar dos veces lo mismo.

— Los peritos rehusaron elaborar la canasta de insumos del proyecto, asunto que había sido ordenado por el tribunal, aduciendo que tal estudio escapaba al alcance del peritazgo dentro del plazo y recursos asignados.

— Los peritos omitieron hacer la comparación pedida en el numeral 3.1, relativa a la pregunta 1.11 del cuestionario inicial, alegando que no les fueron entregados los precios de lista de todos los distribuidores; y no atendieron la solicitud del 3.2 alegando que se trataba de pregunta nueva.

— Con respecto a la tabla C-3-14 y las gráficas C-3-14-A, C-3-14-b, y C-3-14-C, los peritos compararon dos series de datos puestas sobre diferente base, lo cual imposibilita la comparación efectiva. Además, según la demandante, la columna “diferencia acumulada” no muestra en realidad un resultado acumulado.

— Sí es posible encontrar precios de lista en el mercado internacional de insumos relacionados con los índices contractuales, como precios de maquinaria pesada, acero, hierro, cobre, etc., y por ello los peritos no cumplieron su misión respecto a las preguntas 1.16 del cuestionario inicial y 8.1 y 8.2 del escrito de aclaraciones. Lo mismo se predica de otros precios del contrato; y no es verdad que el índice de metales no ferrosos primarios es correcto en la fórmula (respecto a la pregunta 1.17 del cuestionario inicial y 9.1 del escrito de aclaraciones).

Objeciones del demandado:

La objeción al dictamen pericial que hizo el demandado no se refiere a esta pretensión.

Consideraciones del Tribunal de Arbitramento

Resolución de las objeciones propuestas

Consideraciones previas

De conformidad con el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil (CPC) los dictámenes periciales pueden ser objetados por error grave. Tales objeciones, señala el código, se resuelven en la sentencia, o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se pidió la prueba, que no es el caso aquí.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado, con respecto al peritazgo y a su error grave, lo siguiente:

“Sabido es que los peritos, llamados también en otro tiempo por autorizados doctrinantes “*judices facti*”, son terceras personas que por virtud de los conocimientos especializados de carácter científico, artístico o técnico de los que son poseedores, auxilian al juez de la causa en la investigación de los hechos controvertidos, ello en el bien entendido, desde luego, que el dictamen emitido nunca tiene de suyo fuerza decisiva (CPC, art. 241) sino que la tiene apenas ilustrativa, habida cuenta que el cometido a cargo de dichos expertos es el de guiar con competencia y lealtad el criterio de la justicia, no así el de imponerle ciegamente sus opiniones bajo el supuesto, a todas luces equivocado, de que los órganos jurisdiccionales son por entero incapaces de profesar puntos de vista fundados sobre materias comúnmente consideradas como sometidas a necesario peritaje por el grado de complejidad que les es característico. Dicho en otras palabras, cuando de por medio obran cuestiones que siendo inherentes a un determinado proceso e influyentes así mismo en la respectiva decisión por adoptarse, exigen especial versación en alguna ciencia, técnica o arte, la misión del perito es la de ayudar al juez sin pretender sustituirlo (G.J. t., LXVII, pág. 161)...

Síguese de lo anterior que en cuanto a la tacha de un dictamen por error grave concierne, uno de los factores que no puede perderse de vista para definir su procedencia es la modalidad que presente la función de consultoría pericial que en dicho experticio se pone de manifiesto, habida consideración que, como tantas veces lo ha reiterado la jurisprudencia, “...si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos...” (G.J. t. LII, pág. 306) pues lo que caracteriza desaciertos de ese lineaje y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un peritaje, “...es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...”, de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil “...no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y

cabalmente la cosa examinada, cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando ni aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva...”. (G.J. t. LXXXV, pág. 604)...” (27) .

El error grave debe ser palmario y ostensible, es decir, de tal naturaleza que sea evidente para cualquier persona, El error grave no puede consistir en que los peritos, de modo adicional y accesorio, incluyan razonamientos jurídicos:

“...La ley procesal se encarga de indicar el marco del error grave, bajo la consideración de que no se trata de divergencias o discrepancias con los conceptos de los expertos, el error grave debe quedar comprendido en el campo de la evidencia, de la notoriedad, de lo ostensible o manifiesto en la equivocación de los peritos. Además debe ser perceptible por la razón de cualquier persona que actúe con mediano criterio lógico...

...es misión del juez analizar los fundamentos y conclusiones del experticio pudiendo acogerse o apartarse de ellos, en la medida de las facultades que le otorgan los principios de la sana crítica...

Tampoco pueden reputarse como error grave las respuestas que involucran consideraciones jurídicas ya que ellas no alteran el contenido del dictamen, ni contrarían la naturaleza del mismo en los aspectos que verdaderamente interesan al tribunal. Una opinión aun soportada en razonamientos jurídicos no puede enmarcarse en la noción del error grave, por más que desborde cualquier análisis crítico. Será labor del tribunal acoger o no los criterios que los expertos tuvieron en cuenta para las diversas evaluaciones...” (28) .

De otra parte, importa recordar que el artículo 237, numeral 2º, del Código de Procedimiento Civil, exige que los peritos “en todo caso expondrán su concepto sobre los puntos materia del dictamen”. Y el numeral 6º del mismo artículo pide que en el dictamen se expliquen “los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones”. No exige el numeral 2º que los peritos realicen, en la precisa forma exigida por quienes pidieron la prueba, los cálculos o estimaciones solicitados, sino que “expresen su concepto”; el numeral los faculta para realizar “los experimentos e investigaciones que consideren necesarios”. No debe el perito callar frente a una pregunta; pero es preciso admitir que un profesional puede encontrar que cierto cálculo o estimación pedido por las partes pugna con las reglas de la ciencia en la que él es experto, y en tal caso cumple con la ley si expresa su concepto sobre ello, así no realice las operaciones pedidas. Puede resultar más dañino para la recta decisión de un asunto aportar operaciones correctas desde el punto de vista matemático, pero sin sentido desde el punto de vista de la ciencia de que se trate, que abstenerse de efectuarlas; una persona no avisada podría pensar que la existencia de ciertas cifras avala el razonamiento, equivocado, con el que se pidieron u obtuvieron. El aporte principal que hacen los peritos al proceso no consiste en efectuar operaciones matemáticas, sino, por el contrario, en dar razón de la lógica y alcance de ellas, y de su relación con el tema de la controversia. Las simples operaciones matemáticas pueden ser hechas por personas más o menos versadas; la virtud del peritazgo, como prueba judicial, es la confianza que proporciona el perito acerca de la razonabilidad de la operación como elemento de juicio que ha de valorar el juez al decidir la controversia.

Ni puede considerarse indebida intromisión de los peritos en la tarea de los jueces explicar, en el detalle que consideren necesario, “los fundamentos técnicos, científicos o artísticos de las conclusiones”. Es, por el contrario, de tales explicaciones, de donde puede el juez tomar los elementos que requiere para valorar la prueba.

Las objeciones en el caso concreto:

Visto lo anterior, en primer lugar debe el tribunal rechazar todas aquellas objeciones de la actora que se relaciona con esta pretensión, en cuanto consisten en que los peritos realizaron análisis jurídicos, o invadieron las tareas propias del tribunal, o realizaron una interpretación indebida del contrato. El tribunal encuentra muy útiles los análisis de los peritos acerca del planteamiento general en el que la actora sustenta esta pretensión, esto es, la posibilidad lógica de valorar el resultado que produce una fórmula de ajuste de precios de un contrato de obra, tomando como elemento principal de contraste los índices de precios al consumidor que prevalecen en un país. La validez de esos análisis es, por su misma naturaleza, en la mayoría de los casos, independiente de verificaciones

numéricas como las que se pidieron a los peritos. Pero el tribunal será libre, dentro de su competencia, de acoger o no tales interpretaciones en cuanto coincidan con las suyas propias.

Por otra parte, la demandante hizo a los peritos la pregunta 1.9 en la cual solicitó comparar el IPC con la ponderación de las fórmulas de ajuste. Es cierto que los peritos, al emitir su dictamen, señalaron que el sistema de ponderación no estaba previsto en el contrato y realizaron varias críticas a dicho sistema (fl. 32). Pero, más adelante señalaron: “No obstante, los peritos, en cumplimiento de lo pedido, han efectuado todos los cálculos y comparaciones solicitados por la demandante, tal como se describió en la explicación de las tablas y representaciones gráficas explicadas antes” (fl. 037).

Si se observan los anexos y gráficas, es fácil observar que los peritos sí realizaron la ponderación de las fórmulas (por ejemplo, en la figura C-3-02-C1, o en la tabla C-3-05).

Los árbitros no están obligados a acoger las críticas al sistema de ponderación que hicieron los peritos; pero, en todo caso, su inclusión en el dictamen no implica que el mismo adolezca de un error grave.

En tercer lugar, y respecto a la acusación de que los peritos omitieron sumar las “diferencias acumuladas” en los cuadros C-3-05, C-3-06-COM y C-3-14, este tribunal encuentra contraria a la evidencia la afirmación de la actora en el sentido de que tal columna no es otra cosa que una diferencia mensual (pág. 22 de las objeciones).

En efecto, quien observe la tabla C-3-06 COM, por ejemplo <sup>(29)</sup>, encontrará que, aparte de una columna que refleja las diferencias mensuales, la columna “diferencia acumulada” corresponde a la diferencia entre la columna “variación acumulada” de la ponderación de las fórmulas de ajuste, y la columna “variación acumulada” del IPC. La columna “diferencia acumulada” refleja, pues, la acumulación de diferencias en todos los meses anteriores a aquel para el cual se registra el dato, y en ese mismo mes. La diferencia entre valores acumulados arroja un resultado acumulado. No hay lugar, en buena lógica, a sumar tal columna, y si así se hiciera, el resultado no sería aprovechable por el tribunal para el análisis de este caso. No prospera, por tanto la objeción planteada.

En cuarto lugar, el tribunal se pronuncia respecto a la objeción de la demandante en el sentido de que la gráfica C-3-14-A, correspondiente a la respuesta 1.18, es errada. Según la actora, esa respuesta utiliza, para realizar la comparación allí contenida, bases de cálculo distintas (pág. 30).

Esta crítica ya se había hecho en la solicitud de aclaraciones y la respuesta de los peritos indica que las tablas comparan variaciones porcentuales, y por ello no se afectan con la cifra o valor de referencia de cada índice. Veamos la tabla C-3-14 que aparece a folio 326 de la aclaración del dictamen (vol. 2/2): si el índice CPI (*consumer price index*) para mayo de 1994, no fuera 147.50 sino 100 —para utilizar las mismas bases de cálculo—, entonces el índice de junio de 1994 no sería ya 148 sino 100.5. La variación porcentual se mantendría. Por ello, los peritos señalaron que, al repetir el ejercicio con el cambio solicitado, “...las variaciones mensuales y acumuladas del CPI que se habían indicado no varían como consecuencia de la normalización hecha” (fl. 026 de la aclaración del dictamen vol. 1/2).

Es cierto que el nuevo cuadro no fue entregado por los peritos, pero ello no configura un error grave, tal como lo entiende la ley.

La objeción, pues, no prospera.

Finalmente, debe el tribunal pronunciarse sobre la objeción planteada por la demandante en el sentido de que los peritos incurrieron en error grave cuando omitieron preparar una canasta de insumos representativos del proyecto, con sus respectivos precios de mercado, desde mayo de 1994 y hasta la fecha del dictamen, con el propósito de comparar el comportamiento de tal canasta con el del IPC y el de las fórmulas de ajuste contractual (pág. 24 de la objeción).

No puede hablarse de “error grave” si, como lo afirma la demandante, los peritos omitieron realizar la labor encomendada. El error, por definición, implica “un concepto equivocado o juicio falso” <sup>(30)</sup> que no puede predicarse del silencio.

Pero, sobre todo, el tribunal considera que los peritos sí contestaron la pregunta, en el sentido de expresar su concepto, cuando resaltaron la imposibilidad conceptual de establecer la inflación del proyecto con base en la canasta de insumos, y cuando expresaron que, en su opinión, establecer la canasta de insumos del proyecto desde mayo de 1994 hasta la fecha del dictamen (o diciembre de 1999 como luego indicó la demandante) era una labor que llevaría a resultados sin lógica. Este análisis, y los otros similares que aparecen en el peritazgo, no puede configurar “error grave” sino que, por el contrario, debe mirarse como cumplimiento del deber de proporcionar “los fundamentos técnicos” de las conclusiones de los expertos.

Las consideraciones genéricas que se hicieron arriba, y las puntuales que acaban de expresarse en cuanto a aspectos que por su naturaleza reclamaban una decisión particular, sirven de sustento al tribunal para rechazar las objeciones por error grave. Y adelante, en la medida en que el asunto lo requiera, volverá el tribunal a considerar los planteamientos de los peritos, e indicará, cuando sea del caso, si son ellos la base exclusiva de su decisión.

