

V COMPETENCIA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE

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

SEPTIEMBRE DE 2012

MEMORIAL DE LA PARTE DEMANDADA

EN NOMBRE DE :

CONTRA:

HYDROFUERZA S.A.

BOULDER S.A.

CALLE RIVERA N° 5687

AVENIDA GOLF N° 2354

PUERTO MADRE, COSTA DORADA

PEONIA, MARMITANIA

DEMANDANTE

DEMANDADO

TABLA DE CONTENIDO

LISTA DE ABREVIATURAS.....	iv
LISTA DE AUTORIDADES	vii
RELACIÓN DE HECHOS	1
SINTESIS DE LOS ARGUMENTOS	4
ARGUMENTOS SOBRE EL FONDO DE LA DISPUTA	6
I. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL.....	6
II. HYDROFUERZA NO INCUMPLIÓ EL CONTRATO PUES REALIZÓ LOS PAGOS DE ACUERDO CON LO PACTADO POR LAS PARTES Y CUMPLIÓ CON LA ENTREGA DE LOS PERMISOS AMBIENTALES.....	6
A. El pago fue realizado por HYDROFUERZA en el lugar adecuado a lo pactado por las Partes.....	6
B. El pago en Espadas es válido de acuerdo con lo pactado por las Partes en la Cláusula 14.1.2 del Contrato.	8
C. HYDROFUERZA no actuó en contra de la máxima “venire contra factum proprium” ..	10
D. HYDROFUERZA cumplió con su obligación de obtención de permisos y licencias ambientales según lo pactado en el Contrato	11
1. HYDROFUERZA obtuvo de forma adecuada los permisos requeridos por el Contrato.....	11
2. No hay resolución o sentencia que declare que los permisos fueron insuficientes o deficientes.	12
III. LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO Y LA CONTRATACIÓN DE FAST SOLUTIONS ESTABA JUSTIFICADA PORQUE BOULDER INCUMPLIÓ EL CONTRATO.....	13
A. La terminación del Contrato por parte de HYDROFUERZA fue justificada	13
1. Se configuraron las causales 25.1.1 y 25.1.5 previstas en el Contrato para la terminación del mismo.....	13
a. BOULDER incumplió con sus obligaciones.....	14
1) BOULDER incumplió con el Cronograma de obra estipulado por las Partes.....	14
2) Las paralizaciones no son excusables porque corresponden a un hecho imputable a BOULDER 16	
3) En caso de que la paralización no sea imputable a BOULDER, aun así existe un incumplimiento	18
b. El incumplimiento de BOULDER fue esencial	19

c. BOULDER no subsano su incumplimiento de manera oportuna.....	21
2. HYDROFUERZA cumplió con el procedimiento señalado en la Cláusula 26.1 del Contrato	22
B. HYDROFUERZA está legitimada para exigir de BOULDER los sobrecostos generados por la contratación de Fastsolutions.....	24
1. Las obras estaban paralizadas pues no hubo avance sustancial por más de dos meses	24
2. BOULDER es responsable por dicha paralización	25
3. Aun si hubiere acontecido la fuerza mayor alegada por BOULDER, existió un atraso sustancial e HYDROFUERZA está legitimada para contratar un tercero.....	26
IV. BOULDER NO TIENE DERECHO AL PAGO DE LOS HITOS 11 Y SIGUIENTES, AL RECONOCIMIENTO DEL 2% DE LA FACTURACIÓN NI A LA BONIFICACIÓN POR ENTREGA ANTICIPADA DE LA OBRA	27
A. Las obligaciones de pago mencionadas a cargo de HYDROFUERZA nunca se hicieron exigibles	27
B. HYDROFUERZA no es responsable de dichos pagos a título de indemnización de perjuicios.....	29
V. EL ESTADO DE COSTA DORADA NO ES RESPONSABLE SOLIDARIAMENTE DE LAS RECLAMACIONES DE BOULDER.....	29
A. El Estado de Costa Dorada no interviene como parte en el Contrato.....	31
1. El Estado de Costa Dorada no es titular de derechos ni obligaciones en el Contrato	31
2. Las menciones a las obligaciones del MOPTI corresponden a un modelo de Cláusula “de porte-fort”	32
3. No puede desconocerse la personería Jurídica de HYDROFUERZA	33
B. El Estado de Costa Dorada no ha pactado ninguna obligación solidaria con BOULDER	35
1. No existe pluralidad de sujetos en las obligaciones surgidas del Contrato	36
2. No existe una norma que fundamente la solidaridad	37
3. No existe acuerdo que dé origen a la solidaridad.....	37
4. La sentencia o laudo no son fuentes de obligaciones solidarias en el plano contractual	38
PETITORIO.....	40
DECLARACIÓN DE AUTENTICIDAD	42

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	Cláusula 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

La Demandante	Boulder Dam S.A.
La 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	§ / §§
BETTI	Emilio Betti. Teoría general del negocio jurídico. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado. 1959.	133
CLEMENTE	Mario E. Clemente Meoro. La facultad de resolver los contratos por incumplimiento. Valencia: Tirant lo Blanch- 1998.	
COMENTARIOS	Obra colectiva. Comentarios a los principios de unidroit para los contraos del comercio internacional. Pamplona: Arazandi. 1999.	71
DIEZ	Manuel María Diez. Derecho Administrativo. Responsabilidad. Recursos (Tomo V).. Buenos Aires: Plus Ultra. 1971	128
DIEZ PICAZO	Luis Diez Picazo E. Roca Trias. A. M. Morales. Los principios del derecho europeo de contratos. Madrid: Civitas.2002.	
EMANUEL	Steven L. Emanuel y Steven Knowles. Contracts law outline. Lachmont: Emanuel publishing Corp.	116
ENNECCERUS	Enneccerus. Tratado de Derecho Civil Alemán 2 tomos 1-2; Parte General, Editorial Bosch, (trad. Nipperdey, Barcelona, 1950)	22

ESLAVA	Manuela Eslava Rodríguez. “Contratos Públicos” en Contratos Internacionales. (Alfonso Calvo. Luis Fernández de la Gándara Dir.). Madrid: Tecnos. 1997	164
GALGANO	Francesco Galgano. El negocio jurídico. Valencia: Tirant lo Blanch. 1992	163
GIORGI	Jorge Giorgi. Teoría de las Obligaciones. Guadalajara: Editorial Reus. 1969.	151, 152
GUILARTE	Vicente Guilarte Gutiérrez. “Efectos de cosa juzgada del laudo arbitral” en Evelio Verdera y Tuells y José Carlos Fernández Rozas (eds), Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones, (IproLex 2011 Volumen 4 parte1)	169
HANOTIAU	Bernard Hanotiau. Complex Arbitrations: Multiparty, Chapter II: May an Arbitration Clause be Extended to Non-signatories: Individuals, States or Other Companies of the Group? in Multicontr. Legis, act, Multi-Issue and Class Actions,(Kluwer Law International 2006) pp. 49 - 100	142
LARENZ	Karl Larenz. Derecho de las Obligaciones.Tomo I. Editorial Revista de derecho privado. Madrid. 1958.	152

LARROUMET	Christian Larroumet. Teoría General del Contrato (Tomos I y II). Bogotá: Temis. 1993.	132, 166
LARROUMET (II)	Christian Larroumet. “La causa extraña” en los Contratos en el derecho privado. Bogotá; Legis. 2009	
LÓPEZ MESA	Marcelo López Mesa. La Doctrina De Los Actos Propios: Esencia y Requisitos de Aplicación. Vniversitas, núm. 119, julio-diciembre, 2009 Pontificia Universidad Javeriana	23
MAYER	Otto Mayer. Derecho Administrativo Alemán. Parte General (Tomo I). Buenos Aires: Depalma. 1982	128
MELICH-ORSINI	José Melich – Orsini. Doctrina General del Contrato. Caracas: Jurídica Venezolana. 1985	
MESSINEO	Francesco Messineo. Doctrina General del Contrato. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa América. 1952	133
SIERRALTA	Aníbal Sierralta Rios. Negociación y Contratación Internacional (teoría y Casos). Lima: Legis. 2007	164
TAMAYO	Alberto Tamayo Lombana. Manual de Obligaciones. Editorial Temis S.A. 1997 Santa Fe de Bogotá.	29

WEILL & TERRÉ	Alex Weill et François Terré. Droit civil. Les Obligations.. 2e edition. Paris : Dalloz. 1975	139, 151
---------------	---	----------

LAUDOS Y JURISPRUDENCIA

ABREVIATURA	REFERENCIA	§ / §§
ICC 8486	ARNALDEZ, Jean-Jacques. « Collection of ICC arbitral awards, 1996 - 2000 : recueil des sentences arbitrales de la CCI » París, ICC Publishing. 2003. ICC, Arbitration case No. 8486, September (1996)	19
SENTENCIA DE ANULACIÓN DEL 23 DE JUNIO DE 2010	Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo Español del 23 de junio de 2010	168

RELACIÓN DE HECHOS

SEPTIEMBRE DE 2007. El Estado de Costa Dorada decidió, en vista de las necesidades de su población, mercado y potencial exportador y en el marco de una crisis energética, a través del MOPTI, realizar una licitación pública para que distintas empresas presentaran sus ofertas técnicas y económicas para la construcción y operación del Proyecto de Construcción y Operación de la Central Hidroeléctrica Heráclito.

El monto estimado del valor de esta obra fue de 3.000 millones de Espadas, moneda oficial de Costa Dorada, libremente convertible y equivalente a USD 1500 millones.

Las Bases de la Licitación Pública contemplaban que HYDROFUERZA se encargaría de obtener todas las autorizaciones y permisos necesarios para la construcción del proyecto, mientras que la empresa adjudicataria se encargaría de realizar todas las obras civiles necesarias para poner en marcha la Hidroeléctrica.

Las Partes acordaron que el MOPTI, como tercero, sería el ente fiscalizador del Contrato. Dentro de sus facultades, conocidas desde el procedimiento de licitación por BOULDER, se encontraba la de requerir formalmente el cumplimiento de las obras en caso que éste estimara que no se estaba cumpliendo con los hitos establecidos en el cronograma de obras del Contrato.

12 DE MAYO DE 2008. De las propuestas económicas y técnicas presentadas, por su demostrada capacidad en obras civiles, fue escogida aquella presentada por la empresa BOULDER, la cual ascendía a 1.100 millones de USD.

12 DE AGOSTO DE 2008. Se celebra el Contrato entre HYDROFUERZA y BOULDER, la empresa adjudicataria. Dentro del texto de las Bases y del Contrato, se destaca que la primera pagaría a BOULDER la suma equivalente a USD 100 millones a partir del hito 5 de conformidad con el cronograma del Contrato y la fiscalización del MOPTI. El cumplimiento del plazo de entrega de las obras en cada una de las etapas era uno de los aspectos esenciales del cumplimiento del Contrato.

29 DE OCTUBRE DE 2008. HYDROFUERZA cumplió con la obtención de permisos en el término estipulado, con lo cual, el inicio de ejecución de las obras a cargo de BOULDER pudo realizarse según el cronograma pactado por las Partes.

29 DE MAYO DE 2009. HYDROFUERZA envía una comunicación a BOULDER en la cual le informa sobre hallazgos que indican un incumplimiento por su parte y ponen en riesgo la entrega a tiempo del hito 5.

2 DE JULIO DE 2009. A pesar de lo advertido por HYDROFUERZA, se realiza el primer pago de un monto equivalente a USD 100.00.000.00 en la cuenta corriente de BOULDER en Marmitania, correspondiente al hito 5.

2 de septiembre de 2009. HYDROFUERZA realiza el pago de un monto equivalente USD 100.00.000.00 en la cuenta corriente de BOULDER en Marmitania, correspondiente al hito 6.

3 DE NOVIEMBRE DE 2009. HYDROFUERZA realiza el pago de un monto equivalente USD 100.00.000.00 en la cuenta corriente de BOULDER en Marmitania, correspondiente al hito 7.

15 DE DICIEMBRE DE 2009. HYDROFUERZA se dirige mediante comunicación escrita a BOULDER en la cual pone de presente el peligro de incumplimiento frente al cronograma para la entrega el hito 8.

5 DE ENERO DE 2010 A 4 DE MAYO DE 2010. Habiéndose realizado los tres primeros pagos mediante depósito en la cuenta mantenida por BOULDER en su país de origen, HYDROFUERZA realizó, de conformidad con lo señalado en el Contrato, los pagos correspondientes a los hitos 8, 9 y 10.

5 DE ABRIL DE 2010. Es expedido el Decreto 003 de 2010 del Gobierno de Costa Dorada, que es expedido para "(...) blindar al estado de Costa Dorada contra los choques externos y crisis financieras internacionales y prevenir el aumento del déficit fiscal salvaguardando las divisas", y cuyo texto respalda la forma de pago de los hitos 8, 9 y 10 realizados por HYDROFUERZA

16 DE JUNIO DE 2010. Se da inicio a los bloqueos en la carretera de acceso a las obras en Valle Penuria.

2 DE JULIO DE 2010. Con ocasión del incumplimiento por parte de BOULDER respecto del avance requerido según el cronograma, el pago correspondiente del hito 11 no fue realizado por HYDROFUERZA, razones que son manifestadas en Comunicación del 18 de agosto de 2010.

