

V COMPETENCIA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE

**UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES - UNIVERSIDAD DEL ROSARIO –
AMERICAN UNIVERSITY**

SEPTIEMBRE DE 2012

MEMORIAL DE LA PARTE DEMANDANTE

EN NOMBRE DE :

CONTRA:

BOULDER DAM S.A.

HYDROFUERZA S.A.

AVENIDA GOLF N° 2354

CALLE RIVERA N° 5687

PEONIA, MARMITANIA

PUERTO MADRE, COSTA DORADA

DEMANDANTE

DEMANDADO

EQUIPO No. 17

TABLA DE CONTENIDO

LISTA DE ABREVIATURAS	v
LISTA DE AUTORIDADES	viii
RELACIÓN DE HECHOS	1
SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS	5
ARGUMENTOS SOBRE EL FONDO DE LA DISPUTA	6
I. PARTE INTRODUCTORIA.....	6
A. Ley sustancial aplicable al Contrato es la Ley de Costa Dorada	6
1. Las Partes escogieron la Ley de Costa Dorada como normas sustanciales aplicables al Contrato.....	6
2. Igualmente son aplicables la Lex Mercatoria, sus Usos y Costumbres y Principios Generales del Derecho	7
B. Alcance de las obligaciones de las Partes.....	8
1. Obligaciones a cargo de BOULDER	8
2. Obligaciones a cargo de HYDROFUERZA	8
3. Obligaciones a cargo del MOPTI	9
II. BOULDER TIENE DERECHO A RECIBIR EL PAGO DE LO RECLAMADO EN LA FORMA ACORDADA EN EL CONTRATO.....	9
A. BOULDER cumplió de buena fe con sus obligaciones.....	9
1. BOULDER adelantó la obra en el tiempo debido: cumplió el cronograma de obra como lo indica la Cláusula del Contrato 13.1	9
2. Procurando la aceleración de las mismas: adoptando planes de contingencia y realizando pre avances de obras futuras, como se explicará en adelante.....	11
B. La fuerza mayor dio lugar a la suspensión del contrato	12
1. La suspensión invocada por BOULDER se ajusta a los términos del Contrato.	12
2. Subsidiariamente, la fuerza mayor excusaba a BOULDER de cumplir con sus obligaciones.	14
C. HYDROFUERZA incumplió sus obligaciones.....	16
1. La obtención de los permisos fue defectuosa	16

2. Los pagos realizados por HYDROFUERZA de los hitos 8, 9 y 10 no se ajustaron a los términos del contrato	18
a. El pago debía realizarse en Marmitania	18
b. El pago fue realizado en Espadas y no en Dólares	19
III. LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR PARTE DE HYDROFUERZA FUE INJUSTIFICADA.....	21
A. HYDROFUERZA no tenía derecho a terminar el Contrato	21
1. No se configuró la causal invocada por HYDROFUERZA para la terminación del Contrato.....	21
2. Hydrofuerza no agotó los procedimientos acordados en el Contrato necesarios para la terminación del mismo.....	23
B. La terminación unilateral del contrato desconoció los principios de buena fe y cooperación.....	24
1. Buena fe	24
2. Principio de Cooperación.....	27
C. BOULDER no está obligado a asumir los costos de la contratación de FastSolutions	28
1. La obra no estaba paralizada en los términos de la Clausula 13.1.2 del Contrato.....	28
2. En caso de considerar que hubo atrasos, dichos atrasos no son imputables BOULDER.....	29
3. BOULDER adopto las medidas razonables.....	30
D. BOULDER tiene derecho a reclamar el pago de los hitos 11 y siguientes a título de indemnización de perjuicios	30
IV. EL ESTADO DE COSTA DORADA ES SOLIDARIAMENTE RESPONSABLE POR LOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES Y DAÑOS SOBREVINIENTES CAUSADOS A BOULDER.	31
A. El Estado de Costa Dorada es solidariamente responsable porque actúa a través del MOPTI y ejerce un control efectivo sobre HYDROFUERZA.....	32
1. El MOPTI es el ente fiscalizador del Estado de Costa Dorada.....	32
2. El Estado de Costa dorada ejerce un control efectivo sobre HYDROFUERZA	32
B. El Estado de Costa Dorada está vinculado obligacionalmente al Contrato.	33

1. Provisión de los recursos económicos para la realización de la obra	33
2. Fiscalización	34
C. El Estado de Costa Dorada manifestó su voluntad de obligarse conforme a lo pactado.....	35
D. Adicionalmente el Estado de Costa Dorada, por su actos, se encuentra vinculado al Contrato.....	38
PETITORIO.....	39
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD.....	40

LISTA DE ABREVIATURAS

§ / §§	Párrafo / Párrafos
Aclaraciones	Aclaraciones a los Hechos del Caso. Competencia Internacional de Arbitraje Universidad de Buenos Aires – Universidad del Rosario, Quinta Edición.
Art.	Artículo
Banco Central	Banco Central de Costa Dorada
Banco Global	Banco Global de Desarrollo
Bases	Bases de la licitación MOPTI No. 09020 de 2007
BOULDER	Boulder Dam S.A.
Cláusula Compromisoria	Clausula Compromisoria contenida en la cláusula 25 del Contrato [Hecho del caso N° 3.1.1]
Código de Comercio	Código de Comercio de Costa Dorada
Comentarios a los Principios UNIDROIT	Comentarios a los Principios UNIDROIT sobre los contratos internacionales de 2004.
Contrato	Contrato de Joint Venture entre BOULDER DAM S.A. e HYDROFUERZA S.A. para construcción y operación de la Central Hidroeléctrica Heráclito.
Consejo Técnico	Consejo Técnico del MOPTI
Convención de Nueva York	Convención de las Naciones Unidas de 1958 para el reconocimiento y la ejecución de fallos arbitrales extranjeros
Costa Dorada	Estado de Costa Dorada cuya capital es Puerto Madre
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional

Demandante	Boulder Dam S.A.
Demandada	Hydrofuerza S.A.
Doc.	Documento
Dólares	Dólares de los Estados Unidos de América
Dr.	Doctor
El Decreto 0003	Decreto de 5 de abril de 2010 para blindar al Estado de Costa Dorada contra los choques externos y crisis económicas internacionales y prevenir el aumento del déficit fiscal salvaguardando las divisas.
El Observador	Diario de Costa Dorada
El Malpensante	Columna del Diario de Costa Dorada El Observador
Espadas	Moneda oficial de Costa Dorada
FastSolutions	FastSolutions S.A.
FMG	Fondo Monetario Global
Hechos del Caso	Hechos del Caso, Competencia Internacional de Arbitraje Universidad de Buenos Aires – Universidad del Rosario, Cuarta Edición.
Hito	Etapas de ejecución del Contrato de acuerdo con el cronograma pactado en el contrato.
HYDROFUERZA	Hydrofuerza S.A.
Inc.	Inciso
Junta Evaluadora	Junta Evaluadora de Ofertas del MOPTI
La Hidroeléctrica	Central Hidroeléctrica de Heráclito
Ley Modelo	Ley Modelo CNUDMI de Arbitraje Comercial Internacional con las reformas introducidas en el 2006

Licitación	Licitación MOPTI No. 09020 de 2007
Marmitania	Estado de Marmitania cuya capital es Peonia
MOPTI	Ministerio de Obras Públicas, Transporte e Infraestructura
N°	Número
Normas CCI	Normas de la Cámara de Comercio Internacional
Nota explicativa de la Ley Modelo	Nota explicativa de la secretaría de la CNUDMI acerca de la Ley Modelo sobre Arbitraje Internacional de 1985, en su versión enmendada en 2006.
Opositores	Partido de los opositores
Pág.	Página
Partes	Las partes del Contrato (BOULDER, HYDROFUERZA, MOPTI y Estado de Costa Dorada)
Principios UNIDROIT	Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004
Proyecto	Proyecto de construcción y operación de la central Hidroeléctrica Heráclito
Reglamento	Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI revisado en 2010
S.A.	Sociedad Anónima
Sr.	Señor
ss.	Siguientes
UNIDROIT	Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado
Vol.	Volumen

LISTA DE AUTORIDADES
CONVENIOS INTERNACIONALES Y NORMAS NACIONALES

ABREVIATURA	REFERENCIA
Código de Comercio	Código de Comercio de Costa Dorada, el cual es una Copia Exacta de los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Internacionales 2004.
Principios Europeos	PRINCIPIOS DE DERECHO CONTRACTUAL EUROPEO, Madrid, Consejo General del Notariado, Edición Ole Lando y Hugh Beale, Edición española a cargo de Pilar Barres et al, 2003
Principios UNIDROIT	Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales 2004
Ley Modelo	Ley Modelo CNUDMI de Arbitraje Comercial Internacional de 1985. Edición con las enmiendas aprobadas en 2006.

DOCTRINA

ABREVIATURA	REFERENCIA	CITADO EN §§
ALJURE	Antonio Aljure Salame. El Contrato Internacional. Editorial Legis. Bogotá. 2011	3, 5

BELFIORE	Angelo Belfiori. Risoluzione per inadempimento, en Enciclopedia del Diritto, Vol XL, No 6, p. 1322.	107
BENABENT	ALAIN BÉNABENT. La buena fe, en El contrato: problemas actuales, evolución, cambios. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007.	109
BETTI	Emilio Betti. Teoría General de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Revista de derecho privado. Madrid. 1969.	32, 33, 34, 57
BOELE-WOELK	K. Boele-Woelki. Principles and Private International Law – The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law: How to Apply Them to International Contracts. Uniform Law Review. 1996.	
CALVO & OVIEDO	Alfonso Luis Calvo Caravaca y Jorge Oviedo Albán.(Directores). Nueva lex mercatoria y contratos internacionales. Colección de derecho privado y globalización. Tomo 2. Editorial Ibañez. Bogotá. 2006.	
CARDENAS	Juan Pablo Cárdenas Mejía. El contrato de agencia comercial. Temis. Bogota. 1984.	34
CARNELUTTI	Francesco Carnelutti. Instituciones del Proceso civil. Tomo I. Ediciones Jurídicas Europa América Buenos Aires 1956.	158

CHIOVENDA	Giusseppe Chiovenda. Principios de Derecho Procesal Civil. Tomo II. Ed. Reus. Madrid. 1977.	158
CLEMENTE	Mario E. Clemente Meoro. La facultad de resolver los contratos por incumplimiento. Tirant lo Blanch. Valencia. 1988	86
DURAN	Maria Paula Durán Piedrahita. La cláusula de Fuerza Mayor en los contratos internacionales. Artículo publicado en la Revista de derecho privado No. 21 febrero 1998. Universidad de los Andes. Bogota.	56
FOUCHARD/ GAILLARD/GOLDMAN	Emmanuel Gaillard y John Savage,. Fouchard Gaillard Goldman on International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 1999.	142
HINESTROSA (I)	Fernando Hinestroza. La terminación unilateral del contrato. Contribución al libro de homenaje al Profesor Francois CHABAS. Universidad del Cuyo. Mendoza (Argentina). 2007.	158
HINESTROSA (II)	Fernando Hinestroza. La representación. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2008	158

JAUFFRET-SPINOSI	Camille Jauffret-Spinosi. La influencia del derecho comunitario y europeo sobre el derecho de contratos, en El contrato: problemas actuales, evolución, cambios. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007.	114
JOACHIM	Michael Joachim Bonnell. An international restatement of contract law. Transnational Publishers, Inc. USA. New York. 2005	10
LARENZ	Karl Larenz. Derecho de las Obligaciones. Tomo I. Editorial Revista de derecho privado. Madrid. 1958.	135
LARROUMET	Christian Larroumet. Teoria general del contrato. Vol.II. Editorial Temis. Bogotá. 1993.	60
MELICH ORSINI	José Melich Orsini. Doctrina General del Contrato, 3a ed. Editorial Jurídica Venezolana y Marcial Pons. Caracas.1997.	86
MICHAELS	Ralf Michaels."GLOBAL LEGAL PLURALISM" Annual Review of Law and Social Science. Vol. 5: 243-262 (Volume publication date December 2009). Primera Publicación. Agosto 2009. DOI: 10.1146/annurev.lawsocsci.4.110707.172311	11

-
- OVIEDO ALBAN Jorge Oviedo Albán. Estudios de derecho mercantil internacional. Editorial Ibañez y Universidad de la Sabana. Bogotá. 2009.
- RAE Diccionario de la Real Academia Española. 43, 155
Consultado Online: <http://rae.es>
- RAMBAUD Rambaud, Patrick. L'affaire "des Pyramides" (arrêt du 12 juillet 1984 de la Cour d'Appel de Paris). En: Annuaire Français de Droit International, Vol. 31,. pp. 508-520. Paris. 1985. 161
- SANTOS Jorge Santos Ballesteros. Instituciones de responsabilidad civil. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá. 2006. 61
- SILVA ROMERO (I) Eduardo Silva Romero. "Las normas jurídicas aplicables al arbitraje comercial internacional privado colombiano", en Revista de Derecho Privado No. 28. Universidad de los Andes, 2002.
- SILVA ROMERO (II) International Arbitration Involving State Parties: Observations on the Applicable Law in State Contract Arbitration. En: Boletín de la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI Vol. 15 / N° 2 – Fall 2004. 2
- SILVA ROMERO (III) Eduardo Silva Romero, "Las normas jurídicas aplicables en el arbitraje comercial internacional. Breve contribución al derecho internacional privado colombiano" en Revista de Derecho Privado N° 28. Universidad de los Andes, 2002. 113