## Consideraciones del tribunal

### Fundamento de las cláusulas de ajuste de precios

Es costumbre que las personas que celebran contratos cuya ejecución debe prolongarse en el tiempo, busquen protegerse de los efectos adversos de fenómenos como la inflación, o la devaluación, que, según la experiencia, se presentan con el paso del tiempo aun en las economías de los países industriales, y pueden afectar el valor de las obligaciones y derechos de las partes. La ocurrencia de tales fenómenos es predecible, así su magnitud no lo sea.

Uno de los sistemas de protección más extendidos, sobre todo en cuanto a los contratos de obra y suministro se refiere, consiste en utilizar “cláusulas de revisión”, o bien “cláusulas de índices de precios”. Las primeras permiten a las partes hacer un ajuste en los precios, de valor indeterminado, cuando se presentan ciertas circunstancias determinadas. Las segundas, en cambio, permiten modificar el valor del contrato, o el de alguno de sus componentes, nacionales o extranjeros, en forma precisa y automática, cuando evolucionan ciertos índices de precios.

En materia de contratos de las entidades públicas, el derecho colombiano positivo acepta estas cláusulas en los contratos de obra desde cuando se expidió el artículo 11 de la Ley 4ª de 1964; y en nuestros días, la Ley 80 de 1993 induce a los contratistas a adoptar sistemas similares (art. 4º, núm. 8º). Pero, por supuesto, nada impide que estas cláusulas se pacten en los contratos que se rigen por las leyes 142 y 143 de 1994, el Código de Comercio o el Código Civil, como es el caso del contrato materia de este laudo.

La existencia de “cláusulas de índices de precios” en los contratos asegura, en principio, que cualquier variación en los índices se traslada a los precios del contrato, de modo que ni el hecho mismo de que exista inflación, ni sus valores absolutos, pueden considerarse como un hecho imprevisto entre las partes. Uno de los precios que, a menudo, se toman en cuenta, en aquellos contratos que exigen el uso de bienes o servicios adquiridos en otras partes del mundo, es la “tasa de cambio” que no es otra cosa que el precio de unas monedas en función de otras.

Los “índices temporales de precios” tienen el propósito de medir cambios en los precios de ciertos bienes y servicios a través del tiempo. Se refieren, a menudo, a precios de conjuntos de bienes o servicios que tienen alguna relación entre sí, o con algún fenómeno económico; cada tipo de bienes o servicios tiene un peso específico dentro del índice, según su importancia dentro del conjunto para los propósitos en los que se usará el índice.

Los índices reflejan variaciones generales en los precios de tales conjuntos sin que, por definición, pueda pretenderse que el índice se comporte en forma igual al del precio de uno cualquiera de los bienes que se tomaron en cuenta para definirlo: esta consideración sería suficiente por sí sola para explicar las diferencias entre la “inflación del proyecto” y el ajuste en precios que resulta al aplicar la cláusula octava del contrato, a las que se refiere la página 83 de la demanda.

Es natural que cada tipo de índice se comporte en forma diferente a los demás, pues su comportamiento depende, entre otras causas, de los bienes y servicios que se usan para calcular los índices, y de los pesos relativos que se les asignan. El manejo de índices permite medir y comparar en forma razonable fenómenos que, de otra manera, sería muy dispendioso registrar. En muchos países, y por cierto en Colombia, hay entidades dedicadas en forma



profesional a elaborarlos, de tal manera que sean representativos de los conjuntos para los cuales se elaboran.

Como bien señala la apoderada de la parte actora, las “cláusulas de índices de precios” no tienen el propósito de resolver problemas contractuales derivados de fenómenos distintos a la variación de los precios, y que pueden alterar la economía del contrato o hacerlo muy gravoso para una o ambas partes.

En el contrato de obra, resultante de la licitación MI-100, se dijo (cláusula cuarta), que se trataba de “un contrato a precios unitarios y globales fijos, con fórmula de ajuste y por lo tanto los riesgos inherentes a la determinación de los precios serán a cargo del contratista”.

Para hacer frente a los riesgos mencionados, en el contrato se dispuso que su valor dependería, ante todo, de las cantidades de obras y de ciertos precios unitarios fijos y globales fijos pero actualizables cuando correspondieran a tres grandes grupos de actividades contractuales, a saber, las obras civiles, los suministros de equipos electromecánicos y los montajes (cláusula octava); y se aclaró que ciertos costos no estarían sujetos a reajustes. En la cláusula octava se pactaron varias fórmulas para ajustar los precios unitarios y globales, nacionales y extranjeros, de los tres diferentes grupos de bienes y servicios mencionados, y necesarios para cumplir el contrato. La fórmula diseñada para cada grupo era polinómica, esto es, tenía una estructura que tomaba en cuenta, a veces, un término independiente, y además, como era de esperar, diferentes subgrupos de bienes y servicios que habrían de adquirirse: nacionales, extranjeros, turbinas, equipos eléctricos, generadores, etc. Cada subgrupo tenía un peso específico dentro del conjunto. Y las fórmulas utilizaban diferentes índices de precios para medir las variaciones en los precios de los subgrupos. Es claro, pues, que las partes quisieron ajustar los precios típicos de cada uno de los grupos, y que reconocían que el comportamiento de los precios para cada subgrupo podía ser disímil.

La manera en que estas fórmulas de ajuste debían funcionar fue descrita por el testigo doctor Alberto Marulanda en su declaración, así:

“En el contrato existen 10 grupos de fórmulas en pesos y dólares, hay una fórmula de ajuste para unas y 8 fórmulas de ajuste como esta de obras electromecánicas, para el suministro de estos equipos y hay una para montaje, otra para equipos electromecánicos y para montaje y para pruebas.

Cada una de estas tiene una componente en pesos y otra en dólares, hay dos fórmulas de ajuste para las obras civiles, 16 para las electromecánicas y dos para montajes y suministros.

Como es el concepto de estas fórmulas, tienen como estructura en donde dependiendo del tipo de obra tienen unos componentes, unos porcentajes en el caso de obras civiles es 0.1 que es el valor fijo más cinco factores o relaciones que están relacionadas con el cemento, hierro, dinamita y gasolina, estas son las de obras civiles y las de equipos electromecánicos tienen otros índices por elemento que se está ajustando y la última que es prueba y montajes que es la parte ya de colocación de esos equipos electromecánicos y sus pruebas” <sup>(31)</sup> .

Legislación aplicable:

Por las razones que se explicaron atrás, el contrato al que este laudo se refiere se rige por las normas del Código de Comercio y del Código Civil, y no por la Ley 80 de 1993. No cabe, pues, aquí, un análisis fundado en instituciones como la del “restablecimiento del equilibrio económico y financiero del contrato” sino otro inspirado en las reglas, más tradicionales, de la “imprevisión”.

Alcances de la comparación entre índices específicos y generales:

Durante el proceso quedó claro que las fórmulas que se utilizan para ajustar los precios mientras se ejecuta este contrato en el tiempo son las mismas incluidas en los pliegos que le dieron origen, y que no han sido modificadas. Hubo sí un acuerdo puntual de las partes, para tener en cuenta que uno de los índices incluidos en una de las fórmulas dejó de ser publicado <sup>(32)</sup> .

Los índices pactados son específicos para los bienes y servicios necesarios para ejecutar el contrato; por el contrario, como es notorio, el IPC se refiere a los bienes y servicios que, en general, consumen los hogares colombianos. El IPC, por ejemplo, no incluye un insumo de especial importancia en la ejecución de este contrato,



como es el cemento.

El consorcio dice que al negociar el contrato llegó a la conclusión de que las fórmulas no se distanciaban mucho de los ajustes que se obtendrían con el IPC. Dijo el señor D'Silva:

“(Apoderada de la actora) <sup>(33)</sup>. Bien, dejando ya aparte esta historia y estas explicaciones sobre lo que fue el período de negociación de los contratos, quisiera preguntarle si usted conoce quién o quiénes dentro del consorcio, antes de la presentación de la propuesta hicieron los análisis del comportamiento de las fórmulas de ajuste incluidas en el modelo de contrato de obra durante la licitación.

Señor D'Silva. Yo fui el responsable. Hicimos dos propuestas al mismo tiempo. Uno para PORS, para casi entregarlo al mismo tiempo y uno para Hidromiel. Yo era el responsable por la parte comercial y financiera, para gerenciar la parte comercial financiera de la propuesta para Hidromiel. Entonces al análisis de los pliegos al análisis del contrato de obra y consecuentemente al análisis de las fórmulas de ajustes, los socios ABB Kvaerner, Pedro ... por ABB y Horacio Civiles hicieron sus evaluaciones de las ofertas de equipamiento y yo hice las evaluaciones de las variaciones de las fórmulas para las obras civiles.

¿Cómo hicimos esto? Hicimos esto volviendo en el tiempo, cogimos los índices desde febrero del 91 hasta mayo del 94 y miramos el comportamiento de las fórmulas..., promediar la inflación de cualquier país e hicimos una ponderación de las fórmulas de ajuste, cogemos los valores de cada servicio que esa fórmula mostraba, según el contrato de obra ponderamos todas las fórmulas, todas las variaciones de todas las fórmulas del contrato, hicimos una curva, y cogimos el IPC y miramos el comportamiento. Y miramos, de febrero del 92 hasta mayo del 94 la fórmula venía bien, entonces a pesar de que los insumos mismos, la parametrización y el porcentaje no estaba muy bien, pero el comportamiento venía muy bien, las aceptamos tal cual estaban en el contrato sin ninguna modificación”.

El señor D'Silva aclara, pues, que tenía, desde el principio, objeciones a los parámetros de las fórmulas. Pero que, como a su juicio, las fórmulas venían bien con el comportamiento del IPC, el consorcio las aceptó. Es claro que el consorcio tomó entonces un riesgo: que la estructura de las fórmulas condujera en el futuro a resultados distintos a los que el señor D'Silva dijo haber encontrado al examinar la correspondencia anterior entre ellas y el IPC. No es posible, ahora, trasladar ese riesgo al demandado.

Cabe anotar también que, pese a la afirmación del señor D'Silva, ya en 1994, cuando se presentó la propuesta por parte del consorcio, era un hecho verificable que las fórmulas de reajuste de la propuesta se diferenciaban tanto del IPC como del CPI. En efecto, los gráficos y tablas que aportaron los peritos, muchos de los cuales contienen información que data de 1992 <sup>(34)</sup>, muestran algo obvio: los índices que componen la fórmula de ajuste de la propuesta han variado, desde antes de que esta se presentara, en forma diferente al comportamiento del IPC. Es posible que haya habido un error del consorcio al analizar el asunto en el momento de presentar su propuesta; pero no puede sostenerse que las diferencias de comportamiento en los índices eran asunto imprevisible.

La apoderada de la parte actora afirma que las fórmulas pactadas no reflejan los cambios reales en la economía de Colombia y de los Estados Unidos; el tribunal explicará, en seguida, que la estructura de las fórmulas pactadas, y el uso que se les da en contratos similares, no tiene el propósito de reflejar los cambios en la economía de los países, sino los cambios en los precios de los bienes y servicios necesarios para cumplir el contrato.

Para el tribunal es evidente que el fenómeno inflacionario en un país no produce un incremento idéntico de todos los precios y en todas las regiones. La existencia de índices específicos, por productos o por regiones, tiene el propósito de reflejar tal hecho. El uso de índices específicos para ajustar los precios de ciertos tipos de bienes y servicios en el contrato refleja la voluntad de las partes de que tales ajustes se hicieran con índices que incorporaran las condiciones particulares de los mercados en donde se transan esos bienes y servicios, lo que resulta opuesto, por completo, al novísimo propósito de juzgar su eficacia comparándolos con índices generales, como el IPC o el CPI de los Estados Unidos. Existe noticia, inclusive, de que la Corte Suprema de este país ha dicho que cuando hayan de usarse índices, “el índice especial que se emplee debe ser apropiado al fin especial que persigue. Un índice del “nivel general de precios”, por ejemplo, es claramente inadecuado” <sup>(35)</sup>.

Las diferencias entre los valores que se obtienen al aplicar las fórmulas de ajuste contractuales, y los que se hallarían al aplicar a los precios pactados el índice de precios al consumidor (IPC) son explicables por el simple hecho de que el IPC y los índices empleados en las fórmulas son contruidos de modo distinto, para que midan fenómenos relacionados pero diferentes.

