

**Tribunal de Arbitraje
Isagen S.A. ESP
v.
Central Hidroeléctrica de Caldas S.A. ESP
Diciembre 10 de 2007
LAUDO ARBITRAL**

Bogotá Distrito Capital, diez (10) de diciembre de dos mil siete (2007).

Agotado el trámite del proceso y dentro de la oportunidad prevista por la ley para este efecto, procede el Tribunal de Arbitraje integrado por los árbitros Carlos Antonio Espinosa Pérez, presidente, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Gilberto Peña Castrillón, con la secretaría de Fernando Pabón Santander, a dictar el laudo que pone fin a este trámite y que resuelve las diferencias contractuales surgidas entre ISAGEN S.A. ESP, parte convocante, y CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE CALDAS S.A. ESP, parte convocada.

El presente laudo se profiere en derecho y con el voto unánime de los árbitros integrantes del Tribunal.

PRIMERA PARTE: ANTECEDENTES DEL PROCESO

I. CONFORMACIÓN DEL ARBITRAJE Y DESARROLLO DEL TRÁMITE PRELIMINAR.

1. El día 28 de enero de 2000, la sociedad ISAGEN S.A. ESP, en lo sucesivo, la convocante o ISAGEN y la sociedad CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE CALDAS S.A. ESP, en lo sucesivo, la convocada o CHEC, celebraron un contrato de compraventa de acciones.

2. Las partes acordaron pacto arbitral en la cláusula novena (9ª) de dicho contrato, cuyo contenido es el siguiente:

“NOVENA: Las partes buscarán solucionar en forma ágil, rápida y directa las diferencias o discrepancias que puedan surgir en la ejecución de este contrato. Por lo tanto si surge alguna diferencia, las Partes tratarán de lograr un arreglo directo en un plazo no mayor a treinta (30) días calendario contados a partir de la notificación que una parte haga a la otra de la existencia de la diferencia. En caso de no lograrse un acuerdo la diferencia será resuelta por un Tribunal de Arbitramento cuyos árbitros serán designados por la Cámara de Comercio de Bogotá y estará regido por las normas de dicha Cámara”.

3. Los apoderados de las partes, debidamente facultados para ello, suscribieron otrosí 1 al contrato en el que modificaron el pacto arbitral en el sentido de que la designación de los árbitros la haría la Cámara de Comercio, “a falta de acuerdo de las partes”.

4. El 30 de abril de 2007, con fundamento en la cláusula transcrita, ISAGEN, mediante apoderado judicial designado para el efecto, solicitó la convocatoria del Tribunal de arbitraje pactado, con el objeto que se efectuaran las declaraciones y condenas que se transcriben posteriormente.

5. El 29 de mayo de 2007, las partes, por común acuerdo, designaron como árbitros para integrar el Tribunal a los doctores Carlos Antonio Espinosa Pérez, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Gilberto Peña Castrillón.

6. Mediante comunicaciones que obran a folios 106, 107 y 113 del cuaderno principal 1, los árbitros aceptaron la designación que les fue hecha.

7. El 10 de julio de 2007, se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitraje en la que se designó como Presidente al doctor Carlos

Antonio Espinosa Pérez y al doctor Fernando Pabón Santander como secretario. Por auto de 10 de julio de 2007, acta 1, el Tribunal admitió la solicitud de convocatoria y demanda arbitral presentada por la parte convocante el 30 de abril de 2007.

8. El mismo 10 de julio de 2007, se notificó personalmente a la parte convocada el auto admisorio y de la demanda y sus anexos se surtió el traslado por el término legal de diez (10) días hábiles.

9. El 25 de julio de 2007 la parte convocada, por conducto de apoderado judicial, contestó la solicitud de convocatoria y demanda arbitral.

10. El 27 de julio de 2007, se fijó en lista, por el término legal de tres (3) días hábiles, el escrito de contestación de la demanda en el que propuso excepciones de mérito la convocada, para los efectos del artículo 429 del Código de Procedimiento Civil.

11. El 31 de julio de 2007, la parte convocante, por conducto de apoderado judicial y dentro de la oportunidad prevista para tal efecto, presentó solicitud adicional de pruebas.

12. El 13 de septiembre de 2007 (acta 4), se llevó a cabo la audiencia de conciliación, sin que las partes llegaran a acuerdo conciliatorio alguno. En esta misma fecha, se dio inicio a la primera audiencia de trámite, en la que el Tribunal declaró su competencia y decretó las pruebas del proceso.

II. SÍNTESIS DE LAS CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA

1. Hechos en que se fundamenta la demanda.

Los hechos que la convocante consigna en la demanda y que aduce como soporte de sus pretensiones, se sintetizan de la siguiente manera:

1.1. El 28 de enero de 2000, ISAGEN y CHEC celebraron un contrato de compraventa de acciones, en virtud del cual CHEC vendió a ISAGEN treinta y dos millones trescientas cincuenta y cinco mil ciento noventa y siete (32.355.197) acciones de la sociedad HIDROELÉCTRICA LA MIEL S.A. ESP, HIDROMIEL.

1.2. El precio de venta de las acciones se acordó en treinta y seis mil setenta y cinco millones de pesos (\$ 36.075.000.000), que incluía la valorización que las acciones tendrían si HIDROMIEL le transfería a ISAGEN los derechos de propiedad de los estudios y diseños de la desviación del río Guarinó al proyecto Miel I, junto con la respectiva licencia ambiental y los permisos incluidos en ella en un determinado plazo.

1.3. La compra de las acciones fue autorizada por la junta directiva de ISAGEN en sesión 063 del 18 de enero de 2000, en la cual también se autorizó a pagar como mayor valor por valorización de las acciones la suma de nueve mil setecientos cincuenta millones de pesos (\$ 9.750.000.000).

1.4. En el contrato de compraventa de acciones se estipuló que ISAGEN pagaría el precio total de las acciones, incluida la valorización, dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de la firma del mismo, pero que la parte del precio correspondiente a la valorización estaría sujeta a una condición resolutoria del pago.

1.5. Dicha condición resolutoria se pactó en el segundo inciso de la cláusula tercera del contrato, la cual señala lo siguiente:

“Si para el día 30 de enero de 2005 ISAGEN e Hidromiel no han celebrado el contrato de compraventa de los estudios y diseños del Proyecto de Desviación

del Río Guarinó por no haber obtenido Hidromiel la licencia ambiental, la CHEC deberá restituir a ISAGEN, a más tardar el 1º de febrero de 2005, la suma de NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$ 9.750.000.000), más intereses equivalentes a la variación porcentual del índice de precios al consumidor para los tres últimos años, conforme se describe a continuación...”.

1.6. El 18 de marzo de 1996, HIDROMIEL solicitó al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial la licencia ambiental para el Proyecto de Trasvase del río Guarinó (que consistía en la construcción de una presa en concreto sobre el río Guarinó y la excavación de un túnel que permitiera la desviación de las aguas excedentes del río Guarinó al embalse de la central hidroeléctrica “Miel I”), que fue concedida mediante la Resolución 0359 de 2004.

1.7. Contra la Resolución 0359 de 2004 se interpusieron treinta (30) recursos de reposición, que fueron resueltos mediante la Resolución 684 de 2006, la cual confirmó la expedición de la licencia ambiental para el Proyecto de Trasvase del río Guarinó.

1.8. Señala la demanda que para el 30 de enero de 2005, HIDROMIEL no había transferido a ISAGEN los derechos de propiedad de los estudios y diseños de desviación del río Guarinó al proyecto Miel I, junto con la respectiva licencia ambiental y los permisos incluidos en ella.

1.9. Agrega la convocante que el 1º de febrero de 2005, CHEC no restituyó a ISAGEN los nueve mil setecientos cincuenta millones de pesos (\$ 9.750.000.000) como tampoco los intereses que las partes habían acordado que se causarían sobre esa cifra.

1.10. El 14 de abril de 2005, mediante comunicación escrita, ISAGEN le manifestó a CHEC que en su concepto se había cumplido el plazo para la obtención de la licencia ambiental por parte de HIDROMIEL, y le recordó que, según el contrato de compraventa de acciones, CHEC tenía la obligación de restituirle nueve mil setecientos cincuenta millones de pesos (\$ 9.750.000.000) más los intereses correspondientes.

1.11. En respuesta a dicha comunicación, el 14 de abril de 2005 CHEC le manifestó a ISAGEN que el 3 de febrero de 2003 se había suscrito el contrato 46/1282 entre ISAGEN e HIDROMEL cuyo objeto es la compraventa de los estudios y diseños, licencia ambiental y todo lo relacionado con el Proyecto del Trasvase del Río Guarinó, razón por la cual la condición resolutoria no se puede tener por cumplida.

1.12. Señala la demanda que CHEC e ISAGEN han discutido en repetidas oportunidades acerca de la restitución de todo o parte del dinero pagado por las acciones de HIDROMIEL que correspondía a la valoración del Proyecto del Trasvase del Río Guarinó, sin haber llegado a ningún acuerdo.

1.13. A la fecha de presentación de la solicitud de convocatoria, CHEC no ha pagado a ISAGEN la suma de nueve mil setecientos cincuenta millones de pesos (\$ 9.750.000.000) más los intereses causados antes y desde el 1º de febrero de 2005.

2. Las pretensiones de la demanda.

La convocante solicita que se hagan las siguientes declaraciones y condenas, que el Tribunal transcribe textualmente para facilitar las referencias que se harán en las consideraciones:

1. PRETENSIONES PRINCIPALES DECLARATIVAS

1.1. PRIMERA. Declárese la existencia y validez del contrato de compraventa de acciones celebrado entre ISAGEN y CHEC el 28 de enero de 2000 (en adelante el “contrato de compraventa de acciones”).

1.2. SEGUNDA. Declárese que ISAGEN cumplió el contrato de compraventa de acciones.

1.3. TERCERA. Declárese que se verificó el cumplimiento de la condición contenida en la cláusula tercera del contrato de compraventa de acciones.

1.4. CUARTA. Declárese que CHEC incumplió el contrato de compraventa de acciones y es responsable por los perjuicios derivados de su incumplimiento y mora, de acuerdo con lo que se pruebe en el presente proceso.

1.5. QUINTA. Declárese que CHEC tiene la obligación de restituir a ISAGEN la suma de NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$9.750.000.000) más los intereses previstos en el inciso segundo de la cláusula tercera del contrato de compraventa de acciones, más la correspondiente actualización del dinero en el tiempo por corrección monetaria.

1.6. SEXTA. Declárese que CHEC se encuentra en mora de restituir a ISAGEN la suma de NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$9.750.000.000) desde el 1º de febrero de 2005 o desde la fecha que se pruebe en este proceso junto con los intereses causados hasta esa fecha, de acuerdo con lo previsto en la cláusula tercera del contrato de compraventa de acciones.

1.7. SÉPTIMA. Declárese que CHEC tiene la obligación de pagar a ISAGEN los intereses de mora que se han causado desde la fecha en que quedó constituido en mora (1º de febrero de 2005 o desde la fecha que se pruebe en este proceso), más la correspondiente actualización del dinero en el tiempo por corrección monetaria. Dichos intereses incluyen los causados antes y después de la presentación de la demanda.

1.8. OCTAVA. Declárese que CHEC tiene la obligación de pagar y restituir a ISAGEN toda suma que se pruebe en el presente proceso, relacionada con el contrato de compraventa de acciones.

2. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DECLARATIVAS.

2.1. PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA PRINCIPAL DECLARATIVA. Declárese que CHEC tiene la obligación de pagar a ISAGEN los intereses remuneratorios comerciales que se han causado desde la fecha de incumplimiento de la obligación de pago prevista en la cláusula tercera del contrato de compraventa de acciones (1º de febrero de 2005 o desde la fecha que se pruebe en este proceso), más la correspondiente actualización del dinero en el tiempo por corrección monetaria. Dichos intereses incluyen los causados antes y después de la presentación de la demanda.

2.2. SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA SÉPTIMA PRINCIPAL DECLARATIVA. Declárese que CHEC tiene la obligación de pagar a ISAGEN los intereses remuneratorios civiles que se han causado desde la fecha de incumplimiento de la obligación de pago prevista en la cláusula tercera del contrato de compraventa de acciones (1º de febrero de 2005 o desde la fecha que se pruebe en este proceso), más la correspondiente actualización del dinero en el tiempo por corrección monetaria. Dichos intereses incluyen los causados antes y después de la presentación de la demanda.

2.3. PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA SEXTA PRINCIPAL DECLARATIVA. Declárese que CHEC se encuentra en incumplimiento de restituir a ISAGEN la suma de NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$9.750.000.000) desde el 1º de febrero de 2005 o desde la fecha que se pruebe en este proceso.

2.4. PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL DECLARATIVA. Declárese que en el contrato de compraventa de acciones, había un vicio oculto en la valorización de las acciones de HIDROMIEL, ordénese la reducción del pago de NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$9.750.000.000) al justo precio ordenado por el H. tribunal y ordénense las restituciones a que haya lugar, incluyendo el pago de corrección monetaria e intereses remuneratorios y moratorios.