LAUDOS Y JURISPRUDENCIA

ABREVIATURA	REFERENCIA	CITADO EN
ARRET MESSAGERIES MARITIMES - COUR DE CASSATION	ARRET MESSAGERIES MARITIMES COUR DE CASSATION (Ch. civ., sect. Civ.) 21 juin 1950 (Rev. crit. 1950. 609, note Batiffol, D. 1951. 749, note Hamel, S. 1952. 1. 1,note Niboyet, J.C.P. 1950. II. 5812, note J. Ph. Lévy)	
Dalton/Educational Testing Service.	Dalton v. Educational Testing Service. Court of Appeals of N.Y., 1995. 87 N.Y. 2d	111
ICC No. 2291	Cámara de Comercio Internacional. Caso No. 2291 de 1975	8,
ICC No. 3894	Cámara de Comercio Internacional. Caso No. 3894 de 1981	8
ICC No. 3493	Cámara de Comercio Internacional. Caso no. 3493 de 1983	154, 159
ICC NO. 5314	Cámara de Comercio Internacional. Caso No. 5314 de 1988	8

ICC No. 5904	Cámara de Comercio Internacional Caso No. 5904 de 1989	8
ICC No. 0583	Cámara de Comercio Internacional Caso No. 0583 de 1999	8

RELACIÓN DE HECHOS

El Gobierno de Costa Dorada, a través del MOPTI, realizó una licitación pública internacional con el propósito de que distintas empresas se presentaran para postularse como socias de HIDROFUERZA, empresa con capital 100% del Estado, para la construcción de La Hidroeléctrica.

12 DE MAYO DE 2008: Se adjudica la licitación para la etapa de construcción de La hidroeléctrica a BOULDER luego de la presentación de ofertas técnicas y económicas por diversas empresas. Teniendo como antecedente fáctico un Estado de crisis del Gobierno de Costa Dorada, el decreto de medidas para racionar el consumo de electricidad a la población, la sanción de emergencia social y el comienzo a finales de 2007 de una crisis financiera mundial.

12 DE AGOSTO DE 2008: Se firma el contrato de joint venture entre BOULDER, HYDROFUERZA, el MOPTI y el Estado de Costa Dorada. El Contrato se celebró de acuerdo con la oferta económica realizada por BOULDER de 1.100 millones de dólares el cual tuvo por objeto la construcción de La Hidroeléctrica en 15 hitos o etapas, cuya ejecución iniciaría con la entrega de los permisos ambientales por parte de HYDROFUERZA.

29 DE OCTUBRE DE 2008 – 04 DE MAYO DE 2009: HYDROFUERZA entrega los permisos ambientales y autorizaciones a BOULDER en aparente regularidad, para poder iniciar las obras en Valle Penuria. Siguientemente, se desarrollan con normalidad los hitos 2 a 4 alcanzando un avance en la construcción de un 5%.

01 DE JULIO DE 2009 – 03 DE NOVIEMBRE DE 2009: Se ejecutan a cabalidad las etapas de la construcción correspondientes a los hitos 5 a 7 recibiendo correctamente los pagos por parte de HYDROFUERZA por medio de depósitos en la cuenta corriente en dólares en Marmitania. El estado de avance de las obras para este periodo era de un 30%.

05 DE ENERO DE 2010: HYDROFUERZA realiza el pago correspondiente al hito 8 mediante un depósito en espadas en la cuenta de BOULDER en Costa Dorada y no en Marmitania como se venían realizando.

06 DE ENERO DE 2010: BOULDER mediante comunicación de esta fecha, reclama a HYDROFUERZA la falta de pago del hito 8 pues no aparece depositado el pago en la cuenta corriente en Marmitania. HYDROFUERZA responde mediante comunicación indica que aparentemente no había ningún error en el pago.

08 DE ENERO DE 2010: BOULDER mediante comunicación reclama que la postura de HYDROFUERZA es inaceptable y no coincide con lo pactado en el contrato pues el pago debe realizarse en la cuenta corriente de BOULDER en Marmitania y no en Costa Dorada.

02 DE MARZO DE 2010: HYDROFUERZA realiza el pago del hito 9 nuevamente de manera inadecuada.

03 DE MARZO DE 2010: BOULDER nuevamente mediante comunicación reclama la falta de pago adecuado de los hitos 8 y 9.

EL 5 DE ABRIL DE 2010: El Estado de Costa Dorada expide el Decreto 0003 que establece que las obligaciones que se paguen con dineros del Estado y se encuentren vigentes se pagaran en la forma establecida en los instrumentos o respectivos contratos.

03 DE MAYO DE 2010: Se ejecutan de acuerdo al cronograma los hitos 8 a 10 alcanzando un avance en la construcción del 60%. HYDROFUERZA realiza el pago del hito 10 en espadas en la cuenta de BOULDER en Costa Dorada.

05 DE MAYO DE 2010: BOULDER expresa su disconformidad con la forma en que se han realizado los pagos correspondientes a los hitos 8, 9 y 10 frente a los cuales no han obtenido respuesta por parte de HYDROFUERZA.

16 DE JUNIO DE 2010: Inicio de la toma de la única carreteo de acceso a Valle Penuria donde se están realizando las obras de La Hidroeléctrica. Cientos de personas protestaron en contra de

las obras pues estas no cumplen con las medidas de mitigación necesarias poniendo en peligro el medio ambiente.

30 DE JUNIO DE 2010: BOULDER mediante comunicación de esta fecha manifiesta que la única carretera de acceso a las obras se encuentra bloqueada solicitando suspensión del plazo del contrato y restablecimiento de un nuevo cronograma de obras. No obstante las manifestaciones, se comunica la adopción de un plan de contingencia traducido en el pre avance de etapas futuras de la construcción.

16 DE AGOSTO DE 2010: BOULDER dirige comunicación a HYDROFUERZA reclamando la falta de pago del hito 11, comunicando que el MOPTI e HYDROFUERZA se han negado a recibir dicha etapa y alegando la falta de respuesta formal frente a la comunicación de 30 de junio de 2010. El avance de las obras para este periodo estaba al menos en un 70%.

18 DE AGOSTO DE 2010: HYDROFUERZA responde a las comunicaciones anteriores por parte de BOULDER solicitando la aceleración de las obras y rechazando la posibilidad de pago del hito 11.

21 DE AGOSTO DE 2010: Se produce el cese de la toma de la carretera de acceso a Valle Penuria.

12 DE SEPTIEMBRE DE 2010: Informe del MOPTI mediante el cual certifica el estado de avance de las obras que se encuentran en un poco mas del 60%.

22 DE OCTUBRE DE 2010: HYDROFUERZA emite comunicación mediante la cual releva a BOULDER de la construcción de La Hidroeléctrica y anuncia la contratación de FastSolutions, encargando el costo de la finalización de las obras a BOULDER.

23 DE OCTUBRE DE 2010: BOULDER mediante comunicación rechaza la contratación de FastSolutions y recuerda su disposición para la continuación y finalización de la obra. Reclamando además el pago de los hitos 11 y 12 aún impagos.

02 DE NOVIEMBRE DE 2010: HYDROFUERZA anuncia la rescisión formal del contrato basado en supuestos incumplimientos graves e insubsanables.

03 DE NOVIEMBRE DE 2010: BOULDER rechaza categóricamente la resolución del contrato pues no se configura ninguna de las causales previstas en el Contrato para ello.

20 ENERO DE 2011: Notificación del arbitraje por parte de BOULDER a HYDROFUERZA, quedando constituido el tribunal arbitral el 23 de abril de 2011.

24 DE MAYO DE 2011: Entrega final de las obras a HYDROFUERZA por parte de FastSolutions.

SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS

En primer lugar, es menester resaltar que el Tribunal deberá aplicar la Ley de Costa Dorada como norma aplicable al fondo del litigio, al igual que la Lex Mercatoria, sus usos y costumbres, y los principios generales de derecho; todo por virtud de una cláusula de electio iuris que resulta válida a la luz del art. 28 numeral 1 de la Ley Modelo.

En consideración a lo anterior, y por virtud del alcance de las obligaciones de las Partes en el Contrato y los hechos que se presentan ante este Tribunal acerca de la real ejecución de la relación contractual, es evidente que HIDROFUERZA incurrió en un flagrante incumplimiento contractual, al no solo violar las disposiciones de la ley aplicable, sino también por una sistemática e indiscutible vulneración directa del clausulado del Contrato.

Toda vez que HIDROFUERZA incumplió con sus obligaciones, particularmente en cuanto a la obtención deficiente de permisos ambientales, los pagos defectuosamente realizados por los hitos octavo, noveno y decimo, la falta absoluta de pago de los hitos once y siguientes, la terminación unilateral e injustificada del Contrato, y el desconocimiento pleno de los principios de buena fe y cooperación, BOULDER no solamente no está obligada a asumir los costos de la conducta errática de la Demandada al hacer los pagos exigidos para FastSolutions, sino que por el contrario, está absolutamente legitimada para reclamar los perjuicios por ella sufridos en virtud del incumplimiento contractual por parte de la Demandada.

Por ultimo, se solicita a este Tribunal que se declare la solidaridad entre Costa Dorada e HIDROFUERZA en cuanto a los pagos adeudados a nuestra representada, ello como consecuencia de la existencia de una sola serie de prestaciones que se cumplen con el concurso de dos personas simultáneamente, como lo es el caso de la parte Demandada. Por virtud de la activa participación del Estado de Costa Dorada en la celebración, ejecución y terminación del Contrato por si mismo, y por interpuesta HIDROFUERZA como su instrumentalidad, debe entenderse que ambas entidades son solidariamente responsables de los perjuicios indiscutiblemente causados a BOULDER.

ARGUMENTOS SOBRE EL FONDO DE LA DISPUTA

I. PARTE INTRODUCTORIA

1. La ley aplicable al Contrato es la ley de Costa Dorada por expresa disposición de las Partes. En virtud del principio de la autonomía privada, las partes están habilitadas para elegir la ley bajo la cual se regirá su relación contractual. De igual forma, las Partes adoptaron como normas aplicables la Lex Mercatoria, los principios generales, usos y costumbres, elección que resulta válida en virtud del art. 28 numeral 1 de la Ley Modelo.

A. Ley sustancial aplicable al Contrato es la Ley de Costa Dorada

2. El presente Contrato es un contrato de comercio internacional. Lo anterior, en razón a que las Partes involucradas tienen su domicilio en un país distinto al de su contraparte [TALERO, págs. 38-39]. A su vez, la internacionalidad del Contrato se evidencia en las exigencias para su ejecución, toda vez que se requiere el traspaso fronterizo de capitales, mano de obra y know how. Tales elementos reflejan una transacción económica internacional, propia de la definición económica de contrato internacional [SILVA ROMERO (I), pág.48].

3. La internacionalidad del Contrato, en lo que en este punto nos interesa, tiene el efecto fundamental, bajo el principio de autonomía de la voluntad, de facultar a las partes para escoger libremente la Ley aplicable al fondo del Contrato [ALJURE SALAME, pág. 59].

1. Las Partes escogieron la Ley de Costa Dorada como normas sustanciales aplicables al Contrato

4. Las Partes han dispuesto que “el derecho aplicable será la Ley de Costa Dorada, en un todo conforme con los Principios UNIDROIT sobre los Contratos Comerciales Internacionales de 2004” [Cláusula del Contrato 5.1.5.], teniendo en cuenta que el Código de Comercio de Costa Dorada es una copia exacta de los Principios UNIDROIT [Hechos del Caso 4.1.1], debe entonces respetarse este pacto claro y expreso que las Partes han consignado en el Contrato.

5. La fuente de la obligatoriedad de la Ley de Costa Dorada, cuyo Código de Comercio corresponde a una copia exacta de los Principios UNIDROIT, radica en la autonomía de la voluntad de las Partes [ALJURE SALAME, pág. 64].

6. Asimismo, debe resaltarse que es de aplicación supletoria la Ley de Arbitraje Comercial Internacional de Costa Dorada, Ley No. 457, cuyo texto corresponde a una réplica exacta de la Ley Modelo [Hechos del Caso 4.1.2], la cual le permite a las Partes pactar de forma válida aquellas normas que elijan como aplicables al fondo del litigio, para que el Tribunal decida conforme a ellas [Art. 28.1 de la Ley Modelo].