21 DE AGOSTO DE 2010. Los bloqueos en la obra cesan definitivamente.

3 DE SEPTIEMBRE DE 2010. El incumplimiento se prolonga hasta la fecha de entrega del hito 12, momento para el cual la obra debía estar terminada en un 80%, por lo que HYDROFUERZA no realiza el pago.

12 DE SEPTIEMBRE DE 2010. Mediante informe de esta fecha el Consejo Técnico del MOPTI dictaminó el incumplimiento de BOULDER, dado que el avance de la obra era si acaso un poco más del 60%, por lo cual se recomendó tomar medidas urgentes para asegurar la entrega de las obras de acuerdo con lo pactado por las Partes.

22 DE OCTUBRE DE 2010. Con fundamento en el Contrato y en el informe del ente fiscalizador del mismo, HYDROFUERZA, encargó a Fast Solutions S.A. la finalización de las obras, lo cual implicó mayores costos para HYDROFUERZA, que ascendieron finalmente a USD 600 millones.

2 DE NOVIEMBRE DE 2010. HYDROFUERZA, ante el incumplimiento sustancial de BOULDER, resuelve el Contrato.

20 DE ENERO DE 2011. BOULDER solicitó el inicio del arbitraje, de conformidad con el pacto arbitral contenido en la Cláusula Trigésima Quinta del Contrato.

SÍNTESIS DE LOS ARGUMENTOS

Alega la parte Demandante que HYDROFUERZA incumplió con las obligaciones a su cargo relacionadas con la obtención de permisos ambientales para el Proyecto, los pagos realizados por la entrega de los hitos 8, 9 y 10, los pagos de los hitos 11 y siguientes, y la terminación adecuada del Contrato. Adicionalmente, BOULDER argumenta que el Estado de Costa Dorada es solidariamente responsable por todo perjuicio causado a la Demandante.

Por medio del presente escrito, HYDROFUERZA se opone a todas y cada una de las pretensiones impetradas en su contra, para lo cual se evidenciarán los importantes errores de hecho y de derecho en los que incurre BOULDER en su escrito de demanda, todo en virtud de una narración incompleta de los hechos y como consecuencia de la falta de un sustento jurídico en sus reclamaciones.

En este sentido, y de conformidad con los hechos probados en el presente litigio, la parte Demandada procederá a exponer, en primer lugar, la forma en que todos los pagos que estaba obligada a realizar se efectuaron de acuerdo con lo pactado por las Partes en el Contrato.

Se resaltará en primera medida que los pagos de los hitos 8, 9 y 10, se realizaron en el lugar adecuado, pues el art 6.1.8 del Código de Comercio de Costa Dorada habilita jurídicamente al deudor a realizar el pago por transferencia de fondos a cualquiera de las cuentas bancarias del acreedor. Considerando que HYDROFUERZA realizó el pago de los hitos referidos por medio de transferencia de fondos a la cuenta bancaria de BOULDER en Costa Dorada, no existe incumplimiento alguno en cuanto al lugar de pago.

Adicionalmente, se demostrará que el pago realizado en Espadas no representa vulneración alguna al clausulado contractual, pues las Partes pactaron la posibilidad de pago en USD o una suma equivalente a dicha moneda, por lo que los estipulado amplía el espectro de elección de las Partes respecto de la moneda de pago de las obligaciones.

Posteriormente, se entrará a analizar cómo la terminación del Contrato y la consecuente contratación de FastSolutions se encontraban justificadas en virtud del flagrante e indiscutible incumplimiento contractual de BOULDER. Se evidenciará en este sentido la configuración de las causales de terminación contenidas en la Cláusula 25 del Contrato, y la manera en que el procedimiento contractual para llevar a cabo dicha terminación se siguió de forma efectiva.

Se explicará de forma detallada cómo la parte Demandante incurrió en un atraso sustancial de tal magnitud que las obras se consideraron paralizadas por más de dos meses, incluso si se descuenta el tiempo en que BOULDER alega el presunto acaecimiento de una Fuerza Mayor, que se entrará a desvirtuar de cualquier forma.

En consecuencia de lo anterior, independientemente de la existencia de una imposibilidad sobreviniente imputable o no imputable a la Demandante, lo cierto es que la parálisis de las obras superaba en ambos escenarios el mínimo de dos meses requerido para la contratación legítima de FastSolutions.

Además de la existencia de una terminación justificada del Contrato, el incumplimiento de BOULDER representó la necesidad de contratar a FastSolutions para terminar la Hidroeléctrica, y por virtud de las Cláusulas 13.1.2 y 18.1.2 del Contrato, HYDROFUERZA está legitimada para exigir a la Demandante los sobrecostos generados por la contratación de este tercero ejecutante.

Se aclarará igualmente que la reclamación de pago de los hitos 11 y siguientes, y cualquier otra suma adicional a la que ya fue pagada por HYDROFUERZA, no goza de legitimidad alguna, pues en virtud del incumplimiento de la Demandante, ninguna de estas obligaciones se hizo exigible en momento alguno. En el respectivo acápite, se explicará que todos los pagos a los que BOULDER tenía primigeniamente derecho estaban sujetos a la entrega efectiva de los hitos a su cargo. Considerando que la Demandante jamás hizo entrega de los hitos 11 y siguientes, no se hizo exigible tampoco la obligación de pago de los mismos a cargo de HYDROFUERZA.

Por último, y aclarando que no se está actuando en nombre de Costa Dorada por cuanto este no es parte del presente litigio, no sobra mencionar que la pretensión de una condena solidaria no goza sustento legal alguno. Se explicará cómo es que el Estado de Costa Dorada claramente no interviene como parte del Contrato, y todas las menciones al MOPTI corresponden simplemente a un modelo de Cláusula “de porte-fort”. Adicionalmente, y haciendo referencia al régimen general de nacimiento de la solidaridad legal o convencional, se resaltaré la inexistencia fehaciente de una fuente legítima de la alegada solidaridad.

ARGUMENTOS SOBRE EL FONDO DE LA DISPUTA

I. COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

1. Aun cuando la Demandante hace expresa referencia durante sus alegatos a la competencia del Tribunal [Memoria del Demandante § 20-95], según las Aclaraciones a los hechos del Caso, “(...) las partes no harán objeciones a la competencia del Tribunal Arbitral”.
2. Por lo anterior, HYDROFUERZA que al respecto no hará consideración alguna.

II. HYDROFUERZA NO INCUMPLIÓ EL CONTRATO PUES REALIZÓ LOS PAGOS DE ACUERDO CON LO PACTADO POR LAS PARTES Y CUMPLIÓ CON LA ENTREGA DE LOS PERMISOS AMBIENTALES

3. HYDROFUERZA cumplió en todo momento con las obligaciones adquiridas en virtud del Contrato. En este sentido, se establecerá que HYDROFUERZA realizó los pagos correspondientes a los hitos 8 y siguientes según los términos del mismo respecto de la moneda y lugar de pago. A su vez, se establecerá que en ningún momento se actuó en contravía de los actos propios, ya que no se configuran los supuestos necesarios para su aplicación.

A. El pago fue realizado por HYDROFUERZA en el lugar adecuado a lo pactado por las Partes

4. La Demandante alega la alteración ilegítima en la forma de pago estipulada por las Partes afirmando que “(...) HF no sólo no se ajustó a la intención de las Partes, sino que tampoco siguió una conducta acorde a lo que estipulan las leyes aplicables” [Memorial de Demanda § 107].
5. Las Partes no acordaron bajo la Cláusula 14 del Contrato, en relación con las obligaciones de HYDROFUERZA, un lugar específico para realizar el pago de aquéllas a su cargo. En este sentido, y en virtud de la ausencia de estipulación contractual, se deberá acudir al Código de Comercio de Costa Dorada como ley sustancial aplicable al fondo del litigio, el cual es una copia exacta de los Principios UNIDROIT [Cláusula del Contrato 5.1.5. y Hechos del Caso 4.1.1] y de esta forma suplir el silencio de las Partes.

6. En aplicación de la ley supletiva a la voluntad de las Partes, es la posición de HYDROFUERZA que el artículo aplicable al problema jurídico planteado por el Demandante, en relación con el lugar de pago, es el artículo 6.1.8 del Código de Comercio de Costa Dorada, el cual desarrolla lo referente al pago por transferencia de fondos.

7. De esta manera, se descartará la aplicación del artículo 6.1.6 del Código de Comercio de Costa Dorada respecto al pago en el establecimiento del acreedor, dado que: (i) la Demandante misma reconoce y admite la aplicación de la disposición acerca del pago por transferencias [Memorial de Demanda § 105]; y (ii) los comentarios al artículo 6.1.6 de los Principios UNIDROIT sujetan la posibilidad de realizar el pago en el establecimiento del acreedor a lo señalado por el artículo 6.1.8.

8. En este orden de ideas, de conformidad con el artículo 6.1.8 del Código de Comercio de Costa Dorada, el pago puede efectuarse por una transferencia a cualquiera de las instituciones financieras: (i) en las que el acreedor haya hecho saber que tiene una cuenta; y (ii) siempre que no haya indicado una cuenta en particular. De esta manera, y en primer lugar, HYDROFUERZA estaba legitimada para realizar el pago de las obligaciones adeudadas a BOULDER mediante la transferencia de fondos a la cuenta que abrió dicha Compañía en Costa Dorada [Hechos del Caso 2.4.3], toda vez que en el Contrato no se estipuló una cuenta en particular .

9. En segundo lugar, de las comunicaciones enviadas por la Demandante no se desprende que las Partes hayan acordado o identificado una cuenta en particular para la realización de los pagos, no siendo suficiente un simple reclamo unilateral por parte de BOULDER mediante estas comunicaciones, para entender que así se haya hecho [Comunicación del 6 de enero 2010 y Comunicación del 8 enero de 2010].

10. En conclusión, de las comunicaciones mencionadas, así como de las pretensiones esgrimidas por la Demandante, puede deducirse que se alega la realización de pagos en una forma no estipulada en el Contrato o contraria a su aplicación práctica por parte de HYDROFUERZA [Hechos del Caso 5.1.1]. Frente al particular, no cabe cuestionamiento alguno al cumplimiento de las estipulaciones en el Contrato, pues ya ha sido demostrado con suficiencia que las Partes no pactaron una cuenta específica para la realización de los pagos por lo que aplica el art. 6.1.8 del Código de Comercio de Costa Dorada.

11. Por otra parte, no existe una vulneración a la ejecución práctica del Contrato ya que el cambio en el lugar de pago no resulta contrario al principio general del derecho conocido

como *venire contra factum proprium nulla conceditur* o doctrina de los actos propios, como se analizará más adelante [infra § 21y ss.].

B. El pago en Espadas es válido de acuerdo con lo pactado por las Partes en la Cláusula 14.1.2 del Contrato.

12. Siguiendo con la misma línea argumentativa, toda vez que HYDROFUERZA está legitimada para realizar el pago en la cuenta que BOULDER mantiene activa en Costa Dorada, y atendiendo a lo dispuesto en el artículo 6.1.9 del Código de Comercio, surge del Contrato y de la ley aplicable al fondo del litigio, el derecho que desde un principio radicaba en cabeza de HYDROFUERZA para realizar los pagos a su cargo en Espadas.

13. De acuerdo con la Cláusula del Contrato 14.1.2, era el objeto de la obligación a cargo de HYDROFUERZA el pago de una cantidad *equivalente* a USD 100 millones [Cláusula del Contrato 14.1.2]. Según el Diccionario de la Real Academia Española, el verbo equivaler significa "Dicho de una cosa: Ser igual a otra en la estimación, valor, potencia o eficacia" [DRAE]. Así pues, es claro que la redacción de la Cláusula permite dilucidar la real voluntad de las Partes, de prever la forma de pago en una suma *equivalente* y no exclusivamente en USD. Siendo que HYDROFUERZA realizó el pago en Espadas, en un valor igual o equivalente al señalado en dólares, la obligación fue satisfecha a cabalidad por el Demandado.

14. Adicionalmente, el artículo 6.1.9 del Código de Comercio de Costa Dorada, establece que el pago podrá realizarse en la moneda del lugar de cumplimiento de la obligación en el evento en que ésta sea distinta a la expresada en el Contrato, siempre y cuando: (i) las partes no hayan convenido que el pago deberá efectuarse exclusivamente en la moneda en la cual la obligación dineraria ha sido expresada; y (ii) dicha moneda sea convertible libremente. En otras palabras, HYDROFUERZA se encontraba en plena de libertad de efectuar el pago correspondiente al cumplimiento de los hitos 8 a 10 en Espadas, siempre y cuando no se configurara alguna de las dos excepciones previstas.

15. Ninguna de las dos circunstancias que constituyen los únicos impedimentos para la realización del pago en Espadas se verifica en el sub-lite, como pasa a exponerse. Con respecto al primer evento, en el Contrato se estipuló que se pagará por parte de HYDROFUERZA una suma equivalente a USD 100 millones [Cláusula del Contrato 14.1.2].

16. Por otro lado, la segunda excepción no se configura en el presente caso, ya que la moneda de Costa Dorada es fácilmente convertible al tipo de cambio establecido en cada momento [Hechos del Caso 2.1.10 Modificado por la Aclaraciones al Caso]. En este sentido,

HYDROFUERZA ejerció su derecho a realizar el pago en Espadas, amparada en las disposiciones del Código de Comercio de Costa Dorada, el cual constituye la ley aplicable al fondo del litigio.

