

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

TRIBUNAL ARBITRAL

de

HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. HIDROITUANGO

Contra

EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P - EPM

LAUDO

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

A.	ANTECEDENTES Y TRÁMITE PROCESAL	5
1.1.	EL CONTRATO CELEBRADO ENTRE LAS PARTES Y LA CLÁUSULA COMPROMISORIA	5
1.2.	LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES	6
1.3.	INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO Y DE LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO 7	7
1.4.	CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO	7
1.5.	LA CONTROVERSIA	11
a)	<i>LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA</i>	11
1.6.	CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA POR PARTE DE LA CONVOCADA Y FORMULACIÓN DE EXCEPCIONES.....	31
a)	<i>Pronunciamiento sobre los hechos, las pretensiones y el juramento estimatorio</i>	31
b)	<i>Las excepciones formuladas</i>	31
1.7.	LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA DE EPM	35
a)	<i>Pretensiones</i>	35
b)	<i>Hechos</i>	45
1.8.	LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA Y FORMULACIÓN DE EXCEPCIONES.....	46
a)	<i>Pronunciamiento sobre los hechos, las pretensiones y el juramento estimatorio</i>	47
b)	<i>Las excepciones formuladas</i>	47
1.9.	PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE.....	48
1.10.	ETAPA PROBATORIA.....	48
a)	<i>Pruebas documentales</i>	48
b)	<i>Exhibición de documentos</i>	49
c)	<i>Dictámenes periciales de parte</i>	51
d)	<i>Testimonios</i>	52
e)	<i>Prueba trasladada</i>	53
f)	<i>Prueba por informe</i>	53
g)	<i>Pruebas desistidas</i>	54
1.11.	ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.....	54
1.12.	TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO	58
B.	CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	60
1.13.	LOS PRESUPUESTOS PROCESALES	60
1.14.	LA TACHA DE PARCIALIDAD AL TESTIGO LUIS JAVIER VÉLEZ.....	61
1.15.	LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES	62
1.16.	ANTECEDENTES RELEVANTES DEL CONTRATO BOOMT DE 30 DE MARZO DE 2011	62
1.17.	EL CONTRATO BOOMT DE 30 DE MARZO DE 2011	63
1.18.	LA CESIÓN DEL CONTRATO ENTRE EPM ITUANGO Y EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN Y SUS EFECTOS	64
1.19.	LAS MODIFICACIONES AL CONTRATO	67
1.20.	EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL CONTRATO.....	69
1.21.	LA CESIÓN DE LOS CONTRATOS PRECONSTRUCTIVOS Y LA ASIGNACIÓN DE LOS RIESGOS PROVENIENTES DE TALES CONTRATOS	72
1.22.	EL RIESGO DE SUBCONTRATACIÓN	79
1.23.	EL RIESGO DE DISEÑOS Y ESPECIFICACIONES	83
1.24.	EL RIESGO GEOLÓGICO	87
1.25.	EL RIESGO NO IDENTIFICADO	87
1.26.	LAS OBLIGACIONES DE CONSTRUCCIÓN A CARGO DE EPM	88
1.27.	OBLIGACIONES DE MEDIO O DE RESULTADO.....	93
1.28.	¿LA OBLIGACIÓN DE EPM COMPORTA EL EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD PELIGROSA?.....	99

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

1.29.	RESPONSABILIDAD POR LA EJECUCIÓN DE LAS OBRAS	101
1.30.	EL CRONOGRAMA DIRECTOR ACORDADO PARA EL PROYECTO HIDROELÉCTRICO	103
1.31.	LA DECISIÓN DE LA CONSTRUCCIÓN DEL SAD Y LA GAD	113
1.32.	LA IMPLEMENTACIÓN DEL SAD Y LA GAD Y LAS CARACTERÍSTICAS TÉCNICAS INMODIFICABLES	116
1.33.	EL ACUSADO INCUMPLIMIENTO DE EPM	134
1.34.	SOBRE LA CONTROVERSIA RELACIONADA CON LOS HITOS 7, 8, 9.....	134
a)	<i>Sobre el cumplimiento del Hito 7</i>	135
b)	<i>Sobre el cumplimiento de los hitos 8 y 9</i>	138
c)	<i>Naturaleza y Carácter vinculante de los hitos 7, 8, 9 del Contrato BOOMT</i>	141
1.35.	ANÁLISIS SOBRE SI LOS EVENTOS SUCEDIDOS CONSTITUYEN UN EVENTO EXCUSABLE EN LOS TÉRMINOS DEL CONTRATO BOOMT. 148	
1.36.	LA PRETENSIÓN CAUDRAGÉSIMA TERCERA DE LA DEMANDA PRINCIPAL.....	160
1.37.	EPM NO TRAMITÓ LA MODIFICACIÓN DE LA LICENCIA AMBIENTAL ANTES DE COMENZAR LAS EXCAVACIONES PARA LA CONSTRUCCIÓN DE LA GAD.....	161
1.38.	LOS ESTUDIOS GEOTÉCNICOS E HIDROLÓGICOS Y LAS REGLAS DEL ARTE Y LAS BUENAS PRÁCTICAS DE LA INGENIERÍA.	167
1.39.	SOBRE LA MUTUA IMPUTACIÓN DE CULPA EN RELACIÓN CON LA MODIFICACIÓN DE LA LICENCIA AMBIENTAL.....	184
1.40.	SOBRE LA EXISTENCIA DE UN INCUMPLIMIENTO A TÍTULO DE CULPA POR PARTE DE EPM.....	189
a)	<i>Inexistencia de culpa grave</i>	191
b)	<i>EPM actuó con culpa en la ejecución del contrato</i>	193
1.41.	EL RIESGO GEOLÓGICO, EL RIESGO NO IDENTIFICADO Y EL COLAPSO EN LA GAD	196
1.42.	SOBRE LA ENTRADA DE OPERACIÓN COMERCIAL.	207
1.43.	LAS PRETENSIONES QUINCUAGÉSIMA SEGUNDA Y QUINCUAGÉSIMA TERCERA DE LA DEMANDA PRINCIPAL.....	208
1.44.	LAS PRETENSIONES DE EPM RELACIONADAS CON LAS CLÁUSULAS PENALES DE APREMIO DE LA CLÁUSULA 4.09	209
1.45.	LA PRETENDIDA NULIDAD DE LA CLÁUSULA 4.09 DEL CONTRATO.....	213
1.46.	EL ABUSO POR LA NATURALEZA DE LA CLÁUSULA	214
1.47.	EL ABUSO EN EL COBRO DE LA CLÁUSULA PENAL	219
1.48.	LA SOLICITUD DE REVISIÓN DE LA CLÁUSULA 4.09.....	220
1.49.	PRETENSIONES 17 Y 18 DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA.....	223
1.50.	LAS PRETENSIONES DE HIDROITUANGO RELACIONADAS CON LA APLICACIÓN DE LAS CLÁUSULAS PENALES DE APREMIO	224
1.51.	LA CLÁUSULA PENAL DE APREMIO (4.09 DEL BOOMT).....	230
1.52.	LAS FECHAS DE ENTREGA DE LOS HITOS 7, 8 Y 9.....	232
1.53.	LAS PRETENSIONES DE HIDROITUANGO RELACIONADAS CON LA CONDENA POR LAS CLÁUSULAS PENALES DE APREMIO	237
a)	<i>La sexagésima sexta pretensión de la demanda</i>	243
b)	<i>Los alcances de la cláusula de esfuerzo conjunto</i>	244
c)	<i>La excepción de imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones</i>	245
1.54.	LA REMUNERACIÓN RECLAMADA POR HIDROITUANGO A TÍTULO DE PERJUICIOS Y LAS INVERSIONES A INCLUIR COMO COSTOS DEL PROYECTO	247
1.55.	LAS PRETENSIONES CUADRAGÉSIMA CUARTA Y QUINCUAGÉSIMA PRIMERA DE LA DEMANDA DE HIDROITUANGO Y LA PRETENSIÓN 24 DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN FORMULADA POR EPM	264
1.56.	SOBRE LAS PRETENSIÓN QUINCUAGÉSIMA PRIMERA DE LA DEMANDA DE HIDROITUANGO Y 24 DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN	271
1.57.	LA PRETENSIÓN QUINCUAGÉSIMA OCTAVA	272
1.58.	LAS PRETENSIONES 19 Y 20 DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.....	272
1.59.	EXCEPCIÓN DE VIOLACIÓN DEL PRINCIPIO DE BUENA FE POR PARTE DE HIDROITUANGO. DESCONOCIMIENTO DE LOS ACTOS PROPIOS Y DEBER DE COLABORACIÓN EN LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO BOOMT	276
1.60.	LAS PRETENSIONES 21 Y 22 DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.....	278
1.61.	LA SEXAGÉSIMA SÉPTIMA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA.....	279
1.62.	LA SEXAGÉSIMA OCTAVA PRETENSIÓN	280

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

1.63.	LA PRETENSIÓN SUBSIDIARIA A LA SEXAGÉSIMA OCTAVA PRETENSIÓN.....	280
1.64.	LA SEXAGÉSIMA NOVENA PRETENSIÓN	281
1.65.	CALIFICACIÓN DE LA CONDUCTA DE LAS PARTES.....	282
1.66.	SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO	283
1.67.	COSTAS.....	285
C.	PARTE RESOLUTIVA.....	288

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Medellín, siete (7) de diciembre de dos mil veintitrés (2023)

1.El Tribunal Arbitral conformado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. HIDROITUANGO** y **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P - EPM**, después de haber surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en la Ley 1563 de 2012, profiere el presente Laudo con el que decide de fondo y de manera definitiva el conflicto planteado en la demanda principal reformada, en la demanda de reconvención reformada y en sus respectivas contestaciones, previo el recuento de los siguientes antecedentes.

A. ANTECEDENTES Y TRÁMITE PROCESAL

1.1.EL CONTRATO CELEBRADO ENTRE LAS PARTES Y LA CLÁUSULA COMPROMISORIA

2.El negocio jurídico que dio origen a la controversia existente entre las partes es el CONTRATO BOOMT (en adelante, el Contrato o el BOOMT) celebrado entre HIDROITUANGO y EPM el día 30 de marzo de 2011, en cuya cláusula 8.02 se acordó el siguiente pacto arbitral:

"8.02. Tribunal de Arbitramento. Toda disputa legal, con excepción del cobro ejecutivo de obligaciones que surja de este Contrato, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento (el "Tribunal"), que se regirá por lo dispuesto en el Decreto 1818 de 1998 y demás normas vigentes que lo modifiquen o complementen, conforme a las siguientes reglas:

(i) Designación de los Árbitros. El tribunal integrado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo por las Partes. A falta de acuerdo, total o parcial, el o los árbitros respecto de los cuales no haya habido consenso será(n) designado(s) por el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín, a solicitud de cualquiera de las Partes. La solicitud anterior sólo podrá ser presentada si no se logra el acuerdo entre las Partes dentro de los quince (15) Días siguientes a la fecha en que cualquiera de las partes haya solicitado por escrito a la otra parte, la conformación del Tribunal;

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

(ii) Sede del Tribunal. El Tribunal funcionará en el Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición del Cámara de Comercio de Medellín;

(iii) Procedimiento. El Tribunal se sujetará en cuanto a su funcionamiento a las reglas del Centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín, y,

(iv) Decisión. El Tribunal decidirá en derecho.

(v) En los Contratos del Proyecto se establecerá de manera expresa que las controversias que surjan con ocasión de éstos se resolverán mediante el mecanismo de solución de conflictos establecido en esta cláusula, estando vinculados expresamente a este pacto arbitral”.

1.2. LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES

3.La parte Convocante es la sociedad **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P – HIDROITUANGO S.A. E.S.P.-** (en adelante, “HIDROITUANGO”, “HI”, “la Demandante”, “la Convocante” o “la Convocada en Reconvencción”), constituida mediante Escritura Pública No. 2.309 otorgada el 8 de junio de 1998 en la Notaría 18 del Círculo de Medellín, Empresa de Servicios Públicos Domiciliarios Mixta con domicilio principal en Medellín, Antioquia, identificada con el NIT 811.014.798-1, representada por su Gerente General, doctor **JAVIER DARÍO TORO ZULUAGA**, identificado con C.C. 70.108.908 de Medellín, según consta en el certificado de existencia y representación legal.¹

4.La parte Convocante se encuentra representada judicialmente en el proceso por abogados a quienes se les reconoció personería para actuar mediante el Auto N° 1 de 13 de octubre de 2021.

5.La parte Convocada es **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.** (en adelante, “EPM”, “la Demandada”, “la Convocada” o “la Convocante en Reconvencción”) creado como Establecimiento Público Autónomo del orden municipal por el Acuerdo No. 58 del 6 de agosto de 1955 del Consejo Administrativo de Medellín, y transformado por el Acuerdo No. 69 de 10 de diciembre de 1997 expedido por el Concejo Municipal de la misma Ciudad, en Empresa Industrial y Comercial del Estado del orden municipal, representado legalmente por su gerente general **Jorge Andrés**

¹ Carpeta N° 1, documento identificado como Certificado de Existencia y Representación Octubre 2 de 2020

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Carrillo Cardozo, identificado con C.C. 79.065.374, nombrado mediante Decreto Municipal 281 de 2021².

6. En este proceso arbitral la parte Convocada ha estado representada judicialmente por abogado, a quien en forma oportuna se le reconoció personería para actuar en el proceso, con fundamento en el poder obrante en el expediente, mediante el Auto N° 13 del 9 de febrero de 2022.

1.3. INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO Y DE LA AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

7. El proceso contó con la intervención del señor Procurador Delegado de Intervención 9, Cuarto ante el Consejo de Estado.

8. La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado no se hizo presente durante el trámite pese a que en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 1563 de 2012 le fue comunicada el 1 y el 5 de marzo de 2021 por el Centro de Arbitraje, la existencia de las dos demandas presentadas por HI.³

1.4. CONVOCATORIA DEL TRIBUNAL Y ETAPA INTRODUCTORIA DEL PROCESO

9. Con fundamento en la cláusula compromisoria citada, este trámite se inició con dos demandas presentadas por HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P – HIDROITUANGO – en contra de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM –, la primera el 15 de octubre de 2020⁴ y, la segunda el 25 de febrero de 2021⁵.

10. El 2 de septiembre de 2021, las partes de común acuerdo designaron como Árbitros a los doctores Ruth Stella Correa Palacio, Jaime Humberto Tobar Ordoñez, y José Alejandro Bonivento. El último de los mencionados no aceptó la designación y fue sustituido por el doctor Fernando Pabón Santander elegido como suplente de lista elaborada de mutuo acuerdo por las partes⁶. Los designados fueron notificados en el momento correspondiente y aceptaron en la debida oportunidad y dieron cumplimiento al artículo 15 de la Ley 1563 de 2012.

² Carpeta N° 09, subcarpeta Pruebas Contestación EPM a demanda arbitral de HI (Hito 7) Rad. 2020 A 0035, subcarpeta Anexos, documento identificado como 5. Decreto 0281 de 2021 - Nombra en Propiedad EPM_ Expediente

³ Carpeta número 02, documento identificado como 25.2020 A 0035 buzón arbitramento 5 may 2021; y carpeta número 04., documento identificado como 2021 a 0012 buzón arbitramento 1 mar 2021

⁴ Carpeta número 01, documento identificado como Hidroituango - demanda hito 7

⁵ Carpeta número 03, documento identificado como 2021 A 0012 demanda arbitral

⁶ Carpeta número 02, documento identificado como 47. 2020 a 0035 acta de reunión de nombramiento y anexos 2 de septiembre de 2021

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

11.El 13 de octubre de 2021 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal (Acta No. 1)⁷, en la que mediante Auto No. 1 este se declaró legalmente instalado, nombró secretario, fijó como lugar de funcionamiento y Secretaría el centro de Conciliación, Arbitraje y Amigable Composición de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia, y reconoció personería a los apoderados de las partes. En la misma audiencia, mediante Auto número 2 resolvió recurso de reposición en contra del nombramiento del secretario y nombró a uno nuevo.

12.Adicionalmente, mediante Auto No. 3 proferido en la misma oportunidad, el Tribunal admitió la demanda presentada el 15 de octubre de 2020 con radicado 2020 A 0035 y ordenó la notificación del auto admisorio en los términos del artículo 199 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo modificado por el art. 48 de la Ley 2080 de 2021, y el correspondiente traslado a la Demandada y al Ministerio Público; ordenó a la parte Demandada que, con la contestación de la demanda, acompañara los documentos identificados por la parte Demandante bajo el acápite 9.4 de la solicitud de pruebas y de los cuales afirmó que se encontraban en su poder; así como también señaló un plazo para que la Demandante aportara los dictámenes financiero y técnico anunciados bajo los numerales 9.5.1. y 9.5.2. del acápite de pruebas de la demanda.

13.Mediante Auto N° 4 proferido en la misma oportunidad, el Tribunal ordenó la acumulación de los trámites arbitrales con radicados No. 2020 A 0035 cuya demanda se presentó el 15 de octubre de 2020 y No. 2021 A 0012 cuya demanda se presentó el 25 de febrero de 2021, conservando el radicado del más antiguo, 2020 A 0035.

14.Mediante Auto N° 5 también proferido en la misma audiencia, el Tribunal admitió la demanda presentada el 25 de febrero de 2021, reconoció personería a los abogados a quienes las partes les habían otorgado poder, ordenó notificar el auto admisorio a la Demandada y al Ministerio Público y dispuso el traslado. Ordenó adicionalmente a la Demandada, que con la contestación de la demanda acompañara los documentos solicitados por la Demandante y que según afirmación realizada por ésta, se encontraban en su poder; por último, concedió plazo a la Demandante para aportar los dictámenes técnico y financiero anunciados.

15.Mediante Auto N° 6 del 2 de noviembre de 2021, fue apartada de su cargo la secretaria designada, en consideración a la manifestación de que la parte Convocada planteó dudas sobre su imparcialidad e independencia y se procedió a nombrar un nuevo secretario.

16.Mediante Auto N° 7 del 17 de noviembre de 2021 fue aceptada la renuncia del nuevo secretario designado, lo cual se presentó tras el pronunciamiento de la

⁷ Carpeta número 02, documento identificado como 64. 2020 a 0035 acta de audiencia de instalación

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Convocada sobre su designación. En esa oportunidad se nombró a la abogada Sara Agudelo Duque como secretaria, quien luego de surtir el trámite en relación con el cumplimiento del deber de información sin pronunciamiento de las partes, se posesionó el 26 de noviembre de 2021.

17.La parte Convocada y el Ministerio Público fueron notificadas por el Centro de Arbitraje del auto admisorio el 17 de noviembre de 2021⁸. La parte Demandada interpuso recurso de reposición contra el Auto Admisorio, el cual fue decidido, no reponiendo, mediante el Auto N° 8 del 13 de diciembre de 2021.

18.El 6 de febrero de 2022, encontrándose dentro de la oportunidad establecida en la ley y teniendo en cuenta la suspensión del proceso entre el 16 de diciembre de 2021 y 11 de enero de 2022 solicitada por las partes de mutuo acuerdo y concedida por el Tribunal⁹, la parte Convocada contestó las demandas¹⁰.

19.Mediante Auto N°13 del 9 de febrero de 2022 el Tribunal aceptó el cambio de apoderado de EPM; tuvo por contestadas en tiempo las demandas; corrió traslado de las excepciones propuestas y de la objeción al juramento estimatorio contenidas en los escritos de contestación; y concedió un plazo para que la Demandada aportara los dictámenes técnicos anunciados en las contestaciones.

20.La parte Convocante recorrió el traslado de las excepciones el 15 de febrero de 2022¹¹ y de la objeción al juramento estimatorio el 14 de febrero de 2022¹², ambos de forma oportuna.

21.Mediante Auto N°14 del 18 de febrero de 2022, el Tribunal fijó el 22 de marzo del mismo año para celebrar audiencia de conciliación.

22.El 11 de marzo de 2022, la Convocante presentó reforma e integró las demandas principales¹³, la cual fue admitida mediante Auto N° 16. En el mismo Auto dispuso su notificación a la Convocada y al Ministerio Público así como el correspondiente traslado, y se ordenó a la Convocada aportar los documentos relacionados en los acápites 9.1 y 9.2 que según la Convocante se encontraban en su poder. Igualmente se concedió a la Demandante plazo para que aportara el dictamen técnico anunciado en la reforma, y a la Convocada para presentar dictamen de contradicción al dictamen financiero presentado por la Convocante.

8 Carpeta N° 05, documento identificado como 2020 A 0035 email y acuses notificación auto admisorio EPM. 17 nov 2021 .

9 Carpeta Autos y actas, documento identificado como 06. 2020 A 0035 acta num 6 auto 10 17 dic 2021 (4)

10 Carpeta N° 09, documento identificado como 2020 A 0035 _ contestación a las demandas por incumplimientos de los hitos 7, 8 y 9

11 Carpeta N°11, documento identificado como HI descorre traslado de excepciones 15 feb 2022 (3)

12 Carpeta N°10, documento identificado como respuesta PDF objeciones [11755] (1) y documento Escrito PDF complementario (1) (2)

13 Carpeta N° 15, documento identificado como reforma demanda final marzo 11 (1) (1)

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)

23.El 25 de abril de 2022, EPM presentó contestación a la reforma de las demandas¹⁴, objetó el juramento estimatorio y propuso excepciones. El 29 de abril de 2022 presentó demanda de reconvención¹⁵.

24.El 4 de mayo de 2022, el apoderado de la Convocante presentó oposición a la objeción al juramento estimatorio y descorrió el traslado de las excepciones de mérito¹⁶.

25.Mediante Auto No. 19 del 13 de mayo de 2022, el Tribunal admitió la demanda de reconvención, ordenó su notificación y traslado a la Convocada y al Ministerio Público y ordenó a la Convocante que con la contestación a la demanda de reconvención aportara los documentos que según la Convocada se encontraban en su poder. También otorgó plazo a la Convocada para aportar los dictámenes técnicos integrando los puntos a los que se refirió tanto en las respuestas a las demandas iniciales, como en los acápites de pruebas de la contestación de la reforma de la demanda y de la demanda de reconvención.

26.La parte Demandante contestó la demanda de reconvención, escrito en el cual propuso excepciones. La Convocada descorrió el traslado de tales excepciones, en la oportunidad correspondiente.

27.Mediante Auto N° 20 de 24 de junio de 2022, el Tribunal citó a las partes y al Ministerio Público a audiencia de conciliación para ser realizada el 6 de julio de 2022.

28.El 7 de julio de 2022 la parte Convocada presentó reforma de la demanda de reconvención¹⁷.

29.Mediante Auto N° 22 del 12 de julio de 2022, fue admitida la demanda de reconvención reformada, se ordenó su notificación y traslado a la Convocante y al Ministerio Público, se otorgó plazo adicional para que la Demandada aportara los dos dictámenes periciales técnicos anunciados desde las respuestas a las demandas iniciales, y se otorgó plazo para que aportara el dictamen anunciado en la reforma de la demanda de reconvención.

¹⁴ Carpeta N° 19, documento identificado como 202204025 Contestación EPM frente a reforma demanda arbitral HI (hitos 7,8 y 9) Rad 2020 A 0035

¹⁵ Carpeta N° 20, documento identificado como 20220429 demanda de reconvención EPM vs Hidroituango 2020 A 0035

¹⁶ Carpeta N° 21, documento identificado como oposición pdf objeción fin, y Carpeta N° 22 documento identificado como descorre traslado excepciones reforma demanda 4 may 2022.

¹⁷ Carpeta N° 29, documento identificado como 20220705 reforma demanda de reconvención EPM arbitraje 2020 A 0035

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

30.El 27 de julio de 2022, la parte Convocante presentó la contestación a la demanda de reconvencción reformada,¹⁸ y el 5 de agosto de 2022 la parte Convocada recorrió el traslado de las excepciones¹⁹ propuestas por la Convocante.

31.Mediante Auto N° 25 del 9 de septiembre de 2022, se fijó como fecha para la celebración de la audiencia de conciliación el 14 de septiembre de 2022.

32.El 14 de septiembre de 2022 se llevó a cabo la audiencia de conciliación propia del proceso arbitral, oportunidad en la que no se logró un acuerdo conciliatorio y, por lo tanto, mediante Auto No. 27, el Tribunal fijó las sumas correspondientes a los gastos y honorarios del proceso, montos que fueron oportunamente pagados por las partes.

1.5.LA CONTROVERSIA

a) LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA

Pretensiones

33.La Convocante ha solicitado al Tribunal que en el Laudo se efectúen las declaraciones y condenas que se transcriben textualmente a continuación:

PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA EXISTENCIA, CESIÓN, MODIFICACIÓN Y OBLIGATORIEDAD DEL CONTRATO BOOMT

Primera Pretensión: Declarar que el Contrato suscrito el día 30 de marzo de 2011, entre **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P–HIDROITUANGO S.A. E.S.P-** y **EPM ITUANGO S.A. E.S.P.**, respecto del Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango, denominado por las partes BOOMT (Build, Own, Operate, Maintain and Transfer)–, y la posición contractual de la última fue cedida, con todas las consecuencias legales que ello apareja, a **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–**, quien adquirió todos sus derechos y obligaciones en los términos y condiciones pactados.

Segunda Pretensión: Declarar que en los términos pactados en la Cláusula 2.10, "Cesión de derechos y obligaciones" del Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011, a partir de la fecha de cesión, **HIDROITUANGO** "Será liberado de toda responsabilidad en relación con el cumplimiento de las obligaciones" previstas en los

¹⁸ Carpeta N° 33, documento identificado como contestación de Hidroituango a la reforma demanda de reconvencción EPM rad. 2020 A 0035.

¹⁹ Carpeta N° 35. documento identificado como 20220805 memorial traslado excepciones HI reforma dda reconvencción EPM arbitraje 2020 a 0035 (1)

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Procesos de Contratación en curso y en los Contratos celebrados por ésta en relación con el Proyecto en o antes de la fecha de su escisión, y desde esa fecha, el Contratista "Asumirá la totalidad de las obligaciones y ejercerá la totalidad de los derechos".

Tercera Pretensión: *Declarar que entre **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P –HIDROITUANGO S.A. E.S.P-** y **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–**, existe el Contrato suscrito el día 30 de marzo de 2011 inicialmente con **EPM ITUANGO S.A. E.S.P.**, y cedido por ésta a la última, denominado por las partes BOOMT (Build, Own, Operate, Maintain and Transfer)–respecto del Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango.*

Cuarta Pretensión: *Declarar que el Contrato BOOMT suscrito el día 30 de marzo de 2011, existente entre **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P –HIDROITUANGO S.A. E.S.P-** y **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–** fue modificado con las Actas de Modificación Bilateral suscritas por los representantes legales de las partes, No. 1 de 24 de febrero de 2012, No. 2 de 23. de agosto de 2012, No. 3 de 21 de diciembre de 2012, No. 4 de 2 de julio de 2013, No. 5 de 11 de abril de 2014, No. 6 de 6 de mayo de 2014, No. 7 de 27 de mayo de 2014, No. 8 de 5 de mayo de 2014, No. 9 de 1 de diciembre de 2015, y No. 10 de 29 de agosto de 2017.*

Quinta Pretensión: *Declarar que el Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011 con sus respectivas Actas de Modificación Bilateral -AMB- suscritas por las partes, vincula y obliga a las partes, y por lo tanto, a **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–** a su cumplimiento total y oportuno en la forma pactada.*

Sexta Pretensión: *Declarar que, sin perjuicio de las declaraciones y condenas que se le impongan en el laudo arbitral, **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–** está obligada a cumplir y a ejecutar en debida y adecuada forma hasta su finalización, todas y cada una de las obligaciones que contrajo en el Contrato BOOMT suscrito el día 30 de marzo de 2011 con sus respectivas Actas de Modificación Bilateral -AMB- a favor de **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.**, y a terminar el Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango.*

PRETENSIONES RELACIONADAS CON LAS SALVEDADES DE EPM- AL CRONOGRAMA DIRECTOR DEL CONTRATO BOOMT Y LA EXONERACIÓN RECÍPROCA DE RESPONSABILIDAD

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Séptima Pretensión: *Declarar que las "salvedades realizadas por EPM sobre el cronograma acordado Proyecto Hidroeléctrico Ituango" en el Anexo 1.02 (7) Cronograma Director del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, respecto de "la versión definitiva del Programa General del Proyecto, acordada entre Hidroituango y Empresas Públicas de Medellín", son salvedades de la "Interventoría", quien "acepta haciendo las siguientes salvedades" consignadas en su texto.*

Octava Pretensión: *Declarar, en consecuencia, que las "salvedades realizadas por EPM sobre el cronograma acordado Proyecto Hidroeléctrico Ituango", en su calidad de interventora en el Anexo 1.02 (7) Cronograma Director del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, respecto de "la versión definitiva del Programa General del Proyecto, acordada entre Hidroituango y Empresas Públicas de Medellín", no son salvedades de la Contratista **EPM ITUANGO S.A. E.S.P.***

Novena Pretensión: *Declarar que las "salvedades realizadas por EPM sobre el cronograma acordado Proyecto Hidroeléctrico Ituango" como interventora en el Anexo 1.02 (7) Cronograma Director del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, respecto de "la versión definitiva del Programa General del Proyecto, acordada entre Hidroituango y Empresas Públicas de Medellín", no modifican el marco prestacional ni las obligaciones de la Contratista **EPM ITUANGO S.A. E.S.P.** bajo el Contrato BOOMT, y por consiguiente, de su cesionaria **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–.***

Décima Pretensión: *Declarar que en su mutuo beneficio las partes del Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011, mediante los otrosíes o Actas de Modificación Bilateral suscritas por sus representantes legales, No. 3 de 21 de diciembre de 2012, No. 4 de 2 de julio de 2013, No. 5 de 11 de abril de 2014, No. 6 de 6 de mayo de 2014, No. 7 de 27 de mayo de 2014, No. 8 de 5 de mayo de 2014, No. 9 de 1 de diciembre de 2015, y No. 10 de 29 de agosto de 2017, se exoneraron recíprocamente de responsabilidad por las consecuencias económicas adversas de los retrasos en el Proyecto por los hechos y situaciones acaecidas al instante de su celebración, sin comprender una exoneración general e ilimitada de responsabilidad.*

Décima Primera Pretensión: *Declarar que la exoneración de responsabilidad estipulada en los otrosíes o Actas de Modificación Bilateral suscritas por sus*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

*representantes legales, No. 3 de 21 de diciembre de 2012, No. 4 de 2 de julio de 2013, No. 5 de 11 de abril de 2014, No. 6 de 6 de mayo de 2014, No. 7 de 27 de mayo de 2014, No. 8 de 5 de mayo de 2014, No. 9 de 1 de diciembre de 2015, y No.10 de 29 de agosto de 2017 al Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011, no exoneró de responsabilidad a **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. – EPM**– por el incumplimiento de las nuevas fechas ciertas finalmente acordadas como nuevo referente obligatorio para el cumplimiento de la construcción de los Hitos a que refieren.*

PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA OBLIGACIÓN DE EPM DE EJECUTAR LA CONSTRUCCIÓN DE LOS HITOS 7, 8, 9, Y LA ENTRADA EN OPERACIÓN COMERCIAL DE LA HIDROELÉCTRICA

Décima Segunda Pretensión: *Declarar que **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM-** en virtud del Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011 con sus respectivas Actas de Modificación Bilateral -AMB- suscritas por las partes,- se obligó a su cumplimiento con sujeción a los documentos contractuales, la licencia ambiental otorgada para la construcción, y las cargas impuestas en la misma.*

Décima Tercera Pretensión: *Declarar que en virtud del Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011 y sus respectivas Actas de Modificación Bilateral -AMB-suscritas por las partes, **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. – EPM**– dentro de sus obligaciones, tiene las de ejecutar la construcción de la Hidroeléctrica sobre los inmuebles del Proyecto dentro de los plazos acordados, en la forma, manera y conforme a lo estipulado.*

Décima Cuarta Pretensión: *Declarar que la obligación de **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM-** bajo el Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011 y sus respectivas Actas de Modificación Bilateral -AMB-, de ejecutar la construcción de la Hidroeléctrica sobre los inmuebles del Proyecto conforme a los correspondientes Hitos pactados, es una obligación de resultado que se cumple dentro de los plazos acordados, con su completa e íntegra realización en la forma, manera y según lo estipulado.*

Décima Quinta Pretensión: *Declarar que la obligación de **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM-** bajo el Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011 y sus respectivas Actas de Modificación Bilateral -AMB- suscritas por las partes, de ejecutar la construcción de la Hidroeléctrica sobre los inmuebles del*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

*Proyecto comporta el desarrollo de una actividad peligrosa como es la construcción, en particular, de una presa de producción hidroeléctrica, está sometida a altos estándares de diligencia y responsabilidad, al cumplimiento estricto de las buenas prácticas de ingeniería e impone deberes de cuidado y protección ligados al deber central de prestación, y respecto de la cual, en los términos contractuales y legales, asumió una prestación de indemnidad frente a **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P –HIDROITUANGO S.A. E.S.P.-**.*

Décima Sexta Pretensión: *Declarar que en los términos estipulados en el Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011, **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM-** asumió todos los riesgos derivados de su gestión, habida cuenta de su experiencia y condiciones personales, y de la autonomía, no coadministración y no control previo, que rigen la ejecución del Contrato.*

Décima Séptima Pretensión: *Declarar que de conformidad con la cláusula 4.02, (ix) del Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011, **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM-** se obligó expresamente a "Acreditar ante el Representante de Hidroituango el cumplimiento de los Hitos que deban ser realizados durante la Etapa de Construcción", en la forma, fecha máxima acordada y conforme a lo estipulado en el Contrato.*

Décima Octava Pretensión: *Declarar que de conformidad con la cláusula 4.02, (ix). y el numeral 3.3. del Anexo 6.12 del Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011, para modificar las fechas de cumplimiento de los Hitos contractualmente pactadas por la revisión y actualización del Cronograma Director, es necesaria la celebración de un otrosí al Contrato BOOMT de obligatorio cumplimiento por las partes.*

Décima Novena Pretensión: *Declarar que mediante los otrosíes o Actas de Modificación Bilateral No. 3 de 21 de diciembre de 2012, No. 4 de 2 de julio de 2013, No. 6 de 6 de mayo de 2014, No. 7 de 27 de mayo de 2014, No. 8 de 5 de mayo de 2014, No. 9 de 1 de diciembre de 2015, y No. 10 de 29 de agosto de 2017, las partes modificaron las fechas de cumplimiento de los Hitos contractualmente pactadas a que conciernen por la revisión y actualización del Cronograma Director.*

Vigésima Pretensión: *Declarar que **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–** en virtud del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011 y su Acta de Modificación Bilateral -AMB- No. 10 de 29 de agosto de 2017, se obligó a*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

cumplir el Hito 7, esto es, "el cierre de las compuertas de desviación y el inicio del llenado del embalse (...)", a más tardar dentro del plazo cierto y máximo acordado, el día 1 de julio de 2018, y a acreditar su cumplimiento, en la oportunidad, en la forma, manera y conforme a lo estipulado.

Vigésima Primera Pretensión: *Declarar que **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–** en virtud del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011 y su Acta de Modificación Bilateral -AMB- No. 10 de 29 de agosto de 2017, se obligó a cumplir el Hito 8, esto es, "la entrada en Operación Comercial de la Unidad 4", a más tardar dentro del plazo cierto y máximo acordado, el día 28 de noviembre de 2018, y a acreditar su cumplimiento, en la oportunidad, en la forma, manera y conforme a lo estipulado.*

Vigésima Segunda Pretensión: *Declarar que **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–** en virtud del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, y sus Actas de Modificación Bilateral -AMB- suscritas por las partes, se obligó a cumplir el Hito 9, esto es, "la entrada en Operación Comercial de la Unidad 1", a más tardar dentro del plazo cierto y máximo acordado, el día 28 de agosto de 2019, y acreditar su cumplimiento, en la oportunidad, en la forma, manera y conforme a lo estipulado.*

Vigésima Tercera Pretensión: *Declarar que de conformidad con el Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, la entrada en Operación Comercial de la Hidroeléctrica como un todo, se da con la entrada en Operación Comercial del Grupo 1 de Unidades, conformado conjuntamente por la Unidad 1, la Unidad 2, la Unidad 3 y la Unidad 4.*

PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DEL HITO 7, EL SAD/ GAD, LA LICENCIA AMBIENTAL, CULPA GRAVE Y RESPONSABILIDAD DE EPM

Vigésima Cuarta Pretensión: *Declarar que **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–** incurrió en incumplimiento del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, conforme a los hechos probados en el proceso.*

Vigésima Quinta Pretensión: *Declarar que **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–** ha incurrido en incumplimiento del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, por no ejecutar el Hito 7 en la oportunidad, en la forma, manera y conforme a lo estipulado, a más tardar dentro del plazo cierto y*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

máximo contractualmente acordado para ello, ni acreditar su cumplimiento, o en subsidio, por ejecutarlo de manera tardía o defectuosa, comoquiera que no lo ejecutó y/o no cumplió de manera adecuada y/u oportuna.

Vigésima Sexta Pretensión: *Declarar que **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–**, no acreditó ante el Representante de Hidroituango en la oportunidad, forma, fecha máxima acordada y conforme a lo estipulado en el Contrato BOOMT, el cumplimiento del Hito 7, que debía ejecutar durante la Etapa de Construcción.*

Vigésima Séptima Pretensión: *Declarar que el desplazamiento de la fecha máxima señalada en el Contrato BOOMT para la realización del Hito 7, que debía ejecutar **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–**, durante la Etapa de Construcción, al no acreditar en la fecha máxima pactada su cumplimiento ante el Representante de Hidroituango, tiene origen en su culpa.*

Subsidiaria a la Vigésima Séptima Pretensión: *Declarar que en cuanto al Hito 7, lo acordado por las partes en la Cláusula 4.02, (ix) y el numeral 3.3. del Anexo 6.12. del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, a cuyo tenor "los desplazamientos de las fechas señaladas en el Contrato para la realización de los Hitos que tengan como origen la culpa del Contratista, no eximirán al Contratista de la aplicación de las Cláusulas Penales de Apremio", se acordó exclusivamente para la aplicación de las Cláusulas Penales de Apremio, y se limita a ésta.*

Vigésima Octava Pretensión: *Declarar que la obra de desviación del Río Cauca denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD, ejecutada por **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–** en el macizo "Cerro Tenche", no estaba contemplada en los diseños y especificaciones del Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango transferidos y entregados por la sociedad **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.–HIDROITUANGO S.A. E.S.P.**, comoquiera que dichos diseños, no contemplaron la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche".*

Vigésima Novena Pretensión: *Declarar que la obra de desviación del Río Cauca denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD, ejecutadas por **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–** no estaban contempladas ni autorizadas en la licencia ambiental inicialmente concedida, comoquiera que dicha licencia no contempló, ni autorizó,*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche".

Trigésima Pretensión: *Declarar que para iniciar la ejecución de la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD-, **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–**, estaba obligada a obtener previamente la modificación de la licencia ambiental inicialmente concedida, comoquiera que dicha licencia no contempló, ni autorizó, la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche".*

Trigésima Primera Pretensión: *Declarar que **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–** incurrió en incumplimiento del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, al iniciar la ejecución de la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD-, sin haber tramitado y obtenido la modificación de la licencia ambiental inicialmente concedida, comoquiera que dicha licencia no contempló, ni autorizó, la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche" y, mucho menos la modificación unilateral de las obligaciones y cargas ambientales a su cargo, previstas en los documentos contractuales, en el estudio de impacto ambiental y en el acto administrativo que otorgó la licencia.*

Trigésima Segunda Pretensión: *Declarar que **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–** incurrió en culpa grave al iniciar la ejecución de la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD-, sin haber tramitado y obtenido la modificación de la licencia ambiental inicialmente concedida, comoquiera que dicha licencia no contempló, ni autorizó, la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche".*

Trigésima Tercera Pretensión: *Declarar que **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–**, para iniciar la ejecución de la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD, debía realizar los estudios geotécnicos e hidrológicos necesarios y suficientes del macizo "Cerro Tenche", donde la construyó, como quiera que los entregados por la sociedad **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.–HIDROITUANGO S.A. E.S.P-**, no contemplaron la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche".*

Trigésima Cuarta Pretensión: *Declarar que la decisión de **EMPRESAS***

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM- de ordenar, iniciar y ejecutar la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD-, no obedeció a deficiencias o fallas sustanciales en el diseño y especificaciones de las obras civiles y equipos del Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango, transferidos y entregados por la sociedad **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P–HIDROITUANGO S.A. E.S.P.-**, comoquiera que no contemplaron la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche"

Trigésima Quinta Pretensión: Declarar que la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD, decidida y ejecutada por **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. – EPM-** comportó un nuevo diseño y/o modificaciones sustanciales a los diseños y especificaciones de las obras civiles y equipos del Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango, transferidos por **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P–HIDROITUANGO S.A. E.S.P.-**, comoquiera que no contemplaron la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche", y mucho menos la construcción de un sistema de desviación del río Cauca no previsto. en los diseños detallados de la obra.

Trigésima Sexta Pretensión: Declarar que la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación-GAD-, decidida y ejecutada por **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. – EPM-** comportó, entre otras modificaciones, una nueva intervención o desviación del Río Cauca, a través de un tercer túnel de desviación, con **la modificación de la descarga del fondo**, no prevista en los diseños y especificaciones del Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango, que le fueron transferidos y entregados por **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P–HIDROITUANGO S.A. E.S.P-**, ni autorizada en la licencia ambiental inicialmente concedida, comoquiera que tales diseños y especificaciones no contemplaron, ni dicha licencia contempló, ni autorizó la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche".