Es cierto, como afirmó la actora al contestar las excepciones <sup>(36)</sup>, que el consorcio no ha pretendido que el IPC sea el índice del contrato. Pero acceder a revisar las fórmulas de ajuste por el hecho de que sus resultados se han distanciado de los que habría producido el IPC equivaldría casi a lo mismo, esto es, a decidir que el IPC es el único índice útil para ajustar los precios de cualquier contrato. Ya se ha explicado que no existe un fundamento conceptual para tomar el IPC como referencia de la inflación de un proyecto de las características de Hidromiel. Obsérvense las dificultades que presenta la tesis contraria, tal como aparece en las declaraciones de uno de los testigos, ex funcionario del consorcio:

“Bueno, nosotros analizamos otros índices: CC, IPC, el IPC tiene una característica, es que la canasta familiar, se puede preguntar porque los ajustes que representan la canasta familiar para su diagnóstico de una obra de construcción civil, esta obra de una hidroeléctrica no es una obra de invierno, todas las obras de hidroeléctrica tienen una complejidad de consumo-insumo y crédito, o sea, tú, en una ejecución de la obra se utiliza además del cemento, acero, las arenas de una obra de una hidroeléctrica, se consumen todos los tipos de insumos, tú tienes productos alimenticios, vestuario, consume energía eléctrica, teléfono, sueldos, o sea, tiene todos los elementos que tiene la canasta familiar, por eso es que se acerca a la representatividad de la obra, o sea, dentro de una hidroeléctrica tú consumes todos los insumos que tiene la canasta familiar, entonces no es que el IPC, es el índice que va a ajustar la obra, esto no, pero es un diagnóstico de comparación sin igual. Analizamos también IPP, índice de precios al productor, pero el IPP, tiene algunos problemas, primero que la metodología de trabajo sobre el inicio de su aclaración para que incida el índice afirma que el IPP no es un índice preciso, se destina, es solo una idea para los productores, entonces eso ya nos deja un método adecuado para este diagnóstico. El segundo punto, aquí es para productos manufacturados de primera vez fabricación es de la fábrica, también no incluye el transporte como todo consumidor, entonces es un índice que no es adecuado para este diagnóstico, que no traduce la realidad de los costos de... Entonces se muestra un desfase porque la forma de ajuste no está recuperando porque el mercado está un...de costos, digamos así...” <sup>(37)</sup>.

Puede decirse, al comentar estas declaraciones, similares a las tesis que aparecen en la página 79 de la demanda, que no existe un índice que involucre todos los insumos que se utilizan en el proyecto, y que además confiera a cada uno la importancia o peso adecuado dentro de su estructura de costos. La misma parte actora reconoce este hecho en la página 86 de la demanda. Las partes, expertas en este tipo de negocios, no podían ignorarlo al contratar. Y, de otra parte, así se diga que el consorcio paga facturas telefónicas, u otros bienes y servicios incluidos en el IPC, nunca podría compararse la composición de los consumos de una familia típica colombiana, con la composición de costos del proyecto. Es obvio que en el proyecto tiene más importancia el comportamiento de los precios de insumos como el cemento o el hierro, que el de los productos alimenticios o el vestuario. Por eso se justifica, como se dijo arriba, en proyectos de esta naturaleza, el uso de índices específicos, y no el de índices genéricos. Los contratantes no pactaron nada insólito, ni se equivocaron al buscar que los ajustes en precios se hicieran con índices adecuados a la naturaleza propia de los grupos de bienes y servicios que habrían de utilizarse.

Y tampoco es posible, contra lo que pretende la actora, tomar como referencia de la evolución de los precios de determinados insumos, los precios que ellos pudieran tener en los almacenes de un distribuidor o de un grupo de distribuidores regionales, salvo que se hubiera demostrado, lo que no ocurrió, que el consorcio fue obligado a adquirir allí los bienes y servicios que aportó al proyecto, y que los precios que le fueron impuestos diferían en forma sustancial de los que prevalecían en el mercado y se reflejaron en los índices de precios. Las entidades que elaboran índices de precios toman su información en un número amplio de establecimientos, en tal forma que, con base en la teoría estadística de las probabilidades, puede afirmarse que esos índices representan en forma adecuada la evolución de los precios en el universo del mercado para los bienes y servicios respectivos, dentro de ciertos márgenes de confianza.

El tribunal considera que, por lo general, es un sistema más transparente para medir las variaciones de los precios que afectan la economía de un contrato, el que recurre a índices que reflejan condiciones generales de negociación

de los bienes y servicios respectivos, antes que el propuesto por la actora, que tomaría como datos de precios los que surgieran de negocios con proveedores determinados, puesto que los terceros no tendrían manera de conocer cómo se forman estos precios. El tribunal coincide en esta apreciación con algunos de los juicios que hicieron los peritos ingenieros <sup>(38)</sup> .

Por otra parte, para el tribunal no cabe sostener, como lo hace la actora, que...

“El origen primordial, en el caso presente, de este desfase, se encuentra en el largo período transcurrido antes de recibir la orden de iniciación de obras. Este hecho contribuyó a que, en el momento de iniciación de las obras, los precios ajustados no tengan la misma capacidad adquisitiva de la época de la presentación de la oferta y, por lo mismo, hayan entrado en “caducidad” (precio muy antiguo) y creando así condiciones financieras altamente desfavorables al consorcio...” <sup>(39)</sup> .

En efecto, contra lo que supone la actora, por el mismo hecho de que las fórmulas fueron elaboradas con base en índices temporales, ellas ajustan el valor de los precios pactados respecto al momento de origen, no importa cuál sea el tiempo en el que las obras se paguen. Estos índices se construyen, precisamente, para analizar variaciones de precios en el tiempo: el hecho de que el tiempo transcurra no disminuye su utilidad, sino que la pone en evidencia. Es cierto que, periódicamente, las personas que determinan la estructura de algunos de estos índices la revisan, porque algunos bienes o servicios que tenían cierto peso en el índice pasan a ser menos o más importantes dentro del conjunto, o porque nuevos bienes o servicios llegan a ser parte de este; en tales eventos las entidades que publican los índices explican cómo deben conciliarse los valores del índice, para que sigan siendo comparables en el tiempo, Pero este tipo de fenómeno, cuyas características deberían indicarse en forma muy precisa para que pudiera servir de causa a la desestimación de una fórmula de ajuste pactada, no fue alegado, ni demostrado, por la parte actora.

Por estas razones, que coinciden en ocasiones con las expuestas por los peritos, pero que reflejan ante todo la convicción del tribunal, no se atenderán las pretensiones principales de la parte actora.

La “corrección” de las fórmulas:

Los criterios expuestos arriba serían suficientes para rechazar la pretensión subsidiaria de la actora, en cuanto se refieren a la causa misma con la que esta busca desconocer la fuerza de las cláusulas de ajuste pactadas. Sin embargo, el tribunal considera útil, para mejor comprensión del complejo universo de cuestiones que se han debatido, hacer una referencia directa a ella.

La solicitud subsidiaria que se hace al tribunal de “corregir” las fórmulas pactadas, para superar los hipotéticos desajustes entre sus resultados y los que el consorcio considera que deberían haberse producido, hace necesario afirmar, en primer término, que es difícil pensar que la estructura real de los costos en la ejecución de una obra de esta naturaleza, y las diferencias en la información que se obtiene al analizar variaciones de precios con base en índices o con base en otras fuentes específicas, sean hechos “imprevisibles” para empresas expertas como las que conforman la parte actora.

Los peritos señalaron, también, que no es posible, durante las primeras fases de ejecución de un proyecto que incluye diversas etapas caracterizadas por actividades heterogéneas, establecer una fórmula de ajuste que sea representativa del total de gastos que habrán de tener lugar para completarlo, si para ello quieren tomarse como base los datos de las primeras etapas (pág. 41 Dictamen, vol. 1/2; y pág. 14 de la aclaración, vol. 1/2). El tribunal encuentra que esa afirmación es lógica, y por ello la hace propia.

De otra parte, los peritos, con el mismo criterio, al rendir su dictamen, recordaron que la contabilidad del consorcio, en ese momento, no reflejaba la totalidad de los costos de la construcción. Por eso no es razonable, con base en ella, hacer juicios acerca de la capacidad de las fórmulas de ajuste para representar en forma correcta los insumos de la obra civil (p. 66, vol. 1/2 dictamen). El avance parcial de una obra no puede utilizarse como indicador de lo que será su desarrollo final (pág. 68, vol. 1/2 dictamen).

En general, los peritos encontraron (pág. 50, vol. 1/2) que las fórmulas de ajuste sí están ajustando los precios unitarios y globales, en el sentido de incrementarlos. La diferencia entre el ajuste porcentual que se obtendría con

el IPC y el que se obtiene con las fórmulas pactadas, además de ser natural por las razones que se explicaron arriba, no es significativa en términos porcentuales, y era previsible cuando el contratista hizo su propuesta. La diferencia acumulada para el mes de diciembre de 1997 entre la variación acumulada del IPC y la variación acumulada de la ponderación de la fórmula contractual, en pesos, es adversa al contratista en -8.7494% (sic) (pág. 18 aclaración del dictamen, vol. 1/2; tabla C-3-05 fl. 240 de la aclaración, vol. 2/2): El ajuste que produce la ponderación de las fórmulas es inferior al que produciría el IPC. Dicha cifra acumulada tendió a reducirse hasta el punto de cambiar de signo y favorecer al contratista, y se situó, según los peritos, en 6.8794% en diciembre de 1999 (pág. 241 de la aclaración, vol. 2/2).

En cuanto a las fórmulas que se utilizan para actualizar aquellos precios que se expresan en dólares, los peritos encontraron que no pueden compararse los índices que ellas contienen con el Consumer Price Index de los Estados Unidos, porque aquellos y este miden los precios de diferentes grupos de bienes y servicios. Por ello, dijeron los peritos (pág. 63, vol. 1/2 dictamen), no es posible concluir que las fórmulas del contrato no ajustan en forma correcta y suficiente los precios del componente en moneda extranjera pactados en el contrato; y las fórmulas de ajuste para componentes de pagos en dólares para los diferentes grupos de bienes y servicios tienen ajustes positivos, esto es, incrementos.

Naturalmente, el tribunal podría haber revisado las fórmulas si se hubiera demostrado un verdadero “desquiciamiento” del contrato, en donde ellas, por algún motivo sobreviniente e imprevisible, hubieran estado lejos de dar al contratista valores comparables, en su capacidad adquisitiva, al que tuvo en cuenta al contratar. Tal ocurriría, por ejemplo, si el consorcio, por obra de la naturaleza, de las autoridades o de terceros, se hubiera visto obligado a adquirir los bienes y servicios que usa para cumplir el contrato en condiciones completamente distintas a las que prevalecen en el mercado, pues son estas condiciones, ciertamente, las que reflejan los índices de precios. O si, por un cambio tecnológico impuesto, la estructura de las fórmulas de ajuste no reflejara ya en forma razonable la estructura de costos del proyecto. Pero tal “desquiciamiento” no ha sido probado; y las diferencias porcentuales en el ajuste que produciría el uso del IPC, frente al que produce la ponderación de las fórmulas del contrato, además de los reparos de concepto que pueden hacerse a ese cotejo, no revela una tendencia definida ni cifras que puedan calificarse de “desquiciamiento”.

## Conclusiones

Con base en las consideraciones precedentes, el tribunal concluye que no se demostró en el proceso que las fórmulas de ajuste de precios han dejado de reflejar en forma razonable y predecible las variaciones en los precios a que se ha visto sujeto el contratista. Tampoco se ha probado que fueran “imprevisibles” las diferencias que las fórmulas contractuales producen en el valor ajustado de los precios, comparado con el que producirían fórmulas que utilizaran índices como el IPC o el CPI, ni el tribunal encuentra lógico que esa comparación pudiera conducir a la conclusión que buscaba la actora. Tampoco se ha demostrado que la aplicación de las fórmulas pactadas, al apartarse de manera extraordinaria de los costos en los que ha incurrido el contratista, haya hecho que el cumplimiento del contrato le resulte excesivamente oneroso. Y si lo anterior no fuera suficiente para desatender este grupo de pretensiones de la actora, debería añadirse que no se han aportado al proceso elementos de juicio que permitan al tribunal, cuando la ejecución del contrato apenas se aproxima a la mitad de lo previsto, modificar las fórmulas pactadas para ajustar precios durante las etapas que faltan, cuya estructura de costos no puede definirse con base en los de las primeras etapas.

Las conclusiones no serían muy distintas si, en vez de analizar la pretensión a la luz de las condiciones que exige el Código de Comercio para aplicar la teoría de la “imprevisión”, se aplicara la doctrina administrativa sobre “equilibrio económico y financiero del contrato”. No se ha probado que la evolución de los índices sea distinta de lo que podía esperarse cuando se hizo la oferta o se celebró el contrato.

Por lo dicho, y sin que sea necesario entrar en un debate especial sobre las excepciones propuestas, ni las pretensiones principales, ni la subsidiaria, pueden prosperar.

Una vez se haya avanzado más en la ejecución del contrato, las partes podrán revisar si las fórmulas cumplen o no su función contractual o si, por el contrario, hubo un “desquiciamiento” del contrato, más allá del reparto de riesgo que le es propio, y que permita pedir que se restablezca su base conmutativa.

- La cuarta pretensión: eliminación de obras

La cuarta pretensión de la demanda del consorcio consiste en el reclamo del “reconocimiento y pago de los derechos económicos del consorcio, nacidos de la celebración del contrato de obra sobre las obras que fueron eliminadas del alcance del objeto contractual”.

El fundamento de esta pretensión consiste una vez más en la alegación de que, al haberse ordenado por parte de Hidromiel S.A., la supresión de obras cuya ejecución había sido inicialmente convenida, se produjo una alteración en la ecuación económica del contrato, con grave perjuicio para los derechos del consorcio contratista, que deben ser restablecidos.

