

Laudo Arbitral

Termocolombia

v.

ICEL

Marzo 16 de 1979

Acta 48

En Bogotá, Distrito Especial, siendo las tres de la tarde del día 16 del mes de marzo de mil novecientos setenta y nueve (1979), fecha y hora acordadas en la audiencia de fecha 27 del mes de febrero del año de 1979, en la sede del Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir en derecho las diferencias surgidas entre Termocolombia —grupo de empresarios integrados por Alsthom Española S.A., Astilleros Españoles S.A., Steint Roubaix Española S.A., Westinghouse S.A., y Société Reteau, absorbida por Alsthom Atlantique—, por una parte, y el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, ICEL, por la otra, se reunieron en audiencia de fallo los árbitros, doctores José Alejandro Bonivento Fernández, José Gabino Pinzón Martínez y Pedro Lafont Pianetta, el secretario del tribunal, doctor Bernardo Afanador Plata, y los apoderados de las partes, doctores Pablo J. Cáceres Corrales y León Posse Arboleda.

El presidente del tribunal doctor Bonivento Fernández, pidió al secretario que procediera a dar lectura, en voz alta, conforme a lo previsto en el artículo 2019 del Código de Comercio, al siguiente laudo en derecho:

I. Antecedentes

El 11 de enero de 1972 fue suscrito el contrato distinguido con el número 2593 entre el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, ICEL, por una parte, y Alsthom Española S.A., Astilleros Españoles S.A., Stein et Roubaix Española Sociedad Anónima y Westinghouse S.A., denominados Empresarios Agrupados Termocolombia y Société Rateau, por la otra, cuyo objeto fue el “diseño, fabricación, suministro de equipos y materiales, transportes, construcción de las obras civiles, montaje, pruebas y entrega en operación de la ampliación de la Central Termoeléctrica de Barrancabermeja, consistente en una unidad turbogeneradora a vapor, de 66 MW, y de todas las demás instalaciones, equipos y accesorios especificados en el contrato por el sistema de “llave en mano”.

Al contrato mencionado se hicieron las modificaciones y adiciones acordadas en la reunión celebrada entre las partes el 16 de julio de 1974, según lo que consta en el acta firmada por ellas en la misma fecha.

En el curso de la ejecución del contrato, modificado en el sentido indicado en el acta del 16 julio de 1974, surgieron entre las partes diferencias que comenzaron a concretarse en la comunicación dirigida al señor gerente del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, ICEL, por el entonces gerente de Empresarios Agrupados Termocolombia, Pascual Peralta Sauras, el 15 de noviembre de 1976, distinguida con el número TB-709.76 (fl. 8, cdno. 1), en la cual se solicita la determinación del precio final del contrato, a cuyo fin se acompañaron a dicha comunicación dos anexos, así:

- a) El primero, contentivo de las partidas que, según el firmante, fueron aceptadas con anterioridad por el ICEL y no habían sido aún liquidadas, correspondientes a modificaciones (aumentos y disminuciones) del contrato, por valor de US\$ 296.014.85 a favor de Termocolombia.
- b) El segundo, contentivo de cantidades resultantes de la revisión de precios, intereses moratorios, mora en la apertura de créditos irrevocables e impuestos, por un valor total de US\$ 7.434.754, también a favor de Termocolombia.

Antes de dar respuesta a la anterior comunicación, ICEL dirigió a Termocolombia el télex 16, de 26 de enero de 1977 (fl. 198, cdno. 2-A), del que cabe destacar:

- a) La aceptación del “haber llegado a un acuerdo sobre los aumentos y disminuciones en el suministro del equipo

de origen español, en desarrollo del cual se procedió a emitir la serie de letras de cambio correspondiente”;

b) La indicación por el representante legal de ICEL de los aspectos sobre los cuales habría de discutirse, en atención a las reclamaciones enumeradas en el anexo 2 de la comunicación del 15 de noviembre de 1976, procedente del contratista, así:

1. Los fundamentos de orden jurídico de cada reclamación (disposiciones legales y/o contractuales).
2. Las circunstancias de hecho que sirvieran de fundamento de la reclamación y sus pruebas.
3. La determinación de la cuantía de las reclamaciones formuladas.

Solo en el evento de existir acuerdo respecto de los tres puntos enumerados —se dijo en el télex— ICEL estaría en capacidad de satisfacer las exigencias concretas de que se tratara. De lo contrario, la petición quedaría “deferida” a vías ulteriores.

En atención al citado télex, mediante comunicación de 2 de febrero de 1977 (fl. 115, cdno. 1), Termocolombia procedió a precisar por su parte las reclamaciones y solicitó:

a) Con fundamento en cláusulas contractuales: 1. La determinación del precio final del contrato. 2. La determinación del plazo de entrega. 3. La determinación de casos de fuerza mayor que incidan en el plazo. 4. La determinación de los nuevos impuestos y de las modificaciones de los existentes. 5. La remisión a la cláusula 43 del contrato “para cualquier discrepancia respecto a la interpretación” del mismo (arbitramento).

b) Como complementarias de las contractuales: 1. La revisión de precios. 2. El pago de intereses moratorios.

Las anteriores peticiones se fundamentaron en los siguientes hechos, unos que consideraba imputables a ICEL y otros que consideraba constitutivos de fuerza mayor y caso fortuito:

a) Imputables a ICEL: 1. Mora en los pagos por parte de ICEL. 2. Mora en la apertura de los créditos irrevocables. 3. Mora en la tramitación de las licencias de importación colombianas. 4. Mora en el pago de impuestos a las ventas. 5. Variación del sistema de circulación de aguas.

b) No imputables a ICEL, pero constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito: 1. Huelgas en Condisa, cementeros y alfareros colombianos, astilleros españoles, en Babcock Wilcox de España y en Rateau en Francia. 2. Mora en los embarques de la Flota Mercante Grancolombiana. 3. Dificultades en el puerto de Barranquilla, extravíos, pérdida de documentos, dificultades del remolcador y rotura de grúa en Barrancabermeja. 4. Los nuevos impuestos y las modificaciones a los existentes.

Todo lo anterior, se afirmó, daba lugar a la ampliación del plazo y a la revisión de precios, por cuanto se habían afectado materiales españoles, materiales franceses, la supervisión de montaje y las obras locales. Lo primero, en 1381 días, según las conclusiones allegadas al escrito (exceptuando la mora por el suministro de agua de circulación); y lo segundo, en cuantía de US\$ 7.548.104.88.

Formulada, completada y aclarada en los términos anteriores la solicitud del contratista sobre determinación del precio final del contrato, en oficio G-OJ 1810, de fecha 15 de marzo de 1977, destinado a “consignar por escrito el criterio de ICEL”, este fijó su posición respecto de las reclamaciones de Termocolombia, a cada una de las cuales se refirió en el siguiente orden, dirigiendo dicho escrito a Empresarios Agropecuarios Termocolombia y Sociéte Rateau, habida cuenta de que “a tales reclamaciones ha adherido en forma expresa y total la Sociéte Rateau mediante télex de febrero 21 de 1977, confirmados por oficios de febrero 28 de 1977 y de marzo 4 de 1977”.

1. Respecto del cumplimiento del plazo pactado, considera ICEL “el contratista se halla en mora de satisfacer su obligación contractual de entrega la planta en operación inicial y de concluir esta fase, desde el 11 de enero de 1976”. Y estima que ninguna circunstancia de las audiencias por el contratista le exonera de su responsabilidad de dar cumplimiento en la fecha citada. Sus razones son las siguientes: a) La mora en el pago de las letras de cambio no exime al contratista de responsabilidad por incumplimiento, como quiera que la operación inicial de la planta fue prevista originalmente para una fecha anterior a la del vencimiento de las letras de cambio; b) Objetivamente

no existió mora alguna en el pago de que debía efectuarse con la carta de crédito irrevocable de que trata el punto 1.1.c. de la cláusula sexta; c) No aparece demostrada para ICEL relación alguna entre los lapsos de vencimiento de las licencias de importación y el retardo en el cumplimiento de la obligación de entrega; d) El haberse abstenido el contratista de pagar un impuesto efectivamente liquidado, provocando así la inmovilización del material llegado a puerto colombiano; e) No ha existido circunstancia alguna constitutiva de fuerza mayor o caso fortuito.

2. En relación con la mora en los pagos de las letras, considera ICEL que, a pesar de haberse presentado mora en el pago de las letras de cambio 1 y 2, no está obligado al pago de intereses moratorios por cuanto la norma invocada por el peticionario es aplicable únicamente a negocios mercantiles, a más de que la administración carece de capacidad para hacer un reconocimiento como el solicitado. Y, en cuanto al sistema de que trata el punto 1.1.c. de la cláusula sexta, en ningún caso la no vigencia de la licencia de importación fue óbice para el cobro de la carta de crédito y, por tanto, desaparece el presupuesto de hecho de la reclamación.

3. En cuanto al establecimiento de nuevos y/o modificación de los existentes a la firma del contrato, distingue entre impuesto a las ventas y otros impuestos.

Respecto a la situación derivada del impuesto a las ventas, considera que de la interpretación armónica de las cláusulas 8ª y 26 del contrato se desprende que, tratándose de un impuesto no exceptuado expresamente, debía el contratista proceder a su pago en caso de que fuera efectivamente liquidado como ocurrió con el embarque 32, tal como actuó en relación con otros embarques (33 y 35), sin perjuicio de su derecho de obtener los reembolsos posteriores.

Respecto del aumento en la tarifa de lo existentes (del 4 al 6%), reconoce el derecho del contratista al valor correspondiente a la diferencia. Y respecto al impuesto a las ventas liquidado que el contratista se abstuvo de pagar y respecto del cual se obtuvo exención, ICEL tiene derecho, se afirma, a que el contratista le reembolse el valor correspondiente, al tenor de lo prescrito por la cláusula 8ª del contrato. Por lo cual, se concluye, el balance arroja a favor de ICEL, por tal concepto, un saldo de \$ 494.979.76.

4. Respecto de otros impuestos, o aumentos en los ya existentes, considera ICEL insuficientes las pruebas aportadas para exigir el reconocimiento del pago, porque: a) No se determinan; b) No se demuestra su pago; c) No se demuestra que tales impuestos tengan relación con la ejecución del contrato; y, d) No se determina la cuantía del reembolso solicitado en el caso en de aumento de tarifas.

5. Respecto del reajuste de precios, ICEL se pronuncia así: a) Por concepto de equipo y montaje considera que las liquidaciones presentadas desconocen las épocas señaladas contractualmente y desbordan el límite del 11% a que se refiere la cláusula quinta. No comparte el criterio de que tales limitaciones hayan sido eliminadas por el acuerdo adicional del 16 de julio de 1974, como quiera que este se limitó a prorrogar el plazo, quedando intactas las demás disposiciones contractuales. Por tanto, en cuanto al equipo de origen español y la actividad de supervisión de montaje, se niega todo reajuste; no así para equipo de procedencia francesa, para el cual ICEL reconoce un reajuste de US\$ 126.009.00; b) Por concepto de obras locales considera improcedente la reclamación al respecto, por cuanto las fórmulas pactadas son las únicas aplicables al tenor de la ley colombiana; c) Por concepto de adiciones y disminuciones en el suministro no encuentra ICEL bases suficientes para su reconocimiento.

Así las cosas, en escrito presentado al ICEL el 13 de abril de 1977, el representante legal de Empresarios Agrupados Termocolombia manifestó, para los efectos previstos en la cláusula cuadragésima tercera del contrato, la no aceptación de la decisión contenida en el oficio G-OJ 01810, del 15 de marzo de 1977, que le fue notificada el 17 del mismo mes; y, dentro del término pactado, dio a conocer a ICEL su decisión de acudir al Tribunal de Arbitramento previsto en el contrato, a fin de que se resolvieran por esa vía las diferencias surgidas en torno a las reclamaciones formuladas el 15 de noviembre anterior (fl. 379, cdno. 1º). A lo cual, aunque fuera de término, adhirió Société Rateau en escrito fechado en París el 3 de mayo de 1977 y recibido por ICEL el 17 del mismo mes y año (fl. 389 cdno. 1).

Termocolombia —como grupo integrado por los empresarios indicados al comienzo del acta— y la sociedad Alsthom Atlantique como absorbente de Société Rateau, según la fusión perfeccionada en —París el 29 de diciembre de 1976— requirieron a ICEL en escrito del 28 de junio de 1977 (fl. 13, cdno. 1) para que hiciera la

designación del árbitro correspondiente, con el fin de integrar el Tribunal de Arbitramento previsto en la cláusula 43 del contrato; al mismo tiempo designaron por su parte como árbitro al doctor Pedro Lafont Pianetta.

El Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, ICEL, atendiendo el requerimiento del grupo contratista, designó como árbitro al doctor José Gabino Pinzón Martínez, mediante escrito 18 de julio de 1977 (fl. 3, cdno. 1). Los dos árbitros así designados nombraron como árbitro tercero al doctor José Alejandro Bonivento Fernández y, habiendo aceptado todos su respectiva designación, nombraron como secretario al doctor Bernardo Afanador Plata.

Instalado el tribunal el 4 de octubre de 1977, según consta en el acta 1, se citó para la audiencia prevista en el artículo 2019 del Código de Comercio, la cual se celebró el 23 de enero de 1978. En esta oportunidad y de acuerdo con el mismo artículo 2019 del Código de Comercio, ICEL formuló sus pretensiones. Ya propuestas así las reclamaciones de las partes, el tribunal se declaró competente para conocer de ellas, sin perjuicio de las precisiones sobre este tema reservadas para el laudo, según consta en el acta del 14 de febrero de 1978.

En la forma indicada se inició el proceso y dentro de él ambas partes solicitaron las pruebas que consideraron conducentes, que fueron decretadas y practicadas por el tribunal del modo que consta en el expediente. Y finalmente, clausurada la etapa probatoria del proceso, los abogados de las partes formularon las alegaciones orales previstas en la regla sexta del citado artículo 2019 del Código de Comercio, las que forman parte del proceso en el resumen escrito elaborado y presentado por cada uno de ellas.

II. Las reclamaciones sometidas a la decisión del tribunal

A. Por parte del contratista

1. El contratista, en escrito de fecha junio 28 de 1977 (fls. 13 y ss. cdno. 1) hizo un replanteamiento de sus reclamaciones y solicitó “del honorable Tribunal de Arbitramento que mediante el laudo que pronuncie, disponga las siguientes declaraciones y condenas a cargo del ICEL y a favor del contratista, por las razones que a continuación de cada una de ellas explicaremos sucintamente” y que el tribunal sintetiza así:

Primera. Que el plazo contractual para la entrega de la planta en operación inicial, previsto originariamente en la cláusula séptima del contrato y luego prorrogado por documento suscrito el 16 de julio de 1974, se ha ampliado en un lapso igual al que se acredite y pruebe en desarrollo del proceso arbitral, por haber ocurrido circunstancias que representan causas no imputables al contratista o que constituyen fuerza o caso fortuito.

Fundamentos de hecho de esta reclamación:

1. Mora por parte de ICEL o terceras autoridades colombianas en la tramitación ordenada por el Decreto 1050 y en el registro del contrato en el Banco de la República.

2. Incumplimiento y mora en los pagos por parte de ICEL, que son de tres tipos, respecto de sus obligaciones de pago previstas en el contrato: a) En primer lugar mora e incumplimiento de los anticipos del 2.5% a que se refieren los puntos 1.1.a, 1.1.b, 2.1.a y 2.1.b. de la cláusula sexta, tal y como se establecerá en la etapa probatoria; b) En segundo término incumplimiento y mora en el pago de todas las letras de cambio correspondientes a capital e intereses de las tablas 1, 2 y 3, tal como lo ha reconocido ICEL en su oficio G-OJ 01810, de 15 de marzo de 1977, y como se probará oportunamente; c) Mora en el pago de que trata el punto 1.1.c de la cláusula sexta del contrato, como se probará igualmente en el juicio.

3. Retrasos en la obtención de las licencias de importación, vencimiento de las mismas y demoras en su renovación.

4. Inmovilización de material en puerto colombiano por el no pago por parte del ICEL del impuesto a las ventas que les fue liquidado, y por el retardo en la obtención de la exención correspondiente.

5. Cambios, adiciones, deducciones o modificaciones al objeto del contrato.

6. Huelgas que afectaron el normal desarrollo de la ejecución del contrato.

7. Dificultades y demoras en la utilización de los servicios de la Flota Mercante Grancolombiana.

8. Interferencias de ICEL en razón de la variación del sistema de enfriamiento y no suministro adecuado y oportuno del agua de circulación.

9. Otros hechos constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, o no imputables al contratista sino al ICEL o a terceras, planteados oportunamente.

Segunda. Que como consecuencia de la ampliación del plazo que se reconozca conforme al punto anterior, se condene al ICEL a pagar al contratista todos los costos, extracostos y mayores valores que efectivamente se causaron como consecuencia de haber tenido que ejecutar el contrato durante un lapso superior al plazo previsto originalmente más la prórroga concedida el 16 de julio de 1974.

Fundamentos de hecho de esta reclamación

Esos mayores costos tienen que ver principalmente con los siguientes conceptos:

1. Valor de la nómina del personal del contratista en España durante el tiempo de ampliación del plazo que se reconozca.
2. Valor de la nómina del personal del contratista en Colombia durante todo el tiempo de ampliación del plazo que se reconozca.
3. Mayores costos de orden financiero que hubo de asumir el contratista por la ampliación del plazo de ejecución del contrato.

Tercera. Que se condene al ICEL a pagar al contratista el valor de los intereses moratorios causados por la mora en el pago de las siguientes sumas:

- a) Los anticipos del 2.5% a que se refieren los puntos 1.1.a, 1.1.b, 2.1.a, y 2.1.b, de la cláusula sexta.;
- b) La totalidad de las letras de cambio giradas en desarrollo del contrato respecto de las cuales se acredite que el ICEL incurrió en mora de pago y en especial de las dos primeras letras de cambio correspondientes a capital e intereses de las tablas 1, 2 y 3.
- c) Los valores que debían pagarse conforme al punto 1.1.c de la cláusula sexta, por el sistema de carta de crédito.

Cuarta. Que se declare responsable y se condene en consecuencia al ICEL por los perjuicios causados al contratista por la inmovilización de los materiales del embarque 32, causado por la conducta del ICEL de no pagar el impuesto a las ventas liquidado por ese concepto y por la demora en la obtención de la exención del respectivo impuesto.

El impuesto a las ventas por las mercaderías del embarque número 32 no fue pagado por ICEL, a pesar de que así se lo solicitó en desarrollo del contrato, el contratista. ICEL optó por esperar la obtención de la exención correspondiente, la cual se demoró varios meses. La consecuencia de la actitud del ICEL fue la inmovilización de las mercancías en puerto colombiano hasta el momento en que se dispuso de la correspondiente exención.

Quinta. Que se declare y condene en consecuencia al ICEL a pagar al contratista todas las sumas pagadas por este por concepto de impuestos que contractualmente estaban a cargo del ICEL.

El contrato, según lo hemos analizado anteriormente solo imponía al contratista la obligación de pagar aquellos impuestos y gastos taxativamente enumerados en las cláusulas 6ª y 28 del contrato. El contratista, como se demostrará oportunamente, asumió el pago de algunos impuestos a las ventas correspondientes a ciertos embarques y de otros que se acreditarán en el proceso. El ICEL deber ser condenado, en consecuencia, a reembolsar al contratista las sumas por este pagadas pero que no correspondían a obligaciones a su cargo.

Sexta. Que se declare responsable en consecuencia al ICEL a pagar al contratista todas las sumas satisfechas por

este y correspondiente a nuevos impuestos o a aumentos de los existentes a la firma del contrato.

De acuerdo con el párrafo de la cláusula octava del contratista “si con vigencia posterior a la fecha de la firma del presente contrato se decretare por la ley nuevos impuestos distintos a los actuales o se modificare la cuantía de estos, siempre que incidan en este contrato, las sumas que llegaren a causarse por tales conceptos serán por cuenta del ICEL”.

Séptima. Que se reconozca una revisión o reajuste de los precios de los suministros tanto de origen español como de procedencia francesa, y de la actividad de montaje, sin la limitación de valor calculado para los meses veintiuno (en el caso del suministro), y veintiocho (en el caso del montaje), ni la limitación del once por ciento (11%), a que se refiere el párrafo de la cláusula quinta, y con sujeción exclusiva a las fórmulas previstas en la misma cláusula. Como consecuencia de este reconocimiento debe al ICEL al pago de las sumas correspondientes a los reajustes así liquidados.

Fundamentos de hecho de esta reclamación

El contrato 2593 de 1972 previó un sistema de reajuste de precios para el valor de los equipos de procedencia tanto española como francesa, y para la actividad de montaje. Este sistema debía operar así:

— Para el caso del equipo de origen español y francés, se aplicaría la fórmula prevista para cada tipo de equipo en la cláusula quinta, al valor calculado sobre los embarques efectuados hasta el mes veintiuno (21) de la fecha de iniciación del plazo de entrega, pero sin poder ser superior al 11% del valor parcial de oferta de cada embarque de equipos y materiales.

— Para el caso de la actividad de montaje se aplicaría la fórmula de la cláusula quinta, al valor del montaje calculado para el mes 28 a partir de la fecha de iniciación del plazo de entrega, pero sin poder ser superior al 11% del valor de la supervisión del montaje.

Octava. Que se reconozca una revisión o reajuste de los precios correspondientes a las obras locales, con sujeción a los criterios que establezcan los peritos que al efecto dictaminen, en razón de no haberse pactado fórmula alguna en el contrato y ser obligatorio el reajuste según la (sic) ordena por el artículo 11 de la Ley 4ª de 1964, y por haberse presentado según el criterio determinado por los peritos.

Fundamentos de hecho de esta reclamación

El contrato 2593 de 1972 previó fórmulas de reajuste para el valor de los equipos suministrados, tanto los de procedencia española como los de origen francés, y para la actividad de supervisión de montaje, pero dejó por fuera del sistema de reajuste los valores correspondientes a las obras locales.

Novena. Que se reconozca que el ICEL debe al contratista y que en consecuencia se le condene al pago respectivo de las sumas correspondientes al balance de aumentos y disminuciones en el suministro y que se concreten en US\$ 53.800 por actividades de ingeniería de los equipos que fueron eliminados o deducidos y US\$ 5.675 por los trabajos de relocalización de bombas para el sistema de refrigeración.

Fundamentos de hecho de esta reclamación

En desarrollo de la cláusula décima tercera del contrato ICEL ordenó al contratista alteraciones del objeto original, que implicaron tanto reducción de equipos como realización de trabajos adicionales. Ya ICEL ha reconocido al contratista buena parte del balance de los trabajos que debe pagar como resultado de las alteraciones ordenadas, pero se ha negado a reconocer las sumas de US\$ 53.800 por actividades de ingeniería de los equipos suprimidos y US\$ 5.675 de los trabajos de relocalización de bombas, sumas que fueron ya autorizadas por la interventoría del contrato. Es preciso, en consecuencia, dar aplicaciones estricta al contrato y reconocer tales valores, tal y como lo ordena el párrafo del punto 1.1.d de la cláusula sexta.

Décima. Que se declare responsable y se condene en consecuencia al ICEL al pago de todas las costas y agencias en derecho que se causen con motivo del juicio arbitral.

Finalmente, respecto de las interpretaciones de las cláusulas contractuales hechas por ICEL en su oficio G-OJ 01810 del 15 de marzo de 1977, el contratista manifiesta expresamente que no las comparte y que en su lugar plantea al H. tribunal que acoja las interpretaciones expuestas a lo largo del presente escrito.

B. Discrepancias de ICEL

En la audiencia celebrada el día veintitrés (23) de enero de 1978, el señor apoderado del ICEL presentó un escrito en el cual da respuesta a cada una de las pretensiones formuladas por el contratista, oponiéndose a ellas y solicitando la extensión del arbitraje a los siguientes extremos:

Primera. Que se declare que el término de ejecución del contrato está vencido sin que la operación inicial se haya finalizado en el término de 49 meses, contados a partir del día 11 de diciembre de 1971, fecha esta que las partes acordaron como fecha de iniciación para el plazo de entrega.

Fundamentos de hecho de esta reclamación

El contrato celebrado entre el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica y los empresarios asociados bajo la razón social Termocolombia y la Sociedad Rateau, prevé este plazo según consta en el contrato mismo y en el acta de ampliación del plazo suscrita entre las partes el 16 de julio de 1974, en desarrollo de claras estipulaciones contractuales. Consecuentemente, el plazo señalado está vencido sin que el contratante hubiese cumplido.

Segundo. Que se declare que al no haber entregado el contratista la planta de los plazos garantizados en el contrato y cualquier prórroga o prórrogas autorizadas, sin que haya justificado causas eximentes de responsabilidad, procede la pena o multa prevista en el contrato en su cláusula décima.

Fundamentos de hecho de esta reclamación

Este derecho estaba condicionado a que el contratante propusiera tal ampliación dentro de los 15 días calendarios siguientes al acontecimiento que pudiera haber motivado la demora. Si el contratante no presentó esa prueba en el plazo. Estará fatalmente caducado el derecho que invoca a favor de una prórroga.

Tercera. He dicho y he planteado a vosotros señores árbitros —dice textualmente el escrito del apoderado de ICEL— que no estimo que tengáis facultad alguna para hacer declaraciones de condena. Que a vosotros os corresponde interpretar el contrato conforme a lo previsto en el contrato para determinar cuál debe ser la conducta de las partes en frente del mismo. Empero, si vosotros llegareis a la conclusión de que tenéis facultades más allá de lo previsto y excediereis vuestra competencia, os solicito que declaréis que el contratista está obligado a pagar todos los daños y perjuicios que ha ocasionado con su cumplimiento al Instituto Colombiano de Energía Eléctrica.

Petición subsidiaria

Consecuentemente, en forma subsidiaria, se pide que se declare que el contratista está obligado a pagar, sin atender a la limitación de la cláusula décima (10ª) del contrato, toda indemnización por los perjuicios resultantes de la infracción del mismo. O sea, el daño emergente y el lucro cesante que ha sufrido el Instituto a mérito de no haber cumplido el contratista su obligación oportunamente. Deberá, consecuentemente, el contratista indemnizar al instituto de toda pérdida proveniente de no haber cumplido la obligación o haber cumplido imperfectamente retardando su cumplimiento, así como de la ganancia o provecho que dejó de percibirse a consecuencia de no haber cumplido el contratista su obligación oportunamente o haber cumplido imperfectamente retardando su cumplimiento.