7. En consecuencia, la Ley de Costa Dorada, en todo conforme con los Principios UNIDROIT, es a todas luces la normativa aplicable al fondo del litigio, en atención a que, en el marco de una relación comercial internacional prima la autonomía de la voluntad de las partes en la selección del derecho aplicable [ARRET MESSAGERIES MARITIME-COUR DE CASSATION] .

2. Igualmente son aplicables la Lex Mercatoria, sus Usos y Costumbres y Principios Generales del Derecho

8. Las Partes han dispuesto que en conjunto con la Ley de Costa Dorada, se debe tomar como derecho aplicable al Contrato “los principios de la lex mercatoria, sus usos y costumbres, y los principios generales del derecho.” [Cláusula del Contrato 5.1.5]. Dicha elección es válida en atención a lo dispuesto por el artículo 28 numeral 1 de la Ley Modelo, que habilita a las partes a escoger las normas de derecho aplicables al fondo del litigio sin limitar la escogencia a una ley Estatal. En consecuencia, podrán incorporar cualquier norma de derecho, ajeno a la Ley de Costa Dorada [CCI Caso No. 2291; CCI Caso No. 3894; CCI Caso No. 5314; CCI Caso No. 5904; CCI Caso No. 583].

9. Además de lo anterior, debe considerarse que otros instrumentos internacionales, como la Convención Interamericana sobre Derecho Aplicable a Los Contratos Internacionales (art. 7) y el Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional, establecen que las partes pueden pactar las normas jurídicas que regirán el contrato y que el Tribunal las deberá aplicar al fondo de la controversia, lo que habilita a las mismas para hacer uso de tales cuerpos normativos como norma aplicable al fondo del litigio.

10. Para fundamentar los argumentos sobre el fondo de la disputa, se hará uso de los Principios de Derecho Europeo de los Contratos, los cuales resultan ser un compendio normativo que ha alcanzado un alto grado de armonización en las transacciones transfronterizas [JOACHIM, pág.354] así como en el comercio internacional.

11. Así las cosas, la Lex Mercatoria y los Principios Generales del Derecho complementan el cuerpo normativo que constituye el derecho aplicable al fondo del litigio [MICHAELS, p. 243-262]. Así lo manifestaron de forma clara y expresa las Partes, así que tales normas deben ser observadas y aplicadas al fondo del litigio, so pena de transgredir los principios de Pacta Sunt Servanda, buena fe y de Autonomía de la Voluntad.

B. Alcance de las obligaciones de las Partes

1. Obligaciones a cargo de BOULDER

12. De conformidad con el Contrato, Boulder se obligó (i) a construir una central hidroeléctrica de tipo represa ubicada en el río Heráclito, Valle de la Penuria, Costa Dorada, de conformidad con el cronograma pactado [Cláusula del Contrato 7]; (ii) procurar la aceleración de la obras en caso de presentar un atraso no atribuible a las Partes contratantes [Cláusula del Contrato 13.1.1] y (iii) asumir los costos de continuación y/o finalización cuando HYDROFUERZA decida finalizar las obras por sí o por un tercero en caso de ser BOULDER responsable por la paralización de la obra o de no adoptar las medidas para superarla [Cláusula del Contrato 13.1.2].

2. Obligaciones a cargo de HYDROFUERZA

13. Por su parte HYDROFUERZA contrajo principalmente dos obligaciones, a saber: (i) la obtención de los permisos ambientales y administrativos para iniciar la construcción de la obra, debiendo conseguirlos a su exclusivo costo y responsabilidad [Hechos del Caso 2.1.11; Cláusula del Contrato 14.1.1.1]; y (ii) realizar los pagos correspondientes en la moneda pactada por las Partes en el Contrato (Dólares de los Estados Unidos) y adicionalmente en el establecimiento del acreedor puesto que no se determinó en ningún momento lugar específico de cumplimiento, y este silencio es suplido por disposiciones del Código de Comercio [Código de Comercio, art. 6.1.6; Cláusula del Contrato 14.1.2]

3. Obligaciones a cargo del MOPTI

14. Las obligaciones a cargo del MOPTI pactadas en el contrato son: (i) la provisión de los recursos económicos para la realización de la obra, (ii) inspección, fiscalización y certificación respecto del avance de la obra y (iii) revisión de los aspectos económicos y financieros del Contrato [Cláusula del Contrato 11.1, 12.1].

II. BOULDER TIENE DERECHO A RECIBIR EL PAGO DE LO RECLAMADO EN LA FORMA ACORDADA EN EL CONTRATO

BOULDER esta legitimada para reclamar el pago de los hitos 8 y siguientes en la forma acordada en el Contrato puesto que: i) cumplió a cabalidad y de buena fe con sus obligaciones; ii) los hechos que dieron lugar a la alteración en la ejecución del Contrato no son imputables a BOULDER; y por último, iii) HYDROFUERZA incumplió sus obligaciones desconociendo lo pactado por las Partes.

A. BOULDER cumplió de buena fe con sus obligaciones

15. BOULDER ejecutó de buena fe todas sus obligaciones de acuerdo con los términos del Contrato cumpliendo: i) con el cronograma de obra y ii) procurando la aceleración de las mismas; adoptando planes de contingencia y realizando pre avances de obras futuras, como se explicará en adelante.

1. BOULDER adelantó la obra en el tiempo debido: cumplió el cronograma de obra como lo indica la Cláusula del Contrato 13.1

16. La obligación principal a cargo de BOULDER, consistía en la construcción de La Hidroeléctrica en etapas de conformidad con el cronograma de hitos previsto en el Contrato [Cláusula del Contrato 15.1.1].

17. Para los efectos del cumplimiento de las obligaciones a cargo de BOULDER, dividiremos la ejecución del contrato en cuatro partes: i) el cumplimiento de los hitos 2 a 4; ii) el cumplimiento de los hitos 5 a 7; iii) el cumplimiento de los hitos 8 a 10 y iv) ejecución de los hitos 11 y siguientes.

18. La primera parte de ejecución del Contrato incluía, según el cronograma de hitos pactados: la toma de posesión del área de construcción; término de fase de movimiento y

despeje del área; término de fase de instalación; e inicio de la construcción con un avance del 5%.

19. La ejecución de los primeros hitos descritos se desarrolló en normalidad. BOULDER tomó posesión del terreno, concluyó la fase de instalación e inició las obras en Valle Penuria [Hechos del Caso 2.3.2]. Adicionalmente, BOULDER atendió todas y cada una de las exigencias de HYDROFUERZA respecto del avance de estas etapas, adelantando las medidas necesarias para la aceleración de las obras realizando las siguientes operaciones: contratación de equipos de recepción de mercaderías, bodegueros adicionales, la incorporación de vehículos de carga para depositar escombros, redoblamiento de turnos, subcontratistas adicionales y contratación de personal especializado [Hechos del Caso 2.3.3 y Comunicaciones del 1 de junio de 2009 y del 17 de diciembre de 2009 entre las Partes].

20. Por lo anterior, es preciso concluir que BOULDER cumplió con las obligaciones contempladas en los hitos 2 a 4 del cronograma.

21. La segunda parte mencionada acerca de la ejecución del Contrato, se desarrolló en normalidad y fue cumplida a cabalidad por BOULDER. Los hitos 5, 6 y 7 disponían avances en las obras hasta alcanzar un 30% de avance, lo cual efectivamente sucedió.

22. Prueba de lo anterior, son los pagos realizados por parte de HYDROFUERZA a BOULDER mediante depósitos en dólares en la cuenta de ésta en su domicilio contractual [Hechos del Caso 2.4.3]. Aquella conducta de HYDROFUERZA, al llevar a cabo su contraprestación, es una clara manifestación de su conformidad con el avance de las obras hasta allí ejecutadas.

23. La tercera parte del desarrollo del Contrato correspondía a los hitos 8 a 10. Los avances de la obra entre el 40% (hito 8) y el 60% (hito 10), fueron ejecutados por parte de BOULDER en los términos del cronograma previstos en el Contrato.

24. Evidencia de la ejecución de los hitos 8, 9 y 10, son los depósitos realizados por HYDROFUERZA en la cuenta de BOULDER en Costa Dorada, aunque esta estuviese prevista única y exclusivamente para efectos operativos del Contrato. Ahora bien, dichos depósitos se realizaron en contravía de las disposiciones contractuales, no obstante, demuestran la aceptación y conformidad del acreedor con las etapas ejecutadas y entregadas.

25. Respecto del hito 11 del Contrato, es necesario recalcar que aún cuando en el mes anterior a la fecha de entrega prevista para este Hito, manifestantes se tomaron la carretera de acceso al lugar de las obras, BOULDER adelantó las obras alcanzando así un estimado del 74% de ejecución de la construcción [Comunicación del 30 de junio de 2010].

26. La Cláusula décimo tercera del Contrato, de la cual se desprenden las obligaciones a cargo de BOULDER, prevé la ejecución de las obras de manera puntual, de acuerdo con el cronograma y así mismo, establece adelantar la aceleración de las mismas en caso de experimentar retrasos, adelantos que BOULDER efectivamente realizó.

27. Como se mencionaba respecto de la primera parte de ejecución del Contrato, BOULDER desplegó operaciones y tomó medidas adicionales para conjurar las dificultades que se presentaron en su ejecución. Así mismo, lo hizo después de la toma de Valle Penuria adelantando etapas posteriores mediante la adopción de un plan de contingencia [Comunicación del 30 de junio de 2010].

28. En virtud de lo anterior, se entiende que BOULDER cumplió a cabalidad y de buena fe, en la medida de sus posibilidades, con su obligación de ejecutar las obras de acuerdo con los términos del Contrato y en concordancia con el cronograma previsto en el mismo.

2. Procurando la aceleración de las mismas: adoptando planes de contingencia y realizando pre avances de obras futuras, como se explicará en adelante.

29. En cumplimiento de las obligaciones de BOULDER previstas en el Contrato, esta adoptó planes de contingencia y el pre avance de obras como consta en Comunicación del 30 de junio de 2010.

30. La Cláusula 13.1.1 del Contrato estipula que BOULDER deberá “por cualquier medio disponible y razonable, la aceleración de las obras [...]”. La Demandante cumplió con esta obligación mediante la contratación de equipos de recepción de mercaderías, bodegueros adicionales, la incorporación de vehículos de carga para depositar escombros, redoblamiento de turnos, subcontratistas adicionales y contratación de personal especializado [Hecho del Caso 2.3.3 y Comunicación del 1 de junio de 2009 y del 17 de diciembre de 2009].

31. Todas estas operaciones realizadas por BOULDER, fueron realizadas con el fin de poder cumplir con el Contrato, lo que demuestra la ejecución de sus obligaciones de buena fe cumpliendo además con el principio de cooperación debido en procura de los intereses de HYDROFUERZA [Código de Comercio art. 5.1.3]

32. En materia de la ejecución de las obligaciones contractuales debe partirse del principio de la buena fe en el cumplimiento de la mismas, que se refieren a la conducta conducta leal y a la actitud de cooperación, lo cual se traduce en deber positivo de realizar todas aquellas conductas que permitan ayudar a la otra parte a satisfacer sus intereses negociales [BETTI, pág.102].

33. En estricto sentido, la buena fe contractual se funda en “la fidelidad del vínculo contractual sobre un compromiso de satisfacer la legítima expectativa de la otra parte: un compromiso en poner los recursos propios al servicio del interés de la otra parte en la medida exigida por el tipo de relación obligacional” [BETTI, pág.114]. Lo anterior claro esta hasta el punto de los límites razonables que no impliquen un sacrificio desproporcionado a su cargo [CARDENAS, pág.14].

34. En el presente caso, BOULDER desplegó todas aquellas conductas tendientes a salvaguardar la utilidad de la Demandada, teniendo en cuenta que cualquier actividad adicional hubiese significado un sacrificio desproporcionado por parte de BOULDER.

B. La fuerza mayor dio lugar a la suspensión del contrato

35. Los hechos ocurridos en Valle Penuria el 16 de junio de 2010 tuvieron la vocación y entidad suficiente para configurar una fuerza mayor imposibilitando así la ejecución regular de las obras. Es por ello que operó una suspensión de los plazos y de las obligaciones a cargo de BOULDER encontrándose esta excusada de cumplir con los hitos 11 y siguientes en los términos inicialmente pactados.

1. La suspensión invocada por BOULDER se ajusta a los términos del Contrato.

36. En el presente caso opera una suspensión de los plazos, obligaciones y responsabilidades a cargo de BOULDER en los términos del Contrato, con ocasión de las manifestaciones producidas en Valle Penuria, toda vez que i) así lo prevé el mismo en la Clausula 27 y ii) los hechos se ajustan a la definición de fuerza mayor prevista en el Contrato [Cláusulas del Contrato 5.1.3, 10.1 y 27.3].