Trigésima Séptima Pretensión: Declarar que el riesgo de "Deficiencia o Falla en Diseños" consistente en las "Deficiencias o Fallas sustanciales en el diseño y especificaciones de Obras Civiles y Equipos" asignado a **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P–HIDROITUANGO S.A. E.S.P-** en el Anexo 6.14, "Matriz de riesgos" del Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011, está circunscrito a los

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

*diseños y especificaciones iniciales que le transfirió y entregó a **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–**.*

Trigésima Octava Pretensión: *Declarar que el riesgo de "Deficiencia o Falla en Diseños" consistente en las "Deficiencias o Fallas sustanciales en el diseño y especificaciones de Obras Civiles y Equipos" asignado a **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P–HIDROITUANGO S.A. E.S.P-** en el Anexo 6.14, "Matriz de riesgos" del Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011, no comprende los diseños y especificaciones de las obras de desviación del Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD-, como quiera que fueron ordenados y contratados por **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. – EPM–** durante el desarrollo del proceso constructivo a su cargo, mediante el Acta de Modificación Bilateral No. 3 al Contrato CT-2011-009 suscrita los días 11 y 12 de junio de 2015 con el Consorcio Generación Ituango, de la que no es ni fue parte la sociedad Convocante.*

Trigésima Novena Pretensión: *Declarar que **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–** al ordenar, iniciar y ejecutar la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD-, violando sus obligaciones contractuales, sin especificaciones, estudios geológicos e hidrológicos necesarios y suficientes, lo hizo por su cuenta, razón por la que su construcción y riesgos son de su responsabilidad exclusiva.*

Cuadragésima Pretensión: *Declarar que **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–**, incurrió en incumplimiento del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, al ejecutar contrariando las reglas del arte y las buenas prácticas de la ingeniería, la construcción de la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD-.*

Cuadragésima Primera Pretensión: *Declarar que el colapso acaecido en la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD-, no es un evento excusable bajo el Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011.*

Cuadragésima Segunda Pretensión: *Declarar que los desplazamientos de las fechas finalmente señaladas y acordadas por las partes en el Acta de Modificación Bilateral -AMB- No. 10 de 29 de agosto de 2017 al Contrato BOOMT suscrito el 30*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

*de marzo de 2011, para la realización del Hito 7, y consecuentemente, de los Hitos 8 y 9, en virtud del colapso acaecido en la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD, tienen como origen la culpa de **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM-** al no acreditar su cumplimiento en la forma, fecha máxima acordada y conforme a lo estipulado en el Contrato, y/o al ejecutarla contrariando las reglas del arte y las buenas prácticas de la ingeniería, sin estar contemplada en los diseños y especificaciones entregados por **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.–HIDROITUANGO S.A. E.S.P-**, y/o en la licencia ambiental inicialmente concedida, y/o sin los estudios geológicos e hidrológicos necesarios y suficientes del macizo donde la construyó, por cuanto tales diseños y especificaciones, estudios geológicos e hidrológicos no la contemplaron, ni dicha licencia contempló, ni autorizó la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche".*

Cuadragésima Tercera Pretensión: Declarar que **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–**, en virtud del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, está obligada a mantener indemne a **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P –HIDROITUANGO S.A. E.S.P.**, en los términos contractuales y legales, de todas las consecuencias y efectos del colapso en la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD-.

Cuadragésima Cuarta Pretensión: Declarar que **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–**, está obligada a asumir los costos, "sobrecostos", mayores costos y gastos de toda naturaleza, incluidos los financieros por causa u ocasión de la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación - SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD-, así como los de su colapso hasta su completa superación y restitución, incluyendo, y sin limitarlos, el valor de los deducibles y de las sumas no reparadas por las compañías aseguradoras conforme a las pólizas en los que es beneficiaria, y a la transacción que celebró con las mismas, por la cual, se le pagó la suma de \$4.362.621.484.096,83²⁰.

**PRETENSIONES RELACIONADAS CON EL INCUMPLIMIENTO DE LOS
HITOS 8 Y 9, Y LA ENTRADA EN OPERACIÓN COMERCIAL**

20 Según el Auto No. 0104 de 27 de enero de 2022 de la Contraloría General de la República, Contraloría Delegada Intersectorial 9 de la UIECC.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Cuadragésima Quinta Pretensión: Declarar que **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–** incurrió en incumplimiento del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, por no ejecutar, dentro del plazo cierto y máximo contractualmente acordado para ello, el Hito 8, en la forma, manera y conforme a lo estipulado por las partes, ni acreditar su cumplimiento.

Cuadragésima Sexta Pretensión: Declarar que **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–** incurrió en incumplimiento del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, por no ejecutar, dentro del plazo cierto y máximo contractualmente acordado para ello, el Hito 9, en la forma, manera y conforme a lo estipulado por las partes, ni acreditar su cumplimiento.

Cuadragésima Séptima Pretensión: Declarar que **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–** incurrió en incumplimiento del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, por no ejecutar la construcción para la entrada en Operación Comercial del Grupo 1 de Unidades, dentro del plazo contractualmente acordado para ello, en la forma, manera y conforme a lo estipulado entre las partes, ni acreditar su cumplimiento.

Cuadragésima Octava Pretensión: Declarar que **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–**, no acreditó ante el Representante de Hidroituango en la oportunidad, forma, fecha máxima acordada y conforme a lo estipulado en el Contrato BOOMT, el cumplimiento de los Hitos 8 y 9, que debía ejecutar durante la Etapa de Construcción.

Cuadragésima Novena Pretensión: Declarar que el desplazamiento de la fecha máxima acordada en el Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011 modificada con el Acta de Modificación Bilateral -AMB- No. 10 de 29 de agosto de 2017, para la realización de los Hitos 8 y 9, que debía ejecutar **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–**, durante la Etapa de Construcción, al no acreditar en la fecha máxima pactada su cumplimiento ante el Representante de Hidroituango, tiene origen en su culpa, salvo que demuestre lo contrario.

Subsidiaria a la Cuadragésima Novena Pretensión: Declarar que en cuanto refiere a los Hitos 8 y 9, lo acordado por las partes en la Cláusula 4.02, (ix) y el numeral 3.3. del Anexo 6.12 del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

a cuyo tenor "los desplazamientos de las fechas señaladas en el Contrato para la realización de los Hitos que tengan como origen la culpa del Contratista, no eximirán al Contratista de la aplicación de las Cláusulas Penales de Apremio", se acordó exclusivamente para la aplicación de las Cláusulas Penales de Apremio, y se limita a ésta.

PRETENSIONES RELACIONADAS CON LA REPARACIÓN

Quincuagésima Pretensión: *Declarar que **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM-** es responsable de todos los daños y perjuicios causados a **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO S.A. E.S.P.-**, por el incumplimiento del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, según resulte probado en el proceso.*

Quincuagésima Primera Pretensión: *Declarar que **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM-** tiene la obligación de pagar y debe pagar a **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. HIDROITUANGO S.A. E.S.P.**, la remuneración mensual a la que tiene derecho en los términos del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, cuya fecha de exigibilidad del primer pago es la Fecha de Entrada de Operación Comercial del Grupo I de Unidades, previo el cumplimiento de lo establecido en el Contrato para la proyección y la liquidación de la Remuneración.*

Quincuagésima Segunda Pretensión: *Declarar que por el incumplimiento de **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–** del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, al no ejecutar, los hitos 7, 8 y 9, ni acreditar su cumplimiento, en el plazo, la forma, manera y conforme a lo estipulado por las partes, está obligada asumir los "sobrecostos", mayores costos y gastos de toda naturaleza, incluidos los financieros, desde su ocurrencia hasta su cumplimiento total, deben ser asumidos por ella sin afectar los derechos económicos ni la remuneración que le corresponde bajo el Contrato a **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO S.A. E.S.P.-**.*

Quincuagésima Tercera Pretensión: *Declarar que por el incumplimiento de **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–** del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, al no ejecutar, ni acreditar su cumplimiento, en el plazo, la forma, manera y conforme a lo contractualmente acordado por las partes, la construcción para la entrada en Operación Comercial del Grupo 1 de Unidades, está obligada asumir los costos, "sobrecostos", mayores costos y gastos de toda*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

*naturaleza, incluidos los financieros, que ello comporte desde su ocurrencia hasta su cumplimiento total, deben ser asumidos por ella sin afectar los derechos económicos ni la remuneración que le corresponde bajo el Contrato a **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO S.A. E.S.P.-***

Quincuagésima Cuarta Pretensión: *Declarar que al no ejecutar ni acreditar **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–** el cumplimiento del Hito 7 del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, en el plazo, la forma, manera y conforme a lo estipulado por las partes, en cuanto también se ha verificado el incumplimiento del Hito 9, está obligada y debe pagar a **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO S.A. E.S.P.-** las "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos", en la cuantía, por el plazo incumplido y en los términos de la cláusula 4.09 del Contrato BOOMT, según se pruebe en el proceso, tanto las causadas a la fecha del laudo como las que se causen con posterioridad, hasta la fecha en que se verifique el cumplimiento del Hito 7, según lo pactado y la ley.*

Quincuagésima Quinta Pretensión: *Declarar que al no ejecutar ni acreditar **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–** el cumplimiento del Hitos 8 del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, en el plazo, la forma, manera y conforme a lo estipulado por las partes, en cuanto también se ha verificado el incumplimiento del Hito 9, es posterior al Hito 7 y haya sido retrasado por un período superior al plazo incumplido del Hito 7, tiene la obligación y debe pagar a **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO S.A. E.S.P.-** las "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos", en la cuantía pactada por cada día de incumplimiento adicional al plazo incumplido del Hito 7 anterior, hasta la fecha en que se verifique el cumplimiento del Hito 8, en la cuantía, por el plazo incumplido y en los términos de la cláusula 4.09 del Contrato BOOMT, según se pruebe en el proceso, tanto las causadas a la fecha del laudo como las que se causen con posterioridad, hasta la fecha en que se verifique el cumplimiento del Hito 8, según lo pactado y la ley.*

Pretensión Subsidiaria a las Quincuagésima Cuarta y Quincuagésima Quinta Pretensiones: *Declarar que al no ejecutar ni acreditar **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–** el cumplimiento del Hito 8 del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, en el plazo, la forma, manera y conforme a lo estipulado por las partes, en cuanto también se ha verificado el incumplimiento del Hito 9, tiene la obligación y debe pagar a **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A.***

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

***E.S.P. -HIDROITUANGO S.A. E.S.P.-** las "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos", en la cuantía pactada por cada día del plazo incumplido del Hito 8 hasta la fecha en que se verifique su cumplimiento en los términos de la cláusula 4.09 del Contrato BOOMT, según se pruebe en el proceso, tanto las causadas a la fecha del laudo como las que se causen con posterioridad, hasta la fecha en que se verifique el cumplimiento del Hito 8, según lo pactado y la ley.*

***Quincuagésima Sexta Pretensión:** Declarar que al no ejecutar ni acreditar **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–** el cumplimiento del Hito 9 del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, en el plazo, la forma, manera y conforme a lo estipulado por las partes, en cuanto según se pruebe en el proceso que el Hito 9 haya sido retrasado por un período superior al plazo incumplido del Hito 8, tiene la obligación y debe pagar a **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO S.A. E.S.P.-** las "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos", en la cuantía pactada por cada día de incumplimiento adicional al plazo incumplido del Hito 8 anterior, hasta la fecha en que se verifique el cumplimiento del Hito 9, en la cuantía, por el plazo incumplido y en los términos de la cláusula 4.09 del Contrato BOOMT, según se pruebe en el proceso, tanto las causadas a la fecha del laudo como las que se causen con posterioridad, hasta la fecha en que se verifique el cumplimiento del Hito 9, según lo pactado y la ley.*

***Pretensión Subsidiaria a la Quincuagésima Sexta Pretensión:** Declarar que al no ejecutar ni acreditar **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–** el cumplimiento de los Hitos 7, 8 y 9, y/o del respectivo Hito 7, 8 o 9, del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, en el plazo, la forma, manera y conforme a lo estipulado por las partes, en cuanto también se ha verificado el incumplimiento del Hito 9, está obligada y debe pagar a **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO S.A. E.S.P.-** las "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos", que procedan conforme se pruebe en el proceso y lo determine el Tribunal, en la cuantía, por el plazo incumplido y en los términos de la cláusula 4.09 del Contrato BOOMT, tanto las causadas a la fecha del laudo como las que se causen con posterioridad, hasta la fecha en que se verifique el cumplimiento del respectivo Hito, según lo pactado y la ley.*

***Pretensión Subsidiaria a las pretensiones Quincuagésima Cuarta, Quinta, Sexta y a sus subsidiarias:** Declarar que al no ejecutar ni acreditar **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–** el cumplimiento de los Hitos 7, 8 y 9,*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

*y/o del respectivo Hito 7, 8 o 9, del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, cuyo cumplimiento debía hacer en la Etapa de Construcción a más tardar en el plazo cierto, la forma, manera y conforme a lo estipulado por las partes, en cuanto también se ha verificado el incumplimiento del Hito 9, en virtud de los desplazamientos de las fechas señaladas que tengan como origen su culpa para la realización de los Hitos 7, 8 y 9, y/o del respectivo Hito 7, 8 o 9, según lo probado en el proceso, está obligada y debe pagar a **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. HIDROITUANGO S.A. E.S.P.-**, las "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos", que procedan conforme se pruebe y lo determine el Tribunal, en la cuantía, por el plazo incumplido y en los términos de la cláusula 4.09 del Contrato BOOMT, tanto las causadas a la fecha del laudo como las que se causen con posterioridad, hasta la fecha en que se verifique el cumplimiento del respectivo Hito , según lo pactado y la ley.*

Quincuagésima Séptima Pretensión: *Declarar que por haber incurrido **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM.**, en culpa grave, la obligación de pagar las "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos" no está sujeta a la cuantía de la "Máxima Responsabilidad Financiera" acordada para la etapa de construcción, que corresponde a la suma equivalente a CUATROCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE DÓLARES (US \$450'000.000,00) de conformidad con lo establecido en la cláusula 9.08 del Contrato BOOMT.*

Pretensión Subsidiaria a la Quincuagésima Séptima Pretensión: *Declarar que la obligación de **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM.-** de pagar las "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos", es exigible hasta por el valor de la "máxima responsabilidad financiera" acordada para la etapa de construcción, la cual corresponde a la suma equivalente a CUATROCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE DÓLARES (US \$ 450'000.000,00) de conformidad con lo establecido en la cláusula 9.08 del Contrato BOOMT.*

PRETENSIONES CONDENATORIAS

Quincuagésima Octava Pretensión: *Condenar a **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM.**, a pagar a **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO S.A. E.S.P.-**, todos los daños y perjuicios que se determinen y acrediten durante el proceso por razón de su incumplimiento.*

Quincuagésima Novena Pretensión: *Condenar a **EMPRESAS PÚBLICAS DE***

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

MEDELLÍN E.S.P. –EPM., a pagar a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO S.A. E.S.P-, por daños materiales en la modalidad de lucro cesante, por el valor de la remuneración que le corresponde bajo el Contrato BOOMT a partir de la Fecha de Entrada de Operación Comercial del Grupo I de Unidades, la suma seiscientos treinta y cuatro mil trescientos cuarenta y siete mil millones (\$634.347.000.000), MONEDA LEGAL COLOMBIANA, más el valor mensual que se cause durante el proceso hasta la fecha del laudo.

Subsidiaria a la Quincuagésima Novena Pretensión: Condenar a **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM., a pagar a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO S.A. E.S.P-**, por daños materiales en la modalidad de lucro cesante, por el valor de la remuneración que le corresponde bajo el Contrato BOOMT a partir de la Fecha de Entrada de Operación Comercial del Grupo I de Unidades hasta la fecha del laudo, la suma que resulte probada en el proceso.

Sexagésima Pretensión Condenar a **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM., a pagar a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. HIDROITUANGO S.A. E.S.P** los intereses comerciales moratorios, a la máxima tasa autorizada por la ley, sobre el monto que arroje la remuneración, desde la fecha en que debía pagarla hasta la fecha que efectivamente realice el pago, de conformidad con lo pactado en el Contrato BOOMT y la ley.

Sexagésima Primera Pretensión: Condenar a **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM., a pagar a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO S.A. E.S.P-** todas las sumas de dinero que se determinen y acrediten durante el proceso en virtud de las contractualmente convenidas "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos" que procedan, cuyo cumplimiento debía hacer en la Etapa de Construcción, entre la fecha en que se hicieron exigibles –según lo determine el Tribunal– y la fecha del laudo, tanto las causadas a la fecha del laudo, como las que se causen con posterioridad hasta la fecha en que se verifique el cumplimiento del Hito o Hitos de que se trate, según lo pactado y la ley.

Sexagésima Segunda Pretensión: Condenar a **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM., a pagar a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO S.A. E.S.P** los intereses comerciales moratorios, a la máxima tasa autorizada por la ley, sobre el monto que arroje las cláusulas penales

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

de apremio, desde la fecha en que debió pagar la Cláusula Penal de Apremio hasta la fecha en que efectivamente realice el pago de conformidad con la cláusula 9.02 del Contrato BOOMT.

Sexagésima Tercera Pretensión: *Que se establezca o determine un plazo concreto, no superior a cinco (5) días contados a partir de la fecha de ejecutoria del laudo, para que **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM-**, -de conformidad con las estipulaciones contractuales convenidas en el apartado (iii) de la cláusula 4.09 del Contrato BOOMT, manifieste por escrito dirigido a **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.**, de manera firme, clara, precisa y expresa, si para el pago de las sumas correspondientes a las "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos" a cuya satisfacción resulte condenada mediante el correspondiente laudo, opta por realizarlo en dinero efectivo o considerándolo como un menor valor del costo del Proyecto para efectos del cálculo de la Remuneración.*

Sexagésima Cuarta Pretensión: *Que se determine que si dentro del plazo que señale el Tribunal de Arbitramento dentro del correspondiente laudo, **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM-**, no le manifiesta a **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.**, por escrito y de manera firme, clara, precisa y expresa, cuál opción escoge para la satisfacción de los valores correspondientes a las "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos", el pago de los mismos deberá realizarse en dinero efectivo.*

Sexagésima Quinta Pretensión: *Que se determine que si **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM-**, opta oportunamente por pagar las sumas de dinero a cuya satisfacción resulte condenada con cargo a un menor valor del costo del Proyecto para efectos del cálculo de la Remuneración, dicho cargo deberá incluir las sumas correspondientes tanto al capital que deba pagar por concepto de las "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos", como los intereses moratorios causados hasta la fecha en que efectuó dicha manifestación.*

Sexagésima Sexta Pretensión: *Condenar a **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM-** a pagar a **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO S.A. E.S.P.-** intereses moratorios a la máxima tasa permitida por la ley, sobre todos los intereses de mora que deba pagar, tanto*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

aquellos se encuentren pendientes por el no pago oportuno de las sumas ocasionadas por concepto remuneración y de las "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos, como aquellos de todo orden a cuya satisfacción resulte condenada por decisión del correspondiente laudo, a partir del vencimiento de un año sin que hayan sido debidamente cubiertos, de conformidad con las previsiones del artículo 886 del Código de Comercio.

Sexagésima Séptima Pretensión: *Condenar a **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM-** a pagar a **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO S.A. E.S.P.-** los intereses moratorios que se causen en relación con las condenas impuestas a su cargo, en el Laudo que ponga fin al presente proceso arbitral, a la máxima tasa legalmente permitida, desde la fecha de su ejecutoria y hasta su pago efectivo.*

Sexagésima Octava Pretensión: *Declarar, de conformidad con las disposiciones legales que lo resuelto en el laudo arbitral se limita a las precisas controversias planteadas por partes en este proceso, sin excluir su derecho para formular las reclamaciones, ejercer las acciones y presentar demandas pertinentes sobre otros aspectos contractuales del Contrato BOOMT y sus Actas de Modificación Bilateral -AMB-, verbi gratia, incumplimientos, responsabilidad, negociación y pago de predios, construcción o valor de obras, construcción de vías, incumplimientos, diferentes a los decididos en el laudo.*

Subsidiaria a la Sexagésima Octava Pretensión: *Que se declare que los efectos de cosa juzgada que se deriven del laudo con el cual se ponga fin al proceso, únicamente serán predicables de las precisas controversias o disputas conocidas y decididas en este proceso, sin extenderse a otra u otras.*

Sexagésima Novena Pretensión: *Que se ordene a **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –** dar cumplimiento al laudo arbitral que ponga fin al proceso de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437.*

Septuagésima Pretensión: *Condenar a **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –** a pagar, a favor de **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO S.A. E.S.P.-**, las costas del proceso arbitral, incluyendo agencias en derecho.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Hechos

34.La demanda reformada contiene 316 hechos referidos a los siguientes aspectos:

- Existencia, cesión, modificación y obligatoriedad del Contrato BOOMT, en el cual se refiere a la estructuración del Proyecto Hidroeléctrico Ituango, antecedentes del contrato BOOMT, el conocimiento, participación e intervención de EPM en el Contrato.
- El Contrato de diseños detallados, el conocimiento, intervención, interventoría y aprobación sin salvedades de EPM.
- El Contrato de asesoría en campo durante la construcción, su cesión y modificación por EPM (CT-2011-009, Hidroituango y el Consorcio Generación Ituango. El 23 de marzo de 2011 la Convocante cedió el Contrato a EPM Ituango, y el 19 de enero de 2013 cesión de EPM Ituango a EPM su posición contractual en el Contrato BOOMT).
- El Contrato de Infraestructura Vial, la intervención e interventoría de EPM y su cesión.
- Los procesos de contratación PC-056,-2020, PC-057-2010, PC-058- 2010 iniciados por Hidroituango, su cesión a EPM y los contratos de construcción e interventoría suscritos por EPM.
- La subasta internacional, escisión de Hidroituango, creación de EPM Ituango, y la transferencia de activos, contratos y procesos de contratación, con participación de EPM.
- Celebración del contrato BOOMT entre Hidroituango y EPM Ituango
- Cesión de contratos y procesos de contratación en curso y acuerdos sobre la responsabilidad de la cedente y la cesionaria.
- Cesión del contrato BOOMT y de los contratos del proyecto por EPM Ituango a EPM.
- Hechos relacionados con las salvedades de EPM al cronograma director.
- Hechos relativos a la modificación del contrato BOOMT, exoneración recíproca de responsabilidad, y fechas de cumplimiento de los hitos 7, 8, 9 y de entrada en operación.
- Hechos relacionados con el incumplimiento de los hitos 7, 8 y 9, la entrada en operación comercial, el SAD/ GAD, la licencia ambiental, la culpa grave y responsabilidad de EPM.
- El Incumplimiento del Hito 7, los planes de aceleración y el GAD.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

- La aceptación de EPM del incumplimiento de los Hitos 7, 8 y 9, los planes de aceleración, el Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y la Galería Auxiliar de Desviación.
- La iniciación de la construcción de las obras del Sistema Auxiliar de Desviación - SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD- sin licencia ambiental.
- Las acciones por incumplimiento contra los contratistas.
- Hechos relacionados con la reparación.

**1.6.CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA PRINCIPAL REFORMADA
POR PARTE DE LA CONVOCADA Y FORMULACIÓN DE
EXCEPCIONES**

a) Pronunciamiento sobre los hechos, las pretensiones y el juramento estimatorio

35.La Convocada contestó oportunamente la demanda principal reformada pronunciándose expresamente sobre los hechos, aceptando como ciertos algunos y negando los demás. Adicionalmente, se opuso a las pretensiones y objetó el juramento estimatorio.

b) Las excepciones formuladas

36.En la contestación de la demanda principal reformada, la Convocada formuló las siguientes excepciones generales²¹:

"5.2.1.1. Excepción de inexistencia de incumplimiento culpable por parte de EPM"

5.2.1.2. Excepción de imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones a cargo de EPM en la forma inicialmente prevista "impossibillum nulla obligatio".

5.2.1.3. Excepciones de responsabilidad de HIDROITUANGO por la realización de los riesgos asumidos, según la Matriz de Riesgos del Contrato BOOMT.

5.2.1.4. Excepción de ejercicio abusivo de la cláusula penal de apremio pactada en el Contrato BOOMT y desconocimiento de la finalidad de la misma.

²¹ Carpeta N° 19, documento identificado como 202204025 Contestación EPM frente a reforma demanda arbitral HI (hitos 7,8 y 9) Rad 2020 A 0035.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

5.2.1.5.Excepción de incumplimiento del procedimiento pactado en la Cláusula 9.02 del Contrato BOOMT.

5.2.1.6. Excepción de violación del principio de buena fe por parte de HIDROITUANGO. Desconocimiento de los actos propios y deber de colaboración en la ejecución del Contrato BOOMT.

37.Adicionalmente, propuso excepciones frente a las pretensiones en particular:

- *Excepción a la pretensión 2: la pretensión es deliberadamente confusa.*
- *Excepciones a las pretensiones 7, 8, 9: salvedades de HIDROITUANGO a través de su interventor EPM.*
- *Excepción a la pretensión 10: interpretación inexacta de la voluntad de las partes contenida en la pretensión propuesta por HIDROITUANGO.*
- *Excepción a la pretensión 11: pretensión equívoca.*
- *Excepción frente a las pretensiones 12, 13, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23: obligaciones de medio.*
- *Excepción a la pretensión 14: obligaciones mixtas -de medio y de resultado-.*
- *Excepción a la pretensión 16: el Tribunal deberá decidirla con base en lo realmente pactado en el Contrato BOOMT.*
- *Excepciones frente a las pretensiones 24, 25, 26, 27 y subsidiaria a la 27: inexistencia de incumplimiento culpable del contrato BOOMT por parte de EPM.*
- *Excepción a la pretensión 26: conducta correcta de EPM.*
- *Excepción a la pretensión subsidiaria a la pretensión 27: inexistencia de incumplimiento culpable del contrato BOOMT por parte de EPM.*
- *Excepción frente a la pretensión 32: Falta de causa.*
- *Excepción frente a las pretensiones 37, 38 y 39: asunción integral del riesgo de diseño, sin salvedad, por parte de HIDROITUANGO.*
- *Excepción frente a la pretensión 41: la Contingencia constituye un evento excusable.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

- *Excepción frente a las pretensiones 43 y 44: violación a los principios de buena fe y de equilibrio económico del contrato.*
- *Frente a las demás pretensiones de este grupo, respecto de las cuales no se haya formulado una excepción específica (pretensiones 28, 29, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 40 y 42), EPM propone la excepción de "inexistencia de incumplimiento culpable por parte de EPM" frente a la adopción y ejecución del SAD.*
- *5.2.2.1.5. Pronunciamiento frente a las pretensiones 45, 46, 47, 48, 49 y subsidiaria a la 49 "relacionadas con el incumplimiento de los hitos 8 y 9, y la entrada en operación comercial"*
- *Un pronunciamiento general sobre las aludidas pretensiones, ya EPM lo hizo cuando formuló las excepciones generales expuestas en el numeral 5.2.1. de este escrito. EPM reitera ese pronunciamiento para referirse a las pretensiones 45, 46, 47, 48, 49 y subsidiaria a la 49.*
- *Excepciones frente a las pretensiones 45, 46, 47, 48, 49 y subsidiaria a la 49: Excepción de conducta correcta de EPM*
- *Excepción de inexistencia de incumplimiento culpable del contrato BOOMT por parte de EPM*
- *Excepciones frente a las pretensiones 51, 52 y 53. Excepción de "petición antes de tiempo o inexistencia del derecho para reclamar la indemnización".*
- *Inexistencia del derecho a la remuneración aún en un escenario sin Contingencia.*
- *Excepciones frente a las pretensiones 54, 55, 56 y sus subsidiarias. Con fundamento en lo anterior, EPM formula las excepciones generales de "inexistencia de incumplimiento culpable por parte de EPM", "ejercicio abusivo de la cláusula penal de apremio pactada en el Contrato BOOMT y desconocimiento de la finalidad de la misma" e "incumplimiento del procedimiento pactado en la Cláusula 9.02 del Contrato BOOMT".*
- *Excepciones frente a la pretensión 57 y su subsidiaria: inexistencia de culpa grave*
- *Excepciones frente a las pretensiones 58, 59 y sus subsidiarias*
- *Con fundamento en lo anterior, EPM formula las excepciones generales de "inexistencia de incumplimiento culpable por parte*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

de EPM” y “responsabilidad de HIDROITUANGO por la realización de los riesgos asumidos, según la Matriz de Riesgos del Contrato BOOMT”. Adicional, se propone la excepción de “inexistencia de daños o perjuicios”.

- *Excepción de inexistencia de daños o perjuicios*
- *Excepción frente a la pretensión 60: excepción de enriquecimiento sin causa*
- *Excepciones frente a la pretensión 61. Teniendo en cuenta que se trata de pretensiones consecuenciales, se reiteran las excepciones generales formuladas frente a las pretensiones 54, 55, 56 y sus subsidiarias, consistentes en la “inexistencia de incumplimiento culpable por parte de EPM”, “ejercicio abusivo de la cláusula penal de apremio pactada en el Contrato BOOMT y desconocimiento de la finalidad de la misma” e “incumplimiento del procedimiento pactado en la Cláusula 9.02 del Contrato BOOMT”. Además, se formulan las siguientes excepciones.*
- *Excepción de enriquecimiento sin causa*
- *Excepción de falta de presupuestos jurídicos y fácticos para su prosperidad*
- *Excepciones frente a la excepción 62: excepción de enriquecimiento sin causa*
- *Excepciones frente a las pretensiones 63, 64 y 65. Teniendo en cuenta que se trata de pretensiones consecuenciales, derivadas de las pretensiones en virtud de las que se solicita el reconocimiento de las Cláusulas Penales de Apremio, se reiteran las excepciones formuladas frente aquellas, relacionadas con “inexistencia de incumplimiento culpable por parte de EPM”, “ejercicio abusivo de la cláusula penal de apremio pactada en el Contrato BOOMT y desconocimiento de la finalidad de la misma”, “incumplimiento del procedimiento pactado en la Cláusula 9.02 del Contrato BOOMT”, “enriquecimiento sin causa” y “falta de presupuestos jurídicos y fácticos para su prosperidad”*
- *Excepciones frente a la pretensión 66*
- *Excepción de enriquecimiento sin causa.*
- *Excepción de reconocimiento de los intereses a la menor tasa contemplada en la ley o en el mercado.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

- *Excepción de inaplicabilidad del artículo 886 del Código de Comercio a los contratos estatales.*
- *Excepción de inconstitucionalidad del artículo 886 del Código de Comercio.*
- *Excepciones frente a la pretensión 67. Teniendo en cuenta que se trata de una pretensión que deriva de la solicitud de condena por el presunto incumplimiento por parte de EPM del Contrato BOOMT, se reiteran las excepciones formuladas relacionadas con "inexistencia de incumplimiento culpable por parte de EPM", "responsabilidad de HIDROITUANGO por la realización de los riesgos asumidos, según la Matriz de Riesgos del Contrato BOOMT", "enriquecimiento sin causa" y "falta de presupuestos jurídicos y fácticos para su prosperidad".*
- *5.2.2.2.12. Petición sobre el entendimiento de las excepciones. Tanto las excepciones generales como las específicas podrán ser acogidas por el Tribunal según los hechos probados y el entendimiento que los señores árbitros hagan de los hechos y de la contestación a estos. La formulación del conjunto de excepciones generales y específicas no implica la exclusión de una u otra, son complementarias.*

1.7.LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN REFORMADA DE EPM

a) Pretensiones

38.La Convocante en Reconvención ha solicitado al Tribunal que en el Laudo se efectúen las siguientes declaraciones y condenas:

A. Pretensiones relacionadas con la Contingencia y la ausencia de responsabilidad de EPM

1. Que se declare que la Contingencia ocurrida en el Proyecto Hidroeléctrico Ituango, que construye EPM en virtud del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011 entre HIDROITUANGO y EPM ITUANGO, y cedido por este último a EPM el 19 de enero de 2013, constituye un Evento Excusable de acuerdo con lo dispuesto en las Cláusulas 1.02 y 6.13 de dicho contrato.

2. Que como consecuencia del Evento Excusable pedido en la pretensión 1, se declare que EPM:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

- 2.1. *Se encuentra excusada del cumplimiento oportuno, de acuerdo con lo previsto en el Cronograma Director y el AMB 10, de los Hitos 7, 8, 9 y 10 del Contrato BOOMT, de conformidad con lo establecido en el numeral (i) de la Cláusula 6.13 de dicho contrato.*
- 2.2. *No es sujeto de la imposición de las Cláusulas Penales de Apremio previstas en la Cláusula 4.09 del Contrato BOOMT por el no cumplimiento de los Hitos 7, 8, 9 y 10, y, por lo tanto, no está obligada a asumir pago alguno a favor de HIDROITUANGO por ese concepto, de acuerdo con lo previsto en el numeral (iii) de la Cláusula 6.13 de este contrato.*
- 2.3. *No está obligada a asumir ninguna consecuencia económica adversa derivada de la Contingencia, incluyendo, pero sin limitar, la pérdida de las obligaciones de energía en firme asignadas -OEF-.*
3. *Que se declare que la Contingencia constituye la materialización del riesgo de la Etapa de Construcción denominado "diseños y especificaciones" a cargo de HIDROITUANGO, contenido en la Cláusula 6.14 y su Anexo -Matriz de Riesgos- del Contrato BOOMT.*
4. *Que, como consecuencia de la pretensión 3, se declare que:*
 - 4.1. *EPM no está obligada al cumplimiento oportuno, de acuerdo con lo previsto en el Cronograma Director y el AMB 10, de los Hitos 7, 8, 9 y 10 del Contrato BOOMT.*
 - 4.2. *EPM no es sujeto de la imposición de las Cláusulas Penales de Apremio previstas en la Cláusula 4.09 del Contrato BOOMT por el no cumplimiento de los Hitos 7, 8, 9 y 10, y, por lo tanto, no está obligada a asumir pago alguno a favor de HIDROITUANGO por ese concepto.*
 - 4.3. *HIDROITUANGO es responsable, en términos del Contrato BOOMT, de "asumir todos los costos, gastos e indemnizaciones" derivados de la Contingencia en el Proyecto Hidroeléctrico Ituango, en cuanto asumió el riesgo de la Etapa de Construcción denominado "diseños y especificaciones", de acuerdo con las Cláusulas 6.09 numeral (xxi), 6.14 y su Anexo -Matriz de*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Riesgos- del Contrato BOOMT.

5. *Que, de declararse que la Contingencia no obedece a la materialización del riesgo de la Etapa de Construcción denominado "diseños y especificaciones", se declare que la Contingencia constituye la materialización del riesgo de la Etapa de Construcción denominado "errores en subcontratistas vigentes" a cargo de HIDROITUANGO, contenido en la Cláusula 6.14 y su Anexo -Matriz de Riesgos- del Contrato BOOMT.*

6. *Que, como consecuencia de la pretensión 5, se declare que:*

6.1. *EPM no está obligada al cumplimiento oportuno, de acuerdo con lo previsto en el Cronograma Director y el AMB 10, de los Hitos 7, 8, 9 y 10 del Contrato BOOMT.*

6.2. *EPM no es sujeto de la imposición de las Cláusulas Penales de Apremio previstas en la Cláusula 4.09 del Contrato BOOMT por el no cumplimiento de los Hitos 7, 8, 9 y 10, y, por lo tanto, no está obligada a asumir pago alguno a favor de HIDROITUANGO por ese concepto.*

6.3. *HIDROITUANGO es responsable, en términos del Contrato BOOMT, de "asumir todos los costos, gastos e indemnizaciones" derivados de la Contingencia en el Proyecto Hidroeléctrico Ituango, en cuanto asumió el riesgo de la Etapa de Construcción denominado "diseños y especificaciones", de acuerdo con las Cláusulas 6.09 numeral (xxi), 6.14 y su Anexo -Matriz de Riesgos- del Contrato BOOMT.*

7. *Que, si el Tribunal considera que las pretensiones 3 y 5 no tienen vocación de prosperidad, se declare que la Contingencia constituye la materialización de un riesgo no identificado, en los términos del inciso segundo de la Cláusula 6.14 del Contrato BOOMT.*

8. *Que, como consecuencia de la pretensión 7:*

8.1. *Se declare que EPM no está obligada al cumplimiento oportuno, de acuerdo con lo previsto en el Cronograma Director y el AMB 10, de los Hitos 7, 8, 9 y 10 del Contrato BOOMT.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

- 8.2. *Se declare que EPM no es sujeto de la imposición de las Cláusulas Penales de Apremio previstas en la Cláusula 4.09 del Contrato BOOMT por el no cumplimiento de los Hitos 7, 8, 9 y 10, y, por lo tanto, no está obligada a asumir pago alguno a favor de HIDROITUANGO por ese concepto.*
- 8.3. *Se ordene aplicar el inciso segundo de la Cláusula 6.14 del Contrato BOOMT, en cuanto dice que "los efectos económicos que ocasione cualquier riesgo no identificado a la Fecha de Firma del Contrato, no asignado en la Matriz de Riesgos y que se materialice durante la Etapa de Construcción, serán cargados como un mayor valor del Proyecto, para efectos del cálculo de la Remuneración establecido en la cláusula 2.04(i)".*
9. *Que, de declararse que la Contingencia no es un Evento Excusable, se declare que aquella no deriva de un incumplimiento negligente de las obligaciones a cargo de EPM establecidas en el Contrato BOOMT, y, por tanto, no es atribuible a EPM a título de culpa.*
10. *Que, como consecuencia de la pretensión 9, se declare que EPM:*
- 10.1. *EPM no está obligada al cumplimiento oportuno, de acuerdo con lo previsto en el Cronograma Director y el AMB 10, de los Hitos 7, 8, 9 y 10 del Contrato BOOMT.*
- 10.2. *No es sujeto de la imposición de las Cláusulas Penales de Apremio previstas en la Cláusula 4.09 del Contrato BOOMT por el no cumplimiento de los Hitos 7, 8, 9 y 10, y, por lo tanto, no está obligada a asumir pago alguno a favor de HIDROITUANGO por ese concepto.*
- 10.3. *No está obligada a asumir ninguna consecuencia económica adversa de la Contingencia, incluyendo, pero sin limitar, la pérdida de las obligaciones de energía en firme asignadas -OEF-.*
11. *Que el Tribunal declare que las partes están sujetas a lo estipulado en el Contrato BOOMT, especialmente, lo pactado en la Cláusula 9.05 "Esfuerzo conjunto", según la cual "Este Contrato no debe ser interpretado más severamente en contra de*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

alguna de sus partes”.

12. Que, como consecuencia de la pretensión 11, si se estima que la Contingencia no constituye un Evento Excusable, ni la realización de los riesgos a que alude la cláusula 6.14 y su Anexo -Matriz de Riesgos- del Contrato BOOMT, incluido el riesgo no identificado, ni que es un hecho imputable a EPM a título de culpa, en aplicación de la Cláusula "Esfuerzo conjunto" y del principio del equilibrio financiero del contrato, se declare que los costos, gastos e inversiones en que ha incurrido EPM para atender y superar la Contingencia serán cargados como un mayor valor del Proyecto, para efectos del cálculo de la Remuneración establecido en la cláusula 2.04(i).

B. Pretensiones relacionadas con las Cláusulas Penales de Apremio

13. Que se declare la nulidad absoluta de la Cláusula 4.09 del Contrato BOOMT, relativa a las Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos, por abusiva al desconocer la finalidad conminatoria de la Cláusula y afectar el equilibrio justo de la relación entre las partes del Contrato BOOMT, por ignorar el criterio contractual de "Esfuerzo conjunto" y violar el derecho público de la Nación, al desconocer los principios de igualdad y moralidad, entre otros, que rigen la función administrativa.

14. Que, como consecuencia de la prosperidad de la pretensión 13, se declare que EPM no está obligada a pagar a favor de HIDROITUANGO ningún valor derivado de la Cláusula 4.09 del Contrato BOOMT.

15. Que, de no declararse la nulidad absoluta de la Cláusula 4.09 del Contrato BOOMT, el Tribunal la revise, en el sentido de determinar que se convirtió en una cláusula compensatoria y no conminatoria, y, en consecuencia, el valor que resulte de su aplicación constituye una tasación anticipada de perjuicios.

16. Que, de no prosperar las pretensiones 13 y 15, y con base en el último inciso del artículo 1601 del Código Civil, el Tribunal revise la Cláusula 4.09 del Contrato BOOMT en orden a moderarla, en el sentido de declarar que el monto que HIDROITUANGO pretende por concepto de Cláusulas Penales de Apremio por el incumplimiento de los Hitos 7, 8 y 9 es desbordado, toda vez que es equivalente al 77% de la pretensión relativa a la remuneración, de la que es accesoria, caso en

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

el cual, no podrá superar el 20% de la pretensión relativa a la remuneración.

17. Que el Tribunal declare que la interpretación y aplicación de la Cláusula 4.09 del Contrato BOOMT, está sujeta a la Cláusula 9.05 "Esfuerzo conjunto", según la cual "Este Contrato no debe ser interpretado más severamente en contra de alguna de sus partes".

18. Que, en consecuencia, en caso de no prosperar la pretensión de revisión de la Cláusula 4.09 del Contrato BOOMT con fundamento en el último inciso del artículo 1601 del Código Civil, el Tribunal la revise en aplicación de la Cláusula 9.05 "Esfuerzo conjunto" en el sentido de declarar que el monto que HIDROITUANGO pretende por concepto de Cláusulas Penales de Apremio por el incumplimiento de los Hitos 7, 8 y 9 es desbordado, toda vez que es equivalente al 77% de la pretensión relativa a la remuneración, de la que es accesoria, caso en el cual, no podrá superar el 20% de la pretensión relativa a la remuneración.

C. Pretensiones relacionadas con el reclamo anticipado de la remuneración

19. Que se declare que HIDROITUANGO ha incumplido las Cláusulas 1.02 y 2.06 del Contrato BOOMT, al haber desconocido el principio de la buena fe, en cuanto ha incidido de manera indebida en el trabajo a cargo del Auditor de Costos.

20. Que, como consecuencia de la pretensión 19, el Tribunal disponga que, para los efectos del cálculo de la remuneración, no se tenga en cuenta o se excluya, la certificación parcial y provisional expedida por el Auditor de Costos o cualquier otra que llegue a expedir con el propósito de certificar las "Variables Etapas de Construcción".

21. Que el Tribunal declare que la interpretación y aplicación de la Cláusula 2.04 del Contrato BOOMT, relativa a la "Metodología para la definición de la Remuneración que recibirá Hidroituango", está sujeta a la Cláusula 9.05 "Esfuerzo conjunto", según la cual "Este Contrato no debe ser interpretado más severamente en contra de alguna de sus partes".

22. Que se declare que HIDROITUANGO ha incumplido la Cláusula 9.05 "Esfuerzo conjunto" del Contrato BOOMT al interpretar severamente y en contra de EPM la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Cláusula 2.04, en cuanto exige el pago anticipado y prematuro de la remuneración.

23. Que se declare que HIDROITUANGO ha incumplido parcialmente el Contrato BOOMT, al exigir a EPM el pago de la remuneración establecida en la Cláusula 2.04 de este Contrato, sin cumplirse las condiciones para ello, esto es:

23.1. Sin concluirse la Etapa Constructiva.

23.2. Sin cumplirse Fecha de Entrada en Operación Comercial del Grupo 1 de Unidades.

23.3. Haciendo uso indebido de la certificación parcial y provisional expedida por la Firma de Auditoría, desconociendo que esta solo puede ser elaborada una vez finalizada la Etapa de Construcción, de acuerdo con lo dispuesto en la Cláusula 2.06 del Contrato BOOMT.

24. Que se declare que HIDROITUANGO solo tiene derecho a la remuneración, siempre y cuando el Valor Presente Neto del Plan de Negocios del Proyecto sea mayor a cero, y solo bajo las estrictas condiciones, el plazo y los términos financieros establecidos en la Cláusula 2.04 del Contrato BOOMT, esto es, a partir de los noventa (90) días siguientes a la Fecha de Entrada en Operación Comercial del Grupo 1 de Unidades, circunstancias que a la fecha de presentación de esta demanda de reconvención no se han cumplido.

25. Que se declare que toda pretensión que reclame HIDROITUANGO en contravía de lo dispuesto en la Cláusula 2.04 del Contrato BOOMT es improcedente por prematura o anticipada, al desconocer las condiciones, el plazo, los términos financieros establecidos y la realidad contractual, toda vez que a la fecha no se ha culminado la Etapa de Construcción.