Que se diga que esta indemnización la debe el contratista desde el momento en que quedó constituido en mora, o sea, al vencer el plazo estipulado para el cumplimiento de su obligación. La indemnización a que vosotros debe condenarse al contratista alcanzará lo que se pruebe dentro del proceso, o se hará en abstracto para que se liquide conforme a los procedimientos en la ley.

Cuarta. Finalmente, reitera la solicitud para que se condene el pago de todas las costas y gastos de este juicio.

Fundamentos de hecho de esta reclamación

Este proceso se ha provocado exclusivamente sin razón, sin competencia sin haber acreditado la legitimación en causa, ni la cesión adecuada conforme a la ley y al contrato, a una nueva firma extranjera, distinta de Rateau, presentado las solicitudes inoportunamente, y mezclado acciones contractuales y extracontractuales, caducadas y prescritas, cual si estas irregularidades no tuviesen consecuencias jurídicas como a vosotros os corresponde decidir, termina diciendo el apoderado de ICEL.

III. Consideraciones previas del tribunal

A. La cláusula compromisoria

1. La cláusula compromisoria, como estipulación conexas con un contrato, es una convención que se rige, en general, por los principios y normas comunes a los actos y declaraciones de voluntad regulados por el derecho privado, con las solas limitaciones expresamente previstas en las leyes o en el contrato del cual forma parte. No es una institución procesal, pues que lo que tiene este carácter es el arbitramento o proceso destinado al desarrollo o ejecución de lo pactado en ella o en un compromiso, que tiene su procedimiento especial en los códigos vigentes de Procedimiento Civil y de Comercio. Por eso en el artículo 2011 del Código de Comercio —igual, aunque posterior al 663 del Código de Procedimientos Civil— no se la denomina con un nombre de propio de la técnica procesal, sino que se sigue llamando “cláusula”, es decir, con un término propio y característico de la técnica de los contratos comunes; y expresamente se prevé allí mismo que “basta que los contratantes la consiguen” en el mismo contrato o en escrito separado, a la vez que en los artículos 2013 y 2014 de la misma obra, iguales a los 665 y 666 del Código de Procedimiento Civil, se la prevé como objeto de una estipulación o de un convenio de las partes, utilizando expresiones de inequívoco sentido convencional.

Consecuencia inmediata y muy importante de este planteamiento es que la cláusula compromisoria no solamente puede sino que debe ser interpretada, en busca de su verdadero y completo sentido, como se interpretan los contratos, para que la intención de las partes quede a salvo de las deficiencias con las cuales suele ser formulada o expresada, como se dispone expresamente en el artículo 1618 del Código Civil. Para lo cual hay que integrarla con todas las declaraciones escritas posteriores con las cuales las partes la concreten y actualicen, teniendo en cuenta que las partes mismas son los mejores intérpretes de sus contratos y que, como se prevé en el artículo 1622 del Código Civil, la aplicación práctica que ellas hagan de sus distintas cláusulas constituyen un criterio de interpretación suficientemente valedero. Porque la cláusula compromisoria, por ser pactada como parte de un contrato de cumplimiento futuro, en general, no puede fijar de antemano y de manera concreta o individualizada las diferencias destinadas a ser objeto de arbitramento, sino que ha de limitarse a una determinación relativamente genérica de esas discrepancias, es decir, a las relacionadas con el contrato con el cual se pacta. A diferencia del compromiso, que se celebra cuando surgen las discrepancias, esto es, cuando estas pueden determinarse o individualizarse concretamente y cuando ya es posible designar los árbitros del caso, la cláusula compromisoria casi constituye una estipulación en blanco, destinada a ser integrada posteriormente, si ocurren las discrepancias, con la indicación de estas y con la designación de los árbitros correspondientes.

Sobre este último aspecto de la cuestión y en igual sentido se pronunció ya el Tribunal Superior del Distrito de Bogotá, precisamente en el caso de ICEL con Mitsubishi Heavy Industries Ltd., al negar la anulación del laudo dictado por el correspondiente Tribunal de Arbitramento. En dicho laudo se había citado al mejicano Humberto Briceño Sierra, quien invoca, a su vez, a Redenti:

“No todas las manifestaciones de voluntad deben resultar de un acto único, sea público o escritura privada. El compromiso o la cláusula, en su forma completa o perfecta, pueden integrarse gradualmente y, entonces, los actos documentales serán más de uno, por ejemplo: acuerdo, encargo a los árbitros, proposición de cuestiones, aceptación de los árbitros, etc. La práctica, más o menos reconocida por la jurisprudencia, dice (Redenti), ha terminado por reconocer que el acuerdo puede resultar de declaraciones escritas separadas e intercambiadas entre las partes, que se integran mutuamente”. Que es lo mismo que sostiene Luigi Biamonti, con apoyo en la doctrina y la jurisprudencia italianas, cuando dice que, “no obstante que la forma escrita se requiere *ad substantiam*, no es necesaria la contextualidad de los diversos elementos constitutivos de la relación jurídica y esta puede resultar, en efecto, de varios escritos separados y diversos, especialmente del intercambio de cartas”; y quien agrega más adelante en armonía con lo dicho aquí anteriormente, al pronunciarse en favor de la interpretación restrictiva de la

cláusula compromisoria, en cuanto esta produce una excepción a la regla general de la jurisdicción ordinaria, que “de ello no se deduce, por lo demás, que el intérprete deba limitarse a analizar o considerar solo el sentido de las palabras, puesto que tiene siempre la obligación de buscar, como en todos los contratos, la intención común de las partes” (Enciclopedia del Distrito II, arbitrato, dirigitto processuale civile, 7 y 36, Giuffrè Editore, 1958).

2. Con fundamento en las premisas anteriores, conviene hacer resaltar cómo se formuló inicialmente la cláusula compromisoria en este caso y cómo fue completada posteriormente, por medio de los escritos auténticos que obran en el expediente, al ocurrir o presentarse la discrepancia que las partes sometieron a la tramitación prevista en la misma cláusula. Porque, a pesar de que en ella se previó que “cualquier discrepancia que hubiera entre las partes con respecto a la interpretación del presente contrato distinta de las relacionadas con las causales de caducidad” sería sometida a la decisión de ICEL y que, en caso de que la decisión no fuera aceptada por el contratista, este podía someterla a arbitramento, en el término y en la forma allí indicados, ambas partes fijaron con suficiente claridad y precisión sus discrepancias y el sentido o alcance de la cláusula compromisoria, al tenor de las reclamaciones de Termocolombia formuladas el 15 de noviembre de 1976 y el 2 de febrero de 1977 (fls. 8 y 115, cdno. 1).

De los documentos mencionados es de especial importancia el télex 16, de 26 de enero, con el cual ICEL fija su criterio sobre el modo de estudiar la reclamación formulada por Termocolombia el 15 de noviembre. Se dice allí que, “habiendo llegado ya a un acuerdo sobre los aumentos y disminuciones en el suministro de origen español,... discutimos en la actualidad los aspectos restantes que bajo el título de “reclamaciones de Termocolombia”, se enumeran en el anexo 2 de su comunicación T.B. 709-76 de noviembre 15 de 1976”. Y tomando como base el mencionado anexo 2 de la reclamación del 15 de noviembre, se advierte por parte de ICEL que las conversaciones deben versar sobre los siguientes puntos:

“1. Fundamentos de orden jurídico de la reclamación... indicación de la cláusula o cláusulas contractuales... y los razonamientos de orden interpretativo que sobre ellas se hagan... 2. Circunstancias de hecho y elementos probatorios que las acrediten, que dan lugar a la aplicación de las normas contractuales y legales invocadas, dentro de la interpretación a que se refiere el punto anterior... 3. Determinación, con base en los elementos anteriores, del *quantum* de las reclamaciones formuladas”.

De manera, pues, que si la cláusula compromisoria, considerada solo en la forma inicial y elemental con la que aparece formulada en el contrato, se habla sucintamente de discrepancias “con respecto de la interpretación del presente contrato”, en el documento con el cual fija ICEL las bases de discusión, se aclara que no se trata de una interpretación meramente teórica o académica ajena a las situaciones concretas creadas en desarrollo del mismo contrato, sino que se trata de una interpretación de sus cláusulas en función de las “circunstancias de hecho”; y no de una interpretación ajustada a esas circunstancias de hecho, sin consecuencias prácticas para las partes, sino para establecer el “*quantum* de las reclamaciones formuladas”, es decir, “las consecuencias... desde el punto de vista de las vías ulteriores para esclarecer con fuerza vinculante las obligaciones de las partes”, como se dice también en el mismo télex.

Dentro del mecanismo de la cláusula compromisoria que se analiza, este arbitramento representa una especie de segunda instancia contra la decisión con la cual ...(sic) resolvió ICEL la reclamación formulada por Termocolombia el 15 de noviembre de 1976. Reclamación que el 2 de febrero de 1977 se amplió o aclaró para acatar la orientación trazada como tema de discusión del anexo 2 de la reclamación inicial. Con lo cual se interpretó y se aplicó en este sentido por las partes mismas la cláusula compromisoria y así es como ella ha de ser utilizada por el tribunal para fijar su competencia y el objeto del laudo.

B. Constitución del tribunal

1. Alcances de la solidaridad.

Resulta incuestionable e impostergable para el tribunal entrar a precisar los alcances de la solidaridad pactada en el contrato, por cuanto de las consideraciones que se hagan se podrán sentar conclusiones que sirvan, luego, para desatar un aspecto que se ha controvertido dentro del proceso, básicamente sobre la legitimación del contratista para obrar.

El apoderado de ICEL precisa que la solidaridad convenida es plena tan solo en derredor de las obligaciones contraídas por el contratista. Dice sobre el particular: “Conviene a este efecto, destacar de una vez que si bien las personas jurídicas que celebraron el contrato mediante la formación de un consorcio denominado Termocolombia y la Sociedad Rateau denominada Rateau, aceptaron obrar en forma solidaria en cuanto a las obligaciones y responsabilidades que contraen por medio del contrato y que ICEL les podría exigir su cumplimiento en forma conjunta o a cada una de las tales personas jurídicas separadamente, no es menos cierto y exacto que el propio contrato determinó que en frente de las obligaciones que ICEL contrajo en virtud del mismo contrato, ellas solo le pueden ser exigidas conjuntamente y de común acuerdo por las personas jurídicas que se denominan el contratista” (fl. 248, cdno. 1).

Esta apreciación formulada en el escrito presentado en la audiencia del 23 de enero de 1978 fue reafirmada o ratificada al momento de alegar y que está concretada en el escrito aportado en la audiencia respectiva, cuando se expuso: “Además como claramente lo dice el parágrafo de la cláusula 1ª las personas jurídicas que en ese contrato se denominan el contratista obrarán en forma solidaria en cuanto a las obligaciones y responsabilidades que contraen por medio del contrato y por tanto ICEL les podrá exigir su cumplimiento en forma conjunta o a cada una de tales personas jurídicas separadamente. Pero el propio tiempo se acordó expresamente que las obligaciones que ICEL contrae en virtud de ese contrato son indivisibles, es decir que solo pueden ser exigidas conjuntamente y de común acuerdo por las personas jurídicas que se denominan el contratista, o sea, que para efectos de las obligaciones de ICEL para con el contratista se excluyó la solidaridad y la posibilidad de que uno de ellos reclamase al ICEL la obligación, pues esta, las obligaciones de ICEL, se estipuló que solo pueden ser exigidas conjuntamente por los contratistas” (negrilla del tribunal).

“Es decir que pese a la pluralidad de sujetos la unidad de la obligación no desapareció siendo claro que no podría ser cumplida por partes, si bien no por razón de su objeto, o por disposición de la ley, sí por virtud del acto jurídico que celebraron las partes al convenir el contrato”.

“Consecuentemente, el contratista, para estar legitimado para presentar reclamaciones al ICEL derivadas de las obligaciones emanadas del contrato que celebraron, está obligado a intentar tales acciones en forma conjunta y no le es dable hacerlo separadamente o por cuotas, pues carece, por las razones expuestas de legitimación en causa para intentar el reclamo”.

En este orden de ideas, para ICEL, siendo el arbitramento o mejor las pretensiones o pedimentos formulados, una consecuencia derivada de las obligaciones de ICEL, no podía ser invocada por una de las partes integrantes del grupo contratistas, sino que debía hacerse conjuntamente, para que produjera los efectos propios de la reclamación, y consiguientemente, para que permitiera la conformación del tribunal dentro del ámbito contractual. Se apoya ICEL en parágrafo de la cláusula primera del escrito negocial que a su tenor dice: “Solidaridad. Las personas jurídicas que en el presente documento se denominan el contratista, obrarán en forma solidaria en cuanto a las obligaciones y responsabilidades que contraen por este contrato, e ICEL le podrá exigir su cumplimiento en forma conjunta o a cada una de tales personas jurídicas separadamente. De otra parte, se acuerda expresamente que las obligaciones que ICEL contrae en virtud de este contrato, son indivisibles, es decir, que solo pueden ser exigidas conjuntamente y de común acuerdo por las personas jurídicas que se denominan el contratistas”.

Encuentra, sin embargo, el tribunal que la regla general pactada entre ICEL y el grupo denominado el contratista es la solidaridad en todas sus manifestaciones de obligaciones y derechos, deudas y créditos, como se puede derivar de las siguientes consideraciones:

1.1. Por las expresiones del contrato y por la conducta de los contratantes

Indistintamente, en el documento contentivo del negocio jurídico, se habla de solidaridad, además de la consignada en el parágrafo transcrito, como expresiones de voluntad que no se pueden ignorar. Así se nota cuando, al comienzo del documento y al señalar las partes otorgantes, refiriéndose al contratista, dice: “que en adelante se denominará Rateau, sociedad esta última que conjunta y solidariamente con Termocolombia, por la otra parte, se denominarán en lo sucesivo el contratista”... (lo resaltado es del tribunal). Y al momento de señalar las definiciones, en la cláusula tercera se consigan: “contratista se denominará contratista a la persona o personas naturales o jurídicas o a su representante o representantes autorizados, que firme o firmen el contrato para la

realización de la obra, servicio o suministro. Como contratista son en este contrato: Alsthom Española S.A., Astilleros Españoles S.A., Stein et Roubaix Española S.A., Westinghouse S.A. en lo sucesivo denominados Termocolombia y Société Rateau, en lo sucesivo Rateau, **firmantes solidarios del presente contrato**” (negrillas del tribunal). Posteriormente, en la cláusula cuadragésima sexta, al tratar sobre la jurisdicción, se registra: el contratista renuncia a toda reclamación de carácter diplomático relacionada con el presente contrato, salvo el caso de denegación de justicia y se somete a la jurisdicción de los tribunales colombianos y a las leyes de Colombia, en lo relativo a las obligaciones que adquiere en el contrato. El contratista deberá nombrar, antes de la firma del contrato, uno o más apoderados con facultades suficientes para representarlo judicial o extrajudicialmente en Colombia (negrillas del tribunal).

Esto es, todos los pasajes mencionados del contrato versa, en una y otra forma, sobre el vínculo solidario querido, sin restricción, por los contratantes, que no pueden separarse del contexto volitivo negocial. Se predica, así, un nexo unitario, ya que al decidirse que son firmantes solidarios y que debían designar un apoderado con facultades de representación tanto en los asuntos judiciales como en los extrajudiciales, estaban denotando los alcances de la solidaridad. Son expresiones que, en su conjunto, sirven para encontrar o precisar los propósitos internos del contrato y que el tribunal no puede desestimar.

Algo más: existen piezas dentro del expediente que corroboran o reafirman los propósitos internos que el tribunal ha entendido como solidaridad plena o mixta. Son actos externos o conductas concretas de los contratantes. Importancia le da el tribunal al acuerdo entre ICEL y Termocolombia (fl. 112, cdno. 1), de fecha 16 de julio de 1974, por cuanto recoge aspectos que desarrollan el contrato 2593 reconociendo derechos, creando obligaciones y ampliando el plazo de entrega.

Es decir: en la extensión y firma del prenombrado documento, y sobre cuya trascendencia volveremos más adelante, no intervino directamente la otra parte integrante del consorcio, o sea, la Société Rateau, y en ningún momento se hizo reparo alguno sobre esa omisión, seguramente pensando en la vigencia y eficacia de la solidaridad, porque de otra manera se le restaría sentido jurídico a un convenio de la índole del anotado. No aparece objección alguna de ICEL sobre la forma de suscripción del documento, que repite el tribunal, conlleva un compromiso generador de derechos y obligaciones para todos los contratantes.

Más todavía: el primer escrito de reclamo fue elevado solamente por Termocolombia. Tampoco intervino directamente la Société Rateau. ICEL, frente a la reclamación, se dirigió únicamente a aquella. Y, posteriormente, en nota calendada el 2 de febrero de 1977, únicamente adiciona el reclamo al que responde ICEL, en oficio de 15 de marzo de 1977, dirigido, ahí sí, tanto a Termocolombia como a la Société Rateau. Aceptaba, entonces, el ICEL esa forma de actuar en forma separada y no necesariamente conjunta, apoyado por el propósito querido por los contratantes de la solidaridad.

1.2. Por la interpretación del contrato. No obstante que el tribunal ha entendido, como ha quedado consignado atrás, la solidaridad por las expresiones de voluntad recogidas de las palabras escritas en el contrato, reafirma su apreciación acudiendo a las reglas previstas en nuestro ordenamiento jurídico sobre la interpretación. Particularmente, porque la cláusula primera, en su párrafo, emplea los vocablos “conjuntamente”, “solidaria”, “indivisibilidad”, que se prestan a confusión, que tienen alcances jurídicos distintos y sobre los cuales ha expuesto su apreciación el procurador especial de ICEL.

Se prestan todos esos vocablos, usados en el mismo párrafo citado, para crear una confusión, que tiene que ser aclarada mediante el imperio del artículo 1618 del Código Civil, que establece que “conocida la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”. Los actos realizados por los contratantes, fundamentalmente en los pasajes indicados anteriormente, hacen ver la verdadera intención de los contratantes en lo respecta a la solidaridad. Y los propósitos interiores se descubren mediante la realización de conductas ciertas e incontrovertibles por parte de los contratantes. Bien ha dicho la Corte Suprema de Justicia sobre el particular, en sentencia de 19 de junio de 1935: “Siendo el negocio jurídico el instrumento de que disponemos para regular nuestras relaciones jurídicas conforme a nuestras necesidades y deseos, la interpretación que de él se haga tiene por objeto fijar el contenido de la declaración de voluntad, o sea su sentido decisivo para el derecho. Aun cuando por regla general lo que constituye un límite para el   nterprete del negocio jurídico es la declaración misma, aquel debe

tener en cuenta que para investigar la voluntad real de las partes, es indispensable en muchos casos no detenerse en el sentido literal de la expresión sino averiguar si el contenido querido por las partes, se reconoce en la declaración misma, cualquiera que sea el signo mediante el cual se puede inferir la exteriorización del propósito. A veces es resultado de la interpretación de un negocio jurídico el de su integración, a fin de restringir o extender el sentido decisivo para el derecho de una declaración de voluntad. Ocurre la integración cuando el texto adolece de defectos, de oscuridad o ambigüedad, o es incompleto, o equivocado, o cuando las expresiones y aún las mismas ideas de las partes carecen de claridad o de exactitud, o bien, por que la consecuencia jurídica no la conocen las partes lo suficiente, o bien a causa de que ellas no previeron determinada situación que se procede después. En los casos de integración, corresponde al intérprete rectificar las faltas del contrato, resultantes de la deficiente expresión del querer de las partes y colmar las lagunas u omisiones que hubieren quedado en esta, sin contradecir ni desfigurar con ello el contenido del pensamiento manifestado en la declaración. Este verdadero propósito latente de las partes lo desentraña el intérprete con la ayuda de las máximas de la experiencia, de las circunstancias que acompañan al negocio, de los usos del tráfico, de las enseñanzas de la vida; consultando en cada ocasión concreta los intereses de ambas partes, a fin de determinar lo que es oportuno, equitativo y justo”.

Por otro lado, el artículo 1624 del Código Civil, también ofrece solución interpretativa al punto planteado, cuando dice:

“No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor... Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”. Ordenadas así las cosas, la ambigüedad que puede derivarse del empleo de vocablos o expresiones de alcances distintos, tiene que ser tenida en cuenta en contra de la parte que lo extendió, o sea, ICEL, para salvar, de ese modo, la igualdad y equidad propias de los contratos.

Porque no resulta fácil proyectar y entender la indivisibilidad de que trata el párrafo del artículo primero del contrato 2593, puesto que los mismos advirtieron la solidaridad en la parte componente del consorcio, ya que el Código Civil en su artículo 1581 define la obligación indivisible como aquella que tiene por objeto una cosa no susceptible de división, sea física, intelectual o de cuota. En el caso que nos ocupa se habló tanto de indivisibilidad como de solidaridad, y atendiendo el desarrollo del negocio jurídico, y observando el objeto del contrato y las obligaciones de ICEL, podía y puede ser exigida al deudor, ICEL, para que satisfaga la totalidad de la deuda. Las pretensiones del consorcio, por tanto, podían ser formuladas por cualquiera de los contratantes, tal como ocurrió en el momento en que Termocolombia formuló el reclamo en el escrito del 15 de noviembre de 1976, concretado en nota de 2 de febrero de 1977.

Precisados por el tribunal los términos de la solidaridad pactada en el contrato 2593, pertinente resulta definir los alcances de dicha solidaridad.

Dentro de la complejidad del negocio jurídico celebrado entre ICEL, por una parte, y Termocolombia y Rateau, por la otra, se precisaron derechos y obligaciones para uno y otro de los contratantes. Pero estando integrado el consorcio por varias personas jurídicas, la solidaridad activa, nacida del contrato, permite que cualquiera de estos pudiesen presentar reclamación dentro del marco contractual. Por eso, preceptúa el artículo 1568, en el inciso segundo:

“Pero en virtud de la convención, del testamento o de la ley puede exigirse a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda, y entonces la obligación es solidaria o *in solidum*”.

Fluye de todo lo dicho, que si la solidaridad tiene la virtud de permitir, cuando se trata de varios acreedores, que se pueda pedir la totalidad de la deuda, también está asistida de la prerrogativa de permitir a aquellos reclamar o pretender algún derecho frente al contrato. Si Termocolombia reclamó en noviembre de 1976 y complementó su aspiración en febrero de 1977, tenía la facultad de hacerlo en forma separada. No era necesario la formulación conjunta de la reclamación, para que esta fuera analizada y considerada por ICEL, tal como lo hizo este en cable de fecha 26 de enero de 1977 y en oficio de 15 de marzo del mismo año. E inclusive, si se tratara de una obligación indivisible podía cualquiera de los acreedores demandar la prestación entera, porque es sabido que uno de los principales reguladores de esta modalidad negocial, de la indivisibilidad activa, radica en esa prerrogativa de

exigibilidad.

El hecho de que en juicio 28 de 1977 (fls. 13 y ss. cdno. 1), Termocolombia y Alsthom Atlantique se hubiesen dirigido a ICEL, haciendo precisiones sobre la reclamación, en manera alguna puede ser aceptado como una petición de una parte que no era contratante, por cuanto los escritos que imponen el ámbito de aplicación y estudio del tribunal son el de 15 de noviembre de 1976 y el 2 de febrero de 1977, propuestos por Termocolombia, como acreedor solidario.

Sentadas las conclusiones sobre la solidaridad, poco importa considerar la absorción de la Société Rateau por la sociedad Alsthom Atlantique, ya que los términos de la reclamación que sirvieron de fundamento para este proceso arbitral fueron formulados por una de las partes con legítimo derecho para hacerlo. Lo mismo se puede observar en la ratificación hecha por la Société Rateau, extemporáneamente, a los deseos manifestados por Termocolombia de convocar el arbitramento frente a la no aceptación por parte de ICEL de las reclamaciones en los escritos de 15 de noviembre de 1976 y 2 de febrero de 1977. La importancia de la declaración posterior de ratificación radica en que los contratantes han querido una decisión por la vía arbitral acorde con los términos del contrato y con las precisiones que se harán más adelante.

Entonces, el escrito calendado el 13 de abril de 1977 (fl. 379, cdno. 1), enviado por los empresarios agrupados Termocolombia a ICEL, tiene una singular importancia: Es presentado dentro del plazo establecido en la cláusula cuadragésima del contrato ya citado. Al cumplir una de las partes integrantes del grupo contratista, concretamente Termocolombia, con la manifestación de llevar el diferendo a la decisión de árbitros, se atendió el supuesto previo para la constitución del tribunal.

2. La absorción de Société Rateau por Alsthom Atlantique

Según el certificado notarial agregado al expediente (fls. 229 y ss. cdno. 1), la sociedad anónima llamada “Société Rateau” con capital de 22.725.000 francos... Aportó a título de fusión a la sociedad anónima llamada “Alsthom Atlantique”, con capital actual de 380.251.250 francos... La totalidad de su activo social, a condición de que dicha sociedad pague la integridad de su pasivo, tal como dicho activo y dicho pasivo existía el 31 de diciembre de 1975... En consecuencia y en aplicación a la legislación francesa vigente actualmente, referente a las sociedades comerciales, el conjunto de los elementos del activo y del pasivo que integran el de la “Société Rateau” fue transmitido por derecho a la sociedad “Alsthom Atlantique” en el estado en que se encontraba en la fecha de la realización definitiva de la fusión (dic. 29/76) y dicha sociedad “Alsthom Atlantique” sustituye de pleno derecho a partir de la misma fecha, a la “Société Rateau” en todos los bienes, derechos u obligaciones de esta última. ... La presente certificación está destinada a servir y valer cuándo o dónde corresponda por derecho”.