La actora afirma en efecto que, después de la adjudicación de la licitación e incluso luego de la celebración del contrato, pero antes de emitirse la orden de iniciación del proyecto, Hidromiel S.A., decidió unilateralmente eliminar del objeto del contrato algunas de las obras materia del mismo, lo cual no solo disminuyó el monto de la utilidad que el consorcio esperaba obtener, sino que significó la pérdida de la oportunidad de recuperar la parte proporcional de los costos indirectos de la obra y de recibir la parte proporcional del anticipo.

Aspira la demandante a que se declare que dicha disminución de obras afectó la conmutatividad de la relación convencional acordada entre las partes, lesionando los derechos del consorcio contratista. Así mismo, a que, en consecuencia, se condene a quien representa al fideicomiso Miel I a pagarle a aquel, tanto el valor de las utilidades que dejó de recibir por ese concepto, como la parte proporcional de los costos indirectos que dejará de recuperar y el costo financiero derivado de no haber podido recibir parte del anticipo; todo ello junto con sus correspondientes actualizaciones y, en el caso de las utilidades y los costos indirectos, además los intereses.

Por lo que respecta a los fundamentos jurídicos de esta pretensión, la actora se apoya fundamentalmente en las normas de la Ley 80 de 1993, relativas al tema del “equilibrio económico de los contratos estatales”, y en las cuales, tal como atrás se vio, también se apoyan, de modo general. Varias de las pretensiones de la demanda. Concretamente en punto de la que se analiza, la actora afirma lo siguiente:

“Es bien sabido que las obligaciones que surgen para las partes intervinientes en los procesos licitatorios (públicos o privados) están enmarcadas dentro de las condiciones básicas existentes en el pliego de condiciones de la licitación (incluidos sus adendos o modificaciones), y las ofrecidas por los licitantes o participantes en la licitación al presentar sus propuestas.

“Tanto la jurisprudencia civil y comercial, como la contencioso administrativa, han sido claras y reiterativas sobre este particular, pues constituye uno de los principios generales de la licitación su inmutabilidad después de cerrada la licitación, esto es, que tanto los términos del pliego de condiciones como de la propuesta presentada por el participante ganador, no pueden ser modificadas en forma unilateral y, de hacerlo, conllevan la obligación de compensar los efectos que causen.

“Sobre este mismo particular, en otro aparte de la demanda se dijo: “...la eliminación dentro del alcance del contrato de un determinado servicio, obra o ítem de pago de los previstos en la oferta, ocasiona una "falta" o "desequilibrio" de los valores previstos inicialmente, ya que estos ítem tienen componentes que forman parte íntegra del precio cotizado originalmente”.

Por su lado, el señor apoderado de la demandada se opuso frontalmente a esta pretensión, ante todo por considerar que, de una parte, los hechos alegados no le han causado perjuicio alguno a la demandante y, de la otra, que en todo caso su petición peca por haber sido formulada antes de tiempo.

Efectivamente, a su juicio “no se ha producido eliminación de obras o reducción del objeto del contrato MI-100 como aduce el consorcio; Hidromiel en uso de la facultad acordada entre las partes y en el marco de un contrato cuya naturaleza ha sido pactada a precios unitarios y cantidades variables, ordenó una disminución de las cantidades de obra estimadas en el pliego de licitación como también ha ordenado en otros casos durante la construcción del proyecto, el aumento de otras cantidades.

“No es cierto que se haya "afectado" el contrato MI-100 por decisiones de Hidromiel y mucho menos que desde ya

exista una reducción definitiva del valor total del mismo. El contrato MI-100 es un contrato cuyo valor inicial es estimativo y su valor cierto será el resultante de multiplicar las cantidades de obra realmente ejecutadas por los precios unitarios propuestos por el contratista, más el valor de las obras pagaderas como sumas globales y los demás pagos a que tenga derecho el contratista en virtud de este contrato. Solamente al finalizar la construcción del proyecto se podrá establecer las sumas recibidas por el contratista como contraprestación. Por lo tanto, solo en ese momento y no antes, se podrá establecer si hubo reducción o, por el contrario, aumento del valor total del contrato y si el contrato recuperó o no sus costos indirectos de acuerdo con su propuesta.

“En el anterior orden de ideas, en el estado actual de desarrollo del contrato MI.100 y de la obra, no es procedente la compensación que reclama el contratista.

“La dinámica misma, esencial en el contrato a precios unitarios, impone, para no desnaturalizarlo, que la contabilización de cantidades y consecuentes compensaciones a que haya lugar a favor del contratista se determinen al término del mismo y no en cada oportunidad en que son suprimidas o aumentadas una cantidades.

“(…).

“Recuérdese que el consorcio no resultó adjudicatario de un contrato a valor global ni de una lotería. Reconocer desde ahora compensaciones por las reducciones de cantidades de obra y equipos que implican la parte de las subestaciones podría conducir a un enriquecimiento sin causa a favor del contratista en caso de que al final resulten ejecutadas mayores cantidades de obra a las inicialmente previstas.

“Para ese efecto, las mismas partes estipularon en la cláusula 31 del contrato MI-100, que en la liquidación del mismo se establecerían las cantidades realmente ejecutadas y se definiría el pago de los saldos correspondientes a favor o en contra del contratista”.

Expresó también el apoderado de la demandada, como otro argumento de su defensa, el de que si se llegare a aceptar que la decisión de su representada en el sentido de reducir del objeto del contrato algunas de las obras previstas hubiere de calificarse de una decisión unilateral de modificación de este, de aquellas que son expresión típica de un poder exorbitante del Estado, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado este tribunal carecería de competencia para pronunciarse sobre ese “acto administrativo” o sobre cualquier efecto económico suyo.

Por la forma como ella está planteada, y por los argumentos en los que se la sustentó, para el tribunal resulta indudable que, al igual que la segunda, esta pretensión también gira, básicamente, en torno del debate acerca de la conmutatividad del contrato. Una vez más, se trata ante todo de definir si, en caso de estar plenamente establecido que realmente hubo una reducción unilateral en la cantidad de las obras inicialmente convenidas, ella implicó una alteración sobreviniente en el equilibrio inicial de la convención, y si tuvo o no la virtualidad de configurar una responsabilidad contractual en los términos de la ley aplicable al contrato, que deba dar lugar a una indemnización.

Comenzando por los hechos del punto en cuestión, el tribunal debe decir, en primer término, que en el expediente está demostrado que, evidentemente, el 20 de junio de 1996, Hidromiel S.A., le dio noticia definitiva al consorcio acerca de su “decisión de no adelantar dentro del contrato suscrito entre Hidromiel S.A., y Odebrecht la construcción de la subestación (sic) de la señora Juana, Miel I y de las dos líneas de transmisión a 230 KV que interconectarán las estaciones en cuestión...” (comunicación HM.PRE.96.1032 del 20 de junio de 1996, dirigida por el presidente de Hidromiel S.A., al director de obra del consorcio <sup>(40)</sup> .

En esa comunicación no se invocó facultad alguna relacionada con la Ley 80 de 1993, como tampoco se pidió al consorcio que indicara en qué condiciones aceptaría los cambios, y, en este último punto, no es verdadera la afirmación que aparece dos veces en el alegato de conclusión de la parte actora.

También está demostrado que incluso desde cuando meses antes de esa fecha el tema se había venido ventilando entre las partes, el consorcio había expresado su posición en el sentido de que solo aceptaría esa reducción si Hidromiel S.A., se avenía a reconocerle “la parte de costos indirectos cargados en los precios de estas actividades relativos a la administración general, costos de campamentos y oficinas, movilización y desmovilización y otros”, más “... la parte correspondiente a las utilidades esperadas en las actividades retiradas del contrato”. Además,



debería acceder a reestructurar el aporte del capital del consorcio, de modo de tener en cuenta la menor cantidad de materiales importados a que habría lugar, en cuantía aproximada de doce millones de dólares de los Estados Unidos. (cartas del 23 de abril, del 21 de junio y del 1° de agosto de 1996, dirigidas por el representante del consorcio al presidente de Hidromiel S.A. <sup>(41)</sup> .

Y, por supuesto, se demostró plenamente, por un lado, que dichas obras formaban parte integrante del alcance del objeto original del contrato del 24 de abril de 1995, tal como claramente lo señala el anexo 1 sobre “listas de cantidades y precios”, y, por el otro, que en efecto ellas se ejecutaron directamente por ISA, S.A., ESP, y por ende al margen de dicho contrato.

Así pues, no hay duda entonces acerca de los aspectos fácticos de la cuestión, a saber: la reducción de las obras, y el hecho de que ella tuvo lugar como consecuencia de una decisión adoptada por Hidromiel S.A., y cuya aceptación por el consorcio siempre se condicionó a la correspondiente compensación económica.

Lo que corresponde dilucidar a continuación es el punto de derecho relativo a la naturaleza pública o privada de esa decisión de Hidromiel S.A. Es decir, a si ella debe calificarse de acto administrativo que hubiera sido expedido por la demandada como expresión de un típico poder exorbitante del Estado, y capaz, por lo tanto de modificar unilateralmente el contrato de obra, o si, por el contrario, ella no pasó de ser el ejercicio de una facultad convencional meramente comercial pactada por las partes.

Porque, como es evidente, y como bien lo señalaron en sus escritos ambos señores apoderados, muy distintas han de ser las consecuencias que se sigan en un caso o en el otro.

Ya ha quedado definido en otro lugar de este laudo que los contratos que Hidromiel S.A., y el consorcio celebraron entre sí no pertenecen a la categoría de los contratos estatales propiamente tales y no están regidos por la Ley 80 de 1993. También lo está que, por ministerio de la ley y salvo expresa disposición constitucional o legal en contrario, ellos se gobiernan básicamente por las reglas del derecho privado.

A lo anterior debe agregarse que no existe, en los términos del artículo 31 de la Ley 142 de 1994, una disposición expedida por una comisión de regulación —y en este caso concreto por la comisión de regulación de energía y gas— que haya hecho obligatorias en estos contratos, o en este en particular, las cláusulas exorbitantes de terminación, modificación o interpretación unilaterales de que trata la ley.

Por otra parte, es claro también que en el propio texto de las convenciones las partes tampoco estipularon libremente ninguna de tales cláusulas exorbitantes. Nótese, además, para mayor énfasis de esta afirmación, que en sus versiones preliminares, la minuta del contrato de obra sí incorporaba la estipulación de cláusulas exorbitantes, pero que luego, las propias partes del contrato las suprimieron del texto que finalmente vinieron a suscribir.

Sobre todo por lo que toca con el punto concreto que se analiza, es evidente que el contrato de obra no contiene una cláusula de modificación unilateral ceñida —como ciertamente habría tenido que estarlo— a las condiciones y requisitos establecidos en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993. Es decir, una cláusula que hubiera recogido los supuestos de hecho que necesariamente exige la ley en materia de una tal modificación, consistentes en el surgimiento de una situación sobreviniente, que se dé durante la ejecución del contrato y que haga necesario introducir variaciones en él “para evitar la paralización o la afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él...”.

En el contrato que ocupa al tribunal brilla por su ausencia una cláusula de tales características.

Empero, esta afirmación no significa decir que el contrato carece en absoluto de estipulaciones relativas al tema de posibles modificaciones cuantitativas. No. La cláusula vigésimo cuarta se refiere precisamente a ese tema, si bien en forma un tanto singular, y sin todo el rigor que habría sido deseable.

Ella comienza por señalar que “en lo relacionado con los planos, especificaciones y replanteos regirá lo estipulado en la sección 4.04- planos, especificaciones y replanteos, del pliego de licitación”. Agrega, a renglón seguido, que “las cantidades indicadas en el anexo 1. Lista de cantidades y precios, son estimativos aproximados del trabajo previsto”, y luego establece con toda claridad que “la propietaria por conducto del interventor, podrá ordenar

durante la ejecución del contrato el aumento o la disminución de las cantidades de obra por ejecutar y el contratista estará obligado a cumplir con la orden, a los mismos precios del contrato”.

Si los apartes transcritos —que por lo demás constituyen lo fundamental de la cláusula en cuestión— se examinan dentro del contexto general del contrato, lo primero que debe concluirse es que ellos armonizan perfectamente con la construcción general de este.

Ante todo, porque no puede soslayarse la circunstancia básica de que, al tenor de lo pactado en la cláusula cuarta, el contrato de obra se celebró en la modalidad de precios unitarios, y no por un precio global único para unas obras determinadas en su totalidad con antelación. Es propio de estos contratos que el contratante gane o pierda cuando hay variaciones cuantitativas en la obra prevista. Si las cantidades de obra aumentan, el contratista puede repartir sus costos fijos en un mayor número de unidades, y aumentar su ganancia; en ese evento no le sería permitido al contratante pedir disminución en los precios unitarios. Por lo tanto, es equitativo que ante una reducción cuantitativa en las obras el reparto pactado de los riesgos produzca el efecto contrario.