2.5. SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL DECLARATIVA. Declárese la nulidad relativa del pago de la suma de NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$9.750.000.000) correspondiente a la valorización declarada en la cláusula tercera del contrato de compraventa de acciones y ordénese su restitución, incluidos los intereses remuneratorios, moratorios y corrección monetaria.

3. PRETENSIONES PRINCIPALES DE CONDENA

3.1. PRIMERA. Condénese a CHEC a pagar a ISAGEN la suma de NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$9.750.000.000) más los intereses previstos en el inciso segundo de la cláusula tercera del contrato de compraventa de acciones, más la correspondiente actualización del dinero en el tiempo por corrección monetaria. Tales intereses comprenden los causados hasta el 1º de febrero de 2005, los intereses de mora causados antes y después de la presentación de la demanda.

3.2. SEGUNDA. Condénese a CHEC al pago de costas, incluidas las agencias en derecho, honorarios de los árbitros, honorarios de peritos y en general, gastos asociados al proceso.

3.3. TERCERA. Condénese a CHEC a pagar a ISAGEN toda suma relacionada con el contrato de compraventa de acciones que se pruebe en el presente proceso que CHEC le adeude a ISAGEN, más la correspondiente actualización del dinero en el tiempo por corrección monetaria, intereses remuneratorios y de mora e indemnización integral de perjuicios.

4. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DE CONDENA

4.1. PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRINCIPAL DE CONDENA. Condénese a CHEC a pagar a ISAGEN la suma de NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$9.750.000.000) más los intereses previstos en el inciso segundo de la cláusula tercera del contrato de compraventa de acciones, más la correspondiente actualización del dinero en el tiempo por corrección monetaria. Tales intereses comprenden los causados hasta el 1º de febrero de 2005, los intereses remuneratorios comerciales causados antes y después de la presentación de la demanda.

4.2. SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA PRIMERA PRINCIPAL DE CONDENA. Condénese a CHEC a pagar a ISAGEN la suma de NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$9.750.000.000) más los intereses previstos en el inciso segundo de la cláusula tercera del contrato de compraventa de acciones, más la correspondiente actualización del dinero

en el tiempo por corrección monetaria. Tales intereses comprenden los causados hasta el 1º de febrero de 2005, los intereses remuneratorios civiles causados antes y después de la presentación de la demanda”.

3. La contestación de la demanda.

El 25 de julio de 2007, la convocada mediante apoderado judicial designado para tal efecto, presentó escrito de contestación de la demanda en el que se opuso a las pretensiones de la convocante y se pronunció sobre los hechos relatados por la parte actora. De igual manera, propuso las excepciones de mérito que denominó:

- “Falta absoluta de causa para impetrar la acción”;
- “Extinción de la obligación de pago por cumplimiento de la convocada”;
- “Contrato es ley para las partes”;
- “Nadie puede alegar su propia culpa”.

4. Solicitud de nuevas pruebas por parte de la convocante.

El 31 de julio de 2007, la convocante, dentro del término de traslado de las excepciones de mérito presentadas por la convocada y de conformidad con el artículo 429 del Código de Procedimiento Civil, presentó escrito en el que solicitó nuevas pruebas.

5. Solicitud de nuevas pruebas por parte de la convocada.

El 18 de septiembre de 2007, el apoderado de la parte convocada presentó escrito en el que solicitó y aportó nuevas pruebas.

III. DESARROLLO DEL TRÁMITE ARBITRAL

1. Pruebas.

1.1. El 13 de septiembre de 2007, tuvo lugar la primera audiencia de trámite, oportunidad en la que el Tribunal decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron como se reseña a continuación.

1.2. El 24 de septiembre de 2007, se recibieron las declaraciones de parte del representante legal de CENTRAL HIDROELECTRICA DE CALDAS S.A. ESP, señor Bruno Eduardo Seidel Camargo y del representante legal de ISAGEN S.A. ESP, señor Luis Fernando Rico Pinzón. Ese mismo día se recibió el testimonio del señor Felipe Riveira.

1.3. El 25 de septiembre de 2007 se recibió el testimonio del señor Luis Carlos Valenzuela Delgado.

1.4. El 5 de octubre de 2007, se recibió el testimonio del señor José Bernardo Alzate Nougues.

1.5. El 23 de octubre de 2007, se incorporaron al expediente los documentos que presentaron en forma conjunta los apoderados de las partes. Esa misma fecha se aceptó el desistimiento del testimonio del señor Camilo Villaveces.

2. Alegatos de conclusión.

Concluido el período probatorio y practicadas todas las pruebas decretadas por el Tribunal, el veintitrés (23) de noviembre del año en curso se surtió audiencia en la que ambas partes presentaron sus alegaciones finales y entregaron al Tribunal los resúmenes escritos que obran en los autos. A su vez, el señor agente del Ministerio Público presentó por escrito sus alegaciones, documento que, igualmente, fue incorporado al expediente.

En este orden de ideas, y atendiendo a que la relación procesal existente en el presente caso se configuró regularmente y en su desarrollo no se incurrió en defecto alguno que imponga la aplicación al artículo 145 del Código de

Procedimiento Civil, por tener virtualidad legal para invalidar lo actuado y no haber sido saneado, corresponde ahora decidir sobre el mérito de la controversia sometida por las partes a arbitraje, de acuerdo con las consideraciones que se consignan en el siguiente aparte.

SEGUNDA PARTE: CONSIDERACIONES

Para comenzar, el Tribunal advierte que se reúnen a cabalidad los presupuestos procesales, esto es, los requisitos indispensables para la regularidad de la relación procesal, por lo que se podrá proferir un laudo de mérito. En efecto, de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal aparece que las partes están integradas por personas jurídicas debidamente constituidas que han acreditado en debida forma su existencia y representación, que tienen capacidad para transigir sobre las materias objeto de la controversia y para someterlas a la decisión de un Tribunal de Arbitraje.

Finalmente, no se encuentran vicios de nulidad que pudieran invalidar el trámite adelantado y, por tratarse de un arbitraje en derecho, las partes comparecen representadas por abogados titulados.

I. PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

A continuación el Tribunal precisará los problemas jurídicos que surgen de la controversia que las partes le han sometido, ejercicio que no tiene otro alcance que fijar las tareas concretas que debe acometer y que, además, cumple la función práctica de nuclear los hechos relevantes que serán tomados en cuenta en las consideraciones que se presentan enseguida, en la medida en que las partes hayan cumplido sus respectivas cargas probatorias.

En estricto sentido el petitum de la demanda está constituido por una sola PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA a la que acceden una PRIMERA y otra SEGUNDA SUBSIDIARIAS, que sin reiterar su transcripción —ya obran textualmente en los antecedentes de esta providencia— se contraen a que el Tribunal pudiera pronunciarse de mérito sobre la siguiente materia:

- “TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA”: Que como se cumplió una determinada condición resolutoria de parte del precio de un contrato de compraventa de acciones que existió entre la convocada y la convocante, aquella debe restituir a esta la parte del precio afectada por esa condición resolutoria, más los accesorios precisados en solicitudes de naturaleza consecencial.
- PRETENSIÓN “PRIMERA SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL DECLARATIVA”: Que como “había un vicio oculto en la valorización de las acciones de Hidromiel” objeto de compraventa por la convocada a la convocante, debe en consecuencia reducirse el monto del pago de aquellas acciones “al justo precio ordenado por el tribunal” y decretarse en forma consecencial “las restituciones a que haya lugar” con los accesorios correspondientes.
- PRETENSIÓN “SEGUNDA SUBSIDIARIA DE LA TERCERA PRINCIPAL DECLARATIVA”: Que como existe nulidad relativa en “la valorización declarada en la cláusula tercera del contrato de compraventa de acciones” debe ordenarse la restitución de la parte del precio afectada por esa nulidad, con sus correspondientes accesorios.

Para concretar los problemas jurídicos que deben resolverse en este laudo, el Tribunal omite la consideración de las PRETENSIONES CONSECUCIONALES DE CONDENA articuladas por la convocante que, también, se presentan unas como PRINCIPALES y otras como SUBSIDIARIAS.

Las anteriores PRETENSIONES –principales y subsidiarias— analizadas de manera sistemática con los HECHOS que les sirven de fundamento, así como con las excepciones y defensas de la convocada, ofrecen los siguientes problemas jurídicos que debe avocar el Tribunal:

Principales

- ¿Puede sostenerse en derecho, que por el hecho escueto de haber quedado en firme el acto administrativo de otorgamiento de la licencia ambiental el 18 de abril de 2006 (Hecho 13), esto es, con posterioridad al 30 de enero de 2005, se cumplió la condición resolutoria prevista en la cláusula TERCERA del contrato suscrito por las partes el 28 de enero de 2000 y deben, de manera consecucional, despacharse las pretensiones de condena que presenta la convocante?
- ¿Puede sostenerse en derecho que la condición que se invoca en la TERCERA PRETENSión PRINCIPAL DECLARATIVA falló, se hizo imposible o decayó por hechos propios de la convocante, en concreto, por razón del negocio jurídico que acordó con un tercero (Hidromiel S.A.), fechado el 3 de febrero de 2004, por el que este tercero le transfirió a la convocante “los estudios y diseños del Proyecto de Desviación del Río Guarinó” a pesar de no haberse obtenido todavía la licencia ambiental, habiendo manifestado expresamente la convocante que era consciente de que las licencias ambientales se encontraban en trámite, y habiendo asumido el riesgo de que esas licencias fueran otorgadas con condiciones o negadas?

Por su parte, el señor agente del Ministerio Público al referirse a este mismo aspecto del proceso manifestó, en estudio entregado (págs. 7 y 8) dentro del término especial conferido por el Tribunal para esos efectos:

“El problema jurídico que se ha planteado en este Tribunal de Arbitramento, consiste en determinar y establecer, si se verificó el cumplimiento de la condición resolutoria contenida en la cláusula tercera del contrato de compraventa de acciones suscrito por las partes, especialmente en lo que tiene que ver con la adquisición de los derechos de propiedad de los estudios y diseños de desviación del río Guarinó al proyecto Miel I, junto con la respectiva licencia ambiental y los permisos incluidos en la misma, procediendo en ese caso la devolución del mayor valor de las acciones pagado por ISAGEN a la CHEC, o si por el contrario no hay lugar a tal devolución como lo solicita el apoderado de la sociedad demandante (sic), por cuanto que, con la firma del contrato N° 46-/1282 del 3 de febrero de 2004, mediante el cual HIDROMIEL le transfirió a ISAGEN los estudios y diseños del trasvase del Río Guarinó, que hasta la fecha se habían realizado y los que estaban contratados, así como la propiedad sobre las licencias ambientales y permisos que para ese momento se encontraban en trámite, no se cumplió la condición”.

Subsidiarios

De conformidad con las PRETENSIONES SUBSIDIARIAS ya precisadas, el Tribunal tendría que resolver los siguientes problemas jurídicos:

- ¿A la luz de los hechos relevantes probados, es posible concluir en derecho que existió un vicio oculto en la valoración de las acciones de HIDROMIEL a

que se contrae esta controversia, y debe por lo tanto establecerse el justo precio de las mismas y ordenarse las restituciones a que haya lugar?

- ¿A la luz de los hechos relevantes probados, es posible declarar la nulidad relativa de parte del precio convenido por la venta de unas determinadas acciones que la convocada tenía en HIDROMIEL y que transfirió a la convocante mediante negocio jurídico del 28 de enero de 2000, nulidad relativa proveniente de un error en el consentimiento de ISAGEN, y ordenarse su restitución por la convocada a la convocante?

A la luz de lo que se haya probado tendrá el Tribunal que acudir a instituciones bien conocidas del derecho común, tales como las relacionadas con la suerte que corre una obligación que nace a la vida jurídica sometida a condición resolutoria (TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL) y la manera como esa condición acaece o se cumple, o falla, decae o se hace imposible (C.C., arts. 1530 a 1550), y si la demanda no encuentra prosperidad bajo estos fundamentos de derecho, a voces de la PRIMERA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA de la anterior, debería el Tribunal establecer si se encuentra ajustada a derecho la invocación de un vicio oculto en la valoración de las acciones varias veces referidas y si procede la invocación de un justo precio, nomenclatura que parecería ensayar un tertius genus que vendría a resultar, siempre a voces de lo nominalmente planteado en esta PRETENSIÓN SUBSIDIARIA, de un ensamble de instituciones igualmente centenarias del derecho común como son las relativas a la existencia de vicios ocultos o redhibitorios (arts. 1914 a 1927 ibídem) y la noción de justo precio propia, está última, de unas precisas acciones resarcitorias (arts. 1946 a 1954 ibídem) vinculadas con un desbalance objetivo del precio (art. 1947 ibídem) de determinados negocios jurídicos, respecto de parámetros prefijados por el mismo legislador (estar por encima o por debajo de la mitad del justo precio, a términos del artículo citado), asunto que se echaría de menos, prima facie, en el caso sometido a este Tribunal.