37. La causa generatriz de la suspensión que operó en el Contrato, atendió a los bloqueos en la carretera por parte de los manifestantes, lo cual constituye una fuerza mayor a la luz del Contrato. Las partes definieron como fuerza mayor: “todo acto o acontecimiento que se produce con participación de la voluntad humana, que no ha podido preverse o que previsto ha resultado inevitable; cuya ocurrencia impide el cumplimiento de determinadas obligaciones previstas en el contrato como ser: guerras declaradas o no, batallas, invasiones, hostilidades, disturbios, conmoción social, alzamiento armado, actos terroristas, sabotaje, **bloqueos** [...]” [Cláusula del Contrato 5.1.3 – negrilla fuera del texto original].

38. En este orden de ideas, la Clausula 5.1 del Contrato establece los términos que se utilizan, que “[...] tendrán la significación que a cada una de ellas se le atribuye en esta Cláusula [...]”, y de esta forma, se excluyen cualquier otra interpretación sobre los mismos.

39. Adicionalmente, de acuerdo con el principio *pacta sunt servanda*, contenido en el artículo 1.3 del Código de Comercio, lo pactado por las partes es vinculante entre éstas y por consiguiente de obligatorio cumplimiento. Así mismo, aún cuando el Código de Comercio es ley aplicable al Contrato, su artículo 1.5 dispone que, las partes podrán excluir o modificar el efecto de cualquiera de sus disposiciones. De manera que las partes están habilitadas para modificar o excluir la aplicación de determinadas disposiciones.

40. Los elementos configurativos de la fuerza mayor de acuerdo con el Contrato son: i) acontecimiento producido por la voluntad humana, ii) previsible o no, iii) inevitable y iv) cuya ocurrencia impide la ejecución de determinadas obligaciones contractuales [Cláusula del Contrato 5.1.3].

41. El primer elemento resulta satisfecho pues, los hechos ocurridos sucedieron con ocasión de los bloqueos realizados por los manifestantes como señal de protesta en la zona de la construcción de la obra [Hechos del Caso 2.6.1].

42. La imprevisibilidad es uno de los elementos de la fuerza mayor que ha de ser tenido en cuenta para determinar si ésta se configura o no. Sin embargo, las Partes al regular este aspecto en el Contrato, le restaron importancia pues estipularon que la fuerza mayor puede operar aun en eventos previstos pero que resultan ser inevitables. Así, el elemento de la imprevisibilidad no es relevante en el caso concreto para la determinación de la fuerza mayor, lo determinante es el siguiente elemento.

43. El tercer elemento es la inevitabilidad. De acuerdo con la Real Academia Española la palabra evitar hace referencia a impedir que suceda, eximirse o apartarse del daño [RAE]. Aplicado al caso concreto, BOULDER no tenía los medios y le era físicamente imposible impedir que se produjera el bloqueo de la carretera por parte de los manifestantes quienes imposibilitan el paso de maquinaria pesada [Hechos del Caso 2.6.1; El Observador de 16 de junio de 2010].

44. Finalmente, el cuarto elemento se configura en el presente caso ya que el bloqueo de la carretera imposibilitó a BOULDER para continuar con el desarrollo del cronograma como fue inicialmente previsto. [Hechos del Caso 2.6.1 y Comunicación de 30 de junio de 2010].

45. Según lo pactado por las Partes en el Contrato en caso de acaecer la fuerza mayor, se debe adelantar un procedimiento por parte de quien la alega. La parte que invoca la

imposibilidad sobrevenida, notificará mediante carta a la otra parte en un término no mayor a 15 días sobre la situación. Una vez recibida dicha carta, el obstáculo externo producido debe ser evaluado por una auditoría externa salvo que sea evidentemente innecesaria [Cláusula del Contrato 27].

46. El propósito y efecto final de la causal invocada como imposibilidad sobrevenida en el Contrato, es obtener la “[...] suspensión de los plazos, obligaciones y responsabilidades hasta que sean superadas las consecuencias [...]”. Los plazos y periodos interrumpidos con ocasión del evento sobrevenida, serán suspendidos por un lapso igual al de la interrupción acaecida [Cláusula del Contrato 27.4 y 27.5].

47. En el presente caso, BOULDER cumplió con el procedimiento descrito. Prueba de ello, es el envío de la carta por su representante legal a HIDROFUERZA en donde le notifica lo sucedido, puntualizando la naturaleza de los hechos y las consecuencias producidas que afectan el cumplimiento de las obligaciones en estricta observancia de lo dispuesto por las Partes. Por lo anterior, BOULDER solicita la suspensión del plazo para luego restablecer el cronograma de obras [Comunicación de 30 de junio de 2010].

48. En consecuencia, estando suspendida la obligación de continuar ejecutando el Contrato por parte de BOULDER, HYDROFUERZA no puede exigir el cumplimiento de la prestación debida. Por su parte, las obligaciones de HYDROFUERZA no están suspendidas pues como lo señala el Contrato y lo reafirma el Código de Comercio, el pago de las obligaciones dinerarias no es excusable ante un evento de imposibilidad sobrevenida [Cláusula del Contrato 27.6 y Código de Comercio, art. 7.2.1].

49. Así mismo, hay que tener en cuenta lo dispuesto por el Código de Comercio en su artículo 7.2.2 según el cual, no le es posible al acreedor exigir el cumplimiento de una obligación no dineraria cuando esta sea de imposible cumplimiento, pues nadie está obligado a lo imposible.

2. Subsidiariamente, la fuerza mayor excusaba a BOULDER de cumplir con sus obligaciones.

50. Subsidiariamente, si el Tribunal considera que las obligaciones a cargo de BOULDER no se encuentran suspendidas por las razones ya expuestas, en todo caso el Demandante esta excusado de cumplir con ocasión de la configuración de la fuerza mayor.

51. La Cláusula 27.3 del Contrato prevé que para invocar la imposibilidad sobreviniente que impide la continuación en la ejecución del contrato, deberán ser evaluados los hechos por una auditoría externa, “salvo que esta sea evidentemente innecesaria”.

52. En el presente caso, [supra § 46 y 48], la grave situación de orden público que se presentó en Costa Dorada con ocasión de las manifestaciones, era un hecho de público conocimiento ante el cual las autoridades asumieron una posición tan solo de espectadores sin intervención alguna [El Observado de 16 de junio y de 05 de julio de 2010].

53. En consecuencia de lo anterior, las manifestaciones y los bloqueos son hechos notorios que no requieren ser determinados por auditoría externa para determinar si tienen la entidad suficiente para configurar una imposibilidad sobreviniente.

54. Ahora teniendo en cuenta que BOULDER esta habilitada a invocar una imposibilidad sobreviniente, se exponen a continuación los efectos de la fuerza mayor.

55. La doctrina, los principios UNIDROIT y la lex mercatoria, han reconocido los efectos de la fuerza mayor, que principalmente son: i) la imposibilidad de continuar ejecutando el objeto de la obligación [Código de Comercio, art. 7.1.7; Principios Europeos Art. 8: 108 y 9:102 (2)(a)(b)]; ii) efecto liberatorio de la prestación; y iii) ausencia de responsabilidad y exención en el pago perjuicios [Comentarios a los Principios UNIDROIT, art.7.1.7].

56. En primer lugar, como ya se expuso en el apartado anterior, la parte afectada por la fuerza mayor se encuentra en una imposibilidad de cumplimiento de la prestación pues hay un hecho ajeno a su voluntad que se lo impide. Así sucede en el caso concreto, pues los bloqueos constituyen un hecho impeditivo de carácter irresistible, el cual no le permite a BOULDER continuar ejecutando el Contrato en los términos inicialmente pactados, entendiendo por irresistibilidad, aquel evento constitutivo de fuerza mayor al que no es posible oponer defensa alguna por ser objetivamente insuperable [PIEDRAHITA DURÁN, pág.181].

57. En segundo lugar, la fuerza mayor produce para quien esta inmerso en ella un efecto liberatorio de la prestación. Si bien es cierto que hay eventos en los cuales no se produce dicho efecto, tales como la asunción del riesgo por la parte [BETTI, pág.183, 189 y Principios UNIDROTI, art. 7.1.7], esto no sucede en el presente caso como pasamos a exponer.

58. En tercer lugar, la disposición de fuerza mayor permite que se presenten dos situaciones: a) ausencia de responsabilidad contractual y extracontractual y b) exención del pago de daños y perjuicios.

59. Como lo ha sostenido la doctrina, uno de los efectos de la fuerza mayor es la ausencia de responsabilidad cuando se demuestra que la causa del perjuicio ocasionado por el deudor al

acreedor es la fuerza mayor, evento en el cual, el deudor esta relevado de responsabilidad alguna.

60. *“La imposibilidad de ejecución que revela la fuerza mayor, no deja mantener la responsabilidad del deudor, porque su hecho no originó el daño sufrido por el acreedor”* [LARROUMET, pág. 174]. El fundamento de la ausencia de responsabilidad del deudor es la falta de nexo causal entre el hecho generador del daño (inejecución de la prestación del deudor) y el posible perjuicio sufrido por el acreedor.

61. En consecuencia, el deudor esta relevado de indemnizar al acreedor por daños y perjuicios. Es por ello que en el presente caso al operar la fuerza mayor, BOULDER no está en la obligación de resarcir ningún perjuicio a HYDROFUERZA pues la causa exclusiva del perjuicio es la fuerza mayor [SANTOS, pág.104]

C. HYDROFUERZA incumplió sus obligaciones

62. HYDROFUERZA desconoció los términos del Contrato incumpliendo con las siguientes obligaciones principales y esenciales: i) la obtención de los permisos ambientales; ii) el pago como contraprestación por las entregas de cada uno de los hitos del Proyecto.

1. La obtención de los permisos fue defectuosa

63. Conforme se mencionó previamente [Supra §13], la Cláusula del Contrato 14.1.1 contempla la obligación a cargo de HYDROFUERZA de entregar a BOULDER todos los permisos ambientales y administrativos necesarios para la construcción de la Hidroeléctrica, y por virtud de ello, se obligó a obtener, bajo su exclusivo costo y responsabilidad, toda la documentación requerida con tal propósito. No obstante lo anterior, consta dentro de los hechos del presente caso que existieron manifestaciones que afectaron el cumplimiento de las obligaciones a cargo de BOULDER, y que dichas manifestaciones tuvieron como una de sus causas fundamentales movimientos de personas que alegaron un impacto ambiental desmesurado causado por las obras llevadas a cabo en la Hidroeléctrica [Hechos del Caso 2.6.2].

64. La obligación de entregar a BOULDER todos los permisos ambientales estaba sujeta a cumplir con unas calidades mínimas contenidas en el Código de Comercio, específicamente en el art. 5.1.6., el cual está llamado a regir en este punto de la relación contractual en virtud del silencio de las partes en cuanto a la calidad específica de la prestación a cargo de HYDROFUERZA. A continuación, se entrará a explicar en detalle nuestra tesis de cómo el

cumplimiento defectuoso por parte de HYDROFUERZA en cuanto a la obligación contenida en la Cláusula del Contrato 14.1.1 se traduce en un indiscutible incumplimiento contractual a la luz del art. 7.1.1 del Código de Comercio.

65. En este orden de ideas, el art. 5.1.6 del Código de Comercio contempla como requisito fundamental para el cumplimiento de la calidad de las obligaciones a cargo de las Partes de un contrato, el cumplimiento de calidad media. De acuerdo con los hechos que se presentan ante este Tribunal, es claro que la prestación a cargo de HYDROFUERZA no acometió, ni siquiera de forma sumaria, el requisito base establecido en la ley aplicable para considerarse de entidad suficiente como para alcanzar un verdadero y efectivo cumplimiento de la obligación contractual.

66. Es claro que las manifestaciones sociales a las que se hizo referencia son prueba fehaciente del incumplimiento del requisito relativo a la calidad de la obligación a cargo de la parte Demandada. Los comentarios de los Principios UNIDROIT explican que “la media de la calidad se determina de acuerdo a las circunstancias, lo que normalmente significa que se trata de la calidad disponible en determinado mercado al momento del cumplimiento de la obligación [...] Otros factores importantes incluyen las cualidades específicas que llevaron a escoger al deudor” [Comentarios a los Principios UNIDROIT]. Por lo anterior, es posible afirmar que la protesta ciudadana en contra de la legitimidad de las licencias es prueba del incumplimiento contractual por parte de HYDROFUERZA, siendo de tal magnitud, que imposibilitó el cumplimiento de las obligaciones de nuestra representada.

67. Son los ciudadanos de Costa Dorada los agentes del mercado que debemos analizar para determinar el cumplimiento de la calidad media de la obligación a cargo de HYDROFUERZA, por ser ellos precisamente la razón de la existencia de una serie de permisos ambientales para el inicio de cualquier construcción de esta magnitud. Las expectativas legítimas de BOULDER frente a la calidad de esta prestación hacían referencia al punto mínimo en que no existieran inconvenientes como los que se observan en este caso, y que sin lugar a dudas, llevaran a una total insatisfacción acerca de la calidad del accionar de la Demandada en esta obligación.