Por todo ello, entre otras cosas, en esa cláusula cuarta, relativa al valor del contrato, no se señaló su monto total, sino que se dijo también que “en consecuencia, el valor del contrato será el que resulte de multiplicar las cantidades de obra ejecutada y recibida a satisfacción de la propietaria, por los precios unitarios estipulados en el anexo 1 —lista de cantidades y precios— del presente contrato, más el valor de las obras pagaderas como sumas globales consignadas en el mismo anexo y los demás pagos a que tenga derecho el contratista en virtud de este contrato”.

Y de igual modo por esa razón, la sección 4.04 del pliego de condiciones de la licitación que dio lugar al contrato —sección esta a la que la cláusula vigésimo cuarta elevó además a la condición de parte integrante del mismo— había hecho expresamente manifiesta, *ab initio*, la condición de que “los planos de licitación muestran el estado de los diseños en la época de la apertura de la misma y por lo tanto, requerirán cambios y ajustes posteriores, durante la construcción de las obras, de acuerdo con las condiciones encontradas y las características de los equipos seleccionados. Por lo tanto, no deberán ser usados para adquirir materiales o para cualquier otro propósito de construcción y montaje a menos que Hidromiel S.A., o su delegado apruebe hacerlo, por escrito” (el resaltado es del tribunal).

Si a estas consideraciones se les adiciona la de que la cláusula relativa a la liquidación del contrato (trigésima primera) dispuso, en plena armonía con lo anterior, que en esa liquidación se incluiría, entre otras cosas, “la relación firmada de todos los pagos efectuados por la propietaria y cálculo del saldo a favor o en contra del contratista”, por fuerza debe entonces llegarse a las siguientes conclusiones:

1. Que la relación ciertamente detallada que en el contrato se hizo de las obras materia del mismo (cláusulas primera y segunda y anexo 1) ni fue ni pretendió ser una relación taxativa e inmodificable de todas y cada una de las cosas y actividades que serían objeto del contrato —prácticamente imposible, por lo demás, dadas la envergadura y las características del proyecto—, sino más bien un enunciado de carácter esencialmente descriptivo y a modo de referencia (cláusulas cuarta y vigésimo cuarta).
2. Que esos son, y no otros, el sentido y el alcance que corresponde darles a las cláusulas primera, segunda, cuarta, vigésima, vigésimo cuarta y trigésimo primera, de manera que ellas puedan interpretarse en su conjunto de manera integrada.
3. Que, por consiguiente, a la luz del propio contrato, Hidromiel S.A., podría introducir cambios, tanto en los diseños y las cantidades de obra (cláusulas cuarta y vigésimo cuarta y sección 4.04 del pliego de condiciones), como en los planos, ítem y especificaciones de las mismas (cláusula vigésima), y a hacerlo antes o durante la construcción de las obras, aun cuando con algunas limitaciones, según se verá más adelante.

La verdad es que ese conjunto de características son típicas de los contratos que se celebran en la modalidad de precios unitarios, cuya estructura está diseñada precisamente para permitir una cierta flexibilidad cuantitativa, teniendo en cuenta que bien puede no saberse de antemano, a ciencia cierta y con pleno nivel de detalle, cuáles y cuántas son todas y cada una de las cosas que serán materia de realización o adquisición, y que, por lo mismo, es



bien posible que la propia ejecución del contrato dé lugar a variaciones sobre la marcha. Desde luego, esas variaciones pueden determinar tanto aumentos como disminuciones en el conjunto de obras o de cosas que habrá que hacer o entregar, lo mismo que en sus planos, en su diseño y en su cantidad.

En cualquier caso, las modificaciones en cuestión tienen que ser siempre el resultado, ora de un acuerdo expreso de las partes durante el desarrollo del contrato, ora de la definición de una sola de ellas, siempre y cuando que en este evento el texto de la convención así lo prevea y lo permita. Esta característica de ser producto del querer de las partes da lugar a una diferencia fundamental con aquellos otros casos de situaciones sobrevinientes, pero de carácter imprevisto o imprevisible que, como ya se vio en otro capítulo de este laudo, se gobiernan por otros principios y por otras reglas, tales como, por ejemplo los consignados en el artículo 868 del Código de Comercio.

Por otra parte, el tribunal debe resaltar también que, a su juicio, es indispensable que los cambios que por la vía de la voluntad de una de las partes se introduzcan en el alcance del objeto de un contrato a precios unitarios que así lo permita, forzosamente deben estar enmarcados dentro del criterio de la razonabilidad y proporcionalidad. Principalmente, porque aunque se trate, como en efecto se trata, de modificaciones que tienen apoyo en el principio fundamental de la normatividad del contrato, ello no puede dar lugar a que por la vía de ellas se quebrante inaceptablemente aquel otro principio, no menos importante, de la conmutatividad del mismo.

No podría ser de otra manera, dado que, evidentemente, mal podría pensarse en que bajo el alero de una facultad contractual de esta índole, una de las partes de un contrato a precios unitarios pudiera introducirle sobre la marcha un cambio sustancial a su objeto, e imponérselo a su co-contratante, sin ningún tipo de compensación.

Al fin de cuentas, no puede perderse de vista que, con todo y su soporte en la normatividad del contrato, ese tipo de modificaciones tiene que constituir un alea normal del contrato.

Ahora bien, forzosamente, esa razonabilidad de la modificación sobreviniente tiene que ser considerada y determinada para cada caso y en cada ocasión, en función de las circunstancias particulares de cada contrato. Por supuesto también en función del mismo considerado como un todo.

Ello obliga a que en cada contrato de este tipo sea necesario evaluar los cambios que puedan haber surgido durante su ejecución, y a hacerlo con todos ellos. Porque solo ese examen, que de ordinario debe hacerse a la finalización de aquel, permitirá saber de qué orden y de qué magnitud fueron los efectos que de esas modificaciones se siguieron para una y otra partes, si ellas fueron o no sustanciales o razonables, y cuál fue su balance final, de modo de poder establecer si realmente se trató de un alea normal del contrato, o de uno anormal y por lo tanto inaceptable desde el punto de vista de la conmutatividad.

En el caso que ocupa a este tribunal, habiendo quedado establecido ya que Hidromiel S.A., estaba válidamente facultado en principio por el propio texto del contrato de obra para introducir modificaciones en el alcance de su objeto, resta por determinar si la eliminación de algunas obras que ella decidió mediante la comunicación del 20 de junio de 1996, cumplió cabalmente con las condiciones propias del ejercicio de esa facultad. Dicho de otra manera, se trata de definir específicamente si el haberse suprimido la construcción de las Subestaciones doña Juana y Miel I, así como de las dos líneas de transmisión a 230 KV que debían conectarlas, puede ser calificada de razonable, y considerada, en consecuencia un alea normal del contrato de obra del caso *sub lite*; si con ella se hizo uso correcto uso del poder contractual de variar de modo no sustancial el objeto del contrato, o si por el contrario se incurrió en un inaceptable incumplimiento del mismo, con todas sus consecuencias.

De acuerdo con lo que se planteó en la demanda y se reiteró en el alegato de conclusión de la actora, la supresión de obras mencionadas le produjo, como efecto negativo, una disminución en las utilidades esperadas, la imposibilidad de recuperar una porción de los costos indirectos y el hecho de no haber podido recibir y utilizar parte del anticipo reajustado del contrato.

Sobre estos temas, el análisis de los señores peritos ingenieros arrojó varias conclusiones, que el tribunal se permite resumir así:

1. Que el valor total del contrato (incluyendo las obras civiles y los equipos electromecánicos) ascendió a las cantidades de \$ 118.851.090.490 y US\$ 148.890.005 (a precios de mayo/94).

2. Que el valor total de los ítem eliminados ascendió a las cantidades de \$ 11.249.851.942 y US\$ 8.467.117 (a precios de mayo/94, incluyendo tanto las obras civiles como los correspondientes equipos electromecánicos).

3. Que habiendo establecido los peritos que el porcentaje total del AIU del contrato equivale finalmente al 33.69% del valor total del mismo, discriminados así: 19.08% por concepto de “costos administrativos e indirectos”, 5.58% por concepto de gastos específicos de servicio, 3.43% por concepto de costos asociados e impuestos y 5.6% por concepto de utilidades, los componentes que fueron objeto de reclamo en esta pretensión, correspondientes a las obras eliminadas que son los gastos administrativos e indirectos y las utilidades, ascendieron a las siguientes sumas (todas ellas calculadas a mayo/94):

a) gastos administrativos e indirectos, \$ 2.144.754.551 y US\$ 1.615.526, y

b) utilidades, \$ 629.487.709 y US\$ 474.159.

4. Que por lo que toca con el anticipo, si se tiene en cuenta que él solo se pactó para las obras civiles, el monto del que se dejó de recibir por concepto de las obras eliminadas fue de \$ 161.438.197 y US\$ 51.088.

5. Que, así las cosas resulta, en síntesis, que el monto total de las obras eliminadas corresponde, en términos porcentuales, al 8.94% en pesos y al 5.68% en dólares americanos del valor total de las obras, a mayo de 1994 e incluyendo en ambos casos las obras civiles y los equipos electromecánicos).

6. Que, por otro lado, también debe tenerse en cuenta que así como se eliminaron las obras de las que se ha dado cuenta, también hubo modificaciones del contrato en el sentido de aumentar el alcance de su objeto con obras que los peritos denominan “opcionales adjudicadas”, cuyo valor ha ascendido hasta ahora a las sumas de \$ 2.572.367.23 y US\$ 1.489.251.

7. Que, porcentual mente hablando, esas obras opcionales adjudicadas equivalen al 2.16% en pesos y al 1% en dólares, del valor total del contrato.

8 Más todavía, de acuerdo con el dictamen de los ingenieros, si además se tienen en cuenta otras “obras extras” que ordenó Hidromiel S.A., y los valores finales estimados del contrato original y del que está en ejecución calculados a diciembre de 1999, la diferencia porcentual entre los dos se reduce al 5.6% (fls. 87 y 88 dictamen pericial).

De todo lo anterior se desprende, a juicio del tribunal, que la eliminación de algunas de las obras del objeto del contrato que dispuso Hidromiel S.A., era simplemente uno de los áleas normales del contrato, propio de su modalidad y previsto en su propio texto, tal como se desprende de sus cláusulas ya mencionadas. Además, que por parte alguna del expediente y, en especial en el dictamen rendido por los señores peritos ingenieros, aparece la más leve indicación que permita pensar al tribunal que la eliminación de aquellas obras desbordó la razonabilidad que a su juicio debe ser característica de una modificación sobreviniente en casos como el que se estudia, lo cual es aún más evidente si se tiene en cuenta que, sobre la base de la diferencia del 5.6% anotada por los peritos, la disminución en el AIU ocasionada por la eliminación aquí estudiada asciende a menos del 2% de la misma base, y, por consiguiente, las utilidades y demás conceptos reclamados por la demandante, ciertamente no pueden considerarse, al menos por ahora, como sustanciales a la luz de los valores contractuales anotados.

Lo anterior es tanto más cierto si se tiene en cuenta, de un lado que las obras eliminadas no forman en absoluto parte del núcleo de la central hidroeléctrica que es, como un todo el objeto básico del contrato; y del otro, que no habiéndose concluido aún hoy, su ejecución, es muy temprano para saber a ciencia cierta cuál es el balance definitivo entre las obras suprimidas y las adicionadas, y entre las que eventualmente puedan aun suprimirse o adicionarse. En todo caso, para el tribunal, ese balance actual no permite inferir hoy que las modificaciones dispuestas por Hidromiel S.A., puedan calificarse de sustanciales.

Y siendo así, resulta evidente que por lo tanto mal podría hablarse de que pudiera haber lugar a una eventual responsabilidad de carácter contractual derivada de tal eliminación e imputable a Hidromiel S.A., que pudiera dar lugar a cualquier tipo de reconocimiento o pago a favor del consorcio por concepto de una eventual pérdida de utilidades, o de una eventual pérdida de la parte proporcional de unos costos indirectos, o de una eventual pérdida

derivada de la circunstancia de no haber recibido y podido utilizar una porción del anticipo.

Así pues, la pretensión cuarta de la demanda, con todas sus derivadas, tampoco podrá prosperar, y así lo dispondrá el tribunal en la parte resolutive del presente laudo.

- La quinta pretensión: sistema de amortización del anticipo

“Reclamo sobre la correcta aplicación del sistema de amortización del anticipo pactado en el contrato y devolución de lo indebidamente retenido por tal concepto sobre las cuentas o facturas presentadas”.

#### Antecedentes

El grupo de pretensiones incluido dentro de la “quinta pretensión” se orienta a señalar que el fideicomiso Miel I ha aplicado en forma errada las cláusulas contractuales que rigen la amortización del anticipo y el sistema de pagos, que se ha acelerado el porcentaje de amortización del anticipo, y que todo ello ha lesionado al consorcio. Se busca, además, corregir la aplicación del sistema de amortización, el reintegro de lo amortizado en exceso en pesos y dólares debidamente actualizado, e intereses.

El interventor ha deducido del valor de las actas, ajustadas según las fórmulas de ajustes de precios, el 10%. El problema, según la actora, consiste en que las fórmulas de ajuste ya contienen un descuento del 10% y, por ello, de hecho, se le hace una amortización del 20%, superior a la pactada.