Finalmente, si el petitum de la convocante no encontrare prosperidad bajo los predicamentos anteriores, debería el Tribunal ocuparse de una nulidad relativa que no podría originarse sino en un vicio del consentimiento o en una incapacidad relativa, que habría afectado la estipulación concerniente con una parte del precio de las acciones objeto del contrato que suscribieron la convocante y la convocada el 28 de febrero de 2000, y cuya restitución habría que decretar a voces de esta PRETENSIÓN SUBSIDIARIA (en lo pertinente, C.C., arts. 1740 a 1756).

Las consideraciones que siguen analizan y resuelven, en derecho y con sentido de justicia, los anteriores problemas jurídicos.

II. EL CONTRATO QUE EXISTIÓ ENTRE LAS PARTES

Procede el Tribunal a efectuar el estudio de los temas propuestos en la demanda y su contestación, para resolver las pretensiones y excepciones de las partes a la luz de las normas jurídicas aplicables al caso y de las pruebas aportadas al proceso.

1. La causa y el objeto.

El contrato sobre el que recae la controversia es un contrato estatal sometido al derecho privado, para cuya cabal comprensión resulta pertinente el análisis de la intención de las partes en cuanto ella haya sido compartida y determinante del negocio jurídico, pues como bien lo indica el artículo 1524 del Código Civil “No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla”, y “Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato”.

En el marco de la controversia planteada es importante dilucidar cuál fue la causa de ISAGEN para adquirir las acciones de HIDROMIEL así como para reconocer una mayor suma de dinero como precio (así este se hubiere pagado sometido a una condición que luego habrá de analizarse), por cuenta de la futura valorización de tales acciones, derivada del trasvase del río Guarinó, en el entendido de que ello permitiría incrementar los caudales afluentes al embalse y, por ende, la capacidad de generación del proyecto, con el consecuente incremento en los flujos de caja futuros.

Dicha causa, no objetada o contestada por las partes en este proceso, se encuentra consignada en el contrato de compraventa de acciones de HIDROMIEL, celebrado entre ISAGEN y CHEC. En efecto, se manifiesta allí que la causa de tal compra no es otra que “maximizar el valor de las acciones de ISAGEN para llevar a cabo el programa de enajenación de dicha compañía” (considerando número 2).

Con la compra de tales acciones se buscaba pues, como lo indica el considerando número 3 del mismo contrato, “reestructurar financiera y contractualmente el Proyecto MIEL I”, para lo cual se consideró “necesario que ISAGEN adquiriera las acciones que la CHEC posee en HIDROMIEL S.A. ESP”, adquisición que permitiría a ISAGEN, conforme lo indicara en su declaración ante este Tribunal el Señor Ministro de Minas y Energía de la época, doctor Luis Carlos Valenzuela, incorporar en sus estados financieros la totalidad del proyecto HIDROMIEL, evitando con ello los denominados “atrapamientos de caja”, situación que repercutía de manera directa e importante en la valoración de ISAGEN, en la medida que esta se realizaba por el método de descuento de los flujos de caja futuros de la sociedad.

Es cuestión probada de distintas formas en el proceso que la adquisición por parte de ISAGEN de las acciones que CHEC poseía en HIDROMIEL, así como de los estudios, licencias, permisos y en general de todo aquello asociado al proyecto de trasvase, fue una decisión adoptada para beneficio de la primera de las mencionadas sociedades, sin perjuicio de la contraprestación que le correspondía a la CHEC. El representante de la CHEC, al momento de atender el interrogatorio de parte decretado (folios 747 y ss. del cuaderno de pruebas 3) manifestó que se trató “de un negocio impulsado de esta manera entonces por el interés de ISAGEN y el interés de la nación...”, afirmación refrendada por el mismo representante de ISAGEN y muy especialmente por el ex Ministro Valenzuela.

¿Y cuál era pues el objeto de dicho contrato? La venta de la participación accionaria que CHEC detentaba en HIDROMIEL, operación con la cual esta última pasaba a ser controlada por ISAGEN. Como parte de ese mismo objeto, pero por vía de una estipulación adicional, se estableció un precio de \$9.750

millones para reconocer la valorización futura que CHEC habría tenido respecto de las acciones que poseía en HIDROMIEL, por efecto de la realización del proyecto de trasvase del río Guarinó.

Era pues una sola y única operación de compraventa, pero concebida en forma tal que al objeto de la misma, que no era otro que la adquisición de las acciones que CHEC poseía en HIDROMIEL, se le vinculó o asignó un efecto indirecto como consecuencia de la incorporación de la posible valorización futura de las acciones objeto de la transacción, como consecuencia de la transferencia a ISAGEN de los estudios, diseños y licencias del proyecto de trasvase, lo que permitió establecer unas condiciones especiales para esa parte del precio y de allí el alcance preciso y restringido de la condición resolutoria pactada que se examina más adelante.

Como luego habrá de verse, no fue el volumen del caudal de trasvase la causa del contrato de compraventa, ni tampoco la causa del pago de la valorización futura de las acciones enajenadas por cuenta de tal proyecto, pues tal elemento solo incidió en la fijación del precio.

2. De la determinación del precio en este contrato.

Establecieron ISAGEN y CHEC en la cláusula tercera del contrato de compraventa de acciones de HIDROMIEL, que aquella pagaría a favor de esta como precio único, la suma de \$36.075.000.000, señalando a continuación que

“Este valor incluye la valorización que dichas acciones tendrán si Hidromiel S.A. ESP le transfiere a ISAGEN los derechos de propiedad de los estudios y diseños de desviación del río Guarinó al proyecto Miel I, junto con la respectiva licencia ambiental y los permisos incluidos en ella”.

De ese precio, la suma de NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$9.750.000.000) constituyen el precio pagado por ISAGEN en razón de esa valorización, y así se desprende del análisis del estudio de valoración efectuado por la Unión Temporal CREDIT SUISSE FIRST BOSTON, INVERLINK, BOOZ ALLEN HAMILTON, presentado en agosto de 1999, donde a partir del folio 13 (folio 188 del cuaderno de pruebas 1) se establece el “VALOR QUE ISAGEN DEBE PAGAR POR LAS LICENCIAS PARA LA DESVIACIÓN DEL RÍO GUARINÓ”, valor que se determinó efectuando una comparación entre el valor de HIDROMIEL suponiendo que a la Central Miel I solo llegara el caudal del Río La Miel, y un segundo escenario donde se incorporaban los caudales del Río Guarinó como consecuencia de la desviación de su cauce.

Nótese que el valor así determinado correspondía a la totalidad del proyecto Guarinó, con lo cual y por vía de una simple regla de tres, podría pensarse que se supuso que en la medida que dicho valor era aproximadamente de \$ 39.000 millones (obviamente ese valor variaba en función de la tasa de descuento aplicada sobre los flujos futuros), la participación de CHEC en HIDROMIEL (25%) debía llevar a fijar un precio de \$9.750 millones, que fue el efectivamente consignado por las partes en el contrato del año 2000.

En el documento denominado “análisis complementario”, presentado por dichas firmas en enero de 2000, se ratifica una modificación en la estructura de la

operación e igualmente el precio total fijado en US \$ 13,5 millones (folios 184 y ss. del cuaderno de pruebas 1).

Como más adelante se verá, las partes no incorporaron en la redacción de la condición resolutoria elemento alguno asociado a la determinación del precio, ni previeron la posibilidad de una reducción o reajuste del mismo en función de los caudales, punto que reviste la mayor trascendencia para la decisión que aquí habrá de adoptarse.

3. La naturaleza de las partes, su carácter profesional y la buena fe con que han debido proceder.

El derecho colombiano exige perentoriamente a las partes conducirse de buena fe, exigencia o imperativo de conducta que fluye del derecho natural, y que encuentra entre nosotros consagración Constitucional (C.P., art. 83) y legal (C.Co., art. 871 y C.C., art. 1063), deber que, cuando se trata de empresarios profesionales, adquiere una nueva dimensión, más exigente todavía, que la jurisprudencia y la doctrina conocen como la “buena fe exenta de culpa”, y el fundamento teleológico es claro: no puede compararse el deber de diligencia, cuidado, prudencia y previsión del que nuestra legislación denomina “el buen padre de familia”, con el que debe tener un avezado empresario.

El Código de Comercio (arts. 863 y 871) y el Código Civil (art. 1603), exigen a las partes conducirse de buena fe, tanto en la etapa precontractual como durante la ejecución del acuerdo, y no hay duda alguna de que a las partes en este contrato les era exigible ese tipo calificado de buena fe, esa conducta especialmente diligente, ese actuar prudente, cauteloso y profesional.

Es necesario recordar algunos elementos de orden conceptual, esenciales para establecer los criterios de evaluación de la conducta de las partes en este contrato:

- El primero y más importante, estriba en el carácter profesional de ISAGEN y CHEC en materia de generación y comercialización de energía.
- ISAGEN es claramente un profesional con experiencia en estas materias que, por lo tanto, no podría alegar o sostener que fue engañado o asaltado en su buena fe y mucho menos que existió error en el objeto, pues como lo demuestran diversos elementos probatorios que incluyen la declaración rendida por el mismo representante legal de ISAGEN, esta última participó en los comités de seguimiento del proyecto HIDROMIEL y a partir del año 2000, una vez suscrito el contrato de compraventa, orientó el trámite del otorgamiento de la licencia ambiental.
- Tal caracterización de las partes como profesionales de la industria es circunstancia de hondo calado en la interpretación del contrato y la resolución de este conflicto puesto que ISAGEN y CHEC son profesionales de la actividad de generación y comercialización de energía, que claramente comprendieron el tipo de acuerdo celebrado y asumieron sus propios riesgos.
- De hecho, cuando ISAGEN en febrero de 2004 celebró el contrato con HIDROMIEL, en forma expresa e incontestable asumió el riesgo implícito en el otorgamiento de la licencia ambiental.
- Ese riesgo, asumido conscientemente por ISAGEN como lo confirma la manifestación de su representante legal, según la cual la licencia ambiental

“es” el proyecto, demuestra hasta qué punto la actuación de ISAGEN fue conciente, lo que le impide venir, ahora, en contra de sus propios actos.

Dicho de otra forma, era parte del deber empresarial de ISAGEN evaluar los riesgos o aleas del contrato que suscribía, sin que pueda luego venir contra sus propios actos para manifestar que comprendió cosa distinta, o que a pesar de lo establecido en el contrato con HIDROMIEL considera que CHEC está obligado a reembolsarle el precio pagado por la valorización futura de las acciones, so pretexto de que esta no cumplió sus obligaciones conforme la condición resolutoria pactada lo establecía. Para retornar al hilo conductor sobre las exigencias en el actuar de los empresarios y, utilizando para ello las palabras de la Corte Constitucional (Sent. C-054. feb. 3/99, Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Mesa), debe tenerse como premisa que:

"La buena fe no consiste simplemente, como equivocadamente lo concibe el demandante, en un actuar desprovisto de dolo, o de intención positiva de irrogar un perjuicio a otro. El concepto involucra también el conducirse sin culpa, esto es, con un mínimo de prudencia, de atención, de cuidado, a fin de evitar tal perjuicio. En materia civil, como es sabido, la culpa grave se asimila a dolo y es fuente de responsabilidad civil. Y en materia penal, existen delitos que pueden cometerse a título de culpa. De donde se concluye que la carencia de diligencia y cuidado en el cumplimiento de las propias obligaciones y, en general, en el actuar humano, desvirtúa el principio de buena fe y es fuente de obligaciones y de responsabilidad jurídica.

De otra parte, la exigencia general de este actuar desprovisto de culpa, es fundamento del conocido aforismo que impide a cualquiera alegar la suya propia para obtener efectos jurídicos a su favor. Ello corrobora que la presencia de una acción negligente o imprudente descarta de suyo la protección que, de manera general, la ley otorga a los actos que se llevan a cabo de buena fe". (Las subrayas no son del texto jurisprudencial).

La buena fe no constituye entre empresarios un mero discurso retórico, ella debe constituir axioma de su conducta, pues lo que si no puede aceptarse es que "... dentro del marco de autonomía que se les concede a las partes para regir sus relaciones, en claro ejercicio de su voluntad, no deba respetarse el principio de la buena fe, el cual comprende, entre otros, un deber de obrar con honestidad y lealtad. Dichos presupuestos tienen expresa aplicación en las relaciones contractuales con fundamento en el artículo 83 superior. Para el derecho no son indiferentes, entonces, los postulados axiológicos que propugnan el respeto a la confianza y la cooperación que deben disciplinar todas las relaciones humanas, bien si se trata del ejercicio de derechos o del cumplimiento de obligaciones libremente acordadas por los particulares.

Además, no puede pasarse por alto que unas de las consecuencias específicas de la aplicación del artículo 83 citado es que los contratos —ejemplo clásico de las relaciones entre particulares— deben ser interpretados atendiendo el principio de la buena fe" (Corte Constitucional, Magistrado Ponente Manuel José Cepeda, Sentencia. C-332 de 29 de marzo de 2001).