26. Que, en el remoto caso de que el Tribunal considere que, a pesar de no estar cumplidas las condiciones de la Cláusula 2.04 del Contrato BOOMT, hay lugar a la estimación de la remuneración, se ordene, para efectos de su cálculo, y en aplicación de la Cláusula 9.05 "Esfuerzo conjunto", incluir todas las inversiones, costos y gastos preoperativos efectuados por EPM ITUANGO y EPM para poner en operación la Central en las "Variables Etapas de Construcción", que a la fecha no hayan sido incluidas o aceptadas, y las que se generen con posterioridad hasta la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

terminación de la "Etapa de Construcción", incluyendo, pero sin limitar, los siguientes conceptos:

26.1. Todas las inversiones, costos y gastos preoperativos no previstos inicialmente, necesarios para llevar a cabo la construcción del Proyecto, entre ellos, los asociados a la implementación del SAD y el Plan Acelerado de Obras.

26.2. Todas las inversiones, costos, y gastos preoperativos efectuados para atender, recuperar y superar los efectos derivados de la Contingencia ocurrida en el Proyecto.

27. Que, como consecuencia de la prosperidad de la pretensión 26, para efectos de calcular la remuneración, se ordene incluir, fuera de todas las sumas que ya han sido incluidas o aceptadas por HIDROITUANGO, la suma de COP \$ 4.308.358.000.000, que más adelante se discrimina, o el valor que determinen los peritos, incluyendo, pero sin limitar, los siguientes conceptos:

27.1. Todas las inversiones, costos y gastos preoperativos no previstos inicialmente, necesarios para llevar a cabo la construcción del Proyecto, entre ellos, los asociados a la implementación del SAD y el Plan Acelerado de Obras, por valor de COP \$804.239.000.000, que corresponde a los valores no aceptados por HIDROITUANGO, con corte al 31 de diciembre de 2019.

27.2. Todas las inversiones, costos, y gastos preoperativos efectuados para atender, recuperar y superar los efectos derivados de la Contingencia ocurrida en el Proyecto, por valor de COP \$3.504.119.000.000, con corte al 31 de diciembre de 2021, y los que se generen con posterioridad, amortizando la suma de \$1.676.850.000.000, correspondientes a los pagos asociados a este evento efectuados por las compañías de seguro, con corte al 31 de diciembre de 2021.

28. Que, en el remoto caso de que el Tribunal determine que, a pesar de no estar cumplidas las condiciones de la Cláusula 2.04 del Contrato BOOMT, hay lugar a la estimación de la remuneración, se declare, para efectos de su cálculo, que el

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

"Promedio Ponderado del Costo de la Deuda" de la "Etapa Variables de Construcción" calculado en 2.20% desconoce lo estipulado en la Cláusula 2.07, así como las buenas prácticas contables y los parámetros regulatorios sobre el cálculo de la deuda, comúnmente utilizados en el ámbito de la economía y la realidad del mercado financiero colombiano.

29. Que, como consecuencia de la prosperidad de la pretensión 28, para efectos de calcular la remuneración a favor de HIDROITUANGO, se ordene tener como "Promedio Ponderado del Costo de la Deuda" una cifra no inferior a 5.10% o la que se determine por los peritos, de acuerdo con la cláusula 2.07 del Contrato BOOMT.

30. Que, en el remoto caso de que el Tribunal considere que, a pesar de no estar cumplidas las condiciones de la Cláusula 2.04 del Contrato BOOMT, hay lugar a la estimación de la remuneración, se considere la pérdida de las Obligaciones de Energía en Firme para el periodo 2018-2038, en consecuencia, se excluya su valor de las variables del cálculo de la remuneración.

31. Que, en el remoto caso de que el Tribunal considere que, a pesar de no estar cumplidas las condiciones de la Cláusula 2.04 del Contrato BOOMT, hay lugar a la estimación de la remuneración, reconozca como un mayor valor en el costo del Proyecto, la suma de COP \$ 151.400.819.981, como consecuencia de la ejecución de la garantía por el Cargo por Confiabilidad, suma de dinero que fue pagada por EPM, así como las demás consecuencias financieras derivadas de la pérdida de las obligaciones de energía en firme.

32. Que, en el remoto caso de que el Tribunal considere que, a pesar de no estar cumplidas las condiciones de la Cláusula 2.04 del Contrato BOOMT, hay lugar a la estimación de la remuneración, reconozca como un mayor valor en el costo del Proyecto, la suma de COP \$15.317.667.895, pagada por EPM a Intercolombia S.A. E.S.P., con corte al 31 de diciembre de 2021, por concepto de reconocimiento de los ingresos al transportador como consecuencia de la no entrada en operación de la Central, así como los demás valores que se reconozcan hasta que se logre la efectiva entrada en operación.

33. Que, en el remoto caso de que el Tribunal considere que, a pesar de no estar cumplidas las condiciones de la Cláusula 2.04 del Contrato BOOMT, hay lugar a la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

estimación de la remuneración, ordene que su cálculo solo se efectúe a partir de la fecha efectiva de entrada en operación del Proyecto UPME 03-2014 para el "diseño, adquisición de los suministros, construcción, operación y mantenimiento de las Subestaciones Ituango y Medellín, también denominada Katíos, y las líneas de transmisión asociadas" a cargo de Intercolombia S.A. E.S.P. o la que el Tribunal considere.

34. Que, en el remoto caso de que el Tribunal considere que, a pesar de no estar cumplidas las condiciones de la Cláusula 2.04 del Contrato BOOMT, hay lugar a la estimación de la remuneración, reconozca como un mayor valor en el costo comercial del Proyecto, la suma de COP \$61.105.933.810, asociada al respaldo de obligaciones de energía firme de Ituango de la planta térmica de la Sierra, así como los demás costos en los que EPM incurra por concepto de respaldo de la obligaciones de energía en firme (segunda y tercera asignación) que deriven del atraso en la entrada de operación de la Central Ituango como consecuencia de la Contingencia.

***D. Pretensiones relacionadas con el incumplimiento de
HIDROITUANGO consistente en la obstaculización de la gestión de
la Licencia Ambiental***

35. Que se declare que HIDROITUANGO incumplió parcialmente el Contrato BOOMT, específicamente la obligación que se deriva del numeral (i) de la Cláusula 6.18, al haber revocado el poder otorgado para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, tendiente a obtener la anulación de las Resoluciones 02584 de diciembre 30 de 2019 y 0172 de enero 15 de 2021, que impusieron sanción ambiental a HIDROITUANGO consistente en multa, y el consecuente restablecimiento del derecho.

36. Que se declare que EPM perdió la oportunidad de someter a juicio las Resoluciones 02584 de diciembre 30 de 2019 y 0172 de enero 15 de 2021 proferidas por la ANLA, en caso de que se confirme, por parte del Consejo de Estado, el rechazo de la demanda interpuesta por EPM por causa imputable a HIDROITUANGO al haber revocado el poder para el impulso de esta.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

37. Que, como consecuencia de la declaración anterior, se condene a HIDROITUANGO a reconocer y pagar a EPM la suma de \$5.509.700.871, que corresponde al valor de la sanción impuesta por la ANLA, mediante las Resoluciones 02584 de diciembre 30 de 2019 y 0172 de enero 15 de 2021, pagado por EPM el 25 de enero de 2021, o el valor que estime el Tribunal.

E. Otras pretensiones

38. Que se condene a HIDROITUANGO a reconocer y pagar a favor de mi representada los intereses causados sobre las sumas reclamadas en la pretensión 37 desde cuando EPM hizo el pago respectivo, hasta la fecha en la cual se verifique el cumplimiento efectivo del laudo con el que se ponga fin a la controversia.

39. Que se ordene a HIDROITUANGO dar cumplimiento al laudo en los términos establecidos en los artículos 192 y siguientes del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -CPACA-

40. Que se condene a HIDROITUANGO al pago de las costas y agencias en derecho.

b) Hechos

39. En la demanda de reconvención reformada se presentaron 226 hechos²², clasificados en las siguientes secciones que fueron tituladas así:

- De la celebración del Contrato BOOMT entre HIDROITUANGO y EPM ITUANGO.
- Contrato de mandato entre EPM ITUANGO y EPM.
- De la cesión del Contrato BOOMT de EPM Ituango a EPM.
- Aspectos relevantes del contrato BOOMT:
- Plazo del contrato BOOMT.
- Hitos del Contrato BOOMT.
- Salvedades realizadas por EPM al Cronograma director.
- Remuneración pactada en el contrato BOOMT.
- Variables etapa de construcción y Firma de Auditoría (Auditor de costos).
- Cláusulas penales de apremio.
- Evento excusable.

²² Carpeta N° 15, documento identificado como reforma demanda final marzo 11 (1) (1).

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

- Asignación y distribución de riesgos.
- El riesgo del diseño en el Contrato BOOMT
- El riesgo de subcontratación en el contrato BOOMT.
- Administración de la licencia ambiental.
- De las Actas de modificación Bilateral del Contrato BOOMT
- De los diseños detallados del proyecto. Contrato 007-2008
- Asesoría durante la construcción- Contrato CT-2011-009
- Estrategias para lograr la puesta en operación del Proyecto: Plan Acelerado de Obras y SAD.
- Importancia de la desviación del río Cauca
- Atrasos en la Etapa Constructiva del Proyecto Hidroeléctrico Ituango
- Desviación del Rio Cauca y necesidad de implementar el SAD
- Plan Acelerado de Obras
- Conocimiento y Aceptación de HIDROITUANGO de las estrategias de Aceleración
- Actas de cumplimiento
- Auditor de costos del Proyecto Hidroeléctrico Ituango.
- Contingencia del Proyecto. i. Hechos relevantes de la Contingencia y ii. Causas de la contingencia.
- Ausencia de responsabilidad de EPM en la Contingencia (La contingencia es un evento excusable, Materialización de los riesgos a cargo de HIDROITUANGO, Improcedencia de la imposición y pago de las Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos, Ausencia de incumplimiento culpable por parte de EPM)
- Costos, gastos e inversiones efectuados por EPM necesarios para la construcción del Proyecto y su puesta en operación, incluidas las relativas a la Contingencia.
- Efectos económicos derivados de la Contingencia y sobrecostos que EPM ha tenido que asumir con ocasión de esta.
- Impactos de la entrada en operación del Proyecto UPME 03-2014, y costos asociados.
- De las pólizas del Proyecto.
- Otros reconocimientos asociados a la Contingencia.
- Licencia ambiental: poder y revocatoria.
- Ausencia de colaboración de HIDROITUANGO.

**1.8.LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN
REFORMADA Y FORMULACIÓN DE EXCEPCIONES**

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

a) Pronunciamiento sobre los hechos, las pretensiones y el juramento estimatorio

40.La Convocada en reconvención contestó oportunamente la demanda de reconvención reformada pronunciándose expresamente sobre los hechos, aceptando como ciertos algunos, otros parcialmente, manifestando que algunos no constituyen hechos y negando los demás. Adicionalmente, se opuso a la totalidad de las pretensiones y manifestó la imposibilidad de realizar objeción al juramento estimatorio por la forma como fue presentado por la Convocante en reconvención.

b) Las excepciones formuladas

41.En la contestación de la demanda de reconvención reformada se formularon las siguientes excepciones:

- *"EXCEPCIÓN DENOMINADA: "LA CONTINGENCIA ACAECIDA EN EL SISTEMA AUXILIAR DE DESVIACIÓN -SAD- Y SU GALERÍA AUXILIAR DE DESVIACIÓN -GAD- NO ES UN "EVENTO EXCUSABLE" BAJO EL CONTRATO BOOMT"*
- *EXCEPCIÓN DENOMINADA: EL RIESGO DE "DISEÑOS Y ESPECIFICACIONES" ASIGNADO A HI, NO SE EXTIENDE A UN NUEVO DISEÑO BAJO UNA CONCEPCIÓN TÉCNICA NUEVA DECIDIDO, CONTRATADO Y EJECUTADO DIRECTAMENTE POR EPM.*
- *EXCEPCIÓN DENOMINADA: "EL RIESGO DE "ERRORES EN SUBCONTRATISTAS VIGENTES" NO COMPRENDE LAS MODIFICACIONES DE UN SUBCONTRATO CEDIDO, DECIDIDAS Y ACORDADAS CON POSTERIORIDAD A LA CESIÓN EN FORMA DIRECTA Y AUTÓNOMA POR EPM."*
- *EXCEPCIÓN DENOMINADA: EL RIESGO "NO IDENTIFICADO" NO COMPRENDE EL "RIESGO CREADO" POR LA PARTE QUE LO INVOCA.*
- *EXCEPCIÓN DENOMINADA: MATERIALIZACIÓN DEL RIESGO DE GESTIÓN DEL PROYECTO.*
- *EXCEPCIÓN DENOMINADA: LA CLÁUSULA DE "ESFUERZO CONJUNTO" Y EL EQUILIBRIO ECONÓMICO DEL CONTRATO, NO EXONERAN DE RESPONSABILIDAD A EPM POR INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO BOOMT, LA CONCRECIÓN DE SUS RIESGOS Y LA CONTINGENCIA.*
- *EXCEPCIÓN DENOMINADA: AUSENCIA DE LA NULIDAD ABSOLUTA; VALIDEZ, EFICACIA Y OBLIGATORIEDAD DE LAS CLÁUSULAS PENALES DE APREMIO.*
- *EXCEPCIÓN DENOMINADA: LAS CLÁUSULAS PENALES DE APREMIO PACTADAS SON CONMINATORIAS Y NO COMPENSATORIAS.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

- *EXCEPCIÓN DENOMINADA: IMPROCEDENCIA DE LA REVISIÓN Y AJUSTE. LAS CLÁUSULAS PENALES DE APREMIO NO SON DESBORDADAS Y ESTABLECEN EN FUNCIÓN DEL VALOR TOTAL DEL CONTRATO BOOMT.*
- *EXCEPCIÓN DENOMINADA: INCUMPLIMIENTO DE EPM A SUS OBLIGACIONES DE CONSTRUIR LA OBRA PÚBLICA COMPRENDIDA EN LOS HITOS 7, 8 Y 9.*
- *EXCEPCIÓN DENOMINADA: HI TIENE DERECHO A LA REMUNERACIÓN Y EPM ESTÁ OBLIGADA A PAGARLA A PARTIR DE LA "FECHA DE ENTRADA EN OPERACIÓN COMERCIAL" EN LA FECHA PACTADA EN EL CONTRATO BOOMT Y EN LA SUMA QUE RESULTE PROBADA EN EL PROCESO.*
- *EXCEPCIÓN DENOMINADA: "INEXISTENCIA DEL INCUMPLIMIENTO PRETENDIDO"*
- *EXCEPCIÓN DENOMINADA: "RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DE EPM POR LA VIOLACIÓN DE LA LICENCIA AMBIENTAL"*

1.9.PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE

42.El 23 de noviembre de 2022 se dio inicio a la Primera Audiencia de Trámite, oportunidad en la que, previo cumplimiento de las etapas establecidas en la Ley, mediante Auto No. 31 el Tribunal se declaró competente para conocer de las controversias plasmadas en la demanda principal reformada, en la demanda de reconvención reformada y en sus respectivas contestaciones. Dicha decisión no fue objeto de recurso.

43.La audiencia fue suspendida y se continuó el 22 de febrero de 2023, oportunidad en la que se resolvió acerca de las solicitudes de pruebas de las partes.

1.10. ETAPA PROBATORIA

a) Pruebas documentales

44.El Tribunal ordenó tener como pruebas documentales, con el mérito legal probatorio que a cada una correspondiera según la ley, los documentos aportados por las partes en las oportunidades procesales establecidas en la ley.

45.Todos los documentos aportados por EPM en respuesta a las peticiones formuladas por Hidroituango en los términos de los artículos 82-6, 90 y 96 del CGP, presentadas en los términos adicionales que se le concedió para el efecto: 4 de marzo de 2022, 29 de abril de 2022, 1 de junio de 2022, 30 de noviembre de 2022, 24 de enero de 2023, 3 de mayo de 2023.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

46. Los documentos presentados por la Convocante el 12 de abril de 2023, enlistados en el punto 7.2 de la respuesta a la demanda inicial referida al Hito 7; en el punto 7.2. de la respuesta de la demanda inicial referida a los Hitos 8 y 9; en el punto 7.2 de la contestación a la reforma de la demanda; en el punto 10.2 de la demanda de reconvencción; y en el punto 10.2 de la reforma de la demanda de reconvencción.

47. Fue recaudada prueba documental de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales —ANLA—, y la Contraloría General de la República, Contraloría Delegada Intersectorial 9, prueba que fue incorporada al expediente.

48. Fue recaudada prueba documental de **1)** el Consorcio CCC ITUANGO conformado por las consorciadas sociedades CONSTRUCCIONES E COMERCIO CAMARGO CORREA S.A., CAMARGO CORREA INFRA PROYECTOS S.A., HOLDING CAMARGO CORREA CONSTRUCCIONES E PARTICIPACIONES S.A. – SUCURSAL COLOMBIA, CONINSA RAMON H S.A. CONCRETOS S.A., **2)** el Consorcio INGETEC-SEDIC, conformado por las consorciadas sociedades INGENIEROS CONSULTORES CIVILES Y ELÉCTRICOS S.A.S., INGETEC S.A.S. Y SEDIC S.A. prueba que fue incorporada al expediente.

49. Prueba trasladada proveniente del Tribunal Administrativo de Antioquia, consistente en la demanda y demás piezas procesales que conforman el expediente radicado al No. 500123330002021000600023, y el 0500123330002021008890024 en el que también están las piezas del trámite de segunda instancia ante el Consejo de Estado radicado 05001233300020210088901.

b) Exhibición de documentos

A cargo de la Convocada

50. La Convocante solicitó desde las demandas iniciales, que la Convocada aportara algunos documentos que afirmó se encontraban en su poder, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 82 numeral 6, y 96 inciso final del Código General del Proceso. De esos mismos documentos la Convocante solicitó la prueba de exhibición, no solo en la demanda sino también al descender el traslado de las excepciones y en la contestación de la demanda de reconvencción reformada.

23 Demanda promovida por EPM contra el Consorcio Generación Ituango (constituido por las sociedades Integral Ingeniería de Consulta S.A. —hoy INTEGRAL S.A.— e Investigaciones Geotécnicas Solingral S.A. —hoy Integral Ingeniería de Supervisión S.A.S.—); ii) Consorcio CCC Ituango (constituido por Construcciones e Comercio Camargo Correa S.A., Concreto S.A. y Coninsa – Ramón H. S.A.) iii) Consorcio Ingetec-Sedic (compuesto por las sociedades INGETEC S.A. y SEDIC S.A.); iv) Seguros Generales Suramericana S.A., y v) Chubb Seguros, estas últimas en calidad de aseguradoras de cumplimiento de las obligaciones de los consorcios convocados. Carpeta N° 63, documento identificado como *Respuesta a su solicitud. Requerimiento para remisión de expedientes. Prueba trasladada. Oficio N° 8 Radicado 050012333 000 2021 00060 00*

24 Demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, promovida por EPM contra el Ministerio de Ambiente y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales —ANLA— contra las Resoluciones 02584 de diciembre 30 de 2019 y 0172 de enero 15 de 2021, mediante las cuales se impuso multa por la suma de \$ 5.509.700.871 por violación de la Licencia Ambiental Carpeta N° 63 documento identificado como *RespuestaOficio126Rad2021-00889*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

51.El Tribunal aplazó la decisión sobre la petición de exhibición de estos documentos, a la espera de que fueran aportados por la Convocada con la respuesta a la demanda o en la ampliación de tal término que fue otorgada. La Convocante solicitó en varias oportunidades dentro del proceso, que se exigiera a la Convocada que aportara la totalidad de los mismos, pues insistió en que la documentación aportada no estaba completa.

52.En virtud de tales solicitudes atendidas por el Tribunal, la Convocada aportó documentos en las siguientes fechas: 4 de marzo de 2022, 29 de abril de 2022, 1 de junio de 2022, 30 de noviembre de 2022, 24 de enero de 2023, 3 de mayo de 2023.

53.Teniendo en cuenta que no fue aportada la totalidad de los documentos indicados por la Convocante, mediante Auto N° 56 del 29 de mayo de 2023 el Tribunal ordenó su exhibición a cargo de la Convocada.

54.El 25 de julio de 2023, por medios virtuales, se inició la diligencia de exhibición de documentos, la cual fue suspendida en esa fecha con el fin de que la parte Convocante verificara la documentación puesta a disposición del Tribunal. El 8 de agosto de 2023 se continuó la diligencia, en la que fueron incorporados mediante Auto N° 68 los documentos exhibidos que la Convocante pidió incorporar, actuación que no tuvo recursos de las partes ni del Ministerio Público. Las partes dejaron constancias sobre la completitud de la documentación exhibida.

A cargo de la Convocante

55.El Tribunal aplazó la decisión sobre la petición de exhibición de documentos a cargo de la Convocante realizada por la Convocada, para previamente oficiar a aquella con el fin de que enviara los documentos con destino al Proceso. El 12 de abril de 2023 la Convocante presentó los documentos requeridos, los cuales fueron incorporados al expediente mediante Auto N° 43 de 13 de abril de 2023, decisión que no fue objeto de recursos por las partes ni por el Ministerio Público.

A cargo de terceros

56.En atención a la petición de la Convocante de que se practicara prueba de exhibición de documentos en las siguientes entidades: **1)** el Consorcio Generación Ituango, y a las consorciadas, sociedades INTEGRAL INGENIERÍA DE CONSULTA S. A. (absorbida por INTEGRAL S. A.), e Investigaciones geotécnicas Solingral S.A. (absorbida por INTEGRAL INGENIERÍA DE SUPERVISIÓN S.A.S.), **2)** al Consorcio CCC ITUANGO y a las consorciadas sociedades CONSTRUCCIONES E COMERCIO CAMARGO CORREA S.A., CAMARGO CORREA INFRA PROYECTOS S.A., HOLDING CAMARGO CORREA CONSTRUCCIONES E PARTICIPACIONES S.A. – SUCURSAL COLOMBIA, CONINSA RAMON H S.A. CONCRETO S.A., **3)** al Consorcio INGETEC-SEDIC, y a las

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

consorciadas sociedades INGENIEROS CONSULTORES CIVILES Y ELÉCTRICOS S.A.S., INGETEC S.A.S. Y SEDIC S.A, y 4) a MAPFRE SEGUROS GENERAL DE COLOMBIA S.A., el Tribunal aplazó la decisión y en cambio dispuso oficiar a cada una de ellas para que enviaran con destino al proceso los documentos requeridos.

57.Todas las solicitadas, a excepción de Mapfre Seguros Generales de Colombia, dieron respuesta enviando documentación, el Consorcio Generación Ituango respondió indicando que la información requerida no se encontraba en su poder. La documentación así recibida fue incorporada al proceso mediante Auto N° 43 del 13 de abril de 2023, decisión que no fue objeto de recursos de las partes ni del Ministerio Público.

58.Mediante Auto N° 52 del 11 de mayo de 2023, el Tribunal ordenó la Exhibición de documentos a cargo de Mapfre Seguros Generales de Colombia. El 30 de mayo de 2023 se llevó a cabo la diligencia. Mediante Auto N° 57 del 30 de mayo de 2023 fueron incorporados al proceso los documentos exhibidos, sin que se propusieran recursos de las partes ni del Ministerio Público.

c) Dictámenes periciales de parte

59.Se decretaron como prueba los siguientes dictámenes periciales:

Dictámenes periciales principales

- 1) Dictamen pericial financiero aportado por la Convocante, identificado como "Dictamen Pericial Financiero", elaborado por la sociedad CAPITAL ADVISORY PARTNERS LTDA. Los doctores Rudolf Holmmes y Carolina Suárez quienes intervinieron en la elaboración del dictamen, absolvieron interrogatorio sobre el contenido de la experticia, el 18 de mayo de 2023, Acta N° 43.
- 2) Dictamen pericial técnico aportado por la Convocada, identificado como (Dictamen 2) "Aspectos de auditoría de Costos Proyecto Hidroeléctrico Ituango", elaborado por la sociedad FICHTNER GmbH & Co.KG. Los doctores Sabine Siebald, Adriana Gómez Mejía, Melanie Becker y Richard Hemel, quienes intervinieron en la elaboración del dictamen, absolvieron interrogatorio sobre el contenido de la experticia el 25 de mayo de 2023, Acta N° 45.
- 3) Dictamen pericial técnico aportado por la Convocante, identificado como "Análisis técnico de las actividades ejecutadas para el cumplimiento de los Hitos No. 7, 8 y 9 del contrato BOOMT", elaborado por los peritos Luis Ernesto Escobar Neuman y Sergio Escobar Isaza, quienes absolvieron interrogatorio sobre el contenido de la experticia el 29 de mayo de 2023, Acta N° 46.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

- 4) Dictamen pericial técnico sobre el sistema auxiliar de desviación, aportado por la Convocante, elaborado por los profesionales Luis Ernesto Escobar, Jorge Alberto Rodríguez, y Sergio Escobar, quienes absolvieron interrogatorio sobre el contenido de la experticia el 5 de julio de 2023, Acta N° 51.
- 5) Dictamen pericial técnico aportado por la Convocada, denominado análisis de causa raíz de la contingencia, elaborado por la sociedad Skava Consulting. Los doctores Leonardo Bustamante, Patricio Ugarte, Sergio Gutiérrez, Marcos Allende, Diego Silva, George Annandale, quienes intervinieron en la elaboración del dictamen, absolvieron interrogatorio sobre el contenido de la experticia el 11 de julio de 2023, Acta N° 52.
- 6) Dictamen pericial técnico aportado por la Convocada, identificado como “Aspectos técnicos Proyecto Hidroeléctrico Ituango” (Dictamen 1), elaborado por la sociedad FICHTNER GmbH & Co.KG. Los doctores Richard Heimel, Ricardo Croissant, Juan José Victoria, Richard Guimond y Ersan Yildiz, quienes intervinieron en la elaboración del dictamen, absolvieron interrogatorio sobre el contenido de la experticia el 26 de julio de 2023, Acta N° 56.

Dictámenes periciales de contradicción

- 7) Dictamen pericial financiero de contradicción aportado por la Convocada, identificado como “Dictamen Pericial, Empresas Públicas de Medellín” elaborado por la sociedad SUMATORIA S.A.S. Los doctores Luis Carlos Valenzuela Delgado y Carlos Andrés Terrassa Vallejo, quienes intervinieron en la elaboración del dictamen absolvieron interrogatorio sobre el contenido de la experticia el 19 de mayo de 2023, Acta N° 44.

d) Testimonios

60. Se recibieron los testimonios de las personas que se indican a continuación, en las fechas que se señalan:

- 3 de marzo de 2023 (Acta No. 30): María Isabel Vanegas Arias y Mauricio Alberto Restrepo Terreros.
- 13 de marzo de 2023 (Acta No. 31): Diego Fernando Salas Gaviria y Juan Carlos Castro Padilla.
- 15 de marzo de 2023 (Acta No. 32): Carlos Adolfo Mejía Arbeláez.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

- 16 de marzo de 2023 (Acta No. 33): José Carlos Quintero Gil y Marino Gómez Hoyos.
- 21 de marzo de 2023 (Acta No. 34): Nelson Manuel Briceño Gallego.
- 13 y 14 de abril de 2023 (Actas No. 35 y 36): Luis Javier Vélez Duque.
- 21 de abril de 2023 (Acta No. 37): Juan Gonzalo Álvarez Restrepo.
- 3 de mayo de 2023 (Acta No. 39): Alberto Mejía Reyes.
- 4 de mayo de 2023 (Acta No. 40): Oscar Jaramillo Hurtado.
- 11 de mayo de 2023 (Acta No. 41): Jorge Alberto Sierra Arboleda.
- 12 y 18 de mayo de 2023 (Acta No. 42 y 43): Juan Carlos Gallego Corrales.
- 21 de junio de 2023 (Acta No. 48): Juan Fernando Morales Villa.
- 28 de junio de 2023 (Acta No. 49): Jhon Jairo Herrera Carmona.
- 13 de julio de 2023 (Acta No. 53): Christopher Snee y Rafael Antonio Prieto Piedrahita.
- 18 de julio de 2023 (Acta No. 54): Gabriel Guillermo Fernández Delgado y Santiago García Cadavid.
- 28 de julio de 2023 (Acta No. 57): Juan Luis Cadavid Restrepo.

e) Prueba trasladada

61. Mediante Auto N° 37 del 15 de marzo de 2023, se puso en conocimiento de las partes y del Ministerio Público, la prueba trasladada proveniente del Tribunal Administrativo de Antioquia, consistente en la demanda y demás piezas procesales que conforman el expediente radicado al No. 05001233300020210006000²⁵, y el 05001233300020210088900²⁶ en el que también están las piezas del trámite de segunda instancia ante el Consejo de Estado radicado 05001233300020210088901.

f) Prueba por informe

²⁵ Demanda promovida por EPM contra el Consorcio Generación Ituango (constituido por las sociedades Integral Ingeniería de Consulta S.A. —hoy INTEGRAL S.A.— e Investigaciones Geotécnicas Solingral S.A. —hoy Integral Ingeniería de Supervisión S.A.S.—); ii) Consorcio CCC Ituango (constituido por Construcciones e Comercio Camargo Correa S.A., Concreto S.A. y Coninsa – Ramón H. S.A.) iii) Consorcio Ingetec-Sedic (compuesto por las sociedades INGETEC S.A. y SEDIC S.A.); iv) Seguros Generales Suramericana S.A., y v) Chubb Seguros, estas últimas en calidad de aseguradoras de cumplimiento de las obligaciones de los consorcios convocados.

Carpeta N° 63, documento identificado como Respuesta a su solicitud. Requerimiento para remisión de expedientes. Prueba trasladada. Oficio N° 8 Radicado 050012333 000 2021 00060 00

²⁶ Demanda de nulidad y restablecimiento del derecho, promovida por EPM contra el Ministerio de Ambiente y la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales —ANLA— contra las Resoluciones 02584 de diciembre 30 de 2019 y 0172 de enero 15 de 2021, mediante las cuales se impuso multa por la suma de \$ 5.509.700.871 por violación de la Licencia Ambiental

Carpeta N° 63 documento identificado como RespuestaOficio126Rad2021-00889

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

62. Mediante Auto N° 52 del 11 de mayo de 2023, el Tribunal incorporó la prueba por informe rendida por el señor representante legal de la Convocada, así como también ordenó su complementación con fundamento en la solicitud realizada por la Convocante.

63. Mediante Auto N° 55 del 29 de mayo de 2023 se puso en conocimiento de la Convocante la complementación al informe presentada por la Convocada, sin que se propusieran nuevas solicitudes de aclaración o complementación.

g) Pruebas desistidas

64. Las pruebas que se indican a continuación fueron decretadas por el Tribunal, sin embargo, no se practicaron con ocasión del desistimiento formulado por los respectivos solicitantes:

65. Testimonios de los señores: Sandra Barajas, Juan Guillermo Diaz, Andrés Rodríguez, Jorge Alberto García, Álvaro Vásquez, Yomaira Giraldo, Santiago Piedrahita, Lucas Marulanda, José Andrés Romero, Zury Fankugen, Leonardo Bustamante Vega, Ulrich Glawe, Carsten Guntermann, Steffer Bauer, Nicolás Segpi Hunter, Erick Saurer, Marcos Allende Valdés, Dario Croqueville Brand, María Cecilia Sierra Bonilla, Gabriel Jaime Cano, Luis Coral, Carlos Eduardo Isaza Aguilar, Rogelio de Jesús Sosa Barrera, Gabriel Jaime Lacouture, Miller Soares Rufino Pereira, Juan Luis Aristizábal Vélez, Helmut Friedrich Miller, Bayardo Materón Narváz, Juan David Quintero Sagre, Marco Giuseppe Pietro Braghini, Karina Cifuentes Rodríguez, Andrés Mauricio Córdoba Castrillón, Daniel Morales Maya, José Enrique Salazar Velásquez, José Luis Yate Ramírez, Marcelo Velásquez Vélez, Rafael Darío Calle D'Aleman, Álvaro León Ospina Montoya, Jaime Humberto Correa Murillo, Jaime Humberto Naranjo García, Julia María Montoya Jaramillo, Luiz Guilherme de Mello, Bernard Murphy, Alberto María Marulanda Posada, Alejandro Marín Cerón, Nelson Luis de Sousa Pinto, William Giraldo Jiménez, Otoniel Augusto Corrales Grajales y Stefano Giovanni Di Ubaldo Cencioni.

66. La parte Convocada desistió de la diligencia de ratificación del documento "Ituango Hydroelectric Power Plant Collapse of the Auxiliar Deviation Tunnel Construction All Risk Policy No. 2901211000362 Root Cause Analysis", por parte de los señores Christopher Snee, Luiz Guilherme de Mello, Bernard Murphy y Rafael Prieto.

1.11. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

67. En audiencia celebrada el 9 de octubre de 2023 (Acta No. 60), las partes presentaron sus alegatos de conclusión de manera oral y aportaron los

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

correspondientes escritos en los que sus argumentos se desarrollan. De igual manera, el representante del Ministerio Público rindió su concepto final y aportó el escrito que lo contiene para su incorporación al expediente y que en síntesis, dijo:

68.Después del juicioso análisis fáctico, jurídico y probatorio a los elementos que informan el proceso, el señor Agente del Ministerio Público, en síntesis, indicó así a sus conclusiones.

69.Debe tenerse en cuenta que como consecuencia del del fallo de responsabilidad fiscal del 25 de noviembre de 2021, EPM recibió un total por indemnizaciones tanto por daño material como por lucro cesante de \$4.342 billones de pesos.

70.Se opuso a la pretensión de nulidad de la cláusula 4.09 por cuanto “se debe precisar que la disposición contractual busca instar mediante la imposición de la multa de apremio al contratista para que, en el marco de la ejecución del contrato o el término establecido para ello se fije una multa de carácter moratorio, sin que esto constituya la tasación anticipada de perjuicios, pues de la simple lectura de la disposición contractual resulta claro que esta no es la finalidad de dicha cláusul

71.Sobre el entendimiento que debe dársele a la cláusula 2.10 del contrato BOOMT sobre cesión de derechos y obligaciones. “si bien, el contenido de la cláusula 2.10 exime o libera de responsabilidad a HI a partir de la fecha de constitución de la Sociedad EPM Ituango S.A. E.S.P., es decir desde el 23 de marzo de 2011; esta debe responder por los actos, hechos u omisiones que desplegó antes de esta fecha y sus correspondientes consecuencias, así estas se hayan materializado con posterioridad a que el contratista EPM asumiera la totalidad de las obligaciones.”

72.En relación con el efecto de la salvedad hecha por EPM al cronograma director al momento de la suscripción del contrato BOOMT, concluyó que las salvedades hechas al cronograma director por EPM, contenidas en el anexo 1.02 (7), no modifican el marco prestacional ni las obligaciones de la contratista –EPM-, puesto que, si bien estas fueron efectuadas por EPM, no se realizaron en el marco del contrato BOOMT, pues dichas salvedades fueron hechas en cumplimiento de su rol de interventora del contrato 007-2008 mediante el cual se contrataron los diseños del proyecto hidroeléctrico, y a pesar de conocer las falencias que tenía el cronograma general del proyecto, no se efectuó salvedad alguna ni por parte de la Sociedad EPM Ituango S.A. E.S.P al momento de suscribir el BOOMT ni por EPM al momento de la cesión del BOOMT en enero de 2013

73.Sobre el incumplimiento por parte de HI de la cláusula 6.18 del contrato BOOMT por haber revocado el poder otorgado a EPM para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Autoridad Nacional de Licencias

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Ambientales –ANLA, señaló que si bien el poder fue revocado, esto se hizo por cuanto se consideró pudiera existir un conflicto de intereses por parte de HI, y no de manera caprichosa o mal intencionada, por otro lado, bien sabido es que todo poder es en cualquier momento revocable, pues es la naturaleza misma del acto de otorgar poder, el poder es esencialmente revocable, y no vemos que el contrato haya dispuesto nada en contrario, por lo que no se entiende el cargo de incumplimiento contractual.

74.Sobre El incumplimiento por parte de EPM de los hitos 7, 8 y 9 del contrato señaló que, desde el punto de vista del cumplimiento de las actividades previstos en los hitos, el MP considera que si se han cumplido, pues las unidades de generación de energía previstas en los hitos 8 y 9 entraron en operación desde diciembre de 2022, aunque no en la fecha prevista, y el hito 7, que es el cierre de compuertas y llenado del embalse, efectivamente se dio, aunque de manera irregular, pues fue consecuencia directa y forzada de la misma contingencia que se presentó en abril de 2018.

75.Sobre la Cláusula Penal de apremio expuso que no procede la imposición de la multa de apremio por dos razones; (i) no se configuro el incumplimiento de los hitos por las razones previsto en la cláusula 9.02 del contrato, no se siguió en forma debida, bástenos con saber que el mismo debía iniciarse a los cinco días de verificado el incumplimiento y HI inicio el procedimiento 420 días después del incumplimiento del hito 7.

76.Sobre el Plan Acelerado de Obras y la Construcción de la GAD, indicó que los atrasos del proyecto desde sus inicios, la necesidad de un plan de aceleramiento de obras, los estudios y diseños de la GAD. "existieron elemento de orden técnico y financiero que justificaron la implementación de un plan acelerado de obras y la construcción de la GAD. Considera igualmente que EPM estaba facultada contractualmente conforme con el objeto mismo del contrato (cláusula 2.01) y las demás obligaciones y facultades contractuales, para adelantar el proyecto y llevarlo a buen fin contratando las obras que se considerara necesario para ello."

77.Sobre la GAD indicó que

"La GAD en concepto del MP fue una obra nueva no prevista en los diseños originales, y, por tanto, no se trató de una modificación unilateral de las características inmodificables del contrato por parte de EPM como lo sostiene HI.

Sobre la Causa del colapso de la GAD "sí está establecida la causa del colapso que fue la erosión de las zonas de cizalla en el piso que no recibieron tratamiento. Las zonas-débiles-no-tratadas del piso de la GAD resultaron dañadas por el potencial erosivo del agua durante la operación. El daño progresó y se extendió hasta producir la falla del sostenimiento de la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

excavación. El material perimetral de la excavación cayó en cantidad y rapidez tal que se interrumpió repentinamente el flujo de la GAD.”

78.En cuanto a la responsabilidad por el colapso de la GAD concluyó que, la cláusula de evento excusable invocada por EPM no le es aplicable...” Además, “Está probado que EPM instauró demanda contra sus contratistas, en donde pretende hacerlos responsables del colapso de la GAD por las mismas razones que fueron establecidas como causa del colapso, por lo que el Ministerio Público no entiende como en este proceso pretende calificar el colapso de la GAD de evento excusable

79.En relación con el riesgo geológico, en cuanto al diseño y posterior construcción de la GAD como decisión autónoma que tomó EPM en la que no medio ninguna actuación de HI, dijo que esta se encuentra exonerada de toda responsabilidad en virtud de la cláusula 2.10 desde la fecha de la cesión de los contratos iniciales a EPM Ituango conforme lo expusimos anteriormente.

80.En conclusión sobre la imputabilidad del colapso de la GAD, el Ministerio Público consideró

"que si bien EPM no puede ser declarado responsable directo como quiera que él no fue el constructor, ni el diseñador, ni el interventor, todo lo subcontrato, para efectos de la responsabilidad resultante del esquema del contrato BOOMT es responsable conforme con las obligaciones contractuales a cargo, entre las cuales está la construcción y puesta en funcionamiento de la hidroeléctrica y responder por los daños ocasionados por sus subcontratistas (cláusulas contractuales de las obligaciones a cargo de EPM en las diversos etapas del proyecto y las aplicables a todas las etapas del mismo.)

81.Sobre La remuneración que reclama HI dijo que no es posible dentro de la presente controversia acceder a la pretensión de HI de obtener una remuneración del contrato BOOMT desde el año 2018, primero, por la forma misma como está establecida contractualmente la fórmula para determinar la remuneración, sobre lo cual se reitera no están dadas a la fecha todas las condiciones para ello, segundo, porque esta no puede establecerse como una forma de reparación de perjuicios, ya que la remuneración no está prevista como una forma de reparación de perjuicios y riñe por completo con la teoría de la reparación del daño, y en tercer lugar, porque el cálculo de la remuneración, o reparación de perjuicio si se quiere, hecha por HI a través del dictamen técnico aportado, parte de supuestos hipotéticos que como ya se expuso no resultan aceptables y dependerán de lo que finalmente establezca el Tribunal respecto de la inclusión o no de los costos de la GAD y de los de la Contingencia.

82.sobre a quien corresponde asumir el costo de la construcción de la GAD, señaló:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

"Considera el MP que estos son totalmente imputables al proyecto, dado que tanto el plan de aceleración como la GAD se realizó en atención a las facultades contractuales de que gozaba EPM, que está acreditado que existieron consideraciones técnicas que lo justificaban como una solución de ingeniería encaminada a superar los atrasos del proyecto, y que la obra efectivamente se hizo y entro en operación como está demostrado..."

83.Sobre los costos relacionados con la contingencia el Ministerio Público considera que estos son de responsabilidad exclusiva de EPM.

84.Los anteriores documentos fueron incorporados a expediente.

1.12. TÉRMINO DE DURACIÓN DEL PROCESO

85.Originalmente la cláusula compromisoria no dispuso sobre el término de duración del proceso, por lo que de conformidad con lo establecido en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, el término de duración del proceso era de 6 meses, sin embargo, mediante memorial conjunto del 31 de octubre de 2022²⁷ aportado al proceso, las partes a través de sus respectivos representantes legales pactaron que el término de duración del proceso fuera de 10 meses:

"1. De conformidad con el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, de común acuerdo, en forma espontánea y reflexiva, hemos convenido que el término de duración del proceso arbitral de la referencia , que se centra en dirimir algunas controversias surgidas entre HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO- y EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.-EPM-, con ocasión del contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, conforme al Pacto Arbitral estipulado en su Cláusula 8.02, sea de diez (10) meses, contados a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite.

2. En consecuencia, el término de seis (6) meses contemplado en el artículo 10 de la Ley 1563 de 2012, se prorroga, por disposición de las partes, en cuatro (4) meses más, de forma tal que el término del presente proceso será de un total de diez (10) meses, que se contarán a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, sin perjuicio de las causas de suspensión e interrupción (...)."

²⁷ Carpeta N° 42, documento identificado como Escrito firmas duracion proceso HI-EPM-Firmado EPM (part 1) - firmado por ambas partes (1)

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

86. En virtud de la manifestación conjunta de las partes, el Tribunal mediante el Auto N° 31 del 23 de noviembre de 2022, dispuso:

"(...) El Término de duración de este proceso será de diez (10) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, sin perjuicio de prórrogas, suspensiones o interrupciones que puedan presentarse (...)"

87. La primera audiencia de trámite fue realizada el 22 de febrero de 2023, con lo cual el término de 10 meses de duración del proceso vencería el 22 de diciembre de 2023.

88. Sin embargo, atendiendo la solicitud de las partes en audiencia, se decretó una suspensión del término del proceso que se identifica en la tabla que se muestra a continuación, con lo cual dicho término estuvo suspendido por 14 días hábiles.