17. Como consecuencia de lo anterior, la Demandante alega una pérdida de dinero del 6% por cada pago realizado en Espadas por parte de HYDROFUERZA [Hechos del Caso 2.5]. Frente a lo anterior, hay que mencionar que el artículo 6.1.11 del Código de Comercio de Costa Dorada, señala explícitamente que “(...) cada parte debe soportar los gastos del cumplimiento de sus obligaciones”. Ahora, siendo la prestación a cumplir por parte de HYDROFUERZA la de hacer lo pagos en la manera ya mencionada, se desprende que los costos correspondiente al cumplimiento fueron asumidos de modo adecuado. Por esto, no es obligación de HYDROFUERZA asumir los costos transaccionales que surgieron con posterioridad al cumplimiento de su obligación.

18. La pérdida del seis por ciento (6%) por cada pago no es exigible a HYDROFUERZA, toda vez que corresponde al manejo que libremente dio a los fondos que tenía a su disposición BOULDER, y en momento alguno dichos costos deben ser incluidos dentro de los que corresponden al pago de la obligación, toda vez que la misma se encontraba soluta.

19. Adicional a lo anterior, el perjuicio aducido por la Demandante parece tener fundamento en la devaluación de la moneda “mientras que se recibía el pago y se adquiría su equivalente en dólares” [Hechos del Caso 2.5], frente a la cual hay al menos un laudo arbitral de la Cámara de Comercio Internacional [ICC No. 8486], que establece que la devaluación de la moneda es un riesgo que las partes asumen al contratar, y más aún en el marco de un contrato de joint venture como el que nos ocupa.

20. El Decreto 0003 de 2010, señala como excepción que “las obligaciones y/o contratos que se paguen con fondos del Estado que se encuentren vigentes se pagarán en la forma establecida en los respectivos instrumentos o contratos, en la medida que expresamente dispongan una forma de pago distinta a la señalada en el presente decreto”. En este sentido, la Demandante afirma que “(...) en estos casos, se debe estar a lo que las partes hayan pactado” [Memorial de Demanda § 113]. Lo anterior solamente refuerza lo explicado atrás puesto que HYDROFUERZA precisamente se limitó a pagar según lo pactado en el Contrato.

C. HYDROFUERZA no actuó en contra de la máxima “venire contra factum proprium”

21. La parte Demandante alega que HYDROFUERZA actuó “en contradicción al entendimiento que ha suscitado en BOULDER” [Memorial de Demanda § 110] trayendo a colación la doctrina de los actos propios, que son una manifestación del principio de la buena fe y se manifiesta en la máxima *venire contra factum proprium*.

22. Ahora bien, BOULDER en ningún momento desarrolló los supuestos necesarios para la aplicación de dicha doctrina ni mucho menos se evidencia en qué medida le generó un perjuicio. Así las cosas, el cambio en la modalidad de pago no es reprochable a HYDROFUERZA a la luz de la doctrina de los actos propios, la cual establece que “a nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbre o la buena fe, justifica la conclusión que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbre o la buena fe” [ENNECCERUS, pág. 415].

23. En este sentido, existe un consenso en la doctrina sobre la existencia de unos requisitos de aplicación de la teoría, los cuales deben cumplirse acabadamente. Dos de esos requisitos son: (i) los actos expresivos de la voluntad del supuesto sujeto voluble deben ser inequívocos respecto de su alcance y de la intención de crear o modificar un derecho; y (ii) la contradicción con el acto anterior debe ser palmaria [LÓPEZ MESA, pág. 198].

24. Así las cosas, basta con desvirtuar el cumplimiento de alguno de estos requisitos para rechazar la aplicación de la doctrina de los actos propios, labor que debió haber sido adelantada por BOULDER, pero que se hace con ánimos de dilucidar cualquier tipo de duda. Por lo tanto, estudiamos el primer requisito enunciado el cual establece que se debe crear o modificar un derecho. Lo anterior, nos remite a la Cláusula 17.1.1 del Contrato, la cual indica que BOULDER tiene derecho “a recibir los pagos puntuales por parte de HYDROFUERZA conforme al avance de obra según el cronograma contenido en la Cláusula Décimo Quinta.”

25. Como lo indican los hechos del caso referidos con anterioridad, así como las pretensiones de BOULDER, HYDROFUERZA cumplió con su obligación de pagar lo correspondiente a los hitos 8 y siguientes, en estricta observancia de las Cláusulas del Contrato. Por lo tanto, en ningún momento se vulneró o modificó el derecho que radica en cabeza de BOULDER.

26. Así mismo, con respecto al segundo requisito enunciado, cabe decir que una contradicción palmaria respecto a la obligación de pago sería el no pago, lo cual no se presenta en el caso concreto pues, como ya se ha mencionado, HYDROFUERZA realizó los pagos correspondientes a los hitos 8 a 10.

D. HYDROFUERZA cumplió con su obligación de obtención de permisos y licencias ambientales según lo pactado en el Contrato

1. HYDROFUERZA obtuvo de forma adecuada los permisos requeridos por el Contrato

27. Las Partes acordaron que HYDROFUERZA se encargaría de obtener todos los permisos ambientales y administrativos necesarios para iniciar la construcción de la Obra [Cláusula del Contrato 14.1.1], siguiendo lo dispuesto en las Bases de la licitación [Hechos del Caso 2.1.11]. Así las cosas, el cumplimiento de la obligación referida por parte de HYDROFUERZA establecía que el inicio de las operaciones para desarrollar el objeto del Contrato [Cláusula 15.1.1. del Contrato y Hechos del Caso 2.3.1], pendía de la obtención de estos permisos.

28. HYDROFUERZA, en cabal cumplimiento de sus obligaciones contractuales, entregó oportuna y satisfactoriamente los permisos y autorizaciones ambientales a BOULDER el día 29 de octubre de 2008, por lo que se dio inicio al desarrollo de actividades por parte de esta última sin irregularidad alguna el día 3 de noviembre del mismo año [Hechos del Caso 2.3.2]. Nunca hubo manifestación de inconformidad de algún tipo u observación por parte de BOULDER frente a los permisos entregados por HYDROFUERZA en un tiempo oportuno y razonable, como tampoco existe ninguna decisión judicial o administrativa que declare la ilegalidad o ilicitud de dichos permisos, razón por la cual no pueden ser de recibo las afirmaciones realizadas por el jefe de prensa de la Demandante, Joaquín Verbose, en las cuales alega que la gestión realizada por HYDROFUERZA para la obtención de los permisos no fue adecuada [Hechos del Caso 2.7.4].

29. Frente a lo anterior debe destacarse que, en cumplimiento de lo dispuesto en el Código de Comercio, HYDROFUERZA adoptó las medidas necesarias para obtener los permisos y licencias ambientales requeridas [Código de Comercio art. 6.1.14]. De lo anterior, se desprende que la obligación de HYDROFUERZA no le obligaba a obtener un resultado específico, por cuanto debía “extremar todos los recursos disponibles conforme al derecho local, siempre y cuando cuente con suficientes posibilidades de éxito y que el ejercicio de

dichos recursos sea razonables de acuerdo a las circunstancias del caso.” [Comentarios al art. 6.1.14 UNIDROIT]. En otras palabras, la obligación por parte de HYDROFUERZA se clasifica como una obligación de medio, y su cumplimiento se verifica “desde el momento en que ha empleado los medios y ha puesto la diligencia y cuidado propios para alcanzar el fin que se pretende, sin importar cuál haya sido el resultado obtenido” [TAMAYO, pág. 19]

30. En ese orden de ideas, tiene plena aplicación lo preceptuado en el artículo 5.1.4 (2) del Código de Comercio referente a las obligaciones de medio o de emplear el mejor esfuerzo. La diligencia y esfuerzo desplegado por HYDROFUERZA le permitió obtener la autorización correspondiente, lo cual fue antecedido por una valoración por parte de la autoridad ambiental competente para el otorgamiento de la misma. Por lo tanto, la evaluación de los requisitos cumplidos para la obtención de permisos y licencias ambientales correspondió a las autoridades competentes, por lo que un juicio de valor por parte de BOULDER sobre las medidas desplegadas resulta inane, más aún cuando los convalidó y recibió a satisfacción, conclusión que tiene sustento en el hecho de haber iniciado las actividades con normalidad posteriormente a la obtención de los permisos referidos [Hechos del Caso 2.3.1, 2.3.2 y 2.3.3].

2. No hay resolución o sentencia que declare que los permisos fueron insuficientes o deficientes.

31. Como si no existiese suficiente claridad sobre el debido cumplimiento de las obligaciones por parte de HYDROFUERZA, los permisos y licencias ambientales obtenidas gozan de plena legitimidad y su legalidad no puede ser cuestionada, toda vez que no existe resolución administrativa o sentencia judicial que declare ningún tipo de irregularidad sobre los mismos [Hechos del Caso 5.1.2].

32. Adicionalmente, BOULDER no ha iniciado ningún tipo de trámite administrativo o cualquier reclamación de otra índole encaminada a cuestionar la legalidad de las autorizaciones administrativas y ambientales obtenidas por parte de HYDROFUERZA, Por lo que es posible afirmar que la pretensión de BOULDER constituye un simple esfuerzo infortunado y sin bases fácticas o jurídicas, que sólo busca cubrir sus propias deficiencias en el desarrollo de la relación contractual y ejecución del Contrato. Para que el cumplimiento de la obligación contenida en la Cláusula 14.1.1 pueda ser cuestionado, la parte Demandante debió haber acreditado ante este Tribunal cualquier tipo de irregularidad que le permita poner en tela de juicio la legalidad de los permisos y autorizaciones, sin embargo, en virtud de la

falta de cumplimiento de la carga probatoria en cabeza de BOULDER, es claro que tal reclamación debe ser desestimada.

33. En consecuencia y tal como frente al particular ha asentido la Demandante, HYDROFUERZA cumplió a cabalidad sus obligaciones con respecto a la obtención de licencias y permisos, y no existe prueba que acredite lo contrario.

III. LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO Y LA CONTRATACIÓN DE FAST SOLUTIONS ESTABA JUSTIFICADA PORQUE BOULDER INCUMPLIÓ EL CONTRATO

34. BOULDER incumplió de manera grave e insubsanable el Contrato, y actuó en forma contraria a lo pactado por las Partes, defraudando el interés legítimo del Demandado. Con base en todo lo anterior, la terminación del Contrato y la contratación de FastSolutions están justificadas de acuerdo con los artículos 24.1, 25 y 26 del Contrato.

A. La terminación del Contrato por parte de HYDROFUERZA fue justificada

35. Según lo alegado por el Demandante, “(...) al no haber habido una causal de incumplimiento imputable a Boulder, HF debió proceder a la suspensión de los plazos para que Boulder pudiese terminar de ejecutar sus obligaciones contractuales. Por lo tanto, la rescisión anticipada del Contrato fue ilegítima.” [Memorial de Demanda § 121]

36. Ante la posición de BOULDER, es necesario recordar que según lo acordado por las Partes en el Contrato, procede la terminación anticipada del mismo, siempre que, de acuerdo con la Cláusula 24.1: (i) se configure al menos una de las causales de la Cláusula 25 del Contrato; y (ii) se agoten los procedimientos de rigor, según la Cláusula 26 del mismo.

37. De esta manera, la terminación unilateral del Contrato por parte de HYDROFUERZA fue legítima de modo que sea claro que dicha terminación, formalizada mediante la Comunicación del 2 de noviembre de 2010, fue justificada.

1. Se configuraron las causales 25.1.1 y 25.1.5 previstas en el Contrato para la terminación del mismo

38. En Comunicación del 2 de noviembre de 2010, HYDROFUERZA formalizó la terminación del Contrato, con fundamento en las causales señaladas en las Cláusulas 25.1.1 y

25.1.5, que versan sobre: (i) El incumplimiento de BOULDER en cuanto a sus obligaciones con respecto al avance de las obras; y (ii) la subsanación de dicho incumplimiento de forma oportuna.

39. Adicionalmente, siendo la Ley aplicable al fondo de la Controversia el Código de Comercio de Costa Dorada, dicho estatuto señala en su artículo 7.3.1 que una parte tendrá el derecho a resolver el contrato “(...)si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte constituye un incumplimiento esencial.”

a. BOULDER incumplió con sus obligaciones

40. Así pues, la terminación adelantada por HYDROFUERZA está justificada en lo estipulado por las Partes y el posterior incumplimiento de BOULDER de sus obligaciones.

De acuerdo con lo pactado por las Partes, la Cláusula 13 del Contrato enumera las obligaciones de BOULDER. De esta manera, se analizará el desarrollo fáctico y el alcance de las obligaciones en cabeza de BOULDER, con miras a demostrar el incumplimiento de algunas de las mismas por parte del Demandante.

1) BOULDER incumplió con el Cronograma de obra estipulado por las Partes

41. En primer lugar, la Cláusula 13 del Contrato enumera como obligación a cargo de BOULDER “(...) la ejecución puntual de las obras según el Cronograma (...)”. La redacción de la Cláusula es bastante clara y da a entender a la perfección el alcance de la obligación de BOULDER de cumplir a cabalidad y con exactitud con los Hitos acordados, en las fechas establecidas.