4. La condición resolutoria pactada.

La compraventa de acciones de HIDROMIEL por parte de ISAGEN fue un negocio en firme, respecto del cual establecieron no obstante las partes, esto es, ISAGEN y CHEC, una condición que obra en el inciso 2º de la cláusula Tercera de dicho contrato. Como quiera que el objeto de la presente litis viene constituido precisamente por las diferentes aproximaciones que frente a tal condición tienen las partes, encuentra el Tribunal necesario detenerse en este punto para efectuar un detallado análisis de esa condición, su naturaleza jurídica y alcances.

Reza al respecto la estipulación contractual:

“Si para el día 30 de enero del 2005 ISAGEN e Hidromiel no han celebrado el contrato de compraventa de los estudios y diseños del Proyecto de Desviación del Río Guarinó por no haber obtenido Hidromiel la licencia ambiental, la CHEC deberá restituir a ISAGEN, a más tardar el día 1º de febrero del 2005, la suma de NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$9.750.000.000), más intereses equivalentes a la variación porcentual del índice de precios al consumidor para los tres últimos años...”.

Lo primero que debe el Tribunal reseñar es que claramente nos encontramos frente a una típica condición resolutoria expresa, que sin embargo se restringe a una parte de la operación contractual y, de entrada, ello permite afirmar que no es una hipótesis contractualmente admisible pretender una resolución integral del contrato de compraventa por la potencial verificación de la condición resolutoria pactada, pues no fue ese el querer de las partes, conclusión a la que se llega con la simple lectura del texto transcrito y así lo comprendió ISAGEN desde un principio, pues según se desprende de las distintas comunicaciones que obran en el expediente (Comunicación de abril 5 de 2004, folio 13 cuaderno de pruebas 1; en idéntico sentido comunicación de enero 22 de 2004, ibídem folio 019), pretendió no tanto la resolución parcial del contrato por virtud de la verificación de la condición resolutoria sino la reducción parcial del precio pagado, en función de la disminución en el volumen de caudal aprovechable, derivada del incremento respecto del caudal ecológico impuesto por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial al momento de otorgarse la licencia ambiental alegando además, dentro de este proceso, que tal hecho provenía de un vicio en el consentimiento.

La condición así pactada quedó además limitada en el tiempo, de modo tal que la operación del contrato de compraventa entre ISAGEN e HIDROMIEL tendría que verificarse antes del 30 de enero de 2005.

Curiosamente, el acaecimiento de la condición resolutoria pendía de una operación contractual entre ISAGEN y un tercero respecto del contrato donde tal condición se pactó, como luego habrá de examinar el Tribunal en profundidad.

A efectos de garantizar debidamente a ISAGEN, se pactó en el inciso 2º de la cláusula séptima del contrato, que CHEC otorgaría un pagaré en blanco no negociable a favor de aquella, para el evento en que se verificase la condición y CHEC no procediera a efectuar la restitución en la forma pactada. En apoyo

de tal garantía se indicó además que “Las partes aceptan y reconocen que las obligaciones que se derivan del presente contrato de compraventa, en particular la obligación de la CHEC de restituir a ISAGEN la suma mencionada en la cláusula tercera del presente contrato más sus intereses, son claras, expresas y exigibles y que en consecuencia, el mismo presta mérito ejecutivo en contra de la parte obligada que no haya satisfecho sus obligaciones, a favor de la otra que sí las haya cumplido, respecto de todas y cada una de las obligaciones aquí contenidas”.

La condición resolutoria es pues el hecho futuro e incierto al momento de celebrarse el contrato, del cual se hace pender, no la existencia y celebración del acuerdo, sino la posible extinción futura del mismo. Por ello señalaba Somarriva, que:

“Cumplida la condición resolutoria, verificado el hecho que la constituye, el derecho se resuelve o extingue. Y en virtud de la fuerza retroactiva que la ley atribuye a la condición, el derecho no solo deja de existir para el futuro, sino que también para el pasado: se considera que nunca ha existido. Las cosas vuelven al estado en que se hallaban antes de la celebración del acto jurídico y las partes deben ser colocadas en la misma situación en que se encontraban antes. Operando ipso jure no es el juez quien declara la resolución; sino las partes las que la producen por obra de su voluntad. El contrato respectivo queda resuelto sin que el juez, por su iniciativa y a pretexto de favorecer a las partes, pueda hacer revivir la relación de derecho que existió”

ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC. Tratado de derecho civil, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998, pág. 383.

(1).

De ese modo, si la condición no se verifica, se extingue o es renunciada por el acreedor en cuyo favor se pactó, el acuerdo continúa produciendo la totalidad de sus efectos, como si la condición no hubiera existido y sin que se requiera manifestación alguna para que tal consecuencia opere. Dicho de otra forma, el decaimiento, la imposibilidad o que la condición haya resultado fallida, trae como consecuencia que lo convenido quede en firme desde el mismo momento de la suscripción del negocio jurídico. La condición puede extinguirse entonces, ora por su verificación, por el reconocimiento sobre la imposibilidad de su realización o, por inequívoca actuación del acreedor que renuncia a ella (C.C., art. 1544).

5. ISAGEN conocía las condiciones asociadas al proyecto, especialmente lo relacionado con la licencia ambiental.

Encuentra el Tribunal que, aunado al hecho de ser ISAGEN un profesional de la industria, las pruebas obrantes en el expediente demuestran que dicha sociedad conoció desde un principio las vicisitudes del trámite de la licencia ambiental.

Vinculado con lo anterior, para el Tribunal, no tiene asidero jurídico alguno la tesis de ISAGEN según la cual el contrato de febrero de 2004 no guarda relación alguna con la condición resolutoria pactada en el contrato del año 2000, pues muy por el contrario, lo que se advierte es que el acuerdo del año 2004 tiene por objeto, precisamente, la transferencia a que hace referencia la

condición resolutoria consignada en el contrato del año 2000, punto sobre el que se volverá en el capítulo III (siguiente) de estas consideraciones.

Elocuente comprobación sobre el conocimiento y entendimiento que tenía ISAGEN sobre los riesgos asociados a la expedición de la licencia y su asunción de los mismos, viene dada por el hecho de que el 16 de mayo de 2003 se suscribió entre ISAGEN e HIDROMIEL el convenio interinstitucional N° 46/963, cuyo objeto era precisamente determinar “las condiciones para aportar recursos técnicos, administrativos y económicos por parte de HIDROMIEL e ISAGEN, con el fin de realizar estudios complementarios para el Proyecto de Traslase del río Guarínó...”, estudios de los que hacían parte, entre otros los “estudios complementarios requeridos para obtener la licencia ambiental del proyecto de trasvase ante el Ministerio del Medio Ambiente” (cuaderno de pruebas 4, folios 301 y ss.).

De manera concordante con ello, el 18 de junio de 2003, es decir, tan solo un mes después de suscribirse el anterior convenio, HIDROMIEL y la CHEC concurrieron a suscribir a su vez el convenio interinstitucional N° 009-03 (cuaderno de pruebas 4, folios 306 y ss.) en cuyos considerandos las partes expresamente se refirieron a la necesidad de avanzar con la obtención de la licencia ambiental, así como a la condición resolutoria pactada en el contrato del año 2.000 celebrado entre ISAGEN y CHEC.

El objeto de este convenio resulta ser casi idéntico al celebrado en mayo del mismo año entre ISAGEN e HIDROMIEL, debiendo el Tribunal llamar la atención sobre el hecho de que por virtud del contrato del año 2000, aquella sociedad era controlante de esta última.

Por virtud de este acuerdo, la CHEC se comprometió a aportar, de manera definitiva, unas determinadas sumas de dinero, precisamente por el “interés que tiene esta empresa en el licenciamiento del proyecto de trasvase del río Guarínó...” (Ibídem, folio 308).

Ahora bien, de la mayor importancia para esta decisión, en tanto demuestra el pleno conocimiento que ISAGEN tuvo todo el tiempo sobre las condiciones atinentes al trámite de la licencia ambiental del proyecto de trasvase, es el texto del párrafo tercero de la cláusula quinta del convenio en mención, donde se señaló en punto a la confidencialidad:

“La confidencialidad de la información no se hace extensiva a “ISAGEN S.A. ESP”, por ser esta una empresa que tiene interés directo en el proyecto objeto de este Convenio y de lo cual conocen las partes, y en consecuencia, ISAGEN podrá tener acceso a dicha información”.

En ejecución de este convenio, se presentaron diversos informes, denominados “AVANCE DE ACTIVIDADES” (todos ellos obrantes en el cuaderno de pruebas 4, a partir de folio 313 y hasta el folio 376 inclusive), que comprenden el período 18 de junio de 2003 a 3 de febrero de 2004, informes respecto de los que, conviene recordarlo, se autorizó expresamente que fueran conocidos por ISAGEN.

El acta de terminación del Convenio 009 entre HIDROMIEL y CHEC (Ibídem folio 377), está fechada el 18 de febrero de 2004 y en ella se dejó constancia expresa de que “el objeto del convenio y el plazo pactado se han dado”, siendo

dicha acta suscrita por ambas partes sin salvedades, luego de lo cual ISAGEN suscribió con HIDROMIEL, el acuerdo por virtud del cual adquirió la propiedad de los estudios, diseños y licencias del proyecto.

ISAGEN hacía parte del Comité Técnico del Proyecto Miel, como lo indicó el testigo Bernardo Alzate Nougues en su declaración y, de hecho, así lo manifestó CHEC a ISAGEN en comunicación fechada el 22 de mayo de 2006, visible a folio 03 del cuaderno de pruebas 1.

El punto fue admitido expresamente por el representante legal de ISAGEN quien ante este Tribunal afirmó que ISAGEN participó en los comités de HIDROMIEL directa e indirectamente, incluyendo el comité ambiental.

6. El volumen efectivamente utilizable del caudal del Río Guarinó no formaba parte de la condición resolutoria.

La realidad es que aún aceptando que el nivel del caudal de trasvase (metros cúbicos de agua x segundo) fue el motivo determinante, no del negocio de compra de las acciones sino de su mayor valor, aquella eventual causa del negocio jurídico (un mayor caudal que daría lugar a una mayor generación y a un mayor valor de las acciones) no se convirtió en estipulación contractual en la condición resolutoria, puesto que esta dependía solamente de la suscripción de un determinado negocio jurídico que no incluía el pacto expreso sobre un nivel mínimo de trasvase o de caudal.

En ese orden de ideas, el Tribunal considera necesario distinguir los motivos que llevaron a fijar un determinado valor a las acciones, que era la expectativa de un determinado caudal lo que no quedó así en el contrato, y la condición resolutoria que era solamente la existencia de un determinado negocio jurídico en el que no se incluía como parte del mismo que la licencia ambiental tuviera que autorizar un caudal determinado.

Y es que si bien el caudal futuro, en tanto elemento que podría determinar una mayor capacidad de generación, sí fue considerado para efectos de la valoración, nada demuestra que ello hubiera sido el motivo determinante del contrato de compraventa de las acciones, operación que, por el contrario, se efectuó para mejorar la situación financiera de ISAGEN con miras a una posible venta de dicha compañía. Huelga agregar, ratificando lo antedicho, que ese caudal adicional no fue incorporado a la condición, cuyos elementos son otros, ya debidamente analizados por el Tribunal.

En conclusión, si bien el Tribunal encuentra que la suma de \$9.750 millones fijada como precio de la valorización futura de las acciones de HIDROMIEL, fue determinada en función de la mayor capacidad de generación derivada de la desviación del Río Guarinó, esto es, teniendo como referente los mayores ingresos a obtener por generación a causa de unos determinados caudales adicionales que obtendría HIDROMIEL, tal como consta en el informe de la Banca de Inversión (Unión Temporal Credit Suisse First Boston, Inverlink, Booz Allen Hamilton) y en las actas de Junta Directiva de ISAGEN N° 058 del 27 de agosto de 1999 y N° 063 del 18 de enero de 2000, tal elemento no fue incorporado en la redacción de la condición resolutoria, situación que se advierte con su sola lectura.

Que el motivo de ISAGEN para el pago de ese precio adicional en la compra de las acciones de la CHEC en HIDROMIEL, hubiera sido ese, es cuestión que el Tribunal comparte. Pero para que tal causa tuviera efectos frente a la operación contractual y específicamente respecto de la condición resolutoria, menester era que se procediera a su incorporación en el texto de dicha condición, lo que no se hizo.

Así las cosas, no encuentra el Tribunal relación alguna entre la potencial mayor capacidad de generación fruto de los caudales adicionales y la condición resolutoria incorporada en el contrato, a lo que se añade el hecho de que la posibilidad de buscar una reducción del precio por tal circunstancia, fue renunciada por ISAGEN a través de actos inequívocos, que no puede ahora desconocer.

Y es que si bien podría haber invocado ISAGEN un reembolso parcial del precio pagado, como de hecho lo manifestó en comunicación fechada el 31 de julio de 2003, no es menos cierto que en contravía de tal posición, concurrió tal sociedad a suscribir, en febrero de 2004, el contrato de transferencia de los estudios y diseños del Proyecto de Desviación del Río Guarinó, sin hacer salvedad alguna al respecto, antes por el contrario manifestando en forma expresa que era conciente de que las licencias ambientales se encontraban en trámite, agregando, en manifestación inequívoca a la que el Tribunal como ya se indicó otorga la mayor trascendencia jurídica, que asumía “el riesgo de que estas (las licencias ambientales) sean otorgadas con condicionamientos o negadas”.