68. En consideración a lo anterior, y resaltando que el art. 7.1.1 del Código de Comercio prevé que “el incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso [...]”, es indiscutible que como consecuencia de la falta de calidad en el cumplimiento de la Cláusula contractual 14.1.1

a la luz del art. 5.1.6 del Código de Comercio, el actuar de HYDROFUERZA se clasifica como un incumplimiento del Contrato en perjuicio de BOULDER.

2. *Los pagos realizados por HYDROFUERZA de los hitos 8, 9 y 10 no se ajustaron a los términos del contrato*

69. De conformidad con el ordenamiento jurídico de Costa Dorada, es claro que HYDROFUERZA quebrantó sus obligaciones contractuales relativas al pago adecuado de los hitos 8, 9 y 10 de la construcción.

70. En consideración a los hechos probados en el presente caso, no existe discusión respecto de los tres primeros pagos devengados por BOULDER en virtud de la Cláusula del Contrato 14.1.2, toda vez que se realizaron adecuadamente mediante depósitos en dólares en la cuenta mantenida por la demandante en su país de origen, Marmitania [Hechos del Caso 2.4.3]. Sin perjuicio de lo anterior, de manera verdaderamente inexplicable, HYDROFUERZA modificó de manera unilateral e intempestiva el entendimiento de la Cláusula precitada del Contrato a partir del cuarto pago de los hitos a su cargo, incurriendo de manera indiscutible en un evidente incumplimiento contractual como consecuencia de una violación a los artículos 1.8, 4.3, 6.1.6., y 6.1.9. del Código de Comercio.

a. El pago debía realizarse en Marmitania y no en Costa Dorada

71. En primer lugar, debemos mencionar que de acuerdo con lo establecido en el art. 6.1.6 del Código de Comercio, toda vez que las Partes no han pactado específicamente en el Contrato el lugar del cumplimiento del pago por parte de HYDROFUERZA a BOULDER, la regla supletiva a la voluntad de aquellas es que dicha prestación se deberá cumplir en el domicilio del acreedor.

72. Resaltando que BOULDER manifestó específicamente en la Cláusula del Contrato 21.2 que su domicilio contractual sería el de Peonia, en Marmitania, el pago de los Hitos 8, 9 y 10 está en clara contravención con la ley aplicable al Contrato y se traduce en un incumplimiento por parte de HYDROFUERZA en cuanto a la obligación de hacer el pago de esta prestación en el lugar destinado para ello.

73. Adicionalmente, es imperativo mencionar que HYDROFUERZA incurrió en un comportamiento contradictorio a la luz del art. 1.8 Código de Comercio al modificar injustificadamente la forma del cumplimiento de la Cláusula del Contrato 14.1.2.

74. El art. 1.8 del Código de Comercio impide a las partes de un contrato actuar en contradicción a un entendimiento que ellas mismas se han suscitado recíprocamente. Frente al caso sub-examine, HYDROFUERZA actuó de tal forma que BOULDER confiaba en el cumplimiento del pago de sus acreencias en el domicilio contractual. Esta confianza no solamente se generó en virtud de la regla contenida en el art. 6.1.6 del Código de Comercio que expresa que el lugar de pago de toda prestación, salvo pacto en contrario, es el domicilio del acreedor de la obligación, sino que fue una expectativa legítima creada por la misma práctica de la parte demandada en el cumplimiento de su obligación. No está habilitada entonces HYDROFUERZA para modificar de manera unilateral e injustificada el entendimiento de ambas Partes sobre el cumplimiento de una Cláusula del Contrato, argumentando posteriormente que dicha alteración del cumplimiento de la obligación no está en contravía a lo pactado en el Contrato utilizando un argumento estrictamente literal y limitativo a la verdadera magnitud de la voluntad de las partes.

75. Como si lo anterior no fuese suficiente, debemos mencionar que el art. 6.1.9 del Código de Comercio prevé que cada parte en un contrato debe soportar el cumplimiento de sus obligaciones. Es verdaderamente incomprensible como HYDROFUERZA pretende trasladar el costo del pago de sus obligaciones a BOULDER sin sustento no solamente legal, sino tampoco con respaldo fáctico alguno. La demandada no se puede amparar en el alto costo que le representa cumplir con su obligación, pues ciertamente este costo no es de suficiente magnitud como para constituirse en una fuerza mayor que permita relevarse de asumir el valor del cumplimiento de su obligación contractual, y por ello, mal obra HYDROFUERZA al realizar los pagos a BOULDER por fuera del lugar en donde se debieron hacerse, no sólo por lo que se logra entender del contenido del Contrato, sino también por los actos posteriores al mismo, tema que se explicará a continuación.

76. En consideración a lo anterior, es menester resaltar que de acuerdo al art. 4.3 del Código de Comercio, para determinar la intención de las partes al momento de contratar, y con miras a interpretar las obligaciones contractuales, es necesario analizar la práctica del cumplimiento de dichas obligaciones. Evidenciamos una vez más que la práctica del cumplimiento de las obligaciones permite vislumbrar de manera inequívoca la intención de las partes acerca de cumplir, por lo menos con la obligación de pago, en el domicilio contractual de BOULDER expresado de forma explícita en la Cláusula del Contrato 21.2.

b. El pago fue realizado en Espadas y no en Dólares

77. Conforme quedó pactado en la Cláusula del Contrato 14.1.2, el pago a cargo de HYDROFUERZA con respecto a los hitos encargados a BOULDER, debía hacerse en dólares. Si bien la empresa demandada cumplió con sus obligaciones en los plazos estipulados por las Partes en el Contrato durante los tres primeros pagos, lo cierto es que tal y como se estableció en la obligación anterior [Supra §71 y ss], existió una alteración en el comportamiento de HYDROFUERZA absolutamente injustificada en cuanto al cumplimiento de su obligación contractual. En este sentido, se dió una clara vulneración a los preceptos contenidos en los arts. 1.8., 4.3, y 6.1.9. del Código de Comercio como ley aplicable al Contrato.

78. Por un lado, el art.1.8. del Código de Comercio, fue transgredido toda vez que HYDROFUERZA actuó de manera evidentemente contraria al entendimiento que ella misma había creado sobre las condiciones de cumplimiento de la obligación y que sucedió de igual forma al del incumplimiento en el pago de las acreencias de BOULDER respecto del lugar convenido [Supra §74].

79. De forma paralela, fue desatendido el contenido del Contrato por parte de HYDROFUERZA en el sentido en que esta compañía incurrió en un incumplimiento contractual por vía de una violación a los arts. 4.3. y 6.1.9 del Código de Comercio. Frente a la primera norma, y al igual que se explicó en el acápite precedente [Supra §§75 y 76], la práctica del contenido contractual permite dilucidar la intención de las Partes al momento de contratar.

80. Considerando que la práctica inicial del Contrato permite entender que las Partes pactaron que el pago se debió realizar en dólares de los Estados Unidos de América, el pago en Espadas realizado varios meses después de que el Contrato entrara a regir representa una transgresión ilegítima de HYDROFUERZA a lo pactado dentro del Contrato por común acuerdo entre las Partes.

81. Adicionalmente, es necesario evidenciar una vez más que cada parte es responsable del cumplimiento de sus obligaciones conforme al art. 6.1.9 del Código de Comercio, y por ende, el hecho de que el pago en Espadas pueda representar un incremento en el costo del cumplimiento de la prestación a cargo de HYDROFUERZA, no es una justificación suficiente como para que la demandante traslade el costo del cumplimiento de su obligación a nuestra representada.

III. LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR PARTE DE HYDROFUERZA FUE INJUSTIFICADA

82. Teniendo en cuenta todo lo señalado anteriormente en cuanto al cumplimiento de buena fe de sus obligaciones por parte de BOULDER y del correlativo incumplimiento ya descrito por parte de HYDROFUERZA, es la posición del Demandante que la terminación unilateral del contrato por parte de la Demandada fue a toda luz injustificada, toda vez que: i) HYDROFUERZA no tenía derecho a terminar el Contrato pues la causal alegada no se configura ni se adelantó el procedimiento de rigor pactado por las Partes; ii) dicha terminación unilateral no fue adelantada por HYDROFUERZA en observancia a los principios de buena fe y cooperación; y como consecuencia de lo anterior, iii) BOULDER no está llamado a asumir los costos para la finalización y/o terminación de la obra derivados de la contratación de FastSolutions.

A. HYDROFUERZA no tenía derecho a terminar el Contrato

83. El Contrato en su Cláusula 24.1 señala que se podrá concluir de forma anticipada toda vez que: i) sea por una de las causales de la Cláusula 25 del Contrato; ii) y luego de haber agotado los procedimientos pactados, presentando solicitud formal a la otra parte de terminación del Contrato.

1. No se configuró la causal invocada por HYDROFUERZA para la terminación del Contrato

84. La Cláusula 25 del Contrato, señala que las causales de terminación del Contrato podrán ser invocadas por HYDROFUERZA cuando no hubiere demostrado que el incumplimiento hubiese sido causado por la otra Parte, por terceros, por fuerza mayor o caso fortuito. Como se demostró con anterioridad [supra § 51, 52], BOULDER se encontraba excusado del cumplimiento de las obligaciones toda vez que operó una suspensión del plazo por el acaecimiento de la fuerza mayor. De esta manera, y según lo señalado por las Partes en el Contrato, HYDROFUERZA no podría invocar causal alguna de terminación.

85. Específicamente, HYDROFUERZA justifica la terminación unilateral del Contrato por el incumplimiento de BOULDER en sus obligaciones de avance de la obra [Cláusula del Contrato 25.1.1]. Aún cuando en efecto se presentó un retraso, de acuerdo con el artículo 7.3.1, dicho retraso debe ser esencial para que de lugar a la terminación del contrato.

86. Al respecto, debe decirse que “pretender ejercer el derecho de resolver el contrato cuando el incumplimiento carezca de importancia, implicaría el ejercicio abusivo de ese derecho, por contrariar los fines que la ley tuvo en miras al reconocerlo –el de preservar el sinalagma contractual- y por exceder los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres” [MELICH-ORSINI, pág. 741, nota 22. Ver también MELICH-ORSINI, págs.740-743; CLEMENTE MEORO, págs.251-255].

87. Adicionalmente, el numeral 2 señala aquellos aspectos a tener en cuenta para determinar la calidad esencial del incumplimiento alegado [PRINCIPIOS EUROPEOS, art. 107; ANGELO BELFINE, pág.1322]. Con base en los Hechos del Caso, es la posición de BOULDER que:

- El retraso justificado de las obras a partir del Hito 11 no priva a HYDROFUERZA del derecho a la entrega de la obra según las indicaciones y especificaciones técnicas señaladas inicialmente;
- En el Contrato no se señala que la ejecución en tiempo de los hitos no entregados a tiempo con justa causa sean esenciales;
- El retraso justificado en la ejecución de los hitos señalados se debió a un acontecimiento irresistible e inevitable de fuerza mayor que no fue intencional ni temerario;
- El retraso justificado no puede ser causa de un motivo de desconfianza en el cumplimiento futuro de BOULDER, pues exceptuando dicho acontecimiento inevitable, BOULDER ha cumplido a cabalidad con sus obligaciones; y
- BOULDER adelanto planes de contingencia y avance de etapas futuras que harían que existiera una pérdida desproporcionada si se considera que el cumplimiento es esencial.

88. Por todo lo anterior, el atraso justificado en relación con el Cronograma en cuanto a los hitos 11 y siguientes, no puede ser considerado como esencial y en ese sentido, la causal alegada por HYDROFUERZA no tiene sustento y no debe ser considerada para la terminación legítima del Contrato.

89. Aun si quisiera considerarse dicho atraso como esencial, BOULDER se encontraba excusado del cumplimiento en tiempo y según el cronograma de entregas inicialmente pactado, en virtud del acaecimiento de una imposibilidad sobrevenida no imputable a las Partes, evento en el cual, según lo pactado en la Cláusula del Contrato 27, quedan suspendidas las obligaciones de las partes hasta la superación de dicho acontecimiento inevitable para BOULDER.

2. Hydrofuerza no agotó los procedimientos acordados en el Contrato necesarios para la terminación del mismo

90. Adicional a todo lo señalado, fue pactado entre las Partes en la Cláusula del Contrato 26.1 un procedimiento para la resolución del Contrato para aquellas ocasiones en que el retraso fuera subsanable.

91. Dicho procedimiento, se refiere a que la Parte que pretenda resolver enviará una carta comunicando que ha incurrido en una o más causales de resolución del Contrato, solicitando que se informe al respecto y se identifiquen las medidas que se tomarán para revertir los efectos en un plazo no mayor a quince (15) días calendario.

92. Posterior a la recepción de dicho informe, HYDROFUERZA debió considerar las acciones y medidas propuestas por BOULDER para superar dicho acontecimiento.