Acta – Auto	Fechas de suspensión	Días hábiles
Acta 34, Auto del 21 de marzo de 2023 ²⁸ .	Entre el 22 de marzo de 2023 y 12 de abril de 2023 ambas fechas inclusive	14
Total días de suspensión		14

89. De acuerdo con lo anterior, el término del proceso vence el **16 de enero de 2024**.

90. Por lo anterior, la expedición del presente laudo se hace dentro del término consagrado en la ley.

²⁸ Carpeta Autos y actas, documento identificado como 34. 2020 A 0035 Acta 34 Audiencia pruebas 21 MAR 2023

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

B. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1.13. Los presupuestos procesales

91. Corresponde al Tribunal resolver lo relacionado con los presupuestos procesales, de manera que pueda entrar al examen de fondo de las cuestiones debatidas en este Proceso.

92. Se ha entendido por la doctrina²⁹ que los presupuestos procesales son aquellos requisitos formales, establecidas por la ley procesal, que deben concurrir al proceso para que sea posible la resolución sobre el fondo del asunto sometido a la consideración judicial, que son competencia, demanda en forma, capacidad para ser parte y capacidad para comparecer al proceso.

93. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha explicado³⁰:

"...los denominados presupuestos procesales son aquellas condiciones de legalidad del proceso que atañen a su cabal constitución y desarrollo, y que, en cuanto tales, son exigidas por la ley como requisito imprescindible para proferir sentencia de fondo. Se trata, pues, de constatar, a través de su examen, la legalidad de la relación procesal y su aptitud para conducir a una sentencia válida y útil".

94. En el presente trámite, no hay discusión y así se encuentra en el expediente, sobre el presupuesto de capacidad para ser parte, por cuanto las partes que han comparecido, esto es, la sociedad HIDROELECTRICA ITUANGO S.A. ESP - HIDROITUANGO- y EMPRESAS PUBLICAS DE MEDELLÍN ESP -EPM-, han demostrado su existencia y representación legal y son titulares de la relación jurídica procesal que se debate en este trámite.

95. Igual sucede con el presupuesto de la capacidad para comparecer al proceso, pues la parte convocante y la parte convocada pueden disponer libremente de sus derechos, y una y otra comparecieron al Proceso por conducto de sus representantes legales, quienes otorgaron poder a sus apoderados judiciales, como quedó reseñado en los antecedentes de este Laudo.

96. En cuanto a la demanda en forma, tanto la demanda principal, como la demanda de reconvención y sus reformas, reúnen los requisitos legales.

29 Hernán Fabio López Blanco, Instituciones de derecho procesal civil colombiano, 10ª ed., t. I, Bogotá, Dupré Editores, 2009, p. 971.

30 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil, sentencia de fecha 6 de febrero de 2001, M.P. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles, Expediente No. 5656.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

97.En cuanto al presupuesto de competencia del Tribunal se pronunció en la primera audiencia de trámite, mediante auto No. 31 de 23 de noviembre de 2022, donde se declaró competente para conocer todas las disputas entre las partes que aparecen en la demanda arbitral reformada y en la demanda de reconvenición reformada, su contestación, las excepciones propuestas, la objeción al juramento estimatorio y su réplica.

98.Por lo anterior, encuentra el Tribunal satisfechos los presupuestos procesales para proferir una decisión de fondo.

1.14. La tacha de parcialidad al testigo Luis Javier Vélez

99.El señor apoderado de la parte Convocante, en audiencia de 14 de abril de 2023, en la práctica de la prueba testimonial del señor Luis Javier Vélez manifestó:

"...me veo en la obligación de apelar al artículo 211 del Código General del Proceso que se refiere a la imparcialidad del testigo toda vez que como quedó evidenciado en su declaración pues circunstancias personales que ojalá se puedan superar en su totalidad por parte del Doctor Luis Javier porque consideramos y sabemos de su valía y de sus condiciones, circunstancias personales afectan o pueden afectar por razones subjetivas fundamentalmente muchas de las apreciaciones jurídicas, técnicas, etc que ha hecho en su declaración y obviamente respecto de la percepción de los hechos sobre los cuales fue llamado a declarar."

100.Analizado el testimonio del señor Vélez, el Tribunal denegará la tacha formulada en tanto la versión rendida por este declarante fue completa, objetiva y espontánea. Si bien este declarante tiene una larga vinculación con la parte Convocada, más de 37 años trabajando en esa entidad, como expresamente lo expuso al comienzo del interrogatorio, y fue parte en los hechos a que se refiere este proceso, lo que a su vez son objeto de investigaciones por los organismos de control, no hay manifestación en la narración de los hechos que le constan por percepción directa, que se muestre ajustada a intereses personales del testigo, no incurrió en contradicciones o inconsistencias y su declaración es confrontada con las demás pruebas que obran en proceso.

101.El Tribunal no puede desconocer el conocimiento directo que el declarante tuvo de los hechos que se discuten y en ello se apoya en reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado que ha privilegiado la preservación de la prueba testimonial a pesar de la existencia de circunstancias que puedan subsumirse en causales de tacha, por cuanto *"si bien el ordenamiento jurídico califica como sospechosas las declaraciones de personas que se encuentren en circunstancias que puedan afectar su imparcialidad —por razones de parentesco, dependencia, relación con las partes o sus apoderados,*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

antecedentes personales, entre otras—, lo cierto es que esta Corporación ha sostenido que no pueden descartarse de plano sus afirmaciones, sino que deben valorarse de manera mas rigurosa, a partir de la confrontación y ponderación con las demás pruebas del proceso, y a las circunstancias fácticas de cada caso, de acuerdo con el principio probatorio de la sana crítica.³¹

1.15. Las pretensiones de las partes

102.Dada la inescindible relación entre las pretensiones de la demanda de Hidroituango contra EPM y las de la reconvenición de EPM contra Hidroituango, se procede de forma conjunta, al análisis de los temas centrales de los cuales depende su definición.

1.16. Antecedentes relevantes del Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011

103.La prueba documental recaudada y especialmente el contenido mismo del contrato BOOMT, da cuenta de los siguiente hechos probados:

104.El 17 de noviembre de 2009, HI formuló invitación “*a compañías nacionales e internacionales, con experiencia relevante, a participar en un proceso de precalificación con miras a iniciar en un futuro un proceso formal y competitivo*” con el propósito de seleccionar un socio estratégico con “*experiencia técnica y operativa y solvencia financiera suficiente*”, para ejecutar el Proyecto Hidroituango, proceso que se conoció como una Subasta Pública Internacional.

105.Según consta en el Acta núm. 111 de la Junta Directiva de HI, ante la presencia e interés de EPM, HI suspendió la apertura de la segunda fase del Proceso Subasta Internacional para explorar en conjunto con EPM alternativas que permitieran la conclusión del negocio en los mejores términos, plazos y condiciones para HI.

106.Habida consideración de que HI no contaba con la capacidad técnica, administrativa y financiera para ejecutar directamente el Proyecto, y en la medida en que EPM sí tenía dichas capacidades amén de la experiencia requerida para la construcción y operación de centrales hidroeléctricas, la junta directiva de HI sometió a sus accionistas un proyecto de escisión de HI.

107.El propósito de dicha iniciativa era escindir parte del patrimonio de HI para crear una nueva sociedad (EPM Ituango S. A. E. S. P.) como instrumento para subcontratar la financiación, construcción, operación, mantenimiento, explotación comercial y

31 Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia de 16 de julio de 2021, exp. 49852

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

restitución del Proyecto. Para ello, la negociación entre HI y EPM debería terminar en una contratación directa entre HI y EPM Ituango S. A.

108.La Asamblea de Accionistas de Hidroituango también aprobó la celebración del Contrato BOOMT entre dichas sociedades.

109.Mediante Escritura Pública núm. 893 de 23 de marzo de 2011 de la Notaría 17 de Medellín se formalizó la escisión de HI que dio lugar a la sociedad de propósito especial EPM Ituango S. A. E. S. P., como vehículo para que se construyera el Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango, bajo el control de EPM.

110.Como consecuencia, se hizo la correspondiente transferencia de activos, de procesos de contratación y contratos en curso a la nueva sociedad, con excepción de la titularidad de la Licencia Ambiental del proyecto contenida en la Resolución núm. 155 de 2009 del Ministerio de Vivienda, Ambiente y Desarrollo Territorial, así como la propiedad de los terrenos necesarios para la ejecución del proyecto.

1.17. El Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011

111.Según el hecho 100 de la reforma de la demanda, el 30 de marzo de 2011 se celebró el Contrato BOOMT entre HI y EPM Ituango S. A. E. S. P. Al contestar dicha reforma, EPM afirma que el hecho es cierto y reconoce con ello la celebración y existencia del Contrato.

112.Es más, EPM al pronunciarse sobre las primeras pretensiones de la demanda reformada afirma que *“no ha desconocido la existencia de la cesión del Contrato BOOMT ni los compromisos asumidos en el referido Contrato, del que actualmente son partes HIDROITUANGO y EPM en virtud de dicha cesión”*.

113.. A renglón seguido, EPM agrega que *“[N]o hay un litigio entre HIDROITUANGO y EPM sobre la existencia del Contrato BOOMT”³²*.

114.Por lo anterior, se concluye que no existe controversia entre las partes respecto de la celebración y existencia del Contrato BOOMT entre HI y EPM Ituango S.A. E.S.P.

115.Según consta en el hecho 101 de la demanda reformada, el 5 de abril de 2011 las partes suscribieron el Acta de Inicio del Contrato, hecho que también es aceptado por EPM (hecho 101).

³² Contestación de la reforma de la demanda, p. 205.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

1.18. La cesión del contrato entre EPM Ituango y Empresas Públicas de Medellín y sus efectos

116.El 11 de diciembre de 2012, EPM Ituango manifestó a HI el interés de su matriz EPM en ejecutar en forma directa el Contrato. Frente a esta expresión de interés, la junta directiva de HI convocó a la asamblea, que en sesión del 11 de enero de 2013 autorizó la cesión de la posición contractual de EPM Ituango en el BOOMT a EPM.

117.Dicha cesión se perfeccionó entre EPM Ituango y EPM el 19 de enero 2013³³ y como consecuencia, esta última adquirió la calidad de contratista en el contrato BOOMT, con los efectos frente a la responsabilidad y atribución de riesgos que adelante se analizan.

118.Destaca el Tribunal que las partes acordaron, de igual manera, que no sería necesaria la suscripción de otro contrato por cuanto EPM declaró conocer y aceptar el texto original.

119. En el expediente hay prueba³⁴ de que al proyecto no se le concedió la opción de la zona franca, objetivo que se pretendió con la creación de EPM Ituango y, por ello, el contrato BOOMT inicialmente celebrado entre Hidroituango y EPM Ituango fue cedido a EPM, que a su vez contaba con un contrato de estabilidad jurídica con el

33 El 19 de enero de 2013 se perfeccionó el contrato de cesión CT-2011000001. Expedientes - 2020 A 0035 - 15. REFORMA DE LA DEMANDA 11 MAR 2022 - 2-CONTRATO BOOMT - 4-CESIÓN BOOMT DE EPM-ITUANGO A EPM.

34 Testimonio del señor Luis Javier Vélez, rendido en la audiencia del 13 de abril de 2023, quien entre otros aspectos manifestó: *".. el Ministerio de Comercio, que era el, digamos, el que tenía la competencia, niega, niega la zona franca especial para el proyecto, y nosotros presentamos un recurso de reposición que también es negado, entonces, en ese momento ya se pierde el incentivo o la razón de ser de desarrollar el proyecto a través de un vehículo financiero"* Y mas adelante agrega: *"...y encontraron que EPM tiene una figura que se llama 'estabilidad jurídica', yo no soy experto en ese tema, para que si me preguntan, pues, no tendría capacidad de responderles con precisión, pero si les puedo decir que la estabilidad jurídica básicamente congela los tributos de la empresa durante un período de tiempo, que creo que es hasta el año 28, y eso representaba un beneficio también tributario muy importante para el proyecto, pero la..., el beneficiario de esos beneficios de la estabilidad jurídica es EPM únicamente, por eso había que, entonces, ceder el contrato para que fuera EPM quien lo desarrollara; cedido el contrato la sociedad EPM-ITUANGO se queda sin objeto y se liquida, esa es la decisión que toman los accionistas"*.

En similar sentido, el testimonio del señor Oscar Jaramillo en audiencia rendida el 4 de mayo de 2023 donde, entre otros temas, expuso: *"...y desde la sociedad empezamos a tramitar que nos autorizaran el proyecto como zona franca especial, incluso, la norma, la ley decía que..., y por eso nos entusiasmos, porque se hablaba que se podían constituir zonas francas en centrales..., ojo, pues, eléctricas, eléctricas, bajo..., y una hidroeléctrica es una central eléctrica, entonces, bajo esa connotación, bajo esa figura empezamos pues a hacer las gestiones necesarias para que el sector (...) de zonas francas pues definiera este proyecto como tal, con todos sus beneficios que implica, beneficios financieros y tributarios, especialmente pues los tributarios; todo estaba supeditado hacia eso, pero para que se diera zona franca especial al proyecto no podía estar en cabeza de EPM, EPM tenía ya un contrato de estabilidad jurídica que, o se escoge uno o se escoge el otro, entonces tenía el contrato de estabilidad jurídica, no podía ser Hidroituango por razones obvias, porque no estaba desarrollando el proyecto..., no podía ser, entonces había que crear un SPV, un SPV es un vehículo especial de inversión, un (...), un vehículo de propósito especial, entonces nace una empresa, dependiendo totalmente de EPM que se llamaba EPM-ITUANGO, entonces se crea EPM-ITUANGO; ese EPM-ITUANGO"*.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Estado, el cual le permitía tener beneficios fiscales por las inversiones y podían beneficiarse de las prebendas fiscales con las que contaba EPM.

120. El Tribunal empieza por destacar que en la cláusula sexta del contrato de cesión entre Hidroeléctrica Ituango S.A. y EPM Ituango S.A. a favor de Empresas Públicas de Medellín³⁵, se indicó de manera expresa que el contrato se regiría por los artículos 887 y siguientes del Código de Comercio.

121. Regulada en los artículos 887 a 896 del Código de Comercio, la cesión de contrato es un negocio jurídico por cuya virtud el contratante cedente transfiere a título singular, total o parcialmente al contratante cesionario la relación jurídica contractual, su posición, derechos y obligaciones inherentes a su calidad de parte, comprende el crédito, la deuda, la responsabilidad, las pretensiones, acciones, privilegios y beneficios legales, ya en su totalidad, o en un segmento concreto³⁶.

122. Cuando la cesión es total, la posición contractual se transfiere íntegra, y si fuere parcial en una porción, hipótesis en la cual la calidad de parte se ostenta por el contratante primario y el adquirente en la fracción cedida³⁷.

123. La cesión supone un contrato de prestaciones correlativas en ejecución susceptible de cederse³⁸, acatar los presupuestos para su validez y en determinadas ocasiones, exige autorización previa o aceptación ulterior del tercero cedido, y puede sujetarse a un plazo o condición.³⁹

124. Es negocio jurídico entre dos partes, el contratante cedente y el contratante cesionario frente a quienes produce plenos efectos desde su celebración⁴⁰; el contratante cedido es tercero en la cesión y parte en el contrato primario, quien desde su conocimiento, notificación, aceptación o aquiescencia⁴¹, aún por conducta

35 Contrato de fecha 19 de enero de 2013

36 Arts. 887 y 895 C. de Co.

37 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 19 de octubre de 2011, Expediente 11001- 3103-032-2001-00847-01: "Por su virtud, el tercero cesionario adquiere del contratante cedente la posición o situación jurídica que le corresponde, sustituyéndolo en la totalidad o en un segmento de las relaciones jurídicas. En la cesión total, el cesionario adquiere la calidad de parte que correspondía al cedente, y en la parcial, se presenta su desdoblamiento por la unión, adición o agregación ulterior de una nueva "parte" en el segmento específico al que concierne, es decir, el contratante cedente conserva su posición de parte, su calidad de titular, acreedor y deudor, salvo en la relación singular cedida adquirida por el cesionario, quien respecto de esta porción se convierte en parte".

38 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 24 de julio de 2012, Expediente 110131030261998-21524

39 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 14 de octubre de 2010, Expediente 11001- 3101-003-2001-00855-0.

40 ° Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 4 de abril de 2001, exp. 5628

41 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencias de 5 de mayo de 1941, II, 256; 31 de agosto de 1941, G.J. LII, pp. 6; 24 de febrero de 1975, G.J.CLI, No. 2392 pp. 49 y ss; 12 de septiembre de 1950, G.J. LXVIII, pp. 61; 25 de noviembre de 1993, G.J. 2461, 258; 22 de mayo de 1995, G.J. CCXXXIV, 2473, p. 916; 4 de abril de 2001, exp. 5628.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

concluyente⁴² debe cumplir las prestaciones a favor del contratante cesionario (arts. 888, 889, 892 y 894 C. de Co.)⁴³, y si la ha autorizado previamente no puede renegar la autorización, ni rehusarse a cumplir. La cesión de contrato obliga y vincula al contratante cedido desde su conocimiento o notificación, sin requerirse su aceptación.

125. Así mismo, en el acta de modificación bilateral número 4⁴⁴, de fecha 2 de julio de 2013, se adicionaron algunos cambios en las consideraciones del BOOMT, entre otros, la consideración 4, que agrega el numeral (xxiii) así *"En virtud de la cesión del Contrato de EPM Ituango S.A. ESP a Empresas Públicas de Medellín E.S.P. aceptada por "Hidroituango", "El Contratista" asume la totalidad de los derechos y obligaciones que estaban radicados en EPM Ituango S.A. ESP, incluida la de mantener vigente un documento, anexo del contrato que refleje las condiciones pactadas en la Garantía de Casa Matriz, que en este documento se denominará "Titulo EPM"#, Anexo 1.02(4) del contrato BOOMT"*.

126. En la misma acta de modificación bilateral, se agrega en el numeral primero de la cláusula tercera, un cambio en la cláusula 1.02 sobre definiciones, para indicar lo que debe entenderse por Cesión: *"Acto mediante el cual el Contratista EPM Ituango transfiera a EPM la posición contractual en el Contrato tipo BOOMT celebrado con Hidroituango, y con ella todos los derechos y obligaciones derivados del mismo, acto que ha sido autorizado por Hidroituango."*

127. A través de la cesión de la posición contractual, el cesionario asume la misma posición en la que se encontraba el contratante cedente y este —en los casos de cesión total del contrato— queda, a su vez, y salvo pacto en contrario, liberado respecto del contrato cedido.

128. En términos de la Corte Suprema de Justicia⁴⁵:

"Por la cesión de contratos bilaterales o de prestaciones periódicas cualquiera de las partes en el involucradas por vía de un negocio jurídico puede ceder su posición contractual en forma íntegra siempre y cuando el contrato no se haya cumplido enteramente, transfiriendo sus relaciones tanto activas como pasivas en frente del otro contratante cedido"

"...Por esto, al decir de la Corte, la "(...) cesión del contrato es una forma de sustitución contractual atípica en los convenios civiles que presupone el"

42 Art. 889 C. de Co.

43 Arts. 892 y 894 C. de Co.

44 Prueba visible en el expediente, con los documentos aportados por EPM con la contestación de la demanda.

45 Corte Suprema de Justicia, sentencia SC9680-2015 del 24 de julio de 2015, MP. Luis Armando Tolosa, Radicación 11001-31-03-027-2004-00469-01

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

traspaso que, con el consentimiento del otro -a menos, claro está, que exista disposición legal en contrario-, un contratante hace a un tercero que pasa a ocupar en el contrato la misma situación jurídica del cedente, de los derechos y obligaciones emanados de un contrato bilateral (...)"

129. En la cesión del contrato se transfieren el conjunto de derechos y obligaciones derivados del negocio jurídico, que tiene como efectos que: (i) el cedido no puede cumplir el contrato mediante la ejecución de las obligaciones a favor del cedente, quien ha quedado liberado de la relación contractual⁴⁶; y (ii) que el cedido puede oponer al cesionario todas las excepciones que se deriven del contrato. Podrá también oponer aquellas que se funden sobre otras relaciones con el cedente, respecto de las cuales haya hecho expresa reserva al momento de notificársele o aceptar la cesión, como lo indica el artículo 896 del C. de Comercio.

130. Respecto a la responsabilidad del cedente, establece el artículo 890 del C. de Comercio que el que cede el contrato se obliga a responder de la existencia y validez del mismo y de sus garantías, pero, salvo estipulación expresa en contrario, no responderá de su cumplimiento por parte del otro contratante y de los garantes.

131. A partir de la fecha en la cual se notificó la cesión⁴⁷ del 19 de enero de 2013, EPM adquirió la calidad de contratista en el contrato BOOMT sustituyendo a EPM Ituango S.A. E.S.P., en el cual Hidroituango es el contratante.

132. Para todos los efectos legales y atendiendo el claro literal del acuerdo, se entiende que Empresas Públicas de Medellín, a partir de la notificación de la cesión⁴⁸, adquirió todos los derechos y obligaciones que tenía la sociedad EPM Ituango S.A. y que, por lo tanto, Empresas Públicas de Medellín es la parte en el contrato BOOMT suscrito con Hidroituango el 30 de marzo de 2011.

133. Por lo anterior, puede concluirse que EPM Ituango cedió su posición contractual en el contrato BOOMT a EPM y esta adquirió todos los derechos y obligaciones de aquella, en los términos y condiciones pactados. Así mismo, que el Contrato celebrado el 30 de marzo de 2011 existe y que HI y EPM son partes de dicho negocio jurídico.

134. En consecuencia, se declarará que prosperan la primera pretensión y la tercera pretensión de la demanda reformada.

1.19. Las modificaciones al Contrato

⁴⁶ Artículo 892, Código de Comercio.

⁴⁷ Comunicación del 22 de enero de 2013.

⁴⁸ Artículo 894 del C. de Comercio

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

135.Las Actas de Modificación Bilateral (AMB) son los instrumentos mediante los cuales ambas partes, de manera conjunta, acuerdan modificaciones a las cláusulas y estipulaciones contractuales, mediante la suscripción del respectivo documento.

136.El Contrato fue modificado por las siguientes AMB:

- AMB núm. 1 de 24 de febrero de 2012: por la cual se modificó la cláusula 4.06 A, relativa a los informes de avance.
- AMB núm. 2 de 23 de agosto de 2012: por la cual se modificaron definiciones, obligaciones, derechos y otros anexos del Contrato.
- AMB núm. 3 de 20 de diciembre de 2012: por la cual se reconoce como un hecho cierto e incontrovertible la imposibilidad de desviar el río Cauca en 2013, conforme al Hito 1 del Cronograma Director. Se modifican los plazos de los Hitos 1, 2 y 6.
- AMB núm. 4 de 2 de julio de 2013: por la cual EPM asumió como contratista del BOOMT y por tanto con todos los derechos y obligaciones como cesionario de EPM Ituango.
- AMB núm. 5 de 11 de abril de 2014: por la cual se modificó la fecha de entrega del Hito 3.
- AMB núm. 6 de 6 de mayo de 2014: por la cual se modificó la fecha de entrega del Hito 2.
- AMB núm. 7 de 27 de mayo de 2014: por la cual se modificó la fecha de entrega del Hito 4.
- AMB núm. 8 de 5 de mayo de 2015: por la cual se modificaron las fechas de entrega de los Hitos 4 y 5.
- AMB núm. 9 de 1 de diciembre de 2015: por la cual se modificaron las fechas de entrega de los Hitos 4 y 6.
- AMB núm. 10 de 29 de agosto de 2017: por la cual se modificaron las fechas de entrega de los Hitos 7, 8 y 9.

137.Los documentos que contienen dichas AMB obran en el expediente⁴⁹ y se encuentran suscritas por ambas partes, ninguna de las cuales ha desconocido su contenido.

138.En la pretensión cuarta, HI pidió que se declare que el Contrato fue modificado por dichas AMB; al pronunciarse sobre ella, EPM solicitó que *“el Tribunal deberá aceptar que la declaración de que existe el Contrato a que se refieren las pretensiones 1, 3, 4, 5 y 6 incluye las modificaciones que las partes bilateralmente hicieron a dicho contrato cuando suscribieron las AMB”*⁵⁰.

49 Expedientes - 2020 A 0035 - 15. REFORMA DE LA DEMANDA 11 MAR 2022 - 2-CONTRATO BOOMT - 3-ACTAS DE MODIFICACIÓN BOOMT

50 *Ibidem*, p. 206.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

139. Por lo anterior, se concluye que no existe discrepancia entre las partes en relación con la existencia de las modificaciones contractuales acordadas en forma bilateral en las AMB y por consiguiente, se declarará que el BOOMT celebrado el 30 de marzo de 2011 fue modificado por ambas partes mediante las relacionadas AMB. De igual manera, que el Contrato con sus respectivas AMB, suscritas por las partes, vincula y obliga a ambas partes y, desde luego, a EPM (pretensión quinta).

140. En consecuencia, se declarará que prosperan las pretensiones Cuarta y Quinta de la demanda reformada.

1.20. El régimen jurídico del Contrato

141. En la cláusula 3.02 del Contrato, dentro de las declaraciones y garantías consignadas por HI consta que:

(xi) El Contrato está regido por el derecho privado colombiano y, por lo tanto, Hidroituango no tiene la potestad bajo las Leyes Aplicables para terminar, modificar, enmendar el Contrato de manera unilateral ni a decretar su caducidad.

142. Por otra parte, en la cláusula 9.01 se estipuló que la ley aplicable al Contrato es la ley colombiana.

143. Al respecto EPM sostiene que el BOOMT es un contrato estatal en atención a que las partes son entidades públicas sujetas a los principios de gestión administrativa y fiscal, conforme a los artículos 209 y 267 de la Constitución Política respectivamente, no obstante estar exceptuadas del Régimen de Contratación Estatal.

144. En relación con este punto se considera que ambas partes son empresas de servicios públicos sometidas a la Ley 142 de 1994⁵¹ que dispone, en líneas generales, que el régimen de contratación de tales empresas no está sujeto a las disposiciones del Estatuto General de Contratación, salvo que la propia Ley 142 disponga otra cosa.

145. De igual manera, el artículo 32 *ibidem* dispone que los actos de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios, aquellos que se requieran para la administración y el ejercicio de los derechos de las personas que sean socias de dichas empresas, se rigen exclusivamente por las normas de derecho privado, salvo que la Constitución Política o la Ley 142 de 1994 estipulen algo diferente.

⁵¹ Cfr. Cláusulas 3.01 (i) y 3.02 (i) del BOOMT.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

146. Conforme a estos criterios, el principio general que debe observarse es que los contratos y las actuaciones de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios se rigen por el derecho privado.

147. La Ley 143 de 1994 consagra el régimen para la generación, interconexión, transmisión, distribución y comercialización de electricidad. El artículo 8 (parágrafo) dispone que el régimen de contratación aplicable a las empresas públicas que presten el servicio de electricidad será el derecho privado, aun cuando excepcionalmente la CREG puede hacer obligatoria la inclusión de cláusulas excepcionales al derecho privado en algunos contratos.

148. Por su parte, la Ley 689 de 2001 que modificó la Ley 142 de 1994 reiteró que los contratos que celebren las entidades estatales a las que se refiere dicha norma, no están sujetos al Estatuto General de Contratación, salvo disposición en contrario de la propia Ley 142 de 1994.

149. El artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, en tanto fue modificado por el art. 53 de la Ley 2195 de 2022, dispone que las entidades estatales que tengan un régimen de contratación excepcional a la Ley 80 de 1993, aplicarán en su actividad contractual los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal de que tratan los artículos 209 y 267 superiores, respectivamente, y estarán sometidos al régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto para la contratación estatal y, además, deberán publicar los documentos relacionados con su actividad contractual en el SECOP II.

150. A partir de las estipulaciones contractuales citadas, así como de las normas y principios que resultan aplicables a las partes y a la función que cumplen con este negocio jurídico, se concluye que el régimen jurídico del BOOMT es el derecho privado, sin perjuicio de las normas de derecho público que sobre unos temas específicos le son aplicables. Así lo estipulan las normas que rigen la actividad y a las partes contratantes, disposiciones que fueron recogidas en el Contrato y aceptadas por las partes.

151. Tanto es así que en el propio Contrato se previó que HI no tiene facultades para terminar o modificar en forma unilateral el negocio jurídico, ni mucho menos para declarar la caducidad, con lo cual se ratifica el entendimiento de las partes en proscribir la aplicación de facultades excepcionales que consagra la Ley 80 de 1993 a favor de las entidades contratantes.

152. La voluntad de los contratantes, en línea con las reglas legales ya referidas, fue someterse al derecho privado, vale decir que el contrato se rigiera por dichas disposiciones, en pie de igualdad, sin perjuicio de que, para la gestión contractual, se observen principios de rango constitucional propios de la función administrativa y

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

fiscal que también resultan aplicables por disposición del artículo 13 de la Ley 1150 de 2007.

153.. Por último, por tratarse de un negocio jurídico atípico, en sus alegaciones finales ambas partes coinciden en expresar que el Contrato debe regirse, de modo principal, por las estipulaciones acordadas por los contratantes.

154.Es así como HI sostiene que “[D]e acuerdo con una difundida opinión jurisprudencial, además aplica preferentemente el contenido negocial acordado por las partes siempre que se ajuste al ordenamiento jurídico y el Derecho Privado”⁵².

155.A su vez, en el mismo sentido EPM en sus alegaciones finales manifestó que como consecuencia de su atipicidad, *“el Contrato debe regirse, preferentemente, por lo pactado entre las partes, en tanto sus cláusulas no contravengan el derecho público de la nación, siendo aplicable, en primer lugar, las normas imperativas generales aplicables a todos los contratos y a las obligaciones”*⁵³ (sic).

156.A partir de las estipulaciones contractuales y de las manifestaciones coincidentes de ambas partes que se han referido, es posible concluir que su voluntad al celebrar el Contrato y ratificada en el presente trámite es que el Contrato se rija por el derecho privado de manera preferencial y por las estipulaciones contractuales convenidas por ellas, siempre que se ajusten a las normas legales. Lo anterior no descarta la observancia y aplicación de principios de rango constitucional propios de la función administrativa y fiscal, en cuanto resulte pertinente.

157.En suma, las propias partes acordaron que salvo disposición de norma superior en contrario, las labores, actividades, obligaciones y derechos de ambas partes entre sí o frente a terceros, *“se guiarán y someterán en primer lugar”* a las estipulaciones contractuales, que serán interpretadas a la luz de los propósitos de los contratantes y con aplicación del principio de *buena fe*.

158.En tales estipulaciones incorporaron las obligaciones de cada una de las partes, encaminadas a lograr el objeto del contrato, esto es la Construcción y Montaje de la Hidroeléctrica y su Operación y Mantenimiento, a lo cual se obligó EPM, por lo que el Tribunal accederá a la pretensión sexta de la demanda reformada en la que se pide que *“sin perjuicio de las declaraciones y condenas que se le impongan en el laudo arbitral, EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM– está obligada a cumplir y a ejecutar en debida y adecuada forma hasta su finalización, todas y cada una de las obligaciones que contrajo en el Contrato BOOMT suscrito el día 30 de marzo de 2011*

52 P. 2 Alegaciones de HI.

53 P. 7 Alegaciones de EPM.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

con sus respectivas Actas de Modificación Bilateral -AMB- a favor de HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P., y a terminar el Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango".

159.EPM no expresó oposición específica a esta pretensión que, en esencia, tiene por objeto declarar que el Contratista está obligado a dar cumplimiento al BOOMT y a las prestaciones contraídas en el negocio jurídico y en las AMB, así como a terminar el Proyecto.

160.Por consiguiente, en la medida en que esta declaración se dirige a ratificar la obligación de EPM de dar cumplimiento al objeto contractual, con sus modificaciones así como de la licencia ambiental la cual ya había sido obtenida por parte de HI, lo cual incluye la realización de la hidroeléctrica sobre los inmuebles del proyecto y en los términos establecidos en el Contrato, se declarará que prosperan la Sexta, Décima Segunda y Décima Tercera pretensión de la demanda reformada.

1.21. LA CESIÓN DE LOS CONTRATOS PRECONSTRUCTIVOS Y LA ASIGNACIÓN DE LOS RIESGOS PROVENIENTES DE TALES CONTRATOS

161.Uno de los aspectos centrales de la controversia concierne al alcance de la asignación de riesgos convenida en el contrato BOOMT, en especial en relación con: el riesgo geológico, el riesgo de diseños, el riesgo de subcontratación y los riesgos no identificados, específicamente en cuanto a las obras de desviación del Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación -GAD-. Así se concreta en las pretensiones de la demanda reformada de Hidroituango y de la contrademanda de EPM, también reformada, e igualmente en las recíprocas excepciones frente a una y otra.

162.La cesión de los denominados contratos preconstructivos, de Hidroituango a EPM Ituango S.A. juega un rol central en la distribución de los riesgos en el contrato BOOMT.

163.La Convocante formuló varias pretensiones relacionadas con la asignación y asunción de riesgos en el contrato BOOMT. Comenzó por unas pretensiones declarativas genéricas en el sentido de que toda la responsabilidad y todos los riesgos derivados de la gestión del Contrato BOOMT por parte de EPM, corresponden a esa Entidad:

Segunda Pretensión: Declarar que en los términos pactados en la Cláusula 2.10 "cesión de derechos y obligaciones" del contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011, a partir de la fecha de cesión, HIDROITUANGO "será liberado de toda responsabilidad en relación con el cumplimiento de las

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

obligaciones” previstas en los Procesos de Contratación en curso y en los Contratos celerados por ésta en relación con el proyecto en o antes de la fecha de su escisión, y desde esa fecha, el Contratista “asumirá la totalidad de las obligaciones y ejercerá la totalidad de los derechos.”

Décima Sexta Pretensión: Declarar que en los términos estipulados en el Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011, EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. —EPM— asumió todos los riesgos derivados de su gestión, habida cuenta de su experiencia y condiciones personales, y la autonomía, no coadministración y no control previo, que rigen la ejecución del contrato”

164.Adelante incluyó otra pretensión declarativa referida puntualmente a la definición del alcance del riesgo asumido por HIDROITUANGO en relación con “Deficiencia o Falla de Diseños” consistente en “Deficiencias o Fallas sustanciales en el diseño y especificaciones de Obras Civiles y Equipos”, el cual pidió que se declare como circunscrito a los “diseños y especificaciones iniciales que le transfirió y entregó a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. -EPM-” (Pretensión 37):

“Trigésima Séptima Pretensión. *Declarar que el riesgo de “Deficiencia o Falla en Diseños” consistente en las “Deficiencias o Fallas sustanciales en el diseño y especificaciones de Obras Civiles y Equipos” asignado a HIDROELECTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. – HIDROITUANGO S.A. E.S.P.- en el Anexo 6.14 “Matriz de riesgos” del Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011, está circunscrito a los diseños y especificaciones iniciales que le transfirió y entregó a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. -EPM-”*

165.Como fundamento fáctico de esas pretensiones, en síntesis la Convocante expuso:

166.Que EPM expresó su interés en desarrollar directamente de manera autónoma con recursos propios, por su cuenta y riesgo el proyecto Hidroeléctrico con HIDROITUANGO.

167.Que por tratarse de un contrato BOOMT, en las cláusulas 6.14, 6.15 y 6.16, las partes convinieron la Asignación de riesgos, el principio de mitigación y efectos de la materialización de los riesgos y la obligación de notificación.

168.Que en la cláusula 6.14 también se incluyó asignación de riesgos comunes durante la construcción y operación.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

169.. En respuesta a la demanda reformada, bajo el título de Excepciones Generales, en el numeral 5.2.1.3., EPM propuso *"Excepciones de responsabilidad de HIDROITUANGO por la realización de los riesgos asumidos, según la Matriz de Riesgos del Contrato BOOMT"*, que en lo pertinente fue sustentada, así:

"De un análisis integral del Contrato BOOMT y sus antecedentes, se puede evidenciar que los riesgos fueron distribuidos y asignados en atención a varios criterios, de los cuales se destaca: i) la utilidad o beneficio que reporta el Contrato para cada una de las partes; ii) el mejor conocimiento e intervención que se tiene o ha tenido sobre la situación en la que se podría presentar la realización del riesgo; y iii) la necesidad de preservar la conmutatividad del Contrato durante su ejecución.

"Conforme a la asignación de riesgos, cada una de las partes del Contrato BOOMT debe adelantar todas las gestiones necesarias para la administración del área en la que puede ocurrir el riesgo, teniendo en cuenta que de realizarse, la parte respectiva asume plenamente el impacto negativo del hecho.

"La matriz de riesgos es una cláusula integral del contrato, que debe aplicarse a la luz de las demás obligaciones, en especial de las obligaciones relacionadas con los riesgos, en cuanto que el Contrato, los anexos y demás documentos bilaterales forman una unidad jurídica inescindible.

"En este sentido se puede concluir, sin lugar a dudas, que los riesgos que se asignan y distribuyen en un contrato son auténticas obligaciones para las partes. En consecuencia, asumir los efectos económicos de la realización del riesgo, significa el cumplimiento de la obligación.

"Como se ha sostenido de forma reiterada por parte de EPM, las partes asignaron y distribuyeron los riesgos en el contrato BOOMT, de acuerdo con la estipulación contenida en la Cláusula 6.14 y su anexo. Así, cada parte asumió las consecuencias de los riesgos a su cargo y, además, de forma expresa, HIDROITUANGO también asumió los riesgos no identificados durante la etapa de construcción del Proyecto."

170. Por otra parte, al referirse puntualmente a la Décima Sexta Pretensión, la Convocada propuso "Excepción a la pretensión 16: el Tribunal deberá decidirla con base en lo realmente pactado en el Contrato BOOMT", la cual fundamentó, así:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

"Frente a la pretensión 16, EPM aduce excepción según la cual el Tribunal deberá decidirla con base en lo realmente pactado en el Contrato BOOMT, que pasa por la Matriz de Riesgos debidamente acordada entre las partes, tal como consta en la cláusula 6.14 y su Anexo. Allí figura que HIDROITUANGO sí asume riesgos, en especial, los riesgos de diseño. Luego no es cierto que el Contrato BOOMT contemple que EPM "asumió todos los riesgos" como lo pretende hacer ver HIDROITUANGO".

171. Específicamente señaló como argumentos exceptivos, que los riesgos de subcontratación, diseños y especificaciones, geológico, y otros no identificados, fueron atribuidos a Hidroituango.

172. Pasa el Tribunal a definir, si como lo pretende la Convocante, *"a partir de la fecha de la cesión, HIDROITUANGO "será liberado de toda responsabilidad en relación con el cumplimiento de las obligaciones"* y EPM en calidad de contratista *"asumió todos los riesgos derivados de su gestión, habida cuenta de su experiencia y condiciones personales, y la autonomía, no coadministración y no control previo, que rigen la ejecución del contrato"*.

173. Los antecedentes relacionados en el contrato BOOMT, son evidencia de la importancia que tuvo en la decisión de su celebración, la experiencia de EPM en el desarrollo de proyectos hidroeléctricos:

"(xi) La asamblea general de accionistas de Hidroituango en su sesión extraordinaria del 27 de octubre de 2010 aprobó (a) la escisión de Hidroituango, para que esta sociedad, sin disolverse, escindiera parte de su patrimonio para crear EPM ITUANGO S.A. E.S.P. (el "Contratista") y (b) en consideración a la experiencia en el desarrollo de proyectos hidroeléctricos y la capacidad financiera de EPM, ratificó su intención de que EPM desarrollara el Proyecto, a través del Contratista, sociedad de propósito especial que se creó en virtud de la escisión, bajo la condición de que EPM mantuviera su Control;

"(xiii) Teniendo en cuenta lo anterior, la experiencia relevante de EPM y la capacidad financiera suficiente para que de manera autónoma, directamente o a través de una sociedad proyecto, EPM, financiara, construyera, mantuviera, transfiriera y restituyera la Hidroeléctrica, Hidroituango inició un proceso de contratación directa con EPM con el objetivo. El proceso de contratación directa concluyó de manera satisfactoria a los intereses de las Partes, cuyo objeto, alcance y

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

*mecanismos de relación se plasman en el presente contrato.*⁵⁴ (Resaltado fuera del texto)

174. Desde las consideraciones incorporadas en el Contrato a título de antecedentes, se avizora la autonomía con la que contaría EPM para la ejecución del contrato, como elemento estructural en la decisión de su celebración, prerrogativa desarrollada expresamente en el Anexo 6.12 del contrato BOOMT "MECANISMOS DE SUPERVISIÓN, COORDINACIÓN, CONTROL Y VIGILANCIA DEL CONTRATO TIPO BOOMT POR PARTE DE HIDROITUANGO", en el cual las partes dispusieron los principios de no coadministración e inexistencia de control previo por parte de Hidroituango, como criterios fundamentales para la verificación del cumplimiento de las obligaciones contractuales, técnicas, financieras y legales del Contratista, en lo referente a la financiación, construcción, operación, mantenimiento y restitución de la central a Hidroituango. Principios definidos, así:

"Principio de no coadministración.

"La Verificación que realizará Hidroituango durante la ejecución del Proyecto se hará bajo la premisa de "no coadministrar" en ninguna de las etapas del proceso de contratación, construcción, pruebas, operación y mantenimiento de la central, y comercialización de energía de la misma.

"El término "no coadministrar" se refiere a que Hidroituango no intervendrá en la toma de decisiones relacionadas con la contratación y administración de los contratos que suscriba el Contratista para la Construcción y operación de la central. Cualquier inquietud u observación de Hidroituango en relación con los contratistas o subcontratistas del proyecto deberá plantearse directamente al Contratista, no a sus subcontratistas.

"Hidroituango no será interventor de los contratos que celebre el Contratista, (esto es potestad exclusiva del Contratista actuando como contratante), pero es deber y potestad de Hidroituango Verificar el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el Contrato, para garantizar la protección de los intereses de la sociedad y del Proyecto.

"Principio de no control previo.

"Hidroituango no ejercerá acciones que constituyan control previo, entendido éste como intromisión o injerencia previa en las decisiones que

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

*el Contratista tome en ejercicio de sus derechos o en cumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato.*⁵⁵

175. Varios declarantes son contestes en informar como EPM ha ejecutado el contrato BOOMT con plena aplicación de estos principios.