Para confirmar y desarrollar parte de lo que hasta aquí ha sentado el Tribunal, a continuación se hará el estudio pormenorizado de la suerte que efectivamente corrió la condición resolutoria que nos ocupa, de conformidad con los elementos probatorios arrimados al plenario.

III. ANÁLISIS DE LA SUERTE QUE CORRIÓ LA CONDICIÓN RESOLUTORIA
Partiendo del análisis que se ha hecho en torno a las estipulaciones del contrato, debe el Tribunal analizar cuál fue la suerte de la condición resolutoria pactada, asunto que atañe a la tercera pretensión principal declarativa.

1. La tercera pretensión principal declarativa.

A este respecto se observa que en el primer inciso de la cláusula tercera del contrato de compraventa de acciones celebrado el 28 de enero de 2000 entre ISAGEN y CHEC se dispuso:

“TERCERA: El precio de las acciones indicadas en la cláusula anterior es la suma de TREINTA Y SEIS MIL SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$36.075.000.000). Este valor incluye la valorización que dichas acciones tendrán si HIDROMIEL S.A. ESP le transfiere a ISAGEN los derechos de propiedad de los estudios y diseños de desviación del río Guarinó al proyecto Miel I, junto con la respectiva licencia ambiental y los permisos incluidos en ella”.

Por su parte en el segundo inciso de la cláusula tercera del mismo contrato se pactó:

“Si para el día 30 de enero del 2005 ISAGEN e HIDROMIEL no han celebrado el contrato de compraventa de los estudios y diseños del Proyecto de Desviación del Río Guarinó por no haber obtenido HIDROMIEL la licencia ambiental, la CHEC deberá restituir a ISAGEN, a más tardar el 1º de febrero del 2005, la suma de NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$9.750.000.000), más intereses equivalentes a la variación porcentual del índice de precios al consumidor para los tres últimos años, conforme se describe a continuación:...”.

En la primera de dichas estipulaciones las partes simplemente establecieron que el valor pactado incluía la valorización de las acciones si se transferían los estudios y diseños de la desviación del río Guarinó junto con la licencia ambiental. En dicha estipulación las partes no sometieron ninguna de sus obligaciones a la ocurrencia de un hecho futuro e incierto. Por consiguiente, es claro que en este pacto no existe una condición. Por el contrario, una situación distinta se presenta respecto del segundo inciso, en el cual las partes sometieron el reembolso de una suma de dinero a un evento futuro e incierto.

Así las cosas es claro que la existencia de una condición solo se predica del segundo inciso de la cláusula tercera.

Ahora bien, en relación con el alcance de esta condición son posibles dos análisis distintos, bien teniendo en cuenta su tenor literal, bien acudiendo a los antecedentes de la misma.

En primer lugar, si se acude al tenor literal del contrato, se observa que la condición consistía en que para el día 30 de enero de 2005 no se hubiese celebrado un contrato de compraventa entre ISAGEN e HIDROMIEL relativo de los estudios y diseños del Proyecto de Desviación del Río Guarinó, por no haber obtenido HIDROMIEL la licencia ambiental. Ahora bien, el artículo 1541 del Código Civil dispone que “Las condiciones deben cumplirse literalmente en la forma convenida”. Lo anterior implica que si antes de la fecha mencionada se celebró el contrato entre ISAGEN e HIDROMIEL para la transferencia de los estudios y diseños, no se cumplió la condición resolutoria prevista.

En el presente caso está acreditado que ISAGEN e HIDROMIEL celebraron el 3 de febrero de 2004 el “CONTRATO DE COMPRAVENTA N° 46/1282”, cuyo objeto es el siguiente (folio 1 del cuaderno de pruebas 1):

“PRIMERA. Objeto. LA VENDEDORA vende a título de compraventa a LA COMPRADORA y esta compra a LA VENDEDORA el derecho de propiedad sobre los estudios y diseños que hasta la fecha se han realizado y los que están contratados como se indica en el anexo respectivo, así como la propiedad sobre las licencias ambientales y permisos que actualmente se encuentran en trámite, al igual que los equipos de medición hidroclimática que son propiedad de LA VENDEDORA, instalados en el área de influencia de los proyectos: ‘1. Tránsito del Río Guarinó al Embalse de Miel I’...”.

En la cláusula cuarta de dicho contrato se estableció que el valor estimado del mismo era la suma de \$ 2.854.000.000, que se pagaría en la forma indicada en dicha cláusula.

Así las cosas, con anterioridad a la fecha prevista, esto es, al 30 de enero de 2005, se celebró el contrato de transferencia de los estudios y diseños al que se hacía referencia en el contrato de compraventa de acciones del 28 de enero de 2000, lo cual determina que la condición resolutoria negativa no se pueda ya cumplir, esto es, se trata de una condición resolutoria fallida.

Debe observarse que de conformidad con el tenor literal del contrato de compraventa de acciones celebrado entre ISAGEN y CHEC, tal como pactaron las partes, la condición no estaba constituida por el no otorgamiento de la licencia ambiental, sino por el hecho de no celebrar el contrato de transferencia de los estudios y diseños por razón del no otorgamiento de la licencia ambiental.

Por consiguiente, el solo hecho de que no se otorgara la licencia ambiental en una fecha específica no determinaba que se cumpliera la condición, si en todo caso se celebraba el contrato para transferir los estudios y diseños. Ello no significa que se desconozca la importancia de la licencia ambiental para desarrollar un proyecto de esta naturaleza, sino que en razón de lo pactado por las partes, serían ISAGEN e HIDROMIEL, las que decidirían si celebraban o no el contrato de transferencia de los estudios y diseños, ante el hecho de que todavía no se había otorgado la licencia ambiental. Si ISAGEN decidía no celebrar el contrato de compraventa por el no otorgamiento de la licencia ambiental en la fecha prevista en el contrato de compraventa de acciones, se cumplía la condición. Por el contrario, si celebraba el contrato para que se le transfirieran los estudios y diseños, a pesar de que no se hubiese otorgado la licencia, no se cumplía la condición. Lo anterior implicaba desde el punto de vista de ISAGEN, un análisis de la conveniencia sobre la celebración del contrato para adquirir los estudios y diseños a pesar de no contar aún con la licencia ambiental.

Ahora bien, como ya se vio, ISAGEN celebró el contrato con HIDROMIEL para la transferencia de tales estudios y diseños y al hacerlo eliminó la posibilidad de que se cumpliera la condición resolutoria en la forma como fue literalmente pactada.

En segundo lugar, la parte demandante señala que no se puede aplicar literalmente el segundo inciso de la cláusula tercera del contrato de compraventa de acciones pues la condición resolutoria consistía, según expresa en su alegato “en la no obtención por parte de ISAGEN de los estudios y diseños de desviación del río Guarinó junto con la respectiva licencia ambiental y los permisos incluidos en ella, en un plazo máximo de cinco años”. Para tal propósito invoca el primer inciso de la cláusula tercera del contrato de compraventa de acciones celebrado entre ISAGEN y CHEC, el interrogatorio de parte del representante legal de CHEC, las autorizaciones para celebrar el contrato de compraventa impartidas tanto por la junta directiva de ISAGEN como por la asamblea de accionistas de CHEC y las declaraciones de varios testigos.

A este respecto no sobra recordar que cuando se trata de contratos celebrados a través de un representante es la voluntad de este la que da lugar a la formación del contrato. Por consiguiente, es ella la que permite determinar la común intención de los contratantes. Las autorizaciones que otorgan los órganos directivos de una sociedad, son en algunos casos un presupuesto para que el representante legal pueda actuar, pero en manera alguna sustituyen la voluntad del representante. Lo cual no impide que la voluntad de quienes autorizaron la operación pueda servir para interpretar la voluntad común de las partes. Ahora bien, observa el Tribunal que en su declaración de parte (folios 747 a 765 del cuaderno de pruebas 3) el representante legal de CHEC expresó:

“... yo entiendo que las partes, porque había una duda de cuánto tiempo se iba a demorar esa licencia en salir, las partes acuerdan que si esa licencia no sale, que si esos estudios, que si esos estudios y esa licencia no salen, pues la CHEC devuelve la plata”.

DR. MANTILLA: Dígame si es cierto o no, que la voluntad de la junta directiva fue establecer un plazo de 5 años dentro del cual de no obtenerse la licencia ambiental se debería devolver el mayor valor pagado por las acciones que correspondían al transvase del Río Guarinó?”

“SR. SEIDEL: Bueno la respuesta sería por lo que yo entiendo de la lectura de los diferentes documentos podría concluir que no es completamente cierto, que eso estaba ligado a otras condiciones, como la firma del contrato entre ISAGEN e HIDROMIEL, eso es lo que yo entiendo”.

Vale la pena aclarar que tal como se aprecia en su declaración, el dicho del representante legal de la CHEC no se refiere a la intención de su representada en el momento de celebrar el contrato, sino a su interpretación sobre el alcance de dicha negociación, de acuerdo con los documentos que le fueron presentados.

Por otra parte, en su declaración el doctor Luis Carlos Valenzuela se refirió a la importancia de la licencia ambiental para desarrollar un proyecto hidroeléctrico y al hacer referencia en general al negocio señaló que en el presente caso “se está comprando un contingente” y “siempre hay un disparador para que ese contingente o no sea parte del balance, es decir no tiene valor o sí sea parte del balance, el disparador acá es una licencia ambiental”. Agregó así mismo “lo que al leerlo insisto hace sentido es cuál es el condicionante para devolver o no la plata y el disparador que llevaba esa cuenta al balance tiene valor real, se diera o no se diera, no se dio, como cuando yo tengo un pasivo laboral”.

Igualmente expresó: PREGUNTA: “En una respuesta que dio el Dr. Luís Carlos hablaba de la existencia de un disparador para efectos de darle la valoración o la no valoración al negocio. En este caso el disparador ¿cuál era?”

RESPUESTA: “la licencia. La aprobación o no aprobación de la licencia. Mientras la licencia no estuviese o no fuese aprobada, Guarinó tiene valor cero. En la medida en que la licencia fuera aprobada, o hay un máximo de valor o si tiene restricciones pues un menor valor. Por eso hacía referencia. Es contingente porque al activo solo entra lo que es un derecho, un derecho que tenga una rentabilidad económica. Esa rentabilidad económica la da la licencia. La licencia es probablemente la más importante de las condiciones precedentes”.

Adicionalmente, el señor Felipe Riveira (folios 780 y 783 del cuaderno de pruebas 3) expresó: “Después de un proceso como cualquier negociación, largo y complejo, se negocia algo similar más no igual a lo que al final lo que se hace es decir se paga un valor por las acciones de la empresa y adicionalmente se paga un valor por el proyecto Guarinó sujeto al cumplimiento de la factibilidad del proyecto, dada principalmente por la aprobación de la licencia ambiental, y se hace un pago anticipado de ese proyecto en el evento en que eso se diera, si no se hace una devolución ante el no cumplimiento del proyecto del Río Guarinó”. Así mismo expresó: “DR. MANTILLA: La pregunta es si la justificación del pago de los \$5.000.000 de dólares era la factibilidad futura del proyecto, encarnada en una licencia ambiental? SR. RIVEIRA: Sí estaba encarnada en una licencia ambiental y en un paquete del proyecto completo donde estuvieran los estudios para desarrollarse el proyecto pero incluía la obtención de una licencia ambiental, incluso en algún momento se tenía algún tipo de temor porque la licencia ambiental no es binaria, no es o la apruebo o no la apruebo, en algún momento se llegó a mirar el tema de qué pasa si hay ciertos condicionamientos adicionales en la licencia ambiental tema que al final quedó condicionado a la existencia de la licencia”.

Por otra parte, en el ata correspondiente a la sesión 063 del 18 de enero de 2000 de la Junta Directiva de ISAGEN se expresa (folio 30 del cuaderno de pruebas 1):

“La junta directiva autoriza a la administración para que se realice la compra de las acciones de CHEC en HIDROMIEL, con las siguientes condiciones:

— US\$ 13.5 millones, más

— Máximo \$9.800 millones de pesos.

“Este pago de \$9.800 millones de pesos se haría efectivo de inmediato y en caso de que el 30 de enero del año 2005, HIDROMIEL S.A. no haya traspasado a ISAGEN los estudios, diseños y la licencia ambiental y los permisos incluidos en ella, relacionados con las obras necesarias para la desviación del río Guarinó al proyecto Miel I, la CHEC se obliga a devolver a ISAGEN dichos dineros, en las condiciones económicas que se indican a continuación...” (Se subraya)

Adicionalmente, en el ata 50 de la Asamblea de Accionistas de CHEC celebrada el 20 de enero del 2000 (folio 799 del cuaderno de pruebas 3), se expresa que la Junta Directiva recomendó a la asamblea autorizar al representante legal de CHEC para que vendiera las acciones que poseía en la sociedad HIDROMIEL, por US \$ 13.500.000, más la suma de \$9.750.000.000 “por concepto del beneficio que el corresponde a CHEC como accionista de HIDROMIEL, en razón del contrato de compraventa a suscribirse entre ISAGEN S.A. ESP e HIDROMIEL S.A. ESP en relación con los estudios y diseños del Proyecto de Desviación del Río Guarinó al Proyecto Miel I, junto con la respectiva licencia ambiental y los permisos incluidos en ella. La suma recibida por CHEC por el último concepto indicado será devuelta a ISAGEN en caso de no obtenerse la licencia ambiental, devolución que se realizará al cabo de cinco años...”.