93. En cambio, los Hechos del Caso 2.9.4 y 2.9.6 señalan que aún cuando fue enviada la comunicación formal a que hace referencia la Cláusula del Contrato 26.1 [Comunicación del 02 de noviembre de 2010] señalando la terminación unilateral del mismo, no fue tomada en consideración la respuesta de BOULDER, teniendo en cuenta que, además, desde antes [Comunicación del 30 de junio de 2010] se venía comunicando la imposibilidad sobreviniente de cumplimiento a tiempo con el hito 11 y anunciando el plan de contingencia, proponiendo además la suspensión del plazo, medida a la que nunca hubo respuesta por parte de HYDROFUERZA.

94. En cambio, y teniendo en cuenta que BOULDER se encontraba excusada del cumplimiento por los hechos que constituyeron una fuerza mayor, el procedimiento correcto que debió adelantar HYDROFUERZA es el señalado en la Cláusula del Contrato 27. Así pues, una vez recibida la Comunicación del 30 de junio de 2010 (enviada por BOULDER dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la ocurrencia del hecho), y teniendo en cuenta que BOULDER adelantó con razonable diligencia y en la medida de lo practicable todas las acciones eficaces y oportunas necesarias para impedir, resistir, remediar y superar los efectos del bloqueo, el paso a seguir debió ser la evaluación de los efectos de la fuerza mayor mediante auditoria externa, de modo que pudiera establecerse la suspensión de los plazos, obligaciones y responsabilidades hasta que la ocurrencia de dichos hechos fuera superada.

95. Teniendo en cuenta todo lo dicho, es claro que HYDROFUERZA como parte que pretendía la terminación del contrato, no adelantó el procedimiento de rigor pactado por las

Partes e incurrió en una terminación unilateral del contrato a toda luz arbitraria y contraria a lo inicialmente establecido por las Partes en el negocio jurídico fuente de disputa.

96. Adicional a todo lo anterior, fue pactado por las Partes que el derecho a la terminación anticipada del Contrato dependía de que aquella Parte solicitante enviara una “solicitud formal” de terminación del Contrato.

97. De los hechos y las comunicaciones cruzadas durante la ejecución del mismo, no existe documento o solicitud formal alguna hecha a BOULDER con el fin de resolver o terminarlo el Contrato. La comunicación remitida con fecha del 21 de octubre de 2010 dirigida a BOULDER, señalaba la contratación de FastSolutions para la continuación de las obras, y sólo con posterioridad, el 02 de noviembre de 2010 fue remitida una comunicación de la decisión ya tomada por parte de HYDROFUERZA de terminar formalmente el contrato [Hecho del Caso No. 2.9.4].

98. En este sentido, HYDROFUERZA no realizó dicha solicitud formal de terminación, toda vez que remitió una comunicación formal en la que daba a conocer a BOULDER su decisión unilateral de terminación del Contrato, concluyendo entonces que no se cumplió adecuadamente con este primer supuesto de la Cláusula 24.1 del Contrato.

99. En conclusión, BOULDER encontrándose excusada de cumplir por el acaecimiento de la imposibilidad sobrevenida, en un gesto que expresaba su intención de cumplir y terminar las obras, y atendiendo además a la consecución del interés jurídico-económico de HYDROFUERZA, propuso la suspensión de los plazos y la negociación de un nuevo cronograma. La actitud de la Demandada fue en cambio, la de guardar silencio respecto a la solicitud generosa de BOULDER y terminar de manera arbitraria el contrato, contratando un tercero y poniendo sin fundamento alguno la responsabilidad económica de dicha contratación en cabeza del Demandante.

B. La terminación unilateral del contrato desconoció los principios de buena fe y cooperación

1. Buena fe

100. HYDROFUERZA decidió terminar el Contrato de forma contraria a lo acordado por las Partes y a la ley aplicable al fondo de la disputa. En primer lugar,

101. El sustento fáctico expuesto en esta demanda da cuenta de una tendencia marcada de parte de los Demandados a invocar las cláusulas del Contrato e interpretarlas de forma

errónea e inequitativa para dar por terminado el contrato y liberarse de manera ilegítima del cumplimiento de las obligaciones a su cargo. Es prueba de lo anterior:

- Que nunca se haya dado respuesta por parte de HYDROFUERZA a la Comunicación del 30 de junio de 2010 en la que BOULDER solicita la suspensión de los plazos toda vez que ha tomado lugar una circunstancia de fuerza mayor;
- Que haciendo uso del derecho contemplado en la Cláusula 13.1.2 haya decidido contratar a FastSolutions para la continuación de la obra sin previo aviso a BOULDER y sin dar oportunidad para subsanar el incumplimiento en caso de que lo hubiere;
- El desconocimiento del procedimiento pactado por las Partes en caso de la ocurrencia de una fuerza mayor o imposibilidad sobrevenida en el cumplimiento;
- La reclamación del pago del sobrecosto por la contratación arbitraria de FastSolutions, en desconocimiento de la disposición de BOULDER para la ejecución del Proyecto en su totalidad y por el precio inicialmente pactado. Aún cuando fueron adelantadas medidas de urgencia por parte de BOULDER para ejecutar etapas futuras, lo cual le acarreó costos adicionales, HYDROFUERZA orientó su comportamiento contractual hacia el incumplimiento del Contrato y de la ley aplicable.

102. Adicional a todo lo señalado, según los Hechos del Caso 2.9.5 FastSolutions completó las obras dos meses y veintitrés días después de la fecha inicialmente pactada entre las Partes del Contrato. Por otro lado, el hecho que fue causa de la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento de BOULDER tuvo una duración de dos meses y cuatro días toda vez que inició el 16 de junio de 2010 [El Observador 16 de junio de 2010] y finalizó el 21 de agosto de 2010 [El Observador 21 de agosto de 2010].

103. El 12 de septiembre de 2010 el MOPTI certificó un avance de las obras de un aproximado del 60%, lo cual de acuerdo al MOPTI, evidenciaba un atraso puesto que, para esa fecha, las obras debían haber completado un 80% de avance. Lo anterior no resulta razonable si se revisa con detenimiento la ejecución del contrato por parte de FastSolutions.

104. El tiempo que le tomó a FastSolutions terminar las obras fue tan sólo de dos meses y veintitrés días posteriores a la fecha inicialmente pactada para la entrega de las obras por parte de BOULDER. Si para el 12 de septiembre de 2010 las obras estaban en un 60% de avance, no resulta razonable que ese tercero las terminara en ese tiempo. Prueba de lo anterior, es que el tiempo que se tomó FastSolutions fue un poco más de lo que duró la toma de Valle penuria, en consecuencia no podía haber un retraso de tal magnitud, como lo certifica el MOPTI, en el momento en que se contrató a ese tercero, como se pasa a explicar.

105. El cronograma pactado por las Partes evidencia que el avance de cada hito, que corresponde a un 10%, tomaría un tiempo no menor a dos meses, esto haciendo uso de todos los medios disponibles para la celeridad de las obras como un elemento esencial del Contrato [Cláusula del contrato 1.1.3; Hechos del Caso 2.2.4]. De manera que si para el 12 de septiembre de 2010, como lo certifica el MOPTI, la construcción se encontraba tan sólo en un avance del 60%, es fácticamente imposible que un tercero pudiese culminar las obras en tan solo 7 meses, y no en 10, tal como se presupuestó en el Contrato, haciendo uso de todos los medios disponibles en su máxima capacidad.

106. Como fue mencionado previamente, la celeridad en la entrega de las obras fue un elemento esencial para HYDROFUERZA desde el momento inicial de la contratación [Hechos del Caso 2.2.4], es por ello que el cronograma fijado por las Partes contempló la ejecución más eficiente posible de las obras con el fin de acometer tal propósito. De esta manera, el tiempo estimado para la entrega de la obra contado a partir de un 60% (40% restante) sería de un total de 10 meses como se ilustra en la Cláusula 15.1.1 del Contrato: la finalización del 40% y entrega de la obra se habría alcanzado dentro del periodo comprendido entre el 3 de mayo de 2010 y el 1 de marzo de 2011, lo cual equivale a 10 meses.

107. Por otro lado, bajo las consideraciones anteriormente señaladas, solo era posible terminar la obra en 7 meses si la misma se encontraba por lo menos en un avance aproximado de un 70% es decir, el porcentaje que fue efectivamente estimado y alcanzado por BOULDER a 02 de julio de 2010 [Comunicaciones de 30 de junio y de 16 de agosto de 2010].

108. Así, queda demostrado que un 40% de la construcción, como asevera el MOPTI que era el faltante a 12 de septiembre de 2010, no era posible alcanzarlo en 7 meses pues, el tiempo mínimo calculado por las Partes en el Contrato y estimado en las Bases de la licitación para la culminación y entrega de las obras era de 10 meses. Por lo anterior, es claro que la obra no presentaba un retraso de tal magnitud como lo asevera el MOPTI pues de ser así, FastSolutions no habría podido entregar las obras en tan solo 7 meses. Los hechos presentados brindan sustento fáctico a la aseveración de que, de haber actuado de buena fe, HYDROFUERZA hubiese permitido a BOULDER terminar la obra.

109. Lo anterior, teniendo en cuenta además que en un correcto entendimiento de la buena fe contractual, “el derecho no es un ‘poder’ sobre la otra parte. La noción de buena fe del acreedor se define entonces como la prohibición de aprovechar abusivamente su situación de acreedor, ya sea utilizando un derecho para fines que no son los suyos, o pretendiendo, al

ejercer de esta manera, obtener ventajas desproporcionadas” [ALAIN BÉNABENT págs. 151, 152, 153 y 155]

110. Todo lo anterior, permite entonces concluir que los comportamientos llevados a cabo por HYDROFUERZA de manera arbitraria respecto de la terminación del Contrato no observaron del todo la buena fe contractual, toda vez que se busca alterar el equilibrio contractual y eliminar de un tajo el interés legítimo de BOULDER en el Contrato. No puede ser permitido que a través de la terminación unilateral arbitraria del Contrato, HYDROFUERZA se excuse injustificadamente del cumplimiento de las obligaciones a su cargo, y traslade la responsabilidad a BOULDER, teniendo conocimiento de que lo anterior llevaría a un grave deterioro y perjuicio a su contraparte.

111. Adicionalmente, HYDROFUERZA tenía conocimiento de que sin la suspensión de las obligaciones y de los plazos, sería imposible para BOULDER poder entregar anticipadamente las obras y cumplir con su expectativa de recibir el bono adicional acordado en el Contrato. Es contrario a la buena fe, que una de las partes en un contrato ejecute acciones con el único propósito o efecto de destruir el derecho de la otra parte a recibir los frutos que por virtud de la relación contractual le pertenecen [Dalton v. Educational Testing Service].

2. Principio de Cooperación

112. Adicionalmente, y en desarrollo de la inobservancia señalada por parte de HYDROFUERZA del principio de buena fe, la Demandada actuó en contra del principio de cooperación que debe regir la relación contractual entre las Partes. Ha sido señalado en los comentarios a los Principios UNIDROIT, que “un contrato no debe ser visto simplemente como el punto de encuentro de intereses contrapuestos, sino en cierta medida como un proyecto común en el que cada parte debe cooperar” [Código de comercio art. 5.1.3].

113. Ahora, estando la obligación de cooperación de las partes circunscrita o limitada por lo razonablemente esperado [SILVA ROMERO (III), págs. 10, 32], era adecuado a la realización de los intereses correlativos, como fue señalado en la Comunicación del 30 de junio de 2010 , la suspensión de los plazos y la renegociación de los mismos, de modo que tanto HYDROFUERZA como BOULDER pudieran adelantar sus obligaciones y ver realizado óptimamente su interés jurídico-económico en el Contrato, teniendo en cuenta que los acontecimientos que impidieron el cumplimiento en la forma inicialmente pactada eran ajenos a la voluntad de BOULDER.

114. Aún cuando HYDROFUERZA quisiera defender sus propios intereses, “estos sólo existen en función y en relación con los intereses de la otra parte. El contrato es un conjunto de derechos que convergen hacia un fin común. (La ‘pequeña sociedad’ de la que hablaba DEMOGUE) A esto es a lo que corresponde la idea actual de colaboración entre las partes”[CAMILLE JAUFFRENT-SPINOSI, p. 45].

115. Por el contrario, la actitud o comportamiento de HYDROFUERZA durante la ejecución del contrato fue en contra de la lealtad contractual y del principio de cooperación razonablemente esperado, contratando con un tercero sin consultar a BOULDER, terminando el Contrato injustificadamente y sin seguir el procedimiento de rigor, y trasladando la responsabilidad a BOULDER por los sobrecostos de una contratación innecesaria y arbitraria.