176. El señor Luis Javier Vélez, Gerente de Proyectos de Subestaciones y Líneas de Transmisión de EPM para la fecha de su declaración y quien además fungió como gerente de EPM-HITUANGO y ha participado en el desarrollo del proyecto también en calidad de Vicepresidente del mismo, en respuestas a algunas preguntas formuladas por la parte Convocante, explicó detalladamente el alcance de la aplicación de estos principios en la ejecución del proyecto, descartando la intervención y coadministración por parte de Hidroituango⁵⁶. En respuesta a interrogatorio formulado por la Parte Convocante, respondió:

"PREGUNTADO: *Le hago otra pregunta, doctor Luis Javier, ¿en qué consistían los principios de no control previo y no coadministración que se habían previsto en el contrato BOOMT?* **CONTESTÓ:** *Eso hace parte..., eso es como la derivación de la naturaleza del contrato BOOMT, y es fundamentalmente porque cuando usted hace una..., firma un contrato que es atípico en la ley colombiana; eso es una cosa importada, pues, del derecho inglés y de otras partes del mundo, pero aquí es atípico; cuando usted firma, suscribe un contrato de esos, pues ellos..., el otro es el que asume la responsabilidad de desarrollar el proyecto en las condiciones en que se pacte pues, obviamente, el BOOMT, y aquí cuando se suscribió el BOOMT se pactó, usted lo acaba de mencionar, una distribución de riesgos, una..., sí, una matriz de riesgos, pues, donde estaba la distribución de riesgos y, pues, básicamente la intervención de Hidroituango, por ejemplo, para coadministrar pues violentada los principios de distribución de riesgo, es decir, si...; yo voy a usar una expresión de un ingeniero que seguramente usted conoce, que fue mi jefe y ya falleció también, y lo quiero mucho, él decía 'a un caballo no lo pueden tirar dos jinetes', 'a un caballo no lo pueden jalar dos jinetes'; es más o menos lo mismo, aquí, pues, si las decisiones del desarrollo del proyecto enmarcadas dentro de las potestades y facultades que están establecidas en el contrato las tenía EPM, no se podía, pues..., no era como correcto que Hidroituango pudiera tener derechos de..., ¿cómo se llama?, de co..., ¿cogobierno, es que decíamos ahí?, no me acuerdo. **PREGUNTADO:** *¿Coadministración?* **CONTESTÓ:** *Coadministración, exactamente, no podía, obviamente, pues hacer**

55 Anexo 6.12 del Contrato BOOMT Expedientes - 2020 A 0035 - 15. REFORMA DE LA DEMANDA 11 MAR 2022 - 2-CONTRATO BOOMT - 2-ANEXOS BOOMT

56 Primera parte de la declaración de este testigo, recibida en audiencia de 13 de abril de 2023

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

coadministración, porque entonces se diluye la distribución de responsabilidades que está pactada en el contrato, eso desnaturalizaría completamente la esencia de la distribución de riesgos contractuales pactadas en el contrato, más bien.”

177. En similares términos la señora María Isabel Vanegas, asesora de la sociedad Hidroituango, informó de la aplicación en la etapa de construcción, de los principios de autonomía y no control previo con los cuales la contratista ha ejecutado el contrato:

"EPM tendría..., pues, o el contratista, que en ese momento era EPM-ITUANGO, tendría total autonomía para el desarrollo del proyecto, es decir, Hidroituango simplemente le entregó estos diseños y se acordaron unas condiciones para hacer esto, pero usted tiene total autonomía para el desarrollo de este proyecto, entonces, si usted tiene total autonomía, pues, usted no puede correr riesgos donde usted no pueda tener ninguna incidencia, y, colateral o simultáneo con este, pues, que Hidroituango no podía tener injerencia, que es lo que se acordó cuando se negoció la cláusula, que en esa sí estuve, en la cláusula de seguimiento y verificación, porque estuve en la configuración del anexo 612, que es el que dice cómo se hace el monitoreo y la supervisión del contrato, entonces, se dijo 'Hidroituango no tendrá ni coadministración ni tendrá control previo', por eso es que Hidroituango se entera de los hechos del desarrollo del proyecto, porque como lo que se verifica es el contrato, se entera cuando EPM entrega la información, que inicialmente la debía entregar dentro de los cinco días siguientes al vencimiento de cada mes, eso se..., pues, por razones prácticas de imposibilidad de entregar información se está entregando creo que es dentro de los 25 días siguientes, se entrega como en los 40 días, más o menos, si no estoy mal, porque esa parte, pues, tampoco la manejo expresamente; pero lo cierto es que Hidroituango se entera ex post de lo que pasa en el contrato[...]"⁵⁷

178. En cuanto al alcance de los riesgos asumidos por EPM, es relevante el hecho de la aceptación por las partes de que en el contrato BOOMT los riesgos no fueron asignados en su integridad a la contratista, y que en cambio acordaron atribuir algunos riesgos a Hidroituango como contratante. Baste con señalar el contenido de los hechos 124 de la demanda reformada y la excepción 5.2.1.3. planteada por EPM.

179. En la cláusula 6.14. del contrato BOOMT, las partes definieron la Asignación de riesgos inherentes a la ejecución del contrato conforme a la tipificación y asignación que relacionaron en el Anexo 6.14 Matriz de Riesgos. Además, dispusieron que los

57 Declaración rendida el 3 de marzo de 2023

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

efectos económicos generados por riesgos no identificados a la fecha de firma del Contrato, no asignados en la Matriz de Riesgos y que se materialicen durante la Etapa de Construcción, serían cargados como un mayor valor del Proyecto:

"6.14. Asignación de Riesgos. Las Partes acuerdan que la distribución y asignación de los riesgos inherentes a la ejecución del Contrato son los establecidos en el Anexo 6.14 ("Matriz de Riesgos")."

"Los efectos económicos que ocasione cualquier riesgo no identificado a la Fecha de Firma del Contrato, no asignado en la Matriz de Riesgos y que se materialice durante la Etapa de Construcción, serán cargados como un mayor valor del Proyecto, para efectos del cálculo de la Remuneración establecido en la cláusula 2.04(i), salvo que en este Contrato el riesgo haya sido asumido de manera expresa por el Contratista."

"Cualquier riesgo no identificado a la Fecha de Firma del Contrato, no asignado en la Matriz de Riesgos y que se materialice durante la Etapa de O&M será asumido por el Contratista, salvo que en este Contrato haya sido asumido de manera expresa por Hidroituango."

180. Consta en el Anexo 6.14 "Matriz de Riesgos"⁵⁸, que las partes tipificaron y asignaron los riesgos inherentes a la ejecución del contrato y relacionados con: Subcontratación, Predios, Logística, adquisición, suministros y cantidades de obra; geológicos; Contraparte: Diseños y especificaciones; fuerza mayor y caso fortuito; Gestión de proyecto; Obligaciones ambientales y saneamiento básico; Financiero; regulatorio; Políticos y/o soberanos: Tributario: Comercial y Operación.

1.22. El riesgo de subcontratación

181. Corresponde al primero de los riesgos tipificados en la matriz de riesgo, y está referido a situaciones relacionadas con los subcontratistas, definidos en el contrato BOOMT como cualquier contratista, constructor, proveedor o vendedor de bienes o servicios contratado por el Contratista o por sus Subcontratistas en los términos de este Contrato para la realización de todo o parte de las actividades que deben ser ejecutadas por el Contratista⁵⁹.

182. Tal riesgo fue atribuido a ambas partes con diferencias. Así, a EPM de forma genérica se atribuyó el riesgo de *"errores cometidos en contratación de*

58 Expedientes - 2020 A 0035 - 15. REFORMA DE LA DEMANDA 11 MAR 2022 - 2-CONTRATO BOOMT - 2-ANEXOS BOOMT

59 Cláusula 1.02 del Contrato BOOMT

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

subcontratistas”, descrito como “errores en la definición de términos de referencia, error de elección de firmas subcontratistas y falta de experiencia”. Mientras que a Hidroituango se atribuyó el riesgo con restricción de carácter temporal según la acepción “errores en subcontratistas vigentes” empleada como fórmula para asignarle ese riesgo, descrito como “no adquisición de predios de acuerdo a las necesidades del proyecto, retrasos, incompetencias del subcontratista, fallas en los esquemas de seguridad del subcontratista, mala logística, equipos insuficientes.”

183. Esto es, que el momento de la celebración del contrato con el subcontratista, si antes o después de la celebración del contrato BOOMT, marcaron un primer parámetro para la asignación de ese riesgo conforme surge de la acepción “errores en subcontratistas vigentes” empleada para atribuir el riesgo a Hidroituango y en cambio ausente en la redacción usada en la asignación a EPM. El segundo parámetro, está determinado por la regulación convencional de la responsabilidad en relación con los contratos objeto de cesión.

184. Frente al primer parámetro, de acuerdo con la definición de Procesos de Contratación en curso incorporada en el Contrato BOOMT, estos corresponden a aquéllos celebrados antes de la fecha de la escisión:

“Procesos de Contratación en Curso: Son todos los procesos a través de los cuales Hidroituango esté procurando la obtención de un contratista para el desarrollo de cualquier tarea para el Proyecto y cuyo contrato no haya sido celebrado en o antes de la fecha de Escisión, los cuales se relacionan en el Anexo 1.06(6) del presente contrato.”

185. A través de la escritura pública 893 de 23 de marzo de 2011 de la Notaría 17 del Círculo de Medellín, se produjo la escisión según dan cuenta la mencionada escritura⁶⁰ y la definición del término incluida en el Contrato BOOMT:

“Escisión: Es el procedimiento aprobado en la asamblea general de accionistas de Hidroituango en reunión extraordinaria del 27 de octubre de 2010, mediante la cual la sociedad Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. (sociedad escidente), sin disolverse, escinde parte de su patrimonio para crear una nueva sociedad anónima denominada EPM Ituango S.A. E.S.P. (sociedad beneficiaria) transfiriéndole a esta última una serie de activos y pasivos relacionados con el Proyecto. De la escisión da cuenta la escritura pública 893 otorgada en la Notaría Diecisiete (17) del Círculo de Medellín en fecha 23 de marzo de 2011.”⁶¹

60 Expedientes - 2020 A 0035 - 01.DEMANDA 2020 A 0035 15 DE OCTUBRE 2020 - 2020 A 0035 ANEXOS DEMANDA 15102020

61 Dentro de la cláusula 2 de definiciones

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

186.La fecha de cesión de tales contratos fue establecida como el momento a partir del cual Hidroituango, como cedente y en adelante quedaba liberada de responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos cedidos y en cambio, esta era asumida por EPM, según fue textualmente dispuesto en el cláusula 2.10:

"2.10. Cesión de derechos y obligaciones. Para efectos de que el Contratista pueda cumplir con sus obligaciones y ejercer sus derechos, las Partes entienden y aceptan que los Contratos Preconstructivos, los Procesos de Contratación en curso y el Cargo por Confiabilidad se ceden al Contratista en la fecha de la Escisión. El contratista declara que ha recibido de Hidroituango los Contratos preconstructivos, los documentos correspondientes a los Procesos de Contratación en curso y los documentos de XM en donde se acredita el Cargo por Confiabilidad y que ha recibido el reporte de la ejecución o el cumplimiento, según corresponde, de los Contratos Preconstructivos y de los Procesos de Contratación en Curso, de lo cual se levantará un acta firmada por los Representantes de las Partes en o antes de la fecha de Firma.

Como consecuencia de la cesión anterior Hidroituango:

Será liberado de toda responsabilidad en relación con el cumplimiento de las obligaciones previstas en los Contratos Preconstructivos y en los Procesos de Contratación en curso, a partir de la fecha de la cesión.

Sin perjuicio de la responsabilidad de terceros, Hidroituango será responsable por las multas o consecuencias económicas adversas derivadas de retrasos en el Proyecto originados por actos, hechos u omisiones antes de la fecha de cesión, incluyendo pero no limitando a la exigencia de la Garantía XM y la pérdida del Cargo de Confiabilidad. Dichas multas o consecuencias económicas adversas serán asumidas por el Contratista quien considerará tales multas o consecuencias económicas adversas como un mayor valor del Proyecto para efectos del cálculo de la Remuneración previsto en el Contrato. Para efectos de calcular la responsabilidad de Hidroituango, referidos en esta sección, los retrasos en el programa de contratación, la ejecución de los Contratos Preconstructivos o en el cumplimiento de las Obligaciones de Energía Firme serán determinados teniendo como referencia el Cronograma Director.

"Por su parte, sin perjuicio de lo anterior, el contratista:

Asumirá la totalidad de las obligaciones y ejercerá la totalidad de los derechos bajo los contratos preconstructivos a partir de la fecha de cesión.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

No tendrá ningún tipo de obligación individual o solidaria con respecto al cumplimiento de las obligaciones previstas en los Contratos Preconstructivos, antes de la fecha de la escisión

Asumirá la totalidad de las obligaciones bajo el Cargo por Confiabilidad frente a Hidroituango a partir de la Fecha Efectiva, sin perjuicio de que ante XM el trámite de la cesión Cargo por Confiabilidad sea autorizado posteriormente y, como consecuencia de lo anterior, Hidroituango continúe respondiendo frente a XM, siempre y cuando la CREG acepte que con la entrada en Operación comercial de una cualquiera de las Unidades dentro del plazo concedido al tiempo del otorgamiento del Cargo por Confiabilidad se cumple con las Obligaciones de Energía Firme.

Indemnizará y mantendrá indemne a Hidroituango en los términos previstos en el Contrato, por cualquier Reclamo efectuado por (a) los contratantes cedidos de los Contratos Preconstructivos o de los Procesos de Contratación en Curso a partir de su fecha de cesión. Para el efecto se levantarán actas del estado de ejecución de cada Contrato Preconstructivo cedido, salvo por los originados en hechos, actos u omisiones de Hidroituango ocurridos antes de la fecha de cesión, (b) XM en relación con cualquier obligación que debió haber sido cumplida por el Contratista en nombre de Hidroituango en relación con el Cargo por Confiabilidad entre la Fecha de firma y la fecha en la que dicho cargo por Confiabilidad sea efectivamente cedido ante XM, salvo por los originados en hechos, actos u omisiones de Hidroituango ocurridos antes de la fecha de cesión de los Contratos preconstructivos; y/o (c) las Autoridades Gubernamentales que tengan como fundamento hechos ocurridos a partir de la fecha de cesión en relación con los Contratos Preconstructivos; y

Se obligará a adelantar cualquiera y todas las gestiones y obtener todas las Autorizaciones que resulten necesarias o apropiadas con el fin de que el Cargo por Confiabilidad quede efectivamente radicado a su favor como consecuencia de la cesión aquí contenida. En desarrollo de lo anterior, el Contratista preparará cualquier documento que deba ser suscrito por Hidroituango y lo radicará ante XM o la Autoridad Gubernamental competente.”

187. La interpretación de las cláusulas transcritas en lo pertinente, lleva a concluir que el riesgo de subcontratación en relación con los contratos cedidos o preconstructivos, fue distribuido en el contrato BOOMT entre Hidroituango y EPM, según que la materialización del riesgo se produjera antes o después de la cesión de tales contratos, o que el hecho del cual dependiera su materialización, se hubiera dado antes de la cesión.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

188. Conclusión que surge de la definición de riesgo incorporada por las partes en la cláusula 6.14 y del Anexo 6.14 Matriz de riesgos, interpretados al amparo de la cláusula 2.10 "*Cesión de derechos y obligaciones*", por cuya virtud las partes asignaron la responsabilidad por los contratos preconstructivos cedidos, así:

- a. A Hidroituango,
 - Por el cumplimiento de las obligaciones de tales contratos hasta la fecha de la cesión.
 - Por las multas o consecuencias económicas adversas derivadas de retrasos en el Proyecto originados por actos, hechos u omisiones antes de la fecha de cesión, aunque tales efectos se materializaran después de la cesión.
- b. A EPM
 - Todas las obligaciones bajo los contratos preconstructivos a partir de la fecha de cesión.

189. En esa línea, el riesgo de subcontratación en relación con los contratos preconstructivos, corresponde a Hidroituango hasta la fecha de cesión del contrato, y su responsabilidad se extiende después de esa fecha en relación con la materialización de multas o consecuencias económicas originadas por actos, hechos u omisiones ocurridos antes de la cesión. Mientras que a EPM corresponden todas las obligaciones a partir de la fecha de cesión.

1.23. El riesgo de diseños y especificaciones

190. Alega EPM que en el Contrato BOOMT, el riesgo de diseño y especificaciones fue identificado y asignado en forma exclusiva y sin ninguna salvedad a HIDROITUANGO, lo cual dice, encuentra explicación en el hecho de

"[...]que HIDROITUANGO, como dueña del Proyecto, contrató de forma directa y bajo su responsabilidad al Consorcio Generación Ituango, para elaborar los diseños detallados del Proyecto y prestar los servicios de asesoría durante la etapa de construcción. Esto último implica la revisión e implementación de los diseños detallados, y la elaboración de nuevos diseños y rediseños para ajustar la construcción del Proyecto a las condiciones reales encontradas en campo.

"La asignación de estos riesgos a cargo HIDROITUANGO es lógica, coherente y razonable. EPM no contrató al Consorcio Generación Ituango. Había sido contratado por HIDROITUANGO, como componente de sus obligaciones como dueño del proyecto. El Contrato 2011-009 con el Consorcio Generación Ituango se formalizó el 23 de marzo de 2011."

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)

191. Sobre los asertos en los cuales la Convocada construye su argumento, el acervo probatorio recaudado, muestra:

192. En el Anexo 6.14 Matriz de riesgos del Contrato BOOMT, en el punto 6 las partes incorporaron el riesgo de DISEÑO Y ESPECIFICACIONES, identificado como "*Deficiencia o falla en diseños*", descrito como "*Deficiencias o fallas sustanciales en el diseño y especificaciones de Obras Civiles y Equipos*", y atribuido a HIDROITUANGO.

193. Los diseños para el proyecto fueron elaborados antes de la celebración del Contrato BOOMT, a través del contrato 007-2008 de "*DISEÑOS DETALLADOS DEL PROYECTO HIDROELECTRICO PESCADERO ITUANGO Y ASESORIA*" celebrado el 27 de noviembre de 2008 entre la sociedad Hidroeléctrica Pescadero Ituango S.A. E.S.P. como contratante y el Consorcio Generación Ituango como contratista. Aquella encargó a éste "*ejecutar los diseños detallados del Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango en su Etapa 1.*"⁶² Ese contrato finalizó el 30 de junio de 2010, antes de la celebración del Contrato BOOMT. Como ya concluyó el Tribunal se trató de un contrato preconstructivo y por tanto, todos los riesgos derivados de ese contrato, están regidos tanto por la cláusula 6.14 y el Anexo 6.14 como por la cláusula 2.10.

194. En consecuencia, corresponden a Hidroituango los riesgos de diseño frente a aquellos entregados a EPM y elaborados por virtud del contrato 007 de 2008, en los términos dispuestos por las partes para los contratos preconstructivos.

195. El reclamo de la Convocada en el sentido de que el riesgo de diseños atribuido a Hidroituango comprende los rediseños o nuevos diseños dispuesto por EPM durante la ejecución del proyecto entre ellos los de la GAD, convierte la atribución de ese riesgo en ilimitada al contrario de lo pactado por las partes en frente de los contratos preconstructivos, aspecto que debe tenerse en cuenta en tanto los nuevos diseños fueron encargados a uno de esos contratistas.

196. Tratándose de otros diseños ordenados por EPM a un subcontratista de un contrato preconstructivo cedido, concretamente dentro del Contrato de Asesoría 009-2011, la ejecución de los nuevos diseños, no se encuentra bajo el cobijo de la asignación de riesgo realizada en el punto 6 del Anexo 6.14 Matriz de Riesgos, por cuanto interpretación en tal sentido viola la disposición de las partes frente a las obligaciones bajo los contratos preconstructivos que a partir de la fecha de la cesión, corresponden a EPM, salvo las multas o consecuencias económicas adversas derivadas de retrasos en el Proyecto originados por actos, hechos u omisiones antes de la fecha de cesión.

62 Expedientes - 2020 A 0035 - 15. REFORMA DE LA DEMANDA 11 MAR 2022 - 1-ANTECEDENTES CONTRATO BOOMT - 5-DISEÑOS INICIALES DETALLADOS CT 007-2008 - Contractual - Contrato 2008-007

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

197. En efecto, sobre el mencionado contrato de Asesoría, cabe observar que en el contrato 007-2008, de diseños, fue prevista la opción de contratar con el mismo Consorcio, la etapa 2 de prestación de servicios de asesoría durante la construcción:

"Parágrafo: También, EL CONSULTOR se obliga para con la HIDROELÉCTRICA en caso que éste lo requiera la ejecución de la Etapa 2 que consiste en prestar los servicios de asesoría durante la construcción, y ejecutar todos los demás trabajos que LA HIDROELÉCTRICA le ordenen a EL CONSULTOR de acuerdo con los documentos del contrato."

198. Opción que se concretó el 23 de marzo de 2011, en la celebración del contrato No. 2011-009 de "Asesoría durante la construcción de la Hidroeléctrica Ituango" entre la sociedad HIDROELECTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. como contratante y el Consorcio Generación Hituango como contratista, con el objeto de prestar "Asesoría durante la Construcción de la Hidroeléctrica Ituango" en lo que las partes denominaron Etapa 2 "consistente en prestar los servicios de asesoría durante la construcción, y ejecutar todos los demás trabajos complementarios que sean necesarios para la completa, cabal y adecuada realización de la Etapa 1 y de la Etapa 2..."

199. Tal contrato celebrado el 23 de marzo de 2011, unos días antes de la celebración del Contrato BOOMT —30 de marzo de 2011—, es un contrato preconstructivo en los términos definidos por las partes en el Contrato BOOM, y por tanto hace parte de los contratos cedidos por Hidroituango a la contratista en el Contrato BOOMT, como expresamente lo convinieron las partes en la cláusula 2.10 "Cesión de derechos y obligaciones. Para efectos de que el Contratista pueda cumplir con sus obligaciones y ejercer sus derechos, las Partes entienden y aceptan que los Contratos Preconstructivos, los Procesos de Contratación en curso y el Cargo por Confianza se ceden al Contratista en la fecha de la Escisión".

200. El hecho de que el contrato 009-2011, no integre el listado de contratos cedidos que ocupa el Anexo 1.02(6), no tiene como consecuencia que no se trate de uno de tales contratos. La regla general incluida en el Contrato BOOMT para identificar los contratos que serían objeto de cesión, determina que este contrato también corresponde a uno preconstructivo y que por tanto pertenece a uno de aquellos frente a los cuales la contratista aceptó sus condiciones y asumió la posición contractual de Hidroituango, a partir de la cesión:

"CAPITULO IV, ETAPA DE CONSTRUCCION

4.02 OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA.

... (v) Aceptar, en las condiciones establecidas en este Contrato, la cesión de los Contratos Preconstructivos y de los Procesos de Contratación en

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Curso, asumiendo la posición contractual de Hidroituango para cumplir con las obligaciones que allí se establecen a partir del momento de dicha cesión.”

201. También los testimonios informaron sobre el carácter de contratante con el cual EPM ha obrado en ese contrato. El señor Mauricio Alberto Restrepo⁶³ quien trabaja en EPM hace 25 años y es parte del equipo jurídico de esta entidad, condición en la cual afirmó haber prestado apoyo jurídico en la etapa de celebración el Contrato BOOMT y durante su ejecución, al preguntársele la razón por la cual el contrato de diseños y el de asesoría no estaba en la lista de los cedidos, explicó puntualmente que los entendieron como cedidos:

"Pues, es que eran contratos en los que ya estaban listos, en los que EPM ya no tenía nada que hacer algo distinto de ejecutarlos, ¿cierto?, tal como..., tal como..., perdón, como Hidroituango los había, pues, negociado como los había hecho en su proceso de contratación con toda su autonomía y toda su voluntad, ¿cierto? Con los criterios que ellos consideraron, pues, pertinentes, entonces, son contratos que ya simplemente me tocaba era recibirlos, recibirlos y utilizarlos, pues, usarlos con el propósito de darle curso al contrato BOOMT, entonces, son contratos que ya, pues, simplemente tenía que desarrollarlos, por ejemplo, el de diseño pues, se recibía y estos son los diseños que tiene Hidroituango, con sus particularidades, entonces, ya pues, lo ejecuto; igual el contrato de asesoría durante construcción, como ya estaba firmado..., ya estaba firmado, ya... Creo que sólo..., me parece que cuando nos lo entregaron, sólo -estoy aquí tratando de recordar-, creo que sólo faltaba el tema de las pólizas, tal vez, o por ahí, unos detallitos, pero eso ya estaba, ya se sabía quién era el contratista, entonces, igual nos dijeron 'bueno, esto lo entendemos que queda cedido con el tema ya, pues, de la escisión patrimonial de Hidroituango, esto ya cuando se escriba en Cámara de Comercio, ya lo entendemos cedido', entonces, 'ah, bueno, perfecto, ya pues', y lo que hicimos fue tomar ese contrato y tal cual estaba, nosotros, pues, al recibirlo no le modificamos..., perdón, no le modificamos nada a ninguno de esos contratos, sólo nos dedicamos a ejecutarlos tal cual los recibimos."

202. En consecuencia, a partir de la cesión HIDROITUANGO está liberado de toda responsabilidad en relación con el cumplimiento de las obligaciones previstas en el contrato 009-2011, salvo de las multas o consecuencias económicas adversas derivadas de retrasos en el Proyecto originados por actos, hechos u omisiones antes de la fecha de cesión.

63 Declaración rendida el 3 de marzo de 2023

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)

203. El Tribunal no acoge la interpretación que reclama EPM, en el sentido de que la ausencia de salvedades expresas en punto a la atribución a HIDROITUANGO del riesgo de diseño cobija cualquier situación que sobre ese aspecto se presente en la ejecución del contrato BOOMT y menos si este proviene de las modificaciones realizadas a los diseños originales en cumplimiento de decisiones adoptadas por EPM durante la ejecución del proyecto. Tal interpretación rompe la conmutatividad del contrato y desconoce la exoneración de responsabilidad para HIDROITUANGO en relación con los contratos preconstructivos a partir de la fecha de la cesión, salvo la derivada de situaciones ocurridas antes de la cesión y en cambio la atribución de tal responsabilidad a la contratista a partir de esa misma fecha.

204. Como el contrato 009-2011 cuyo objeto es la asesoría en la ejecución del proyecto, está a cargo de EPM desde la fecha de celebración del Contrato BOOMT, lo cual, sucedió apenas unos días después de su celebración, la responsabilidad y los riesgos que surjan durante su ejecución corresponden a EPM, sin que el hecho de su celebración por parte de Hidroituango, comporte la extensión de los riesgos y obligaciones después de la cesión, salvo que se trate de situaciones ocurridas antes de la cesión y en cambio la atribución de tal responsabilidad a la contratista a partir de esa misma fecha.

1.24. El riesgo geológico

205. Por otra parte, el riesgo geológico que fue atribuido únicamente a HIDROITUANGO, corresponde al numeral 4 de la Matriz de riesgos y fue definido como "condiciones geológicas no conocidas" y descrito como "condiciones geotécnicas no previstas en los estudios geológicos y diseños que afecten la ejecución del proyecto".

206. Adelante se analizará si en relación con el colapso de la GAD, se demostró que tal contingencia tuviera origen o relación con un riesgo geológico.

1.25. El riesgo no identificado

207. En términos generales, en la cláusula 6.14 las partes convinieron que los efectos económicos ocasionados por el riesgo no identificado a la firma del contrato, no asignado en la matriz de riesgo y que se materialice en la etapa de construcción, serían cargados como un mayor valor del proyecto. Mientras que, si el riesgo no identificado a la firma del contrato, no asignado en la matriz de riesgos, se materializa en la etapa de O&M será asumido por el Contratista.

208. Esto es, que ese riesgo corresponde a las dos partes, según la etapa en la cual se presente.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)

209. En consecuencia, como la cesión de derechos y obligaciones no libera totalmente a HIDROITUANGO de responsabilidad en relación con el cumplimiento de las obligaciones, ni todos los riesgos que se materialicen como consecuencia de la gestión de EPM están atribuidos a esa entidad, en cuanto existe la posibilidad de que durante esa gestión se materialice el riesgo proveniente de los contratos preconstructivos por hechos acaecidos antes de la cesión, o el riesgo de diseños y especificaciones respecto de los diseños entregados, serán negadas las pretensiones Segunda y Décima Sexta de la demanda.

210. También declarará probada la excepción denominada "*Excepción a la pretensión 16: el Tribunal deberá decidirla con base en lo realmente pactado en el Contrato BOOMT.*"

211. En cambio se accederá a la Trigésima Séptima Pretensión de la demanda reformada.

212. Así mismo, se declarará parcialmente probada la excepción "*Excepciones de responsabilidad de HIDROITUANGO por la realización de los riesgos asumidos, según la Matriz de Riesgos del Contrato BOOMT*", en cuanto no todos los riesgos derivados de los contratos preconstructivos, fueron asumidos por EPM.

1.26. LAS OBLIGACIONES DE CONSTRUCCIÓN A CARGO DE EPM

213. De conformidad con lo acordado en el objeto del Contrato y en relación únicamente con las prestaciones relacionadas con la construcción a cargo de EPM se tiene lo siguiente.

214. Las obligaciones de EPM están referidas a los términos y condiciones del Contrato. En desarrollo del objeto del Contrato, EPM se obligó a:

- Hacer las inversiones necesarias o apropiadas para la construcción, montaje, operación y mantenimiento de la hidroeléctrica, bien sea con recursos propios o mediante financiación de terceros.
- Realizar las actividades que sean necesarias para llevar a cabo la construcción y montaje de las obras, los componentes y la hidroeléctrica como un todo y para que esta y cada uno de los componentes entren en operación comercial en cumplimiento de los parámetros técnicos aplicables, de conformidad con el Cronograma Director⁶⁴. En relación con esta obligación, el Contrato define la Operación Comercial como la operación de cada una de las unidades de la

⁶⁴ Anexo 1.02(7) al Contrato.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)

hidroeléctrica después de cumplir con las pruebas finales⁶⁵ y, como consecuencia, que cada unidad está en capacidad de generar energía eléctrica conforme a los parámetros técnicos.

- Realizar cualquier actividad necesaria para que cada una de las unidades y la hidroeléctrica en general, entren en operación comercial “en o antes de” la fecha establecida para tal fin en el Cronograma Director. Al interior del Cronograma Director, el documento se titula Programa de Construcción y contiene una descripción pormenorizada de las obras, actividades y equipos correspondientes a la construcción y de las fechas en las que se debían realizar tales actividades, así como la duración de cada una de ellas.

215. En este grupo de obligaciones relativas a la construcción, destaca que dichas prestaciones deben cumplirse con observancia de los parámetros técnicos estipulados en el Contrato y en los Anexos⁶⁶. Es decir, las prestaciones bajo examen deben ceñirse a las condiciones y parámetros técnicos acordados por las partes en los instrumentos contractuales. Así mismo, las obligaciones de construcción deben cumplirse con apego al Cronograma Director y con observancia de los plazos estipulados en el mismo.

216. Sobre este particular resulta pertinente precisar que el Cronograma Director está definido como “*el cronograma de referencia de **construcción** de las Obras y de la fabricación, transporte y montaje de los Equipos, acordado entre las Partes, en el que se detallan las actividades que describen el proceso constructivo para cada uno de los Componentes y para la Hidroeléctrica como un todo y en el que se indica su duración, actividades predecesoras y sucesoras, Hitos y ruta crítica.*” (Negrilla agregada). Dicho Cronograma Director está contenido en el Anexo 1.02(7) del Contrato.

217. Con apoyo en las cláusulas que se han referido puede concluirse que la construcción a cargo de EPM se pactó, de modo principal, en función de los parámetros técnicos acordados y del Cronograma Director, esto es de las etapas y fechas en las que debían cumplirse las distintas actividades a cargo de EPM de suerte que la construcción se hiciera conforme a un proceso y a una cronología acordados. De esta forma, las distintas actividades de construcción se ejecutan conforme al orden y a los tiempos previamente definidos por las partes.

218. Los Hitos son todos y cada uno de los eventos correspondientes a los Hitos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 que representan una fecha importante en el programa de ejecución de la hidroeléctrica y “*que deben ser cumplidos en las oportunidades previstas en el presente Contrato*”.

⁶⁵ Las pruebas finales son aquellas convenidas en el Contrato y en el Anexo Técnico para que cada componente y cada unidad entren en operación comercial al cumplir con los parámetros técnicos.

⁶⁶ Anexo Técnico. Anexo 1.02 (2) del Contrato.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

219. EPM no desconoce esta circunstancia y en sus alegaciones⁶⁷ sostuvo que:

"Por la complejidad del Proyecto, EPM se obligó además a ejecutar una serie de actividades que serían llevadas a cabo en unas fechas determinadas, que las partes denominaron en el Contrato como Hitos, los que debían conseguirse en las etapas de construcción y de operación y mantenimiento.

Estos Hitos resultan ser un conjunto de actividades obligacionales en pro de la prestación principal. EPM debía y debe alcanzar los hitos desplegando todos los medios necesarios para su cumplimiento y atendiendo las buenas prácticas de la ingeniería, como lo prevén los numerales (x) y (xi) de la Cláusula 4.02 del Contrato".

220. No obstante, EPM agrega que respecto de este Cronograma hizo salvedades, asunto al que se referirá el laudo en acápite ulterior.

221. En relación con este Cronograma, el testigo Carlos Adolfo Mejía Arbeláez manifestó:

"Después de una vez firmado el BOOMT, ya entramos al tema del seguimiento del desempeño de la obra en términos de cronograma. Desempeño físico, llamémoslo así. El seguimiento de ese desempeño físico y el seguimiento a la parte de costos del proyecto. Básicamente eso son los dos temas que se agrupan en la Unidad los que tienen que ver con tiempo y los que tienen que ver con costos y su ejecución. Básicamente en el seguimiento lo que se hace es mirar, comparar lo que se va ejecutando contra lo que se tenía programado ejecutar tanto en tiempos como en costos en cada corte que hacíamos que normalmente eran mensuales, son mensuales acá en EPM y generar los distintos.....Pues toda la información que se requiriera. Fuera del seguimiento también las simulaciones que se requirieran tanto en temas de cronograma, como en temas de costo. A qué llamo simulaciones. A cualquier escenario que cualquiera de los ingenieros requiriera en su momento para él tener una idea de qué le pasaba el cronograma sí sucedía un evento u otro. Y en el tema de costes, el mismo procedimiento. Qué le pasaba al costo si suponiendo que sucediera un evento u otro. Ese eran como básicamente las funciones primordiales que todavía hoy seguimos ejerciendo sobre los dos temas en el proyecto Hidroituango.

El cronograma [...] Yo no sé pues mucho de la parte jurídica. Pero el cronograma está incluido en un contrato que firmaron las dos partes. Pero nosotros que tuvimos como el trajín durante llamémoslo así, durante la

⁶⁷ Alegaciones EPM, p. 8.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

*consolidación de información nuestra y que era presentada hacia HI y hacía la misma consultoría o el mismo diseñador llamémoslo así que era el encargado de sacar la versión final de cronograma que quedaba en el BOOMT, nosotros después de varias observaciones que hicimos y tal, no todo eso fue acogido, ello tenían la potestad; ellos me refiero a la Sociedad HI y a la consultoría, de después de esos análisis decidir si acogían o no nuestras observaciones en rendimientos o en estrategia de construcción que son como los dos más relevantes ahí en el cronograma,*⁶⁸

222. Sin perjuicio de la controversia existente entre las partes respecto de los ajustes o cambios que pudo haber presentado el Cronograma Director, asunto del cual se ocupará el laudo en acápite distinto, lo cierto es que la voluntad de las partes en el Contrato fue ceñir las actividades constructivas a cargo de EPM a dicho cronograma. En consecuencia, la regla contractual es que tales prestaciones deben ejecutarse en tiempos específicos y en un orden determinado, de tal forma que se cumpla la ruta crítica del proyecto.

223. La Etapa de Construcción es el periodo comprendido entre la fecha de inicio de construcción y el día hábil en el que se suscriba el Acta de Terminación de la Etapa de Construcción. La Etapa de Construcción inicia en la fecha efectiva y termina en la fecha de entrada en operación del Grupo 1 de Unidades. Dentro de esta etapa, el contratista debía cumplir también, entre otras, con estas obligaciones a su cargo:

- Entregar el certificado de seguros correspondiente a las pólizas de seguro Todo Riesgo Construcción y Montaje y Responsabilidad Civil Extracontractual, requeridas en la Etapa de Construcción.
- Adquirir los predios y servidumbres necesarios para desarrollar el Proyecto, de conformidad con el Cronograma para la Adquisición de Predios.
- Aceptar la cesión de los contratos preconstructivos y de los procesos de contratación en curso y asumir la posición contractual de HI.
- Llevar a cabo todas las actividades de Construcción y Montaje de los Componentes propias de la Etapa de Construcción y darles el mantenimiento apropiado.
- Acreditar ante el representante de HI el cumplimiento de los Hitos que deban ser realizados durante la Etapa de Construcción. *“Los desplazamientos de las fechas señaladas en el presente Contrato para la realización de los Hitos que tengan como origen la culpa del Contratista, no eximirán al Contratista de la aplicación de las Cláusulas Penales de Apremio. Se entenderá que para la modificación de las fechas de cumplimiento de los Hitos, originada en una revisión y actualización del Cronograma Director, es necesaria la celebración de un otrosí a este Contrato”.* (Cláusula 4.02, (x)).

68 Transcripción del testimonio. Carpeta 64. AUDIENCIA DE PRUEBAS 15 MAR 2023.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

- *“Realizar y concluir la Construcción y Montaje de las Obras que deben llevarse a cabo en la Etapa de Construcción, lo cual deberá llevarse a cabo de una manera continua y diligente, cumpliendo los Parámetros Técnicos en los términos, condiciones y plazos establecidos en este Contrato”.* (Cláusula 4.02, (xi)).
- Rectificar cualquier error o desviación en la Construcción y Montaje de las Obras y Equipos respecto de los parámetros técnicos.
- Proveer los servicios de administración, supervisión y construcción y cualquier otro servicio que sea necesario para terminar la construcción y montaje de todas las obras de los componentes.
- Rediseñar las obras que así lo requieran por razón de las rectificaciones, cambios regulatorios o por las modificaciones a las características inmodificables presentadas por el Contratista que hubieren sido aceptadas por HI.
- Construir y terminar la construcción de las vías en las fechas previstas en el Contrato.
- Realizar las pruebas intermedias y las pruebas finales y ejecutar todas las acciones para que cada Unidad y el Grupo 1 de Unidades entren en operación comercial en la fecha asignada en el Cronograma Director.
- Realizar cualquier otra actividad que fuera necesaria, apropiada o conexas con el fin de dar cumplimiento a lo previsto en los puntos anteriores.

224. La Etapa de Construcción culmina con el Acta de Terminación (Cláusula 1.02) que es el documento que deben suscribir los representantes de las partes en el que se acredita la verificación, incluyendo la Lista de Pendientes por parte de HI de las condiciones precedentes para iniciar la Etapa de Operación y Mantenimiento.

225. En dicha etapa se convino una verificación que debía llevarse a cabo por parte de HI de la observancia de requisitos y condiciones necesarias para continuar con la etapa de Operación y Mantenimiento y de la revisión de la eventual lista de pendientes que pudiera existir.

226. En otras palabras, la etapa de Operación y Mantenimiento –que es la siguiente a la de Construcción– inicia luego de que HI haga una verificación del cumplimiento de requisitos y condiciones propios de la Etapa de Construcción y, por consiguiente, para dar inicio a dicha etapa se requiere la aprobación de HI de las actividades desarrolladas en la Etapa de Construcción.

227. A partir de las estipulaciones contractuales que se citan, es posible sostener, a modo de síntesis, lo siguiente en relación con las prestaciones relacionadas con la construcción a cargo de EPM.

228. En primer lugar, que dichas actividades de construcción a cargo de EPM debían desarrollarse con apego a los parámetros técnicos acordados por ambas partes. Si

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

bien EPM tenía cierto grado de autonomía para realizar actividades que considerara necesarias o apropiadas, lo que según el Contrato sería a juicio del Contratista, la regla acordada es que la actividad de construcción debía ceñirse a los parámetros técnicos convenidos por las partes, con aplicación de las buenas prácticas de ingeniería y los estándares de calidad correspondientes (Cláusula 6.01 (ii)).

229. En segundo término, las actividades constructivas a cargo del Contratista debían desarrollarse con sujeción al Cronograma Director, de modo que EPM debía observar las fechas y los Hitos acordados en dicho Cronograma, en función de la ruta crítica del proyecto.

230. Por último, la etapa de construcción culmina con el Acta de Terminación en la que se verifica el cumplimiento de los requisitos y condiciones propias de esa etapa y en la que HI imparte su aprobación para continuar con la siguiente etapa, vale decir, la de Operación y Mantenimiento.

1.27. Obligaciones de medio o de resultado

231. Habiendo definido el Tribunal la naturaleza jurídica del contrato BOOMT celebrado entre las partes, donde se estableció la obligación de construir, operar, mantener y transferir la Hidroeléctrica, le corresponde determinar si la obligación pactada en los diferentes "Hitos"⁶⁹ determinados en el contrato, corresponde a una obligación de medio o a una obligación de resultado, para decidir la décima cuarta pretensión de la demanda reformada:

Décima Cuarta Pretensión: *Declarar que la obligación de **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM-** bajo el Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011 y sus respectivas Actas de Modificación Bilateral -AMB-, de ejecutar la construcción de la Hidroeléctrica sobre los inmuebles del Proyecto conforme a los correspondientes Hitos pactados, es una obligación de resultado que se cumple dentro de los plazos acordados, con su completa e íntegra realización en la forma, manera y según lo estipulado.*

232. Por su parte, EPM ha formulado dos excepciones sobre este punto en las cuales ha indicado que las obligaciones son en realidad de medio o de naturaleza mixta, es decir de medio y de resultado. Para sustentar dicha postura, alega que en realidad el contrato prevé la obligación de resultado, consistente en la terminación de la construcción y puesta en operación de la hidroeléctrica. Sin embargo, dada la naturaleza compleja de la obra en cuestión, existen una serie de conductas

69 En la cláusula 1.02 del contrato BOOMT se define "Hito" como todos y cada uno de los eventos que se describen en los Hitos 1.2.3.4.5.6.7.8.9.y 10 que representan una fecha importante en el cronograma de ejecución de la Hidroeléctrica y que deben ser cumplidos en las oportunidades previstas en el contrato.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

intermedias, como lo son los hitos, los cuales revisten el carácter de obligaciones de medio, las cuales, solamente constituyen un incumplimiento contractual, en la medida en que se demuestre la culpa de EPM.

233. La demanda reformada también incluyó, en relación con la fechas de los Hitos pactados en el Cronograma Director, la pretensión 18, del siguiente tenor:

"Décima octava, Declarar que de conformidad con la cláusula 4.02, (ix) y el numeral 3.3. del Anexo 6.12 del Contrato BOOMT de 20 de marzo de 2011, para modificar las fechas de cumplimiento de los Hitos contractualmente pactadas por la revisión y actualización del Cronograma Director, es necesaria la celebración de un otrosí al Contrato BOOMT de obligatorio cumplimiento por las partes."

234. La convocada se opuso a su prosperidad con el argumento de que el cronograma director "no es más que un plan de ejecución de obras para mantener el control sobre el plazo del avance y entrega de la obra. Como todo plan, no es una camisa de fuerza, y por eso las partes pueden modificar dicho Cronograma Director, tal como ocurrió en este caso y como lo atestiguan las distintas AMB firmadas por las partes."