De este modo, las autorizaciones impartidas por los órganos societarios de ISAGEN y CHEC para celebrar el contrato de compraventa, partían de la base de que si la licencia ambiental no se transfería o si no se obtenía dentro del plazo de cinco años debería restituirse el precio pagado por razón del mayor

valor generado por el trasvase del río Guarinó. De lo anterior podría concluirse que la intención de quienes participaron en la discusión previa a la celebración del contrato era que la condición resolutoria operara en caso de que no se celebrara el contrato para transferir los estudios y diseños, así como la licencia ambiental. Si se parte de dicha interpretación se observa lo siguiente:

De una parte, en la cláusula segunda del contrato celebrado entre HIDROMIEL e ISAGEN el 3 de febrero de 2004 se previó (folio 1 del cuaderno de pruebas 1) que la vendedora se obligaba a hacer todos los trámites para que las licencias y permisos se expidieran a la Compradora y, así mismo, se obligó a ceder las licencias y permisos que se expidieran a su nombre.

Ahora bien, efectivamente los derechos correspondientes a la licencia ambiental se transfirieron a ISAGEN. En efecto, si bien inicialmente por Resolución 359 de 2004 la licencia fue expedida por la autoridad ambiental a favor de HIDROMIEL, por Resolución 405 de 2004, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial aclaró que el titular de la licencia sería ISAGEN. De esta manera todos los derechos relativos a la licencia ambiental fueron transferidos a ISAGEN.

A lo anterior se agrega que si se confronta la redacción del contrato que se celebró entre HIDROMIEL e ISAGEN para transferir los estudios y diseños relativos al trasvase del río Guarinó el 3 de febrero de 2004, con la determinación de la Junta Directiva de ISAGEN que autorizó el contrato de compraventa de las acciones, tal como consta en el acta respectiva, se encuentra que en el contrato de 3 de febrero de 2004 se convino transferir “los estudios y diseños que hasta la fecha se han realizado y los que están contratados como se indica en el anexo respectivo, así como la propiedad de sobre las licencias ambientales y permisos que actualmente se encuentran en trámite”. Esta redacción corresponde a lo que precisamente había autorizado la Junta Directiva de ISAGEN, pues está había previsto la restitución de una parte del precio si para el 30 de enero de 2005 HIDROMIEL S.A. no había “traspasado a ISAGEN los estudios, diseños y la licencia ambiental y los permisos incluidos en ella”. Lo anterior permite concluir que para ISAGEN lo que se pactaba en este último contrato del 3 de febrero de 2004 correspondía a lo que había autorizado su Junta Directiva al aprobar el contrato con CHEC, y fue precisamente como consecuencia de lo anterior que, como se vio, ISAGEN se convirtió en titular de la licencia.

De este modo, antes del 30 de enero de 2005, ISAGEN se convirtió en titular de la licencia ambiental. Si bien la resolución que otorgó la licencia ambiental fue objeto de recursos por distintas personas, incluyendo ISAGEN, los que solo fueron decididos por Resolución 684 de 2006, que confirmó el otorgamiento de la licencia, lo cierto es que desde 2004, ISAGEN aparecía como titular de la licencia en trámite. A lo anterior vale la pena agregar que en el contrato de 3 de febrero de 2003 ISAGEN e HIDROMIEL estipularon:

“SEXTA: DECLARACIÓN DE LA COMPRADORA: LA COMPRADORA declara que conoce los términos básicos de los proyectos, de las solicitudes de otorgamiento de las respectivas licencias y permisos ambientales, de los correspondientes Estudios de Impacto ambiental y del estado actual de los

respectivos trámites ante las autoridades ambientales, y acepta su estado y contenido. Por tanto, LA COMPRADORA es consciente de que las licencias ambientales de ambos proyectos se encuentran en trámite, y asume el riesgo de que estas sean otorgadas y con condicionamientos o negadas". (Se subraya).

Como se puede apreciar, en dicho contrato ISAGEN declaró conocer el estado de las respectivas licencias y por ello asumió el riesgo de que las mismas fueran otorgadas con condicionamientos o fueran negadas.

Desde este punto de vista para el Tribunal es evidente que al celebrarse el contrato de compraventa entre ISAGEN e HIDROMIEL, ISAGEN asumió el riesgo de la licencia ambiental, lo cual implica que para ella era claro que no podía ya invocar la condición resolutoria del pago realizado.

A este respecto debe observar el Tribunal que el demandante sostiene que lo expresado en dicho contrato no puede invocarse, en razón del principio del efecto relativo de los contratos. Sobre el particular considera el Tribunal lo siguiente.

En estricto sentido el principio del efecto relativo del contrato significa que el contrato no genera derechos ni obligaciones para personas distintas a aquellas que son partes del mismo. Sin embargo, aclara la doctrina que dicho principio no significa que el contrato no pueda tener algunos efectos frente a terceros, pues el contrato y la situación que de él surge son hechos que como tales son oponibles frente a terceros y que estos pueden invocar François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette. *Droit Civil. Les Obligations*. Dalloz. París. 2005. No. 492; Jacques Ghestin, Christophe Jamón y Marc Billiau. *Traite de Droit Civil. Le Contrat. Effets*. 2ª ed LGDJ. París 1994, No 325, quienes señalan que es un principio aceptado por la totalidad de la doctrina.

(2). Es por ello que el poseedor puede invocar frente al dueño de una cosa el contrato traslativo por el cual el poseedor esperaba adquirir el bien, para así obtener que se le aplique la prescripción ordinaria y no la extraordinaria. Es por la misma razón que en el derecho contemporáneo se reconoce la posibilidad de que exista responsabilidad de un tercero cuando este intencionalmente impide la ejecución de un contrato ajeno o se vuelve cómplice de su incumplimiento, por la violación del deber de respetar los derechos ajenos François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette. *Ob. cit.* No. 494.

(3). Así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia Colombiana Sentencia del 19 de febrero de 1999, expediente 5099.

(4).

Igualmente el tercero puede hacer referencia a un contrato del cual no es parte, cuando el incumplimiento de dicho contrato le ha causado un daño, para entonces reclamar perjuicios de quien estaba obligado por virtud de tal contrato (como por ejemplo, cuando el bien vendido tenía defectos que le causan un perjuicio al tercero o cuando este sufre un daño en un ascensor por el incumplimiento del mantenimiento que una persona se obligó a realizar por un contrato celebrado con otro).

También se ha señalado que los contratos pueden ser utilizados como elementos de prueba, pues los elementos contenidos en el mismo pueden servir de prueba de hechos que interesen a terceros (por ejemplo, el estado en que se encontraba un determinado bien, etc.).

A lo anterior se agrega que cuando dos contratos se encuentran coligados o entre ellos existe algún vínculo, las partes han querido que entre dichos contratos exista una relación, lo que implica por su naturaleza que lo que se disponga en uno de dichos contratos tiene influencia en el otro, así dichos contratos no tengan las mismas partes.

En el presente caso, es claro que aun cuando CHEC no es parte en el contrato entre ISAGEN e HIDROMIEL, el mismo existe para aquella como un hecho que puede invocar. Lo anterior con mayor razón si se tiene en cuenta que en el contrato de compraventa de las acciones emitidas por HIDROMIEL celebrado entre ISAGEN y CHEC se había contemplado como condición la no celebración del contrato entre ISAGEN e HIDROMIEL, lo que determinaba necesariamente que las partes establecieron un vínculo entre dichos contratos.

Bajo esta perspectiva, como ya se dijo, en el contrato celebrado entre HIDROMIEL e ISAGEN se expresó que esta última “es consciente de que las licencias ambientales de ambos proyectos se encuentran en trámite, y asume el riesgo de que estas sean otorgadas y con condicionamientos o negadas”. Si como se vio, la condición consistía en la celebración de un contrato para la transferencia de los estudios y diseños, lo cual, según ISAGEN, implicaba el otorgamiento de la licencia respectiva, es claro que no puede desconocerse el hecho de que en el contrato celebrado el 3 de febrero de 2004, ISAGEN se convirtió en cesionario de los derechos respecto de la licencia y manifestó asumir el riesgo de la licencia.

A lo anterior vale la pena agregar, desde otra perspectiva, que el artículo 1544 del Código Civil prevé la posibilidad de que el acreedor renuncie a la condición resolutoria, cuando haya sido puesta en su favor exclusivamente. La renuncia es un acto que consiste en la manifestación de voluntad de quien la hace, es por ello un acto jurídico unilateral, y puede ser tanto expresa como deducirse de las circunstancias, pues la ley no estableció formalidad alguna y salvo los casos en que la ley exige una declaración expresa tienen igual valor la declaración expresa y la tácita

Jacques Ghestin. *Traité de Droit Civil. Le contrat*. 1ª ed LGDJ. París 1980, número 288.

(5). La renuncia tácita ocurrirá cuando la conducta que se asume es claramente contraria a la que correspondería realizar de querer hacer valer la condición. Esta renuncia puede producirse antes o después de que se cumpla la condición

Máximo Bianca. *Derecho Civil. El Contrato*. 1ed Universidad Externado de Colombia. Bogotá 2007, nota 114, quien cita una sentencia de la Corte Italiana en tal sentido.

(6).

Es claro por consiguiente que la renuncia a una condición resolutoria puede derivarse de un acto del solo acreedor o de un contrato que el acreedor celebra con un tercero, particularmente si es a este contrato al que alude la condición.

Desde este punto de vista en el presente caso es evidente la renuncia a la condición, si se tiene en cuenta que de aceptar la tesis de la demandante, la condición consistiría en que no se celebrara entre HIDROMIEL e ISAGEN el contrato para transferir la licencia, los estudios y diseños, y precisamente se celebró el contrato para transferir la licencia en curso, los estudios y diseños.

De esta manera coincide el Tribunal con el señor agente del Ministerio Público en el sentido que si la condición hacía referencia al otorgamiento de la licencia ambiental ella “se desvirtuó de manera total con la manifestación contenida en la cláusula sexta asumiendo el riesgo de que estas fueran otorgadas con condicionamientos y aún negadas” (p. 18 del concepto del agente del Ministerio Público).

Por lo que acaba de exponerse, el Tribunal tendrá que declarar la prosperidad de la excepción que la demandada rotuló “Falta absoluta de causa para impetrar la acción”, la que resulta evidente ante el decaimiento o renuncia de la condición resolutoria por actos propios de la demandante, parte acreedora en la condición que resultó fallida. Por todo lo anterior considera el Tribunal que la pretensión tercera principal no está llamada a prosperar, por lo cual debe estudiarse la primera pretensión subsidiaria de dicha pretensión tercera principal.

2. La primera pretensión subsidiaria de la tercera principal declarativa.

En su demanda ISAGEN formula como pretensión primera subsidiaria de la tercera principal declarativa la siguiente:

“Declárese que en el contrato de compraventa de acciones, había un vicio oculto en la valorización de las acciones de HIDROMIEL, ordénese la reducción del pago de NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$9.750.000.000) al justo precio ordenado por el H. Tribunal y ordénense las restituciones a que haya lugar, incluyendo el pago de corrección monetaria e intereses remuneratorios y moratorios”.

Para decidir esta pretensión considera necesario el Tribunal señalar lo siguiente. De conformidad con los artículos 1915 del Código Civil y 934 del Código de Comercio para que existan vicios ocultos se requiere que se reúnan tres condiciones: que los vicios sean graves, que tengan causa anterior a la venta y que sean ocultos. En todo caso, frente a estos requisitos lo primero que debe tenerse en cuenta es que debe existir un vicio.

En relación con la existencia de un vicio de esta naturaleza hay dos grandes orientaciones en la doctrina: la conceptual o material y la funcional o contractual

Al respecto Jacques Ghestin. *Conformité et Garanties dans la vente*. Ed. LGDJ. Paris, 1983, página 16. Jacques Ghestin. Bernard Desché. *Traité de Contrats. La Vente*. Ed. LGDJ. 1990, número 723. Igualmente ver la exposición de las

dos corrientes en Dening. La Compraventa. Ed Revista de Derecho Privado 1957, páginas 387 y 388.

(7). De acuerdo con la concepción material hay un vicio cuando la cosa tiene un defecto material

Ver en tal sentido Domenico Rubino. La Compravendita. En el Trattato de Diritto Civile e Commerciale de Cicu y Messineo. 2 Ed Giuffrè. Milano 1962.