Una de las sociedades firmantes del contrato con ICEL fue absorbida, pues, por la sociedad “Alsthom Atlantique” y esta ha venido actuando en el proceso, invocado su condición de causahabiente o “sucesora de todos los derechos, obligaciones y acciones de la “Société Rateau”. Por lo cual se ha alegado en el proceso que Alsthom Atlantique no es parte en el contrato y no tiene, en consecuencia, personería para intervenir en el arbitramento; además de que, en virtud de la fusión indicada, se violó el contrato, por cuanto una de las sociedades contratantes cedió el contrato a Alsmoth Atlantique, contra expresa prohibición del mismo contrato.

La cuestión así planteada requiere, desde luego, una adecuada precisión que el tribunal no puede dejar de hacer en este lugar. Porque, estando sometido el grupo contratista “a las leyes colombianas”, en lo relativo a las obligaciones que adquiere en el contrato”, como se prevé en este mismo, y analizado el asunto a la luz del Código de Comercio vigente hoy y ya vigente cuando se celebró el contrato, resulta evidente que se trata de figuras jurídicas perfectamente distintas, con proyecciones o efectos distintos. En el caso de una fusión, como la perfeccionada entre Alsthom Atlantique y Société Rateau, la sociedad absorbente adquiere todos los activos y hace cargo de todas las obligaciones de la sociedad absorbida, según lo prevé el artículo 178 del Código de Comercio, que coinciden en esto con la ley francesa de 1966 sobre sociedades comerciales; por eso se dice en el certificado notarial ya mencionado que “Alsthom Atlantique sustituye de pleno derecho, a partir de la misma fecha (dic. 29/76), a la Société Rateau en todos bienes, derechos u obligaciones de esta última”. En el caso de la cesión de un contrato, en cambio, el cedente se hace sustituir por un tercero (el cesionario) en la totalidad o en parte de las relaciones derivadas del contrato determinado que es objeto de la cesión, independientemente de los demás

elementos del activo y del pasivo del cedente; por eso se dice expresamente en el artículo 895 del Código de Comercio que “la cesión de un contrato implica la de las acciones, privilegios y beneficios legales inherentes a la naturaleza y condiciones del contrato; pero no transfiere los que se funden en causas ajenas al mismo, o en la calidad o estado de la persona de los contratantes”.

En otras palabras, en la cesión de un contrato se crea una relación jurídica concreta entre un cedente y un cesionario determinados, respecto de un contrato determinado y por medio de un acuerdo individual de los mismo cedente y cesionario, con los efectos indicados en el artículo 895 del Código de Comercio, que se limitan al contrato cedido; y, si se reúnen las condiciones exigidas en los artículos 887 y 888 del mismo código, esa relación jurídica concreta creada entre el cedente y el cesionario puede producir el efecto de vincular al contratante cedido y sustituir en relación con este al cedente. En la fusión, en cambio, se crea una situación jurídica compleja que es fruto de un acuerdo colectivo adoptado por las asambleas de las sociedades interesadas, como una reforma de tales sociedades, llamado a producir efectos *erga omnes*, porque afecta todo el patrimonio de una sociedad absorbida, sin las limitaciones propias de la cesión de un contrato, que solo produce efectos respecto del contratante cedido y respecto de los derechos y obligaciones derivados del contrato cedido. Puede decirse —si no con mucha exactitud, si con bastante claridad— que en el caso de fusión la sociedad absorbente adquiere a título universal los derechos de la sociedad absorbida, mientras que en el caso de cesión de un contrato el cesionario adquiere solo a un título singular los derechos del cedente.

Por otra parte, cuando el cedente de un contrato es una sociedad, ella no se disuelve como efecto directo del acuerdo de cesión, mientras que en la fusión la sustitución legal de la sociedad absorbida por la absorbente es efecto directo de la disolución de dicha sociedad; ella se disuelve como efecto inmediato del acuerdo de fusión y, por eso, en el artículo 172 del Código de Comercio se ha dicho que “habrá fusión cuando una o más sociedades se disuelvan, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva”. En el caso de cesión de un contrato por parte de una sociedad puede ocurrir una causal de disolución, si la ejecución del contrato cedido representa la única actividad de la sociedad, caso en el cual la causal de disolución deriva de la cesión, independientemente del cesionario; mientras que en el caso de la fusión —que es necesariamente entre sociedades— la disolución es un presupuesto o condición sin la cual no se puede llevar a cabo la absorción del activo y del pasivo de la sociedad que se disuelve.

Por la disolución producida por la fusión respecto de la sociedad absorbida es por lo que conforme a lo previsto en el artículo 179 del Código de Comercio “el representante de la nueva sociedad o de la absorbente asumirá la representación de la sociedad disuelta hasta la total ejecución de las bases de la operación” entre las cuales está la absorción del activo y del pasivo, según el balance de cada sociedad absorbida exigido como parte del compromiso de fusión en el artículo 173 del mismo código. Y por que no hay liquidación de la sociedad absorbida, por cuanto la fusión la excluye, el mismo representante de la sociedad absorbente, al asumir esa representación de la sociedad disuelta por el acuerdo de fusión, asume “las responsabilidades propias de un liquidador”, como se prevé en el artículo 179 del Código de Comercio.

Todo lo cual quiere decir, en síntesis, que Société Rateau se disolvió al perfeccionarse el acuerdo fusión con Alsthom Atlantique y que esta asumió, como se prevé en el ya citado artículo 179 del Código de Comercio, la representación de Société Rateau hasta la total ejecución de las operaciones pendientes de dicha sociedad, con los efectos propios de dicha representación ante toda clase de terceros y respecto de todos los derechos y obligaciones de la misma. Este resultado legal de la fusión no puede ser desconocido por los acreedores de la sociedad absorbida, pues que tuvieron la oportunidad y los recursos que en la legislación francesa, al igual que en la colombiana, están previstos en su favor; ni tampoco por sus deudores, toda vez que la fusión produce una verdadera transmisión del patrimonio de la sociedad absorbida, incluyendo, desde luego, todas sus obligaciones, con su respectivas garantías, como se deduce del inciso segundo de los artículos 172 y 175 del Código de Comercio.

De manera, pues, que, a partir del 29 de diciembre de 1976, fecha de perfeccionamiento de la fusión, Alsthom Atlantique adquirió todo el activo y se hizo cargo de todo el pasivo de Société Rateau y es la que debe intervenir en lo relativo al patrimonio de la sociedad absorbida, en virtud de esa representación legal prevista en el artículo 179 del Código de Comercio. El ICEL mismo lo aceptó inicialmente así, en su carta del 18 de julio de 1977, al

hacer la designación del árbitro que le correspondía, “como motivo de haber solicitado Termocolombia y la sociedad Alshthom Atlantique, causahabiente de la sociedad Rateau en desarrollo del contrato...”, como se dice textualmente en dicha carta (fl. 3, cdno. 1).

3. El nombramiento de los árbitros

Sobre este tema conviene poner nuevamente de presente que, según el texto de la cláusula compromisoria, “cada una de las partes designará un árbitro y estos árbitros designarán un tercero”. Porque fue un desarrollo o ejecución de lo así pactado como Termocolombia solicitó a ICEL, en comunicación del 28 de junio de 1977 Colombia solicitó a ICEL, en comunicación del 28 de junio de 1977 (fls. 13 y ss, cdno. 1), que designará un árbitro para integrar el Tribunal de Arbitramento llamado a resolver las diferencias surgidas respecto a la reclamación del 15 de noviembre anterior, por no aceptar la decisión de ICEL, notificada el 15 de marzo de 1977, al mismo tiempo que hizo su designación de árbitro; y fue así también como ICEL designó por su parte el árbitro que le correspondía nombrar.

Sobre esta forma de aplicar la cláusula compromisoria se pronunció ya el tribunal en este proceso; pero no es improcedente hacer ahora énfasis especial en la validez u operancia completa de lo estipulado por las partes sobre la forma de integrar el Tribunal de Arbitramento, no obstante que no ha sido discutida la validez de lo pactado. Porque en el artículo 2013 del Código de Comercio —igual al 665 del CPC— se da al nombramiento de árbitros un tratamiento distinto en los casos de compromiso y en los de cláusula compromisoria, con el fin de dar oportunidad a las partes de que fijen ellas mismas el procedimiento utilizable para una adecuada efectividad del derecho que tienen en el caso de cláusula compromisoria a hacer la designación de los árbitros. Por eso, al regular la forma de hacer la designación, se ha dicho expresamente y con toda claridad que lo previsto en dicha disposición legal es “caso de que la cláusula compromisoria nada diga sobre el nombramiento de árbitros”; es decir, la forma legal de nombrar los árbitros es en tal caso meramente subsidiaria o supletiva, como tantas normas establecidas en las leyes con ese mismo carácter, para llenar los vacíos de las estipulaciones de las partes en los negocios jurídicos de carácter convencional.

Esta interpretación consulta el texto claro de la ley, sin forzarlo para acomodarlo a teorías diversas sobre la discutible conveniencia práctica de las partes que no consiguen ponerse de acuerdo sobre las diferencias de carácter patrimonial lo hagan respecto del nombre de las personas llamadas a decidir lo que ellas no han podido o no han querido resolver; y consulta el espíritu de la legislación vigente sobre el particular, como lo comprueba el artículo 110 del Código de Comercio —ya vigente cuando se firmó la cláusula compromisoria— y el artículo 66 del Decreto Extraordinario 150 de 1976, que mantiene el sistema del Código de Comercio y la tradición comercial que venía amparada por Ley 2ª de 1938.

C. Competencia del tribunal

Suele decidirse por la doctrina que la jurisdicción del Tribunal de Arbitramento se confunde con su propia competencia, por cuanto aquella se circunscribe a un asunto determinado o a varios, pero sin que exista sobre ellos la responsabilidad de distribución entre varias autoridades judiciales. Por esta razón se firma que la cláusula compromisoria o el compromiso no constituye una verdadera derogatoria convencional de la jurisdicción sino más bien de la competencia. En todo caso, corresponde al propio Tribunal de Arbitramento fijar su propia competencia, esto es, determinar el alcance de sus poderes dentro del proceso arbitral, analizando o examinando todas sus limitaciones conforme a lo preceptuado por las normas legales, que ya se hicieron en la primera audiencia y que ahora, al dictar el fallo, se precisan más completamente. Tales límites de la competencia del arbitramento han sido calificados por la doctrina, así: subjetivos o personales, objetivo o por materia, por la naturaleza de las facultades, y temporales.

1. Límites subjetivos de la competencia

La competencia del arbitraje no puede vincular procesalmente sino a las partes (incluyendo a sus sucesores) que provocaron y aceptaron el arbitramento en la cláusula compromisoria, de tal manera que la intervención de un tercero en el proceso arbitral solo es posible mediante un acuerdo de ampliación. En este sentido las partes son dos: de un lado, el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, ICEL, y, del otro, un consorcio compuesto por

Termocolombia (denominación de las sociedades Alsthom Española S. A., Astilleros Españoles S.A., Stein, et Roubaix Española S.A., y Westinghouse S.A. y Alsthom Atlantique S.A., como sucesora de Société Rateau S.A., en virtud de la absorción que aquella hizo de esta y al a cual nos referimos anteriormente.

2. Límites objetivos de la competencia

La materia objeto del arbitramento se establece teniendo en cuenta la naturaleza de la relación sustancial en litigio y el alcance de la misma. Para precisar la extensión del objeto arbitral, es necesario tener en cuenta las reglas legales, la cláusula compromisoria, convenciones o facultades de ampliación de los asuntos sometidos al tribunal.

Reglas legales de extensión de la competencia

a) El tribunal es competente para conocer de las controversias que se originaron con la decisión definitiva de ICEL expresada en el oficio 1810 de 15 de marzo de 1977 sobre la reclamación hecha por el contratista el 15 de noviembre de 1976, complementada con la efectuada el 2 de febrero de 1977, en virtud de la exigencia de la administración manifestada por télex del 26 de enero del mismo año; y que se expresaron en el documento de 15 de junio 1977, teniendo en cuenta el carácter eminentemente declarativo y no constitutivo de este último acto con relación a tales discrepancias (inc. 2º del art. 2013 y num. 1º del art. 2019 del C. Co., iguales a los 665 y 671 del CPC).

Conviene aclarar que cuando el inciso 2º del artículo 2013 del Código de Comercio exige que en el mismo escrito de designación de árbitros se expresen “las diferencias materia del arbitraje” se está refiriendo a aquellas que han surgido entre las partes de acuerdo a lo convenido en la cláusula compromisoria, que en este caso serían las decididas por ICEL y no aceptadas por el contratista. Por lo tanto, el documento de fecha de junio mencionada tiene por misión, además de la designación de árbitro, poner en conocimiento del ICEL su no aceptación de la decisión que este ha tomado y su deseo de someter a arbitramento las controversias allí definidas, pero en manera alguna la de crear o formular nuevas controversias; y en la hipótesis de que esto aconteciera el tribunal no podría entrar a conocerlas porque faltaría, de acuerdo a la cláusula compromisoria, la previa decisión de ICEL. Pero lo anterior no indica que tal documento no sea atendible; lo será en la medida que revele o refleje las controversias previamente decididas por ICEL en el oficio 1810 de 15 de marzo de 1977, el cual es muy claro al respecto cuando dice: “Finalmente, para los efectos de la cláusula 43ª del contrato 2.593 de 1972, el ICEL se permite precisar a continuación las interpretaciones de las cláusulas contractuales que han sido hechas a propósito de las reclamaciones formuladas por el contratista. En este sentido esta comunicación constituye la información mediante decisión escrita del gerente de ICEL, del criterio adoptado por esta entidad en materia de interpretaciones de las cláusulas contractuales...”.

De todo lo expuesto se desprende que el caso *sub lite* no puede darse, como lo afirma el ICEL, el fenómeno de la “inepta demanda”, precisamente porque este proceso arbitral no se ha iniciado con demanda por parte de quien ha provocado este arbitraje. En efecto, la parte referida no ha realizado ante este tribunal acto inicial contentivo de sus pretensiones, sino que esto último ha acontecido previamente a la constitución de este tribunal, y concretamente cuando, una vez establecidas las diferencias, el contratista manifestó a la administración que sus pretensiones fundadas en las controversias existentes debían ser decididas arbitralmente. Siendo esto así, esta actuación quedaba regulada por la cláusula compromisoria, la cual no exige formalidad alguna para la formación y establecimiento de tales controversias y pretensiones, pero en manera alguna por normas procedimentales de un proceso arbitral que aún no existía, ni que podría existir debido a la inexistencia del organismo competente para desarrollarlo y tramitarlo. Por lo tanto, tratándose de una formulación extraprocesal de controversias y pretensiones por parte del contratista, mal puede sostenerse que ella constituye una demanda, esto es, el acto señalado. Tan cierto es lo anterior que la iniciación de la audiencia del proceso arbitral no es para que la parte que ha provocado el Tribunal de Arbitramento presente demanda, sino para dar “...la lectura del documento en que consten las cuestiones sometidas a la decisión arbitral...” (C. Co., art. 2019, num. 1º), lo cual indica, sin aunar mucho esfuerzo, que las cuestiones debatidas por aquella parte debieron plantearse previamente a esta etapa procesal. Pero insistiendo en este punto, observa el Tribunal de Arbitramento que teniendo la cláusula compromisoria el efecto de “renuncia a hacer valer las respectivas pretensiones ante los jueces” (C. Co., art. 2011, inc. final), puede deducirse el carácter excepcional de la jurisdicción arbitral dentro de la organización general de la jurisdicción del Estado. Por ello sus

normas procesales deberán interpretarse restrictivamente y, más aún, ninguna de ellas exige requisitos formales de “demanda” porque ni siquiera emplea este último vocablo.

b) Por mandato del numeral 2º del artículo 2019 del Código de Comercio corresponde al tribunal, siempre que sea de su competencia, conocer de las extensiones propuestas por la parte que no pidió el arbitramento, que en este caso es ICEL, lo cual es un desarrollo del principio de la igualdad procesal de las partes en el proceso arbitral. En consecuencia, el tribunal solo podrá atender las extensiones de la competencia indicadas en el literal anterior como desarrollos de la cláusula compromisoria, ya que esta es la que fija el radio de acción de las funciones del tribunal.

c) También recibe el tribunal de la ley de (sic) ciertos poderes derivados de la relación litigiosa, tal como fijación de gastos, liquidación de costas, etc.

Reglas convencionales de extensión de la competencia

La cláusula compromisoria tiene una naturaleza de competencia convencional, por lo anteriormente expuesto. En consecuencia, el propio tribunal podrá interpretarla con el objeto de precisar su propia competencia, para lo cual deberá tener presentes las reglas especiales de los contratos administrativos y, como supletorias, las reglas generales de interpretación de los contratos regulados por el Código Civil. Al respecto, en desarrollo de lo anterior, se ha dicho por parte de la jurisprudencia chilena “...que designado un árbitro para que resuelva toda dificultad que surja como motivo de la interpretación o cumplimiento de un contrato, no procede sostener que el compromiso solo puede resolver divergencias teóricas o doctrinarias sino que le corresponde conocer, además de los desacuerdos de hechos efectivos que coloquen a los contratantes en pugnas de intereses, acerca de los derechos y obligaciones que para cada uno emanan de dicho contrato...” (véase pág. 409 de “El juicio arbitral”, por Patricio Aylwin Azocar).

También se ha sostenido que el tribunal no puede conocer de aquellos aspectos que conduzcan total y definitivamente a la destrucción o confirmación de su propia jurisdicción, tal como acontece con la declaratoria de su inexistencia o nulidad del contrato donde se encuentra aquella cláusula. Entrando al caso concreto en estudio, encontramos que la cláusula 43 del contrato se intitula “Arbitramento”, y cuya parte pertinente dice: “cualquier discrepancia que hubiere entre las partes con respecto a la interpretación del presente contrato distintas de las relacionadas con las causales de caducidad, que no pueda arreglarse por acuerdo directo entre ellas, será decidida por el gerente ICEL, quien informará de su decisión por escrito al contratista. Si el contratista no aceptara la decisión, deberá comunicar por escrito a ICEL dentro de los treinta (30) días siguientes, su deseo de someter al arbitramento. Mientras se realiza el arbitramento, el contratista continuará con la ejecución del contrato, de acuerdo con las instrucciones impartidas por el gerente de ICEL. El Tribunal de Arbitramento, salvo acuerdo escrito previo, en contrario, debe fallar, en derecho, sujetándose a las leyes colombianas vigentes al respecto...”.

3. Límites de la competencia derivados de la naturaleza de las facultades del tribunal

Existen ciertas facultades que por reservárselas la ley a los jueces y negárselas a los tribunales de arbitramento, el presente tribunal se ha abstenido y se abstiene de tomarlas en cuenta, tales como las de tomar medidas precautelativas (C. Co., art. 2019, num. 11), de fallas *ultra y extra petita* (C. Co., art. 2919, nums. 1º, 2º y 3º), de hacer condena en abstracto (num. 7º del art. citado) y de ejecutar el laudo (C. Co., arts. 2011, inc. final, y 2024).

4. Límite temporal de la competencia

Como la competencia de este tribunal se extiende hasta el 26 de marzo de 1978, esta corporación procede oportunamente al análisis del asunto sometido a su estudio, para proferir en tiempo su laudo.

Ch. Naturaleza de la función del tribunal

Existe una ambigüedad, respecto a la naturaleza de la función del tribunal, con motivo de las expresiones “interpretación del presente contrato”. Es por esto por lo que para algunos, en este caso ICEL, el tribunal ni puede sino interpretar el contrato y hacer las condenas que fueren del caso. Al respecto, la discusión se concreta a determinar si la función es meramente interpretativa del contrato, o si además de esto, también hay lugar a la aplicación sustancial del caso concreto del mismo contrato interpretado y de la ley colombiana vigente, pues de

esta aplicación se derivarán las consecuencias jurídicas correspondientes. En este sentido dentro de un análisis sistemático del contrato y de nuestro ordenamiento jurídico se llega a la conclusión de que este tribunal tiene competencia para resolver, interpretando y aplicando el contrato número 2593 y la ley colombiana, cualquier discordia relativa a dicho negocio jurídico. Las razones son las siguientes:

1. El tribunal no puede limitarse a interpretar, sino que debe también aplicar la regulación legal correspondiente. En efecto, en primer lugar, al adquirir el tribunal jurisdicción sobre un asunto, recibe automáticamente, porque es de su esencia, la función de aplicar la ley o derecho (*juris-dictio*) y no solamente la de interpretarlo. Por consiguiente, separar para un caso concreto la interpretación de su derecho regulador del fenómeno de la aplicación del mismo, para atribuírselo a organismos diferentes, sería engendrar una interpretación contraria al principio de la inescindibilidad de la función jurisdiccional. En segundo lugar, este tribunal ha sido convocado, por mandato del inciso 1º del artículo 2011 del Código de Comercio, para someter "... a la decisión den árbitros las controversias...", esto es, para resolver y desatar definitivamente tales controversias, y no simplemente para interpretar su regulación jurídica, que en este caso sería el contrato. En tercer lugar, el artículo 26 del Código Civil otorga a los jueces, lo que se extiende a los árbitros (C. Co., art. 2023), la facultad de interpretar "...en la aplicación de las leyes a los casos particulares...", lo cual indica que su función no es ni puede ser meramente interpretativa. Ella debe estar seguida de la aplicación de la ley sustancial correspondiente, con todas sus implicaciones y consecuencias jurídicas. En cuarto lugar, el laudo, como toda sentencia que sea de fondo, deberá darle aplicación a la ley sustancial al caso controvertido (CPC, arts. 304, 305, 332 y 333) para cumplir con el deber de darle decisión, conforme lo ordena el numeral 8º del artículo 37 del Código de Procedimiento Civil.

2. Del mismo contrato se deriva la competencia para resolver y no simplemente interpretar las controversias del contrato. En primer término, eso se desprende del literal b) de la cláusula 27 cuando se conviene que cualquier tipo de "inconformidad del contratista con una orden, decisión, o instrucción del interventor" puede ser sometida a arbitraje, lo que lógicamente tiene que ser para su resolución. En segundo término, la misma cláusula 43 señala la facultad del tribunal para "fallar en derecho", lo cual implica la expedición de un acto mediante el cual se resuelve la controversia planteada aplicando el contrato celebrado y la ley sustancial correspondiente, que en caso debe ser la colombiana.

3. Por último existen razones de orden interpretativo que conducen a establecer para la cláusula 43 el sentido antes señalado. En primer término, la doctrina enseña que no hay que ceñirse demasiado a las palabras, ni entrar en sutilizas(sic) sobre ellas por que allí no se encuentra el derecho (*apices juris non sunt jura*). Es preferible atenerse más al sentido de las palabras que a estas mismas, pues lo que interesa es su esencia (*non mutat substantiam rerum non necessaria verborum multiplicatio*). Pero las palabras no solamente revelan un sentido, sino que, además ellas son empleadas para producir efectos jurídicos previa y voluntariamente determinados. De allí que "las palabras deban ser consideradas en forma tal que surtan efectos" (*verba cum effectu sunt accipienda*). Por esta razón el artículo 1620 del Código Civil dispone que "el sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno". Con base en esta disposición, se puede afirmar desecharse el sentido estricto de la palabra "interpretación" como límite de la competencia para el tribunal, por cuanto no produciría efecto alguno para la solución de la controversia sustancial, ya que una interpretación hecha por aquel organismo ni desata esta controversia, ni habría órgano jurisdiccional que lo hiciera debido a lo dispuesto en el inciso final del artículo 2011 del Código de Comercio. Tampoco obligaría a las partes, ya que por no tratarse de una aplicación de la ley sustancial no podría hablarse entonces de una providencia de fondo con autoridad de cosa juzgada. Por lo tanto, sería correcta aquella interpretación que le permita producir algún efecto a dicha cláusula, la cual sería la siguiente: a partir de la base de que el fenómeno de la interpretación es un medio para la correcta aplicación de las normas jurídicas, legales o convencionales, en el ámbito de su vigencia (personas, tiempo o territorio), de tal manera que cualquier discrepancia sobre aquella, va a dificultar la aplicación de tales normas para decidir una controversia. Este ha sido el sentido que se le ha dado a esa cláusula. Por lo tanto, la interpretación correcta sería que las discrepancias sobre la interpretación de este contrato que dificultan su aplicación para resolver una controversia, deberán ser decididas por el tribunal, quien por lo tanto también podrá resolverla o desatarla.

En segundo lugar, en caso de la discordancia entre lo dicho y lo ejecutado (que en este caso forman parte del mismo contrato, conforme a la definición de contrato de la cláusula 3ª), hay que atenerse a esto último, pues

“...mucho más real es hacer que decir...” (*multo amplius est id facere quam pronunciare*). Lo anterior se encuentra consagrado en el inciso final del artículo 1622 del Código Civil cuando prescribe que las cláusulas de un contrato también se interpretarán “...por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra”. Precisamente, ambas partes en sus peticiones y repuestas, y particularmente aquellas que provocaron y aceptaron este tribunal, han planteado discrepancias no solamente sobre la interpretación del contrato sino también sobre su aplicación, ejecución y derechos y obligaciones que de él se deriven. Pero cabe mención especial para el télex del 26 de enero de 1977 de ICEL a Termocolombia, donde la primera exige a la segunda, quien acepta en escrito del 2 de febrero de 1977, la precisión de los fundamentos jurídicos y de hecho, elementos probatorios y “determinación... del *quantum* de las reclamaciones formuladas”, sobre las cuales habrían de girar las conversaciones tendientes a un “acuerdo” o no, con un objeto muy preciso que revela el alcance de la decisión de las controversias. En efecto, dice la mencionada comunicación: “Como en relación con estos aspectos podemos llegar o no a un acuerdo total o parcial, y como en el último evento (inexistencia total o parcial de acuerdo) las consecuencias son diferentes desde el punto de vista de las vías ulteriores para esclarecer con fuerza vinculante las obligaciones de las partes...” (negrilla del tribunal). Y más adelante agrega “Solo si alcanzamos un acuerdo respecto de los tres elementos mencionados la reclamación de que se trate puede ser satisfecha por ICEL. Si, por el contrario, se presenta inexistencia de acuerdo sobre uno cualquiera de esos elementos o sobre todos, la petición de Termocolombia queda diferida a vías posteriores que varían según el tipo de desacuerdo”.