C. BOULDER no está obligado a asumir los costos de la contratación de FastSolutions

116. Tras la resolución indebida del contrato por parte de HYDROFUERZA y la acusación por parte de ésta que BOULDER debe asumir los costos de la contratación de FastSolutions, es claro que, en concordancia con la cláusula 13.1.2 del contrato, BOULDER estará obligado a asumir los costos de las obras realizadas por un tercero única y exclusivamente bajo determinadas condiciones. El clausulado del Contrato establece que BOULDER asumirá el costo en el caso en que (i) no exista un avance sustancial por más de dos meses en la obra y (ii) siempre que esta parálisis sea responsabilidad de BOULDER o ésta no haya asumido medidas razonables. Considerando que ninguno de los requisitos fácticos para la responsabilidad de BOULDER frente a los pagos a FastSolutions se presentó bajo los hechos de este caso, no existe sustento alguno para que HIDROFUERZA pretenda reclamar cualquier cobro en este sentido. A continuación, se expondrá en detalle las razones que sustentan la inexistencia de la obligación reclamada por HIDROFUERZA.

1. La obra no estaba paralizada en los términos de la Clausula 13.1.2 del Contrato

117. Acorde con los términos del Contrato en su cláusula 13.1.2, se esta frente a una parálisis cuando no se presenta un avance sustancial en la obra por mas de dos meses. Frente a esto es claro como se expreso mediante carta de BOULDER a HYDROFUERZA enviada el 30 de junio de 2010, y en atención a lo ya expresado respecto de los hechos constitutivos de fuerza mayor, se presentó una imposibilidad sobreviniente que afecto el normal desarrollo de las obras.

118. No obstante la situación de orden público, BOULDER realizó todas aquellas conductas tendientes al pre avance de obras futuras para continuar ejecutando las obras en la medida de lo razonablemente posible, estimando así que el grado de avance para el 02 de julio estaría en 74% como efectivamente ocurrió [Comunicaciones de 30 de junio de 2010 y 16 de agosto de 2010].

119. De igual manera, en la comunicación del 16 Agosto de 2010 que BOULDER envió a HYDROFUERZA, se deja constancia que el plan de contingencia adoptado por la Demandante conllevó a un avance superior al 70% de las obras, pero que ni el MOPTI, ni HYDROFUERZA estuvieron dispuestas a recibirlos.

120. En conclusión, en el presente caso no se configura el primer supuesto de hecho señalado en la cláusula 13.1.2 del contrato respecto de la falta de avance sustancial en las obras.

2. En caso de considerar que hubo atrasos, dichos atrasos no son imputables BOULDER

121. Respecto del segundo supuesto contenido en la cláusula 13.1.2 del Contrato, hay que mencionar que los atrasos no son imputables a BOULDER y por tanto esta eximido de responsabilidad alguna producto de la operancia de una fuerza mayor como se explicó anteriormente [supra § 65].

122. Los atrasos ocurridos en la ejecución de las obras de ninguna son imputables a HYDROFUERZA y/o al Estado de Costa dorada y en todo caso no son imputables a BOULDER.

123. Prueba de lo anterior, fue la inactividad de las autoridades de Costa Dorada para superar los bloqueos. El gobierno regional, cuya máxima autoridad es el Gobernador Paul Monasterio, estaba en posibilidad de ejercer las medidas necesarias para restablecer el orden público y detener las protestas. Así se desprende de la columna de “El Malpensante” en donde su autor menciona que el Gobernador no actuó pues generaría un efecto negativo en la opinión pública, lo cual afectaría su candidatura como Primer Ministro en las siguientes elecciones.

124. De igual forma, el Gobierno del nivel Nacional estaba en capacidad y contaba con los medios para restablecer el orden público, pues la misma ley del Estado lo habilitaba para ello. No obstante, haciendo caso omiso de sus propias disposiciones legales, el Estado de Costa Dorada no despejó a los manifestantes, ocasionando un detrimento para BOULDER como

contratista y para la población civil, pues la demanda eléctrica requería con urgencia la construcción de una Central a gran escala [Hechos del Caso 2.1.8, 2.6.6].

125. Como resultado, se evidencia que el Estado de Costa Dorada estaba tenía la posibilidad de intervenir para remediar la situación de orden público que se estaba presentando pero no lo hizo.

3. BOULDER adopto las medidas razonables

126. En lo que respecta al uso de medidas razonables durante las manifestaciones, BOULDER realizó las comunicaciones pertinentes y tomó las medidas necesarias para conjurar las dificultades que se presentaron, tal y como consta en la comunicación enviada a HYDROFUERZA el 30 de junio de 2010.

127. Teniendo en cuenta la magnitud de los disturbios y de los bloqueos de la única carreta de acceso a Valle Penuria, era fácticamente imposible que BOULDER continuara ejecutando las obras como se habían pactado inicialmente por las Partes en el Contrato [Hechos del Caso 2.6.1].

128. Lo anterior, tiene un sustento en la máxima conocida como “nadie esta obligado a lo imposible” recogida así mismo en el Código de Comercio en su artículo 7.2.2. Esta norma trae dos supuestos en los que opera: cuando existe una imposibilidad de hecho o una imposibilidad de derecho.

129. En el presente caso nos encontramos en una imposibilidad de hecho pues como ya se ha explicado ampliamente, los manifestantes impidieron el paso de vehículos pesados y otra maquinaria, lo cual era necesario para poder continuar ejecutando las obras en de acuerdo a lo acordado [Hechos del caso 2.6.1 y 2.6.2].

130. De esta manera, al no cumplirse ninguno de los dos supuestos contenidos en la cláusula 13.1.2 del Contrato, no se produce la consecuencia o efecto jurídico contemplado en el mismo precepto contractual cual es la asunción por parte de BOULDER de los costos de finalización y/o terminación de las obras por un tercero.

D. BOULDER tiene derecho a reclamar el pago de los hitos 11 y siguientes a título de indemnización de perjuicios

131. Una de las obligaciones a cargo de HYDROFUERZA consignadas en el Contrato en la cláusula 14.1.3 como ya se mencionó era el pago del 2% en la facturación por electricidad generada por La Hidroeléctrica por un lapso de 10 años después de la entrega de la obras.

132. De esta manera, BOULDER esta legitimado y tiene derecho a reclamar de HYDROFUERZA el pago de los hitos 11 y siguientes al igual que el mencionado 2% correspondiente a la facturación por electricidad debido a que HYDROFUERZA incumplió el Contrato al darlo por terminado de manera unilateral e injustificada pues, i) no se configuró ninguna de las causales previstas para ellos en el Contrato ii) ni agoto en debida forma el procedimiento previsto en el mismo para tal efecto.

133. El Código de Comercio de Costa Dorada en su artículo 7.4.1 dispone que como consecuencia del incumplimiento, la parte perjudicada tiene derecho a una reparación integral, el cual cubre tanto las pérdidas sufrida como el lucro cesante. Adicionalmente dispone el artículo en mención que “cualquier incumplimiento otorga a la parte perjudicada derecho al resarcimiento, bien exclusivamente o en concurrencia con otros remedios, salvo que el incumplimiento sea excusable conforme a estos Principios" [Código de Comercio, art7.4.1].

134. Una vez se demuestra el incumplimiento parte de la Demandada, BOULDER derecho en virtud a lo pactado en el Contrato a obtener los pagos de los hitos enunciados. Por lo tanto, debe el Tribunal reconocer a título de indemnización de perjuicios las ganancias de las que las que se vio privada. Lo anterior con fundamento en el artículo 7.4.2, siendo el pago de los hitos y el porcentaje que le correspondía en la facturación lo que BOULDER esperaba obtener tras el cumplimiento del contrato. Sumado a lo anterior y al cumplir todas las obligaciones a su cargo, y estar en capacidad de cumplir con la totalidad de las obligaciones en los términos que se han expuesto en el presente memorial BOULDER BOULDER esta legitimado para solicitar el resarcimiento compuesto por el pago de los hitos 11 y siguientes y el 2% de la facturación por energía durante los siguientes diez años.

IV. EL ESTADO DE COSTA DORADA ES SOLIDARIAMENTE RESPONSABLE POR LOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES Y DAÑOS SOBREVINIENTES CAUSADOS A BOULDER.

135. La solidaridad como instituto propio de la teoría general de las obligaciones, tiene como elementos constitutivos la existencia de una sola prestación y la pluralidad de sujetos y vínculos jurídicos en relación con ésta [LARENZ, pág.504].

136. En el presente caso, el Estado de Costa Dorada a través del MOPTI es solidariamente responsable: porque i) actúa a través del MOPTI y ejerce un control efectivo sobre HYDROFUERZA; ii) asumió obligaciones en el contrato e iii) intervino activamente en la adjudicación, celebración, ejecución y terminación unilateral del Contrato.

A. El Estado de Costa Dorada es solidariamente responsable porque actúa a través del MOPTI y ejerce un control efectivo sobre HYDROFUERZA

1. El MOPTI es el ente fiscalizador del Estado de Costa Dorada

137. Debe entenderse, en consonancia con el planteamiento de la parte Demandante [Hechos del Caso 5.1.1.] que el MOPTI es un simple instrumento del Estado de Costa Dorada en relación con el Contrato. Ello puede inferirse, claramente de los hechos que se exponen brevemente a seguir.

138. La motivación real para proceder a la celebración del Contrato obedece a razones de necesidad pública propias del gobierno de Costa Dorada [Hechos del Caso 2.1.6.], quien valoró que la labor realizada por HYDROFUERZA hasta ese entonces no era suficiente para el problema de orden público que en contexto nacional e internacional se estaba presentando. Lo anterior conllevó a que a través del MOPTI se realizara un procedimiento de selección de un contratista, que conllevó a la posterior celebración del Contrato [Hechos del Caso 2.1.10].

139. Por lo anterior, debe entenderse toda mención al MOPTI como una mención al Estado de Costa Dorada mismo, quien actúa a través de esta agencia suya en razón a los móviles que lo llevaron a que efectivamente se celebrara el Contrato que materializaría el proyecto de la Hidroeléctrica.

2. El Estado de Costa dorada ejerce un control efectivo sobre HYDROFUERZA

140. En el caso que ocupa este procedimiento arbitral, hay una relación de subordinación entre el Estado de Costa Dorada (controlante) e HYDROFUERZA (controlada). Ésta última es una sociedad con participación accionaria estatal del 100% [Hechos del Caso 1.2.], y en su Junta Directiva el Ministro de Obras Públicas tiene asiento y poder de veto [Hecho del Caso 2.4.3.]. Esto último significa que el control negativo de HYDROFUERZA le corresponde completamente al Estado de Costa Dorada.

141. Además, HYDROFUERZA es un instrumento (*instrumentality*) de Costa Dorada por la activa intervención que ya hemos señalado [Supra § 137/infra §§143 y ss]. Esta posición

determinante hace que para extraños al Contrato y para el Contratista mismo, Costa Dorada e HYDROFUERZA se confundan en uno solo, con lo cual puede predicarse válidamente su responsabilidad frente al incumplimiento del Contrato de conformidad con los Planteos de las Partes [Hechos del Caso 5.].

142. Los intereses reales, entonces, corresponden realmente al Estado de Costa Dorada, en la medida en que son sus necesidades públicas los móviles efectivos causa de su celebración y ejecución [H.C. 2.1.1. a 2.1.9.]. Con ello queda íntegramente demostrado que es la instrumentalización del controlado por el controlante, quien es a quien realmente concierne el contrato objeto de disputa [FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN §§ 500-501].

B. El Estado de Costa Dorada está vinculado obligacionalmente al Contrato.

143. El Estado de Costa Dorada debe ser declarado responsable respecto del pago de las obligaciones e indemnización por los perjuicios ocasionados a BOULDER, en la medida en que el MOPTI es titular de la relación jurídica por recaer sobre él obligaciones fundamentales para la recta y debida ejecución del Contrato, entre las cuales se destacan la provisión de fondos y la fiscalización, que en última medida es lo que permite efectivamente la comprobación de avance de la obra.

144. La titularidad de sus obligaciones se evidencia claramente a través de los siguientes compromisos obligacionales que se derivan tanto del texto del Contrato como de la actitud que ha tenido el MOPTI en relación con los tratos pre-negociales, la celebración y la ejecución del mismo.

1. Provisión de los recursos económicos para la realización de la obra

145. El MOPTI, es la entidad a través de la cual el Estado de Costa Dorada se ha obligado directamente en relación con el Contrato y quien estuvo comprometido a proveer a HYDROFUERZA de los fondos suficientes para pagar al contratista. En últimas, esto significa que el verdaderamente obligado a proveer de recursos suficientes para satisfacer la contraprestación de BOULDER es el MOPTI.

146. Esta obligación de proveer de fondos suficientes a HYDROFUERZA para realizar los pagos quedó consignada en el Contrato [Hechos del Caso 2.2.5; Cláusula del Contrato 12.1. y 14.1.2].