(8). En efecto, la cosa está dañada, derruida o averiada. Por el contrario, en la concepción funcional o contractual lo fundamental es que la cosa no puede cumplir la función para la cual está destinada (definición funcional) o para la cual la adquiere el comprador (definición contractual). Si bien la concepción original de la institución de los vicios ocultos es la concepción material, los tribunales de diversos países han optado en múltiples casos por aplicar una concepción funcional. En Colombia la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no ha asumido una posición sobre el particular. En el caso de bienes como las acciones podría entonces examinarse los vicios desde una perspectiva funcional. Ahora bien, en cuanto a las calidades que debe reunir el vicio para que se tenga en cuenta la institución de los vicios ocultos, se encuentra lo siguiente: el vicio debe ser grave lo que significa, de conformidad con el artículo 934 del Código de Comercio, que la cosa sea impropia para su natural destinación o para el fin previsto en el contrato. En este mismo sentido el Código Civil señala que el vicio es grave “cuando la cosa vendida no sirva para su uso natural, o solo sirva imperfectamente, de manera que sea de presumir que conociéndolos el comprador no la hubiera comprado o la hubiera comprado a mucho menos precio”.

Por otra parte, el vicio debe ser oculto lo que significa, de acuerdo con el artículo 934 del Código de Comercio, que el comprador los haya ignorado sin culpa.

Finalmente, el vicio debe existir al tiempo del contrato.

Desde esta perspectiva si se analiza el contrato que se celebró el 28 de enero de 2000, se encuentra que el mismo tenía por objeto las acciones emitidas por HIDROMIEL de propiedad de CHEC. Luego los requisitos de los vicios ocultos deben examinarse respecto de dichas acciones. Así las cosas, no encuentra el Tribunal que los problemas que se plantearon con la licencia ambiental constituyan un vicio de las acciones. En efecto, a falta de licencia ambiental no determina que las acciones no sirvan para aquello para lo cual están destinadas, de tal manera que no se hubiesen comprado o se hubiesen comprado por mucho menos precio. A este respecto es pertinente recordar que la Corte de Casación Francesa consideró que en la venta de unas acciones, incluso si constituyen un porcentaje de control en una sociedad, la no revelación de un pasivo o de una deuda social no constituye un vicio oculto, pues no es un defecto de la cosa vendida en sí misma

Sentencia del 4 de junio de 1996 Citada por Philippe Le Tourneau y Loic Cadiet. Droit de la Responsabilité et des Contrats. Ed. Dalloz. Paris 2000, número 4809. En un sentido semejante y haciendo referencia a una sentencia de 1990: Jacques Ghestin y Bernard Desche. Traité des Contrats. La Vente. Ed. LGDJ París 1990, número 726.

(9).

A lo anterior se puede agregar que el vicio oculto hace referencia a las calidades que las partes esperan de una cosa para su uso y precisamente, la posibilidad de realizar o no el trasvase de un río, y el volumen de dicho trasvase, no es una calidad de las acciones que se negociaron.

Por otra parte, el vicio no es oculto, pues cuando las partes celebraron el contrato y pactaron el precio contemplaron la forma como incidiría en el contrato la no transferencia de los estudios y diseños y la licencia ambiental. Lo anterior implica que el riesgo de la licencia ambiental ya había sido considerado por las partes. En este punto conviene destacar que en el acta 063 del 18 de enero de 2000 de la Junta Directiva de ISAGEN (folio 30 del cuaderno de pruebas 1) se expresa:

“Respecto de Guarinó, se pueden presentar algunos eventos al momento de ser otorgada la licencia, como que sean muchos los condicionamientos que se exijan por la autoridad ambiental, considerando entre estos el caudal ecológico que dependiendo de los metros cúbicos que se ordene dejar pasar no haga atractivo el proyecto, circunstancias estas que podrían dar lugar al condicionamiento del pago a que se otorgue la licencia o al menos a que se realice la privatización de ISAGEN”.

En la misma acta después de que la Junta impartió la autorización respectiva consta:

“En la negociación que se haga para tal fin, deberá intentarse que el reembolso de hasta \$9.800 millones de pesos, esté condicionado a que las condiciones de la licencia no hagan inviable la desviación o al menos a que esté condicionado a la privatización de ISAGEN. En cualquier caso la Junta Directiva autoriza la compra”. (Se subraya).

Como se ve, la Junta Directiva de ISAGEN era plenamente consciente de la posibilidad de que no se dieran las autorizaciones ambientales en la forma en que se había previsto.

Adicionalmente, de la prueba testimonial se desprende que por la época en que se celebró el contrato de compraventa ya se conocía la posibilidad de que al otorgarse la licencia ambiental se redujera el volumen de agua disponible. En efecto, en su declaración el señor Felipe Riveira señaló (folio 783 del cuaderno de pruebas 3): “... incluso en algún momento se tenía algún tipo de temor porque la licencia ambiental no es binaria, no es o la apruebo o no la apruebo, en algún momento se llegó a mirar el tema de qué pasa si hay ciertos condicionamientos adicionales en la licencia ambiental tema que al final quedó condicionado a la existencia de la licencia”.

Igualmente el testigo José Bernardo Alzate Nougues señaló en su declaración que desde que se expidió la licencia ambiental para el proyecto Miel 2 en 1996, la autoridad ambiental solicitó “que ese proyecto estudiara la temática de caudales ecológicos y lo dejó condicionado a eso”. Igualmente señala que entre 1996 y 2004 se generó un intercambio con el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial sobre este tema.

En particular el señor Alzate al ser preguntado si en enero del año 2000 se podía anticipar que la autoridad ambiental reduciría los caudales disponibles, expresó lo siguiente:

“DR. ESPINOSA: Eso me lleva a mí a otra pregunta y es en enero del año 2000 cuando se efectúa la venta de HIDROMIEL las acciones que tenía CHEC en HIDROMIEL para ser exactos, resultados para ustedes previsibles, había una reducción de los caudales disponible para el transvase? O sea, ustedes podían anticipar la autoridad ambiental si iba a reducir adicionalmente los caudales disponibles?

“SR. ALZATE: Para José Bernardo Alzate sí claro.

“DR. PEÑA: Para un experto eso era previsible?

“SR. ALZATE: Sí”.

Igualmente al ser preguntado acerca de si ISAGEN conocía tales circunstancias expresó:

“DR. ESPINOSA: Déjeme y yo reviso la pregunta del doctor Castañeda porque veo que el Tribunal tiene enorme interés en ese punto. ISAGEN conocía antes de enero del año 2000 la problemática asociada a la posibilidad de tener que incrementar, los caudales ecológicos para ser viable la licencia de transvase ecológico del Guarinó? Sí o no.

“SR. ALZATE: Yo diría que sí. Todos conocíamos.

“DR. ESPINOSA: Lo dice con fundamento en que.

“SR. ALZATE: Lo digo con fundamento en los diferentes autos que iban saliendo del desarrollo del licenciamiento, con la, aunque yo no estuve personalmente pues, leí el acta con la audiencia pública que se realizó en la Dorada. Entonces, eso daba señales de que el tema iba para largo, de que el tema había que revisarlo y profundizar los estudios, si queríamos un proyecto licenciado”.

Para el Tribunal lo anterior es suficiente para concluir que no se dan los presupuestos, ni normativos, ni fácticos, ni probatorios, para que pueda aceptarse la existencia de un vicio oculto en el objeto de la compraventa que nos ocupa, y es la carencia total de aquellos elementos la que abre paso, nuevamente, a la excepción que la demandada enunció de manera expresa como la “Falta absoluta de causa para impetrar la acción” que encuentra prosperidad, y así lo consignará el Tribunal en la parte resolutive.

Por todo lo anterior es claro que la primera pretensión subsidiaria no puede tampoco prosperar y es necesario avocar el estudio de la segunda pretensión subsidiaria de la tercera principal declarativa.

3. La segunda pretensión subsidiaria de la tercera principal declarativa.

En su segunda pretensión subsidiaria de la tercera principal, la demandante solicita que se declare “la nulidad relativa del pago de la suma de NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$9.750.000.000) correspondiente a la valorización declarada en la cláusula tercera del contrato de compraventa de acciones y ordénese su restitución, incluidos los intereses remuneratorios, moratorios y corrección monetaria”.

En relación con esta pretensión llama la atención, en primer lugar, la forma como la misma está redactada. En efecto, en ella no se pide la nulidad relativa del contrato de compraventa de acciones sino “la nulidad relativa del pago”. Desde esta perspectiva es entonces pertinente preguntarse si es posible aplicar las reglas de las nulidades a los pagos.

En la doctrina se ha discutido la naturaleza del pago y si el mismo constituye un acto jurídico que pueda ser impugnado por las causas aplicables a dichos actos Ver por ejemplo François Terré, Philippe Simler e Yves Lequette. Droit Civil. Les Obligations. 9ª ed Dalloz. Paris. 2005, número 1315.

(10). En este sentido Guillermo Ospina Fernández señalaba que el pago “por regla general, constituye un acto jurídico de la especie de las convenciones” Régimen General de las Obligaciones. Ed. Temis. Bogotá, 1976, página 413.

(11). Por su parte, Álvaro Pérez Vives hacía referencia a las discusiones que existían sobre la materia en la doctrina germánica, para concluir que el pago puede revestir el carácter de un simple hecho o acto material, como es prestar un servicio o entregar materialmente una cosa, sin transferir el dominio, “o puede consistir en un acto jurídico: tradición, suscripción de un contrato o constitución de una obligación”

Teoría General de las Obligaciones. Ed. Universidad Nacional. Bogotá, 1957, Volumen 3, página 322.

(12).

Por su parte el Código de Comercio dispone en su artículo 878 que “Cuando el pago constituya un negocio jurídico, será susceptible de impugnación por las mismas causas que los demás negocios jurídicos”. Como se puede apreciar, el código adoptó una concepción análoga a la del doctor Pérez Vives, quien fue uno de sus redactores. En esta medida, el pago que implique la tradición de una cosa, constituye un acto jurídico susceptible de ser impugnado por las mismas causas de los demás actos jurídicos. En el presente caso, en la medida en que el pago implica la transferencia de una suma de dinero, ha de concluirse que el mismo puede ser impugnado por las causales de nulidad de los actos jurídicos.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 1741 del Código Civil son causales de nulidad relativa, cualquier otro vicio distinto a los consagrados por la ley como causal de nulidad absoluta. Lo anterior determina que la nulidad relativa opera fundamentalmente por vicios del consentimiento e incapacidad relativa. En el mismo sentido el Código de Comercio establece en su artículo 900 que “Será anulable el negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y el que haya sido consentido por error, fuerza o dolo, conforme al Código Civil”.

Desde esta perspectiva se observa que en su demanda la convocante no precisa claramente cuál de estos vicios afectaría el pago realizado. En su alegato de conclusión funda su acusación en que ISAGEN entendía que lo que daba lugar a la restitución de la suma pagada era que no se obtuviera la licencia ambiental para el proyecto de trasvase del río Guarinó y, por su parte, CHEC entendía que la condición era simplemente que ISAGEN no firmara un contrato de compra de estudios y diseños de desviación del río Guarinó, de donde concluye el apoderado de ISAGEN que si se acepta que esa era la intención de CHEC, las partes incurrieron en un error respecto de la condición y, por consiguiente, el pago que se hizo en virtud de dicho error es nulo.

Sobre el punto observa el Tribunal que en toda demanda deben incluirse los hechos que fundamentan las pretensiones, para permitirle al demandado

conocer no solo lo que se pretende sino aquello en lo que se funda, pues de otra manera se afectaría su derecho de defensa. Es por ello que tales hechos delimitan el proceso. En tal sentido el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil dispone que “La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla...” y agrega que “No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en esta”.

Con base en dicho precepto la Corte Suprema de Justicia ha señalado que Sentencia de la Sala Civil del 24 de septiembre de 2001 Expediente No. 5876 (13) “Han puntualizado la jurisprudencia y la doctrina que el defecto del fallo en comento, puede revestir tres modalidades, a saber: 1ª cuando en la sentencia se provee en exceso respecto de lo pedido, sin que el juzgador estuviese facultado oficiosamente para hacerlo (ultra petita); 2ª cuando en la sentencia se omite decidir sobre alguna de las pretensiones o de las excepciones formuladas (mínima petita); y, 3ª cuando en la sentencia se deciden puntos que no han sido objeto del litigio, o con apoyo en unos hechos diferentes a los invocados por las partes (extra petita)”. (Se subraya).

Agregó la Corte que “...el litigio debe definirse con apoyo exclusivo en los hechos invocados por los contendientes en la demanda y en su contestación, pues la falta de esa conformidad también rompe el principio de la congruencia, según reforma que al artículo 305 introdujo el Decreto 2282 de 1989”. (Se subraya).

Finalmente, la Corte Suprema de Justicia ha enseñado Sentencia de la Sala Civil del 12 de agosto de 2005, Exp. No. 1995-09714-01, reiterada en la del 15 de diciembre de 2005, Exp. No. 680013103003-1996-19728-02.