235. Igualmente propuso la excepción que denominó "Obligaciones de medio", explicó que "HIDROITUANGO⁷⁰, tal como formula este grupo de pretensiones intenta desconocer el carácter instrumental de las obligaciones relacionadas con el manejo del plazo de la construcción de la obra mediante el mecanismo de los hitos.

236. Agregó que "EPM tenía la obligación general -y la cumplió-, de adelantar la obra conforme al plazo, y cuando hubo necesidad de desplazar un hito debido a múltiples factores no imputables a negligencia de EPM, lo hizo con la anuencia de HIDROITUANGO, que firmó sin objetar las AMB con la exoneración de responsabilidad relacionada con lo pactado en cada acta."

237. El Tribunal parte del entendimiento de que las obligaciones de medio son aquellas en que la prestación o compromiso adquirido por el deudor para con el acreedor, se fundamenta en poner todos los medios que sean necesarios para conseguir un resultado que no se garantiza, el resultado en sí mismo no hace parte de la prestación debida, de manera que, si no se obtiene dicho resultado, pero el deudor puso todos los medios necesarios para su logro, no puede decirse que hay incumplimiento de la obligación.

⁷⁰ Excepción propuesta frente a las pretensiones 12, 13, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

238. Por el contrario, en las obligaciones de resultado su obtención o resultado forma parte de la prestación debida por el deudor al acreedor, de manera que de no conseguir el resultado implica su incumplimiento.

239. La importancia de esta calificación jurisprudencial -obligación de medio o de resultado-, radica en determinar el régimen aplicable en materia de carga de la prueba de la culpa contractual. En efecto, si la obligación es de medio, se debe probar la culpa del deudor o autor del daño. En las obligaciones de resultado la prueba de la diligencia por parte del deudor no lo exonera y su defensa solo será la causa extraña: fuerza mayor, caso fortuito, hecho del tercero o hecho de la víctima.

240. La Corte Suprema de Justicia⁷¹ ha indicado que:

"Pero, a pesar de las observaciones antes reseñadas, estima la Corte que la clasificación de las obligaciones en de medio y de resultado sigue siendo una herramienta útil para el juzgador en orden a determinar el comportamiento que deben asumir los contratantes y contribuye a encontrar criterios aplicables a la definición de las cargas probatorias en la responsabilidad civil contractual. Sin embargo, como también lo ha señalado la Sala luego de censurar indebidas generalizaciones, lo fundamental está en identificar el contenido y alcance del contrato celebrado en el caso concreto, así como los particulares deberes de prestación que de él hayan surgido.

"En cuanto a la carga de la prueba, como ya lo ha precisado esta Corporación, se deberá analizar si el supuesto de hecho se enmarca en el régimen del inciso 3° del artículo 1604 del C.C., según el cual "la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo", o si "el régimen jurídico específico excepcion[a] el general de los primeros incisos del artículo 1604 del Código C.il, conforme lo autoriza el inciso final de la norma" (C.. C.. 30 de enero de 2001, exp. 5507), lo que permitirá, v.gr., la utilización de los criterios tradicionalmente empleados por la Corte sobre la carga de la prueba dependiendo de si la obligación es de medio o de resultado"

241. La misma Corte Suprema de Justicia⁷² ha precisado que:

"Como acaba de decirse, ese deber puede encontrar válido origen en la expresa estipulación de las partes, las cuales, con fundamento en los dictados de la autonomía de la voluntad, se encuentran facultadas para convenir pactos de esa especie, en cuyo caso tal disposición podrá aludir

⁷¹ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 5 de noviembre de 2013, radicación 20001-3103-005-2005-00025-01

⁷² Corte Suprema de Justicia, sentencia de 18 de octubre de 2005, Expediente 14.491.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

*tanto al contenido de la obligación, como a sus alcances, es decir, como adelante se puntualizará, podrán estas acordar que el deudor asuma simplemente una conducta ajustada a las exigencias genéricas de prudencia y diligencia o, por el contrario, subiéndole el punto a su obligación, que éste se comprometa a garantizar que no acaecerá ningún accidente en el cumplimiento del contrato que lesione la persona o los bienes del acreedor, **a menos que se derive de una causa extraña**, a cuyos efectos exonerativos puede, en todo caso, renunciar voluntariamente.”*

242. Una obligación de resultado impone una diligencia muy elevada para cumplir lo pactado; a diferencia de la obligación de medio, donde lo que se exige es que se actúe de manera prudente y diligente, así no se llegue al resultado esperado.

243. En el presente asunto, son las partes, en virtud de la autonomía de la voluntad, quienes han acordado de manera precisa y clara la forma como se debe cumplir con un determinado “hito”.

244. En efecto, en la cláusula 1.02 del contrato BOOMT se indicó cada evento y fecha en que debía ser cumplido, ASÍ:

Hito 1: Es la desviación del Río Cauca lo cual deberá ocurrir, a más tardar, el 15 de enero de 2013.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Hito 2: Es la terminación de la construcción de la Ataguía en *Rolled Compact Concrete* (RCC), lo cual deberá ocurrir a más tardar el 13 de agosto de 2013.

Hito 3: Es la terminación de la excavación de la Caverna de la Casa de Máquinas hasta las galerías de barras 4 a 1, lo cual deberá ocurrir a más tardar el 16 de abril de 2014.

Hito 4: Es el inicio de los concretos en la sala de montajes, concretos primarios Unidades 4 a 1 y concretos para la vía grúa para las Unidades 4 a 1, lo cual deberá ocurrir a más tardar el 20 de julio de 2014.

Hito 5: Es el Inicio del montaje de la Unidad 4, lo cual deberá ocurrir a más tardar el 12 de noviembre de 2015.

Hito 6: Es la construcción de la presa hasta la cota 320, lo cual deberá ocurrir a más tardar el 11 de enero de 2016.

Hito 7: Es el cierre de las compuertas de desviación y el inicio del llenado del embalse lo cual deberá ocurrir a más tardar el 1 de marzo de 2018.

Hito 8: Es la entrada en Operación Comercial de la Unidad 4 lo cual deberá ocurrir a más tardar el 27 de septiembre de 2018.

Hito 9: Es la entrada en Operación Comercial de la Unidad 1 lo cual deberá ocurrir a más tardar el 24 de junio de 2019.

Hito 10: Es la entrada en Operación Comercial de la Unidad 8 lo cual deberá ocurrir a más tardar el 24 de junio de 2022.

245. Las partes, de común acuerdo modificaron las fechas iniciales de cumplimiento de los hitos pactados, como consta en el acta # 3 del 21 de diciembre de 2012, acta # 4 de 2 de julio de 2013, acta # 5 de 11 de abril de 2014, acta # 6 de 6 de mayo de 2014, acta # 7 de 27 de mayo de 2014, acta # 8 de 5 de mayo de 2014, acta # 9 de 1º de diciembre de 2015 y acta # 10 de 29 de agosto de 2017.

246. Respecto a la modificación de los hitos 7, 8 y 9, se suscribió el acta de modificación bilateral # 10 de 29 de agosto de 2017, donde acordaron las nuevas fechas en que se daría cumplimiento a cada uno de los "hitos". En el acta No. 10 se acordó:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

ACUERDAN

PRIMERO: Objeto. Modificación de Hitos del contrato. Modificar las fechas de cumplimiento de los Hitos N°7, 8 y 9, contenidos en el numeral 1.02. y en el Anexo 6.12, numeral 3.3 del contrato tipo BOOMT, conforme al cuadro que se presenta a continuación. Por lo tanto, cualquier referencia que se haga dentro del contrato o en sus anexos, al alcance de estos hitos debe entenderse así:

<i>Hito</i>	<i>Descripción del Hito contrato BOOMT</i>	<i>Fecha original Contrato BOOMT</i>	<i>Fecha modificada en el contrato BOOMT</i>
7	<i>Cierre de las compuertas de desviación y el inicio del llenado del embalse</i>	<i>01/03/2018</i>	<i>01/07/2018</i>
8	<i>Entrada en Operación Comercial de la Unidad 4</i>	<i>27/09/2018</i>	<i>28/11/2018</i>
9	<i>Entrada en Operación Comercial de la Unidad 1</i>	<i>24/06/2019</i>	<i>28/08/2019</i>

247. Adicionalmente debe tenerse en cuenta que EPM, como se declaró en el contrato, tiene toda la información y asesoría para la ejecución del contrato y ha revisado, analizado y se encuentra satisfecho con todos los temas relacionados con los contratos del proyecto.

248. Resulta claro para el Tribunal, que las partes autónomamente sometieron a plazo los hitos para el desarrollo del proyecto. Teniendo en cuenta el contenido y alcance pactado en el contrato, EPM estaba en la obligación de cumplir con lo establecido en cada Hito, en la fecha acordada, siendo esta una obligación de resultado, en los términos pactados.

249. No se encuentran pruebas que puedan darle credibilidad a la posición según la cual solamente era de resultado la obtención del objetivo final -la construcción y operación de la hidroeléctrica- pero que los hitos específicos no revistieran del mismo carácter, pues la redacción del contrato sugiere un planteamiento diferente.

250. En el mismo sentido, la pretensión Décima Séptima de la demanda principal está enfocada a que se declare el carácter vinculante de los hitos contractuales. Revisada la cláusula 4.02 literal x del contrato, se constata que en efecto es obligación de EPM acreditar ante el representante legal de HI el cumplimiento de los hitos, por lo que dicha pretensión se declarará próspera con la advertencia de que se trata del numeral x y no del numeral ix que es al que remite la demanda reformada. No encuentra el Tribunal razones para entender que las obligaciones de resultado pactadas se

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

conviertan en obligaciones de medio por las salvedades que se pactaron como Anexo 1.02 (7) del contrato BOOMT.

251. Por el mismo motivo, el Tribunal encuentra que, como sucede por lo general con las obligaciones estipuladas en los contratos, para la modificación de las obligaciones allí incorporadas, era necesario que se produjera una modificación del acuerdo original, que en el caso del Contrato BOOMT, por la naturaleza y forma en la que las partes han ejecutado el contrato, se ha llevado mediante otrosíes al mismo, por lo que la pretensión décimo octava está llamada a prosperar.

252. Por lo anterior, se declarará la prosperidad de la décima cuarta pretensión de la demanda reformada e impróspera la excepción denominada “obligación de medio” “obligaciones mixtas -de medio y de resultado” propuesta por EPM.

1.28. ¿La obligación de EPM comporta el ejercicio de una actividad peligrosa?

253. En la pretensión décima quinta de la reforma de la demanda se solicita declarar que la obligación de EPM bajo el contrato con sus actas modificatorias para la ejecución de la Hidroeléctrica comporta el desarrollo de una actividad peligrosa y está sometida a altos estándares de diligencia y responsabilidad y al cumplimiento estricto de las buenas prácticas de ingeniería e impone deberes de cuidado y protección; respecto de la cual asumió una prestación de indemnidad frente a Hidroituango.

254. La Convocada, bajo el título *“Obligaciones mixtas —de medio y de resultado—, y concretamente frente a la pretensión Décima Quinta, señaló que “...EPM alega el derecho que el Tribunal falle la pretensión con base en las cláusulas contractuales, de donde se deriva que EPM tenía y tiene que cumplir las obligaciones desde la perspectiva de la debida diligencia y cuidado, perspectiva que EPM siempre ha tenido en cuenta.”*

255. Se ha definido por la doctrina⁷³ la actividad peligrosa, como *“[...] toda actividad, que una vez desplegada su estructura o comportamiento, genera más probabilidades de daño de las que normalmente esta en capacidad de soportar por sí solo, un hombre común y corriente”.*

256. La Corte Suprema de Justicia⁷⁴, la ha definido como *“[...] aquella actividad, que aunque lícita, implica riesgos de tal naturaleza que hacen inminente la ocurrencia de daños, por se una actividad multiplicadora de energía, debido a la manipulación de*

⁷³ Carlos Mario Molina Betancur y Andrés Armando Ramirez, El concepto de actividad peligrosa en el derecho administrativo Colombiana, publicado en Opinión Jurídica, Universidad de Medellín, citando a Javier Tamayo, Fabricio Mantilla y Horacio Perdomo. pag. 108.

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 30 de septiembre de 2002, Expediente No. 7069.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

ciertas cosas o al ejercicio de una conducta específica que lleva implícito el riesgo de producir una lesión o menoscabo, porque tiene la aptitud de provocar un desequilibrio o alteración en las fuerzas que de ordinario despliega una persona respecto de otra, dados los instrumentos empleados y sus inciertos efectos”.

257. La actividad peligrosa en Colombia se ha desarrollado jurisprudencialmente, gracias a una interpretación útil del artículo 2356 de C. Civil, que dispone una regla de atribución de responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas en los siguientes términos: “**Por regla general todo daño *que pueda imputarse a malicia o negligencia* de otra persona, debe ser reparado por ésta**”. (Resaltado fuera de texto).

258. A pesar de muchos críticos, nuestra jurisprudencia estructura una responsabilidad cuando la demandante prueba que ha sufrido un daño causado por la actividad peligrosa de la que es guardián el demandado y que solo puede exonerarse probando causa extraña: fuerza mayor o caso fortuito, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima. En otras palabras, se consagra una presunción de culpa en contra del demandado, quien solo puede exonerarse de responsabilidad si demuestra que el hecho se produjo por una causa extraña.

259. Algunos doctrinantes⁷⁵ consideran que la Corte Suprema ha hecho una lectura equivocada del artículo 2356 del C. Civil y que se ha creado un híbrido insostenible desde el punto de vista lógico: la idea de una responsabilidad culpable por actividades peligrosas.

260. Ahora bien, en este frente la Corte Suprema de Justicia ha diferenciado entre la responsabilidad contractual y extracontractual y respecto a la actividad peligrosa ha indicado que es propio de la responsabilidad extracontractual. En efecto, indicó:

“Debe insistirse en que la presunción de culpa en la responsabilidad civil contractual no encuentra cabida por criterios como el de la guarda de la cosa o el ejercicio de actividad peligrosa, propios de la extracontractual; sino por la existencia de una obligación especial de resultado máxime si corresponde a una clasificada como de seguridad. De manera que existiendo esta, su incumplimiento da lugar a presumir culpa del contratante omisivo”

261. El Tribunal comparte la tesis de la Corte Suprema de Justicia, pues considera que el ejercicio de la actividad peligrosa es un elemento propio de la responsabilidad extracontractual y no de la contractual en la que lo que importa es que la contratista

75 Mauricio Rengifo Gardeazábal, Responsabilidad civil por el ejercicio de actividades peligrosas en Colombia, Balance reciente y aproximación crítica, Anuario de Derecho Privado No. 4, Universidad de los Andes, pág. 245 a 249

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

se obligó a una prestación concreta, la construcción y operación de la hidroeléctrica, bajo condiciones definidas por las partes en el contrato BOOMT, obligación a cargo de la contratista de la cual el tribunal ya dedujo su naturaleza de obligación de resultado. Como ya se indicó en este laudo, el contenido y alcance pactado en cada Hito, corresponde a una obligación de resultado, con los efectos que ello determina.

262. Por las razones anteriores, el Tribunal declarará que no prospera la décima quinta pretensión de la demanda reformada y en cambio que prospera la excepción "*EPM alega el derecho que el Tribunal falle la pretensión con base en las cláusulas contractuales, de donde se deriva que EPM tenía y tiene que cumplir las obligaciones desde la perspectiva de la debida diligencia y cuidado*" sin que la aceptación de tal excepción comprenda la afirmación final en el sentido de que la diligencia es una "*perspectiva que EPM siempre ha tenido en cuenta.*"

1.29. Responsabilidad por la ejecución de las obras

263. EPM se obligó a asumir los mayores costos del Proyecto derivados de su negligencia, imprudencia o impericia.⁷⁶ Se obligó también a asumir los costos, gastos e indemnizaciones que correspondan a la materialización de los riesgos que haya asumido bajo su cargo, conforme al Anexo 6.14.

264. Dentro de las obligaciones de no hacer, a cargo de EPM, se encuentra la de "[I]mplementar cambios en las Características Inmodificables sin surtir el procedimiento establecida (sic) en la cláusula 4.07 del presente Contrato".

265.. En relación con este punto, las Características Inmodificables son aquellas que fueron incluidas en el Anexo 1.02(3) que no pueden ser modificadas por el Contratista sin la previa aprobación de HI. Dichas características inmodificables se definieron en función de los diseños detallados de las obras principales y las exigencias de la Licencia Ambiental y para su modificación se requería la aprobación de HI.

266. El procedimiento acordado en la cláusula 4.07 para dicha modificación es el siguiente:

- El Contratista deberá remitir al representante de HI la propuesta escrita de los cambios a las características inmodificables cuyo objeto sea: i) acelerar la terminación de las obras sin afectar su calidad y estabilidad; ii) mejorar el rendimiento o el valor de las obras o de los equipos; iii) beneficiar de cualquier

76 Punto 3 de la Matriz de Riesgo, a cargo de EPM, errores, fallas o demoras en la construcción, fabricación y/o montaje de la hidroeléctrica imputable a los contratistas. Deficiencia en la ejecución de las obras, construcción, y/o diseño, fabricación y montaje de equipos. No entrada en operación. Pago de lucro cesante. No generación de ingresos en el tiempo previsto. Pago de multas de apremio.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

otra forma al proyecto; iv) mejorar los parámetros técnicos; o v) que sean modificaciones necesarias u obligatorias para el desarrollo del proyecto.

- En un término no mayor a 30 días, el representante de HI deberá responder la propuesta, aceptándola, negándola o formulando comentarios.
- Si dentro de dicho lapso el representante de HI no se pronuncia sobre la propuesta, se entenderá que fue aceptada.

267. Las partes pactaron en la cláusula 6.03 las consecuencias del incumplimiento de algunas obligaciones comunes a todas las etapas:

- Además del derecho de HI a terminar el Contrato, HI podrá exigir el pago de una suma equivalente a 50 SMMLV por cada día de incumplimiento, a título de cláusula penal de apremio, por las siguientes conductas:
 - i) Si el Contratista incumple las obligaciones, compensaciones, cargas, autorizaciones, concesiones y condiciones contenidas en la Licencia Ambiental.
 - ii) Cuando omita contratar o mantener vigentes las pólizas de seguro.
 - iii) Cuando transfiera el dominio o un derecho desmembrado del mismo o la tenencia a cualquier título de los bienes del proyecto a un tercero, sin autorización previa y escrita de HI.
 - iv) Cuando constituya gravámenes sobre los bienes del proyecto, salvo aquellos que estén permitidos.
 - v) Cuando introduzca cambios en las características inmodificables sin observancia del procedimiento pactado en la cláusula 4.07 del Contrato.
- Si después de 30 días sin que se haya terminado el Contrato, se mantiene el incumplimiento, HI podrá exigir el pago de una suma equivalente a 100 SMMLV por cada día de incumplimiento.
- En caso de incumplimiento de la obligación común relativa a la Licencia Ambiental, el Contratista pagará o reembolsará cualquiera y todas las multas o sanciones que se le impongan a HI por parte del MAVDT.

268. En relación con la responsabilidad en la que podría incurrir el Contratista puede concluirse, en líneas generales, que la responsabilidad de EPM por la ejecución de las obras se pactó en dos vertientes principales.

269. La primera consiste en la obligación de asumir los mayores costos que se generen por causa de su negligencia, impericia o imprudencia. En otras palabras, en caso de incurrir en culpa, la responsabilidad del Contratista se contrae a asumir los mayores gastos que dicha conducta le genere al proyecto.

270. En segundo lugar, como consecuencia del incumplimiento de algunas obligaciones específicas por parte del Contratista, HI tendría derecho a la terminación del Contrato así como al cobro de una cláusula penal de apremio, según el

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

incumplimiento. Dentro de este grupo específico de prestaciones cuyo incumplimiento daría lugar a la terminación del Contrato y a la imposición de penas, se destaca la introducción de cambios a las características inmodificables, de manera unilateral, esto es sin observar el procedimiento acordado.

1.30. EL CRONOGRAMA DIRECTOR ACORDADO PARA EL PROYECTO HIDROELÉCTRICO

271. Las pretensiones 7, 8 y 9 de la demanda reformada, en su orden, se dirigen a obtener declaraciones en el sentido de que las "salvedades realizadas por EPM sobre el cronograma acordado Proyecto Hidroeléctrico Ituango" en el Anexo 1.02 (7) Cronograma Director del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, respecto de "la versión definitiva del Programa General del Proyecto, acordada entre Hidroituango y Empresas Públicas de Medellín": (i) "son salvedades de la Interventoría", quien "acepta haciendo las siguientes salvedades" consignadas en su texto." (ii) "no son salvedades de la Contratista EPM ITUANGO S.A. E.S.P." y (iii) "no modifican el marco prestacional ni las obligaciones de la Contratista **EPM ITUANGO S.A. E.S.P.** bajo el Contrato BOOMT, y por consiguiente, de su cesionaria **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–**."

272. También solicitó a través de las pretensiones 10, 11:

Décima Pretensión: *Declarar que en su mutuo beneficio las partes del Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011, mediante los otrosíes o Actas de Modificación Bilateral suscritas por sus representantes legales, No. 3 de 21 de diciembre de 2012, No. 4 de 2 de julio de 2013, No. 5 de 11 de abril de 2014, No. 6 de 6 de mayo de 2014, No. 7 de 27 de mayo de 2014, No. 8 de 5 de mayo de 2014, No. 9 de 1 de diciembre de 2015, y No. 10 de 29 de agosto de 2017, se exoneraron recíprocamente de responsabilidad por las consecuencias económicas adversas de los retrasos en el Proyecto por los hechos y situaciones acaecidas al instante de su celebración, sin comprender una exoneración general e ilimitada de responsabilidad.*

Décima Primera Pretensión: *Declarar que la exoneración de responsabilidad estipulada en los otrosíes o Actas de Modificación Bilateral suscritas por sus representantes legales, No. 3 de 21 de diciembre de 2012, No. 4 de 2 de julio de 2013, No. 5 de 11 de abril de 2014, No. 6 de 6 de mayo de 2014, No. 7 de 27 de mayo de 2014, No. 8 de 5 de mayo de 2014, No. 9 de 1 de diciembre de 2015, y No. 10 de 29 de agosto de 2017 al Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011, no exoneró de responsabilidad a **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–** por el*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

incumplimiento de las nuevas fechas ciertas finalmente acordadas como nuevo referente obligatorio para el cumplimiento de la construcción de los Hitos a que refieren.

273. Pretensiones frente a las cuales EPM opuso a título de excepciones, las siguientes: en cuanto a las pretensiones 7,8 y 9, "excepción de "Salvedades de HIDROITUANGO a través de su interventor EPM" y en consecuencia solicitó que "para el análisis de las pretensiones invocadas por HIDROITUANGO, sí se deberán tener en cuenta las salvedades formuladas por EPM, así como la incidencia de estas frente al contenido prestacional del Contrato BOOMT."

274. Advierte EPM que, "La pretensión séptima es alrevesada en tanto está dirigida a que se declare que las salvedades efectuadas por EPM sobre el Cronograma Director del Proyecto, contenidas en el Anexo 1.02(7) del Contrato BOOMT "son salvedades de la "Interventoría", pero no de EPM como Contratista, como lo repite en la pretensión octava, según la cual dichas salvedades "no son salvedades de la Contratista EPM ITUANGO S.A. E.S.P.". Todo eso para proponer en la novena pretensión que las salvedades realizadas por EPM "no modifican el marco prestacional ni las obligaciones de la Contratista **EPM ITUANGO S.A. E.S.P.** bajo el Contrato BOOMT, y, por consiguiente, de su cesionaria EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. —EPM—".

275. Argumenta, para atribuir a HIDROITUANGO las salvedades contenidas en el Anexo 1.02 (7) del contrato BOOMT, que "Si el interventor deja salvedades, constancias, objeciones, reclamos frente al trabajo u obra a cargo de un contratista, se entiende que lo hace a nombre de la parte contratante, que es la que contrata la interventoría para que esta no solamente sea los ojos de la entidad contratante, sino la misma representante en orden a definir cuestiones del desarrollo del objeto del contrato sobre el que recae la interventoría."

276. Señala que "Entonces aquí hay que hacerse la siguiente pregunta: ¿de quién era interventor EPM en el Contrato 007-2008, en cuya calidad efectuó las salvedades que se dejaron en el Anexo 1.02(7) del Contrato BOOMT, que posteriormente recibió en virtud de la cesión? Y la respuesta no se deja esperar: de HIDROITUANGO. En consecuencia, estas salvedades se entienden como si las hubiera dicho HIDROITUANGO."

277. Agrega, que aunado a lo anterior, no puede desconocerse que EPM efectuó dichas salvedades, considerando también que tenía interés en el Proyecto, en su calidad de controlante de EPM ITUANGO, y de garante de las obligaciones de Contrato BOOMT, que posteriormente fue cedido, y en el que asumió la calidad de contratista.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

278. Frente a la pretensión 10 propuso la excepción de *"Interpretación inexacta de la voluntad de las partes contenida en la pretensión propuesta por HIDROITUANGO"*, por cuanto la *"exoneración de responsabilidad a que alude cada una de las AMB se circunscribe a lo que está estrictamente pactado en cada una de estas."*

279. En cuanto a la Décima Primera pretensión, EPM opuso la que denominó excepción de *"Pretensión Equívoca"*, la que fundamentó con la afirmación de que *"la exoneración no deviene de que se haya firmado o no una cláusula de exoneración general e ilimitada, sino de que los hitos 7, 8 y 9 se retrasaron por la Contingencia ocurrida en el SAD, que obligó no solo a reprogramar el cronograma Director, sino a hacer ingentes esfuerzos financiero, operativos y técnicos para superarla..."*

280. Como ya se ha expuesto por el Tribunal, el contenido del Contrato BOOMT y sus anexos informa sobre la detallada regulación convencional que las partes hicieron de los aspectos que interesan a su ejecución y que definen la regulación de ese contrato sometido de forma principal a normas de derecho privado, sin perjuicio de la aplicación de algunas de derecho público determinada por la calidad de las partes — personas jurídicas de derecho público—, conforme ya se dedujo en este laudo.

281. La voluntad de las partes se manifestó, entre otras temas, frente a las obligaciones que corresponde a cada una, la forma y época de su cumplimiento, los principios que rigen la ejecución del contrato, la tipificación y atribución de los riesgos y las definiciones para el contrato de los términos que interesan a su ejecución. En esa línea, incluyeron un Cronograma Director como parámetro temporal fijado para el cumplimiento del objeto del contrato BOOMT, en lo relacionado con la Construcción y Montaje y para la operación y mantenimiento de la Hidroeléctrica y cada parte de la misma.⁷⁷ Puntualmente frente a la obligación de construcción y montaje de obras y componentes de la Hidroeléctrica, el contratista se obligó en los términos del Cronograma Director, a:

"(ii) realizar cualquiera y todas las actividades que sean necesarias, apropiadas, conexas o complementarias para llevar a cabo la Construcción y Montaje de Obras, los Componentes y la Hidroeléctrica como un todo y para que ésta y cada uno de los Componentes que lo requieran entren en Operación Comercial en cumplimiento de los Parámetros Técnicos que resulten aplicables, incluyendo, aunque sin limitación: diseñar, planear, construir, adquirir y/o desarrollar todos los Componentes, los Materiales, las Obras y las demás obras materiales o intelectuales requeridas durante la Etapa de Construcción, de conformidad con el Cronograma Director; (iii) realizar cualquier actividad que sea necesaria o apropiada para que cada

⁷⁷ Cláusula 2.01 del Contrato BOOMT

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

*una de las Unidades y la Hidroeléctrica como un todo entren en Operación Comercial en o antes de la fecha establecida para tal fin en el Cronograma Director.*⁷⁸

282. Así mismo, el Cronograma Director fue definido como el cronograma de referencia de construcción de las obras y de la fabricación, transporte y montaje de los Equipos, acordado entre las partes:

*"Cronograma Director: Es el cronograma de referencia de construcción de las Obras y de la fabricación, transporte y montaje de los Equipos, acordado entre las Partes, en el que se detallan las actividades que describen el proceso constructivo para cada uno de los Componentes y para la Hidroeléctrica como un todo y en el que se indica su duración, actividades predecesoras y sucesoras, Hitos y ruta crítica. El Cronograma Director se adjunta a este Contrato como Anexo 1.02(7)"*⁷⁹

283. Tal concepto fue vinculado con la definición del plazo de terminación, que alude a dos aspectos: (i) aquel correspondiente a la entrega de cada uno de los componentes y (ii) el de la hidroeléctrica como un todo:

"PLAZO DE TERMINACION: Es (i) en relación con cada uno de los Componentes, el plazo de entrega de cada uno de ellos de conformidad con el Cronograma Director, y (ii) en relación la Hidroeléctrica como un todo, la fecha estimada para la entrada en Operación Comercial de la Unidad 8 dentro del cual se deberán realizar las Pruebas Finales de conformidad con lo establecido en el presente Contrato y sus Anexos."

284. A su vez, la acepción "Componente" fue definida como una de las partes de la hidroeléctrica:

"Componentes: Es una cualquiera de las partes o grupos de estructuras principales en las que se ha considerado despuesta la Hidroeléctrica, a saber: los Componentes de Obras de Infraestructura y los Componentes de Obras Principales, individual o conjuntamente considerados, según el contexto de este Contrato lo requiera. Los componentes incluirán cualquier construcción que se desarrolle en el Sitio o en los inmuebles del Proyectos destinados para Vías en con el fin de reemplazarlos, complementarlos o actualizarlos o para que dichos componentes cumplan con su propósito en relación con la hidroeléctrica."

78 Cláusula 2.01 del Contrato BOOMT

79 Cláusula 1.02 del Contrato BOOMT

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Componente de Obras de Infraestructura: Son (i) las Vías; (ii) los campamentos; (iii) las redes para el transporte de energía hasta el Sitio para efectos de la Construcción y Montaje de la Hidroeléctrica; (iv) los inmuebles del Proyecto destinados para Vías; y (v) la Infraestructura de Telecomunicaciones.

Componentes de Obras Principales: Son (i) el embalse; (ii) las obras de desviación (incluyendo la descarga de fondo); (iii) la presa y obras anexas (incluyendo el túnel de descarga intermedia); (iv) el vertedero; (v) las obras de captación y los pozos de compuertas; (vi) los túneles de conducción y los pozos de conducción; (vii) el túnel de acceso, los túneles de construcción, el túnel de evacuación y los túneles de aireación; (viii) la caverna de la casa de máquinas, la caverna de los transformadores y el pozo de cables; (ix) las obras para conexión al Sistema de Transmisión Nacional (el "STN"); (x) los equipos hidromecánicos; (xi) los equipos eléctricos; (xii) los equipos mecánicos; y (xiv) el almacén, la bodega y el taller."

285. Además, el Cronograma Director fue establecido por las partes como una de las bases para la verificación de cumplimiento de las obligaciones contractuales, entre otras de los Hitos principales, esto es de *"todos y cada uno de los eventos que se describen en los Hitos 1, 2,3,4,5,6,7,8,9 y 10 que representan un fecha importante en el programa de ejecución de la Hidroeléctrica y que deben ser cumplidos en las oportunidades previstas en el presente Contrato."*

286. De ello da cuenta el numeral 3.3. del Contrato BOOMT, conforme al cual, para la verificación de las obligaciones contractuales serían utilizadas como bases el Cronograma Director y el Presupuesto; además, fijaron las fechas para el cumplimiento de los hitos, con la previsión de que, para la modificación de las fechas de cumplimiento de los Hitos, originada en una revisión y actualización del Cronograma Director, era necesaria la celebración de un otrosí al Contrato:

"3.3 CRONOGRAMA, COSTO E HITOS DEL PROYECTO

"El contratista e Hidroituango utilizarán el Cronograma Director y el Presupuesto de Referencia del Proyecto, incluidos como anexo del Contrato el primero y como parte de este documento el segundo (Apéndice No. 1), los cuales serán base de la Verificación de obligaciones contractuales por parte de Hidroituango.

"Con base en el Cronograma Director se verificarán los siguientes Hitos principales, cuyas fechas se extraen del cronograma acordado por las Partes.

"Hito 1: es la desviación del Río Cauca la cual deberá ocurrir, a más tardar el 15 de enero de 2013.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

"Hito 2: Es la terminación de la construcción de la Ataguía en Rolled Compact Concrete (RCC), lo cual deberá ocurrir a más tardar el 13 de agosto de 2013.

"Hito 3: Es la terminación de la excavación de la Caverna de la Casa de Máquinas hasta las galerías de barras 4 a 1, la cual deberá ocurrir a más tardar el 16 de abril de 2014.

"Hito 4: Es el inicio de los concretos en la sala de montajes, concretos primarios Unidades 4 a 1 y concretos para la vía grúa para las Unidades 4 a 1, lo cual deberá ocurrir a más tardar el 20 de julio de 2014.

"Hito 5: Es el inicio del montaje de la Unidad 4, lo cual deberá ocurrir a más tardar el 12 de noviembre de 2015.

"Hito 6: Es la construcción de la presa hasta la cota 320, lo cual deberá ocurrir a más tardar el 11 de enero de 2016.

"Hito 7: Es el cierre de las compuertas de desviación y el inicio del llenado de embalse lo cual deberá ocurrir a más tardar el 1 de marzo de 2018.

"Hito 8: Es la entrada de Operación Comercial de la Unidad 4 lo cual deberá ocurrir a más tardar el 27 de septiembre de 2018.

"Hito 9: Es la entrada en Operación Comercial de la Unidad 1 lo cual deberá ocurrir a más tardar el 24 de junio de 2019.

"Hito 10: Es la entrada en Operación Comercial de la Unidad 8 lo cual deberá ocurrir a más tardar el 24 de junio de 2022.

*"Los desplazamientos de las fechas señaladas en el Contrato para la realización de los hitos que tengan como origen la culpa del Contratista, no eximirán al Contratista de la aplicación de las Cláusulas Penales de Apremio. **Se entenderá que, para la modificación de las fechas de cumplimiento de los Hitos, originada en una revisión y actualización del Cronograma Director, es necesaria la celebración de un otrosí al Contrato.**" (Negrillas agregadas).*

287. Adicionalmente, el Cronograma Director fue incorporado al contrato BOOMT como ANEXO 1.02(7) y comprende desde las actividades iniciales en marzo de 2011, hasta el inicio de la operación comercial de la unidad 1.

288. El último folio de ese anexo, corresponde a un documento titulado " *SALVEDADES REALIZADAS POR EPM SOBRE EL CRONOGRAMA ACORDADO PROYECTO HIDROELÉCTRICO HIDROITUANGO*", en el cual se relacionan unas salvedades que se advierten realizadas por EPM quien fue interventora de los diseños definitivos del proyecto. Se lee en tal documento:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

*"SALVEDADES REALIZADAS POR EPM SOBRE EL CRONOGRAMA
ACORDADO PROYECTO HIDROELECTRICO ITUANGO*

Con respecto a la versión definitiva del Programa General del Proyecto, acordada entre Hidroituango y Empresas Públicas de Medellín quien fue el interventor de los diseños definitivos del proyecto, la interventoría acepta haciendo las siguientes salvedades:

- *No se consideró ninguna contingencia para la construcción del proyecto.*
- *El programa calculado tiene como premisa indispensable, el cumplimiento de los hitos del contrato de vías y el cumplimiento de los hitos de otras actividades como son los procesos de contratación de las obras de desviación, la interventoría para las obras principales, los campamentos para la construcción y los referentes a compromisos ambientales y sociales requeridos para las obras en ejecución y las que faltan por ejecutar.*

"Todos estos componentes actualmente los adelanta HI bajo su responsabilidad, por lo tanto todo efecto futuro, producto de los hechos acontecidos en la obra durante la administración efectuada por HI, no se clasificará como imputable a EPM.

Según lo expuesto, ante necesidades de futuros cambios del cronograma se generarán nuevas versiones, dejando claras la asignación de responsabilidades en cada cambio efectuado y este sería el nuevo referente de seguimiento y control."

289. Interesa para definir si esas salvedades tienen la condición de ser tales en relación con el contrato BOOMT, el hecho ya deducido en este laudo, de que tal contrato fue celebrado el 30 de marzo de 2011 entre Hidroeléctrica Ituango S.A. E.S.P. y EPM Ituango S.A. E.S.P., esto es que Empresas Públicas de Medellín E.S.P. —EPM—, autora de las salvedades según se anuncia expresamente en ese documento, no fue parte inicial en el contrato; tal calidad solo la adquirió en virtud de la cesión del contrato que la contratista le hizo el 19 de enero de 2013.

290. De manera que el documento salvedades no proviene de una de las partes del contrato BOOMT para la época de su celebración, sino de un tercero —EPM— que conforme lo acreditan algunos documentos que obran en el proceso, fungió como interventor del contrato de Consultoría 007 de 2008 y fue en tal calidad que hizo las observaciones como expresamente se consignó en el texto recién transcrito.

291. Tal contrato fue celebrado entre HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. como contratante y el CONSORCIO GENERACIÓN ITUANGO como contratista, para la prestación de los servicios de Consultoría para ejecutar los diseños detallados del

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango en su Etapa I, y tuvo como interventor a EPM, según consta en el acta de su liquidación.⁸⁰

292. De suerte que el documento relacionado con salvedades al Cronograma Director, corresponde a constancias dejadas por el interventor de ese contrato de diseños — EPM— en relación con uno de sus productos y no a salvedades hechas por la contratista del contrato BOOMT al Cronograma Director.

293. Por otro aspecto, las salvedades que frente al Cronograma Director hizo EPM en calidad de interventor del contrato de diseños, no comporta que deban entenderse realizadas por Hidroituango en calidad de contratante de ese contrato, como lo pretende la parte Convocada, en la *"excepción de "Salvedades de HIDROITUANGO a través de su interventor EPM"* .

294. El objeto del contrato de interventoría no es la representación de la entidad contratante con efectos vinculantes para esta. Esta figura está erigida como el instrumento de que disponen las entidades estatales para hacer seguimiento a la correcta ejecución de otro contrato en los términos en él pactados; seguimiento que está acompañado, como una de las principales obligaciones del interventor, del deber de información a la entidad estatal, sobre lo que sucede en el contrato, para que esta asuma los correctivos según las competencias de que dispone en caso de ser necesarios.

295. Los informes del interventor constituyen insumos para las decisiones que deba adoptar la entidad contratante en el ámbito de su competencia, sin que ello implique que lo dicho por el interventor en sus informes se entienda dicho por la entidad estatal contratante, por cuanto *"la suscripción por parte del interventor de las distintas actas de recibo —parcial o final— corresponde a una labor de verificación de la ejecución contractual, como requisito indispensable para el reconocimiento de su pago por parte de la entidad"*⁸¹, pero *"...el interventor no se puede considerar como representante de la entidad contratante, sino que su actividad es de intermediación entre la entidad contratante y el contratista, con el fin de desempeñar el control y vigilancia de la correcta ejecución de las actividades contratadas."*⁸²

296. Dada la ausencia en el interventor de la facultad de representar y comprometer a la entidad estatal contratante, no puede aceptarse la excepción propuesta en el sentido de que las salvedades que constan en el Anexo 1.02, corresponden a

80 Numeral 5 de las consideraciones del acta de liquidación de ese contrato: "Que el Interventor del contrato, Empresas Públicas de Medellín, declara que el Consultor cumplió a cabalidad con la ejecución del contrato durante el tiempo que se prestó el servicio en su primera etapa."

81 Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia de 28 de febrero de 2013, Expediente No. 25.199

82 Consejo de Estado, Sección Tercera, providencia de 1 de junio de 2020, Expediente 47.101

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)

Hidroituango: *"excepción de "Salvedades de HIDROITUANGO a través de su interventor EPM" y su consecuencial de que "para el análisis de las pretensiones invocadas por HIDROITUANGO, sí se deberán tener en cuenta las salvedades formuladas por EPM, así como la incidencia de estas frente al contenido prestacional del Contrato BOOMT."*

297. En conclusión, las pruebas obrantes en el expediente demuestran que la incorporación al contrato BOOMT de un cronograma Director en los términos definidos en la cláusula 1.02 y en el Anexo 1.02(7), se hizo sin salvedad alguna de las partes iniciales y por tanto no modifican el marco prestacional ni las obligaciones del contratista. Comparte el Tribunal el concepto del señor Agente del Ministerio Público en el sentido de que tal documento da cuenta de que EPM conocía las consecuencias del contenido y términos de ese Cronograma, a pesar de lo cual no hizo salvedad alguna al momento de aceptar la cesión del contrato.

298. No desconoce el Tribunal el interés que EPM podía tener en el proyecto antes de la celebración del contrato BOOMT como lo afirma la Convocada. El expediente es prolijo en pruebas que así lo demuestran, lo cual no lleva a concluir como lo plantea la Convocada, que EPM efectuó dichas salvedades, considerando también que tenía interés en el Proyecto.

299. El contrato de diseños 007 de 2008 culminó en junio de 2010 con lo cual las salvedades al Cronograma Director debieron anteceder a ese momento y según las consideraciones que las partes incluyeron en el contrato BOOMT, fue en reunión de Junta Directiva de Hidroituango de 9 de junio de 2010, que se decidió suspender el proceso internacional de selección de contratista para la construcción del proyecto con el fin de explorar conjuntamente con EPM otras alternativas que permitieran el desarrollo del proyecto directamente por EPM, lo cual se concretó el 4 de julio de 2010 con la suscripción del acuerdo de voluntades que definía, entre otros, los principios de la negociación directa, los términos de un eventual negocio y la metodología de trabajo a seguir para cumplir con lo acordado por la Junta Directiva de Hidroituango.⁸³

300. La cronología de las decisiones que culminaron con la celebración del contrato BOOMT entre Hidroituango y EPM Ituango S.A. E.S.P., vinculan la actuación de EPM al dejar salvedades al Cronograma Director, solo con su condición de Interventora del contrato de diseños y no con el presunto interés en ser la contratista en un futuro.

301. Conforme al análisis que antecede, el Tribunal accederá a las pretensiones Séptima, Octava y Novena de la demanda de Hidroituango y negará la *"excepción de "Salvedades de HIDROITUANGO a través de su interventor EPM"*.

⁸³ Puntos vii y viii de las consideraciones del Contrato BOOMT

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

302. También se acreditó que una de las obligaciones de la Contratista era cumplir con los Hitos en la etapa de construcción en las fechas señaladas y que la modificación de tales fechas imponía la suscripción de un otrosí. Así lo prevé expresamente el contrato:

*"(x) Acreditar ante el Representante de Hidroituango el cumplimiento de los Hitos que deban ser realizados durante la Etapa de Construcción. Los desplazamientos de las fechas señaladas en el presente Contrato para la realización de los Hitos que tengan como origen la culpa del Contratista, no eximirán al Contratista de la aplicación de las Cláusulas Penales de Apremio. Se entenderá que para la modificación de las fechas de cumplimiento de los Hitos, originada en una revisión y actualización del Cronograma Director, es necesaria la celebración de un otrosí a este Contrato."*⁸⁴

303. Esa regla ha sido observada por las partes en varias oportunidades durante la ejecución del contrato, según pide la Convocante que se declare en la pretensión DÉCIMA. En efecto, las modificaciones de las fechas para el cumplimiento de los hitos, constan en las siguientes Actas de Modificación⁸⁵:

- - AMB No. 3 de 21 de diciembre de 2012, en la cual las partes convinieron cambiar las fechas para el cumplimiento de los Hitos 1, 2 y 6.
- - AMB 5 de 11 de abril de 2014, en la cual las partes convinieron cambiar la fecha para el cumplimiento del Hito 3.
- - AMB No. 6 de 6 de mayo de 2014, en la que las partes convinieron modificar la fecha de cumplimiento del Hito 2.
- - AMB No.7 a través de la cual las partes modificaron la fecha de cumplimiento del Hito 4.
- - AMB No. 8 de 5 de mayo de 2015, a través de la cual las partes modificaron la fecha de cumplimiento de los Hitos 4 y 5.
- - AMB No. 9 de 1 de diciembre de 2015, a través del cual se modificó la fecha del hito 4.
- - AMB 10 de 29 de agosto de 2017, a través del cual fueron modificadas las fechas de cumplimiento de los Hitos No. 7, 8 y 9.