42. Así mismo, de acuerdo con el artículo 7.1.1 del Código de Comercio de Costa Dorada, “(...) el incumplimiento consiste en la falta de ejecución por una parte de alguna de sus obligaciones contractuales, incluyendo el cumplimiento defectuoso o el cumplimiento tardío.”.

43. Ahora, es claro de acuerdo con lo señalado que bastaría siquiera el cumplimiento tardío para considerar que en efecto tuvo lugar un incumplimiento por parte de BOULDER. Sin embargo, la ejecución de las obligaciones por parte de la Demandante no fueron siquiera tardías, pues en ningún momento se buscó subsanar el retraso y por el contrario no cumplió con lo pactado.

44. De acuerdo con lo señalado por la Demandante, “(...) BOULDER cumplió con todos los plazos establecidos en el contrato.” [Memorial de Demanda § 188]. Es la posición de HYDROFUERZA que dicha afirmación va en contra de los hechos del caso, por los motivos que se exponen a continuación.

45. Según el Cronograma de obra [Cláusula del Contrato 15.1.1] el Hito 11 debería haberse entregado el 2 de julio de 2010, con un avance en las obras del 70% y el hito 12 debería haberse entregado con un 80% de avance para el 3 de septiembre de 2010. Desde ese momento, y hasta el 12 de septiembre de 2010, el avance de la obra continuó reportando un poco más del 60% [Hechos del Caso 2.9.1]. Lo certificado por el MOPTI como ente fiscalizador escogido por las Partes, quiere decir que no hubo solamente un incumplimiento en la entrega a satisfacción del Hito 11, sino que meses después, tampoco fue entregado dicho Hito 11. En ese orden de ideas, no hubo ni siquiera un cumplimiento tardío, pues en efecto, BOULDER en ningún momento cumplió con la entrega de la obra, ni siquiera en fecha posterior a la fecha convenida.

46. Es decir, que no solamente hubo un retraso en la entrega de las obras según el Cronograma, sino que existió una inejecución y paralización de las obras a pesar de las advertencias hechas por HYDROFUERZA sobre la situación [Comunicación del 16 de agosto de 2010]. En vez de tomar las medidas adecuadas para mitigar el retardo y tratar de normalizar la situación de mora en el cumplimiento, BOULDER de manera negligente hizo caso omiso al requerimiento de la Demandada.

47. Adicionalmente, en el primer año y medio de desarrollo del Contrato, HYDROFUERZA se vio en la necesidad de requerir la aceleración de las obras en algunas oportunidades [Comunicación de 29 de mayo de 2010 y 15 de diciembre de 2012], por lo cual BOULDER implementó algunas medidas para la aceleración de la obra, tales como redoblamiento de turnos entre otras [Hechos del caso 2.3.3]. Por lo anterior, se observó de parte de BOULDER una intención de cumplir con sus obligaciones y esta fue la razón por la que HYDROFUERZA cumplió en forma correlativa con los pagos correspondientes contra entrega.

48. Sin embargo, no se observa que dicho ánimo de cumplimiento haya continuado desde el 3 de mayo de 2010, fecha en la cual la construcción de la Hidroeléctrica dejó de presentar avances durante un total de seis meses hasta el momento de la terminación del Contrato. Lo anterior, por cuanto a partir del 3 de mayo de 2010 no fueron evidenciadas medidas de

subsanación apropiadas a las circunstancias según el artículo 7.1.4 del Código de Comercio de Costa Dorada [Cláusula 13.1.1 del Contrato].

49. Ahora, teniendo en cuenta el incumplimiento de BOULDER y su comportamiento inactivo durante los varios meses durante los cuales HYDROFUERZA esperó observar medidas de subsanación del incumplimiento, no era razonable conceder a la Demandante un periodo suplementario adicional al que ya había sido concedido.

50. En conclusión, BOULDER incumplió de forma total sus obligaciones de entrega oportuna y satisfactoria de los hitos 11 y siguientes, así como también, a pesar del requerimiento de HYDROFUERZA realizado el 16 de agosto de 2010, incumplió con su obligación de implementar medidas de subsanación en la construcción de la Hidroeléctrica, permaneciendo en estado de inejecución de las obligaciones contractuales a su cargo y habilitando de esta manera a la Demandada para terminar de forma legítima y unilateral la relación contractual que gobernaba a las Partes.

2) Las paralizaciones no son excusables porque corresponden a un hecho imputable a BOULDER

51. El bloqueo de la carretera [Hechos del Caso 2.6.1] es un hecho sobreviniente imputable a BOULDER puesto que (ii) estaba en capacidad de evitarlo mitigando el impacto ambiental y además (ii) podía sobreponerse a los hechos para continuar las obras adoptando las medidas necesarias para ello.

52. En primer lugar BOULDER no mitigó el impacto ambiental incumpliendo así su obligación contenida en el Contrato. Así, la Cláusula 13 del mismo, en donde están contenidas todas y cada una de las obligaciones a su cargo, establece en su numeral 13.1.3 expresamente que “en la realización de los trabajos previstos para la ejecución del Contrato y durante toda su vigencia, se sujetará a los requerimientos ambientales dispuestos por la legislación vigente”.

53. Por su parte, la Cláusula 14 del Contrato, en la cual están contenidas las obligaciones a cargo de HYDROFUERZA, su numeral 14.1.1 dispone que ésta se obliga a obtener y posteriormente a entregar los permisos ambientales necesarios para comenzar la construcción de la obra.

54. Una vez obtenidos y entregados los permisos ambientales a BOULDER por parte de HYDROFUERZA, aquella estaba en la obligación de iniciar las obras en Valle Penuria como lo dispone el cronograma pactado en el Contrato [Cláusula del Contrato 15]. Así mismo, en

adelante BOULDER esta en la obligación de sujetarse a los requerimientos ambientales dispuestos por la legislación vigente y en consecuencia, adoptar las medidas de mitigación necesarias para tal fin [Clausula del Contrato 13.1.3].

55. Adicionalmente, es necesario aclarar que la Demandante hace una aseveración que no se compadece de los hechos cuando afirma, en comunicación del 16 de agosto de 2012, que el bloqueo de la carreteo de acceso a la Hidroeléctrica “podría tener sus causas en deficiencias en la tramitación y/u obtención de los permisos ambientales” (destacado fuera del texto). Esta afirmación es solo una excusa por parte de BOULDER para evadir su responsabilidad, en la medida en que no hay certeza acerca de los motivos de las protestas que además de ser un rechazo por la inadecuada mitigación del daño ambiental, también resultan ser un hecho que agrava la situación económica del país [Hechos del caso 2.6.2, 2.7.4; El Observador 16 de junio de 2010].

56. Igualmente, como ya se mencionó [supra § 27] HYDROFUERZA estaba en la obligación de tramitar y entregar dichas licencias, lo cual constituye una obligación distinta y por tanto no involucra la de mitigación del impacto ambiental. La segunda, se encuentra en cabeza de BOULDER como quedó estipulado en el Contrato [Cláusula del Contrato 13.1.3] y ese incumplimiento es lo que aducen los manifestantes como causa de las protestas [El observador de 16 de junio de 2010]. Por lo anterior, mal hace la demandante al decir que ésta no puede ejecutar el Contrato por hechos imputables a HYDROFUERZA con ocasión de la obtención de los permisos ambientales [Comunicación de 16 de agosto de 2010] cuando ni siquiera estos son una posible causa de las manifestaciones.

57. En consecuencia, BOULDER es responsable la ocurrencia de estas pues estaba en la capacidad de adoptar las adecuadas que evitasen dichas protestas.

58. En segundo lugar, BOULDER no adoptó las medidas necesarias para sobreponerse a los bloqueos. Las estipulaciones contractuales así como las Bases de la licitación, contemplaban la obligación a cargo de BOULDER de realizar las obras civiles necesarias para la puesta en funcionamiento de la Hidroeléctrica.

59. De igual forma es preciso recalcar que BOULDER, como ejecutor de las obras civiles, es una empresa que ya le había prestado algunos servicios de consultoría civil a HYDROFUERZA y al MOPTI, capacidad que ya estaba demostrada [Hechos del Caso 2.1.12]. Lo anterior, evidencia que BOULDER es un experto en la realización de obras civiles.

60. A contrario sensu, HYDROFUERZA es una empresa que no cuenta con la experiencia ni *know how* en la realización de obras y mucho menos como para llevar a cabo por sí sola la construcción del proyecto objeto del Contrato. Es por eso que el Estado de Costa Dorada decide abrir una Licitación Pública para que distintas empresas se postulasen para la edificación y puesta en funcionamiento de la Hidroeléctrica [Hechos del Caso 2.1.10; Cláusula del Contrato 2].

61. Como ya se mencionó en el punto anterior, HYDROFUERZA entregó los permisos ambientales a BOULDER para que ésta pudiese iniciar las obras, y en ese sentido BOULDER tenía todos los elementos necesarios para realizar la construcción de la Hidroeléctrica: en primer lugar, el conocimiento y experticia en realización de obras civiles y en segundo lugar, los permisos y licencias ambientales debidamente tramitados.

62. En consecuencia, resulta inaceptable que la Demandante pretenda excusar su incumplimiento en hechos que aduce son imputables a la Demandada, cuando tenía en su poder todos los recursos y conocimiento para cumplir a cabalidad con el objeto contractual.

3) En caso de que la paralización no sea imputable a BOULDER, aun así existe un incumplimiento

63. Contraria a la posición de BOULDER, expuesta en las consideraciones anteriores, el Demandante señala que “(...) Boulder siempre actuó según el cronograma, inclusive cuando se vio imposibilitada de continuar la obra con normalidad por causas que le son totalmente ajenas (...)” [Memorial de Demanda § 191].

64. Aun cuando ya fue evidenciado que la imposibilidad sobreviniente alegada por el Demandante tuvo su causa en hechos por los que la misma tiene responsabilidad exclusiva, y que por ende, no pueden ser considerados como una causal de exoneración de cumplimiento según el artículo 7.1.7 del Código de Comercio de Costa Dorada, existió un incumplimiento por parte de BOULDER durante el lapso en el que no había ocurrido las tomas, y un incumplimiento adicional durante la etapa posterior a la finalización de las mismas.

65. El reporte del MOPTI señala que las obras al 12 de septiembre de 2010 se encontraban en el mismo estado de avance que al 3 de mayo de 2010, fecha de entrega del Hito 10. Lo anterior, quiere decir que si se eliminara el tiempo durante el cual tomaron lugar los hechos que constituirían una fuerza mayor, es decir, entre el 16 de junio de 2010 y el 21 de agosto de 2010, aún en ese supuesto, no tendría justificación alguna el no avance de las obras entre el 3

de mayo de 2010 y el 15 de junio de 2010, y entre el 22 de agosto de 2010 y el 12 de septiembre de 2010.

66. Esto, sin tener en cuenta que para la fecha de contratación de FastSolutions, había transcurrido un poco más de un mes sin obtener avance alguno. Ello quiere decir, que aún si se tienen como hechos constitutivos de fuerza mayor las protestas surgidas por el negligente manejo ambiental de la Demandante en la construcción de la Hidroeléctrica, y que tuvieron una duración neta de dos meses y cinco días, sigue existiendo un incumplimiento por parte de BOULDER.

67. Ahora, fue estipulado por las Partes que el MOPTI sería el ente fiscalizador del Contrato y que como tal, podría requerir formalmente en cualquier momento el cumplimiento de las obras en caso de que no se estuvieren cumpliendo los hitos establecidos en el Cronograma [Cláusula 11.1 del Contrato]. En virtud de dicha Cláusula y en cumplimiento cabal de su deber de fiscalización, el MOPTI certificó el atraso mencionado sin hacer consideración alguna al acaecimiento de una fuerza mayor.

68. Ir en contra de este informe, sería desconocer la voluntad de las Partes, no existiendo además queja formal por parte de BOULDER en contra dicho diagnóstico. De todas maneras, si llegaren a tomarse dichos hechos imputables a la Demandante como fuerza mayor, según la certificación del MOPTI, el atraso no solamente incluía el lapso de ocurrencia de los hechos señalados, sino que además incluía un retraso anterior y posterior a los bloqueos, por lo que BOULDER sigue incurriendo en un incumplimiento en la entrega de las obras de acuerdo con el Cronograma.

69. Por virtud de todo lo anterior, se solicita al Tribunal que incluso bajo el entendido de la existencia de una fuerza mayor, se declare que de cualquier forma BOULDER habría incurrido en un incumplimiento del Contrato, encontrándose HYDROFUERZA legitimada para la terminación del mismo.

b. El incumplimiento de BOULDER fue esencial

70. Habiendo sido probado el incumplimiento en sus obligaciones por parte de BOULDER, según lo dicho por la demandada [supra § 40 y ss.], la primera causal alegada por HYDROFUERZA según la Cláusula 25.1.1 del Contrato, justifica la terminación del mismo.