En efecto, se aplica descuento del 10% sobre el valor del acta de ajuste además de haber descontado ello como término independiente dentro de la misma fórmula de ajuste. Con este procedimiento se descuenta, en últimas, sobre las actas de ajuste, no el 10% convenido y establecido en el contrato sino un porcentaje superior, igual al 20% (pág. 69 de la demanda).

El apoderado de la parte demandada se opuso a las pretensiones de la actora, y afirmó, entre otras cosas, que “la cláusula séptima se ha aplicado en forma estricta de acuerdo con sus estipulaciones”, y que la parte actora no precisa respecto de qué tiene lugar la “aceleración”. Propuso, además, las excepciones de “contrato válidamente celebrado” y la de “falta de fundamentos de hecho y de derecho” (págs. 13 y 14 de la contestación de la demanda).

#### Pruebas

##### Los testimonios

Con relación al tema, es útil repasar las declaraciones que rindieron los doctores Alberto Marulanda Posada, y Edmaldo D’Silva.

El doctor Edmaldo D’Silva manifestó:

(“Apoderada de la parte actora) Como partícipe directo en ese proceso, usted recuerda ¿cómo fue negociado y convenido el tema de la amortización del anticipo que se le otorgaba al consorcio dentro del contrato de obra? ¿Cómo se convino que se iba a hacer la devolución de ese anticipo?

Señor D’Silva. Yo no me acuerdo de los detalles del contrato, pero sí quedó muy claro que lo que se anticipaba en la misma proporción se lo devolvía, ese era el principio que teníamos en la mesa, y no había duda respecto de eso, si da el 10%, devuelvo el 10%.

Apoderada de la parte actora. Usted recuerda ¿cómo se efectuaba esa amortización a la cual usted se refiere del 10%? ¿Cómo estaba previsto?, ¿cómo fue regulado en esas negociaciones que se hiciera esa amortización del 10%?

Señor D’Silva. Yo no me acuerdo muy bien, doctora, yo me acuerdo que tenía un factor de 10% en unas fórmulas que contemplaba esa devolución, pero no me acuerdo de los detalles, pero tenía un factor de 10% para unas fórmulas, que aplicaba, pero el principio era si le anticipo el 10% se le devuelve el 10% y hasta el final del contrato tenía que estar lista la devolución”.

El testigo, pues, no proporcionó elementos de juicio adicionales a los que podrían deducirse de la simple lectura de las cláusulas del contrato.

De otro lado, el testimonio del doctor Marulanda se destaca por las más precisas explicaciones que dio respecto a la manera en que se ha venido haciendo la amortización del anticipo y al origen de las cláusulas del contrato. También destaca el tribunal las explicaciones del doctor Marulanda acerca de la relación del anticipo con el “término independiente” de las fórmulas y lo usual de este procedimiento en otros contratos:

“(Apoderado de la parte demandada): ¿Existen unos parámetros estándares sobre este procedimiento de amortización?

Señor Marulanda: No, mi respuesta es que no existen procedimientos estándares sobre este procedimiento de amortización, inclusive porque existen corrientes diferentes, criterios diferentes de qué son estas fórmulas de ajuste y qué representa la amortización.

“(Apoderado de la parte demandada): Le pido explique al tribunal qué son y le pido respecto de la anterior respuesta darnos ejemplos numéricos.

Señor Marulanda: En esta terminología contractual existe para algunos el criterio de la amortización del anticipo o que el anticipo y las fórmulas de ajuste están íntimamente ligadas, ... es un criterio que se utiliza, pero no es un criterio ni mucho menos universalmente aplicado.

De hecho, el Banco Mundial, las Empresas Públicas de Medellín tienen un clarísimo planteamiento interno sobre eso, el término independiente no tiene nada que ver con el anticipo, inclusive en los manuales de contratación del Banco Mundial se habla de que este término independiente puede variar entre el 0.5 y el 0.15 y entre el 0.05 y el punto 1.5, o sea 5 a 15% del total de la fórmula y que representan costos de un contratista que no deben tener aumento en el tiempo porque son actividades propias del contratista que no están relacionadas con el tiempo.

Esto que estoy diciendo está claramente indicado y escrito en manuales del Banco Mundial y que conozco esa ha sido la posición de las Empresas Públicas de Medellín, entonces existen criterios variables en la relación entre el factor de fórmula de ajuste, su relación con la amortización del anticipo y con el anticipo.

(...):

“(Apoderado de la parte demandada): De acuerdo a su respuesta, ¿no siempre el porcentaje de amortización del anticipo tiene relación con el porcentaje que representa el anticipo entregado respecto del contrato?

Señor Marulanda: Sí, en mi experiencia lo que se deduce mes por mes corresponde al peso del anticipo o la forma como se ha calculado el anticipo en relación con el precio total de la obra.

“(Apoderado de la parte demandada): ¿Qué significa el término independiente que contiene la fórmula de ajuste?

Señor Marulanda: Había respondido esa pregunta antes cuando indiqué que sobre ese particular existen criterios diferentes, para algunos el criterio del término independiente es el mismo porcentaje que tiene el anticipo, para otros es un estimativo que ha hecho quien fija las reglas de juego de cada contrato que esa es la parte de la obra de los costos del contrato que considera que no deben ser sujetos a ajuste en razón a que son costos que tienen incorporado el contrato causados por el contratista.

Ejemplo, esa es una posición que digo está descrita por el Banco Mundial o las Empresas Públicas de Medellín, relacionadas con costos, les voy a dar los costos que tiene para un contratista la producción de propuestas, para un contratista como para un consultor, no se gana uno todos los trabajos que quiere, de hecho tiene que presentar equis número de propuestas antes de ganar un contrato, esos son costos que se han producido, que son reales y que tiene que recuperarlos en los trabajos que haga, por eso para entidades como el Banco o las Empresas Públicas, consideran que ese es uno de los tipos de costos que no se van ni se tienen por qué ajustar en el tiempo, porque de hecho los tuvo antes de empezar a realizar el trabajo y entre el 5 y el 15% y esas empresas consideraban que está reflejado por un término independiente que no debe de ajustarse porque son gastos ya causados, esos son ejemplos

de dos conceptos distintos sobre lo que es el término independiente en una fórmula de ajuste.

“(Apoderado de la parte demandada): El término fijo o independiente en una fórmula ¿qué relación tiene con el anticipo entregado necesariamente, ¿qué relación necesaria tiene?”

Señor Marulanda: En uno de los criterios, el que considera que es el mismo valor, pues es el mismo valor, es diferente, de hecho nosotros tenemos contratos en donde el factor es diferente del porcentaje del anticipo, pero eso está más dentro de la corriente de quienes consideran que el factor independiente no tiene relación con el anticipo.

“(Apoderado de la parte demandada): Y en el caso del contrato de ... ¿se encuadra dentro de cuál criterio a su juicio, de las dos corrientes que ha mencionado?”

Señor Marulanda: No tengo manera de decirlo, lo hago por deducción porque en las estipulaciones contractuales se indica que cuando se termine de amortizar el anticipo, la fórmula de ajuste que se debe utilizar en un contrato, ya no debe tener la parte independiente por lo cual considero que en este contrato ... tuvo en su cabeza que el criterio era que el término independiente estaba correlacionado con el valor del anticipo.

“(Apoderado de la parte demandada): ¿Constituye este término independiente un descuento o aún más un descuento exótico que se le hace al contratista?”

Señor Marulanda: No, en modo alguno creo que esto sale de descuento, para mí esto es de las reglas en que está establecido y hecho el contrato que depende del contrato varían como lo expliqué, en modo alguno puede hablar de descuento, es una de las reglas como existen muchísimas reglas, el contratista tiene que evaluar a la hora de presentar su propuesta la forma de pago, la oportunidad de pago, distintos ítem, esto es para mí otra cosa.

“(Apoderado de la parte demandada): Ha dicho el consorcio en la página 69 de la contestación de la demanda que el procedimiento aplicado para la amortización del anticipo descuenta no el 10%, convenido en el contrato, sino un porcentaje superior al 20%, le ruego leer ese acápite. Leído ese párrafo le pregunto si ¿es correcto y cierto de acuerdo al procedimiento que se aplica para la amortización del anticipo, las afirmaciones en donde se dice que se está amortizando un porcentaje superior al 20%?”

Señor Marulanda: Primero que todo quiero reiterar que no es exacto que diga a pesar de existir total claridad en el texto del contrato, me refiero nuevamente a lo que dice el acta porque claramente lo que está haciendo la interventoría es seguir al pie de la letra lo que dice la cláusula de que se deben aplicar ajustes, que lo que se debe amortizar es el valor del anticipo actualizado.

Aquí lo que se plantea en el fondo que ya expliqué la diferencia del fundamento que en la parte del ajuste no debe haber ninguna amortización, entonces cuando se indica que es superior o igual al 20% pues estoy hablando de las actas de ajuste, no, se descuenta el 10% de los precios básicos y el 10% de los precios de ajuste, no el 20%.

“(Apoderado de la parte demandada): Respecto al procedimiento que acaba de mencionar, contractualmente ¿considera raro, extraño, exótico lo contractualmente pactado respecto de la amortización del anticipo?”

Señor Marulanda: No lo considero exótico, de hecho en mi experiencia cada contrato tiene esas estipulaciones particulares, sobre este tema en otras ocasiones puede participar en discusiones que existieron por una aplicación en el fondo parecida a esta, en donde se llegó a una determinación distinta a la que se aplica en este contrato pero este tema estuvo planteado como criterio de una de las partes contratantes.

“(Apoderado de la parte demandada): ¿Qué resultado produce la aplicación de la fórmula con término independiente del contrato de la Ley 100 sobre el valor del acta?, ¿no ajusta una parte del valor o produce un descuento? Le pregunto porque se ha dicho en este proceso que el término independiente produce un descuento automático respecto del valor del acta.

Señor Marulanda: Eso no es exacto decir que se produce un descuento, ni es un descuento, como dije antes el término independiente indica una parte que no debe ser por el hecho de que se relaciona en un caso o por el hecho de haber recibido el anticipo los criterios que siguen esa filosofía o para aquellos que consideran que eso es parte

de los costos del contratista que no tienen por qué ajustarlos porque no se están produciendo en el tiempo, pero sería oportuno aclarar que la forma en que está pactado dentro de los contratos que se hace los ajustes en este contrato no o ajusta más que en otros proyectos me ha tocado donde el ajuste es superior, lo explico en el tablero.

Vuelvo al cuadro original en donde está precio unitario por ... da una cifra total, en el caso normal de ajustes ... lo que se hace es que se ajusta el resultado de multiplicar estas sumas por ... menos el factor en este caso del 10% del anticipo, me da una suma menor que es la que se ajusta, eso en otros proyectos.

En este proyecto lo que se ajusta es esta cifra, eso trae como resultado que si yo comparara para propósitos de decir qué es lo que realmente se está ajustando en este proyecto, hemos hecho un ejercicio de correr lo que da la fórmula de ajuste sin término independiente, es decir ajustando todo y la fórmula por término independiente y tengo una gráfica esta sí preparada por nosotros en los análisis que se han trabajado.

Esta gráfica ilustra la variación desde el año 94 del término independiente, es la fórmula con y sin término independiente es la relación que solo existe entre las dos, si solo se estuviera ajustando como lo he dicho el 90% de los precios, esta relación desde el día uno de fórmula independiente y sin término independiente debería ser a.9 (sic) sería constante en el tiempo, no lo es y no lo es por la forma en que se hace este cálculo, realmente empezó en 1 ya medida que fue prosperando les puedo decir que en este momento, en octubre/99 la relación entre esas dos cifras es aproximada de 94, o sea que comparado con otros proyectos, voy a ilustrarlos a ustedes, cuando resto la amortización del anticipo de la suma ya cifra es a la que le aplico el ajuste se puede hablar de que solamente estoy amortizando la parte después del término independiente, pero si lo hago en la forma en que está en el contrato actual, porque así lo estipula el contrato, se esta ajustando una mayor proporción, cuando varía en el tiempo, esta gráfica muestra que es casi como el 98% los primeros meses y va disminuyendo en este momento va en el 95%.

(...)" <sup>(42)</sup> .

### El peritazgo

La demandante solicitó la práctica de un peritazgo que tuvo como objetivo, entre otros, probar que el demandado no cumplía con lo estipulado en la cláusula 7.1.a. del contrato, que se refiere a la amortización del anticipo.

Del peritazgo vale la pena subrayar los siguientes apartes:

“La metodología ordenada por Ingetec como interventor del contrato para la amortización de los ajustes sobre el anticipo, cumple fielmente con la estipulación contractual, descontando el diez por ciento (10%) de las actas de ajuste correspondientes a las actas por obra básica, cumpliendo la previsión del numeral 7.1.a de la cláusula séptima, no produciendo una amortización diferente <sup>(43)</sup> (las negrillas corresponden al texto).