De lo anterior se desprende que las partes contratantes no restringieron en la práctica la decisión de sus controversias a la mera interpretación contractual, sino que la entendieron como idónea para determinar derechos y obligaciones entre los contratantes por parte de ICEL, o por parte del Tribunal de Arbitramento, que es una de las “vías ulteriores” que allí se mencionan, tal como quedó explicado al precisar los alcances de la cláusula compromisoria.

Finalmente es preciso entender la cláusula compromisoria en el mismo sentido mencionado, que sería en contra de la administración, habida cuenta de ser ella la redactora de esa expresión ambigua (C.C., art. 1624, inc. 2º). De todo lo expuesto se desprende que el tribunal es competente tanto para interpretar el contrato como para aplicarlo con las demás normas pertinentes, estableciendo, por consiguiente, todas sus consecuencias jurídicas, con el alcance correspondiente, y que generalmente se reducen a la existencia o inexistencia de poderes (facultades, derechos o potestades), deberes (deberes jurídicos, obligaciones, limitaciones, gravámenes o cargas) y responsabilidades (contractuales y extracontractuales, etc).

IV. Análisis de las pretensiones de las partes

A. Precisiones sobre el convenio de 16 de julio de 1974

Se han planteado hechos que tuvieron ocurrencia antes del 16 de julio de 1974, fecha de celebración del convenio entre las partes intervinientes en este proceso, como constitutivos de circunstancias que motivaron el atraso de la entrega de la obra y, consiguientemente, como argumento para alegar una ampliación del plazo.

Pertinente resulta, entonces, entrar a precisar los alcances del precitado convenio frente a las partes, bajo el entendimiento simple de que dicho acuerdo estaba dirigido a restablecer las condiciones del contrato, especialmente porque en distancias notas y con anterioridad a la fecha del convenio los contratantes habían expresado variadas inquietudes en desarrollo del mismo, tales como: carta FR/AR 4368, de 3 de abril de 1974 (fl. 50, cdno. 8, acta 24), en virtud de la cual recuerda al contratista reclama a ICEL por su mora en el registro del contrato en el Banco de la República y por la ausencia de elementos y servicios contractualmente a su cargo para llevar a cabo las pruebas necesarias para la recepción de la planta y aduce circunstancias de fuerza mayor no imputables al contratista; comunicación DIH 150, de 13 de marzo de 1974 (fl. 8, cdno. 2, acta 24), según la cual ICEL recuerda al contratista que el plazo para la entrega de la obra vencía el 11 de abril de 1974 y las sanciones pactadas en caso de incumplimiento; y comunicación DLC-1003, de 10 de julio de 1974 (fl. 59, cdno. 3, acta 24), mediante la cual ICEL manifiesta a Termocolombia que se ha hecho acreedora ya a las sanciones por incumplimiento en el plazo de entrega y rechaza las presuntas condiciones de eficacia del contrato argüidas por esta última.

Estos antecedentes sirven para comprender y precisar los propósitos de los contratantes, que se sintetizan con las

expresiones consignadas en el documento: “El objeto de esta reunión fue el de analizar la situación del contrato 2593 ampliación de Termobarranca” (negrilla del tribunal). Es decir: analizar la situación era pretender hacer un balance del estado y desarrollo del contrato y fijar específicos derroteros o puntos de aplicación contractual, como en verdad lo hicieron al señalar, en el documento, no solamente aspectos meramente informativos o analíticos del contrato, sino que determinaron materias que tienen trascendencia jurídica inocultable, como la relacionada con el punto quinto que dice: “La cláusula séptima —plazo de entrega— del contrato 2593, quedará así: Salvo fuera mayor o caso fortuito, u otra causa no imputable al contratista, este queda obligado a finalizar la operación inicial, la cual será notificada con la fecha del certificado de recepción provisional, en el término de cuarenta y nueve (49) meses, contados a partir del once (11) de diciembre de 1971, fecha esta que las partes acuerdan como fecha de iniciación del plazo de entrega”; la que se registra en el punto 6, a saber: “Teniendo en cuenta que la construcción de la torre de refrigeración se halla demorada, y en el caso de que Termocolombia se encuentre en condiciones de efectuar la operación comercial de que se habla en la cláusula vigésima octava del contrato 2593, antes del mes de octubre de 1975, Termocolombia se compromete, sin costo alguno para ICEL, a posponer la iniciación de esta operación comercial hasta el 11 de octubre de 1975 y a mantener en buen funcionamiento hasta esta fecha, así mismo sin costo alguno para ICEL, todas las instalaciones de la planta objeto del contrato 2593. Todas las cláusulas del contrato 2593, que tengan relación con este hecho, quedan por tanto corregidas en este mismo sentido”; o la incorporada en el punto 4: “Termocolombia iniciará conversaciones con el Banco Exterior de España, tendientes a conseguir una ampliación del período de gracia de la financiación: Termocolombia tratará de obtener que el pago de las veinte (20) cuotas semestrales e iguales correspondientes al 85% de US \$ 8.536.732 se inicie el 11 de enero de 1977. Termocolombia comunicará los costos que este posible cambio en el plazo de la financiación pueda causar. Estos costos serán a cargo de ICEL”.

Se puede descubrir, por tanto, el querer de los contratantes y el pensamiento fundamental: revisar el contrato, sopesar sus alcances, pero, también, imprimir pautas precisas al negocio jurídico hacia el futuro de acuerdo a las condiciones existentes al momento de suscribirse el convenio. Esto es: racionalizar los problemas. Y las consideraciones a las condiciones planteadas, alrededor del acto básico, permiten definir las conductas de los contratantes, ya que, si bien el contrato en su aspecto formal no se prorrogó, por razones que no es del caso anotar ni estudiar en este laudo, sino que se cambió la cláusula séptima, en verdad operó una ampliación del plazo en 21 meses más, esto es, de 28, como originalmente se pactó, se llevó a 49 meses, conservando, eso sí, la misma fecha de iniciación de obra, 11 de diciembre de 1971. Y es que la ampliación tenía un alcance: prever que cualquiera que fueran las circunstancias presentadas en torno al contrato, la entrega se sujetará a un plazo que las mismas partes consideraban conveniente para su cumplimiento y, recoger, así, todos los factores negativos y positivos sentidos hasta ese instante, y plasmados en el convenio. Pero no más allá de lo dispuesto en el escrito en comento.

Todo esto permite inferir una conclusión: ninguno de los contratantes puede alegar hechos, a favor o en contra, cumplidos antes del 16 de julio de 1974 y constitutivos de la situación del contrato en esa fecha, para reclamar cumplimiento, responsabilidades o derechos de que aquello pudiesen derivarse.

B. Las pretensiones del contratista

1. Intereses e indemnizaciones

a) Intereses por mora en el pago de las letras. De conformidad con los términos de los escritos de 15 de noviembre de 1975 y 2 de febrero de 1977, el contratista reclamó el pago de intereses moratorios de las “letras vencidas liquidadas al 1.11.76”, según el cálculo que se consigna en el escrito de 20 de diciembre de 1976 (fls. 55, 56 y 57, cdno. 6, acta 24). El reclamo se extiende, además, a la ampliación del plazo, por cuanto, a juicio del contratista, el incumplimiento en el pago de las cuotas mencionadas incidió, también en la no entrega de la obra en el término convenido.

Para dilucidar la cuestión de los intereses moratorios, el tribunal da especial importancia al convenio suscrito entre las mismas partes aquí contendientes, de fecha 16 de julio de 1974. Por eso procede a un estudio, dejando para un segundo momento conceptual la determinación de los efectos del pago y del recibo de los valores respectivos.

El convenio del 16 de julio de 1974 fue el resultado de una reunión que, como se expresa en el acta levantada para hacer constar las decisiones adoptadas en el curso de la misma, tuvo por objeto “analizar la situación del contrato

2539”. Es decir, se hizo entonces un examen o de estudio de las situaciones creadas para ambas partes, pues que no se limitó al análisis particular de alguno o algunos de los ángulos del contrato, sino que comprendió el contrato en su integridad. Las medidas del futuro cumplimiento que se pactaron fueron lógicamente el resultado de las experiencias ya adquiridas en ejecución del contrato. Por eso lo pactado en esa oportunidad no solo representa una modificación de determinadas previsiones iniciales, como las que se indican en los puntos 5 y 6, sino que constituye también una definición de las situaciones ya creadas, como la que se prevé en el mismo punto 7, en el cual, aunque se reconoce mora de ICEL en la construcción de la torre de enfriamiento, se pactó solamente sobre los efectos de esa mora regulados allí. De manera que, si las partes al hacer el estudio del contrato prescindieron de deducir cargos pecuniarios contra alguna de ellas o contra ambas, no es del caso hacer ahora un nuevo estudio de las situaciones creadas hasta entonces, para deducir cargos que no se formularon en esa oportunidad.

Al ampliar el plazo de entrega de la obra por 21 meses, en los términos en que quedó la cláusula séptima del contrato, no fue ajena a la intención de las partes la idea de una ampliación correlativa de la financiación del 85% de los pagos garantizados con las letras emitidas en cumplimiento de la cláusula sexta del contrato. Por eso se pactó expresamente (punto 4) que “Termocolombia iniciará conversaciones con el Banco Exterior de España, tendientes a conseguir una ampliación del plazo de gracia de la financiación; Termocolombia tratará de obtener que el pago de las veinte (20) cuotas semestrales iguales correspondientes al 85% de US\$ 8.536.732 se inicie el 11 de enero de 1977”. Con lo cual quedó muy clara por lo menos cierta tolerancia de Termocolombia a un aplazamiento del pago de las cuotas garantizadas con las letras mencionadas, tolerancia que resulta incompatible con el cobro de intereses moratorios por cualquier demora en unos pagos que se trataría de posponer en la forma indicada en el punto 4 del convenio del 16 de julio. Por lo demás, esta interpretación permite que el contrato se cumpla de buena fe, como se previene en el artículo 871 del Código de Comercio, es decir, dándole el sentido que mejor convenga a lo pactado y a todo lo que accede a él por la ley, por las costumbres comerciales o por la sola “equidad natural”, ya que esta lleva necesariamente implícita la ideas de igualdad o equilibrio entre las contraprestaciones de las partes.

Una consecuencia más del planteamiento anterior es que dentro del plan previsto de que el pago de las letras se iniciara el 11 de enero de 1977 no cabe ninguna indemnización o pago de intereses moratorios por demoras hasta la fecha que se trataba de fijar como iniciación de los pagos. Lo cual explica por sí solo el hecho de que lo único que asumió ICEL al respecto fue el pago de cualquier costo causado por el posible cambio en el plazo de la financiación, sin previsión ni reserva de ningún interés moratorio por ese aplazamiento, según lo que quedó dicho expresamente en el punto 4 del acuerdo de 16 de julio.

Por otra parte el tribunal considera que el recibo de las cuotas garantizadas con letras de cambio, sin mediar por parte del acreedor reserva alguna en lo que respecta a los intereses de mora, constituye una modalidad de exoneración o de liberación del deudor. No es posible sostener que la recepción del capital y de los intereses convencionales carezca de eficacia frente a una posterior pretensión de perjuicios; con mayor razón cuando existen circunstancias especiales que permiten denotar una renuncia al cobro de los intereses moratorios, como la que surge del convenio de 16 de julio de 1974, en el cual se tolera, por decir lo menos, un margen de pago de las cuotas posteriores a esa fecha y se aspira a la ampliación del plazo de financiación, que de lograrse incidiría directamente en el término de pago y en los demás extremos de su cumplimiento. Bien dice el artículo 1622 del Código Civil, cuando trata sobre la interpretación de las cláusulas de los contratos, que se debe tener en cuenta “la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con la aprobación de la otra parte”. Porque las partes dieron una aplicación práctica al pago de las letras, a través de las circunstancias derivadas del convenio de 16 de julio de 1974, que permite colegir la renuncia a los intereses moratorios. Son conductas que no se puede separar del contenido parcial de las obligaciones contraídas;

b) Intereses por mora en el pago de las cartas de crédito. Ha considerado el tribunal, como quedó consignado anteriormente, que no es procedente el reclamo de intereses derivados del pago atrasado de las letras de cambio. Pues bien: esto mismo puede predicar en relación con la pretensión de reconocimiento de intereses de mora en el pago garantizado con cartas de crédito y que, según el contratista, se cifraron en US\$ 578, ya que todo este punto quedó comprendido dentro del ámbito del convenio de 16 de julio de 1974, por haber tenido ocurrencia antes de ese acuerdo y porque sus consecuencias estuvieron previstas necesariamente allí, toda vez que ese acuerdo fue el resultado de una reunión llevada a cabo por las partes para “analizar la situación del contrato”;

c) Intereses por mora en el pago de lo anticipos. Afirma el contratista que en atención a que ICEL demoró el pago de los anticipos, de que trata la cláusula sexta del contrato, se causaron intereses moratorios que deben ser reconocidos.

El tribunal tuvo ocasión de hacer precisiones sobre los alcances del convenio de 16 de julio de 1974, para concluir que todo lo acontecido en desarrollo del contrato hasta ese momento quedó cobijado por las declaraciones y decisiones de las partes consignadas en tal convenio. También dijo el tribunal, al analizar la reclamación de los intereses moratorios, que cuando se recibe en forma retardada el pago de alguna obligación y no se hace expresa reserva sobre la indemnización procedente por el incumplimiento, no es viable aspirar a un reconocimiento posterior. Pues bien: para el caso de esta reclamación hay que aplicar los planteamientos ya hechos sobre los alcances del Convenio del 16 de julio de 1974. Es decir, no es procedente reconocer intereses moratorios por los atrasos en los pagos de los anticipos, por ser un hecho cumplido con anterioridad a dicho convenio, de que necesariamente contribuía a determinar esa situación general del contrato analizada por las partes al celebrar ese convenio.

ch) Indemnización por el no pago del impuesto a las ventas. El contratista reclama prestaciones económicas a ICEL por el no pago de los impuestos a las ventas causados con motivo de las mercaderías embarcadas y llegadas a puertos colombianos y que ocasionó “la inmovilización del material fundamental, inmovilización de personal para su montaje e inmovilización de capital” y, además, gastos de bodegaje, con una representación económica por perjuicios de US\$ 189.949.23.

La cláusula octava del contrato dispone que “Todos los impuestos y gastos que se causen en el país de origen serán por cuenta del contratista”. Luego procede a enumerar los impuestos y gastos. Además, la cláusula vigésimo sexta, cuando regula la nacionalización de los equipos, dispone: “el contratista pagará todos los fletes y gastos de transporte hasta su instalación de montaje en el lugar de la obra, así como seguros y gravámenes de exportación, si se causan, y todos los demás gastos relacionados con el embarque. Igualmente serán por cuenta del contratista el pago de la tarifa del servicio de manejo de carga de puertos de Colombia (Empocol), los gastos consulares y demás gravámenes y gastos de importación y de nacionalización. Se exceptúan los derechos de aduana, cuya exención será solicitada por ICEL. Los gastos que se causen por importación y reexportación de los equipos de construcción en régimen de importación temporal, serán en su totalidad a cargo del contratista. ICEL colaborará con el contratista en lo relacionado con la nacionalización de los suministros y equipos”.

Todos los preceptos citados precisan que los impuestos y los gastos de importación son por cuenta del contratista. Si la cláusula octava se encarga los impuestos y gastos a cargo de las sociedades reclamantes, no puede entenderse esa relación como taxativa, sino enunciativa, por cuanto en el pliego de especificaciones claramente se dispuso que todos los impuestos serán por cuenta del contratista. No se hizo salvedad alguna. Apenas las cláusulas octava y vigésimo sexta se encargaron de desarrollar lo previsto en dicho pliego y en la oferta respectiva. Y necesariamente se le debe imponer los efectos queridos en la etapa precontractual como en la del negocio mismo. Por eso ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena: “El pliego de condiciones que sirve de base a la licitación, las reglas fijadas para la representación de las ofertas y para la escogencia del mejor postor, como también los fundamentos de la adjudicación, constituye un conjunto de requisitos que hacen de este acto una actividad rígidamente regalada, a fin de garantizar la igualdad de todos los proponentes, con la cual se cumple la exigencia del artículo 16 de la Carta” (Sent. feb. 16/78).

El párrafo de la cláusula octava preceptúa que si con posterioridad a la vigencia del contrato, se llegaren a decretar nuevos impuestos distintos a los existentes a ese momento o se modificare la cuantía de estos, siempre que incidan en el contrato, las sumas que se causaren por tales conceptos serán por cuenta de ICEL. De conformidad con este párrafo, solamente respondía este de los nuevos impuestos o de la modificación de los existentes, por quererlo así las partes contratantes.

Si bien es cierto que el impuesto a las ventas no está incluido en los enumerados en la cláusula octava, también lo es que la previsión de los contratantes, de manera general, al imponerle al contratista el pago de todos los impuestos, hace que ese gravamen sea a su cargo, hasta el monto vigente cuando se perfeccionó el contrato, que como se tiene entendido dentro del proceso era del 4% del valor de las mercaderías importadas. De suerte, que en

los embarques que se causaron bajo la vigencia de las nuevas tarifas, era de cargo de ICEL la diferencia resultante por ese concepto. Concretamente, el 2% adicional por cuanto el Decreto 1988 de 1974 dispuso que el impuesto a las ventas era del 6%, a partir de 1° de octubre de 1974.

Si se prefirió acudir al beneficio de exención de los impuestos a las ventas, por tratarse de equipos pesados no producidos en Colombia, que por mandato de la ley gozan de esa prerrogativa, y esta se logró 120 días después de la notificación a ICEL de la llegada del embarque 32, y 103 días de la notificación del embarque 34, no se puede imputar a ninguno de los contratantes la demora ocurrida en la gestión y obtención de la exención. Lo prudente en ese caso hubiera sido que el contratista cumpliera con el pago de los impuestos a su cargo e ICEL con la parte que le correspondía por la variación impositiva, para luego perseguir la exención. Si así no se hizo, es porque el contratista consideró que no era de su costa, mientras ICEL comunicaba su disposición a pagar la diferencia, como se dijo en la reunión de los días 12 y 13 de enero de 1976, consignada en el acta visible a los folios 96 y siguientes del AZ “A”, acta 23.

Definidas así las cosas, no se puede reclamar indemnización alguna por el no pago de los impuestos a las ventas, ni exigir el pago de derechos de bodegajes, porque los gastos por este concepto son por cuenta del contratista.

d) Nuevos impuestos y modificación de los existentes. Aduce el contratista que las variaciones que se produjeron en esta materia con posterioridad al perfeccionamiento del contrato y que “se recogen en el estudio de Asesoría Gerencial Limitada, de Bogotá”, los llevó a pagar la suma de US\$ 27.648.33 que le deben ser reconocidos por ICEL.

El tribunal no encuentra, sin embargo, apoyo probatorio para acceder al reconocimiento de los nuevos impuestos, demandados tan solo, porque se presentó una relación de pagos, en forma indeterminada, que no permite acreditar los supuestos enunciados en la cláusula octava del contrato: su incidencia en este. Y es que el contratista no debió limitarse a entregar la relación de gastos (impuestos de aeropuerto, ventas, turismo, intereses por cesantías, bienestar familiar), sino que debió aportar su prueba completa y acreditar la incidencia de los mismos en el contrato. Vacío comprobatorio que hace, que obliga a concluir que no es del caso proceder a su reconocimiento.

2. Valores correspondientes al balance de aumentos y disminuciones en suministros

El contratista, en el escrito de 2 de febrero de 1977 (fl. 87, cdno. 6, acta 24), reclama a ICEL el reconocimiento y pago de la suma de US\$ 53.800 por concepto de revisión y estimación definitiva de los valores correspondientes al balance de aumentos y disminuciones en los suministros y el pago de US\$ 5.675 por concepto de trabajos de relocalización de bombas para el sistema de refrigeración.

Encaminado a establecer la procedencia de su petición, el contratista presentó la comunicación que el interventor le dio, por escrito, a aquel, de la decisión de eliminar parte del suministro, consistente en las rejillas giratorias, bombas de circulación, bombas de agua cruda, precipitador, tuberías de circulación y sus accesorios para el sistema de refrigeración. Más adelante, en carta de 22 de septiembre de 1975, el contratista reclamó a la interventoría la deducción de la suma de US\$ 53.800 por “estudios de ingeniería ya realizados sobre los materiales”. La interventoría, por su parte, cumpliendo con lo dispuesto en el contrato, en nota de 16 de mayo de 1974, tuvo ocasión de referirse a esa pretensión en los siguientes términos: “Correspondiendo a la solución equitativa propuesta por ustedes (se refiere al contratista) consideramos aceptable el valor (sic) \$ 53.800 por los importes de los materiales y estudios de ingeniería requeridos por el cambio en el sistema de refrigeración de circuito abierto a circuito cerrado con torre de enfriamiento”. Pero esta manifestación del interventor no tuvo eco en ICEL, por cuanto este apreció que faltaban elementos de sustentación para producir un reconocimiento.

Ya dentro del proceso arbitral, se acudió a la prueba pericial de ingenieros, de conformidad con la solicitud del contratista, la que se cumplió con todas las formalidades previstas en nuestro ordenamiento procesal. Los expertos rindieron el dictamen y sobre el punto pertinente dijeron: “los peritos consideran que para la aceptación del valor de US\$ 53.800 por parte de la interventoría se tuvieron en cuenta trabajos y costos que exceden los límites de la consulta pericial. En efecto la consulta se refiere estrictamente a “actividades de ingeniería de los equipos que fueron eliminados o deducidos”, en tanto que la nota del ingeniero Camacho advierte que ese valor es aceptable para cumplir importes de materiales y estudios de ingeniería requeridos por el cambio en el sistema de

refrigeración de circuito abierto a circuito cerrado con torre de enfriamiento. Esta claro que por razón del cambio, los contratistas hubieron de realizar trabajos de ingeniería que no fueron utilizados por referirse al sistema eliminado. Este es el objeto de esta primera parte de la consulta. Pero además los costos por materiales y por trabajos de ingeniería referidos al sistema cerrado que reemplazaba al eliminado, excede en la materia de la consulta. ... Criterios específicos: para evaluar estos trabajos se examinaron los planos y memorias que suministraron los contratistas y se aplicaron diversos sistemas de fijación de honorarios, se tuvieron en cuenta tarifas de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, de la Asociación Colombiana de Ingenieros Electricistas y Mecánicos y métodos de evaluación utilizados por contratistas internacionales y entidades oficiales colombianas. Se tuvo en cuenta el sobrecosto por ingeniería internacional europea con realización a los trabajos realizados por ingenieros colombianos en Colombia. Para aplicar tarifas o trabajos de diseño de ingeniería es preciso considerar que tales trabajos están terminados y los diseños han sido completados. Se supone pues que los trabajos en consideración constituyen los cálculos y diseños de ingeniería eléctrica y mecánica completos, a pesar de que la orden de eliminación se produjo apenas transcurrida una fracción relativamente pequeña del plazo de ejecución del contrato. Se considera además que tales trabajos fueron ejecutados dentro de un contrato de magnitud muy superior y por consiguiente la inversión requerida es menos onerosa que si se tratara de una orden aislada que requiriese el montaje de una organización propia para el efecto. ... Concepto: El valor de las actividades de ingeniería de los equipos del suministro del sistema de agua de refrigeración eliminados del contrato, se estima en US \$ 40.600, asumido que el diseño se realizó completamente” (fls. 165 vto. y 166, cdno. 2).

Para el tribunal el experticio colma todas las exigencias de convicción necesarias para convenir en los alcances de la pretensión y para precisar, consecuentemente, los términos de aceptación, que de acuerdo al dictamen se concreta en la suma de US \$ 40.600, que deberá ser reconocida, por ajustarse enteramente el contrato y por derivarse básicamente del mismo, ya que en la cláusula decimotercera se dice: “Modificaciones: ICEL tendrá el derecho, en cualquier momento, de ordenar trabajo extra o hacer cambios ya sea alterando, aumentando o disminuyendo el trabajo, sin invalidar el contrato. Los cambios, adiciones, deducciones o modificaciones a que haya lugar deberán ser previamente autorizados por escrito por ICEL. Los reajustes, si fuere el caso, en las cantidades que deban pagarse al contratista por concepto de tales cambios, adiciones o deducciones, se determinarán a criterio de ICEL por uno o varios de los métodos siguientes: a) de acuerdo con los precios unitarios de la propuesta; b) por las sumas convenidas entre ICEL y el contratista; y, c) sobre la base del costo más utilidades, como se indica en la cláusula cuarta. Ningún reclamo por adiciones o deducciones al precio del contrato será válido, a menos que hayan sido autorizadas por escrito por ICEL. Para los ajustes del precio del contrato se usará preferencialmente el método a precios unitarios, aunque a criterio de ICEL podrán usarse los otros dos métodos. Las posibles modificaciones de que trata la presente cláusula podrán causar un aumento del plazo de entrega, caso en el cual este deberá ser acordado entre las partes”.

En cambio, no se puede afirmar lo mismo en lo que atañe a la revisión por trabajo de relocalización de bombas para el sistema de refrigeración porque al decir de lo peritos que si es cierto que el contratista “hubo de aplicar considerable esfuerzo y tiempo de análisis de la reubicación de las bombas, posiblemente en magnitud bastante superior a la prevista, al actuar con responsabilidad y presentar sus objeciones a la decisión de interventoría”, también lo es, haciendo uso de las voces de los peritos, “que la ubicación de las bombas era de todas formas parte del contrato, y la mayor o menor magnitud del costo de esta fase del diseño hace parte de las eventualidades normalmente asumidas por el contratista, especialmente tratándose de un contrato “llave en mano”. Y más contundente aún es el concepto específico sobre el punto: el reclamo por US\$ 5.675 por la relocalización de las bombas de lavado del precalentador de aire y de refrigeración del grupo electrógeno no está debidamente justificado ... Tales trabajos de ingeniería han sido reconocidos ya dentro de otros rubros del contrato”.

Se apoya el tribunal en el dictamen, por su claridad y precisión, para concluir que no es del caso evacuar favorablemente este punto de revisión formulado por el contratista.