71. Adicionalmente, se procede a realizar la calificación de dicho incumplimiento como ‘esencial’, de acuerdo con los criterios tanto objetivos como subjetivos señalados por el

artículo 7.3.1 numeral 2 del Código de Comercio de Costa Dorada, para demostrar que la terminación realizada por HYDROFUERZA es procedente y se ajusta no solamente a los términos del Contrato sino también, a los establecidos por la Ley [COMENTARIOS, pág. 347].

72. En virtud de dicha normativa deben ser evaluados determinados criterios enumerados en los literales (a) a (e) de dicho artículo, excluyendo el numeral (c) puesto que HYDROFUERZA no se encuentra en la posición de afirmar que la conducta de BOULDER haya sido intencional y temeraria. Así pues, el incumplimiento de las obligaciones por parte de BOULDER, constituyó un incumplimiento esencial ya que:

73. (a) El incumplimiento de BOULDER priva esencialmente a HYDROFUERZA de lo que tenía derecho a esperar en virtud del Contrato. El Demandado, esperaba recibir tal y como fue pactado en el Contrato, la entrega de la Hidroeléctrica el día 01 de marzo de 2011 [Cláusula No. 15 del Contrato] y la recepción del justo beneficio económico por la explotación de la misma.

74. A causa de dicho atraso, la obra no se recibió en la fecha esperada, ni el servicio pudo empezar a prestarse a la comunidad, y en ese sentido, la legítima expectativa por parte de HYDROFUERZA de recibir un beneficio económico por la explotación de dicha Hidroeléctrica, se vio gravemente frustrado.

75. (b) La ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el Contrato. En primer lugar, porque el Contrato tenía como objeto “(...) la construcción de la Central Hidroeléctrica Heráclito (...)” [Cláusula del Contrato No. 6]. En segundo lugar, porque la entrega oportuna de los Hitos, en la forma estrictamente pactada según el Cronograma, era parte esencial del Contrato [Hechos del Caso 2.2.4]. Tan así lo era, que existía una bonificación por parte de HYDROFUERZA a la Demandante, en caso de que este terminara las obras de manera anticipada [Cláusula del Contrato 15.1.2], lo que da cuenta de la necesidad [Hechos del Caso 2.1.4] y premura de dicha infraestructura para la comunidad de Costa Dorada.

76. (d) El incumplimiento da a HYDROFUERZA razones para desconfiar de que BOULDER cumpla en el futuro. Desde el inicio de las obras, HYDROFUERZA ha tenido que advertir inconsistencias [Hechos del Caso 2.3.3] en el cumplimiento de las obligaciones de BOULDER respecto al desarrollo de la obra [Comunicaciones del 29 de mayo de 2009, 15 de diciembre de 2009]. Adicionalmente, HYDROFUERZA se enfrenta ahora a un incumplimiento por parte de BOULDER, del que además, la parte Demandante le culpa ante

la opinión pública [El Observador, 20 de agosto de 2010] sin prueba legítima alguna de las acusaciones realizadas.

77. Por lo anterior, es razonable para cualquier persona que utilice la debida diligencia de un hombre de negocios que ante los acontecimientos y el comportamiento de la Demandante en el desarrollo de sus obligaciones, HYDROFUERZA tenga razones objetivas para no confiar sus intereses y los del Estado a BOULDER.

78. (e) La resolución del Contrato no hará sufrir a BOULDER una pérdida desproporcionada. Es de tener en cuenta, que HYDROFUERZA le pagó a satisfacción a BOULDER por las obras efectivamente ejecutadas por esta, de manera que recibió la remuneración correspondiente según lo trabajado.

79. En cambio, el incumplimiento de la Demandante sí ocasionó un perjuicio desproporcionado a HYDROFUERZA, teniendo en cuenta el contexto fáctico que rodeaba la realización de la obra, la premura y necesidad en la prestación del servicio, toda vez que correspondía a la realización efectiva de las funciones públicas a cargo del Estado [Hechos del Caso 2.1.4].

80. Todo esto, enmarcado en una situación de crisis en el sector energético, una demanda superior a la capacidad de las hidroeléctricas existentes en el país, y la potencial exportación a los países vecinos de la energía producida [Cláusula del Contrato 1 y Hechos del Caso 2.1.8]. Un retraso en el plan inicial de entrega de la Hidroeléctrica, ocasionó perjuicios graves en dicho contexto y aumentó considerablemente los costos inicialmente estimados para la realización del Proyecto [Hechos del Caso 2.9.5].

c. BOULDER no subsano su incumplimiento de manera oportuna

81. Adicionalmente, es causal de justificación de la terminación del Contrato que BOULDER no hubiere subsanado oportunamente el incumplimiento de las obligaciones que afectaron el cronograma del Proyecto [Cláusula 25.1.5 del Contrato].

82. En este sentido, y para atender al principio de conservación de los negocios jurídicos, contrariamente a lo que expresa el Demandante [Memoria de Demanda §132] HYDROFUERZA envió comunicación escrita en procura del cumplimiento de BOULDER, no solamente anunciando que hasta el momento no se había adelantado ningún plan de contingencia (debiendo haberse adelantado ya para dicha fecha), sino dando la oportunidad a BOULDER de subsanar en forma inmediata los retrasos presentados [Comunicación del 18 de agosto de 2010].

83. En efecto, BOULDER hizo caso omiso a dicha oportunidad, y su comportamiento fue inactivo frente a la posibilidad de enmendar la serie de inobservancias que venían adelantándose en el proceso de ejecución contractual. Muestra de ello, es el hecho de que los incumplimientos tuvieran lugar desde antes del acaecimiento de los bloqueos y con posterioridad a los mismos [Cronograma del Caso] y de que el MOPTI como fiscalizador elegido por las Partes de común acuerdo [Aclaraciones al Contrato], haya certificado que las obras, aproximadamente un mes después del cese de la toma, superaban escasamente el 60% de avance, debiendo estar en un 80% [Hechos del Caso 2.9.1].

84. En conclusión, ambas causales son efectivas y justifican adecuadamente la terminación del Contrato.

85. Por otro lado, la Demandante alega que “(...) si bien las Partes pueden terminar el Contrato en forma anticipada al plazo establecido, no podrán hacerlo cuando una de ellas invoque que su incumplimiento se debió a una causal que no le es imputable. En dicho caso, deberá procederse a la suspensión de las obligaciones contractuales.” [Memorial de Demanda § 120]. Contrario a este señalamiento, de llegar a considerar que los eventos que constituyeron imposibilidad sobreviniente no son atribuibles a BOULDER, el artículo 7.1.7 en su numeral (4) del Código de Comercio de Costa Dorada establece que aún en el evento de una fuerza mayor, nada impide que HYDROFUERZA ejerza el derecho que tiene de resolver el Contrato.

86. Por lo anterior, es claro que ante el acaecimiento de una fuerza mayor la parte perjudicada conserva su derecho y puede ejercer válidamente la resolución del contrato.

2. HYDROFUERZA cumplió con el procedimiento señalado en la Cláusula 26.1 del Contrato

87. Según la Cláusula 26.1 el procedimiento a seguir para la debida terminación del Contrato es el siguiente: (i) en caso de ser subsanable la causal de resolución, quien este interesado en resolver el contrato, debe enviar una carta a la otra parte exponiendo que ha incurrido en una o más causales de resolución y quien esté inmerso en la causal deberá prestar informe identificando las medidas a seguir para revertir el incumplimiento en un plazo no mayor a quince (15) días calendario; y (ii) en caso de ser un incumplimiento insubsanable o grave, o de no estar satisfecha con el informe referido, la Parte afectada enviará comunicación expresando la decisión de resolver el contrato.

88. De esta manera, HYDROFUERZA envió comunicación anunciando a BOULDER el incumplimiento del Cronograma y solicitando proceder a enmendar el atraso presentado “(...) solicitamos a usted cumplir con lo estipulado en el contrato, procurando la continuación de las obras, acelerándolas si es necesario, a fin de cumplir con el cronograma contractual el que no será alterado, por no existir dicha alternativa en el Contrato” [Comunicación del 18 de agosto de 2010]. Prueba de ello es que la Demandante misma acusara recepción de dicha comunicación en su memoria [Memorial de Demanda § 122], no estando probado además que dicha comunicación no cumpliera con el requisito de notariado establecido en la Cláusula y constituyendo dicha afirmación un nuevo hecho no incluido en el Caso.

89. BOULDER alega que “(...) no se procedió a la evaluación del obstáculo por auditoria externa, inobservando lo pactado en el Contrato” y que “(...) no se constató por medio de una auditoria externa la existencia de un evento que tornara imposible el cumplimiento por parte de Boulder” [Memorial de Demanda § 124, 125]. Al respecto, ha de decirse que según lo establecido en el Contrato en la Cláusula 27.3 la auditoría tendrá lugar a menos que esta sea evidentemente innecesaria y siempre que las partes no hayan tenido participación directa o indirecta en los hechos, actos, eventos o acontecimiento, ni en la agravación de los mismos.

90. En el caso concreto, se hace evidente la gravedad y carácter esencial del incumplimiento por parte de BOULDER [supra § 70 y ss.] por lo que no procede auditoria externa, no siendo probada la necesidad de la misma. Adicionalmente, ya fue expuesto cómo los eventos que se alegan, que constituyeron una imposibilidad sobreviniente, son imputables a la Demandante [supra § 51 y ss.].

91. Posteriormente, durante los 15 días calendario siguientes a la recepción de dicha comunicación [Cláusula 21 del Contrato], no existió respuesta alguna por parte de BOULDER ni fue acusado recibo del informe que señala el Contrato.

92. Por lo anterior, se tomo como no satisfecho el requerimiento de dicho informe señalado en el Contrato, y se procedió a enviar comunicación de fecha 2 de noviembre de 2010, en la que se comunicaba la decisión de dar por terminado el contrato, expresando las causales por las cuales dicha decisión procedía.

93. En conclusión HYDROFUERZA agotó todo el procedimiento acordado por las Partes, tomando un incumplimiento esencial como subsanable, en pro de los principios de cooperación de las partes y de conservación del negocio jurídico, y agotando ante la inactividad de BOULDER, el procedimiento correspondiente a un incumplimiento insubsanable y grave.

94. De esta manera, es claro que se cumplió con todos los requisitos dispuestos en el Contrato para la legítima y adecuada terminación del mismo, y por lo tanto, no cabe tacha alguna en el procedimiento adoptado por HYDROFUERZA al respecto.

B. HYDROFUERZA está legitimada para exigir de BOULDER los sobrecostos generados por la contratación de Fastsolutions

95. En primer lugar, BOULDER señala que “(...) la contratación en forma directa de FastSolutions por parte de HF no fue legítima porque las obligaciones de Boulder se encontraban suspendidas, la conducta exigida era el retiro de los manifestantes de la ruta (...)” [Memorial de Demanda § 187]. Al respecto, tal como fue expuesto anteriormente, que las obligaciones de la Demandante no estaban suspendidas, ya que este incumplió al no tomar las medidas necesarias para mitigar el impacto ambiental que repercutió en las marchas que se dieron. Por lo tanto, el argumento esgrimido no tiene fundamento alguno.

96. HYDROFUERZA estaba legitimada para contratar a FastSolutions para la terminación de las obras y exigir los sobrecostos derivados a BOULDER, al verificarse los siguientes presupuestos: i) en primer lugar, si las obras no presentaban un avance sustancial por más de dos meses en cuyo caso se considerarían paralizadas; y ii) siempre que la parálisis sea responsabilidad de este o que el mismo no haya tomado las medidas razonables [Cláusula del Contrato 13.1.2].

97. En este sentido, la parte Demandada realizará el análisis de cada uno de estos requisitos que legitiman a HYDROFUERZA para la contratación de un tercero, demostrando que la misma se hizo en concordancia con lo estipulado en el Contrato.

1. Las obras estaban paralizadas pues no hubo avance sustancial por más de dos meses

98. El único requisito para que HYDROFUERZA contrate un tercero para la terminación de las obras, es la inexistencia de un avance sustancial en las mismas. En los términos contractuales, se presentará esta, cuando las obras han estado paralizadas por más de dos meses [Cláusula del Contrato 13.1.2].

99. Teniendo como fundamento el Cronograma establecido por las Partes en la Cláusula 15.1.1 del Contrato en efecto la parálisis tuvo lugar, pues el Hito 11 debió haberse entregado el 2 de julio de 2010 con un avance del 70%. Contrario a lo anterior, la última entrega realizada por BOULDER fue el 3 de mayo del mismo año, y hasta el 12 de septiembre, el

MOPTI certificó un avance del 60% de las obras [Hechos del Caso 2.9.1]. Por lo anterior, se observa que existió una parálisis en las obras de más cuatro meses.

100. Lo anterior, contrario a lo expuesto por BOULDER que expresa que “(...) Si bien no se alcanzó tal porcentaje a la fecha acordada, lo cual se debió a los bloqueos en los accesos comenzados el 16 de junio de 2010 por parte de manifestantes, Boulder, tal como impone el contrato, realizó un plan de contingencia para la continuación de las obras (...)” [Memorial de Demanda § 190]. Dicho plan de contingencia expuesto por la Demandante no se ve reflejado en los reportes presentados por el MOPTI, quien como ente fiscalizador reportó un avance de un poco mas del 60% el 12 de septiembre de 2010. Este avance es el correspondiente al Hito 10 entregado el 3 de mayo del mismo año, de forma que se prueba que la obra estuvo paralizada por más de 4 meses.