(14) que “el principio de congruencia constituye un verdadero límite de competencia para la función decisoria del juez, al propender porque cuando se desate un conflicto, el fallo definitorio no se pronuncie sobre más (ultra petita), menos (mínima petita) o algo diferente (extra petita) de lo que fue reclamado por las partes, en tanto ello además de representar un proceder inconsulto y desmedido, podría aparejar la vulneración del derecho a la defensa de los demandados, quienes a pesar de avenirse a los derroteros que demarca la discusión dialéctica ventilada en el juicio, se hallarían ante un decisión definitoria sorpresiva que, por su mismo carácter subitáneo e intempestivo, no pudieron controvertir”.

En este caso en ninguno de los hechos de la demanda existe referencia al error que se invoca en el alegato de conclusión, lo cual determina la imposibilidad de acceder a la pretensión subsidiaria.

No obstante lo anterior, en todo caso observa el Tribunal que el error que invoca el actor no sería un error respecto del pago en sí mismo, sino de la estipulación contractual que dio lugar a dicho pago.

Ahora bien, no todo error vicia el consentimiento, sino solo aquellos que la ley establece como tales y con esos efectos. Como lo ha señalado la Corte citando a Colin y Capitant, el error es una representación falsa o inexacta de la realidad

Sentencia del 28 de febrero de 1936 GJ tomo 43, página 534.

(15). De esta manera, el error supone, como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, probar que se tuvo determinada creencia, que esa creencia no correspondió a una realidad y que dicha creencia errónea fue determinante

Sentencia del 25 de agosto de 1936 GJ tomo 44, página 425.
(16).

En cuanto a la estipulación en que se incluyó la condición no encuentra el Tribunal que se haya demostrado que el sentido del contrato fuera distinto para las dos partes en el momento de su celebración. En efecto, si se toma en cuenta el tenor literal del contrato, se encuentra que no se ha acreditado que los representantes legales de las dos sociedades contratantes hubieran entendido de manera distinta el contrato en el momento de su celebración. Igualmente, si se parte de lo que los órganos directivos de la sociedad autorizaron tampoco se observa dicha discrepancia. Lo que realmente ha ocurrido es que en la ejecución del contrato se presentó una controversia sobre el significado que debía tener aquello que las partes pactaron, lo cual no acredita por sí mismo un error.

No sobra señalar que la doctrina ha hecho referencia a las cargas de la autonomía privada, entre las que se encuentra la de claridad. Las partes deben procurar que su manifestación de voluntad quede reflejada tal y como ella existe pues, de otra manera, asumen el riesgo de la interpretación de la misma. Por lo demás no podría existir vicio del consentimiento por error en el objeto del contrato (arts. 1508 a 1503, C.C.), en punto específicamente del precio pagado teniendo en cuenta el proyecto de trasvase, pues como en esta decisión se señala en varios apartes, ISAGEN conocía todos los pormenores y riesgos asociados a las licencias, a lo que se suma su renuncia a la condición como consecuencia de la suscripción en febrero de 2004 con HIDROMIEL del contrato de compraventa de los estudios de dicho proyecto, aspecto este analizado por el Tribunal en otro aparte del presente laudo.

Este somero estudio es suficiente para que el Tribunal llegue a la conclusión de que esta pretensión subsidiaria carece también de fundamentos fácticos, normativos y probatorios, por lo que una vez más encontrará prosperidad la excepción expresamente invocada por la parte demandada, bajo el rotulo “Falta absoluta de causa para impetrar la acción”, y así lo dispondrá el Tribunal en la parte resolutive.

En consecuencia, no habiéndose acreditado una causal de nulidad relativa, no prospera la segunda pretensión subsidiaria que acaba de analizarse.

En mérito de lo expuesto a lo largo de estas consideraciones, el Tribunal declarará la prosperidad de las PRETENSIONES PRINCIPALES DECLARATIVAS Primera y Segunda, a las que se allanó la parte convocada, pero sin ninguna consecuencia patrimonial porque solo estaban encaminadas a la verificación de algunos requisitos de procedibilidad de la acción (existencia del contrato y cumplimiento del contrato por la convocante), y rechazará la Tercera PRETENSIÓN PRINCIPAL DECLARATIVA por cuanto, por las razones minuciosamente expuestas, la condición resolutoria invocada no se cumplió,

conclusión con la que coincide el Señor Agente del Ministerio Público. También rechazará las PRETENSIONES SUBSIDIARIAS Primera y Segunda de la Tercera PRINCIPAL DECLARATIVA por cuanto, en el primer caso, no se demostró la existencia de “un vicio oculto en la valorización de las acciones de HIDROMIEL” que hubiera podido afectar el precio del contrato de compraventa de acciones y, en el segundo, por cuanto no se demostró la existencia de la pretendida “nulidad relativa del pago de la suma de NUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$9.750.000.000)” a que se refiere la controversia que la convocante trajo a este Tribunal de justicia. Respecto de las demás PRETENSIONES, tanto PRINCIPALES (Cuarta a Octava inclusive) y SUBSIDIARIAS, no habrá lugar a pronunciamiento alguno por tratarse de solicitudes consecuenciales de las PRETENSIONES que no prosperaron.

IV. PRONUNCIAMIENTO EXPRESO SOBRE LAS EXCEPCIONES

Procede el Tribunal a pronunciarse sobre las excepciones, bien porque se trate de las que invocó expresamente la parte demandada, o porque hayan resultado probadas a términos, todo lo anterior, de lo que preceptúa el artículo 306 del CPC.

La convocada propuso cuatro excepciones que rotuló así, en este mismo orden: (i) Falta absoluta de causa para impetrar la acción; (ii) Extinción de la obligación de pago por cumplimiento de la convocada; (iii) Contrato es ley para las partes y, (iv) Nadie puede alegar su propia culpa.

Hay una evidente falta de técnica en la formulación de las anteriores excepciones, circunstancia que no puede distraer al Tribunal en consideraciones que nada agregarían a lo que ha de consignarse en la parte resolutive de esta providencia. En efecto, la segunda excepción no tiene sentido alguno respecto de las PRETENSIONES SUBSIDIARIAS, y enfrentada a la PRINCIPAL es claro que esta busca una restitución y no un pago y que lo que habría llevado a que la condición la encontrara el Tribunal fallida no fue un pretendido “cumplimiento de la convocada” sino unos determinados actos propios —que nada tienen de culposos— de la misma convocante, ajustados con un tercero respecto de la relación jurídica que nos ocupa y frente al que la convocada habría pactado un negocio jurídico a cargo de ese tercero (art. 1507 del C. C.). La tercera excepción es, simplemente, la formulación abreviada de una norma jurídica (art. 1602 del C. C.), mientras que la cuarta es un brocardo que recoge un principio general del derecho probatorio, o una regla confirmatoria del principio general de la buena fe. La primera excepción (“Falta absoluta de causa para impetrar la acción”) bien que se la considere como tal, o como la ausencia de un presupuesto procesal, está llamada a prosperar con un espectro amplio puesto que el Tribunal le encuentra mérito para enervar la prosperidad tanto de las PRETENSIONES PRINCIPALES como de las SUBSIDIARIAS ya que está probado que, respecto de las PRINCIPALES, la condición resolutoria invocada como eje de todas ellas falló, luego tales solicitudes carecían de causa en sentido lato, tal y como viene propuesta la excepción referida; y respecto de las SUBSIDIARIAS (Primera y Segunda), el Tribunal no encontró base alguna, ni legal, ni contractual, ni probatoria, para que se impetrara un resarcimiento por un supuesto vicio redhibitorio u oculto (Primera Subsidiaria), o para decretar una nulidad relativa (Segunda

Subsidiaria), por lo que resulta evidente que los fundamentos, bases o causas para incoar esas acciones tampoco existían.

De acuerdo con la metodología que impone el artículo 306 del CPC el Tribunal declarará la prosperidad de la PRIMERA EXCEPCIÓN rotulada por la convocante “Falta absoluta de causa para impetrar la acción”, y a términos del inciso segundo de la norma citada se abstendrá, en la parte resolutive, de pronunciamiento adicional sobre las demás excepciones.

V. COSTAS

Dispone el Estatuto Procesal que se condenará en costas a la parte vencida; que la condena respectiva debe hacerse en la sentencia; que tal condena se impondrá cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal o cuando, a sabiendas, se aleguen hechos contrarios a la realidad y, adicionalmente, que solo habrá lugar a condena en costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Dentro de este contexto legal, el Tribunal procederá a pronunciarse sobre las costas con fundamento en lo previsto en el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998, y con sujeción a las reglas de los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil, modificados por la Ley 794 de 2003, para lo que considera necesario formular algunas breves consideraciones.

Lo primero que debe señalar el Tribunal es que no considera que la improsperidad de las pretensiones formuladas por la convocante conduzca necesaria e inexorablemente a la imposición de una condena por concepto de costas. Tal como mandan las disposiciones citadas es menester en cada caso examinar la conducta de las partes, en orden a determinar si han obrado ellas con temeridad o con ausencia de buena fe procesal. En este caso particular, encuentra el Tribunal que la acción instaurada por ISAGEN carece de fundamento jurídico y fáctico, como se ha consignado en la presente decisión arbitral.

El Tribunal ha encontrado que las pretensiones de la demanda se formularon en contravía de los hechos mismos de que fue partícipe ISAGEN, lo que si bien no permite afirmar que la acción fuere temeraria, si constituye fundamento suficiente, unido a la improsperidad de las pretensiones que hubieran implicado pronunciamientos patrimoniales, para que resulte procedente la condena en costas en contra de ISAGEN y a favor de CHEC, sin que la prosperidad de las pretensiones primera y segunda principales sea suficiente para mitigar la condena en costas que se impondrá, tal y como ya lo sentó el Tribunal al ocuparse de las excepciones.

Por lo expuesto y en mérito de las decisiones que se adoptan en la presente providencia, con fundamento en el artículo 392, numeral 6º del Código de Procedimiento Civil, se condenará a ISAGEN S.A. ESP a rembolsar el ciento por ciento (100 %) de las costas en las que incurrió CHEC S.A. ESP, de conformidad con la siguiente liquidación, en la que se incluirá, por concepto de agencias en derecho, la suma de ciento dieciocho millones doscientos sesenta y siete mil ochocientos pesos (\$ 118 267 800):

- 50% de los gastos y honorarios del Tribunal: \$ 220 000 000.
 - 50% del IVA sobre los honorarios de los árbitros: \$ 24 469 200.
 - 50% del IVA sobre los honorarios del Secretario: \$ 4 078 200.
 - 50% del IVA sobre los gastos de la Cámara de Comercio de Bogotá: \$ 1 668 400.
 - Agencias en derecho: \$ 118 267 800.
- Total de las costas a favor de CHEC S.A ESP: \$ 368 483 600.

TERCERA PARTE: DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley y habilitación de las partes, el Tribunal de Arbitraje constituido para dirimir la controversia de que da cuenta el plenario, en demanda de ISAGEN S.A. ESP contra la CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE CALDAS S.A. ESP.

FALLA:

Primero. Declarar probadas la Primera y Segunda Pretensiones Principales Declarativas y, en consecuencia, declarar la existencia y validez del contrato de compraventa de acciones celebrado entre ISAGEN S.A. ESP y la CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE CALDAS S.A. ESP el 28 de enero de 2000, relativo a la compraventa de unas determinadas acciones que la segunda tenía en la sociedad HIDROELÉCTRICA LA MIEL S.A. ESP y declarar, igualmente, que ISAGEN S.A. ESP, parte demandante, cumplió el referido contrato de compraventa.

Segundo. Declarar probada la excepción perentoria de la CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE CALDAS S.A. ESP, parte demandada, rotulada “Falta absoluta de causa para impetrar la acción”, en los términos sentados en las consideraciones que anteceden y, en consecuencia, rechazar las demás pretensiones principales y subsidiarias de la demanda.

Tercero. Condenar en costas a la parte demandante de acuerdo con las consideraciones y la liquidación que anteceden. En consecuencia, ISAGEN S.A. ESP pagará a la CENTRAL HIDROELÉCTRICA DE CALDAS S.A. ESP la suma de trescientos sesenta y ocho millones cuatrocientos ochenta y tres mil seiscientos pesos (\$ 368 483 600) dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este laudo arbitral. Esta suma devengará intereses moratorios a la tasa más alta que resulte legalmente posible, a partir del día siguiente al vencimiento del término que acaba de señalarse para su pago.

Cuarto. Declarar causado el saldo final de los honorarios de los árbitros y del secretario del Tribunal. El Presidente efectuará los pagos correspondientes y rendirá cuentas a las partes.

Quinto. Disponer que en el momento procesalmente oportuno se protocolice el expediente en una de las notarías del Círculo Notarial de Bogotá, D.C., Si la suma provista por las partes no alcanzare para ello, la parte convocante y la convocada suministrarán, por mitades, lo que resulte necesario para llevar a cabo esa diligencia.

Sexto. Expedir copia auténtica del presente laudo arbitral para cada una de las partes y copias simples para el Ministerio Público y el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Esta providencia quedó notificada en audiencia.

Bogotá Distrito Capital, diez (10) de diciembre de dos mil siete (2007).

Carlos Antonio Espinosa Pérez, Presidente—Juan Pablo Cárdenas Mejía, árbitro—

Gilberto Peña Castrillón, árbitro.

Fernando Pabón Santander, Secretario.