3. Ampliación del plazo de entrega de la obra por hechos no imputables al contratista

3.1. La mora en el pago de las letras. Señala el contratista, entre las causas que no le son imputables, y que incidieron en la demora en la terminación de la obra e indilgable a ICEL, el atraso en los pagos de varias cuotas que originaron, como lo dice en el anexo 2 de febrero de 1977: “la falta de liquidez para Termocolombia, a

consecuencia inmediata de las demoras, ha producido la imposibilidad de atender pagos de pedidos cursados durante los períodos de demora, y de efectuar nuevos pedidos. En estos casos, aparte del descrédito para Termocolombia, esta ha tenido que soportar revisiones de precios exigidas por sus proveedores” (fl. 124, cdno. 1). A la vez cuantifica el retardo en 348 días.

Antes de proceder a precisar los alcances de la demora alegada por el contratista en los pagos de las letras de cambio, el tribunal considera necesario definir e interpretar la índole y naturaleza de los mencionados títulos valores, para lograr, de ese modo, una mejor identificación del problema.

a) Las letras de cambio, correspondientes a las tablas 1, 2 y 3, de la cláusula sexta del contrato, fueron libradas por el contratista y aceptadas por el ICEL como garantía del pago del precio como un primer criterio contractual. Basta con leer la cláusula sexta del contrato: “1.1.d. El ochenta y cinco por ciento de ... será pagado al contratista en veinte (20) cuotas semestrales iguales y consecutivas, la primera con vencimiento a los cuarenta y dos (42) meses de la fecha de firma del contrato, y valores que se detallan en la tabla 1 de amortización ...”; “2.1.d. el ochenta y cinco por ciento de ... será pagado a Termocolombia como contratista, en veinte (20) cuotas semestrales iguales y consecutivas, la primera con vencimiento a los cuarenta y dos (42) meses de la fecha de firma del contrato y con valores que se detallan en la tabla 2 de amortización”;

b) De acuerdo con los términos del contrato, en los apartes transcritos, que no pueden ser desatendidos, las letras de cambio fueron emitidas para producir unos efectos: garantizar el pago del precio, a manera de “cuotas semestrales de capital y los intereses respectivos”, más concretamente las sumas correspondientes al 85% de los equipos de origen español y francés y al 85% de las obras indicadas en la cláusula sexta del contrato.

Se dice, igualmente, en el documento negocial, que las letras debían ser entregadas al Banco Exterior de España, a fin de que este las entregara, a su vez, a medida que el contratista fuera haciendo y acreditando los embarques precisados en la prenombrada cláusula sexta. Vale decir: las letras debían ser entregadas al contratista siguiendo una determinada consecuencia en la ejecución de la obra;

c) Empero, también resulta del contenido general del negocio la modalidad de la financiación, como se desprende del numeral 4º de la cláusula 6ª: “Financiación. 4.1. Suministros y servicios de procedencia española y obras locales. De acuerdo con el convenio comercial colombo-español, las partes convienen en incluir en el marco de dicho convenio la financiación de la totalidad de los suministros y servicios de procedencia española correspondientes al ordinal 1.1 y 2 de la presente cláusula y conforme al oficio del 6 de octubre de 1971, del contratista. 4.2. Suministros y servicios de procedencia francesa. Los intereses de financiación son del siete punto setenta y cinco por ciento (7.75%) anual, discriminados así: seis punto ochenta y cinco por ciento (6.85%) anual para el crédito comprador y el cero punto nueve por ciento (0.90%) (sic) anual como prima de seguro a la exportación y pagadera a la compañía Francaise D’ Assurance pour le Commerce Extérieur (“Coface”), liquidados por semestres anticipados sobre saldos de capital, con la primera cuota de intereses pagadera en el mes veinticuatro (24) a partir de la fecha de firma del contrato. La financiación correspondiente a suministros y servicios de procedencia francesa se incluirá dentro del protocolo del préstamo con el gobierno francés. Una vez perfeccionado el nuevo protocolo y los convenios adicionales de aplicación, la forma de pago de los suministros franceses quedará regida por la forma de pago establecida en dichos convenios, es decir, hasta un diez por ciento (10%) como anticipo a cargo del prestatario del tesoro francés y hasta un noventa por ciento (90%) a cargo del crédito comprador con el Consorcio Bancario Francés”;

ch) El tribunal no encuentra ninguna incongruencia en que las letras de cambio, emitidas en desarrollo del contrato, sirvieran de garantía para el pago del precio, por un lado, y de instrumentos de financiación, por el otro, por cuanto ambas formas estaban dirigidas a agilizar el contrato, a procurar la satisfacción de las obligaciones, a permitir una racionalización de los compromisos, etc. Claro está que se precisan los alcances de uno y otro, bajo un entendimiento global y no separado. Si las letras garantizaban el pago del precio, pero también servían para lograr la financiación de ICEL, hay que convenir que no se pueden desatender esas manifestaciones contractuales sino, por el contrario, imprimirlas efectos integrales;

d) Las prestaciones causadas y cumplidas con anterioridad al convenio del 16 de julio de 1974 no merecen un especial estudio, por cuanto los atrasos que se hubieren presentado en el lapso pasado a esa fecha quedaron

resueltos con el precitado acuerdo, según se ha venido repitiendo en las consideraciones precedentes;

e) Las letras de las tablas 1, 2 y 3, sirviendo de garantía y de financiación, pero amparando el precio en forma diferida, tienen incidencia en la obligación prestacional a cargo de ICEL. Eso es evidente. Sin embargo, existen circunstancias que se deben tener en cuenta, así mismo, para establecer los alcances de los retardos alegados por el contratista, a saber:

e") El convenio del 16 de julio de 1974, proyecta un plazo de financiación acorde con el término pactado para la entrega de la obra, que permite inferir que los contratantes tuvieron en cuenta las circunstancias reales del contrato al momento de suscribirse el convenio, incluyendo, como es natural, el pago. Por eso se dijo en el documento: "Termocolombia iniciará conversaciones con el Banco Exterior de España, tendientes a conseguir una ampliación del período de gracia de la financiación; Termocolombia tratará de obtener que el pago de las veinte (20) cuotas semestrales e iguales correspondientes al 85% de US \$ 8.536.732 se inicie el 11 de enero de 1977. Termocolombia comunicará los costos que este posible cambio en el plazo de la financiación pueda causar. Estos costos serán a cargo de ICEL. "Es decir, la estipulación transcrita estaba dirigida a producir unos efectos que, logrados o no, determinaron o fijaron conductas entre las partes y una voluntad, por lo menos, tácita sobre el pago".

e") Y si es del caso restarle eficacia al Convenio del 16 de julio de 1974, en lo que el plazo para el pago se refiere, aplicando un criterio rígido de financiación, se debe analizar la causa o relación de causalidad entre el no pago de ICEL y la imposibilidad que tenía el contratista para continuar la obra. En otras palabras: eran necesario acreditar que las obras no pudieron adelantarse por falta de medios o recursos económicos que se lograban con los pagos de las letras. El contratista no comprobó esa relación entre el no pago oportuno por parte ICEL de las letras al Banco Exterior de España con la falta de suministro financiero de este último para con aquel. Se concluye, consiguientemente, que no es del caso sostener que la mora en el pago de las letras de cambio justifican una ampliación en el plazo de entrega de la obra, como lo ha planteado el contratista.

3.2. La mora en el pago de las cartas de crédito. Alega el contratista que se produjeron atrasos en la apertura de las cartas de crédito, que incidieron en los oportunos embarques de los elementos o equipos provenientes del exterior y, por ende, en la entrega de las obras.

a) Los numerales 1.1.b, 1.1.c, y 1.2.b de la cláusula sexta del contrato contienen las reglas atinentes a las cartas de crédito, así: "el dos y medio por ciento (2.5%) de ocho millones quinientos treinta y seis mil setecientos treinta y dos dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 8.536.732) o sea la suma de doscientos trece mil cuatrocientos dieciocho dólares con 30/100 de los Estados Unidos de América (US\$ 213.418.30), seis (6) meses después del perfeccionamiento del contrato, mediante el establecimiento, bien de una carta de crédito irrevocable, o en efectivo con garantía bancaria confirmada por doscientos trece mil cuatrocientos dieciocho dólares con 30/100 de los Estados Unidos de América (US\$ 213.418.30) previa constitución y aprobación de la garantía sobre el segundo anticipo y cumplimiento a la que se refiere la cláusula novena. La carta de crédito o la garantía bancaria deberá establecerse por ICEL a favor de Termocolombia, como contratista, en un plazo de treinta (30) días, a contar del perfeccionamiento del contrato" (1.1.b); "un diez por ciento (10%) de ocho millones quinientos treinta y seis mil setecientos treinta y dos dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 8.536.732) o sea la suma de ochocientos cincuenta y tres mil seiscientos setenta y tres dólares con 20/100 de los Estados Unidos de América (US\$ 853.673.20), mediante el establecimiento por ICEL, a favor de Termocolombia como contratista, en un plazo de treinta (30) días a contar del perfeccionamiento del contrato, de una carta de crédito por ochocientos cincuenta y tres mil seiscientos setenta y tres dólares con 20/100 de los Estados Unidos de América (US\$ 853.673.20) confirmada e irrevocable, divisible y vigente hasta su total utilización, pagadera así: hasta el 10% del valor FOB de cada embarque, contra presentación de facturas comerciales y demás documentos de embarque, legalmente legalizados" (1.1.c); y "el noventa y cinco por ciento (95%) restante de siete millones quinientos setenta y cuatro mil seiscientos veintitrés francos franceses (FF 7.564.623) o sea la suma de siete millones ciento ochenta y seis mil trescientos noventa y un francos franceses con 85/100 (FF 7.136.395.85) a prorrata de las entregas FOB contra documentos de embarque y será garantizado con carta de crédito en francos franceses, irrevocable, divisible y abierta por ICEL a la fecha de perfeccionamiento del contrato de la Société Générale de París, y valida hasta el último plazo de entrega. Esta carta de crédito será pagadera a prorrata de las entregas FOB y contra presentación de los siguientes documentos: a) carta del contratista aceptando las modalidades y condiciones del crédito al

comprador, otorgado por los bancos franceses encabezados por la Société Générale; b) Los protocolos de inspección y pruebas que se indican en la cláusula décimo novena; c) Las facturas comerciales por suministros y servicios, y d) los documentos de despacho incluyendo las listas de empaque (1.2.b).

El alcance de la carta de crédito prevista en el numeral 1.1.b, por haber tenido aplicación antes del Convenio de 16 de julio de 1974, se descarta en su análisis por las razones tantas veces referidas en este proveído;

b) Las cartas de crédito de que tratan los numerales 1.1.c. y 1.2.b, tenían fines específicos: comprometer al banco emisor al pago de las sumas de dinero que se dedujeran de los embarques, previa presentación de los documentos que acreditaban dichos embarques. A ICEL le obligaba, de acuerdo al contrato, a mantener vigentes las cartas de crédito hasta su utilización total, y

c) Ahora bien, de conformidad con los términos del contrato, sirviendo las cartas de crédito, en general, de garantía de pago, no estaba condicionada su vigencia a los embarques. Todo lo contrario: se atendía su pago en la medida en que se acreditaran los embarques. El contratista debía, en consecuencia, demostrar el cumplimiento de la movilización de los equipos y elementos integrantes de la obra. Empero, el contratista arguye que no hizo los embarques en las oportunidades debidas porque las cartas de crédito en determinados períodos no estuvieron vigentes. Lo cual sería valedero como medio exceptivo —muy riguroso en materia de contratación administrativa— si expresamente se hubiere pactado esa relación entre la vigencia y los embarques. Mas, como no se previó así, no es posible alegar la excepción del contrato no cumplido, por carecer de aplicación al no darse la condición indispensable para su conformación y aplicación. Algo más: la no vigencia de las cartas de crédito tampoco afectaba la situación financiera del contratista, ni le hacía producir ningún riesgo, puesto que el convenio Colombo-español obligaba al Banco Exterior de España al pago contra reserva, lo que hace comprender que la garantía mantenía su eficacia, al margen de la vigencia o no vigencia de dichos documentos.

3.3. La mora en la obtención y renovación de licencias de importación. El contratista, dentro de las circunstancias que, a su juicio, motivaron atrasos en la entrega de las obras y justifican ampliación del plazo de entrega, señala retardos en la obtención de las licencias de importación 01786, 01787 y 05684 de 1971 y en la actualización de sus vigencias, que afectaron las operaciones de embarques en los puertos europeos y en las gestiones de nacionalización de los elementos.

Insiste el tribunal en que las situaciones acaecidas con anterioridad al convenio de 16 de julio de 1974 quedaron definidas con este acuerdo. Por tanto, el reclamo sobre el retardo en la obtención de las licencias de importación no tiene cabida ahora, por haberse presentado entre el término de celebración del contrato y el Convenio de 16 de julio de 1974, independientemente de cualquier otra consideración que se pueda hacer sobre el particular.

En lo que respecta a la actualización o renovación de las licencias, de ocurrencia posterior al 14 de julio de 1974 y antes del 11 de enero de 1976, el tribunal observa una gran deficiencia comprobatoria sobre el supuesto de hecho alegado —atraso en la renovación— y su incidencia en la ejecución de los trabajos; o mejor, la formulación del cargo de retardo en las gestiones de renovación no muestra o ampara, por sí sola, sus efectos en la realización de las obras o en la afectación en los embarques, por cuanto el contratista ha debido acreditar que los embarques estuvieron listos o dispuestos en los puertos europeos y no se hicieron por aquel motivo u otra circunstancia influyente en la ejecución de las obras contratadas, que determinaron su atraso. Se limitó el contratista a aportar cartas y télex requiriendo a ICEL para la renovación de las licencias, pero no se demostró la afectación alegada. Es decir, faltó la comprobación, por los medios legalmente autorizados, de la exactitud de los hechos planteados frente al derecho invocado.

3.4. El cambio del sistema de circulación de agua. Señala el contratista como causal de justificación de la ampliación del plazo de entrega, precisada en la nota de 2 de febrero de 1977, que: “Como consecuencia de haber sido cambiado el sistema de circulación inicialmente previsto en la petición de oferta del ICEL y en la oferta de Termocolombia, por una torre de refrigeración, que a su vez ha sido sustituida por un sistema de refrigeración a cargo de ICEL el cual solo precariamente suministra agua desde finales de diciembre de 1976, Termocolombia se ha visto imposibilitada de realizar sus trabajos al ritmo normal”.

Para el tribunal el caso planteado, para formular la pretensión de aplicación del plazo, radica en apreciaciones

eminentemente técnicas, que se escapan del simple análisis jurídico de la situación, ya que los reparos advertidos tienen que ver esencialmente con un mecanismo de funcionamiento que no es fácil de precisar dentro del contexto general del proceso, si no se respalda en apreciaciones de expertos.

Por eso, atendiendo la solicitud del procurador especial del contratista, se decretó la práctica de la prueba pericial de ingenieros, con el fin específico de que expertos en la materia dictaminaran sobre los alcances del cambio del agua de circulación y de la torre de enfriamiento.

Los peritos designados presentaron el dictamen, sobre el particular, diciendo: “... La necesidad de contar con agua de circulación plena, en el caudal especificado de 12.000 m³/h se presenta únicamente para el suministro de la potencia de diseño de la unidad. Esto no se requiere antes de la ejecución de las pruebas para medir: carga, potencia y eficiencia de la central. El montaje de la unidad termoeléctrica pudo adelantarse sin agua en abundancia, e inclusive muchas de las actividades y pruebas parciales pueden realizarse con agua de refrigeración en caudales mínimos o inferiores al especificado. La operación del soplado de tuberías es una de las últimas etapas a realizar antes del primer arranque de la turbina, para lo cual sí se debe contar con agua de refrigeración abundante. (Aunque todavía no es preciso el caudal pleno). El soplado de tuberías se llevó a cabo el día 10 de diciembre de 1976 en tanto que el primer arranque de turbina se hizo el día 21 de enero de 1977. La operación comercial se cumplió el día 5 de noviembre de 1977... **Concepto. El montaje de la planta pudo llevarse a cabo de forma continua, independientemente de las variaciones en el sistema de refrigeración. El retardo en la construcción del sistema de refrigeración no ocasionó demoras en la entrega de la central puesto que la operación de montaje de la planta puede adelantarse independientemente del sistema de refrigeración. El sistema provisional estuvo construido seis meses antes del soplado de tuberías. Aún en la eventualidad de que el sistema no pudiera operar de manera continua por fallas técnicas a bajo nivel del río, la necesidad crucial de su funcionamiento estable no se presentó como una exigencia técnica en las actividades de montaje ni en las pruebas parciales. Esto es cierto al menos hasta el día 10 de diciembre de 1976 que se hizo el soplado de las tuberías. El bajo nivel del Río Magdalena pudo haber ocasionado retardos en la puesta en marcha hasta por un total de 48 días, correspondientes a los mismos 48 días que el nivel del agua del Río Magdalena estuvo por debajo de la cota mínima en 1977.** Sin embargo los peritos están de acuerdo al afirmar que aun cuando el ICEL, atendiéndose a las cláusulas del contrato ordenó cambios relacionados con el sistema de enfriamiento de la planta, ello produjo una alteración del plan de trabajo puesto en ejecución por los contratistas con la aprobación de la interventoría máxime tratándose de una etapa tan importante como es la refrigeración de todo un conjunto. Paralelamente, la indeterminación o demora por parte del ICEL en la definición del nuevo sistema de enfriamiento, para el cual se permitió cotizar a los constructores de la planta, produjo en la organización de estos una cierta expectativa y un descenso en el ritmo de trabajo. En efecto, la sola presentación de una propuesta cuyo costo fue muy próximo a los \$ 50.000.000 tenía necesariamente que crear expectativas, posibilidad de aumentar el valor final del contrato, mayores beneficios posibles, etc. Independientemente de la persona a quien ICEL determinara adjudicar las obras y equipos para el sistema de refrigeración, es natural que dependiendo del mismo deban también operarse cambios en obras de infraestructura ya construidas, en construcción o diseñadas originalmente causándose de por sí retrasos en los planes, cuyo monto es difícil de cuantificar (fls. 167 vto. y 168, cdno. 2).

En igual sentido, sobre este aspecto controversial, declararon varios testigos al proceso. En efecto, “... Para la etapa de montaje no era necesario disponer del agua de circulación ya que esta agua realmente no tiene ninguna incidencia en el montaje de los equipos” afirmó el doctor Manuel Gutiérrez Isaza (fl. 49, cdno. 2); “... El agua de circulación para una unidad de 66 megavatios se requiere únicamente para el momento en que el equipo de la unidad como es el caso de la turbina y el condensador se encuentran en condiciones para recibir vapor e iniciar así sus pruebas de funcionamiento. Como lo mencioné anteriormente ... el soplado de la tubería de vapor principal se efectuó hacia finales de 1976, en consecuencia, antes de esta actividad no se requería el agua de circulación para operación de la planta y únicamente pudiera haberse requerido en forma muy esporádica y si acaso parte del caudal de diseño del agua de circulación como para hacer algunas pruebas preliminares en la tubería de circulación o de estanqueidad del condensador ...” manifestó el doctor Germán Camacho Latorre (fl. 60, cdno. 2); y “... el cambio de sistema de refrigeración representó para Termocolombia la eliminación de parte del suministro que tenía contratado para lo cual se llegó a un acuerdo sobre el descuento que tendría el valor del contrato. Por la misma naturaleza de disminución en la cantidad de obra el cambio de sistema de refrigeración no pudo haber tenido efecto

sobre los compromisos de plazo de Termocolombia ...” fue lo afirmado por el doctor Miguel Meléndez Meléndez (fl. 77, cdno. 2).

De acuerdo con el dictamen, en la parte transcrita, y de las declaraciones de los testigos doctores Gutiérrez, Camacho y Meléndez, se puede concluir que el montaje de la planta, a cargo del contratista, podía llevarse o cumplirse en forma continua, independiente de las variaciones que se le hicieran al sistema de refrigeración. Y el retardo en la construcción de dicho sistema tampoco incidía en la entrega de la central por la misma razón de independencia anteriormente anotada.

Igualmente, acogiendo la peritación, el agua de circulación solamente tuvo una relación directa con el desarrollo de la obra, a partir del momento en que se hizo el soplado de las tuberías. De suerte que el bajo nivel del Río Magdalena solamente podía afectar el funcionamiento después de cumplirse con la etapa técnica citada. Y de acuerdo con el dictamen y con las demás pruebas aportadas al proceso, como los registros fluviométricos (fls. 158 y ss., cdno. 3), el nivel del Río Magdalena a bajo nivel, estuvo 48 días en el año de 1977, o sea con posterioridad al plazo acordado para la entrega de la obra quiere decir esto que no es admisible esa situación natural presentada en el nivel del Río Magdalena, por debajo de la cota mínima, como causal de justificación de una ampliación del plazo expirado con anterioridad.

Sin embargo, el mismo dictamen, en la parte final, dice que los cambios o alteraciones del plan de trabajo propuesto por ICEL, aprobado por la interventoría, pudo ocasionar “retrasos” en los “planes, cuyo monto es difícil de cuantificar”. Cree, entonces, el tribunal necesario precisar estas expresiones del dictamen, por cuanto muestra cierta ambigüedad, que es importante aclarar. Ciertamente el aspecto más importante del peritazgo es el técnico, que está incorporado en la primera parte del concepto, donde se concluye que el sistema de refrigeración, cualquiera que fuere el empleado, no alteraba el desarrollo de la obra.

Los cambios en el sistema creaba, según los peritos, una simple expectativa, de valor subjetivo, que como tal, pertenecía a la órbita interna del contratista. De allí que se hubiese dicho que era difícil de cuantificar o de precisar en el tiempo. No es, de esa manera, que el tribunal reste importancia al dictamen en lo que hace relación a la modificación de los planes de trabajo, sino que le hace imprimir los efectos exactos, puesto que todo aquello que se relacione con el ámbito interno o de interés de los contratantes, por fuera del contrato mismo, no puede ser atendido, por carecer de la fuerza legal necesaria. La firmeza del dictamen radica en las apreciaciones técnicas impuestas por los peritos.

Además del dictamen de los peritos, como auxiliares de la justicia en el proceso, el tribunal utiliza para reforzar sus apreciaciones sobre este aspecto de la controversia la información suministrada por los testigos ya mencionados. Porque estos han sido muy precisos al respecto y cada uno de ellos es “persona especialmente calificada por sus conocimientos técnicos, científicos ... sobre la materia”, por lo cual podían no solamente referir hechos, sino emitir conceptos sobre tales hechos, como se prevé en el inciso tercero del artículo doscientos veinte siete del Código de Procedimiento Civil. Con la aclaración de que su vinculación a la firma encargada de la interventoría no los inhabilitaba para declarar, toda vez que no fueron tachados en su oportunidad procesal como “testigos sospechosos”, en los términos de los artículos 217 y 218 del mismo Código de Procedimiento Civil. A lo cual debe agregarse que en este código es muy nítida la idea de no desperdiciar los elementos de convicción que puedan llegar al juez a través del proceso y, por eso, ha previsto que “sirven como prueba la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez” (art. 175).

3.5. Otros casos de fuerza mayor. Describe el contratista, como casos de fuerza mayor y consecuentemente como justificación para la ampliación del plazo de entrega de la obra, las provenientes de huelgas, demoras en los embarques de la Flota Mercante Grancolombiana, dificultades en el puerto de Barranquilla, extravíos y roturas de la grúa de Barrancabermeja, dificultades del remolcador de los elementos de la obra y pérdida de documentos. Concreta el contratista, en el escrito de 2 de febrero de 1977: “2.1.2 no imputables a ICEL (fuerza mayor o caso fortuito). 2.1.2.1. Huelgas. Las que afecten a los organismos industriales del proveedor (Termocolombia), están incluidas dentro de “fuerza mayor” en la cláusula 44 del contrato. Por este concepto y por las huelgas producidas en Condisa, Cementeros Colombianos y Alfareros en Colombia, Astilleros Españoles y Babcock en Wilcox en

España y Rateau en Francia se obtienen 251 días. Todos los paros fueron comunicados oportunamente al ICEL, según exige la cláusula 44. Debe reconocerse a Termocolombia el derecho de ampliación del plazo previsto en la cláusula 44. 2.1.2.2. Demoras en los embarques de la Flota Grancolombiana. Los embarques en la flota son preceptivos según el contrato. Las demoras habidas suponen 75 días. Carta de Ibertresa 7-2-74 e informe de la dirección general marítima y portuaria de 11-6-76. Debe reconocerse a Termocolombia el derecho de ampliación del plazo previsto en la cláusula 44. 2.1.2.3. Dificultades en el puerto de Barranquilla, extravíos y roturas grúa Barrancabermeja. Idéntico tratamiento que el previsto en el apartado anterior. Se obtienen 30 días (documentación diversa). Debe reconocerse a Termocolombia el derecho de ampliación del plazo. 2.1.2.4. Otras causas de fuerza mayor. Dificultades del remolcador. Pérdida de documentación. Se obtiene 150 días. Debe reconocerse a Termocolombia el derecho de ampliación del plazo. 2.1.2.5. Nuevos impuestos y modificación de los existentes. Las variaciones producidas por este concepto se recogen en el estudio de Asesoría General Ltda., de Bogotá, (que comprende solo hasta el 6 de agosto de 1976) T-B-733-76 de 20-12-76”.

a) Precisamente, el contrato 2593 en la cláusula cuadragésima cuarta regula la fuerza mayor, que podría calificarse por su incorporación en el documento negocial, como convencional. Estipula la cláusula en mención: “fuerza mayor o caso fortuito. El contratista quedará exento de toda responsabilidad por cualquier dilación de las obras durante la ejecución del contrato, cuando se compruebe que tales hechos son el resultado de caso fortuito o fuerza mayor, al tenor del artículo 1º de la Ley 95 de 1890. Cuando se trate de huelgas que afecten a los organismos industriales del proveedor a quienes incumba el incumplimiento del pedido, o bien si dicho daño o dilación se debiere a la inutilización durante la fabricación de un importante componente del equipo contratado o a cualquier otra circunstancia ajena a la responsabilidad del contratista, estos hechos constituirían fuerza mayor o caso fortuito si reúnen las calidades que exigen los principios legales sobre la materia. En tal caso de fuerza mayor comprobada, el contratista tendrá derecho a la ampliación del plazo mientras tal hecho o sus consecuencias subsistan, pero no a indemnización alguna. Para considerar la exoneración de la responsabilidad de que trata esta cláusula, el contratista deberá enviar notificación escrita a ICEL dentro de los 15 días calendario siguientes al acontecimiento que ha motivado a la demora. Tan pronto ICEL haya recibido la notificación procederá a comprobar el hecho y a estudiar la extensión del plazo”;

b) La fuerza mayor o caso fortuito está definido, en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo primero de la Ley 95 de 1890, como “el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los autos (sic) de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”. Y esta noción valedera para justificar la inejecución de un acto o simplemente el retardo de las obligaciones, impone los requisitos o condiciones indispensables para hacerles producir los efectos exculpativos del deudor: la imprevisibilidad y la irresistibilidad, o sea, la ocurrencia de un hecho extraño al cual el deudor no hubiera podido ni siquiera, en forma razonable, prever, y, además que no se pueda evitar, ni superar sus consecuencias.