101. Todo lo anterior, demuestra que la contratación por parte de HYDROFUERZA de un tercero es legítima y conforme al Contrato, en cuanto existió una parálisis por más de cuatro meses de acuerdo con la cronología del Contrato y con el informe entregado por el MOPTI. Este hecho, otorga la posibilidad a HYDROFUERZA de contratar un tercero para que este termine las obras [Cláusula del Contrato 13.1.2] que eran de vital importancia para el Estado de Costa Dorada y los países vecinos. [Hechos del Caso 2.1.8]

2. BOULDER es responsable por dicha paralización

102. Según el Demandante, “(...) el bloqueo de los accesos a la obra constituye una causal de fuerza mayor respecto de BOULDER que nada puede hacer para impedirlos (...)”. Adicional a lo anterior, señala que “(...) HF pudo haber evitado que las manifestaciones ocurrieran si se hubiese otorgado un permiso válido. También pudo el Estado de Costa Dorada haber concluido con los bloqueos recurriendo al uso de la fuerza pública, potestad que es exclusiva como Estado” [Memorial de Demanda § 192].

103. En relación con lo anterior, es necesario resaltar la posición abiertamente contradictoria por parte de BOULDER, ya que por un lado alegan el acaecimiento de una fuerza mayor, que según el Contrato se define como todo acto o acontecimiento no imputable a ninguna de las Partes puesto que este era imprevisible o inevitable [Cláusula del Contrato 5.1.3], y por el otro, endilgan la responsabilidad de los hechos a HYDROFUERZA.

104. Adicionalmente, los argumentos sobre los cuales fundamentan su posición son a todas luces improcedentes, pues en primer lugar, no existe decisión jurisdiccional alguna que siquiera ponga en duda la legitimidad y legalidad de los permisos ambientales tramitados en

su calidad de actos administrativos, y por otro lado, la decisión de no uso de la fuerza por parte del Estado, corresponde a razones de índole gubernativo, ajenos a la voluntad y decisión de HYDROFUERZA.

105. En segundo lugar, la parte Demandante continua señalando que en todo caso, “(...) queda probada la responsabilidad de HF en las manifestaciones y por consiguiente, bajo ningún concepto se puede imputar a Boulder, la cual, ante la situación, tuvo un correctísimo accionar” [Memorial de Demanda § 194].

106. Al respecto, es claro ya el estricto cumplimiento de la Demandada de sus obligaciones, y el correlativo incumplimiento de BOULDER de sus obligaciones con respecto al Cronograma de la obra, a la adopción de un plan de contingencia adecuado, y al cumplimiento con la legislación ambiental pertinente. Por lo anterior, no sólo HYDROFUERZA no es responsable, sino que la única responsable por el retraso de las obras, de 4 meses y 10 días, corresponde a la Demandante.

107. En conclusión, la responsabilidad es exclusivamente de BOULDER, y por lo tanto, este debe asumir los sobrecostos derivados de la contratación de FastSolutions para la terminación de la Hidroeléctrica, en condiciones de emergencia, a causa de su grave incumplimiento y sustancial retraso.

3. Aun si hubiere acontecido la fuerza mayor alegada por BOULDER, existió un atraso sustancial e HYDROFUERZA está legitimada para contratar un tercero.

108. Por otro lado, sin tener en cuenta el tiempo durante el cual se desarrollaron los bloqueos, el atraso fue de 3 meses y 15 días. Al respecto, la Demandante incurre en una continua contradicción, señalando en algunos apartes de su demanda la existencia y acaecimiento de una fuerza mayor [Memorial de Demanda § 192], y de otro lado, la existencia de responsabilidad y culpa por parte de HYDROFUERZA con respecto a los hechos ocurridos [Memorial de Demanda § 194]. Las dos afirmaciones, son a toda luz excluyentes y hacen que la teoría del caso de la Demandante derive en una constante imprecisión en el manejo de las figuras jurídicas utilizadas.

109. Omitiendo la contradicción mencionada, y aun si consideráramos que existió una fuerza mayor, continua existiendo un incumplimiento y un atraso sustancial en el desarrollo de las obras. La última entrega realizada por BOULDER del hito 10 fue el 3 de mayo de 2010 con un avance del 60%. El bloqueo, hecho que se alega como supuesta fuerza mayor, tuvo lugar entre el 16 de junio de 2010 y el 21 de agosto del mismo año, lo que corresponde a un

tiempo de 2 meses y 5 días. Posteriormente, entre la fecha de terminación de la toma y hasta el 12 de septiembre de 2010, fecha en la que el MOPTI certifica un poco más del 60% de avance en la obra, corrieron 22 días.

110. Ahora, en relación con el hecho de que desde el 3 de mayo de 2010 y hasta el 12 de septiembre de 2010 no hubiere avance alguno, el Demandado hace las siguientes consideraciones: i) si fuere considerado el tiempo de atraso, incluyendo la toma, el tiempo durante el cual no existió avance sustancial fue de 4 meses y 10 días; ii) en todo caso, de excluir el tiempo de la toma por considerarlo, según la Demandante, como fuerza mayor, no habría existido avance sustancial por un lapso de 2 meses y 5 días, que corresponde al tiempo transcurrido entre la última entrega y el inicio de los bloqueos, y entre la finalización de los mismos y la certificación de avance del MOPTI.

111. Todo lo anterior, sin tener en cuenta, que la contratación de FastSolutions tuvo lugar hasta el 22 de octubre, fecha que siendo tenida en cuenta, nos daría un total de 3 meses y 15 días [Ver Anexo1].

112. Así pues, de una u otra manera, el requisito de no avance sustancial por más de 2 meses se cumple a cabalidad, y queda demostrado, haya existido o no la fuerza mayor, que HYDROFUERZA estaba legitimada para la contratación de FastSolutions.

113. No sólo esto, sino que además, en caso de excluir el tiempo de las tomas, el lapso restante y el incumplimiento que tuvo lugar en este, es a toda luz responsabilidad de BOULDER, pues no existían razones para pensar que las licencias ambientales fueran ilegales, ni la necesidad de que, como alega la Demandante, el Estado de Costa Dorada, tomara acciones por medio del uso de la fuerza pública. Por todo lo anterior, aun ante el acontecimiento de una fuerza mayor, BOULDER está en la obligación de asumir los sobrecostos de la contratación del tercero.

IV. BOULDER NO TIENE DERECHO AL PAGO DE LOS HITOS 11 Y SIGUIENTES, AL RECONOCIMIENTO DEL 2% DE LA FACTURACIÓN NI A LA BONIFICACIÓN POR ENTREGA ANTICIPADA DE LA OBRA

A. Las obligaciones de pago mencionadas a cargo de HYDROFUERZA nunca se hicieron exigibles

114. El Contrato en las Cláusulas 14 y 15, las cuales contemplan las obligaciones a cargo de HYDROFUERZA, disponen claramente tres obligaciones condicionales: (i) el pago a

BOULDER conforme ésta haya cumplido con las entregas de cada hito o fase; (ii) el pago a BOULDER del 2% de la facturación por electricidad generada por la Hidroeléctrica; y (iii) la entrega de una bonificación adicional a BOULDER.

115. En el caso concreto las tres obligaciones descritas que se encuentran en cabeza de HYDROFUERZA, su ejecución y cumplimiento estaban sujetas al cumplimiento por parte de BOULDER de sus obligaciones, ya que las partes pactaron como forma de cumplimiento, la ejecución sucesiva y no simultánea de las obligaciones [Código de Comercio de Costa Dorada, art. 7.1.3].

116. El cumplimiento de la primera obligación correspondiente al pago de los hitos del Contrato, se encontraba sujeta al cumplimiento de BOULDER en el avance y entrega de cada uno de aquellos en la forma en que fue pactado por las Partes [EMANUEL, pág. 238]. Así lo dispone la Cláusula 14.1.2 del Contrato: “en la medida en que Boulder haya cumplido con el estado de avance correspondiente para cada fase o hito”.

117. Como ya se demostró con anterioridad, BOULDER tan solo cumplió con un poco más del avance del 60% [supra § 45], es decir, alcanzó tan solo al estado de avance correspondiente al hito 10 [Cláusula del Contrato 15.1.1]. Por lo anterior, la obligación de pago de los hitos 11 y siguientes no es exigible a HYDROFUERZA en los términos del Contrato.

118. La segunda obligación, relativa al pago del 2% de la facturación por la electricidad generada se hará efectiva “una vez suscrita la recepción final de las obras referida en este contrato” [Cláusula del Contrato 14.1.3]. Como se desprende claramente de los hechos del caso, no se realizó la entrega final de las obras pues BOULDER incumplió con el cronograma e HYDROFUERZA contrató a un tercero para que las terminara a su cargo.

119. Finalmente, respecto de la obligación de pago de una bonificación adicional a BOULDER, esta se verificaría “en caso de que Boulder entregue anticipadamente las obras” [Cláusula del Contrato 15.1.2] entendiéndose por entrega anticipada, aquella realizada por lo menos con dos meses de anterioridad a la fecha de entrega final. Es evidente que el hecho futuro e incierto relativo a la entrega anticipada de las obras no sucedió en el presente caso puesto que BOULDER, como lo certificó el MOPTI, tenía un atraso cercano al 20% para el 12 de septiembre de 2010 [Hechos del Caso 2.9.1]. En consecuencia, no se presentó una entrega anticipada sino retrasada de las obras.

120. En conclusión, HYDROFUERZA no está obligada a ninguno de los pagos mencionados puesto que BOULDER no cumplió ni adelantó las conductas necesarias para que surgiera, en cabeza de la demandada, la obligación de realizar dichos pagos.

B. HYDROFUERZA no es responsable de dichos pagos a título de indemnización de perjuicios

121. La conducta de HYDROFUERZA a lo largo de la ejecución del contrato no adolece de tacha alguna y en consecuencia, no es responsable de los pagos reclamados por BOULDER a título de indemnización de perjuicios pues no se configuran los elementos para ello.

122. El Código de Comercio de Costa Dorada en su art. 7.4.1 consagra la obligación de resarcimiento y correlativo derecho de la parte perjudicada a quedar indemne por el perjuicio causado. Así dispone 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”.

123. De esta manera, es claro que el elemento configurativo o generador del derecho a la reparación es el incumplimiento contractual el cual, entendido bajo la misma normativa y que se expuso con anterioridad [supra § 42] consiste en la falta de ejecución de alguna de las obligaciones contractuales [Código de Comercio de Costa Dorada art. 7.1.1].

124. En este sentido, como ya quedo demostrado, HYDROFUERZA cumplió a cabalidad con sus obligaciones derivadas del Contrato, no siéndole imputable hecho alguno que genere algún tipo de responsabilidad. Prueba de ello es la terminación justificada del Contrato y la contratación legítima de FastSolutions.

125. Como resultado de lo anterior, HYDROFUERZA no esta en la obligación de indemnizar a BOULDER con ocasión de la terminación del Contrato y por ende no tiene por qué pagar ni siquiera a título indemnizatorio los pagos reclamados por esta.

V. EL ESTADO DE COSTA DORADA NO ES RESPONSABLE SOLIDARIAMENTE DE LAS RECLAMACIONES DE BOULDER

126. Es necesario precisar, como consideraciones preliminares a este acápite, que no se pretende demostrar con la siguiente argumentación la extensión del pacto arbitral al Estado de Costa Dorada como ente no signatario del mismo, toda vez que esta discusión de índole

procesal no es de relevancia para la controversia que nos ocupa según se ha expresado reiteradamente en este memorial. [Aclaraciones Generales a los Hechos del Caso].

127. Si bien no resulta de mayor interés, es necesario precisar que la Demandante en cuestiones relativas a la calificación del Contrato [Memorial de Demanda §§ 9 a 12], le atribuye a éste el carácter de concesión y obra pública de manera indistinta, estando claramente establecido que se trata de un Joint Venture [Cláusula 1.1.2 del Contrato] [Infra § 140]. Lo anterior tiene el fin de generar una falsa impresión frente a la Cláusula general de responsabilidad del Estado, la cual es común que exista de manera expresa en los países de tradición jurídica continental europea, pero que no está presente ni se encuentra probada en el Derecho aplicable al Contrato.

128. En consonancia con lo anterior, se hace necesario aclarar que la Demandante incurre en una violación al principio de identidad en su argumentación, debido a que utiliza indistintamente la palabra Estado como organización política conformada por un grupo de entidades y Estado como sujeto de derecho público, es decir, como persona jurídica. Por ello llega al absurdo de afirmar que en todos los caso en que el Estado genera un daño (el Estado como organización o responsabilidad del estado Lato Sensu) [Diez. Pág. 18-20] está obligado a reparar, extrapolando esta conclusión al Estado como persona jurídica en el presente caso. Esto contraviene la existencia misma de una organización de las autoridades, la cual tiene características concretas de las cuales depende la configuración misma de la responsabilidad. [Mayer. Pág. 200]

129. En palabras más simples, es cierto que el Estado debe responder por los daños que causa, pero ello no significa que cualquier entidad estatal (entiéndase persona jurídica) deba hacerlo, sino la que efectivamente se encuentre relacionada con la producción del supuesto daño. En este caso, como se ha demostrado, debe respetarse la relatividad del Contrato frente al Estado como persona jurídica, y en consecuencia, desestimar toda apreciación sobre el carácter supuestamente solidario de su responsabilidad. [Infra § 140 y ss.]