“... vale decir que el término independiente no “puede estimarse como un “especial descuento” otorgado por el contratista al contratante”. Es un término constante dentro de la expresión polinómica de la fórmula de ajuste; no se descuenta al efectuar los cálculos de cada mes; allí permanece, lo cual estaba indicado en los documentos de licitación y llevado al contrato. Por lo anterior, no puede considerarse en ningún momento como un descuento transitorio ni indeterminado ni exótico” <sup>(44)</sup> .

### Las aclaraciones y complementaciones del peritazgo

Por solicitud de ambas partes los peritos presentaron en junio de 2000 un escrito con aclaraciones y complementaciones. Los peritos ratificaron sus apreciaciones iniciales, hicieron algunos cálculos que pidieron las partes, pusieron de presente ciertas imprecisiones en las solicitudes que hizo la parte actora (pág. A.5.7, fl. 49, de la aclaración, vol. 1/2); relataron cómo se hizo el pago del anticipo en dólares, y aclararon otros asuntos relacionados con el anticipo (págs. B.5.1 a B.5.6 del vol. 1/2).

### Las objeciones al dictamen pericial

#### De la demandante

Como se dijo atrás, mediante escrito del 16 de junio de 2000, la apoderada de la demandante presentó escrito de

objeciones por error grave contra el dictamen de los peritos Torres y Rendón.

En resumen, y en relación con la pretensión quinta, la demandante objeta el dictamen por las siguientes razones:

Los peritos realizaron una interpretación del contrato, labor que no les fue solicitada ni les compete <sup>(45)</sup> .

Con base en la interpretación jurídica del contrato realizada por los peritos, estos decidieron no efectuar algunas de las operaciones matemáticas solicitadas por la demandante, razón por la cual incurrieron en un error grave.

De acuerdo al texto del contrato las labores de instalación del contratista solo podían efectuarse después de la orden de iniciación de la obra. Por tanto, los peritos incurren en error grave al suponer lo contrario <sup>(46)</sup> .

Los peritos aseguraron que era el proponente quien debía estimar el impacto de la inflación en el contrato, lo cual contradice la ley.

Los peritos se equivocaron al calcular la relación existente entre los factores de ajuste de las fórmulas con término independiente y los factores de ajuste de las fórmulas sin término independiente <sup>(47)</sup> .

Del demandado

La objeción parcial al peritazgo que hizo el demandado no se refiere a esta pretensión

Consideraciones del Tribunal de Arbitramento

Resolución de las objeciones

Las objeciones, pese a estar referidas a diversas preguntas, repiten a menudo un mismo tipo de censuras para el dictamen. Por eso serán resueltas abordando los grandes temas que aparecen en ellas, y procurando evitar las repeticiones con las que fueron expresadas.

Debe el tribunal, en primer lugar, manifestar que aplicará también respecto de todas las objeciones los criterios que señaló arriba, al analizar las que se presentaron contra el peritazgo en cuanto a la aplicación de las fórmulas de ajuste.

No sobra, sin embargo, recordar uno de los criterios que ha seguido el tribunal frente a las objeciones, que no es otro que el reiterado por las altas cortes del país, en el sentido de que las apreciaciones jurídicas y las opiniones de los peritos no son base para declarar un “error grave” de un peritazgo, así las primeras no sean pertinentes en este tipo de pruebas. Al respecto valga recordar lo mencionado por otro Tribunal de Arbitramento.

“Por lo tanto, no es cualquier discrepancia con la opinión de los peritos, ni cualquier punto de divergencia conceptual o disparidad de apreciación con ellos, lo que puede servir de fundamento a la objeción grave. Se requiere, conforme a la ley procesal vigente, que el error sea notorio y ostensible y se evidencie su incidencia en las conclusiones del dictamen, o que sea determinante de las mismas” <sup>(48)</sup> .

El tribunal considera que los peritos no han incurrido en un grave error al emitir sus opinión respecto a la manera en que debe interpretarse el contrato, y en especial respecto a lo que en su opinión significa el “término independiente” que aparece en algunas de las fórmulas de ajuste del contrato, y su relación con los diversos costos en que incurre el contratista antes de iniciar las obras; las discrepancias de opinión con la parte actora no son suficientes, según la jurisprudencia, para que pueda prosperar una objeción por error grave. Lo mismo cabe decir respecto de la afirmación según la cual corresponde al proponente medir la incidencia futura de la inflación en los precios unitarios y globales que propone.

Valga tener en cuenta, también, que varias de las preguntas que se les hicieron pedían una opinión profesional respecto a si la metodología adoptada por la firma interventora cumplía con el contrato <sup>(49)</sup> . Es posible entender que tales preguntas, y las respuestas que se les dieron, no buscaban una interpretación del contrato realizada con los criterios que proporcionan las leyes sobre la materia, tal como puede esperarse de abogados y jueces, sino a la luz de la simple experiencia de los peritos.

Los peritos, como bien anota la actora, se contradicen al contestar la pregunta 1.38 y, en la aclaración, la pregunta 71. En efecto, al responder la primera indicaron que “surge entonces la consideración equitativa de que no sea reajutable el 100% del precio unitario o precio global y en consecuencia se establece un “término independiente” o factor fijo dentro de las fórmulas de ajuste”. En cambio, al responder la pregunta 71, en las aclaraciones, advierten que “Con la aplicación de la fórmula de ajuste con término independiente se están reajutando el ciento por ciento (100%) de los precios unitarios pactados a los que se le aplica y dentro de los períodos estipulados. Nótese como los coeficientes de ponderación suman uno (1.00). ¿Cuál de las dos afirmaciones contiene un error grave? Para el tribunal, como se explicará adelante, se trata de una simple imprecisión verbal, y el tribunal entiende que la forma correcta de expresar verbalmente la manera como operan las fórmulas de ajuste con término independiente es la que los peritos consignan en su segundo documento. Pero, en todo caso, la imprecisión no puede afectar las conclusiones a las que el tribunal llega con la observación directa del texto del contrato, según el análisis que hará luego. No hay por eso, en este aspecto, lugar a aceptar una objeción por “error grave”.

La actora censura la manera como los peritos obtienen los datos que aparecen en la página B.5.3 de la aclaración del dictamen (págs. B.5.3 y ss., fls, 145 y ss., vol. 1/2), y que corresponden a la figura F-5.01-Com. Los peritos, por solicitud de la parte demandada, relacionan los resultados mensuales que producen las fórmulas de ajuste con y sin término independiente, y encuentran que, tanto en el caso de los ajustes en pesos como en el de los ajustes en dólares, la relación entre los ajustes es virtualmente constante, y superior siempre a 0.90 sin alcanzar nunca la unidad (1.00). Para la actora, hay en las cifras y procedimientos respectivos un grave error, porque los pagos mensuales al contratista se hacen en dos cuentas separadas, una por el valor de obra con precios básicos, y otra por el valor del ajuste. El resultado que produce la fórmula por el valor del ajuste debe excluir el valor de la obra básica; en esa forma, el factor de ajuste no puede incluir el valor de 1, sino apenas la fracción decimal. Y al establecer relaciones entre los valores decimales de los factores que producen las fórmulas de ajuste con y sin término independiente, se encuentra una relación mas o menos constante de 0.90 con lo que, según la actora, se demuestra que solo se está ajustando el 90% del valor de cada cuenta mensual de cobro, como ha afirmado el consorcio (pág. 57 del memorial de objeciones, fl. 189).

El tribunal, encuentra, respecto de este punto, y respecto del análisis que hicieron los peritos en el número 20.2 de las aclaraciones, que la naturaleza especialísima de las relaciones que plantean implica conceptos que no pueden dar lugar a que prospere una tacha por “error grave” por el mismo hecho de que este no sería, como exige la doctrina citada atrás, un error “comprendido en el campo de la evidencia, de la notoriedad, de lo ostensible o manifiesto”. El tribunal, de otra parte, no utilizará estos particularísimos aspectos del informe pericial para fundar sus conclusiones.

Por todo lo anterior, no prosperan las objeciones que por “error grave” presentó la demandante respecto de aquella parte del peritazgo que se refiere al grupo de pretensiones denominado “la pretensión quinta”.

#### Resolución de la pretensión

La actora quiere que el tribunal declare que Hidromiel ha aplicado la cláusula séptima del contrato en forma equivocada, esto es, según interpreta el tribunal, que lo ha incumplido. En efecto, la demanda no se orienta a conseguir una revisión del contrato por la vía de la teoría de la “imprevisión”, ni contiene una solicitud de nulidad de la cláusula sobre amortización del anticipo.

El análisis de la cláusula séptima debe hacerse en concordancia con otras cláusulas del contrato, teniendo siempre en cuenta que el texto del contrato de obra es el resultado de una negociación entre las partes, y no de la redacción exclusiva de ninguna.

La cláusula octava incluye varias formulas para ajustar precios en los tres principales grupos de actividades que comprendía el proyecto, a saber: obras civiles, suministro de equipos electromecánicos, y montaje de equipos electromecánicos. En cuanto se refiere a obras civiles, y solo a ellas, tanto el valor de la componente nacional como el de la componente extranjera, tienen dos fórmulas de ajuste: unas, en las que existe un “término independiente” (de 0,10), y otras en las que no existe. El numeral 8.1.3 de la cláusula dice que las fórmulas con término independiente se aplicarán a las cuentas mensuales, a partir del mes en que se pague el anticipo y hasta haberlo amortizado totalmente. Es obvio, pues, como señaló el testigo Marulanda, que en este contrato particular,



“el criterio era que el término independiente estaba correlacionado con el valor del anticipo”.

En parte alguna del contrato, sin embargo, se califica ese término independiente como “descuento”; él hace parte, simplemente, de dos de las fórmulas de ajuste. Es uno de los elementos que se toman en cuenta, por acuerdo de las partes, para definir el monto de los ajustes. Ninguno de los elementos de las fórmulas en las que existe “término independiente” permite restar, “descontar”, el “término independiente” (0.10) del producto o el valor de cualquiera de los otros elementos. El “término independiente” nunca está precedido de un signo menos (-).

Ahora bien según el mismo numeral 8.1.3, las fórmulas sin término independiente se aplicarán en los siguientes casos:

- a) Para actualizar el anticipo, según lo especificado en el segundo párrafo del numeral 7.1.a. de la cláusula séptima;
- b) Para ajustar las actas por concepto de trabajos adicionales u otras variaciones al contrato, cuando para los mismos se pacten y apliquen precios unitarios u otros especiales, y
- c) Para actualizar las obras mensuales de obra ejecutada, después de haber amortizado totalmente el anticipo.

Al observar las diversas fórmulas de ajuste, en cualquiera de los grupos principales, y con término independiente o sin él, se encuentra que los coeficientes de los diversos elementos de la fórmula suman siempre 1.00. Por eso el tribunal, en coincidencia con los peritos <sup>(50)</sup>, pero por la simple observación de las cláusulas contractuales, entiende que cada fórmula ajusta el 100% del valor de cada una de las cuentas a las que tales fórmulas se aplican. Pero lo ajusta en la forma pactada, esto es, teniendo en cuenta que una parte del valor de los bienes y servicios relacionados con las obras civiles fue financiada por el fideicomiso al entregar un anticipo.

El contratista pasa facturas separadas, respecto de cada grupo; y para cada grupo factura, por aparte, lo que valen las obras según los precios básicos, y lo que valen los reajustes. El mismo procedimiento, doble facturación, tiene lugar respecto de las cuentas en pesos y de las cuentas en dólares.

La cláusula séptima del contrato, en el numeral 7.1, obras civiles, literal a, (anticipo), dispone que:

“... el anticipo será amortizado descontando del valor total de cada cuenta mensual de cobro por obra civil ejecutada a precios básicos y sus correspondientes ajustes estipulados en la cláusula octava del contrato, una suma equivalente al porcentaje de anticipo pactado hasta amortizar el valor actualizado del mismo, según el párrafo segundo de esta cláusula ...”.

De este texto surge con claridad, para el tribunal, que, para amortizar el anticipo debe hacerse un descuento, tanto sobre las cuentas por precios básicos, como sobre las cuentas por ajustes. Este descuento se hace sobre el “valor total” de cada cuenta: ninguno de los elementos internos de las fórmulas que permiten definir el valor de las cuentas de ajuste ha sido calificado como “descuento” en el contrato.

¿De qué valor debe ser la suma que se descuenta? Según la cláusula séptima, debe ser “equivalente al porcentaje del anticipo pactado”. No se ha discutido que el porcentaje del anticipo es del 10% del valor estimado de las obras civiles del contrato. Esto es, de cada factura debe descontarse el 10% del valor facturado, hasta amortizar el anticipo. El valor del descuento no está determinado en el contrato, pero es determinable fácilmente según las reglas acordadas.

¿Hasta cuándo se aplicarán estos descuentos? Según la cláusula séptima transcrita, “hasta amortizar el valor actualizado del mismo”, esto es, del anticipo. Como consta en el expediente, el valor del anticipo, a precios básicos, tanto en pesos como en dólares, fue actualizado desde mayo de 1994 hasta noviembre de 1997.

La actora afirma que “la suma de los descuentos y del anticipo, ambas traídas a valor presente, deben tener el mismo valor”. El tribunal no ha encontrado esa regla en el contrato.