Significa, pues, que no son simples hechos del acaecer ordinario, ni previsibles, los que originan la fuerza mayor o el caso fortuito, que, en nuestro medio se confunden, no obstante los permanentes afanes doctrinarios por lograr una separación entre uno y otro. Y tiene que ser así, ya que la extrañeza del hecho debe ser referente a todos y de tal magnitud que imposibilite su cumplimiento o lo retarde;

c) Ahora bien: el hecho extraño, representativo de la fuerza mayor, debe tener una incidencia directa en el negocio. No es la simple formulación del hecho, ni su ocurrencia misma. Es algo más: la afectación y consecuencia. Por eso se dice que el que alega la fuerza mayor tiene que probarla y completar la prueba con la relación entre el hecho extraño y el desarrollo del acto jurídico;

ch) Partiendo el contrato de la noción legal de fuerza mayor, se extiende a otros hechos como constitutivos de exoneración de responsabilidad o de ampliación del plazo, sin indemnización, como las huelgas u otras circunstancias ajenas al contratista. Empero, el mismo contrato puntualiza los supuestos para su admisión como fortuitos: si la dilación que se presentare obedeciere o “se debiere a la inutilización de un importante componente del equipo contratado”. Es decir: las mismas partes advirtieron, al proyectar y extender la fuerza mayor o caso fortuito, su incidencia en la fabricación de los equipos. Y no de una manera simple, sino comprobada, de manera que para procurar la exoneración de responsabilidad se debía notificar a ICEL el acontecimiento extraño, dentro de los 15 días siguientes a su presentación, como exigencia para la aceptación de la fuerza mayor;

d) Encuentra el tribunal que los hechos que menciona el contratista, como constitutivos de fuerza mayor o caso fortuito, no reúnen las cualidades previstas tanto por la Ley 95 de 1890 como en el contrato 2593, por cuanto carecen de la gravedad e identidad necesarias para su estimación exculpatoria o liberatoria, unos, las demoras en los embarques de la Flota Grancolombiana, las dificultades en el puerto de Barranquilla, roturas en la grúa Barrancabermeja, dificultades del remolcador, los nuevos impuestos; otros, como el caso de las huelgas, no está acreditado que hubiesen imposibilitado la confección de los equipos o piezas importantes de estos, ni el despliegue de su eficacia, ni el nexo de casualidad entre el resultado alegado y el hecho que se aduce como fortuito;

e) Es que la fuerza mayor o el caso fortuito no pueden encuadrarse en un marco conceptual o apreciativo. Por el contrario, debe recoger los factores de imprevisibilidad e irresistibilidad o inevitabilidad exigidos para la producción del efecto característico: la exoneración de responsabilidad o la ampliación del plazo. Pero no es un recogimiento formal, es de fondo: su relación necesaria con el atraso de la obra o incumplimiento del contrato. Y nada de esto se observa en los eventos enunciados por el contratista como hechos no imputables a ICEL pero originados por fuerza mayor o caso fortuito.

3 bis. La posición de las partes sobre la ampliación del plazo de entrega de la obra. A lo largo de este laudo el tribunal ha sido consecuente con un principio, que, en derecho, referido a los contratos, hace relación a las prácticas que las partes imprimen al desarrollo del negocio y que, en cierta manera, producen efectos especiales, porque se desprende de la noción elemental de que las manifestaciones de los contratantes no termina con la redacción del documento contentivo de la voluntad y la firma o suscripción posterior, sino que se proyecta en la medida en que aquellas pretenden forjar consecuencias precisas.

Particularmente, tiene acogida esa concepción del derecho negocial en un contrato de la complejidad del 2593, por sus variadas implicaciones y por el manejo que las partes hicieron de él. Basta con observar el sinnúmero de piezas o documentos aportados al proceso para entender que las relaciones entre los contratantes fue, en cierta medida, flexible y hasta alegre. Y quizás, se repite, la importancia del contrato y su cubrimiento del servicio, para el cual estaba dirigido, impuso ese tratamiento práctico al mismo.

En orden a esas reflexiones o apreciaciones, el tribunal estima conveniente, para el entendimiento total del asunto, entrar a estudiar el acta suscrita entre los representantes de los contratantes, producto de las reuniones realizadas los días 12 y 13 de enero 1976, o sea, al segundo y tercer día después del plazo pactado para la entrega de la obra.

El acta comienza señalando las personas que intervinieron en la reunión, luego se precisaron los temas a tratar: técnicos y administrativos. Se puntualizó y analizó cada uno de ellos. Entre los administrativos se anotaron, precisamente, muchos de los planteados al tribunal, ya estudiados. También se abordó la necesidad de un contrato adicional sobre el plazo de entrega (están incluidos en los puntos 7 y 8, respectivamente, del acta).

El contrato adicional mencionado se refiere a la situación calificada por el contratista de irregular, por no haberse suscrito un contrato con base en el Convenio del 16 de julio de 1974, que no es materia de estudio y decisión del tribunal.

En cambio, el punto tratado bajo el título “plazo de entrega”, merece para el tribunal una especial atención. Textualmente se recoge del acta: “Termocolombia expresa su preocupación por la calidad y cantidad del agua de enfriamiento que se vaya a suministrar, así como por la presión de entrega. Luego Termocolombia manifiesta que tiene derecho a una prórroga en el plazo de entrega de la planta. Como argumentos a favor de su derecho enumera los siguientes:

- Falta de agua para pruebas parciales de equipos.
- Demora en la entrega de los registros de importación.
- Demora en la renovación del crédito Bankers Trust.
- Demora en la entrada en vigor del contrato, por falta de la garantía de la Nación.
- Huelgas, paros cívicos.

- Solicitud de ICEL de nuevos equipos.
- Demora en la decisión sobre el equipo de telefonía y megafonía.
- Demora en el contrato adicional que les ha causado penalidades económicas.
- Negativa de la Flota Grancolombiana a tomar carga de Termocolombia.
- Robo a mano armada.
- Interferencias de otros contratistas.
- Insuficiencia del sistema telefónico en la obra.

Como consecuencia, Termocolombia cree que por lo menos necesitaría seis (6) meses más para terminar la planta. ICEL manifiesta que los argumentos de fuerza mayor son muy débiles y muchos de ellos inaceptables; si se hiciera un análisis cuidadoso de ellos quizás se podría justificar un mes de prórroga, máximo dos meses. Como Termocolombia piensa en seis (6) meses, y aún este plazo es estrecho, es conveniente hablar de una fecha realista sin perjuicio del cobro de las multas por parte de ICEL y a las cuales se ha hecho acreedora Termocolombia por el actual incumplimiento del plazo”. Y más adelante, al sentar las “conclusiones”, se dice: “5. ICEL expone su posición: La falta de agua de enfriamiento no es causal de prórroga del plazo; tampoco son los demás argumentos esgrimidos por Termocolombia; por tanto, ICEL no aprueba ninguna prórroga de plazo. ICEL estaría dispuesto a convenir una fecha realista para la entrega de la planta, y a firmar el correspondiente contrato adicional, siempre y cuando Termocolombia pague el valor total de las multas o logre un aplazamiento de la financiación, que produzca un ahorro para ICEL por concepto de pago de intereses igual al valor tope de las multas”.

Las declaraciones anteriores se hicieron por las partes, discutiendo de igual a igual, como corresponde a quienes se encuentran contractualmente vinculados entre sí, en una reunión que, como la del 16 de julio de 1974, se llevó a cabo “con el fin de analizar el estado de desarrollo del contrato 2593”, según se dice textualmente en el acta. Consecuencialmente fueron formuladas en relación con las situaciones creadas por razón del contrato y no carecen, pues, de relevancia jurídica dentro de la economía general del contrato, ni merecen ser menos atendidas que las declaraciones formuladas por las mismas partes, no ya como partes contratantes, sino como partes litigantes. Por lo demás, en la cláusula tercera del contrato se advirtió que este “estará complementado por los documentos siguientes: ... f) Los convenios y actas suscritas entre ICEL y el contratista durante el desarrollo del contrato”.

Según esto, las declaraciones de que da fe el acta son declaraciones de voluntad de las partes, que se incorporan en el contrato cuyo análisis provocó su formulación. Por eso hay que examinarlas en función del contrato e interpretarlas con sujeción a los criterios de interpretación deducidos de las reglas de carácter contractual, prefiriendo el sentido en que puedan producir algún efecto dentro del contrato a aquel en que no puedan producirlo, como se prevé en el artículo dieciséis veinte dos del Código Civil. Esta es una consecuencia obligada del hecho de que, de acuerdo con la cláusula tercera mencionada formen parte del contrato las actas levantadas con ocasión del desarrollo del mismo. Porque a lo largo del acta constan diversas declaraciones de voluntad, relacionadas todas con la ejecución del contrato las que por formar parte complementaria del mismo, deben ser utilizadas para indagar la intención de las partes que las formularon, a fin de “estarse a ella más que a lo literal de las palabras”, como se dispone en el artículo 1618 del Código Civil. Para lo cual hay que tener en cuenta que en los contratos de ejecución sucesiva la intención de las partes no se agota con las cláusulas inicialmente pactadas, sino que sigue manifestándose en la conducta de las partes y en cualquier exteriorización oral o escrita de esa intención.

El hecho de que, ante la reclamación del contratista en el sentido de una prórroga del plazo de entrega de la planta, fundada en los “argumentos” o hechos mencionados en el acta, ICEL haya manifestado que “si se hiciera un análisis cuidadoso de ellos quizá se podría justificar un mes de prórroga, máximo dos meses”, tiene indudablemente el sentido de una aceptación de que con un estudio cuidadoso de los hechos invocados por el contratista podía ser procedente la prórroga solicitada es decir, que ella no era descartable o inaceptable, sino que en ese momento no se había hecho un “análisis cuidadoso” de tales hechos. En otras palabras, faltaba para entonces un análisis “cuidadoso” de la cuestión, que debió hacerse por lo menos en esa oportunidad para obrar con

la diligencia necesaria para cumplir el contrato con la buena fe que se prescribe en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio porque esa buena fe debe tenerse en cuenta, como una regla obligatoria no solamente para determinar el contenido de las contraprestaciones económicas de los contratantes, sino también para regular su conducta o comportamiento mutuo en el desarrollo de los contratos.

Por otra parte, ICEL aceptó, sin condicionar la cuestión a ningún “análisis cuidadoso” posterior, que había que convenir un fecha realista para la entrega de la planta, para lo cual no eran suficiente los seis meses propuestos por el contratista. Y, aunque la solución tenía el sentido de un plazo adicional, objeto de un convenio adicional, se la concibió con los efectos propios de una verdadera prórroga por cuanto se ofreció exonerar de la multa por incumplimiento que en concepto de ICEL era procedente desde el 11 del mismo mes de enero, con la condición de que se obtuviera por Termocolombia una ampliación del plazo de la financiación. Es decir, los efectos de una prórroga, o una verdadera prórroga en el fondo, no quedaron necesariamente condicionado a ese “análisis cuidadoso” de los hechos invocados por Termocolombia, sino que renunció en cierta forma a la discusión de los mismos, para preferir como alternativa más útil la ampliación correlativa de la financiación.

De manera, pues, que no es infundado y sí muy acorde con la buena fe que debe presidir el cumplimiento de los contratos y que consecuencialmente debe quedar a salvo en la interpretación de los mismos, deducir del acta que se viene analizando una prórroga del plazo de entrega por lo menos igual a la que ICEL estaría dispuesto a conceder con un “análisis cuidadoso” de los “argumentos” expuestos por Termocolombia. Porque, como ya se dijo, los contratos, especialmente cuando son de ejecución sucesiva, hay que entenderlos como un acto continuado de voluntad de las partes, que hay que interpretar con la unidad y la utilidad derivada de los fines perseguidos por las partes ya que estas mismas son las más interesadas en su recta ejecución y en que se salve en todas sus etapas la buena fe con la cual se presume han sido celebrados.

Desde luego que el tribunal no considera procedente disponer que ICEL absorba los costos y extracostos propios de la prórroga, ya que esta representa una concesión a favor del contratista y que este, por virtud del contrato mismo y cualquiera que sea el tiempo requerido para su ejecución, está sometido al precio y demás condiciones que se han pactado, puesto que no se trata de un contrato por administración delegada; las partes mismas ya han hecho esta aplicación del contrato, es decir, lo han interpretado así al celebrar el acuerdo del 16 de julio de 1974, que no se entendió que llevaba implícita esa obligación de absorber los costos propios de un mayor término de ejecución.

4. Revisión y reajuste del valor del contrato

4.1. Controversias sobre reajustes de precios

1. Solicitud de reajuste de precios por el contratista. El contratista solicitó a ICEL un reajuste de precios en las cartas del 15 de noviembre de 1975 y del 2 de febrero de 1976, ya citadas en otros lugares de este laudo.

En la primera se solicitó la revisión de precios y el pago de los siguientes reajustes:

Materiales españoles : US\$ 4.331.947.44

Materiales franceses: US\$ 741.927

Supervisión montaje: US\$ 346.944

Obras locales US: US\$ 1.700.0000

Posteriormente, el 2 de febrero de 1976, el contratista acepta la orientación de ICEL señalada en el tan citado télex del 26 de enero de 1976 y concreta su solicitud de reajuste de precios, dando los fundamentos de hecho y de derecho, así como la cuantía exacta de dicho reajuste. Los fundamentos expuestos por el contratista en esta comunicación son, en síntesis, los siguientes:

a) El incremento excepcional de los precios sobre el cual el contratista dice: “...La demora en el plazo de ejecución por causa no imputables al contratista han afectado en forma grave a Termocolombia por el excepcional

incremento de precios ocurridos desde la subida de precios del petróleo, a partir de 1973...”;

b) Alega el contratista que, de no admitirse el reajuste, ello conllevaría a un enriquecimiento injusto para ICEL;

c) El contratista se basa en los artículos 11 y 18 de la Ley 4ª de 1964 para sostener que el reajuste debe hacerse sin los límites fijados contractualmente, ya que, expone el contratista, el reajuste de precios, de acuerdo con aquellas disposiciones debe obrar “...en función de toda variación de cualquiera de los factores determinantes de los costos previstos...” y que “deberá reflejar exactamente la variación ocurrida”. Con base en esto y, en la afirmación de que se trata de normas de orden público, imperativas e irrenunciabiles, concluye el contratista que debe hacerse “...la revisión en su totalidad y sin límite”;

d) Sostiene el contratista que los límites de reajuste se hicieron “...partiendo de un plazo de entrega establecido entonces de 28 meses, que terminaba pues el 11 de abril de 1974”, y agrega que al ampliarse el plazo y no convenirse límite, el reajuste quedó sin él, porque no podría entenderse que continuara el anterior porque los índices reales ya habían superado el límite anterior. Finalmente el contratista cuantifica su petición de reajuste así:

Materiales españoles: US\$ 4.331.947.44

Supervisión montaje: US\$ 346.944.00

Obras locales: US\$ 1.856.554.00

Materiales franceses: US\$ 741.927.00

Total: US\$ 7.277.372.44

1. Decisión de ICEL del 15 de marzo de 1976. En esta fecha ICEL decidió la petición formulada, en el aparte IV del oficio 1810 de ese día, en los siguientes términos:

a) Respecto del suministro del suministro de equipo y a la supervisión de montaje, el ICEL parte de una base diferente a la señalada por el contratista en su petición sobre los límites contractuales al reajuste, por cuanto aquel organismo “...no comparte el criterio que tales limitaciones (los meses 21 y 28 y el 11%) hayan sido eliminados por el documento suscrito el 16 de julio de 1974, pues (agrega la administración) el único efecto fue el prorrogar el plazo de entrega, manteniendo plenamente vigente el resto de las condiciones contractuales...”. Con fundamento en esto último el ICEL, según sus palabras, decide dar “estricta aplicación a las normas contractuales en materia de reajuste” y resuelve: a) reconocer US\$ 91.689 por suministros de equipo español; b) no reconocer reajuste del equipo de procedencia francesa, “...por no existir en el mes 21 base a la cual aplicar la fórmula de reajuste...”; y, c) reconocer US \$ 34.200 por reajuste de supervisión de montaje, calculado al mes 28 con el límite del 11% que consagra el párrafo de la cláusula sexta del contrato;

b) ICEL niega el reajuste de las obras locales por cuanto las fórmulas de reajuste no se establecieron para estas obras. Lo anterior se deduce de la siguiente afirmación del ICEL: “...Son esas fórmulas y sistemas, pactados en desarrollo de lo previsto por la Ley 4ª de 1964, las aplicables al contrato y no otras que desbordan plenamente los términos del contrato y de la legislación colombiana”.

4.2. Formulaciones ante el Tribunal de Arbitramento de las controversias y pretensiones sobre reajuste de precios

1. Formulación del contratista. En el documento del 28 de junio de 1977, dirigido a Termocolombia a ICEL, aquella concretó su pretensión de reajuste en los términos que anteriormente se transcribieron y la fundamentó con los mismos argumentos que había expuesto anteriormente en la carta de 2 de febrero del mismo año para la justificación de la no aplicación de los límites temporales y de porcentaje consagrados en la cláusula quinta, y que en síntesis se refieren: a) Al condicionamiento de tales límites únicamente al plazo original del contrato; b) Al carácter de orden público e irrenunciable de las normas de la Ley 4ª de 1966, que establecen imperativamente la revisión de precios sin límite alguno; c) A las “circunstancias absolutamente imprevisibles” al momento de la celebración del contrato y que sobrevinieron a su ejecución”; y d) la “ruptura de la equidad contractual”. Argumentos reiterados una vez más por el apoderado del contratista en sus alegaciones de conclusión.

2. Formulación de la administración. En la respuesta que el ICEL dio en la primera audiencia de este proceso arbitral al documento del contratista de junio 28 de 1977, rechazó las pretensiones de reajuste sin límites formuladas por este último, con argumentos que se sintetizan en lo siguiente: a) El Tribunal de Arbitramento no es competente para el estudio de esta pretensión, porque su competencia se limita a interpretar el contrato; b) Tampoco puede conocer el tribunal de ella porque con esta pretensión se efectúa una acumulación indebida; c) Porque la fuerza mayor o caso fortuito da lugar únicamente a una ampliación del plazo, pero no a indemnización; y, d) Porque deben aplicarse los límites contractuales, por cuanto son desarrollo del principio de la libertad contractual.

En las alegaciones de fondo la administración, por conducto de su apoderado, fue más amplia en la fundamentación de su rechazo al pretendido reajuste de precios, que en síntesis es la siguiente: a) El reajuste debe hacerse de acuerdo a lo convenido por la partes; b) El convenio de prórroga del plazo no modificó los límites fijados en el contrato; c) No hay imprevisión porque, sí ya se había terminado la fabricación de los equipos, según el informe de Kennedy and Donking, el contratista se encontraba entonces en condiciones de prever el costo del suministro total de dichos equipos; d) El contratista con la cláusula quinta del contrato asumió los riesgos superiores a tales límites; e) No hay nulidad de la cláusula de reajuste debido a la caducidad de la acción tendiente a obtenerla, ocasionada por el vencimiento del término de caducidad de cuatro (4) meses; y, f) No se ha probado la imprevisión.

4.3. Consideraciones del tribunal

La base del tribunal: Pacto de reajuste de precios o cláusula quinta del contrato. Esta cláusula se intitula “reajuste de precios” y contiene en su cuerpo principal las “fórmulas de reajuste” para el suministro español de equipos y materiales (1.1.), la supervisión del montaje (2.1) y suministro de equipo francés (2), con la explicación de sus factores y las pruebas necesarias para su aplicación. Esta cláusula concluye con un párrafo que, por su importancia en lo debatido, se transcribe textualmente: “el reajuste del valor para equipos y materiales según los numerales 1.1. y 2 se efectuará cuando se haya embarcado un noventa y seis por ciento (96%) del valor total de los suministros. Este valor ajustado no será en ningún caso mayor del calculado para el mes 21 a partir de la fecha de iniciación del plazo de entrega, según la cláusula séptima, ni superior en un once por ciento (11%) del valor parcial de cada oferta de cada embarque de equipos y materiales, el cual no será revisable posteriormente. El reajuste del valor de supervisión del montaje, según numeral 1.2. en dólares, se efectuará cuando se expida el certificado de recepción provisional. Este valor reajustado no será en ningún caso mayor del calculado para el mes 28 a partir de la fecha de iniciación del plazo de entrega según la cláusula séptima, ni superior en un once por ciento (11%) del valor de la supervisión del montaje, estipulado este en la suma de trescientos doce mil dólares de los Estados Unidos De América (US\$ 312.000)...”.

Debido a la complejidad que presenta este punto del reajuste, se procede a establecer previamente para este caso concreto el alcance de la cláusula de reajuste, para luego sacar las conclusiones que sean del caso.

Alcance de la cláusula de reajuste de precios

a) Noción. Genéricamente podemos definir la cláusula de reajuste de precios como aquel acuerdo accidental a un contrato oneroso de ejecución sucesiva o continuada, para regular las condiciones o factores de alteraciones del precio inicial de la obra contratada, a fin de lograr una justa retribución de esta última en la época convenida.

b) Condición accidental contractual. La cláusula de reajuste se puede mirar desde varios punto de vista, pero limitando el estudio únicamente a la relación existente entre ella y el contrato mismo, se puede observar que aquella cláusula presenta el carácter de una condición accidental de dicho contrato, debido a su carácter accesorio y a la necesidad de su manifestación expresa. En efecto, el reajuste de precios tiene esta naturaleza, ya que son de aquellas cosas de un contrato “...que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales...”, que es como el artículo 1501 del Código de Comercio define las condiciones accidentales.

c) Carácter accesorio. Se pone de manifiesto en la propia función de la cláusula, la cual presupone, de un lado, la existencia de un precio al cual se va a aplicar el reajuste; y del otro, la existencia de una presentación continuada, como la de la ejecución de una obra, que viene a constituir el elemento básico del cual se van a extraer los factores

o circunstancias que serán las condiciones fundamentales para la conformación de la cláusula de reajuste a un contrato oneroso de ejecución sucesiva o continuada, en cuya función onerosa trabaja y de cuya posición jurídica accesoria del contrato toma la denominación de “cláusula”.

ch) Carácter expreso del pacto de reajuste de precios y carácter natural de la revisión de precios en los contratos de obras públicas. El carácter expreso es lo que más identifica a una condición como “accidental” y que, de paso, la diferencia de las condiciones sustanciales, de validez, naturales y de eficacia de cualquier negocio jurídico, puesto que todas estas últimas son de establecimiento legal, aun cuando con funciones particularmente diferentes en el negocio jurídico. El mencionado carácter accidental de dicha cláusula se desprende no solo de su propia esencia; sino también de lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 4ª de 1964, reglamentada al año siguiente por el artículo 17 del Decreto 1518 de 1965.

Teniendo por objeto la cláusula de reajuste de precios la regulación de las variaciones que puede presentar el precio de la obra inicialmente fijado, es forzoso desprender su carácter meramente accidental en un doble sentido: el primero, porque lo esencial del contrato en este aspecto es el precio y los requisitos de validez de este último (v. gr. seriedad, etc.) se establecen concomitantemente con la celebración del contrato, mientras que la cláusula de reajuste se limita a prever las alteraciones del precio ya establecido, pero no para ese mismo instante sino para época posterior, en virtud de alteraciones que en esta época sufran las condiciones o factores determinantes del precio; y el segundo sentido consiste en que su aplicabilidad no es absolutamente necesaria, ya que debido al condicionamiento señalado, puede haber reajuste, o no, de acuerdo al desarrollo de la situación de precios de dichos factores, sin que por esta razón pueda hablarse de inexistencia o invalidez del contrato, en caso de inexistencia de reajuste. Por lo tanto, no siendo necesario el reajuste, la regulación que mediante una cláusula se haga, resulta, entonces, meramente accidental dentro del contrato.

De otra parte, las disposiciones legales mencionadas también lo dejan entrever y efectivamente son las aplicables al contrato 2593 de 1972, pues por estar vigentes al momento de su celebración, se entiende que forman parte del mismo, ya que según el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, “en todo contrato se entenderán incorporadas a las leyes vigentes al tiempo de su celebración”, con relación de aquellos relativos al ejercicio de derecho y a infracciones, así como aquellas de orden público (según las doctrina). Además, los artículos 204 y 203 del Decreto 150 de 1976 imponen la regulación en los contratos administrativos que se celebren en el futuro y permiten su aplicación a los que en esta época se estaban perfeccionando. Por lo cual y en estas disposiciones legales y teniendo en cuenta el carácter privado de la regulación de precios mediante pacto, no puede sino concluirse que esta materia debe analizarse a la luz de la Ley 4ª de 1964 y del Decreto Reglamentario 1518, así como las demás vigentes en ese instante, porque se entienden parte del contrato 2593 de 1972.

Pues bien: el artículo 11 de la Ley 4ª de 1964 prescribe en su inciso 1º: “...En los contratos a que se refiere el literal a) del artículo 2º (contratos relativos a la “construcción, mejoras, adiciones o conservación por un precio alzado o a precios unitarios...” se pactarán revisiones periódicas del precio alzado o de los precios unitarios, en función de toda variación de cualquiera de los factores determinantes de los costos previstos... “disposición legal que tiene dos partes que deben distinguirse muy claramente: la primera, que se refiere al pacto de revisión; y la segunda, relativa a la causa y base limitada que debe tener dicho pacto”.