130. Luego, la verdadera intención de las siguientes consideraciones tienen como fundamento principal dejar claro que la responsabilidad presuntamente imputada a HYDROFUERZA por parte de la Demandante no le es extensible al Estado de Costa Dorada en calidad de codeudor solidario [Hechos del Caso 5.1.1.], dado que: (i) el Estado no es parte de la relación contractual existente entre aquella y BOULDER; y (ii) en consecuencia no existe una obligación solidaria proveniente del Contrato que da origen a la presente controversia.

A. El Estado de Costa Dorada no interviene como parte en el Contrato

131. El negocio jurídico es una entidad que surge una vez se forma el consentimiento sobre determinados preceptos negociales, los cuales se conforman a su turno, entre otras cosas, por las reglas del negocio o contrato y las obligaciones consecuentes a cargo de las partes.

132. Por ser la voluntad el fundamento del negocio jurídico, éste resulta oponible a terceros como entidad existente regulatoria de los intereses de las partes que en él se ven involucradas, pero jamás como fuente de obligaciones para aquéllos. Dicho sea de otra manera, el negocio está en capacidad de generar obligaciones para las partes, pero no para terceros, quienes sólo pueden quedar manifiestamente obligados por adquirir frente al negocio el estatus de parte. Esto es lo que se conoce como el principio universal del efecto relativo de los contratos. [Larroumet T. II p. 191-192]

133. Es un principio reconocido por la doctrina que el contrato no produce efectos frente a terceros, debido a que “La autonomía privada, de la que el contrato es el desarrollo, no podría legitimar invasiones a la órbita de derechos del tercero” salvo que éste pueda considerarse un causahabiente de alguna de las partes [Messineo. P. 182 y 185]. Lo anterior se hace contundente si se entiende que parte sólo es “ (...) aquel, según la valoración de la conciencia social que la ley hace propia, a quien corresponde su paternidad y al que debe referirse no sólo la forma del acto – la declaración o el comportamiento- sino también el contenido” . Esto significa que parte sólo es aquél sujeto sobre el cual “la relación debe constituirse o desenvolverse”. [Betti. Pág. 68]

134. En palabras más simples, antes de que exista una obligación solidaria, debe existir una obligación respecto de la parte, hecho que no se verifica respecto del Estado de Costa Dorada en el Contrato. Lo anterior se sustenta en que: (i) el Estado de Costa Dorada no es titular de derechos ni obligaciones en el contrato, (ii) se ha pactado una obligación de “se porter fort” y (iii) debe respetarse la existencia de HYDROFUERZA como persona jurídica.

1. *El Estado de Costa Dorada no es titular de derechos ni obligaciones en el Contrato*

135. Como se ha afirmado, el Estado de Costa Dorada no es parte en el Contrato, por distintas razones que pasan a exponerse:

136. En primer lugar, es claro que las Partes del Contrato, según su voluntad, son BOULDER e HYDROFUERZA, [Hechos del Caso 1.1. y 1.2.] lo cual ha quedado

claramente expresado en el clausulado [Cláusulas 2.1.1.1. y 2.1.1.2. del Contrato] y que se corrobora por el simple hecho de haber diseñado los preceptos negociales que les aplicarían [Aclaraciones Generales a los Hechos del Caso]. Además, el MOPTI, así como ningún otro órgano estatal, ha suscrito el Contrato [Hechos del Caso 2.2.5.]

137. Lo anterior se materializó en la práctica, debido a que la totalidad de las obligaciones del contrato son ejecutadas por las partes ya señaladas, ya que BOULDER es quien efectivamente ha adelantado la construcción de la Central Heráclito e HYDROFUERZA es quien ha realizado los pagos correspondientes y obtenido los permisos, según se ha expuesto en el presente memorial [supra §§ 61, 3 y 27].

138. Esto demuestra que no hay otro sujeto distinto a BOULDER e HYDROFUERZA que ejecute obligación alguna en el Contrato y que la intervención del Estado de Costa Dorada atiende a una verdadera calificación como tercero. Lo anterior en la medida en que éste solamente ha intervenido a lo largo de toda la ejecución contractual como un veedor de la correcta ejecución del Contrato por las Partes del mismo, sin que esto lo convierta en parte directamente. En efecto, como lo demuestran los hechos, la intervención del Estado de Costa Dorada a través del MOPTI ha correspondido con esta labor que no lo implica como una parte del negocio en sí mismo, debido a que esta entidad estatal se ha limitado a calificar el avance de la Obra conforme a lo que ya se ha expresado más arriba [supra § 67] [Cláusula 11.1. del Contrato] [Hechos del Caso 2.2.3. y 2.9.1.].

2. Las menciones a las obligaciones del MOPTI corresponden a un modelo de Cláusula “de porte-fort”

139. La Cláusula “de Porte-fort” es aquella en la cual las partes se permiten pactar frente a terceros (se porter fort) determinada conducta que estos asumirán, con lo cual es una obligación de alguna de las partes que esta conducta positiva del tercero se dé, so pena de verse obligado a indemnizar [Weill & Terré. P. 587-588]. Esto significa que este tercero nunca conforma la relación comercial de quienes pactan frente a su conducta, pero quien se obliga a garantizarla debe asumir sobre él el riesgo de que ello sea de esta forma. En otras palabras, el riesgo de indemnizar la no ocurrencia de la conducta del tercero recae sobre la parte que se obliga a “se porter fort”. [art. 1120. C.C. Francés].

140. Bajo ese entendido, es lógico que en el Contrato se utilicen menciones a las “obligaciones” que el Estado de Costa Dorada asume a través del MOPTI, en especial la referida a la provisión de los fondos a través de los cuales HYDROFUERZA se encargará de

satisfacer las obligaciones dinerarias que del Contrato surgen a favor de BOULDER. Esto no significa nada distinto a que HYDROFUERZA, como Parte en este Contrato de riesgo compartido, ha asumido el riesgo de que el MOPTI asuma determinadas conductas frente al Contrato en su calidad de tercero y, en consecuencia, las respectivas indemnidades que se causen a favor de BOULDER si el MOPTI no llegara a asumir estas conductas.

141. Es necesario aclarar que frente a esto último, como se ha dejado constancia, no es el caso, ya que esta entidad estatal se comportó de acuerdo a lo que HYDROFUERZA se obligó a que así fuera y fiscalizó sin objeciones el Contrato, proveyendo a su turno los fondos correspondientes a esta fiscalización. [Hechos del Caso 2.2.3.; 2.9.1] [Cláusula 11 del Contrato] [Comunicación del 22 de octubre de 2010. §3]

142. Como puede observarse, es cierto que en las tratativas del negocio se mencionó que sería el Estado de Costa Dorada quien proveería de fondos a HYDROFUERZA para que cumpliera con sus obligaciones [Hechos del Caso 2.2.5.], lo cual, con el fin de preservar el interés legítimo de BOULDER en que este tercero actuara de esta forma, quedó consignado en el Contrato [Cláusula 11.1. del Contrato].

143. Lo anterior corrobora, por otra parte, la calificación que atinadamente han dado las partes al Contrato, pues éste tiene como principal objeto la distribución de riesgos entre HYDROFUERZA y BOULDER para la realización de la mencionada central Hidroeléctrica Heráclito.

3. No puede desconocerse la personería Jurídica de HYDROFUERZA

144. Es necesario precisar, a fuerza de no perder detalles por cuenta de la obviedad, que HYDROFUERZA no es la misma persona jurídica que el Estado de Costa Dorada, y en ello se basan todas las afirmaciones respecto de la calidad de tercero que éste ostenta frente a la relación contractual de la cual surge esta controversia.

145. Lo primero es recordar que HYDROFUERZA, a pesar de ser una entidad de propiedad cien por ciento del Estado, es una sociedad anónima [Cláusula 2.1.1.1. del Contrato] [Hechos del Caso 1.1.]. Por ser una entidad del Estado, se entiende con entera lógica que los funcionarios de Costa Dorada participen en su funcionamiento y tengan estrechas relaciones con éste, sobre todo si estos pertenecen a un ramo del gobierno afín o complementario con el derrotero misional de la entidad. Ello explica de manera suficiente la participación del MOPTI en las tratativas del negocio [Hechos del Caso 2.1.9 y ss.] y su papel activo en la

forma como de pudo celebrar el Contrato, y el nivel de cercanía entre las actividades del MOPTI y de HYDROFUERZA [Hechos del Caso 2.4.3.].

146. Lo anterior no obsta sin embargo a que se desconozca el funcionamiento de un sujeto tan complejo y especial en su organización como lo es el Estado, quien para desarrollar los cometidos que se le han encargado se vale de instrumentos. Sin embargo, no puede entenderse que las instrumentalidades que éste utiliza son equiparables a las que utilizan los grupos empresariales o los particulares, debido a que éstos no obedecen a los especiales cometidos y reglas de organización en su actividad empresarial y comercial como sí lo hace el Estado.

147. La doctrina ha criticado generalmente laudos y sentencias de los tribunales auxiliares que han desestimado estos argumentos, y si bien esto se ha producido en el contexto de la discusión de la extensión del pacto arbitral al Estado como parte no signataria, es pertinente para las cuestiones de legitimación en causa que aquí se discuten. Un claro ejemplo de ello es la crítica formulada a la decisión de la Corte de Apelaciones del Quinto Circuito en el caso *Bridas S.A.P.I.C. contra el Gobierno de Turkmenistán*:

“Por lo tanto, el objetivo de los “instrumentalidades” del gobierno es crear dentro de la estructura del Estado de una empresa especial que se asemeja a una entidad privada empresarial en la forma y el propósito. Estas entidades se crean a menudo desprovistas de cualquier función de regulación tradicional, y especialmente establecidas con el propósito de participar en actividades comerciales. **Así, mientras que la propia entidad puede parecerse a una empresa privada, la motivación del gobierno en el establecimiento de la entidad, y la relación que guarda con su creador son muy diferentes.** Bridas prácticamente hizo caso omiso de estas distinciones, bajo el supuesto de que los principios derivados de la esfera privada podrían ser llevados y se aplica en el contexto gubernamental. [...]

Uno no puede hacer asumir, como sostiene el Tribunal, que el gobierno de Turkmenistán es el alter ego de Turkmenneft basándose en el hecho de que la matriz y una filial tienen "servicios comunes de negocio" o "Estados Financieros Consolidados" o "**directores comunes y oficiales**" o " propiedad de las acciones comunes ". Además, la Corte utilizó casos en los cuales había terceros beneficiarios **sin tener en cuenta las normas especiales aplicables a los contratos públicos que pueden reflejar las políticas públicas que conceden derechos a terceros para hacer cumplir el acuerdo.** Del mismo modo, en su análisis de la agencia, el Tribunal utiliza las nociones tradicionales de la agencia privada para determinar si existe una

"relación de agencia" entre Turkmenneft y Turkmenistán. **Sin embargo, las agencias e instrumentalidades gubernamentales no se prestan fácilmente a este tipo de comparaciones privadas.** Bidas sin duda pone de presente los peligros de la libre transposición de criterios establecidos en el sector privado a los contratos del Estado. [Roger Alford citado por Hanotiau § 128. Resaltado fuera de texto original. Traducción Libre]

148. Por las razones expuestas no puede entonces ser de recibo el argumento según el cual es indistinto referirse al Estado de Costa Dorada o a HYDROFUERZA [Demanda §§] por el simple hecho de ser HYDROFUERZA una entidad de propiedad cien por ciento del Estado de Costa Dorada, debido a que esto desconoce absolutamente el esquema de funcionamiento de cualquier estado, el cual no obedece en ningún caso, como se ha expuesto, a la misma motivación ni dinámica propia del sector privado y los particulares.

149. Por la conclusión necesaria a la que se arriba, se le solicita al H. Tribunal desestimar este tipo de argumentos que no realizan un análisis juicioso de los supuestos de hecho que demuestran que HYDROFUERZA no es una simple instrumentalidad creada para exonerar de responsabilidad al Estado de Costa Dorada (De hecho, es la empresa estatal que se encargó en el pasado de este tipo de proyectos [Hechos del Caso 2.1.8.]), sino que se trata de una empresa estatal a través de la cual se instrumentalizó este proyecto de importancia nacional, y, en consecuencia, no debe desconocerse el hecho de que tiene personalidad jurídica, esto es, capacidad de ser titular de derechos y contraer por cuenta y a nombre propio obligaciones, como es el caso del Contrato que da origen a la controversia.

B. El Estado de Costa Dorada no ha pactado ninguna obligación solidaria con BOULDER

150. Siendo la solidaridad un tema que el código de Comercio de Costa Dorada no regula de manera específica, es necesario remitirse a los principios generales que sobre el instituto de la solidaridad ha planteado la doctrina de manera uniforme a lo largo del tiempo.