Considera también la actora, y este es el núcleo de su pretensión, que el procedimiento que se ha aplicado al consorcio para descontar el 10% de las facturas de ajuste, implica, en verdad, un descuento del 20%, en la medida en que la fórmula de ajuste, según la actora, por la vía del “término independiente”, ya descuenta un 10%. Según

ella,

“... ese 10% que no se ajusta en los precios con la fórmula con término independiente, que solo se aplica durante el período en que se está amortizando anticipo, tanto para la fórmula de ajuste para pesos como para la fórmula para dólares, en obra civil, corresponde a la amortización del ajuste del anticipo ... No se ajusta el 100% del valor del acta, a fin de que automáticamente se produzca el descuento del 10% correspondiente a la amortización del ajuste del anticipo” <sup>(51)</sup> .

En verdad, estima el tribunal, los textos contractuales son de suyo claros; y las elaboraciones algebraicas que contiene la demanda, así como las réplicas que elaboran los peritos, y los análisis de la misma naturaleza que ellos hicieron a petición de las partes, no tienen capacidad para desvirtuar o esclarecer lo que en las cláusulas respectivas puede leer una persona atenta.

Para la parte actora (pág. 75 de la demanda) la cita que la cláusula séptima hace de la octava es señal de que ambas cláusulas se refieren a un mismo fenómeno y el “término independiente” de la fórmula descrita en la cláusula octava cumple la finalidad de amortizar el anticipo, de forma tal que la cláusula séptima es solo reiterativa o explicativa.

Para los demandados (págs. 56 y ss., y en especial la pág. 61 de la contestación) las dos cláusulas se refieren a asuntos diferentes; y, por lo tanto, “el sentido del término independiente en una fórmula de ajuste de precios no es amortizar el valor del ajuste del anticipo, sino el de no liquidar el ajuste de una suma que recibió previamente la contratista, a título de anticipo ajustado de obra”.

¿Cuál puede ser la interpretación correcta? El Código Civil ha señalado varios derroteros, a saber:

“ART. 1618.—Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”.

Esta regla solo permite desatender la expresión literal de los contratos cuando se conoce claramente la intención contraria de ambas partes. En la presente controversia no se ha probado que existiera voluntad contraria de ambas partes capaz de desvirtuar lo que aparece expresado en la cláusula séptima. Por ello no es de recibo la transformación del texto de la cláusula séptima que hace la actora en la demanda (pág. 76), y el tribunal se atendrá al texto que consta en el contrato.

El criterio del artículo 1618 le indica al intérprete que debe buscarse una interpretación de este contrato según la cual la “amortización del anticipo”, no haga que el consorcio resulte perjudicado con descuentos carentes de fundamento; o que tenga que deducir de sus facturas porcentajes distintos de los pactados o valores que excedan el del anticipo recibido. Ambas partes, en el proceso, han hecho manifestaciones coincidentes en estos aspectos.

Además del contexto del contrato es claro para el tribunal que las partes decidieron que hubiera un anticipo, esto es un financiamiento para el consorcio, que él podía aplicar según su conveniencia a cualquier tipo de gastos. Los financiamientos deben devolverse, y tal es la razón de ser de la amortización del anticipo. Ahora bien, el propósito mismo de tener un “financiamiento”, en un contrato de largo plazo, se opone, mientras no se diga otra cosa, a la necesidad de reintegrar, de inmediato, el financiamiento recibido. Por eso el tribunal, en aplicación del artículo 1618 del Código Civil, encuentra en el contrato la voluntad de permitir al consorcio que reintegrara el financiamiento recibido en una forma gradual y no inmediata; es decir, no con cargo a las primeras cuentas que hubiera de pasar al fideicomiso sino en las que cobrara durante un período largo. Ese período no puede ser superior al de entrega de las obras.

“ART. 1620.—El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”.

De acuerdo con esta regla, debe darse toda su fuerza a la cláusula séptima del contrato. Y no es de recibo en el tribunal la tesis de la actora según la cual esa cláusula, en cuanto se refiere al anticipo, fue escrita para señalar que “... la fórmula de la cláusula octava con término independiente ya cumple con la función de retener el porcentaje de ajuste referente al anticipo, no siendo necesario hacer otro descuento de 10% después de aplicada a los precios,

la referida fórmula” (pág. 75 de la demanda) (sic) (las subrayas no son del original).

Para el tribunal, en desarrollo del artículo 1620 del Código Civil, la cláusula séptima debe considerarse como un recurso contractual destinado a precisar elementos diferenciales en el régimen del anticipo y de su relación con los ajustes de precios; y como parte necesaria de un conjunto normativo integrado, también, por el numeral 8.1.3 del contrato. El tribunal encuentra, en particular, que la cláusula séptima permite apreciar que las partes entendieron que habría un “valor total de cada cuenta mensual de cobro por obra civil ejecutada a precios básicos y sus correspondientes ajustes estipulados en la cláusula octava del contrato”, y que, de ese “valor total”, se descontaría “una suma equivalente al porcentaje del anticipo pactado”, esto es, el 10% de ese “valor total”.

“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 ...”.

¿Cuál puede ser, dentro del conjunto del contrato, el sentido del “término independiente” que aparece en las fórmulas de ajuste y cuál su relación con la amortización del anticipo?

El “término independiente” es, sin duda, parte de los “correspondientes ajustes estipulados en la cláusula octava del contrato”. El texto de la cláusula séptima no permite afirmar que unos son los ajustes de la cláusula octava, y otro el “término independiente”. A simple vista se observa que este hace parte de las fórmulas de ajuste y que no es un factor separado o distinto de ellas.

Para el tribunal es claro, como se expresó atrás, que en este contrato específico el “término independiente” de las fórmulas de ajuste se relaciona con el monto del anticipo que se dio al contratista. Pero de allí no se deduce que aquella parte del valor del contrato relacionada con los precios de los bienes y servicios de las obras civiles del contrato tuviera que ajustarse en el 100% de los índices pactados, como si una parte de ese valor no hubiera sido financiada por el fideicomiso. Sin entrar en el debate acerca de si el “término independiente” financia gastos anteriores o futuros del contratista, o acerca de cuáles son esos gastos, puede hacerse el siguiente análisis: una vez se entrega un anticipo a un contratista, este puede adquirir de inmediato, a los precios de la época, bienes y servicios para cumplir el contrato; o puede hacer inversiones que lo protejan contra la pérdida de capacidad adquisitiva de la moneda durante el plazo; y, en todo caso, recibe parte de la suma con la que esperaba recuperar costos y hacer una utilidad. Es natural, entonces, y equitativo, que el reajuste del valor que se le ha de reconocer corresponda solo a aquella parte de la que no ha dispuesto todavía. El tribunal encuentra que las fórmulas de ajuste con término independiente ajustan el valor total de cada acta, pero no lo ajustan en el 100% del valor de los bienes y servicios facturados, sino en el 90%. Ese resultado es, por las razones dichas, equitativo, pero sobre todo, resulta con facilidad al mirar el texto del contrato. La fuerza de ese texto es tanta que la apoderada del consorcio, para sustentar su tesis, tuvo que hacer el ejercicio de modificarlo <sup>(52)</sup> : reconocimiento implícito de que, tal como las partes lo pactaron, no expresaba la tesis que quería defender. El consorcio abundó en ejercicios algebraicos, pero no presentó un texto contractual inequívoco en apoyo de su tesis, ni explicó nunca porqué sería razonable que, habiendo recibido un adelanto a su remuneración, el valor todo del contrato siguiera aumentando, como si el contratista no hubiera dispuesto desde el principio de una parte de los recursos que las obras debían producir. Aquella parte de las fórmulas de ajuste que no está asociada a un índice de precios, esto es, el “término independiente”, no puede calificarse en modo alguno como un “descuento”; por el contrario, contribuye a definir el valor “total” que produce la fórmula de ajuste, y es contra ese valor “total”, según advierte la cláusula séptima, que debe hacerse el anticipo. El “término independiente” no devuelve al fideicomiso la financiación que otorgó; impide sí que se le cobren ajustes relacionados con aquella parte de la remuneración pactada que el fideicomiso facilitó al contratista al iniciar la ejecución del contrato.

Cuestión diferente es la “amortización del anticipo”. Mediante esta figura el contratista recibe menos dinero del que factura, debido a que debe pagar con una parte del “valor total” de sus cuentas una parte de la financiación que recibió a título de anticipo, hasta amortizar este. La amortización sí es un descuento del valor de la factura. El numeral 7.1.a de la cláusula séptima, dice:

“... el anticipo será amortizado descontando del valor total de cada cuenta mensual de cobro por obra civil ejecutada a precios básicos y sus correspondientes ajustes estipulados en la cláusula octava del contrato, una suma equivalente al porcentaje de anticipo pactado hasta amortizar el valor actualizado del mismo, según el párrafo

segundo de esta cláusula ...”.

¿Implica el método de las cláusulas 7 y 8 una amortización acelerada del anticipo? Como dijo el apoderado de la parte demandada, no existe en la ley un método obligatorio para amortizar anticipos, y por ello las partes pueden pactar el que mejor se ajuste a sus intereses. Pueden pactar, aunque no es lo usual, la compensación inmediata y total del anticipo apenas se inicien los trabajos, o un sistema que amortice en forma gradual el préstamo, u otro que deje para el final el pago. Lo cierto es, en este caso y de acuerdo con las pruebas que obran en el proceso, que el procedimiento empleado por el fideicomiso Hidromiel al aplicar las fórmulas de ajuste de precios y al hacer los pagos se ajusta a los términos del contrato y que la amortización se ha hecho con la velocidad que del contrato resulta.

Por lo dicho, y sin que sea necesario entrar en un debate especial sobre las excepciones propuestas, las pretensiones relacionadas con la supuesta indebida amortización del anticipo no pueden prosperar.

- Las excepciones propuestas

El tribunal advierte que las excepciones formuladas en la contestación de la demanda corresponden a una oposición, que por su naturaleza, ha dado lugar a que su análisis se haga, como en efecto se hizo, junto con las pretensiones. Por tanto, no se hace necesaria una referencia específica a aquellas.

### 1.3. Costas procesales y agencias en derecho

En relación a las costas y gastos del proceso, el tribunal tiene en cuenta las normas legales reguladoras de la materia, para determinar la respectiva imposición.

En efecto, el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil establece:

“Condena en costas ...

“1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso ...”.

Por otra parte, su liquidación, en acatamiento a lo ordenado por el artículo 33 del Decreto 2279 de 1989 (D. 1818/98, art. 154), tiene que hacerse en este mismo laudo.

En consecuencia con las consideraciones anteriores, el tribunal procede a liquidar las cotas del proceso a cargo de la parte actora de la siguiente manera:

a) Por concepto de honorarios, gastos de funcionamiento y protocolización, honorarios de auxiliares de la justicia, la totalidad del cincuenta por ciento asumido por la parte demandada en este proceso, así:

Honorarios árbitros	\$ 540.000.000
Honorarios secretario	\$ 90.000.000
Protocolización y registro	\$ 41.155.000
Gastos de funcionamiento	\$ 60.000.000
Gastos peritos técnicos (acta 3)	\$ 50.000.000
Gastos peritos financieros (acta 3)	\$ 5.000.000
Honorarios peritos técnicos (acta 18)	\$ 70.000.000
Honorarios peritos financieros (acta 20)	\$ 36.000.000
Total	\$ 892.155.000
50%	\$ 446.077.500

b) La totalidad de los costos asumidos por el fideicomiso, por concepto de las traducciones, así:

Traducción sueco - español (acta 17)	\$ 4.130.000
Traducción inglés - español (acta 17)	\$ 1.450.000
Traducción sueco español (acta 18)	\$ 3.878.000
Traducción portugués - español (acta 16)	\$ 816.750
Total	\$ 10.274.750

c) Por concepto de agencias en derecho, las cuales se estiman en \$ 180.000.000.

En consideración a lo anteriormente expuesto, el valor total a cancelar por parte de las sociedades integrantes del consorcio a favor del fideicomiso Miel I, concepto de costas procesales y agencias en derecho asciende a la suma de \$ 636.352.250.

## 2. Parte resolutive

En mérito de las consideraciones precedentes, este tribunal de arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### RESUELVE:

1. Declarar no probadas las objeciones por error grave formuladas contra los dictámenes periciales.
2. Negar las pretensiones de la demanda.
3. Condenar a las sociedades integrantes del Consorcio Miel I a pagar al fideicomiso Miel I la suma de seiscientos treinta y seis millones trescientos cincuenta y dos mil doscientos cincuenta pesos (\$ 636.352.250), por concepto de costas procesales y agencias en derecho.
4. Protocolizar el expediente en una de las notarías del círculo de Bogotá.

Notifíquese y cúmplase.

Constancia secretarial

Bogotá, D. C., primero (1º) de diciembre de dos mil (2000).

El laudo arbitral proferido el veinticuatro (24) de noviembre de dos mil (2000), se encuentra debidamente ejecutoriado. Los apoderados de las partes no presentaron solicitud de aclaración, corrección o complementación, ni interpusieron recurso de anulación.

---