En cuanto al segundo aspecto mencionado, esto es, la causa y base del pacto, la disposición transcrita la limita a “toda variación de cualquiera de los factores determinantes de los costos previstos”. Lo cual no puede explicarse sino únicamente partiendo del presupuesto consistente en que esos contratos de obra se parte de la estabilidad de dichos factores durante la ejecución, de tal manera que su variación posterior a la celebración del contrato pueda justificar un reajuste de precio. En otros términos: si el precio fijado en tales contratos de obra comprendieron las variaciones de los factores determinantes de los costos, sería inconcebible una revisión de precio por tales motivos; esta solo sería posible cuando aquel precio no contemple tales variaciones, precisamente porque parte de la base de la estabilidad de dichos costos. Por ello, puede afirmarse que en tales contratos existe como condición natural de los mismos para la remuneración fija del contratista, la permanencia, conservación o estabilidad de los “factores determinantes de los costos previstos”, de lo cual se desprende consecuente y naturalmente que la ruptura de esta estabilidad por variaciones de dichos factores elimina el carácter fijo de la remuneración, lo que, en otros términos, sería otorgarle a el contratista el derecho a una revisión de precios. Por lo tanto, puede decirse que la revisión de

precios es una consecuencia natural de las alteraciones de la condición natural del contrato de obra consistente en la estabilidad durante su ejecución de todos “los factores determinantes de los costos previstos”.

Pero no se debe confundir esta “revisión de precios” con la “regulación jurídica” de dicha revisión de precios, puesto que aquella constituye el hecho o situación jurídica que se toma como base para su regulación, mientras que esta última presenta la normatividad jurídica que la regula, la cual puede ser judicial, legal o contractual. Y precisamente esta última forma de regulación, la contractual, es la que según las disposiciones citadas debe hacerse mediante “pacto”, lo cual no solo por sí mismo indica su carácter expreso, sino que también, conforme al párrafo del mismo artículo 11 de la Ley 4ª de 1964, debe estar consagrado, en lo posible, en el mismo contrato, el cual es fundamentalmente expreso. Ahora bien, las expresiones imperativas “pactarán” y “habrá lugar” que emplean los artículos 11 de la Ley 4ª de 1964 y 17 del Decreto Reglamentario 1518 de 1965 para referirse a la revisión de precios, no tiene otro sentido, en su orden, que el de estimular a los particulares a que celebren otros contratos con la administración pública; el de obligar a las partes contratantes a prever dentro de las condiciones normales de ejecución, no solo las condiciones y factores de variación de los costos, sino también las reglas para su tratamiento; y el de evitar cualquier conflicto sobre estos reajustes.

Pero a las expresiones indicadas no se les puede atribuir el sentido de consagrar la obligación ineludible de efectuar un pacto de revisión de precios, sin el cual el contrato no existiría o sería inválido, porque sería partir de la base de que la revisión de precios es un requisito esencial o de validez de dicho contrato, que no tiene, y el de quitarle, como ya se dijo, su carácter de consecuencia natural de las alteraciones de “los factores determinantes de los costos previstos”. Por eso es lógico y jurídico, según la interpretación del artículo 1501 del Código de Comercio, que cualquier pacto sobre el particular, como el de negación o el de otorgamiento de reajuste de precios, esté abierto a la posibilidad jurídica de regularlo ampliamente, concediendo o negando total o parcialmente el reajuste de precios. Por lo tanto, es necesario atenerse a lo estipulado sobre esta materia con la obligatoriedad que se verá más adelante. Por esta razón, no hay lugar a reajuste cuando las partes así lo han pactado en forma absoluta e inequívoca, sin que por ello se viole la ley y se incurra en el vicio de nulidad alguno, tal como acontece con las obras locales del contrato en estudio, puesto que la cláusula sexta tajantemente dice que su precio es “firme” (parte final del primer párrafo del numeral 2.1. de dicha cláusula sexta); lo cual debe entenderse, de acuerdo a lo convenido (definición que al respecto trae la cláusula tercera), como aquel precio “que no está sujeto a ninguna condición de ajuste”.

Por otra parte, la incertidumbre que podría crear el párrafo del numeral 2º de la cláusula 6ª, relativa al “valor en pesos colombianos para obras locales”, cuando habla de la inclusión de “los reajustes” a la recepción provisional, que puede esclarecer con otros documentos, como la propuesta del contratista, en la cual se lee que la oferta que hace con relación a tales obras es mediante precio en firme. Además si la petición del contratista sobre estos reajustes no pretende fundarse en contra (v. gr. imprevisión o enriquecimiento injusto), la controversia escapa a la competencia del tribunal, que está limitada a controversias derivadas del contrato y no a todas, según lo que se expuso precisamente al analizar la competencia del tribunal.

Contenido o estructura de la cláusula de reajuste en el contrato 2593 de 1972

a) Aun cuando la cláusula de reajuste posee un carácter accesorio, es necesario y de vital importancia para resolver la controversia planteada analizar su composición interna a través de todos los elementos que estructuran cualquier negocio jurídico, sin perder de vista su carácter accidental dentro del contrato. Por ello, es procedente analizar el presupuesto o base, esto es la voluntad, el objeto, la causa y la legitimación en la cláusula de reajuste del precio. En cambio, carece de importancia para este caso la capacidad para pactar y realizar reajustes de precios.

Pero debe aclararse que las partes aquí en el conflicto no han controvertido la existencia de reajuste de precios sobre el suministro de equipo español y francés, así como la supervisión de montaje, sino que la controversia se refiere a otros aspectos y principalmente a los límites de los meses 21 y 28 y al límite del 11%.

b) Coincidiendo con lo dispuesto legalmente Ley 4ª de 1964 y Decreto 1518 de 1965, el contrato 2593 de 1972 toma, por su parte, como base para pactar o convenir el reajuste de precios las variaciones que puedan sobrevenir a su celebración. En efecto, la cláusula tercera de este contrato define como “reajuste o ajuste de precios” la variación de precios del contrato, con relación a las condiciones económicas vigentes en la fecha de cierre de la

licitación”, que “se calcula por las fórmulas matemáticas de acuerdo con las condiciones específicamente determinadas en el contrato”. Por lo tanto cualquier reajuste de precio (contractual, legal o judicial) debe analizarse con relación a “las condiciones económicas vigentes en la fecha de cierre de la licitación” y las variaciones posteriores.

De manera, pues, que cuando dicha convención se refiere a “la variación de precios del contrato con relación a las condiciones económicas vigentes a la fecha de cierre de la licitación”, es necesario precisar el período dentro del cual deben presentarse las variaciones de las condiciones económicas. Al respecto, conviene advertir que esta definición es de carácter general mientras dure la ejecución del contrato, comprendiendo, por lo tanto, el plazo original de entrega, su prórroga y también el plazo extemporáneo de entrega, sin perjuicio del lleno de los requisitos legales y doctrinales. En cambio, no ocurre lo mismo sobre la cláusula de reajuste que específicamente se conviene en la cláusula quinta del contrato, porque de acuerdo a la mencionada base general de reajuste y a los límites temporales y porcentuales que dicha cláusula trae, puede concluirse inequívocamente que el reajuste de la cláusula quinta se basa exclusivamente en las variaciones de precios ocasionadas dentro del plazo original, mas no en aquellas surgidas en épocas posteriores.

c) El acuerdo de reajuste se encuentra consagrado principalmente en la cláusula quinta del contrato y reiterado en los párrafos que existen para los numerales 1.1 y 1.2 de la cláusula sexta que establecen la obligación de reajustar a la recepción provisional de la obra o a más tardar al treintavo (30); a partir de la firma del contrato. También cabe mención especial para la interpretación concreta de esta cláusula, la señalización en el pliego de cargos por parte del ICEL de la posibilidad dada a los concurrentes de formular propuestas sobre cláusula de reajuste (acta 24 fls. 1 y ss.); así como la propuesta que sobre el particular hiciera el contratista, la cual coincide con lo estipulado en la cláusula quinta mencionada, salvo algunos aspectos, entre los cuales cabe mencionar, para efecto de este proceso, los relativos a los límites temporales y porcentuales de la cláusula de reajuste.

ch) En cuanto al plazo, la propuesta se refiere casi siempre a la relación que debe darse al reajuste con base en los índices y factores de variación de costos calculados para los tres cuartos de la ejecución contractual o a la finalización de la obra después del montaje (acta 24 fls. 4 y 3), a diferencia del contrato que trae expresamente los meses 21 y 28 como épocas para el cálculo de tales índices, y que en el fondo no es más sino una concreción de aquel plazo propuesto, partiendo de la base de 28 meses como plazo original para la entrega de la obra (también propuesta por el contratista. Véase acta 24, fl. 14). Estas fechas del contrato fueron igualmente convenidas previamente a su celebración, tal como se desprende de los numerales 2.3 y 2.5 del télex del 10 de diciembre de 1971, dirigido por ICEL al adjudicatario del contrato, así como el numeral 2º (relativo al 2.2 y 2.8) del télex del 14 de diciembre de 1971, del adjudicatario al ICEL.

Pues bien: de acuerdo con estos antecedentes podría decirse con base en una adaptación abstracta del cálculo propuesto por el contratista, que al prorrogarse el término original de entrega de 28 meses a 49 meses, también (fundado en la intención tácitamente adoptada por los contratantes) se prorrogaron aquellos límites, que teóricamente y aproximadamente alcanzarán los meses 36 (correspondiente a las 3/4 del plazo de 49 meses) y 49 (época de finalización y entrega de la obra contratada). Esta interpretación consultaría únicamente la intención abstracta de los contratantes, sin tener en cuenta, por lo tanto, lo referente a la ejecución real de la obra en el plazo original y en el plazo prorrogado. En cambio, la interpretación sería diferente si se mira los meses 21 y 28 dentro de la proyección de la obra en el plazo original y posteriormente en el proyecto de ejecución en el plazo prorrogado. En efecto, de acuerdo con el proyecto elaborado inicialmente por el contratista en el mes 21 representa fundamentalmente la terminación y puesta en el sitio de la obra de la mayor parte de los elementos para el montaje de la obra, la cual precisamente comienza en ese mes (para materiales de fabricación electromagnética), seguida en los meses 22 (para la turbina) y 23 (para generador) y concluida en el mes 27. Por su parte, el mes 28 representa dentro de ese programa la recepción provisional (cdno. 4, pruebas del ICEL, fl. 109). De otro lado, la reprogramación del contratista efectuada en 31-I-74 también muestra un período de montaje máximo de 6 meses para todos los elementos, comprendidos entre los meses de mayo y octubre de 1974; y pasados dos meses (aproximadamente en el dic. de 1974), se proyecta la recepción provisional. De todo lo cual se desprende que los meses 21 y 28 corresponden al período final de la ejecución de la obra, que va desde la iniciación del montaje hasta la recepción provisional, que es lo convenido tácitamente por los contratantes. Luego, manteniendo el mismo criterio derivado de la intención de los contratantes, dentro del plazo prorrogado de 49 meses, resulta lógico que el

mes 49 debe corresponder al de la recepción provisional, mientras que el mes 42 correspondería al de la iniciación de la etapa de montaje.

d) En cuanto al límite porcentual se observa que la oferta no trae ninguna propuesta sobre el particular, mientras que el contrato 2593 consagra en el parágrafo de la cláusula quinta un límite del 11% del valor de oferta de cada embarque, lo cual, según las pruebas aportadas al proceso surge mediante oferta de ICEL de un 10% (el num. 2.5 del télex del 10 de diciembre de 1971) y la contraoferta de Termocolombia del 11% (nums. 2 - 2.5 del télex de dic. 14/71), que aquel aceptó con la firma del contrato en este sentido.

El reajuste se encuentra limitado efectivamente por el precio de ciertos equipos y actividades que intervienen en la obra contratada. Porque no hay duda de que el reajuste dependa de dicho precio y no de factores diferentes (v. gr. Mayor prestigio del contratista, adquisición de mayor capacidad económica de la administración, etc.), por cuanto aquel no es sino un sobrevalor o aumento de este precio para lograr que este se ajuste a las alteraciones que este debe sufrir debido a la variación de los factores determinantes de los costos previstos. Se trata, en otros términos, de una cláusula de estabilización monetaria del precio de la obra fundada en los costos de esta última, que es lo que, por otra parte, la distingue de otras cláusulas de estabilización monetaria, basadas únicamente en el valor de la moneda, tal como ocurre con las cláusulas de pago en moneda extranjera o en oro (José Beltrán de Heredia, el cumplimiento de las obligaciones, cap. IV, 3 c.) la primera presupone un costo adicional y la segunda no. Con relación a esta última puede citarse como ejemplo del mismo contrato aquel convenio sobre obras locales, en el que se dice que “son firmes en dólares, es decir, este valor no tiene reajuste (parágrafo de la cláusula cuarta).

También el reajuste se encuentra limitado y determinado únicamente por aquellas variaciones de los factores del costo que han sido previstos en el contrato y que se han tenido como base para la formación de las respectivas fórmulas matemáticas, las cuales recogen el valor ajustado o reajustado de los equipos y actividad de montaje (precio original más reajuste), teniendo en cuenta el coeficiente o índice de reajuste y el reajuste calculado, al tenor de lo expuesto por los peritos al respecto.

Los índices para establecer el monto del reajuste se han limitado convencionalmente a épocas determinadas de la ejecución de la obra, por cuanto se ha señalado que no podrán ser superiores a los calculados para el mes 21, en cuanto a suministro de equipo español y francés, y al mes 28 para la actividad de supervisión de montaje: si se lee bien el parágrafo de la cláusula quinta se observa claramente que se trata de un límite temporal para los índices de reajuste, lo cual va a incidir en la cuantía de este último, aunque dicho límite no se refiere a los embarques ni los afecta. Por lo tanto, no es correcto hablar de que el reajuste se limita a los embarques realizados hasta el mes 21. De suerte que el sentido de esta limitación original de la cláusula es el siguiente: todo el valor de los embarques de equipos de procedencia española o francesa están sujetas a reajuste, háyanse verificado antes o después del mes 21; los primeros se calcularán con el índice de reajuste que realmente les corresponde; y los reajustes de los embarques efectuados después del mes 21, solamente pueden basarse en el índice calculado al mencionado mes 21, sin exceder el 11% de los valores parciales de oferta.

La cuantía del reajuste se encuentra limitada porcentualmente, ya que no puede ser “superior a un once por ciento (11%) del valor parcial de oferta de cada embarque de equipos y materiales”, “...ni superior a un once por ciento (11%) del valor de la supervisión del montaje estipulado, este en la suma de trescientos doce mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 312.000).

e) Desde luego que los anteriores límites del reajuste son completamente lícitos, pues el artículo 11 de la Ley 4ª de 1966 no prohíbe los límites sino que únicamente condiciona el reajuste a las variaciones de los factores determinantes de los costos previstos. Esto indica que los contratantes no pueden fundar el reajuste en aspectos diferentes (v. gr. mayor capacidad financiera del contratista), pero no les impide pactar ciertos límites a aquellas variaciones. Más aun, a referirse a la citada disposición a los “costos previstos” se está delegando a las partes contratantes la facultad de prever en el contrato los factores que inciden en estos costos con la amplitud que exija cada caso: pueden ser todos o algunos; etc. Luego tales contratantes se encuentran facultados para limitar la cuantía o monto de reajuste, lo cual trae como consecuencia la conformidad con la ley del parágrafo de la cláusula quinta del contrato, más cuando, como se ha dejado dicho se trata de una regulación de una condición simplemente natural del contrato. De otra parte, los límites temporales y porcentuales son acumulativos, por que la expresión

“NI” es una conjunción que une dos frases negativas, y que, por tanto, significa “...y no...” o “...y tampoco...”. Pero aún en el caso de que se tratara de una expresión disyuntiva, tampoco tendría mayor incidencia, puesto que acarrearía una obligación de reajuste con prestaciones disyuntivas, cuya elección, no habiendo pacto en contrario, correspondería al deudor (C.C., art. 1557), que en este caso sería el ICEL. En consecuencia, este contratante podría escoger cualquiera de esos dos límites para la satisfacción del reajuste, contra lo cual no podría oponerse el acreedor, esto es, el contratista (C.C., art. 1558).

f) De conformidad con lo expuesto hasta el momento se puede afirmar que la causa o motivo determinante del reajuste es, de un lado, el de lograr una justa retribución a la prestación que con condiciones variables y gravosas de sus costos tiene que cumplir el contratista en la construcción de la obra; y del otro, el de fijar anticipadamente las alteraciones previsibles de los precios.

La justa retribución que persigue el reajuste se adopta a la propia esencia y naturaleza de estos contratos administrativos de obra, porque con aquel reajuste se logra, entre otras cosas, mantener el equilibrio financiero del contrato y de las prestaciones contractuales, puesto que con el reajuste se reconocen al contratista los valores de los costos invertidos en la obra, los cuales también aumentan en beneficio de la administración el valor de la propiedad de la obra que esta va a recibir a su conclusión.

Lo anterior facilita, estimula y obliga al contratista en beneficio de la administración, no solo a la conclusión del contrato, sino a su desarrollo dentro del plazo pactado, puesto que existe seguridad de su justa retribución.

g) Tampoco hay la menor duda de que el reajuste regula en cierta forma las alteraciones previsibles de los precios, lo cual ha de ser dentro de las condiciones normales del contrato, mas no las que anormal o extraordinariamente se presenten dentro de su ejecución, ya que en este último caso se trataría de hechos imprevisibles, que por esta característica no pueden quedar regulados por la cláusula de reajuste. Por esta razón, afirma Sayagués Laso que “...estas cláusulas tiene como resultado hacer en gran parte innecesaria la aplicación de la teoría de la imprevisión, etc... En efecto —continúa el autor— si la modificación en el costo de la construcción da lugar a una revisión del precio, lo más probable es que por esta vía la dificultad se solucione satisfactoriamente...” (Tratado de derecho administrativo, Ed. Montevideo 1964, N° 546). Pero esto último depende de la mayor o menor previsibilidad en que condiciones normales se haya tenido en cuenta al momento de convenir la cláusula de reajuste, de lo cual se desprende que esta no es incompatible con la aplicación de la teoría de la imprevisión. Esto es lo que se deduce de las palabras transcritas del autor citado y que coincide con lo que claramente expone André D. Laubadaire, a quien aquel autor sigue muy de cerca. En efecto, este autor francés sostiene en una parte de su tratado (*Traité Théorique et pratique de contrats administratifs*) que las cláusulas de variación de precios son pactos expresos sobre los cambios de valor de los parámetros durante el período estipulado, los cuales si bien tienen fuerza obligatoria, no se opone a la aplicación de la teoría de la imprevisión y de la responsabilidad contractual, siendo posible, por lo tanto, ser susceptible de acumularse a estas. Y si la administración rehúsa su aplicación, continúa el autor, podrá condenársele (ob. cit. T. II, N° 786 a 802). Pero más adelante este tratadista francés precisa su concepto sobre el particular, en los siguientes términos: “...La aplicación de las cláusulas de variación no es suficiente para corregir los efectos de la alteración económica del contrato, por ejemplo, por las sucesivas fluctuaciones que traen los elementos, algunos de los cuales han sido escogidos como índice de la cláusula de variación.

Sobre esta cuestión ha dicho el Consejo de Estado que en estos casos la cláusula no puede aplicarse sino en las condiciones normales previstas por las partes. En tal caso el medio escogido por las partes no responde siempre a su objeto esencial o no puede conocerse la voluntad de las partes en el momento en que ellas han contrato, considerándolo solamente para una estricta aplicación de la fórmula de revisión contenida al presupuesto particular. Entonces lo que ocurre, dice el autor antes citado, es que la cláusula en sí misma llega a constituir un hecho imprevisible (ob. cit. T. III, Ed. París 1956, 985) en el sentido de que con la misma cláusula (hecho jurídico voluntario) no se previó que este acuerdo de reajuste podía llegar a no prever alguna alteración económica. Es decir, se obra con imprevisión cuando en un acuerdo se cree prevenir todas las alteraciones económicas determinantes de los precios durante cualquier ejecución del contrato y después resulta lo contrario.

h) En este caso la controversia sobre el reajuste se ha establecido por quien tiene la facultad para solicitarlo ante

quien contractualmente se encuentra obligado a concederlo y cancelarlo, esto es, el contratista y el ICEL, respectivamente. Por lo cual es procedente en este aspecto el análisis afondo de dicha, materia estableciendo previamente si legal o contractualmente ha sido oportuno el ejercicio de la facultad de solicitar el reajuste, para lo cual debe hacerse una distinción del suministro de equipo y de la actividad de supervisión del montaje.

Porque, según lo párrafos de los numerales 1.1. y 1.2. de la cláusula sexta del contrato, los reajustes del suministro de equipo de procedencia española y francesa deben incluirse en el precio inicial del contrato” a la recepción provisional de la planta por parte de ICEL o más tardar en el treintavo (30) mese a partir de la firma del contrato”, lo cual se entiende prorrogado en virtud de la prórroga del plazo de entrega. Pero esta disposición contractual presupone que ya se encuentra calculado el reajuste y que debe hacerse, según la primera parte del párrafo de la cláusula quinta, “cuando se halla embarcado en un noventa y seis por ciento (96%) del valor total de los suministros”. Y, de acuerdo a esto último que es lo que interesa, el contratista se encontraba legitimado para solicitar el reajuste desde el momento en que se hubiese embarcado dicho porcentaje, a lo cual se cumple efectivamente por que dicha solicitud (nov. 15/76 y feb. 2/77) se hizo con posterioridad al embarque total (100%) de todos los suministros (el último embarque de equipo de procedencia española fue el de ago. de 1976; y el de origen francés, en dic. de 1974) (fls. 8 y ss., 115 y ss., cdno. 1).

Cosa diferente acontece, en cambio, con el reajuste del valor de supervisión de montaje pues se pactó expresamente que dicho reajuste “...se efectuará cuando se expida el certificado de recepción provisional” (par. de la cláusula quinta). Luego el contratista no se encontraba legitimado el 15 de noviembre de 1976 para solicitar este reajuste, por cuanto al certificado de recepción provisional no se expidió sino hasta abril de 1978. Es decir, se trató de una petición antes del tiempo del reajuste, lo cual es completamente diferente de la obligación del pago del reajuste, el cual necesariamente tiene que ser con posterioridad. Sin embargo, la administración aceptó la petición antes de tiempo formulada por el contratista cuando el 15 de marzo de 1977 le reconoce y calcula, según su entender, el mencionado reajuste, con lo cual renunció tácitamente al plazo que se consagraba en su beneficio, según la interpretación del artículo 1552 del C.C. Por esta razón, ratificada por la omisión de ICEL, de formular en este proceso la excepción correspondiente, la mencionada solicitud de reajuste por supervisión de montaje se encuentra oportunamente presentada y debe ser, por lo tanto considerada por el tribunal.

Por último, la petición de reajuste se adecua al objeto del mismo, o sea, el ajuste del precio, lo cual es completamente distinto al reajuste de la misma cláusula de reajuste o de algunos de sus factores o límites tal como ocurre con el límite del 11%, respecto del cual se pactó expresamente que “no será revisable posteriormente” cuando se trata de suministro de equipos (admite la revisión para supervisión de montaje).

4.4. Eficacia de la cláusula de reajuste

Es de la naturaleza de un contrato que todas sus cláusulas rijan mientras aquel tenga vigencia, salvo estipulación contractual en contrario o excepción que resulte de la misma naturaleza de lo regulado por las mencionadas cláusulas.

En el caso en estudio la cláusula de reajuste tuvo una eficacia prevista inicialmente para 28 meses, que corresponde al mismo plazo de entrega originalmente pactado en la cláusula séptima del contrato, no solo por lo normal y corriente en materia contractual, sino igualmente por la referencia que a la misma cláusula hace el párrafo de la cláusula quinta, de lo cual se desprende, sin duda, una relación directa entre la eficacia de aquella cláusula con el plazo de ejecución de la obra. Luego, al ampliarse este plazo, consecuentemente quedó ampliada esta eficacia a toda la duración de la obra.

Pero es diferente de esta eficacia formal de la cláusula su eficacia real, emanada de las condiciones o presupuestos que ha tenido como base esta cláusula y de los fines que con ella se persiguen. En efecto, queda visto anteriormente que dicha cláusula se fundó en las variaciones de los factores determinantes de los costos previstos, que lógicamente no podían ser otros distintos a los que se presentaran dentro de la ejecución de la obra en el plazo de 28 meses, pues sería absurdo considerar que las partes entendieran esa limitación para cualquier época, porque lo previsto para la entrega fue ese plazo, el cual, como hemos visto, condicionaba la eficacia real de dicha cláusula. Por lo tanto, esta cláusula tiene dicha eficacia dentro del plazo original, mas no dentro del plazo de prórroga, salvo que permanezcan las mismas condiciones que se tuvieron presentes al momento de practicar la cláusula de reajuste

en la fecha de celebración del contrato. En otros términos, la eficacia real de la cláusula de reajuste dependerá del cumplimiento de su presupuesto consistente en variaciones previstas expresamente en el contrato, sea dentro del plazo original o dentro del plazo de prórroga, lo cual concuerda exactamente con la tesis doctrinal de la contabilidad de la cláusula de reajuste con la teoría de la imprevisión.

4.5. Obligatoriedad de la cláusula de reajuste

La cláusula de reajuste, como parte del contrato o como acuerdo independientemente de este último, resulta obligatoria para quienes en ella han intervenido y llega, de manera general, a constituir ley para los contratantes, al tenor del artículo 1602 del Código de Comercio. Por ello, de Laubadaire (ob. cit., T. II, 709), seguido por Sayagués Laso (Ob. cit., 546, pág. 110), sostiene que “las cláusulas de variación de precios obligan estrictamente a ambas partes...”.