151. La doctrina ha considerado que la solidaridad puede definirse en términos usuales como aquella situación que “permite que un acreedor, teniendo varios deudores de una misma deuda, reclamar a cada uno de ellos su totalidad” [Weill & Terré P. 976, traducción libre]. Esto significa en otras palabras que “cada deudor se estima serlo frente al acreedor para el objeto expresado , en tanto se considera deudor de su parte sola en todos los demás órdenes, y señaladamente en relación a los codeudores” [Giorgi. I. P. 115]

152. Sin embargo, es necesario reconocer que la solidaridad es un instituto que despliega sus efectos solamente cuando se reúnen ciertos requisitos generalmente reconocidos por la doctrina, entre los cuales se encuentra (i) la pluralidad de sujetos, (ii) la unidad de prestación y (iii) en términos de Giorgi, “la voluntad del hombre o disposición de la ley, directa para constituir la solidaridad” [Giorgi. I. P. 115]. Señala igualmente la doctrina alemana que las obligaciones solidarias deben basarse en “una misma causa o fundamento jurídico”, puesto que, de no tenerse claro este requisito, se estaría frente a una solidaridad aparente [Larenz. Pág. 513].

153. Lo anteriormente señalado indica entonces que, independientemente de las definiciones que doctrinariamente varían precisan ciertos aspectos, o modulan ciertos efectos de la solidaridad, se ha reconocido de manera unánime el hecho de que una obligación solidaria es aquella que tiene una especial característica en su aspecto subjetivo. Esto significa en otras palabras, aquella obligación en la cual la prestación unitaria se obligan todos y a todo una pluralidad de sujetos, existiendo respecto de lo debido un vínculo jurídico específico en relación con cada uno de ellos. Consecuencia de lo anterior es que, siendo una obligación contraída por un sujeto único, mal podría llamársele a esta obligación solidaria.

154. Se verifica entonces la no existencia de la solidaridad en el hecho de que, frente a las prestaciones de cada obligación del Contrato, (i) no existe pluralidad de sujetos ni (ii) fuente alguna de solidaridad, sea el acuerdo de las partes o la ley. Además de ello, es necesario advertir (iii) que la sentencia no puede ser fuente de solidaridad.

1. *No existe pluralidad de sujetos en las obligaciones surgidas del Contrato*

155. Como se ha analizado en las consideraciones ya realizadas dentro de este acápite [supra § 136], ha quedado claro que el Contrato generó obligaciones respecto de BOULDER e HYDROFUERZA, únicos sujetos ubicados en los respectivos extremos de la relación negocial.

156. Esto excluye, por sustracción de materia la posibilidad de que exista obligación solidaria alguna en el marco de la responsabilidad contractual que BOULDER pretende que el H. Tribunal declare, puesto que éste es un requisito co-extensivo e inherente al instituto de la solidaridad. En otras palabras, debido a que no existe otro sujeto que HYDROFUERZA en el extremo pasivo de esta relación procesal, y que ello coincide con el extremo de la relación sustancial que aquí se discute, no puede haber bajo ninguna circunstancia un planteo de solidaridad.

157. Sin embargo, se hace menester anotar cómo el demandante incurre en una grave contradicción al pretender la declaratoria de solidaridad, cuando de sus razonamientos pretende a la vez inferir que Costa Dorada e HYDROFUERZA conforman “una única parte” [Memorial de Demanda § 29]

2. *No existe una norma que fundamente la solidaridad*

158. Por otra parte, y como ya se había señalado, en el derecho aplicable a la presente controversia no existe una norma que dé lugar a la existencia de una responsabilidad contractual de tipo solidario. [supra § 150].

159. Debe precisarse que la fuente de la solidaridad según la demandante es el bien común y la prestación de un servicio público [Memorial de Demanda §9,14], lo cual no guarda ninguna correspondencia con las fuentes ya vistas de la solidaridad, las cuales son la ley o la voluntad.

3. *No existe acuerdo que dé origen a la solidaridad*

160. Como bien se lee de lo establecido de manera unánime por la doctrina, la solidaridad de origen convencional solo surgirá cuando de manera libre y espontánea las partes así lo estipulen [supra § 152], hecho del cual no existe rastro ni oscuridad en el presente caso. Debe concluirse que, esclarecidas las menciones que dieron origen a la inclusión de las “obligaciones” del MOPTI dentro del contrato, referidas a la garantía por parte de HYDROFUERZA respecto de la conducta de un tercero como el MOPTI, y la distribución de riesgos que ello conlleva [supra § 140].

161. No existe ninguna convención que dé origen a una solidaridad, ni ninguna mención en el contrato que insinúe la existencia de una obligación con pluralidad de sujetos, en la cual se acuerde que todos ellos se obliguen a la totalidad de la prestación debida.

162. Debe aclararse que la interpretación de los contratos según las reglas del Código de Comercio implican necesariamente que se respete ante todo la voluntad de las partes y sólo ante la imposibilidad de que esta interpretación sea plausible, debe comenzar a indagarse por otros recursos que permitan interpretar ese querer, bien porque sea oscuro, ambiguo o tenga consecuencias absurdas. Esta regla de interpretación está contenida en el artículo 4.1. (2) del Código de Comercio de Costa Dorada [GALGANO, págs. 428 a 430].

163. No es de recibo entonces aplicar tal regla contenida como lo pretende la Demandante [Memorial de Demanda § 3], si como claramente se ha demostrado en este memorial, pueden

entenderse las razones por las cuales un tercero como el MOPTI ha sido mencionado en el clausulado del Contrato. De ahí que no sea entonces de recibo la petición de principio en la que se incurre, por intentar demostrar el carácter de parte del Estado apoyados en una afirmación tan superflua como lo es la mención a la Cláusula 30 del Contrato o, Cláusula de renuncia a reclamos diplomáticos, de común utilización, mediante la cual HYDROFUERZA simplemente manifiesta su voluntad de someterse, en todo caso, a ejecución u otra jurisdicción renunciando ella, y no el Estado de Costa Dorada, a posibles prerrogativas por su naturaleza pública. [SIERRALTA, pág. 352 a 355; ESLAVA, pág. 1387 y 1388]

164. Lo anterior significa que no es posible determinar por esa simple mención que el Estado sea parte, debido a que esta circunstancia se deriva de su condición de centro de imputación negocial y no de la simple afirmación gratuita realizada por el demandante en este sentido.

165. Por último, pero no menos importante, como se deriva de las consideraciones ya expuestas sobre los compromisos de las partes frente a conductas de terceros, no es cierto que el efecto económico deseado por un negocio sólo se logre vinculando a un sujeto en el contrato. De hecho, las conductas de terceros frente a las partes tendrán en muchos casos incidencia e impacto económico en la relación jurídica que estas tengan, sin que ello signifique necesariamente que ello le atribuya al tercero el carácter de parte [LARROUMET, pág. 193]. Por el contrario, HYDROFUERZA se ha comprometido a realizar los pagos [Cláusula 14.1.2. del Contrato], siendo para BOULDER un derecho frente a ésta, pero no frente al Estado de Costa Dorada, la circunstancia de que se provean fondos para ejecutar la prestación debida.

166. Esta es la debida forma de entender las circunstancias que rodean el Contrato, en el cual los extremos de la relación son ocupados por sujetos únicos sin que exista motivo alguno de pensar siquiera en la existencia de la responsabilidad solidaria por un presunto “imperio mismo de las cosas” [Memorial de Demanda § 4]. Por lo tanto, el H. Tribunal no debe indagar la supuesta litigiosidad de la solidaridad, puesto que ella no se deriva de un correcto y claro entendimiento del Contrato.

4. La sentencia o laudo no son fuentes de obligaciones solidarias en el plano contractual

167. Es necesario recordar que las únicas fuentes de la solidaridad son la convención y la ley, como ya se ha mencionado en este memorial. Por esta razón, ha aclarado el Tribunal

supremo Español que la solidaridad es un hecho que debe ser declarado por la sentencia, pero que tal hecho no tiene su origen en ésta, sino en la convención de las propias partes o la ley misma, como se sigue de lo que en su momento afirmó como fundamento de la anulación de un laudo arbitral que había desestimado los efectos liberatorios de la cosa juzgada material y acogido las pretensiones de condena solidaria formuladas por el demandante:

“Siendo la regla general en nuestro Derecho, conforme al art. 1137 C, la mancomunidad, la toma en consideración de los vínculos de solidaridad puede hacerse si resulta del contrato, de una disposición legal, y, excepcionalmente, apreciando un vínculo de solidaridad impropia nacida de [...] la responsabilidad por un ilícito culposo con pluralidad de agentes.

El hecho de que la entidad demandante postulara la condena solidaria de los demandados no crea un vínculo de solidaridad, el cual solo se produciría con la eventual sentencia condenatoria, pues es una solidaridad que se origina en la sentencia condenatoria y que no existe con anterioridad” [Sentencia de Anulación del 23 de junio de 2010].

168. Como bien se aprecia del extracto aquí citado, la sentencia sólo puede dar lugar a la solidaridad en el caso de controversias de carácter extracontractual. Siendo los planteos de la parte todos relativos al incumplimiento del contrato y situándose en esta perspectiva, no es posible entonces bajo ninguna circunstancia abrir camino bajo este argumento para que se origine una solidaridad con el proferimiento del laudo que resuelva la presente controversia. [GUILARTE].

PETITORIO

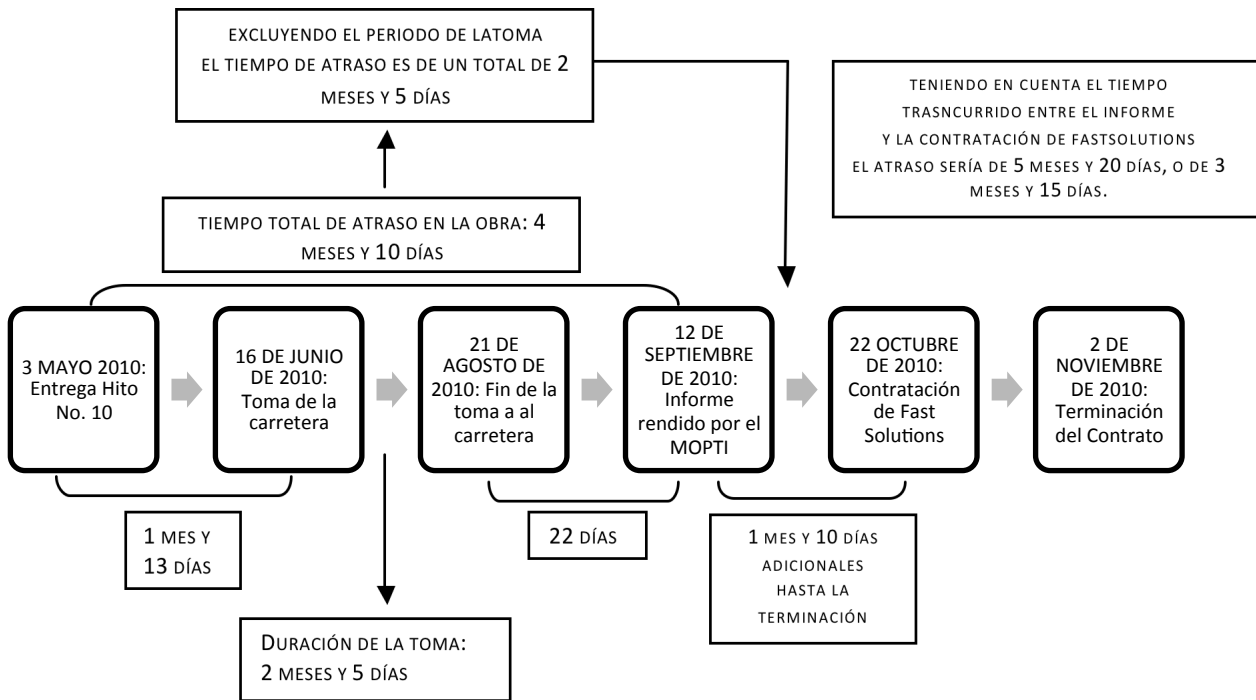
Por todo lo expuesto, HYDROFUERZA solicita respetuosamente al Tribunal Arbitral que declare:

1. Que HYDROFUERZA cumplió puntualmente con todas las obligaciones contenidas en el Contrato que consistían en: (i) los pagos correspondientes a los hitos 8 y siguientes se realizaron de acuerdo al Contrato y a la ley aplicable. (ii) los pagos de los hitos 11 y siguientes no se realizaron por el incumplimiento de BOULDER. (iii) HYDROFUERZA obtuvo los permisos requeridos por el Contrato, sin que haya resolución o sentencia que declare que ellos son insuficientes o deficientes.
2. Que la rescisión del Contrato y la contratación de FastSolutions fueron justificadas, porque BOULDER incumplió el contrato, toda vez que: (i) no se ajustó al cronograma contractual para la realización y entrega de las obras; (ii). y el bloqueo de la carretera no es imputable a HYDROFUERZA, que nada podía hacer para evitarlo, impedirlo o solucionarlo a diferencia de Boulder, que pudo haberlo evitado mitigando el impacto ambiental, y que pudo haber adoptado medidas para continuar las obras a pesar del bloqueo
3. Que el Estado de Costa Dorada no es Responsable bajo ningún título

Como consecuencia de lo anterior, se solicita:

1. Desestimar todos los planteos expuestos por BOULDER en la Demanda; y
2. Condenar a BOULDER al pago de los sobrecostos en que incurrió tras la contratación de FastSolutions para la terminación de la Hidroeléctrica.

ANEXO 1



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.”