304. El Tribunal constata que en las Actas de Modificación Bilateral Números 3, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 las partes declararon que "*no harán ninguna reclamación por lo pactado*". No sucede lo mismo con el Acta No. 4, que no contiene modificación a las fechas para el cumplimiento de los hitos como se pide por la convocante.

84 Cláusula 4.02 del Contrato BOOMT

85 Expedientes - 2020 A 0035 - 01.DEMANDA 2020 A 0035 15 DE OCTUBRE 2020 - 2020 A 0035 ANEXOS DEMANDA 1510202

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

305. Por lo anterior, el Tribunal accederá parcialmente a la pretensión décima de la reforma de la demanda.

306. Por otra parte, el Tribunal accederá a la pretensión Décimo Novena, toda vez que, mediante las actas de modificación bilateral ya citadas, las partes modificaron las fechas de cumplimiento de los hitos.

307. En otro aspecto, el Tribunal constata que en cada una de esas actas, expresamente las partes incluyeron una cláusula de exoneración de responsabilidades por lo pactado en ellas, esto es, circunscrita a los hechos que originaron la respectiva AMB, sin que tal exoneración hubiera sido extendida a situaciones diferentes, razón por la cual se accederá a la pretensión Décima Primera y se negará la excepción "Pretensión equívoca".

308. Por tanto, se declarará que no prosperan las excepciones "*Interpretación inexacta de la voluntad de las partes contenida en la pretensión propuesta por HIDROITUANGO*", por cuanto la "*exoneración de responsabilidad a que alude cada una de las AMB se circunscribe a lo que está estrictamente pactado en cada una de estas.*"

1.31. La decisión de la construcción del SAD y la GAD

309. Tiene por averiguado el Tribunal, que en los diseños entregados por Hidroituango a la contratista a la celebración del contrato BOOMT, no incluían la construcción de un SAD y de una GAD. Es un hecho que las partes no controvierten.

310. Igualmente existe abundante prueba que informa sobre los retrasos que se presentaron en la ejecución de la obra, ante lo cual las partes de mutuo acuerdo, convinieron un plan de aceleración y modificaron las fechas para el cumplimiento de los Hitos.

311. El Acta 158 de Junta Directiva de Hidroituango, correspondiente a la sesión de 28 de diciembre de 2015, da cuenta de que el primer punto del orden del día, correspondió a la consideración y decisión de solicitud de EPM, de reconocimiento de costos del Plan de Aceleración de obra:

"1. Consideración y decisión de la Junta directiva sobre la petición de EPM de autorizar el reconocimiento de los costos del Plan de Aceleración de obras, considerando la utilidad escalonada y condicionada" En consecuencia, autorizar al Gerente de Hidroituango, previas las verificaciones contractuales enmarcadas en la matriz de riesgos del contrato BOOMT, para que se incorpore dentro de los costos de inversión del

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Proyecto Ituango, para los efectos del contrato BOOMT y tendientes a recuperar el plazo de construcción y puesta en servicio del Proyecto, con el fin de viabilizar el cumplimiento de la obligación con la CREG de entregar el sistema de generación del país 1085 GWh de energía firme en el año 2018.”

312. Según el informe de justificación de la petición de EPM, anexo a esa Acta, esta obedeció al hecho de que “Durante la ejecución de las obras civiles del Proyecto Hidroeléctrico Iguango se han presentado una serie de situaciones de diferente índole que, de no tomarse medidas urgentes afectarían la fecha de entrada en operación comercial de la central.”

313. Como causas que habían impactado el programa del proyecto, fueron señaladas las siguientes: retraso en la entrega de las vías de acceso al proyecto, atraso en la adjudicación y celebración del contrato de construcción de obras de desviación, túnel de acceso y construcción de galería superior norte al Consorcio CTIFS; situaciones de carácter geológico y geomorfológico, problemas geológicos encontrados en el portal de salida de los túneles de desviación y el túnel de acceso a la central, entre otras.

314. Las estrategias de obras y trabajos propuestas por EPM para recuperación de plazo, fueron: galerías, acceso y obras adicionales para desligar obras subterráneas de obras de superficie, impactando rutas críticas y accediendo más rápido a frente de obra y mano de obras y equipos adicionales para extender y optimizar los turnos de trabajo incrementando el número de horas laboradas y consecuentemente un aumento de la producción.

315. Consta en la misma acta 158 que “la autorización del reconocimiento de los costos del Plan de Aceleración de obras, considerando la utilidad escalonada y condicionada y la autorización al Gerente de Hidroituango, previas las verificaciones contractuales enmarcadas en la matriz de riesgos del contrato BOOMT, para que se incorpore dentro de los costos de inversión del Proyecto Ituaango los costos del Plan de Aceleración de obras, para los efectos del contrato BOOMT, fue parcialmente aprobado por parte de cuatro de los cinco miembros de Junta Directiva[...].”

316. En los alegatos de conclusión EPM afirma que las obras del SAD y su GAD fueron aprobadas por Hidroituango:

“De lo anterior se concluye: i) que Hidroituango tenía pleno conocimiento del Plan Acelerado de Obras y el SAD, así como de los beneficios que estas alternativas generaban para el Proyecto y la entrada en operación de este; ii) que por esta razón Hidroituango aprobó la inclusión de sus costos en el valor del Proyecto; y iii) que dicha aprobación de costos evidencia la aceptación de estas estrategias por parte de Hidroituango.”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

317. La afirmación en el sentido de que en relación con el SAD “*Hidroituango aprobó la inclusión de sus costos en el valor del Proyecto*” y aceptó esa estrategia cuando aprobó el plan de aceleración de obras, no encuentra respaldo en las pruebas recaudadas, pues si bien existe evidencia de que las gestiones relacionadas con el GAD y el SAD se hicieron con el conocimiento -e incluso en algunos casos con la opinión de HI- esto no alteró el hecho de que EPM era el sujeto llamado a decidir y adelantar esta obra.

318. Conforme al acta que se viene citando, la construcción del SAD y de su GAD, no hizo parte del Plan de Aceleración aprobado, comoquiera que no se trató de una de las actividades propuestas por EPM como parte del plan de aceleración y por tanto no puede concluirse, como lo pretende EPM, que esa obra fue autorizada por Hidroituango.

319. No constituyen un mismo concepto el plan de aceleración de obras y la construcción del SAD. Así también lo afirmaron algunos declarantes. El señor Luis Javier Vélez explicó así, la diferencia:

"28:58 LUIS JAVIER VÉLEZ: *Mire Doctor por qué hay una confusión que nadie ha podido entender. Son cosas completamente distintas. Aunque se ejecutaron en la misma época y con los mismos recursos del Plan de Aceleramiento. O sea, la solución de la GAD resolvía un problema, fue una decisión tomada en el 2013 para evitar un atraso que por lo menos era de 1 año adicional al que ya tenía el proyecto que ya tenía 1 año de atraso y para resolver un problema allá pues técnico y geológico del cual hemos hablado bastante y que seguramente seguirá siendo objeto de análisis. El Plan de Aceleramiento, resuelve otra cosa y es dos años después. Y es qué cosa. Un atraso del proyecto. Ese sí es un atraso del proyecto. Cuál atraso del proyecto. Vea, 13 meses de atraso por el mero hecho de haber pasado la desviación del 13 al 14, ahí ya había 13 meses. Y 7 meses que llegaron después cuando hubo unos derrumbes muy grandes en la caverna de máquinas y en la caverna de transformadores. Eso más o menos le agregó 7 meses de atraso al proyecto, más o menos. La síntesis es que fueron 7 meses adicional. [...]"⁸⁶*

320. En cuanto a la autorización de Hidroituango para la construcción del SAD y la GAD, ese aserto carece de respaldo probatorio. Al contrario, lo demostrado corresponde al hecho de que fue una obra ordenada por EPM en virtud de la autonomía de que disponía para la ejecución de la obra, y de la ausencia de control

86 Declaración rendida el 14 de abril de 2023

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

previo por parte de Hidroituango en las decisiones que adoptara, tal como se analiza en acápite posterior de este laudo.

321. Igualmente está acreditado que la decisión de EPM de construir el SAD y el GAD, estuvo motivada en su entendimiento de que era necesario para evitar mayores retrasos en la ejecución de la obra y además que no correspondía a una característica técnica inmodificable, conforme se analiza en el acápite siguiente.

1.32. La implementación del SAD y la GAD y las características técnicas inmodificables

322. Un aspecto sobre el cual existe controversia entre las partes radica en definir si la implementación del SAD y el GAD constituye o no una alteración de las llamadas características inmodificables del Contrato BOOMT, y por tanto si EPM estaba obligada a solicitar la autorización de dicha modificación de forma previa a que se produjera.

323. Hidroituango sostiene que, en efecto, el SAD y el GAD constituyen Características Inmodificables, en tanto alteran elementos propios de dichas características como lo son los diseños detallados y las exigencias de la licencia ambiental. Por su parte, EPM advierte que no existió una alteración a las Características Inmodificables, en la medida que en el punto denominado "6. Desviación", que sería aquel relacionado con el SAD y el GAD, no se alteraron por cuenta de la implementación de tales medidas de ingeniería.

324. De acuerdo con el Contrato BOOMT, la siguiente es la definición de característica inmodificable:

"Características Inmodificables: Son las características incluidas en el Anexo 1.02(3), que no pueden ser modificados por el Contratista sin la previa aprobación de Hidroituango"

325. De igual manera, las Características Inmodificables tienen una regulación especial en el Contrato BOOMT, en tanto que suponen una limitante para EPM, en la medida que no pueden cambiar dichos elementos sin que medie un acuerdo con Hidroituango y se respete un procedimiento fijado para tal fin.

326. Así de acuerdo con el artículo 4.07 del Contrato BOOMT el procedimiento para la modificación de una Característica Inmodificable es el siguiente:

"4.07. Procedimiento para cambios a las Características Inmodificables.

Para efectos de cambios a las Características Inmodificables, el Contratista deberá remitir al Representante de Hidroituango una propuesta por escrito

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

de cambios a las Características Inmodificables que busque: (i) acelerar la terminación de las Obras sin afectar su calidad y estabilidad; (ii) mejorar el rendimiento o el valor de las Obras o de los Equipos; (iii) beneficiar de cualquier otra forma al Proyecto; (iv) mejorar los Parámetros Técnicos; o (v) que sean necesarias u obligatorias para el desarrollo del Proyecto.

Para tales efectos, el Representante de Hidroituango, tan pronto como le sea posible después de recibir dicha propuesta pero en un término no mayor a treinta (30) Días, deberá responder dando o negando su aprobación a la propuesta presentada por el Contratista o comentándola. Si transcurrido el plazo señalado anteriormente, el Representante de Hidroituango no da respuesta alguna en relación a la propuesta presentada por el Contratista, deberá entenderse que dicha propuesta ha sido aceptada por parte de Hidroituango”

327. El cláusula 6.02 prevé obligaciones de no hacer del Contratista comunes a todas las Etapas, dentro de las que se encuentra la obligación de no “(iii) implementar cambios en las Características Inmodificables sin surtir el procedimiento establecido en la cláusula 4.07 del presente Contrato.”

328. También es relevante indicar que es obligación del Contratista “(xv) Rediseñar las Obras que así lo requieran por razón de las Rectificaciones, Cambios Regulatorios o por las modificaciones a las Características Inmodificables presentadas por el Contratista que hubieren sido aceptadas por Hidroituango;”

329. El Anexo 1.02(3) establece, en primer lugar una enunciación de en qué consiste una Característica inmodificable, en siendo aquellas que “[...] con respecto de la concepción de los diseños detallados de las obras principales y las exigencias de la Licencia Ambiental del Proyecto, sólo podrán ser modificadas con la aprobación previa de Hidroituango.” Posteriormente, se enuncia un listado de las Características Inmodificables, dentro de las que se encuentran las siguientes:

6. Desviación

Tipo de atagüía	RCC
Cota de la corona de la atagüía	265 msnm
Capacidad de los túneles sin sobrepasar la atagüía	4.574 m ³ /s

330. A su vez, cada una de las partes presentó como evidencia de que el GAD y el SAD eran o no eran alteraciones a las Características Inmodificables dictámenes

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

periciales técnicos. Mientras que el dictamen pericial rendido por la firma Fichtner GmbH & Co. KG sostiene que tales modificaciones no son características Inmodificables, la experticia rendida por el señor Luis Ernesto Escobar Neuman, afirma lo contrario.

331. El Tribunal encuentra que existen diferencias entre las partes con relación al alcance y la interpretación del Anexo 1.02(3), pues ninguna de las dos ha desconocido las obligaciones que se desprenden de la misma, sino en qué casos procede realizar la modificación por vía de lo previsto en el artículo 4.07 del Contrato BOOMT.

332. Al respecto, es relevante traer a colación la comunicación de EPM Rad-E-20140424-77 de 24 de abril de 2014, en la cual indicó:

"(...) Para EPM es claro que para el cambio de características inmodificables se debe seguir el procedimiento pactado en BOOMT (sic). Sin embargo es importante resaltar que actualmente y hasta que los estudios y trámites arrojen definición y certeza sobre las características técnicas de las nuevas alternativas de cierre de la desviación, incluyendo el caudal ecológico, continúan vigentes las mismas especificaciones de las características inmodificables que se estipularon en el contrato para el tema de desviación, y que son:

- *Tipo de ataguía: RCC*
- *Cota de la corona de la ataguía: 265 msnm.*
- *La capacidad de los túneles de 4.574 m³/seg.*
- *Un caudal mínimo de aguas abajo del proyecto de 450 m³/seg.*

El tema del esquema de cierre de la desviación sigue actualmente en estudio pero es importante anotar que se ha presentado anteriormente en los siguientes espacios y medios ante HI:

- *En la junta directiva de HI de octubre 18 de 2013, EPM expuso la necesidad de construir un tercer túnel para lograr desviar en el primer verano de 2014; además, del impacto económico que ocasionaría postergar la desviación.*
- *En el comité de seguimiento del contrato BOOMT de diciembre de 2013, EPM expuso la decisión de adoptar la alternativa de construir un tercer túnel que permita desviar en el primer verano de 2014, contemplando un segundo desvío para el 2018; igualmente se dio a conocer el informe de la Junta de Asesores. (...)*
- *En la comunicación No. 2014000750 de enero 3 de 2013 [HI-000005], donde se oficializó a HI el procedimiento constructivo del tercer túnel, sus*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

ventajas y el concepto de la Junta de Asesores sobre la viabilidad de esta modificación.

- En la Junta Directiva de HI de enero 20 de 2014, EPM expuso el procedimiento de desviación del río.

En conclusión, EPM realizará la solicitud de cambio ante HI, en caso tal que llegaran a darse las características inmodificables tratadas en esta comunicación, una vez se tenga el resultado de los diseños definitivos y haya sido cursada y finiquitada la modificación a la Licencia Ambiental por la ANLA.

Igualmente, EPM presentará a HI los costos adicionales que conlleva realizar dichos modificaciones, para considerar las responsabilidades según la matriz de riesgos”.

“Toda vez que el SAD no constituye un cambio en una característica inmodificable, no era necesario contar con aprobación de la convocante para incorporarla al Proyecto. Así lo reconoció Hidroituango en el Acta 177 de la Junta Directiva del 10 de noviembre de 2017.”

333. De igual manera, en comunicación de la misma fecha, Hidroituango da respuesta a la misma, en el siguiente sentido:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

En el ANEXO 1.02(3) - CARACTERÍSTICAS INMODIFICABLES del Contrato BOOMT, se estableció como Características Inmodificables aquellas que, con respecto a la concepción de los diseños detallados de las obras principales y las exigencias de la Licencia Ambiental del Proyecto, sólo podrán ser modificadas con la aprobación previa de Hidroituango.

Entre las Características Inmodificables, se encuentran las siguientes:

- Desviación: Actividad que corresponde a la desviación del río Cauca mediante la construcción de un ataguía en RCC con cota de la corona en la 265 msnm y una capacidad de los túneles sin sobrepasar la ataguía de 4.574 m³/s.

Considerando que el río Cauca se desvió sin compuertas como dispositivo mecánico de control y que no se construirá en el túnel izquierdo actual la descarga de fondo para garantizar el caudal ecológico durante el llenado del embalse, es decir, apartándose de los parámetros técnicos que rigen el BOOMT, EPM tomó la decisión de construir dicha descarga en un tercer túnel. Para implementar esta solución, será necesario desviar nuevamente el río mediante algún sistema no convencional, hasta ahora en análisis por parte de EPM.

En total, para realizar otra desviación del río Cauca se debe cumplir con las condiciones y parámetros definidos en el contrato, razón por la cual, este nuevo evento se mantiene como una Característica Inmodificable.

334. Vistas así las cosas, la diferencia entre las partes radica en la forma de interpretar las Características Inmodificables, pues mientras que para EPM las mismas solamente constituyen los puntos específicos indicados en el anexo correspondiente, mientras que para Hidroituango corresponden al concepto mismo establecido en el anexo.

335. El Tribunal encuentra que las Características Inmodificables constituyen la excepción al Contrato BOOMT, el cual, por regla general se pactó bajo el principio de que EPM debía contar con autonomía técnica para adelantar el proyecto y que Hidroituango no actuaría como coadministrador del Contrato. Así las cosas, por regla general EPM tenía plena libertad para efectuar los cambios en los diseños que fueran necesarios, salvo aquellos elementos que correspondieran a las Características Inmodificables. Vistas así las cosas, el Tribunal estima que dada la naturaleza excepcional de la figura, la interpretación que mejor se ajusta para determinar si existió una Característica Inmodificable o no es la interpretación restrictiva, según la cual, en materia de desviación, lo único que estaba verdaderamente considerado como inmodificable eran las características fijadas en el numeral 6 del anexo.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

336. Así las cosas, respecto del resto de características de la desviación debía seguirse la regla general del contrato, que era que EPM contaba con autonomía para decidir y efectuar los cambios que estimara convenientes.

337. Analizando ambos dictámenes periciales presentados por las partes, el Tribunal estima que la interpretación del experto Fichtner GmbH & Co. KG en el Dictamen Pericial 01 "Aspectos Técnicos Proyecto Hidroeléctrico Ituango", se ajusta de mejor manera a la interpretación que el tribunal ha hecho del contrato.

338. De acuerdo con el mencionado experto, las características Inmodificables no se vieron alteradas por el SAD y el GAD, motivo por el cual no es cierto que tales modificaciones requirieran del procedimiento fijado por el Contrato para ese evento. Estableció así el experto que:

El diseño del SAD se orientó en el diseño del sistema de desvío original, que consideraba dos túneles de 14 m x 14 m de sección. El SAD fue dimensionado para una creciente correspondiente a un periodo de retorno de 1:50 años (4.700 m³/s; se validó que podía soportar el tránsito de un creciente de hasta 1:500 años, correspondiente a aprox. 6.200 m³/s), valor que se encuentra por encima del valor determinado en las características inmodificables.

Conclusión

El SAD es una consecuencia de las deficiencias en la evaluación de condiciones geológicas/geotécnicas y de diseño, especialmente con relación a las obras de desvío del río, principalmente atagüa y túneles. Además, bajos rendimientos en la ejecución de las obras y eventos de diferente naturaleza resultaron en atrasos en el cronograma vigente.

Dado que el SAD ha sido dimensionado para una creciente mayor que el valor mínimo estipulado en las características inmodificables (en el ítem 6. Desviación), este no constituye un cambio de estas características inmodificables.

339. También es importante advertir que esta posición se ajusta de mejor manera a la ejecución que las partes hicieron, pues está probado en el expediente que la implementación del SAD y el GAD fue un asunto ampliamente debatido, y que dentro de dichas discusiones se llegó a la conclusión de que no era necesario realizar una modificación al contrato para su implementación.

340. Como se mencionó en otro acápite, en el acta No 177 de la Junta Directiva de Hidroituango, quedaron consignadas las razones por las cuales se optó por no suscribir el acta de modificación bilateral 11 al Contrato BOOMT. En dicho documento se lee:

"Teniendo en cuenta que la justificación de dicho documento era la revisión de costos por parte de GAE al Sistema Auxiliar de Desviación- SAO, así como el análisis de la matriz de riesgos por parte de HIDROITUANGO, las partes

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

acordaron que conforme al alcance del contrato con la Firma Auditora GAE y las obligaciones contenidas en el contrato BOOMT no es requisito la suscripción de dicho documento, por cuanto hace parte de las potestades de EPM E.S.P. realizar las obras necesarias y requeridas para cumplir con el contrato BOOMT dentro del plazo contractual sin requerir para ello una autorización por parte de HIDROITUANGO.

En cuanto a la matriz de riesgos la finalidad es analizar las causas que dieron lugar a la ejecución de esta obra, cuantificarlas e identificar el responsable del riesgo, para lo cual no es requisito previo la inclusión de la obra mediante AMB. En este sentido, la inclusión de obras no contempladas en el diseño inicial mediante modificación al contrato desconoce el clausulado del BOOMT e impone cargas adicionales no contempladas que para el efecto requieren una modificación de fondo al BOOMT, cuya finalidad sea condicionar al contratista a solicitar autorización sobre todas las obras diferentes a las iniciales, encontrándose a la fecha el Proyecto en un avance de obras civiles de más del 80%.”

341. La prueba transcrita da cuenta de que las partes sí valoraron la forma en la que la GAD y el SAD debían ser implementados y se decidió que no suponían la modificación contractual, pero allí tampoco se indicó que lo que se necesitara fuera tramitar el procedimiento de aprobación de alteración de una Características Inmodificables, como habría sido el comportamiento esperado, en el evento de que las partes así lo hubieran interpretado.

342. Todo lo anterior, lleva al Tribunal a concluir que el SAD y el GAD no constituyeron una alteración a algunas de las Características Inmodificables, como fue acordado por las partes.

343. Ahora bien, el hecho de que el SAD y el GAD no constituyan una Característica Inmodificable en los términos del contrato, no altera la estructura o la distribución de riesgos del contrato. Como ya se mencionó, las Características Inmodificables suponían una obligación de no hacer por parte del contratista, consistente en no adelantar dichos cambios hasta que se tramitara el procedimiento previsto en el Contrato BOOMT, pero no alteraba en ningún otro aspecto las obligaciones de EPM. Tan es así, que en efecto, es obligación del Contratista adelantar las modificaciones de los diseños cuando se apruebe el cambio de una Característica Inmodificable, según lo establece la cláusula 6.02 (iii).

344. Sobre la construcción del SAD y su GAD, HI concluyó que no correspondía a una característica inmodificable, lo cual llevó a esa sociedad a no suscribir el AMB 11, conforme consta en el Acta 177 de su junta directiva, ya transcrita en lo pertinente en este laudo.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

La atribución de riesgos en relación con la construcción del SAD y la GAD

345. Los riesgos de construcción del SAD y especialmente de la GAD, son objeto de controversia entre las partes, que recíprocamente lo asignan a su cocontratante.

346. Hidroituango en la demanda reformada, pidió que se declare que el riesgo de diseño y especificaciones "*no comprende los diseños y especificaciones de las obras de desviación del Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD*" (Pretensión 38).

"Trigésima Octava pretensión. *Declarar que el riesgo de "Deficiencia o Falla en Diseños" consistente en las "Deficiencias o Fallas sustanciales en el diseño y especificaciones de Obras Civiles y Equipos" asignado a **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P-HIDROITUANGO S.A. E.S.P-** en el Anexo 6.14, "Matriz de riesgos" del Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011, no comprende los diseños y especificaciones de las obras de desviación del Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD-, como quiera que fueron ordenados y contratados por **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. EPM** durante el desarrollo del proceso constructivo a su cargo, mediante el Acta de Modificación Bilateral No. 3 al Contrato CT-2011-009 suscrita los días 11 y 12 de junio de 2015 con el Consorcio Generación Ituango, de la que no es ni fue parte la sociedad Convocante."*

347. Para sustentar esa pretensión, plantea los argumentos que el Tribunal se permite sintetizar, así:

348. Que el SAD y su GAD no estaban contempladas en los diseños y estudios transferidos por HIDROITUANGO a EPM en el Anexo técnico 1.02 y los parámetros técnicos del Contrato BOOMT, y que solo después de una larga divergencia y extenso análisis, y de haberse modificado la licencia y ejecutada la obra, "*ambas partes estuvieron de acuerdo en que todas las obras del SAD deben ser incluidas como Anexo Técnico y Parámetro Técnico del BOOMT, por parte de Hidroituango sujeta al análisis de la matriz de riesgos, y sin implicar la asunción de riesgo alguno.*"

349. Que "*EPM, en comunicación 201530010733 de 5 de febrero de 2015 un año después de la primera desviación sin compuertas, le ordenó al Consorcio Generación Ituango (Integral – Solingral), "proceder inmediatamente con la etapa de diseño detallado" de la Galería Auxiliar de Desviación —GAD—, que posteriormente por su propia cuenta, riesgo y decisión exclusiva, contrató mediante Acta de Modificación Bilateral —AMB No. 3— al contrato CT-2011-009, de la que no fue ni es parte Hidroituango.*"

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)

350. Por su parte, al responder la reforma a la demanda, EPM afirmó que el riesgo de diseños y especificaciones en relación con la GAD corresponde a Hidroituango por cuanto (i) tal riesgo le fue atribuido a la Contratante en la matriz de riesgos y, (ii) porque además los diseños de la GAD fueron elaborados por el Consorcio Generación Ituango, que había sido contratado por Hidroituango para elaborar los diseños detallados del Proyecto y prestar los servicios de asesoría durante la etapa de construcción, lo cual implicaba la revisión e implementación de los diseños detallados, y la elaboración de nuevos diseños y rediseños para ajustar la construcción del Proyecto a las condiciones reales encontradas en campo⁸⁷.

351. A título de excepción propuso la que denominó "*Asunción integral del riesgo de diseño sin salvedad por parte de Hidroituango.*"

352. Además, en la demanda de reconvencción la convocada afirmó en síntesis sobre este aspecto⁸⁸:

- Que el riesgo de diseño y especificaciones fue identificado y asignado en forma exclusiva y sin ninguna salvedad a HDROITUANGO.
- Que por tanto las consecuencias de las deficiencias o fallas sustanciales de los estudios y diseños detallados elaborados por el Diseñador-Asesor, deben ser asumidos por HIDROITUANGO.
- Que el riesgo de diseños y especificaciones necesariamente implica asumir los riesgos de nuevos diseños, ajustes y rediseños requeridos para poder construir y llevar a buen término el proyecto.
- Que EPM solicitó al Diseñador-Asesor la elaboración de algunos diseños nuevos, entre ellos el SAD.
- Que el riesgo asumido por HIDROITUANGO incluye también aquellos asociados a los nuevos diseños, ajustes y rediseños necesarios para la ejecución del Proyecto, realizados durante la asesoría en la etapa de construcción.
- Que "El entendimiento correcto de la Cláusula consiste en que los riesgos de la subcontratación asignados a HIDROITUANGO hacen referencia a los contratos celebrados directamente por HIDROITUANGO antes de la firma del Contrato BOOMT, especialmente aquellos contratos que no fueron incluidos en el listado de Contratos Preconstructivos."⁸⁹

353. Bajo esa argumentación formuló la Tercera pretensión de la demanda de reconvencción:

⁸⁷ "Excepciones de responsabilidad de HIDROITUANGO por la realización de los riesgos asumidos, según la Matriz de Riesgos del Contrato BOOMT".

⁸⁸ Hechos 33 y siguientes de la demanda de reconvencción.

⁸⁹ Demanda de reconvencción reformada hecho 44

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Que se declare que la Contingencia constituye la materialización del riesgo de la Etapa de Construcción denominado "diseños y especificaciones" a cargo de HIDROITUANGO, contenido en la Cláusula 6.14 y su Anexo -Matriz de Riesgos- del Contrato BOOMT

354. Igualmente y como consecuencial de la prosperidad de esa pretensión, formuló la Pretensión Cuarta, del siguiente tenor:

Que, como consecuencia de la pretensión 3, se declare que:

EPM no está obligada al cumplimiento oportuno, de acuerdo con lo previsto en el Cronograma Director y el AMB 10, de los Hitos 7, 8, 9 y 10 del Contrato BOOMT.

EPM no es sujeto de la imposición de las Cláusulas Penales de Apremio previstas en la Cláusula 4.09 del Contrato BOOMT por el no cumplimiento de los Hitos 7, 8, 9 y 10, y, por lo tanto, no está obligada a asumir pago alguno a favor de HIDROITUANGO por ese concepto.

1.3. HIDROITUANGO es responsable, en términos del Contrato BOOMT, de "asumir todos los costos, gastos e indemnizaciones" derivados de la Contingencia en el Proyecto Hidroeléctrico Ituango, en cuanto asumió el riesgo de la Etapa de Construcción denominado "diseños y especificaciones", de acuerdo con las Cláusulas 6.09 numeral (xxi), 6.14 y su Anexo -Matriz de Riesgos- del Contrato BOOMT.

355. EPM también formuló la pretensión 5 con el fin de:

"Que, de declararse que la Contingencia no obedece a la materialización del riesgo de la Etapa de Construcción denominado "diseños y especificaciones", se declare que la Contingencia constituye la materialización del riesgo de la Etapa de Construcción denominado "errores en subcontratistas vigentes" a cargo de HIDROITUANGO, contenido en la Cláusula 6.14 y su Anexo -Matriz de Riesgos- del Contrato BOOMT".

356. Y como consecuencial a la prosperidad de esa pretensión, formuló la 6:

"6. Que, como consecuencia de la pretensión 5, se declare que:

6.1. EPM no está obligada al cumplimiento oportuno, de acuerdo con lo previsto en el Cronograma Director y el AMB 10, de los Hitos 7, 8, 9 y 10 del Contrato BOOMT.

6.2. EPM no es sujeto de la imposición de las Cláusulas Penales de Apremio previstas en la Cláusula 4.09 del Contrato BOOMT por el no cumplimiento

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

de los Hitos 7, 8, 9 y 10, y, por lo tanto, no está obligada a asumir pago alguno a favor de HIDROITUANGO por ese concepto.

6.3. HIDROITUANGO es responsable, en términos del Contrato BOOMT, de "asumir todos los costos, gastos e indemnizaciones" derivados de la Contingencia en el Proyecto Hidroeléctrico Ituango, en cuanto asumió el riesgo de la Etapa de Construcción denominado "diseños y especificaciones", de acuerdo con las Cláusulas 6.09 numeral (xxi), 6.14 y su Anexo -Matriz de Riesgos- del Contrato BOOMT.

357. Interpretación y pretensiones a las cuales se opuso HIDROITUANGO en la respuesta a la reforma de la demanda de reconvencción, calificando la argumentación como "una afirmación subjetiva, prejuiciosa e inexacta." Explicó así su entendimiento del tema:

"El riesgo de subcontratación jamás puede extenderse con modificaciones posteriores a un subcontrato celebrado por Hidroituango antes de la firma del Contrato BOOMT, incluido o no en el listado enunciativo de los Contratos Preconstructivos, cedido a EPM HITUANGO, y por ésta a EPM

"El objeto de la cesión a EPM-ITUANGO fueron los contratos Preconstructivos, y dentro de ellos cabe el contrato de asesoría, CT-2011-009 que no fue incluido en la escritura de escisión, porque fue firmado precisamente el mismo día en que se firmó esta. Por eso aparece en acta aparte, anotando que la legalización y orden de inicio fueron dados por EPM-ITUANGO. El CT-2011-09, es un contrato celebrado por Hidroituango en relación con el Proyecto Hidroeléctrico Ituango, en la misma fecha de su escisión el 23 de marzo de 2011, antes de la celebración el 30 de marzo de 2011 del Contrato BOOMT, del Acta de iniciación de 5 de abril de 2011, y de la ejecución de la construcción de las obras del Proyecto Hidroeléctrico Ituango.

"El 23 de marzo de 2011, fecha de la escisión, HIDROITUANGO cedió el Contrato CT-2011-009, y su posición contractual a EPM ITUANGO, cesión de la que dejaron constancia en Acta de Entrega del Contrato CT-2011-09 de 29 de marzo de 2011 en la que EPM ITUANGO, "manifiesta que conoce el estado en que se encuentra el contrato 2011-009, según lo indicado en el Informe de Interventoría de dicho contrato, que hace parte integral de este documento". Asimismo, manifiesta que el mismo se deberá ajustar a la normatividad de contratación de EPM ITUANGO S.A. E.S.P."

"Mediante el Contrato de Cesión de 19 de enero de 2013, EPM ITUANGO cedió a EPM su posición contractual, todos los derechos y obligaciones en el Contrato BOOMT "y demás contratos que hacen parte del Proyecto",

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

dentro de éstos, el Contrato CT-2011-009, a cuyo efecto, expresó "que el texto acordado entre EPM ITUANGO e HIDROITUANGO el día 30 de marzo de 2011 es plenamente conocido y aceptado por EPM", y no consignó salvedad ni reserva alguna.

"EPM, después de la entrega de los diseños detallados, fruto del Contrato CT- 007-2008, entregado como un activo de la escisión, y de la cesión del contrato CT-2011-009, en comunicación de 5 de febrero de 2015 (radicado 201530010733), ordenó al Consorcio Generación Ituango, Consultor a su cargo, iniciar inmediatamente con los diseños de detalle de la solución Galería Auxiliar de Desviación.

"EPM, también en fecha posterior a la cesión, entrega y transferencia de los diseños detallados ejecutados mediante el Contrato CT- 007-2008, y de la cesión de la posición contractual del CT-2011-009, mediante Acta de Modificación Bilateral No 3 suscrita los días 11 y 12 de junio de 2015 con el contratista Consultor Consorcio Generación Ituango, actuando en su nombre y como parte contractual, modificó el CT-2011-009 para, previa orden, contratar el diseño, elaboración y análisis del modelo hidráulico de la Galería Auxiliar de Desviación (GAD) y la asesoría en el diseño definitivo de la desviación del Río Cauca, que posteriormente colapsó.

"Hidroituango, no es ni fue parte contractual de la modificación acordada por EPM en el Acta de Modificación Bilateral No 3, suscrita los días 11 y 12 de junio de 2015, con posterioridad a la cesión, transferencia y entrega de los diseños detallados ejecutados mediante el Contrato CT- 007-2008, a su cesión y a la cesión del CT- 2011-009.

"¿Cómo puede pretenderse responsabilidad de HIDROITUANGO por modificaciones posteriores a un subcontrato, acordadas libre y autónomamente por el contratante cesionario con el contratante cedido, de las que no es parte?".

358. Con fundamento en lo ya definido por el Tribunal sobre el alcance de la atribución de los riesgos de diseños y especificaciones y de subcontratación, se aborda el análisis de las pretensión Trigésima Octava de la demanda de Hidroituango, así como de las "Excepciones de responsabilidad de HIDROITUANGO por la realización de los riesgos asumidos, según la Matriz de Riesgos del Contrato BOOMT", "Asunción integral del riesgo de diseño sin salvedad por parte de Hidroituango" "La implementación del SAD fue una decisión técnica ejecutada con pleno conocimiento de causa de HIDROITUANGO, bajo su aceptación". Y las pretensiones 3, 4 y sus subnumerales 4.1, 4.2, 4.3 y 4.4. La 5 así como aquella formulada como su consecencial, esto es la 6 y sus subnumerales 6.1, 6.2 y 6.3., de la demanda de reconvención, con sus respectivas excepciones

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

359. También es apropiado evaluar en este tipo asuntos las pretensiones Trigésima Cuarta, Trigésima Quinta y Trigésima Sexta de la demanda principal, las cuales están enfocadas a que se declare que el SAD y el GAD constituyeron un nuevo diseño y/o modificaciones sustanciales a los diseños y especificaciones que no obedecieron a deficiencias en el diseño original y que comportó una nueva intervención del río Cauca a través de un tercer túnel de desviación, con la modificación de la descarga de fondo, no prevista en los diseños originales.

360. En consecuencia, el Tribunal analizará si la obra de la GAD estuvo precedida de acuerdo entre las partes para su realización como lo afirma EPM, o, si en cambio, fue ordenada unilateralmente por esa entidad, tópico en el cual las partes discrepan.

361. Es abundante la prueba, tanto documental como testimonial en el sentido de que *"La GAD es una solución de ingeniería que no estaba en los planos originales"*⁹⁰, no está incluida en el Anexo Técnico —1.02(2)— y fue ordenada por EPM, entidad que encargó la elaboración de los diseños para esa obra al Consorcio Generación Ituango en desarrollo del contrato 009-2011 y su construcción al Consorcio CCC Ituango, en desarrollo del contrato CT-2012-000036 – AMB 15.

362. Al contestar la demanda, de manera pormenorizada EPM narra haber presentado a Hidroituango, desde el segundo semestre de 2013, la alternativa de construcción de obras del Sistema Auxiliar de Desviación. De ello da cuenta el Acta 25 de 3 de diciembre de 2013 del Comité de Seguimiento del Contrato BOOMT, en el cual:

"EPM expuso la necesidad de adoptar la alternativa de construir un tercer túnel, contemplando un segundo desvío para el 2018, para posibilitar las actividades de construcción de los tapones de los dos túneles de desviación.

"EPM manifiesta que la Junta de Asesores validó el esquema del tercer túnel de desviación, e incluyó en su informe algunas recomendaciones...

"...HI solicitó a EPM notificar oficialmente la construcción del tercer túnel, dado que ya se han cumplido dos pasos que son la concepción del túnel y la consulta ante la Junta de Asesores, se debe informar oficialmente para que quede documentado este cambio y, una vez la ANLA apruebe la disminución del caudal ecológico, notificarlo igualmente a la sociedad HI. En la comunicación, se deben explicar los procedimientos que se han realizado y los próximos a realizar ante la ANLA; igualmente, oficializar en este comunicado el informe de la Junta de Asesores y los planos de desviación."

⁹⁰ Luis Javier Vélez, declaración rendida el 14 de abril DE 2023.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

363. En esa acta se puede constatar la inexistencia de aceptación expresa por parte Hidroituango a la alternativa presentada por EPM y en cambio la constancia que dejó aquella sobre la necesidad de considerar las responsabilidades frente a los sobrecostos que esa alternativa representaba:

"En este punto el Gerente de la Hidroeléctrica manifiesta que una vez oficializada la propuesta de construcción del tercer túnel, se debe considerar las responsabilidades, tanto de la contratante como del contratista respecto a los sobrecostos que representara esta alternativa, de conformidad con la matriz de riesgos"

364. Por otra parte, la comunicación de 9 de mayo de 2014⁹¹ dirigida a Hidroituango por EPM, muestra la autonomía con la cual ésta procedió a adoptar la decisión de construcción de la GAD, así como la ausencia de control previo por parte de Hidroituango en relación con la misma, esto es que no se trató de una decisión adoptada de mutuo acuerdo entre los contratantes del BOOMT.

365. En la referida comunicación, EPM es enfática en afirmar que *"expuso la decisión de adoptar la alternativa de construir un tercer túnel que permita desviar en el primer verano de 2014, contemplando un segundo desvío para el 2018; igualmente, se dio a conocer el informe de la Junta de Asesores"*.

366. Está suficientemente demostrado que EPM puso en conocimiento de Hidroituango, la existencia de la alternativa de la construcción del tercer túnel de desviación, así como las razones que adujo para optar por la realización de esa obra, sin que la recepción de tal información comporte autorización o acuerdo por parte de Hidroituango. La inexistencia de oposición de la contratante a la construcción de esa obra, no lleva consigo asentimiento, ni menos la conclusión de que hubo acuerdo para su construcción, en tanto tal actitud respondía al pacto de autonomía y no control previo que para la ejecución del proyecto ostentaba EPM conforme a lo convenido en el Contrato BOOMT, consideración que fue plasmada en el Acta 177 de Junta Directiva de Hidroituango a la que el Tribunal se refiere adelante.

367. Se demostró, que por decisión de EPM el diseño de esa obra se encargó al Consorcio Generación Ituango, Asesor del proyecto por virtud del contrato preconstructivo 009-2011 celebrado con Hidroituango y cedido a EPM con ocasión de la celebración del Contrato BOOMT.

91 Expedientes - -2020 A 0035 - 15. REFORMA DE LA DEMANDA 11 MAR 2022 - 5-DESVIACIÓN-SAD Y PLAN DE ACELERACIÓN - 3-COMUNICACIONES

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

368. El encargo del diseño de la GAD fue dispuesto por EPM mediante comunicación 201530010733 de 5 de febrero de 2015⁹² que dirigió al referido Contratista:

"Con el propósito de seleccionar la alternativa que garantice las mejores condiciones hidráulicas para la construcción de las estructuras de cierre definitivo del portal entrada a los túneles de desviación y poder efectuar el llenado del embalse, EPM autorizó la contratación de la firma especializada Intertechne de Brasil, quien tiene gran experiencia en este tipo de trabajos.

"Después de realizar diversos análisis, la firma Intertechne presentó a la Asesoría en septiembre de 2014 el informe GE-G000-00-G-OO-RT-0001 denominado "EVALUACIÓN DE ALTERNATIVAS PARA EL CIERRE DE LOS TÚNELES DE DESVIO", en el que se concluyó que la mejor opción es la construcción de una Galería Auxiliar de Desviación, alternativa que luego de ser estudiada detalladamente por la Asesoría fue finalmente recomendada a EPM mediante la comunicación D-PHI-CC-ADM-1-C1811, el 20 de octubre de 2014.

"Dado que el grupo de asesores externos de EPM en su visita de comienzos de diciembre de 2014 también viabilizó la alternativa recomendada por la Asesoría, informamos que se debe proceder inmediatamente con la etapa de diseño detallado de la solución para lo cual le solicitamos presentar a la mayor brevedad para análisis y aprobación de EPM, el tiempo de ejecución requerido y la valoración de los recursos necesarios para la ejecución de dicho trabajo."

369. Está acreditado igualmente en el proceso, que la matriz de riesgo incluida en el anexo 6.14 del contrato BOOMT no fue modificada con ocasión de la construcción de la GAD.