147. Es necesario aclarar, como precisión adicional, que debe entenderse que la obligación del MOPTI no consistía en la provisión de fondos a discreción de éste, sino de conformidad con el Contrato, en especial con el Cronograma de obras [Cláusula del Contrato 15.1.1] y de las legítimas expectativas de BOULDER a recibir una remuneración en dólares de los Estados Unidos de América [Cláusula del Contrato 14.1.2], tal como se expone más adelante en el presente memorial [supra §§69 y ss]. Lo anterior significa que esta obligación a cargo del Estado de Costa Dorada está completamente disciplinada por las reglas del Contrato.

2. Fiscalización

148. El MOPTI fue establecido como el ente fiscalizador de la ejecución del Contrato, y ello se manifestó tanto en las Bases de la Licitación Pública como en el Contrato mismo [Hechos del Caso 2.2.3.].

149. En el clausulado de éste último, se le atribuye formalmente la calidad de fiscalizador [Cláusula del Contrato 2.1.1.4], la cual desarrollará a través de las facultades conferidas para inspeccionar y fiscalizar el avance de las obras y revisar los aspectos económicos y financieros del Contrato. Además, hay que resaltar que el MOPTI, de conformidad con el Contrato, tenía la facultad de requerir en cualquier momento a BOULDER en relación con el cumplimiento de las obras [Cláusula del Contrato 11.1].

150. Ninguna dependencia del MOPTI u otra forma especial de cumplimiento de esta obligación quedó pactada en el Contrato. Sin embargo, debe entenderse por las prácticas que se establecieron y los actos ejecutados por éste [Código de Comercio, art. 4.3 (b) y (c)] que la valoración del avance y ejecución de la obra estaba en cabeza del Consejo Técnico del MOPTI. Esta dependencia, como se explicará más adelante [supra § 102 y ss.] fue la encargada de valorar las fases de ejecución del Contrato y de dictaminar el estado de avance de la obra, conforme puede apreciarse de las circunstancias de ejecución de la misma. [Hechos del Caso 2.9.1. y 2.9.2.].

151. Es necesario aclarar que la fiscalización y verificación de avance y de aspectos económicos y financieros del Contrato constituye una verdadera obligación y no una simple regla contractual, en la medida en que exige por parte del MOPTI una serie de prestaciones positivas exigibles de acuerdo con lo pactado por las Partes, de las cuales, entre otras, dependía expresamente la posibilidad de llevar a cabo el pago de la obra de conformidad con el Cronograma establecido en el Contrato [Cláusula del Contrato 14.1.2].

C. El Estado de Costa Dorada manifestó su voluntad de obligarse conforme a lo pactado

152. La manifestación de la voluntad de obligarse por un contrato puede darse de cualquier forma que resulte clara para que la mencionada voluntad se entienda dada [Código de Comercio, art. 2.1.1.]. El eje central de la discusión será entonces determinar si en la relación jurídica que aquí se discute el Estado de Costa Dorada, a través del MOPTI, puede catalogarse como titular, agente, y receptor de los efectos de la relación jurídica que si bien al tenor literal del Contrato sólo se celebró entre BOULDER e HYDROFUERZA, cobija a aquél también.

153. En esos términos, ha de concluirse que el MOPTI ha consentido en el presente acuerdo, no solamente porque su conducta ha sido suficientemente clara para manifestar su consentimiento, sino porque esta manifestación ha tenido como consecuencia el asumir por su parte, y de forma directa, obligaciones que han quedado consignadas en el Contrato. En efecto, el MOPTI suscribió el presente Contrato a través de HYDROFUERZA, quien actuó como su representante en razón al poder especial que le fue conferido por el señor Ministro de Obras Públicas [Cláusula del Contrato 2.1.1.2].

154. Adicionalmente, y como si lo anterior no fuese suficiente, es pertinente señalar que este tribunal debe considerar la regla sentada por el Tribunal de Arbitraje en la decisión del caso PYRAMIDS [ICC N°. 3493] en la cual la actitud de los agentes del Estado distintos a los de la entidad signataria, fue considerada suficiente en relación con el consentimiento del Estado, puesto que la utilización de palabras como “aceptación”, “aprobación”, u otras similares, daban razonablemente a entender que el Estado, había extendido las obligaciones derivadas del contrato a su esfera (el pacto arbitral inclusive), siendo, por lo tanto, procedente que el tribunal se pronunciase en relación con la responsabilidad contractual del mismo en estas situaciones.

155. Los actos que permiten inferir de modo razonable la vinculación del Estado de Costa Dorada, además de la manifestación expresa que realizó el MOPTI de consentir en obligarse en razón del poder otorgado a HYDROFUERZA, parte signataria del Contrato, son que adicionalmente, el ente estatal asumió obligaciones en relación con la ejecución del Contrato [Hechos del Caso 2.2.3., 2.2.5., 2.9.1. y ss.], una vez el señor Ministro de Obras Públicas, Infraestructura y Transporte hubiera refrendado el mismo [Cláusula del Contrato 36.2], con lo cual, se consolida a todas luces la calidad de parte del MOPTI. Es menester, en este punto, recordar que el diccionario de la Real Academia Española define de forma principal la palabra

refrendar como el acto de “Autorizar un despacho u otro documento por medio de la firma de persona hábil para ello” [RAE].

156. Por otra parte, el MOPTI es agente de la relación jurídica, en la medida en que desarrolla actos en pro de la materialización de los efectos de las obligaciones que surgen del Contrato, como lo es claramente el (i) entablar conversaciones con BOULDER en relación con la ejecución del mismo [Hechos del Caso 2.3.3], (ii) participar en la toma de decisiones fundamentales derivadas de la ejecución del Contrato, como lo es la determinación del pago en Espadas [Hechos del Caso 2.4.3], o la recomendación de tomar medidas urgentes para asegurar la entrega de las obras en un plazo cercano a su fecha original [Hechos del Caso 2.9.1.], y (iii) ratificar el acto de terminación del Contrato realizado por HYDROFUERZA [Hechos del Caso 2.9.4.].

157. Todo lo anterior permite entonces inferir que el MOPTI, y a través de éste, el Estado de Costa Dorada es receptor de los efectos del Contrato, ya que como se ha visto, por su participación directa en la celebración del mismo y el asumir de forma inmediata obligaciones de las cuales depende la materialización de su objeto, éste se ha convertido en un garante de la ejecución del mismo en su calidad de Parte.

158. Lo anterior nos lleva a concluir con absoluta certeza que el Estado de Costa Dorada es responsable por actuar a través del MOPTI como parte en sentido formal y material [CARNELUTTI, pág.176] lo cual hace prosperar el planteamiento que lo concierne. Lo anterior en la medida en que no cabe ninguna duda que Costa Dorada es parte desde el punto de vista procesal, ya que este carácter deviene del hecho de que se reclame en su nombre la actuación del derecho o se solicite que en su contra se actúe el Derecho [CHIOVENDA, pág. 6]. En el presente caso, una de las pretensiones respecto de las cuales el tribunal ostenta plena competencia [§2 Aclaraciones] es precisamente que se declare solidariamente responsable al Estado de Costa Dorada, quien ha actuado en este caso a través de este Ministerio. [Hechos del Caso 5.1.1 (iv)]. Se complementa lo ya expuesto con el hecho de que “el grupo de sujetos que ocupa una misma posición en una relación o en una actuación jurídica: titular de aquella, agente de esta y receptor de sus efectos” [HINESTROZA (II), pág. 25]. De ahí que la noción de parte deba entenderse también en un sentido material y no simplemente formal, y el hecho de ser signatario en tal calidad es simplemente un hecho más que ratifica o no de un documento contentivo del negocio pueda ser accesorio o meramente casual frente a esta condición.

159. La decisión anteriormente citada y los Hechos del Caso que nos ocupan guardan enorme similitud con los hechos que fueron fuente de la expedición del laudo arbitral en el caso Pirámides. En este caso se debatió el alcance que tiene la firma de un ministro (sea cual fuere la calidad que esta firma ostente en el texto del mismo) y si ésta efectivamente compromete al Estado frente al contratista extranjero. Sobre la materia, debe considerarse que existe un precedente internacional que resulta plenamente aplicable al caso que aquí se analiza [CCI No. 3493]

160. Los supuestos de hecho que deben resaltarse son: (i) La existencia de contratos entre “EGOTH”, una empresa estatal egipcia, y dos empresas extranjeras; uno de ellos contenía una cláusula compromisoria y el otro no; (ii) el Estado de Egipto era un tercero en el contrato, sin embargo lo firmó (bajo la aclaración “approved, agreed and ratified”) y (iii) el ministro de turismo era el presidente de la junta directiva de EGOTH.

161. Al respecto, el Tribunal de Gran Instancia de París, al revisar el recurso de anulación contra ese laudo, y acogiendo los argumentos que sostuvieron los árbitros al declararse competentes para resolver el litigio frente al Estado mismo, estableció que “la firma del ministerio de turismo indica la voluntad del Estado de obligarse mediante el contrato, sea que el ministerio se haya comprometido en su calidad de presidente de la asamblea de accionistas de la compañía estatal o en tanto que como autoridad de tutela haya aprobado el contrato. Adicionalmente acoge un argumento del demandante según el cual éste solo hubiera firmado el contrato si el estado también lo hubiera hecho” [RAMBAUD pág. 515].

162. Hay que recordar que en el presente caso el Ministro de Obras también aprueba el contrato y lo refrenda [Cláusula del Contrato 2.1.1.3. y 36.2]. Además de ello, el Señor ministro también ocupa una silla con poder de veto en la junta directiva de HYDROFUERZA [Hechos del Caso 2.4.3.]. Lo anterior, hace aplicable bajo los mismos argumentos expuestos tanto por el Tribunal como por los árbitros, de la declaratoria de responsabilidad del Estado de Costa Dorada en relación con el incumplimiento del contrato. Se colige necesariamente que en este caso, estamos frente a una unidad material del Estado de Costa Dorada y de HIDROFUERZA, que no permite alegar separación o diferenciación de su personería jurídica, por todo lo aquí señalado, que convierten al Estado, a través del MOPTI, responsable en igual grado por el cumplimiento del Contrato.

D. Adicionalmente el Estado de Costa Dorada, por su actos, se encuentra vinculado al Contrato

163. Las Partes han determinado expresamente que la ley de Costa Dorada es la ley aplicable al fondo del litigio [Hechos del Caso 4.1.1. y Cláusula del Contrato 35.2, supra § 2]. Por ello es necesario precisar que los árbitros no pueden pasar de largo que desestimar el planteo realizado en contra del Estado de Consta Dorada, no solo sería validar una conducta desleal, sino violatoria del principio “*venire contra factum proprium*” [Código de Comercio, art.1.8] pues al prestar su consentimiento Costa Dorada ha suscitado en su contraparte un entendimiento razonable según el cual éste también se encontraba obligado y vinculado por el Contrato. Lo anterior no sólo se sostiene en la serie de actos que revelan una constante participación del Estado de Costa Dorada en todas las fases del Contrato.

164. En efecto, ha sido el Estado quien motivó su celebración con motivo de sus evaluaciones de las necesidades públicas que rodean la Hidroeléctrica [Hechos del Caso 2.1.6. y ss.]. Así mismo, ha sido éste quien ha iniciado el proceso de licitación pública para escoger al contratista realizador del Proyecto [Hechos del Caso 2.1.10.] y escogiendo a su turno a BOULDER como contratista [Hechos del Caso 2.1.12]. Además de esta participación en la etapa precontractual, también participa activamente en toda la fase de ejecución del Contrato [supra §§145], como también del acto mismo de terminación [supra §§156].

165. Por lo anterior, desvincular de sus obligaciones al Estado de Costa Dorada no se compadece de sus actuaciones dentro del negocio, y, en consecuencia, debe accederse a lo pedido por la parte demandante.

PETITORIO

BOULDER, actuando como demandante en el presente proceso arbitral, reclama de HYDROFUERZA la indemnización de los perjuicios causados por los supuestos incumplimientos por parte de HYDROFUERZA de sus obligaciones contractuales, especialmente:

- 1) La realización de pagos en una forma no estipulada en el Contrato o en su aplicación práctica;
- 2) La rescisión o terminación sin causa del Contrato por parte de HYDROFUERZA, sin que hayan existido incumplimientos imputables a BOULDER, toda vez que los atrasos fueron imputables a HYDROFUERZA y/o al Estado de Costa Dorada o, en el mejor de los casos, no fueron imputables a BOULDER.
- 3) La falta de pago por parte de HYDROFUERZA del saldo de precio del Contrato, correspondiente a los Hitos N° 11 y siguientes.
- 4) El Estado de Costa Dorada es solidariamente responsable por los incumplimientos contractuales y daños sobrevinientes causados a BOULDER.

DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD

Por medio de la presente, declaramos que la memoria enviada ha sido escrita integralmente por los estudiantes miembros del equipo de la Universidad identificada por los Organizadores como el Equipo N° 17, en los términos previstos en el artículo 56 de las Reglas de la Competencia.”