Pero una de las excepciones a esa obligatoriedad de los contratos y de sus cláusulas es el fenómeno de la imprevisión, que en materia administrativa, a diferencia de la civil, se reconoce aun después de la ejecución o cumplimiento total del contrato, tal como lo consideran la mayoría de los autores, entre los cuales cabe citar a De Laubadaire (ob. cit. T. III, 991 a 1002) y Manuel María Díez (Derecho administrativo, Ed. 1965, Vol. II, 33, págs. 551 a 569). Es necesario, pues, precisar, claramente este fenómeno con relación a la cláusula de reajuste contractual, que, como se ha dicho, es la base que toma en cuenta este tribunal.

4.6. La imprevisión como excepción a la obligatoriedad contractual de la cláusula de reajuste

a) Según lo expuesto, no es incompatible la cláusula de reajuste con la aplicación de la teoría de la previsión, por lo menos como se plantea el tema en la doctrina extranjera dominante. Sin embargo, no sobra anotar que también coincide lo dicho con la doctrina de la Sala de Consulta del Consejo de Estado, como consta en la ponencia del doctor Alberto Hernández Mora, concepto del 11 de marzo de 1972 (véase en Jaime Bentancourt Cuartas “Estatuto contractual”, Ed. 1976, pág. 446). Allí dice esta corporación: “...Puede suceder que los contratantes con la administración en forma expresa e inequívoca hagan constar que han tenido en cuenta ciertas circunstancias económicas o tributarias existentes al momento de contratar, como determinantes de las obligaciones que asumen o como compensatorias de estas”.

En estos casos, dice el Consejo de Estado, tales cláusulas no impiden que las leyes se modifiquen, ni impiden que tengan aplicación inmediata; y agrega que ellas tienen estas consecuencias: “...Como todos los contratos se rigen por la buena fe y la equidad, y debe estarse a la intención de las partes, la variación de la ley o de las circunstancias concomitantes, daría lugar a los consiguientes reajustes o compensaciones entre los contratantes, y eventualmente a condenas indemnizatorias, siempre que se compruebe por el perjudicado que sus obligaciones contractuales se han agravado más allá del límite del área normal que debe soportar todo contratante, y que en consecuencia se ha roto el equilibrio económico del contrato considerado al momento de la convención, como sucede en las estipulaciones sobre reajuste futuro de precios en los contratos de obras públicas que autoriza la Ley 4ª de 1964...”.

b) La compatibilidad del fenómeno de la imprevisión con la obligatoriedad de la cláusula de reajuste se encuentra fundada en disposiciones legales y en tesis doctrinales y jurisprudenciales. El artículo 4º de la Ley 36 de 1966, vigente al momento de la celebración del contrato 2593 de 1972 y del acuerdo de ampliación del 16 de julio de 1974, se refiere a la posibilidad de celebración de contratos adicionales “...Cuando por reajuste de precios, cambios de especificaciones y otras causas imprevistas, haya necesidad de modificar el valor o plazo...”, con lo cual se pone de manifiesto la consagración legal de la imprevisión (causas imprevistas) como causa modificatoria del valor del contrato, pero que en ningún caso puede exceder del 50% del valor del contrato.

Por su parte la doctrina sobre la imprevisión reconoce este fenómeno como principio general en los contratos de ejecución sucesiva, y cuyos alcances sirven como medio o regla de interpretación de dicho fenómeno, tal como lo manda el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, artículo 37, numeral 8º, del Código de Procedimiento Civil y artículo 282 del Código Contencioso Administrativo.

Sin embargo, es forzoso aplicar de preferencia la doctrina que al respecto sostienen los administrativistas y, en su defecto (o a “veces como complemento”), la civil. Lo anterior obedece a que la imprevisión es una institución

propia del derecho administrativo por que, al decir de De Laubadaire, se basa “...En el interés del servicio y la necesidad de una solución de colaboración de las partes en un esfuerzo común, para asegurar la continuidad del servicio a pesar de las dificultades de la ejecución del contrato. En una palabra, una teoría civilista de la imprevisión sería fatalmente otra más, fuera de su teoría administrativa, sea que el derecho civil se base en la equidad, buena fe, establecimiento del equilibrio de prestaciones, interpretaciones razonables de previsión de las partes, ya que estas consideraciones tampoco son extrañas al derecho administrativo, pero que no son las principales” (ob. cit., T. III, 951). Por lo cual es pertinente tomar nota de los principales fundamentos que desde un punto de vista administrativo o civil explican la compatibilidad de la imprevisión con la obligatoriedad contractual.

c) Para el derecho administrativo la teoría de la imprevisión tiene ciertas funciones y características, que sirven de fundamento para no hacer obligatoria, dentro o después de la ejecución del contrato esto último o algunas de sus cláusulas. En efecto, en el campo administrativo la imprevisión está destinada a remediar la situación formada fuera del contrato, las cargas extracontractuales, las que por este carácter no pueden regularse por el mismo contrato y trata de garantizar la prestación del servicio público, base y finalidad esencial de todo contrato administrativo, por cuanto resuelve la crisis que por la imprevisión se presenta en la ejecución de un contrato, asegurando de un lado su cumplimiento en favor de la administración y del interés general que ella representa en el contrato; y garantizándole al contratista una indemnización que compense en todo o en parte su esfuerzo patrimonial, a pesar del desequilibrio económico contractual, en el cumplimiento de su prestación como colaborador del servicio público en su actuación dentro de la celebración y ejecución del contrato administrativo.

Este criterio o regla administrativa, expuesta por De Laubadaire (ob. cit., T. III 951) Sayagués Laso (ob. cit., 392), Manuel María Díez (ob. cit., Vol., II, 33, 551 y 569) y muchos otros autores sobre la materia, sirven de fundamento para sostener que si bien es cierto el contratista se encuentra obligado a continuar con la ejecución de la obra también lo es que la administración deberá conceder indemnización por el perjuicio sufrido por la imprevisión. Es decir, se justifica la obligatoriedad del contrato en todas sus dimensiones, pero ello no impide al reconocimiento de la previsión y sus consecuencias patrimoniales causadas con ocasión de la ejecución de un contrato administrativo, pero fuera de la regulación de sus cláusulas.

Como se puede observar, esta doctrina coincide con los mismos fundamentos expuestos por la Sala de Consulta de Consejo de Estado a que se ha hecho referencia anteriormente y acoge igualmente el principio de la buena fe, la cual sirve según Sayagués Laso, para proteger “...el resultado económico que persigue el contratante, es decir, utilizando la denominación generalizada en el derecho francés, la ecuación financiera del contrato. En todos los casos la situación del contratante debe ser finalmente tal que pueda lograr las ganancias razonables que habría obtenido de cumplir el contrato en las condiciones originarias...” (ob. cit., 390, págs. 570 y 571).

ch) La doctrina del derecho privado a tratado de justificar la disminución o eliminación total de la obligatoriedad contractual con fundamentos particulares relativos al contrato o reglas generales del derecho de origen privatístico, que algunas veces resultan de naturaleza contractual (v. gr. la del error) y otras de naturaleza extracontractual (v. gr. la de lesión contractual sobreviniente); reglas que, como se ha dicho, deben tenerse en cuenta siempre que no desvirtúen las reglas administrativas expuestas, tal como su carácter de regulación extracontractual y su aplicabilidad dentro de la ejecución del contrato (para efecto de la revisión y adición del contrato) o después de su ejecución o cumplimiento total (para efectos de indemnización).

Aplicando criterios particulares del contrato se ha sostenido que la imprevisión rompe la eficacia obligatoria de la voluntad de los contratantes (teorías subjetivas), como acontece cuando no se cumple la condición tácita de la persistencia de las mismas circunstancias existentes a la celebración del contrato y consecuentemente se distribuye (con la eficacia del caso) el consentimiento inicialmente expresado (teoría de la presuposición expuesta por Wincheid); o cuando se altera la base presunta o expresa del negocio jurídico (tesis expuesta por Oertmann); o cuando se afecta la voluntad marginal al contrato que regula la ejecución normal de este último (Osti); o cuando efectivamente se incurrió en error en el acuerdo correspondiente (Osti); o cuando sin caer en error no se previeron las condiciones de variación pertinentes. En cambio, otros autores justifican y fundan la exoneración de la obligatoriedad contractual, total o parcialmente en fallas o de efectos en las presentaciones del contrato de ejecución sucesiva (teorías objetivas), tal como sería la ruptura de la proporcionalidad y equilibrio económico o financiero que refleja la esencial reciprocidad y equivalencia de presentaciones (Barsant); o la ruptura del interés

recíproco causal del negocio jurídico (Kruckmann); o la excesiva onerosidad considerada como vicio funcional de la causa económico-social del tratado (Pinol), como vicio de la solidaridad contractual (Hauriou y De Martini) y como alteración del riesgo normal de los contratantes, constitutiva de una lesión contractual gravosa sobreviniente (Messineo, Rotondi, Candian y demás autores italianos).

Pero la mayor parte de esta doctrina iusprivatística funda la no obligatoriedad contractual por causa de imprevisión, en el principio de la buena fe que debe cumplirse constantemente en la ejecución y aplicación de las reglas contractuales, y en la prohibición del abuso del derecho. Se dice, entonces, que no reconocer la imprevisión y sus consecuencias es atentar y violar flagrantemente este dos principio. En efecto, es contrario a la buena fe dicen Planiol y Ripert y otros, mantener las condiciones de un contrato después de haberse producido un cambio en las circunstancias que agravan las condiciones económica de los contratantes y más aun si después de presentarse tales alteraciones previstas,, uno de los contratantes hace valer sus derecho contractual fijamente consagrado, en realidad no se está en presencia de un ejercicio del derecho, sino en un abuso de él. No puede usarse la injusticia del derecho que jurídicamente le da un contrato, pues al decir Jossesan en los casos de imprevisión la convención deja de ser ley para las partes, so pena de incurrirse en abuso del derecho, que según Georges Ripert, "...Empieza desde el momento en que empieza el desequilibrio de las prestaciones que un contratante no podía prever normalmente que iría a derivar del contrato" (José Beltrán de Heredia, el cumplimiento de las obligaciones, Ed. Revista del Derecho Privado, Madrid 1956, cap. VII, págs. 304 a 350, y numerosos autores de diversa nacionalidad).

4.7. Liquidación y pago del reajuste

El párrafo de la cláusula quinta del contrato cuya eficacia o validez a quedado analizada en las consideraciones anteriores, establece el siguiente criterio o pautas obligatorias para la liquidación y el pago de los reajuste pactados en dicha cláusula: "El reajuste del valor para equipos y materiales según numerales 1.1 y 2 se efectuará cuando se haya embarcado un noventa y seis por ciento (96%) del valor total de los suministros. En este valor ajustado no será en ningún caso mayor del calculado para el mes 21 a partir de la fecha de la iniciación del plazo de entrega, según la cláusula séptima, ni superior en un once por ciento (11%) del valor parcial de oferta de cada embarque de equipos y materiales, el cual no será revisable posteriormente. El reajuste del valor de supervisión de montaje, según el numeral 1.2 en dólares, se efectuará cuando se expida el certificado de recepción provisional. Este valor reajustado no será en ningún caso mayor del calculado para el mes 28 a partir de la fecha de iniciación del plazo de entrega según cláusula séptima ni superior en un once por ciento 11% del valor de la supervisión del montaje, estipulado en la suma de trescientos doce mil dólares de los Estados Unidos de América (US \$ 312.000)".

Por otra parte, ya se ha dicho en una interpretación integral y coherente del contrato, como fue pactado inicialmente y como las partes lo modificaron posteriormente, especialmente con el convenio del 16 de julio de 1974, permite acomodar a la realidad algunas de sus estipulaciones relacionadas con el plazo de entrega en función del cual hay que entender ciertos plazos o límites temporales previsto dentro del plazo que se amplió con el acuerdo del 16 de julio. Porque, pospuesta para el mes 49 y la entrega prevista para el mes del 28, el contratista quedó por lo menos autorizado para posponer los embarques según las nuevas necesidades surgidas del nuevo plazo y esa autorización o esa tolerancia del ICEL no puede entenderse que excluyera o limitara sin una estipulación expresa las ventajas o derechos que podría derivar de la situación creada por el aplazamiento. Este criterio, que ha sido utilizado en parte para exonerar del pago de intereses moratorios reclamados por el contratista y que habría producido un aplazamiento de los pagos o una ampliación del término de los mismos, sino se hubieran creado obligaciones cambiarias sujetas a términos propios de vencimiento, es para el tribunal el más equitativo y el que , consecuencialmente se ajusta a la obligación de cumplir los contratos de buena fe en la forma prevista en el artículo 871 del Código de Comercio.

Así mismo conviene tener presente que, aunque según el tenor literal de la cláusula quinta del contrato, el reajuste del valor de supervisión de montaje debía efectuarse al expedirse el certificado de recepción provisional, ICEL aceptó discutir anticipadamente el tema y en su decisión del 15 de marzo de 1977 ofreció el pago de la suma correspondiente a dicho reajuste. Y debe tenerse en cuenta que es objeto de reajuste todo el suministro de equipos de procedencia española o francesa, lo mismo que la supervisión de montaje; y que el valor del reajuste deberá calcularse sobre el valor de oferta parcial de los embarques, tratándose de los equipos de valor reajutable y la

suma de US\$ 312.000 respecto de la supervisión y montaje. Estos reajustes no podrán exceder, desde luego, del 11% de los valores tomados como base.

Por esta razones el tribunal acoge el concepto de los peritos Francisco Géneco Calvo y Fernando Tavera Bahamón, quienes el 20 de octubre último, ampliando su concepto del 2 del mismo mes, se expresa así: “...El 11% para cualquier mes es la misma cifra; no varía por que la base es la misma; no se puede definir un 11% para el mes 21 y otro para el mes 42 u otro cualquiera puesto que se trata de la misma cifra. El memorial en consideración solicita que los peritos indiquen cuál sería el valor del reajuste con la limitación del 11%. Tenemos mucho gusto en indicar las cifras solicitadas con base en los valores del contrato:

	Valor US \$	11% US\$
Equipo español	8.224.732.00	904.728.52
Equipo francés	1.375.386.00	151.292.46
Supervisión de montaje	312.000.00	34.320.00
Total	9.912.11.00 (sic)	1.090.332.98...”.

(Fls. 165 y ss., cdno. 2).

Al acoger este dictamen el tribunal tiene necesariamente en cuenta que está suficientemente fundamentado, que es coherente, preciso y terminante en los planteamientos y en las conclusiones, para las cuales han sido utilizados documentos que forman partes del proceso, suministrados especialmente por ICEL, como facturas y otros documentos relacionados con los embarques, correspondencia, etc. así mismo se trata de un dictamen rendido por profesionales de alta calificación y respeto del cual tuvieron las partes las oportunidades procesales del caso para discutirlos u objetarlos, sin que se formularan objeciones o reparos suficientes para desvirtuarlo;

C) Las pretensiones de ICEL

1. Vencimiento del plazo de ejecución del contrato

En su decisión del 15 de marzo de 1977 —la que, no habiendo sido aceptada por el contratista, dio origen al proceso arbitral— ICEL declaró expresamente que “el contratista se halla en mora de satisfacer su obligación contractual de entregar la planta en operación inicial y de concluir esta fase, desde el 11 de enero de 1976”, al mismo tiempo que rechazó las razones aducidas por el contratista en favor de una prórroga fundada en la cláusula séptima del contrato. Consecuencialmente, ICEL ya hizo, dentro del mecanismo previsto en la cláusula compromisoria, la declaración que ahora solicita el tribunal en relación con el vencimiento del plazo de entrega de la obra, tal como este quedó en virtud del acuerdo de 16 de julio de 1974. Por lo cual se ha limitado y ha de limitarse el tribunal al estudio y decisión de las pretensiones del contratista sobre las causales de ampliación o prórroga de ese plazo, que están previstas en el contrato y que él considera ocurridas.

2. La multa pactada para el caso de mora en el cumplimiento del contrato

En el capítulo III de este laudo, con el fin de precisar la extensión y la comprensión de la competencia del tribunal, ha sido analizada la cláusula compromisoria, tal como fue pactada y como fue interpretada y precisada por las partes. Allí se hizo énfasis sobre el mecanismo especial que se estipuló para el desarrollo de la cláusula compromisoria, que determina límites precisos en el ejercicio del derecho a acudir a la decisión de árbitros y que impone al tribunal también necesarias limitaciones procesales. Porque las partes convinieron al pactar la cláusula compromisoria que las reclamaciones del contratista serían decididas por ICEL, como se hizo por este el 15 de marzo de 1977; y que, si lo resuelto así por ICEL en esa especie de primera instancia, no era aceptado por el contratista, este podría promover, dentro del término previsto en dicha cláusula, la constitución de un Tribunal de Arbitramento que decidiera definitivamente, como también se hizo en este caso.

Pues bien: aunque en el contrato se estipuló efectivamente una multa para el caso de mora o retardo en el

cumplimiento del contratista, en su decisión notificada o dada a conocer al contratista el 15 de marzo de 1977, ICEL se limitó a declarar que el contratista se hallaba en mora de entregar la planta desde el 11 de enero de 1976, sin disponer nada sobre la aplicación de la cláusula penal del contrato. Fue por separado, aunque con la misma fecha, como ICEL decidió sobre esa sanción convencional del incumplimiento. Consecuencialmente, esa dualidad de decisiones —una cuya no aceptación por el contratista dio origen al arbitramento y otra que fue demandada ante el Consejo de Estado— excluyó o dejó por fuera de la competencia del tribunal la procedencia o improcedencia de la multa, tanto en sus fundamentos como en su cuantía.

3. Indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato

También en el capítulo III de este fallo se precisó el sentido de la cláusula compromisoria en cuanto a la interpretación del contrato atribuida al Tribunal de Arbitramento; para lo cual se tuvo en cuenta el criterio trazado por ICEL en su télex del 26 de enero de 1977, en el que se establecen unas bases de discusión aceptadas por el contratista, para conseguir una fijación del “*quantum* de las reclamaciones” y hacer así una interpretación útil de las cláusulas del contrato y de las disposiciones legales aplicables al caso.

No obstante, como la cláusula penal se estipuló con un claro sentido indemnizatorio y la interpretación y aplicación de la misma quedó por fuera de la competencia del tribunal, por la razón expuesta en el punto anterior, no es procedente incluir en este laudo decisiones sobre los perjuicios que deben ser indemnizados por incumplimientos de fundados en lecho de haber vencido el plazo de entrega de la planta sin que esta hubiese sido entregada a ICEL.

ch) Las costas del proceso

1. La relación jurídica personal impone a las partes consecuencias o cargas nacidas y originadas en el proceso mismo como resultante del ejercicio del derecho de acción o de contradicción y que emanan de la ley misma, así no haya mediado solicitud.

En efecto, es de ley que en todo proceso la parte que es vencida sea condenada a pagar en favor de la otra las costas procesales, con excepción de la Nación, los departamentos, las intendencias, las comisarías y los municipios (CPC, art. 392); pero debe tenerse en cuenta que; en caso de prosperar parcialmente la demanda el juez podrá abstenerse de hacer condenas o hacerlas parcialmente.

La condenación en costas a que haya lugar por razón del presente proceso arbitral, representan verdaderas extensiones legales de la competencia de un Tribunal de Arbitramento, como se anotó en el capítulo III de este laudo, siguiendo para ellos los criterios establecidos en la regla 7ª del artículo 2019 del Código de Comercio, en concordancia con el Código de Procedimiento Civil, artículos 392 y siguientes.

2. A efecto de precisar las costas, las partes aquí en litigio, al pactar la cláusula compromisoria establecieron algunas reglas que el tribunal debe analizar. Dice la cláusula cuadragésima segunda del contrato 2593, *in fine*: “Cada parte interesada pagará el costo de su árbitro y la proporción en que cada parte deberá sufragar el costo del tercer árbitro y demás gastos que cause el arbitramento será decidido por mayoría de votos”.

3. Sin embargo, considera el tribunal que las sumas asignadas para el pago de los honorarios de los árbitros y del secretario y los gastos de funcionamiento del tribunal forman parte de las costas, por cuanto se trata de gastos judiciales, tal como lo preceptúa el artículo 393 del Código de Procedimiento Civil, numeral 2º, y que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 392, numeral 9 *ibidem* las estipulaciones que las partes hagan en materia de costas, se tendrán por no escritas, salvo que se renuncie con posterioridad a su decreto o en los casos de desistimiento o transacción.

Es decir: la previsión contractual de que “cada parte interesada pagará el costo de su árbitro, además, de resultar carente de sentido y elegancia, es completamente ineficaz por mandato de la ley, por constituir, como se ha dicho, costas judiciales.

4. Mas el tribunal, haciendo uso de la facultad discrecional que las normas de procedimiento adscriben a los juzgadores, dada las declaraciones que se harán en la parte resolutive de este laudo, frente a las pretensiones,

estima, siguiendo el criterio establecido en el numeral 2° del artículo 2018 del Código de Comercio, que cada parte debe cubrir o sufragar el 50% de las costas judiciales derivadas de los honorarios de los árbitros y del secretario y gastos del funcionamiento del tribunal. Consiguientemente, no habrá condena por este concepto.

5. En cuanto a las agencias en derecho, debe tenerse en cuenta que no todas las pretensiones formuladas por quien provocó el arbitramento prosperaron; algunas de ellas prosperaron parcialmente y otras han sido negadas, o no consideradas por las razones anteriormente expuestas. Lo propio debe decidirse de la parte que no propuso el arbitramento, pero que pidió se extendiera a otras cuestiones (C. Co., art. 2019).

Por haber prosperado parcialmente para el contratista algunas de sus pretensiones, debe el tribunal dar aplicación a la artículo 392, numeral 5° del Código de Procedimiento Civil, y condenar al Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, ICEL, al pago de dichas agencias en favor del primero, en la proporción debida, en atención a la calidad e intensidad de la gestión realizada, a las circunstancias especiales del proceso, lo que se hará en moneda colombiana, como se indicará en la parte resolutive de este laudo, con conformidad con lo previsto en el artículo 393 del Código de Procedimiento Civil.

6. Con relación a los demás gastos judiciales distintos de los anteriores, tales como papel sellado, honorarios de auxiliares de la justicia, estampillas, etc., corren a cargo de la parte que los sufragó, ya que, como se ha dicho, las pretensiones prosperaron parcialmente, no siendo procedente condenación al respecto (CPC, art. 392, num. 5°).

7. Es entendido que una vez en firme el laudo y efectuada definitivamente la liquidación de gastos, habrá de reintegrarse el remante a las partes, en la proporción consignada.

V. Decisiones del tribunal

En merito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento, constituido para dirimir en derecho las controversias surgidas por razón del contrato 2593, de que da cuenta la parte motiva de este laudo, suscrito entre el Instituto de Colombiano de Energía Eléctrica, ICEL, por un parte, y Termocolombia, grupo de empresarios integrado por Alsthom Española S.A., Astilleros Español S.A., Stein Roubaix S.A., Westinghouse S.A. y Société Rateau, absorbida por Alsthom Atlantique, por otra parte, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declarar infundadas las excepciones propuestas por el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, ICEL.
2. Declarar que Termocolombia —grupo de empresarios integrado por Alsthom Española S.A., Astilleros Españoles S.A., Stein et Roubaix Española S.A., Westinghouse S.A.—, y Société Rateau, absorbida por Alsthom Atlantique, que tiene derecho a una prórroga de un mes, respecto del término de entrega de las obras materia del contrato 2593, celebrado el día 11 de enero de 1972 y ampliado mediante el convenio suscrito entre las mismas partes el 16 de julio de 1974, prórroga a contar a partir del 11 de enero de 1976.
3. Condenar al Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, ICEL, establecimiento público de orden nacional, a pagar a Termocolombia —grupo de empresarios integrados por Alsmoth Española S.A., Astilleros Españoles S.A., Stein et Roubaix Española S.A., Westinghouse S.A.—, y Société Rateau, absorbida por Alsthom Atlantique, la suma de un millón noventa mil trescientos treinta y dos dólares con noventa y ocho centavos de dólar de los Estados Unidos de América (US\$ 1.090.332.98), por concepto de reajuste de precios, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.
4. Condenar al Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, ICEL, establecimiento público de orden nacional a pagar a Termocolombia —grupo de empresarios integrado Alsthom Española S.A., Astilleros Españoles S.A., Stein et Roubaix Española S.A., Westinghouse S.A.—, y Société Rateau, absorbida por Alsthom Atlantique, la suma de cuarenta mil seiscientos dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$ 40.600), por concepto de aumentos y disminuciones en el suministro, de conformidad con la parte motiva de este proveído.
5. Abstenerse, en atención a lo expuesto en la parte motiva de este laudo, de decidir sobre las siguientes

pretensiones:

a) Sobre reajuste de precios fundado en causas imprevistas, formulada por Termocolombia —grupo de empresarios integrado Alsthom Española S.A., Astilleros Españoles S.A., Stein et Roubaix Española S.A., Westinghouse S.A.— y Société Rateau, absorbida por Alsthom Atlantique; y,

b) Sobre la procedencia de multas e indemnización de perjuicios, formulada por el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, ICEL.

6. No acceder a las restantes pretensiones de las partes, en conformidad con la parte motiva del laudo.

7. No condenar en costas, en consonancia con la parte motiva de este laudo, salvo las agencias en derecho, que se estiman en la suma de quinientos mil pesos (\$ col. 500.000), que será pagada por el Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, ICEL, a Termocolombia —grupo de empresarios integrado por Alsthom Española S.A., Astilleros Españoles S.A., Stein et Roubaix Española S.A., Westinghouse S.A.—, y Société Rateau, absorbida por Alsthom Atlantique.

8. Una vez en firme, comunicar el presente laudo al señor representante legal del Instituto Colombiano de Energía Eléctrica, ICEL, con copia integrada de su texto, para su ejecución y cumplimiento, de conformidad con las normas legales (CCA, arts. 120 y ss. y 132) y contractuales.

9. Una vez en firme el presente laudo, protocolizar, por el presidente y el secretario del tribunal, el expediente en una de las notarías de Bogotá, D.E. Cumplido lo anterior, devolver a las partes el saldo de la partida consignada para gastos de funcionamiento, por partes iguales.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Una vez leído el laudo anterior en su integridad, entiéndese notificado a las partes, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 325 del Código de Procedimiento Civil y no siendo otro el objeto de la audiencia, se termina y firma el acta por todos los que en ella intervinieron.