370. Entre las partes hubo conversaciones para suscribir el AMB 11 cuyo proyecto pretendía *"incluir como anexo técnico .02(11) el documento adjunto, el cual forma parte integral del presente acuerdo, el cual estará sujeto a los mecanismos de supervisión del anexo 6.12 y el Anexo 6.14 – Matriz de riesgos."* En consecuencia, se debía *"Realizar conjuntamente el análisis de la matriz de riesgos del contrato sobre las obras incluidas mediante el anexo 1.02(11), a fin de determinar el costo imputable a cada parte."*⁹³

371. El proyecto de AMB 11 no fue firmado por las partes, y según explicación suministrada en la reunión de Junta Directiva de Hidroituango de 21 de noviembre de

92 Expedientes - 2020 A 0035 - 15. REFORMA DE LA DEMANDA 11 MAR 2022 - 5-DESVIACIÓN-SAD Y PLAN DE ACELERACIÓN - 3-COMUNICACIONES

93 Expedientes - 2020 A 0035 - 15. REFORMA DE LA DEMANDA 11 MAR 2022 - 2-CONTRATO BOOMT - 3-ACTAS DE MODIFICACIÓN BOOMT

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

2017 — Acta 177⁹⁴—, ello obedeció a la consideración de que no se requería su suscripción por cuanto hacía parte de las potestades de EPM realizar las obras necesarias y requeridas para cumplir con el contrato BOOMT, dentro del plazo contractual, sin requerir para ello una autorización por parte de HIDROITUANGO:

"Teniendo en cuenta que la justificación de dicho documento era la revisión de costos por parte de GAE al Sistema Auxiliar de Desviación —SAD, así como el análisis de la matriz de riesgos por parte de HIDROITUANGO, las partes acordaron, que conforme al alcance del contrato con la Firma Auditora GAE y las obligaciones contenidas en el contrato BOOMT, no es requisito la suscripción de dicho documento, por cuanto hace parte de las potestades de EPM E.S.P. realizar las obras necesarias y requeridas para cumplir con el contrato BOOMT, dentro del plazo contractual, sin requerir para ello autorización por parte de HIDROITUANGO.

"En cuanto a la matriz de riesgos, la finalidad es analizar las causas que dieron lugar a la ejecución de esta obra, cuantificarlas e identificar el responsable del riesgo, para lo cual no es requisito previo la inclusión de la obra mediante AMB.

En este sentido, la inclusión de obras no contempladas en el diseño inicial mediante modificación al contrato, desconoce el clausulado del BOOMT e impone cargas adicionales no contempladas, que para el efecto requieren una modificación de fondo al BOOMT, cuya finalidad sea condicionar al contratista a solicitar autorización sobre todas las obras diferentes a las iniciales, encontrándose a la fecha el proyecto en un avance de obras civiles de más del del 80%.

"Por tanto, se procederá a auditar los costos de la obra en mención por parte de GAE, así como el análisis de la matriz de riesgos por parte de HIDROITUANGO, a fin de determinar la asignación de los costos."

372. La ausencia de modificación de la asignación de riesgos en relación con la obra de la GAD, somete esa obra a lo acordado por las partes en el contrato BOOMT, esto es, como ya lo concluyó el Tribunal, que el riesgo de diseños y especificaciones atribuido a Hidroituango, se refiere a aquellos entregados por Hidroituango a EPM y no comprende nueva obra ordenada por EPM en ejercicio de la autonomía que ejercía para la ejecución del contrato.

373. Así mismo, conforme al análisis de la distribución en la asignación del riesgo de subcontratación ya realizado, la responsabilidad de Hidroituango respecto a la

94 Expedientes - 2020 A 0035 - 15. REFORMA DE LA DEMANDA 11 MAR 2022 - 5-DESVIACIÓN-SAD Y PLAN DE ACELERACIÓN - 1-ACTAS JUNTA DIRECTIVA

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

ejecución del contrato 009-2011 de Asesoría que suscribió con el Consorcio Generación Ituango como asesor del proyecto, no se extiende hasta esa época en la cual se presentó la contingencia, dado que ese contrato preconstructivo fue cedido a la contratista del contrato BOOMT desde marzo de 2011 y el encargo que se le hizo EPM a ese contratista para la elaboración de los diseños de la Galería Auxiliar de Desviación data del 5 de febrero de 2015 y la asesoría para su ejecución sucedió en fecha posterior.

374. Para la época del encargo de los diseños de la GAD y de su ejecución, la contratante en el contrato de Asesoría 009-2011 era EPM por virtud de la cesión que de ese contrato se hizo en primer lugar a Hidroeléctrica Pescadero Hituango S.A. E.S.P. como uno de los contratos preconstructivos en desarrollo en la fecha de celebración del contrato BOOMT y luego a EPM cuando se convirtió en la parte contratista por virtud de la cesión de ese contrato.

375. Con base en lo anterior, el Tribunal ha llegado al convencimiento de que el diseño del GAD y el SAD constituyen un nuevo diseño, con respecto del diseño original.

376. También se destaca que no hay en el expediente ninguna prueba o ninguna alegación en la que se busque indicar que el SAD o el GAD constituyen una solución que reforme o que solucione algún error o inconveniente de los diseños originales, lo que se identifica es que la razón de ser del GAD y el SAD fue una solución de ingeniería para procurar agilizar la obra con miras al cumplimiento de los hitos fijados en el Contrato.

377. Dentro de la variedad de pruebas que indican las causas de la implementación del GAD y el SAD se encuentra el documento denominado "Proyecto Hidroeléctrico Ituango- Sistema Auxiliar de Desviación- *Documento de acuerdo para incorporar las obras de dicho sistema a los parámetros técnicos del Proyecto.*" Documento en el cual se lee:

*"Finalmente, luego de varios análisis técnicos, programáticos, económicos y de riesgos realizados por EPM con apoyo de la Asesoría, el grupo de Asesores externos de EPM (Board de Consultores), el Contratista CCC Ituango y la Interventoría, **se llegó a la conclusión de que para poder cumplir la nueva meta de desviar el río a principios del año 2014, la mejor y única opción era desviar el río sin estructuras de cierre, pero conscientes de que era necesario construir más adelante un tercer túnel de desviación, que aprovechara en gran medida el alineamiento del cuarto túnel de descarga de la central.***

Esta solución de ingeniería, denominada GAD (Galería Auxiliar de Desviación), fue presentada a la Hidroeléctrica en varios comités de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

seguimiento al Contrato BOOMT en el segundo semestre de 2013, pero su presentación oficial se realizó el 3 de diciembre de 2013, en su estado de análisis y componentes de obra básicos, pero sin contar aún con la respectiva modelación hidráulica que permitiría definir las obras de detalle, dado que la misma no había sido aún ordenada. En el Anexo 1 se presenta un cuadro con las fechas en que la solución fue presentada por EPM a la Hidroeléctrica.” (resaltado fuera del texto original)

378. Como consecuencia del texto anterior el Tribunal concluye que no existe prueba de existencia de errores del diseño original. Por otra parte existe prueba de que el sistema SAD y GAD comportó nuevos diseños a través de un tercer túnel de desviación, no previsto inicialmente en los diseños.

379. Por lo anterior, el Tribunal declarará que prosperan las pretensiones Trigésima Cuarta, Trigésima Quinta y Trigésima Sexta de la demanda principal reformada.

380. En síntesis el Tribunal concluye que el riesgo de Deficiencia o falla en Diseños consistente en las “Deficiencias o Fallas Sustanciales en el diseño y especificaciones de Obras Civiles y Equipos” asignado a Hidroituango en el Anexo 6.14 Matriz de Riesgo, no comprende los diseños y especificaciones de las obras de desviación del Sistema Auxiliar de Desviación y, que la contingencia no constituye la materialización del riesgo de la etapa de construcción denominado errores en subcontratistas vigentes, a cargo de Hidroituango.

381. Por otro aspecto, también concluye que la contingencia que se presentó en abril de 2018, no se enmarca dentro del concepto de riesgos no identificados a cargo de Hidroituango en la etapa de construcción, en la medida en que el hecho fue atribuido por EPM a un subcontratista que tenía a cargo, esto es, que en sus palabras se trató del riesgo de subcontratación.

382. Conforme al análisis que antecede, el Tribunal accederá a la Pretensión Trigésima Octava de la demanda de Hidroituango, desestimaré, frente a esa pretensión las excepciones de: (i) “la implementación del SAD fue una decisión técnica ejecutada con pleno conocimiento de causa de HIDROITUANGO, bajo su aceptación” y (ii) “Excepciones de responsabilidad de HIDROITUANGO por la realización de los riesgos asumidos, según la Matriz de Riesgos del Contrato BOOMT” y “Asunción integral del riesgo de diseño sin salvedades por parte de HI”.

383. En cuanto a las pretensiones de la demanda de reconvención, serán negadas las siguientes: La 3, así como aquella formulada como su consecuencial, esto es la 4 y sus subnumerales 4.1, 4.2, 4.3 y 4.4. La 5 así como aquella formulada como su consecuencial, esto es la 6 y sus subnumerales 6.1, 6.2 y 6.3.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

384. Igualmente se declarará probada la excepción titulada: El riesgo de “diseños y especificaciones” asignado a HI, no se extiende a un nuevo diseño bajo una concepción técnica nueva decidido, contratado y ejecutado directamente por EPM.

1.33. EL acusado incumplimiento de EPM

385. Son varias las pretensiones formuladas por Hidroituango encaminadas a que se declare el incumplimiento del contrato BOOMT por parte de EPM, en relación con diferentes aspectos, a saber: (i) la no ejecución de los hitos 7, 8 y 9 en las fechas convenidas; (ii) la iniciación de las obras de ejecución de la obra de desviación SAD y GAD sin haber tramitado y obtenido la modificación de la licencia ambiental; (iii) ejecutar las obras de las SAD y su GAD sin especificaciones, estudios geológicos e hidrológicos necesario y suficientes; (iv) ejecutar las obras de las SAD y su GAD contrariando las buenas prácticas de la ingeniería; (v) no ejecutar la construcción para la entrada en Operación comercial del Grupo I de Unidades dentro del plazo contractualmente acordado.

1.34. Sobre la controversia relacionada con los hitos 7, 8, 9

386. Las pretensiones de la demanda principal relacionadas con este asunto están enfocadas en solicitar que se declare el carácter obligatorio de los hitos 7⁹⁵, 8⁹⁶ y 9⁹⁷, así como el contenido de los mismos. De igual manera, se solicita que se pruebe que

95 Ver Pretensión Vigésima de la demanda reformada. “*Vigésima Pretensión: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM– en virtud del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011 y su Acta de Modificación Bilateral -AMB- No. 10 de 29 de agosto de 2017, se obligó a cumplir el Hito 7, esto es, “el cierre de las compuertas de desviación y el inicio del llenado del embalse (...), a más tardar dentro del plazo cierto y máximo acordado, el día 1 de julio de 2018, y a acreditar su cumplimiento, en la oportunidad, en la forma, manera y conforme a lo estipulado.”*”

96 Ver Pretensión Vigésima Primera de la demanda reformada. “*Vigésima Primera Pretensión: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM– en virtud del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011 y su Acta de Modificación Bilateral -AMB- No. 10 de 29 de agosto de 2017, se obligó a cumplir el Hito 8, esto es, “la entrada en Operación Comercial de la Unidad 4”, a más tardar dentro del plazo cierto y máximo acordado, el día 28 de noviembre de 2018, y a acreditar su cumplimiento, en la oportunidad, en la forma, manera y conforme a lo estipulado.”*”

97 Ver Pretensión Vigésima Segunda de la demanda reformada. “*Vigésima Segunda Pretensión: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM– en virtud del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, y sus Actas de Modificación Bilateral -AMB- suscritas por las partes, se obligó a cumplir el Hito 9, esto es, “la entrada en Operación Comercial de la Unidad 1”, a más tardar dentro del plazo cierto y máximo acordado, el día 28 de agosto de 2019, y acreditar su cumplimiento, en la oportunidad, en la forma, manera y conforme a lo estipulado.”*”

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

la entrada de la Operación Comercial de la Hidroeléctrica como un todo, se da con la entrada en operación Comercial de las Unidades 1,2,3 y 4.⁹⁸

a) Sobre el cumplimiento del Hito 7

387. A su vez, también pretende que se declare el incumplimiento contractual de EPM de forma general⁹⁹ y particularmente, por no ejecutar el hito 7 en la oportunidad, en la forma, manera y conforme a lo estipulado dentro del plazo cierto y máximo contractualmente acordado¹⁰⁰. Para ello, también solicita que se declare que EPM no acreditó ante el representante legal de Hidroituango el cumplimiento del hito 7,¹⁰¹ situación que según la Convocante, tuvo origen en la culpa de EPM¹⁰², o que en subsidio, que la modificación efectuada por las partes en la Cláusula 4.02, (ix) y el numeral 3.3. del Anexo 6.12 del Contrato BOOMT sólo se hizo para la aplicación de las cláusulas penales de apremio.¹⁰³

388. También solicitó que se declarara que la obra de desviación del Río Cauca-SAD- y la Galería Auxiliar de Desviación -GAD no estaban contempladas en los diseños y especificaciones del proyecto entregados por Hidroituango¹⁰⁴, así como tampoco estaban contempladas ni autorizadas en la licencia ambiental inicialmente

98 Ver Pretensión Vigésima Tercera de la demanda reformada. "Vigésima Tercera Pretensión: Declarar que de conformidad con el Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, la entrada en Operación Comercial de la Hidroeléctrica como un todo, se da con la entrada en Operación Comercial del Grupo 1 de Unidades, conformado conjuntamente por la Unidad 1, la Unidad 2, la Unidad 3 y la Unidad 4."

99 Ver Pretensión Vigésima Cuarta de la demanda reformada. "Vigésima Cuarta Pretensión: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM– incurrió en incumplimiento del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, conforme a los hechos probados en el proceso."

100 Ver Pretensión Vigésima Quinta de la demanda reformada. "Vigésima Quinta Pretensión: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM– ha incurrido en incumplimiento del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, por no ejecutar el Hito 7 en la oportunidad, en la forma, manera y conforme a lo estipulado, a más tardar dentro del plazo cierto y máximo contractualmente acordado para ello, ni acreditar su cumplimiento, o en subsidio, por ejecutarlo de manera tardía o defectuosa, comoquiera que no lo ejecutó y/o no cumplió de manera adecuada y/u oportuna."

101 Ver Pretensión Vigésima Sexta de la demanda reformada. "Vigésima Sexta Pretensión: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–, no acreditó ante el Representante de Hidroituango en la oportunidad, forma, fecha máxima acordada y conforme a lo estipulado en el Contrato BOOMT, el cumplimiento del Hito 7, que debía ejecutar durante la Etapa de Construcción."

102 Ver Pretensión Vigésima Séptima de la demanda reformada. "Vigésima Séptima Pretensión: Declarar que el desplazamiento de la fecha máxima señalada en el Contrato BOOMT para la realización del Hito 7, que debía ejecutar EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–, durante la Etapa de Construcción, al no acreditar en la fecha máxima pactada su cumplimiento ante el Representante de Hidroituango, tiene origen en su culpa."

103 Ver Pretensión subsidiaria a la pretensión Vigésima Séptima de la demanda reformada. "Subsidiaria a la Vigésima Séptima Pretensión: Declarar que en cuanto al Hito 7, lo acordado por las partes en la Cláusula 4.02, (ix) y el numeral 3.3. del Anexo 6.12 del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, a cuyo tenor "los desplazamientos de las fechas señaladas en el Contrato para la realización de los Hitos que tengan como origen la culpa del Contratista, no eximirán al Contratista de la aplicación de las Cláusulas Penales de Apremio", se acordó exclusivamente para la aplicación de las Cláusulas Penales de Apremio, y se limita a ésta."

104 Ver Pretensión Vigésima Octava de la demanda reformada. "Vigésima Octava Pretensión: Declarar que la obra de desviación del Río Cauca denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD, ejecutada por EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM– en el macizo "Cerro Tenche", no estaba contemplada en los diseños y especificaciones del Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango transferidos y entregados por la sociedad HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.–HIDROITUANGO S.A. E.S.P., comoquiera que dichos diseños, no contemplaron la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche"."

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

concedida¹⁰⁵, situación que suponía que EPM estaba obligada a obtener previamente la modificación de la licencia ambiental¹⁰⁶. Asimismo, solicita que se declare el incumplimiento contractual de EPM por haber iniciado la ejecución de la SAD y la GAD sin haber tramitado y obtenido la modificación de la mencionada licencia ambiental¹⁰⁷, situación que en su concepto constituye culpa grave.¹⁰⁸ En igual sentido solicita que se declare que EPM debía realizar estudios geotécnicos e hidrológicos necesarios, dado que los originales presentados por Hidroituango no contemplaban el SAD ni el GAD.¹⁰⁹

389. Con respecto de la obra del SAD y el GAD, la Convocante pretende que se declare que tal decisión no obedeció a deficiencias o fallas sustanciales en el diseño y especificaciones elaborados por Hidroituango¹¹⁰, sino que tal obra comportó un nuevo diseño y/o modificaciones sustanciales a dichos diseños¹¹¹, que implicaba una nueva

105 Ver Pretensión Vigésima Novena de la demanda reformada. "Vigésima Novena Pretensión: Declarar que la obra de desviación del Río Cauca denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD, ejecutadas por EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM– no estaban contempladas ni autorizadas en la licencia ambiental inicialmente concedida, comoquiera que dicha licencia no contempló, ni autorizó, la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche"."

106 Ver Pretensión Trigésima de la demanda reformada. "Trigésima Pretensión: Declarar que para iniciar la ejecución de la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD-, EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–, estaba obligada a obtener previamente la modificación de la licencia ambiental inicialmente concedida, comoquiera que dicha licencia no contempló, ni autorizó, la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche"."

107 Ver Pretensión Trigésima Primera de la demanda reformada. "Trigésima Primera Pretensión: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM– incurrió en incumplimiento del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, al iniciar la ejecución de la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD-, sin haber tramitado y obtenido la modificación de la licencia ambiental inicialmente concedida, comoquiera que dicha licencia no contempló, ni autorizó, la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche" y, mucho menos la modificación unilateral de las obligaciones y cargas ambientales a su cargo, previstas en los documentos contractuales, en el estudio de impacto ambiental y en el acto administrativo que otorgó la licencia."

108 Ver Pretensión Trigésima Segunda de la demanda reformada. "Trigésima Segunda Pretensión: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM– incurrió en culpa grave al iniciar la ejecución de la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD-, sin haber tramitado y obtenido la modificación de la licencia ambiental inicialmente concedida, comoquiera que dicha licencia no contempló, ni autorizó, la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche"."

109 Ver Pretensión Trigésima tercera de la demanda reformada. "Trigésima Tercera Pretensión: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–, para iniciar la ejecución de la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD, debía realizar los estudios geotécnicos e hidrológicos necesarios y suficientes del macizo "Cerro Tenche", donde la construyó, como quiera que los entregados por la sociedad HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.–HIDROITUANGO S.A. E.S.P.–, no contemplaron la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche"."

110 Ver Pretensión Trigésima cuarta de la demanda reformada. "Trigésima Cuarta Pretensión: Declarar que la decisión de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM– de ordenar, iniciar y ejecutar la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD-, no obedeció a deficiencias o fallas sustanciales en el diseño y especificaciones de las obras civiles y equipos del Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango, transferidos y entregados por la sociedad HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.–HIDROITUANGO S.A. E.S.P.–, comoquiera que no contemplaron la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche"."

111 Ver Pretensión Trigésima Quinta de la demanda reformada. "Trigésima Quinta Pretensión: Declarar que la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD, decidida y ejecutada por EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM– comportó un nuevo diseño y/o modificaciones sustanciales a los diseños y especificaciones de las obras civiles y equipos del Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango, transferidos por HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.–HIDROITUANGO S.A. E.S.P.–, comoquiera que no contemplaron la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche", y mucho menos la construcción de un sistema de desviación del río Cauca no previsto en los diseños detallados de la obra."

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

intervención o desviación del Rio Cauca, a través de un tercer túnel de desviación, con la modificación de la descarga del fondo, no prevista en los diseños originales.¹¹² Como consecuencia de lo anterior, el riesgo de deficiencia o falla en diseños establecido en la matriz de riesgos, se transfirió a EPM¹¹³ y que dicho riesgo no comprende los diseños del SAD y el GAD¹¹⁴

390. Por otro lado, también solicita que se declare que la construcción del SAD y el GAD se adelantaron violando las obligaciones contractuales de EPM¹¹⁵ y contrariando las reglas del arte y las buenas prácticas de la ingeniería¹¹⁶, de manera que también se declare que el colapso del SAD y el GAD no constituyen un evento excusable bajo el Contrato¹¹⁷ y que el mismo se produjo por culpa de EPM.¹¹⁸ La Convocante pretende

112Ver Pretensión Trigésima Sexta de la demanda reformada. "Trigésima Sexta Pretensión: Declarar que la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación-GAD-, decidida y ejecutada por EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. -EPM- comportó, entre otras modificaciones, una nueva intervención o desviación del Rio Cauca, a través de un tercer túnel de desviación, con la modificación de la descarga del fondo, no prevista en los diseños y especificaciones del Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango, que le fueron transferidos y entregados por HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.-HIDROITUANGO S.A. E.S.P.-, ni autorizada en la licencia ambiental inicialmente concedida, comoquiera que tales diseños y especificaciones no contemplaron, ni dicha licencia contempló, ni autorizó la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche"."

113 Ver Pretensión Trigésima Séptima de la demanda reformada. "Trigésima Séptima Pretensión: Declarar que el riesgo de "Deficiencia o Falla en Diseños" consistente en las "Deficiencias o Fallas sustanciales en el diseño y especificaciones de Obras Civiles y Equipos" asignado a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.-HIDROITUANGO S.A. E.S.P.- en el Anexo 6.14, "Matriz de riesgos" del Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011, está circunscrito a los diseños y especificaciones iniciales que le transfirió y entregó a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. -EPM-."

114Ver Pretensión Trigésima Octava de la demanda reformada. "Trigésima Octava Pretensión: Declarar que el riesgo de "Deficiencia o Falla en Diseños" consistente en las "Deficiencias o Fallas sustanciales en el diseño y especificaciones de Obras Civiles y Equipos" asignado a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.-HIDROITUANGO S.A. E.S.P.- en el Anexo 6.14, "Matriz de riesgos" del Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011, no comprende los diseños y especificaciones de las obras de desviación del Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD-, como quiera que fueron ordenados y contratados por EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. -EPM- durante el desarrollo del proceso constructivo a su cargo, mediante el Acta de Modificación Bilateral No. 3 al Contrato CT-2011-009 suscrita los días 11 y 12 de junio de 2015 con el Consorcio Generación Ituango, de la que no es ni fue parte la sociedad Convocante."

115 Ver Pretensión Trigésima Novena de la demanda reformada. "Trigésima Novena Pretensión: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. -EPM- al ordenar, iniciar y ejecutar la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD-, violando sus obligaciones contractuales, sin especificaciones, estudios geológicos e hidrológicos necesarios y suficientes, lo hizo por su cuenta, razón por la que su construcción y riesgos son de su responsabilidad exclusiva."

116 Ver Pretensión Cuadragésima reformada. "Cuadragésima Pretensión: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. -EPM-, incurrió en incumplimiento del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, al ejecutar contrariando las reglas del arte y las buenas prácticas de la ingeniería, la construcción de la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD-

117Ver Pretensión Cuadragésima Primera reformada. "Cuadragésima Primera Pretensión: Declarar que el colapso acaecido en la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD-, no es un evento excusable bajo el Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011."

118 Ver Pretensión Cuadragésima Segunda de la demanda reformada. "Cuadragésima Segunda Pretensión: Declarar que los desplazamientos de las fechas finalmente señaladas y acordadas por las partes en el Acta de Modificación Bilateral -AMB- No. 10 de 29 de agosto de 2017 al Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, para la realización del Hito 7, y consecuentemente, de los Hitos 8 y 9, en virtud del colapso acaecido en la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD, tienen como origen la culpa de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. -EPM- al no acreditar su cumplimiento en la forma, fecha máxima acordada y conforme a lo estipulado en el Contrato, y/o al ejecutarla contrariando las reglas del arte y las buenas prácticas de la ingeniería, sin estar contemplada en los diseños y especificaciones entregados

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

que se declare que EPM está obligada a mantener indemne a Hidroituango de todas las consecuencias del colapso del SAD y el GAD¹¹⁹.

391. Finalmente pretende que se declare que EPM está Obligada a asumir los costos, sobrecostos, mayores costas y gastos de toda naturaleza por causa del GAD y el SAD¹²⁰.

b) Sobre el cumplimiento de los hitos 8 y 9

392. La parte Convocante pretende que se declare el incumplimiento contractual de EPM por no ejecutar dentro del plazo el hito 8¹²¹ y el hito 9¹²², así como por no ejecutar la construcción para la entrada en operación comercial del Grupo 1 de unidades¹²³, y solicita que se declare que EPM no acreditó ante el representante legal de Hidroituango el cumplimiento de los hitos 8 y 9,¹²⁴ situación que según la Convocante,

por HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.–HIDROITUANGO S.A. E.S.P.-, y/o en la licencia ambiental inicialmente concedida, y/o sin los estudios geológicos e hidrológicos necesarios y suficientes del macizo donde la construyó, por cuanto tales diseños y especificaciones, estudios geológicos e hidrológicos no la contemplaron, ni dicha licencia contempló, ni autorizó la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche"."

119Ver Pretensión Cuadragésima Tercera de la demanda reformada. "*Cuadragésima Tercera Pretensión: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–, en virtud del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, está obligada a mantener indemne a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P –HIDROITUANGO S.A. E.S.P., en los términos contractuales y legales, de todas las consecuencias y efectos del colapso en la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de y Desviación- GAD-.*"

120Ver Pretensión Cuadragésima Cuarta de la demanda reformada. "*Cuadragésima Cuarta Pretensión: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. – EPM–, está obligada a asumir los costos, "sobrecostos"; mayores costos y gastos de toda naturaleza, incluidos los financieros por causa u ocasión de la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD-, así como los de su colapso hasta su completa superación y restitución, incluyendo, y sin limitarlos, el valor de los deducibles y de las sumas no reparadas por las compañías aseguradoras conforme a las pólizas en los que es beneficiaria, y a la transacción que celebró con las mismas, por la cual, se le pagó la suma de \$4.362.621.484.096,833."*

121 Ver Pretensión Cuadragésima quinta de la demanda reformada. "*Cuadragésima Quinta Pretensión: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. – EPM– incurrió en incumplimiento del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, por no ejecutar, dentro del plazo cierto y máximo contractualmente acordado para ello, el Hito 8, en la forma, manera y conforme a lo estipulado por las partes, ni acreditar su cumplimiento."*

122 Ver Pretensión Cuadragésima sexta de la demanda reformada. "*Cuadragésima Sexta Pretensión: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM– incurrió en incumplimiento del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, por no ejecutar, dentro del plazo cierto y máximo contractualmente acordado para ello, el Hito 9, en la forma, manera y conforme a lo estipulado por las partes, ni acreditar su cumplimiento."*

123 Ver Pretensión Cuadragésima séptima de la demanda reformada. "*Cuadragésima Séptima Pretensión: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM– incurrió en incumplimiento del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, por no ejecutar la construcción para la entrada en Operación Comercial del Grupo 1 de Unidades, dentro del plazo contractualmente acordado para ello, en la forma, manera y conforme a lo estipulado entre las partes, ni acreditar su cumplimiento."*

124Ver Pretensión Cuadragésima octava de la demanda reformada. "*Cuadragésima Octava Pretensión: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. – EPM–, no acreditó ante el Representante de Hidroituango en la oportunidad, forma, fecha máxima acordada y conforme a lo estipulado en el Contrato BOOMT, el cumplimiento de los Hitos 8 y 9, que debía ejecutar durante la Etapa de Construcción."*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

tuvo origen en la culpa de EPM¹²⁵, o que en subsidio, que la modificación efectuada por las partes en la Cláusula 4.02, (ix) y el numeral 3.3. del Anexo 6.12 del Contrato BOOMT sólo se hizo para la aplicación de las cláusulas penales de apremio.¹²⁶

393. Por su parte, la Convocada presentó en la demanda de reconvenición pretensiones dirigidas a que se declare que la contingencia ocurrida en Hidroituango constituye un evento excusable de acuerdo con el contrato,¹²⁷ y que como consecuencia de dicha declaración, se declare que EPM se encuentra excusada del cumplimiento oportuno del cronograma de los hitos 7, 8 y 9¹²⁸, por lo que EPM no se sujetó de la imposición de las cláusulas penales de apremio¹²⁹, ni está obligada a asumir ninguna consecuencia económica derivada de la contingencia.¹³⁰

394. También solicita que se declare que la contingencia constituye una materialización del riesgo de diseño y especificaciones;¹³¹ y que como consecuencia de la pretensión 3 se declare que EPM no está obligada al cumplimiento oportuno de los hitos 7, 8, 9 y 10,¹³² ni es sujeto de la imposición de las cláusulas penales de

125 Ver Pretensión Cuadragésima Novena de la demanda reformada "Cuadragésima Novena Pretensión: Declarar que el desplazamiento de la fecha máxima acordada en el Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011 modificada con el Acta de Modificación Bilateral -AMB- No. 10 de 29 de agosto de 2017, para la realización de los Hitos 8 y 9, que debía ejecutar EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. -EPM-, durante la Etapa de Construcción, al no acreditar en la fecha máxima pactada su cumplimiento ante el Representante de Hidroituango, tiene origen en su culpa, salvo que demuestre lo contrario."

126 Ver Pretensión subsidiaria a la pretensión Vigésima Séptima de la demanda reformada. "Subsidiaria a la Cuadragésima Novena Pretensión: Declarar que en cuanto refiere a los Hitos 8 y 9, lo acordado por las partes en la Cláusula 4.02, (ix) y el numeral 3.3. del Anexo 6.12 del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, a cuyo tenor "los desplazamientos de las fechas señaladas en el Contrato para la realización de los Hitos que tengan como origen la culpa del Contratista, no eximirán al Contratista de la aplicación de las Cláusulas Penales de Apremio", se acordó exclusivamente para la aplicación de las Cláusulas Penales de Apremio, y se limita a ésta."

127 Ver Pretensión 1 de la demanda de reconvenición reformada. "1. Que se declare que la Contingencia ocurrida en el Proyecto Hidroeléctrico Ituango, que construye EPM en virtud del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011 entre HIDROITUANGO y EPM ITUANGO, y cedido por este último a EPM el 19 de enero de 2013, constituye un Evento Excusable de acuerdo con lo dispuesto en las Cláusulas 1.02 y 6.13 de dicho contrato."

128 Ver Pretensión 2.1 de la demanda de reconvenición reformada. "2. Que como consecuencia del Evento Excusable pedido en la pretensión 1, se declare que EPM: 2.1. Se encuentra excusada del cumplimiento oportuno, de acuerdo con lo previsto en el Cronograma Director y el AMB 10, de los Hitos 7, 8, 9 y 10 del Contrato BOOMT, de conformidad con lo establecido en el numeral (i) de la Cláusula 6.13 de dicho contrato."

129 Ver Pretensión 2.2 de la demanda de reconvenición reformada. "2. Que como consecuencia del Evento Excusable pedido en la pretensión 1, se declare que EPM: 2.2. No es sujeto de la imposición de las Cláusulas Penales de Apremio previstas en la Cláusula 4.09 del Contrato BOOMT por el no cumplimiento de los Hitos 7, 8, 9 y 10, y, por lo tanto, no está obligada a asumir pago alguno a favor de HIDROITUANGO por ese concepto, de acuerdo con lo previsto en el numeral (iii) de la Cláusula 6.13 de este contrato."

130 Ver Pretensión 2.3 de la demanda de reconvenición reformada. "2. Que como consecuencia del Evento Excusable pedido en la pretensión 1, se declare que EPM: 2.3. No está obligada a asumir ninguna consecuencia económica adversa derivada de la Contingencia, incluyendo, pero sin limitar, la pérdida de las obligaciones de energía en firme asignadas -OEF-."

131 Ver Pretensión Tercera de la demanda de reconvenición reformada. "3. Que se declare que la Contingencia constituye la materialización del riesgo de la Etapa de Construcción denominado "diseños y especificaciones" a cargo de HIDROITUANGO, contenido en la Cláusula 6.14 y su Anexo -Matriz de Riesgos- del Contrato BOOMT."

132 Ver Pretensión Cuarta de la demanda de reconvenición reformada. "4. Que, como consecuencia de la pretensión 3, se declare que: 4.1. EPM no está obligada al cumplimiento oportuno, de acuerdo con lo previsto en el Cronograma Director y el AMB 10, de los Hitos 7, 8, 9 y 10 del Contrato BOOMT."

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

apremio¹³³, y que Hidroituango es responsable de asumir todos los costos, gastos e indemnizaciones derivados de la contingencia¹³⁴.

395. Por otro lado, pretende que se declare que en caso de que la contingencia no obedece a la materialización del riesgo de diseños, se declare que obedece al riesgo de errores en subcontratistas vigentes¹³⁵, y que en consecuencia, EPM no está obligada al cumplimiento de los Hitos 7,8, 9 y 10 del Contrato¹³⁶, ni es sujeto de las cláusulas penales de apremio¹³⁷, y que Hidroituango es responsable de asumir todos los costos, gastos e indemnizaciones derivados de la contingencia¹³⁸.

396. En subsidio de las pretensiones 3 y 5 de la demanda de reconvención solicita que se declare que la contingencia constituye un riesgo no identificado¹³⁹ y que como consecuencia de lo anterior, nuevamente EPM no está obligada cumplir con los hitos 7,8, 9 y 10¹⁴⁰, que no es sujeto de las cláusulas penales de apremio¹⁴¹ y que por tanto se trata de un mayor valor del contrato¹⁴²

133 4. Que, como consecuencia de la pretensión 3, se declare que: 4.2. EPM no es sujeto de la imposición de las Cláusulas Penales de Apremio previstas en la Cláusula 4.09 del Contrato BOOMT por el no cumplimiento de los Hitos 7, 8, 9 y 10, y, por lo tanto, no está obligada a asumir pago alguno a favor de HIDROITUANGO por ese concepto.

134 "4. Que, como consecuencia de la pretensión 3, se declare que: 4.3. HIDROITUANGO es responsable, en términos del Contrato BOOMT, de "asumir todos los costos, gastos e indemnizaciones" derivados de la Contingencia en el Proyecto Hidroeléctrico Ituango, en cuanto asumió el riesgo de la Etapa de Construcción denominado "diseños y especificaciones", de acuerdo con las Cláusulas 6.09 numeral (xxi), 6.14 y su Anexo -Matriz de Riesgos- del Contrato BOOMT."

135 5. Que, de declararse que la Contingencia no obedece a la materialización del riesgo de la Etapa de Construcción denominado "diseños y especificaciones", se declare que la Contingencia constituye la materialización del riesgo de la Etapa de Construcción denominado "errores en subcontratistas vigentes" a cargo de HIDROITUANGO, contenido en la Cláusula 6.14 y su Anexo -Matriz de Riesgos- del Contrato BOOMT.

136 6. Que, como consecuencia de la pretensión 5, se declare que:

6.1. EPM no está obligada al cumplimiento oportuno, de acuerdo con lo previsto en el Cronograma Director y el AMB 10, de los Hitos 7, 8, 9 y 10 del Contrato BOOMT.

137 6. Que, como consecuencia de la pretensión 5, se declare que: 6.2. EPM no es sujeto de la imposición de las Cláusulas Penales de Apremio previstas en la Cláusula 4.09 del Contrato BOOMT por el no cumplimiento de los Hitos 7, 8, 9 y 10, y, por lo tanto, no está obligada a asumir pago alguno a favor de HIDROITUANGO por ese concepto.

138 6. Que, como consecuencia de la pretensión 5, se declare que:

6.3. HIDROITUANGO es responsable, en términos del Contrato BOOMT, de "asumir todos los costos, gastos e indemnizaciones" derivados de la Contingencia en el Proyecto Hidroeléctrico Ituango, en cuanto asumió el riesgo de la Etapa de Construcción denominado "diseños y especificaciones", de acuerdo con las Cláusulas 6.09 numeral (xxi), 6.14 y su Anexo -Matriz de Riesgos- del Contrato BOOMT.

139 7. Que, si el Tribunal considera que las pretensiones 3 y 5 no tienen vocación de prosperidad, se declare que la Contingencia constituye la materialización de un riesgo no identificado, en los términos del inciso segundo de la Cláusula 6.14 del Contrato BOOMT.

140 8. Que, como consecuencia de la pretensión 7: 8.1. Se declare que EPM no está obligada al cumplimiento oportuno, de acuerdo con lo previsto en el Cronograma Director y el AMB 10, de los Hitos 7, 8, 9 y 10 del Contrato BOOMT.

141 8. Que, como consecuencia de la pretensión 7:8.2. Se declare que EPM no es sujeto de la imposición de las Cláusulas Penales de Apremio previstas en la Cláusula 4.09 del Contrato BOOMT por el no cumplimiento de los Hitos 7, 8, 9 y 10, y, por lo tanto, no está obligada a asumir pago alguno a favor de HIDROITUANGO por ese concepto.

142 8. Que, como consecuencia de la pretensión 7: 8.3. Se ordene aplicar el inciso segundo de la Cláusula 6.14 del Contrato BOOMT, en cuanto dice que "los efectos económicos que ocasione cualquier riesgo no identificado a la Fecha de Firma del Contrato, no asignado en la Matriz de Riesgos y que se materialice durante la Etapa de Construcción, serán cargados como un mayor valor del Proyecto, para efectos del cálculo de la Remuneración establecido en la cláusula 2.04(i)".

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

397. Finalmente, en subsidio también pretende que si no se trata de un evento excusable, se declare que la contingencia no deviene de un incumplimiento negligente de EPM¹⁴³, por lo que como consecuencia de lo anterior, EPM no está obligada a cumplir con los hitos 7,8, 9 y 10¹⁴⁴, que no es sujeto de las cláusulas penales de apremio¹⁴⁵ ni a las consecuencias económicas adversas de la contingencia, incluyendo, sin limitar, la pérdida de las obligaciones de energía en firme asignadas-OEF.¹⁴⁶

398. Dados los argumentos presentados por ambas partes, el Tribunal procederá a analizarlos por asuntos temáticos, empezando por la naturaleza y carácter vinculantes de los hitos 7, 8, 9 y 10 del Contrato BOOMT, para luego entrar a analizar el cumplimiento de estos y si existieron motivos que hubiesen justificado el no cumplimiento de los tiempos previstos para cada uno de ellos.

c) Naturaleza y Carácter vinculante de los hitos 7, 8, 9 del Contrato BOOMT.

399. No discrepan las partes en relación con el hecho de que los hitos 7, 8 y 9 no se cumplieron en las fechas convenidas y modificadas por el AMB 10. La controversia entre las partes con relación a la naturaleza de los hitos se puede resumir en el hecho de que mientras que Hidroituango estima que las obligaciones de EPM son obligaciones de resultado consistentes en cumplir con los avances de la obra en las fechas acordadas, para EPM las obligaciones relacionadas con los hitos 7, 8 y 9 son de medio, y por tanto se limitaban a desplegar todos los esfuerzos necesarios para su ejecución.

400. Como ya se indicó de manera general al resolver la décima cuarta pretensión de la demanda reformada, el Tribunal encuentra que las obligaciones de cumplimiento de los hitos 7,8 y 9 son de resultado, por las consideraciones que ya se mencionaron en este laudo. Sin embargo, el Tribunal recalca que, independientemente de la naturaleza de las obligaciones asumidas por las partes, ello no supone que sean causales de exoneración de responsabilidad por incumplimiento si sobre ellas acaecen alguno de los fenómenos previstos en la ley o en el contrato, como lo son la fuerza

143 9. Que, de declararse que la Contingencia no es un Evento Excusable, se declare que aquella no deriva de un incumplimiento negligente de las obligaciones a cargo de EPM establecidas en el Contrato BOOMT, y, por tanto, no es atribuible a EPM a título de culpa.

144 10. Que, como consecuencia de la pretensión 9, se declare que EPM: 10.1. EPM no está obligada al cumplimiento oportuno, de acuerdo con lo previsto en el Cronograma Director y el AMB 10, de los Hitos 7, 8, 9 y 10 del Contrato BOOMT.

145 10. Que, como consecuencia de la pretensión 9, se declare que EPM:

10.2. No es sujeto de la imposición de las Cláusulas Penales de Apremio previstas en la Cláusula 4.09 del Contrato BOOMT por el no cumplimiento de los Hitos 7, 8, 9 y 10, y, por lo tanto, no está obligada a asumir pago alguno a favor de HIDROITUANGO por ese concepto.

146 10. Que, como consecuencia de la pretensión 9, se declare que EPM:

10.3. No está obligada a asumir ninguna consecuencia económica adversa de la Contingencia, incluyendo, pero sin limitar, la pérdida de las obligaciones de energía en firme asignadas -OEF-.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

mayor o el caso fortuito, situación que será objeto de análisis más adelante por el Tribunal.

401. Se reitera que las obligaciones de medio son aquellas en que la prestación o compromiso adquirido por el deudor para con el acreedor, se fundamenta en poner todos los medios que sean necesarios para conseguir un resultado que no se garantiza, el resultado en sí mismo no hace parte de la prestación debida, de manera que, si no se obtiene dicho resultado, pero el deudor puso todos los medios necesarios para su logro, no puede decirse que hay incumplimiento de la obligación. Por el contrario, en las obligaciones de resultado su obtención o resultado forma parte de la prestación debida por el deudor al acreedor, de manera que de no conseguir el resultado implica su incumplimiento y que la importancia de la calificación tiene que ver con la carga de la prueba.

402. De acuerdo con el Contrato BOOMT, los Hitos son definidos como:

*"Todos y cada uno de los eventos que se describen en los Hitos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 que representan una fecha importante en el programa de ejecución de la Hidroeléctrica y **que deben ser cumplidos en las oportunidades previstas en el presente Contrato.**"¹⁴⁷ (resaltado fuera del texto)*

403. De igual manera, el contrato prevé que los hitos 7,8,9 y 10 tienen el siguiente contenido:

"Hito 7: Es el cierre de las compuertas de desviación y el inicio del llenado del embalse lo cual deberá ocurrir a más tardar el 1 de marzo de 2018.

Hito 8: Es la entrada en Operación Comercial de la Unidad 4 lo cual deberá ocurrir a más tardar el 27 de septiembre de 2018.

Hito 9: Es la entrada en Operación Comercial de la Unidad 1 lo cual deberá ocurrir a más tardar el 24 de junio de 2019.

Hito 10: Es la entrada en Operación Comercial de la Unidad 8 lo cual deberá ocurrir a más tardar el 24 de junio de 2022."¹⁴⁸

404. También, como ya se indicó al decidir sobre la décima séptima pretensión de la demanda reformada, de acuerdo con el numeral (x) del artículo 4.02 del Contrato BOOMT, es obligación de EPM acreditar ante Hidroituango el cumplimiento de los Hitos.

147 Ver definición de hito. Página 15 del Contrato BOOMT.

148 Ibidem.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

405. Con relación al carácter vinculante de los plazos y términos fijados en el Contrato, el numeral (xi) del artículo 4.02 del Contrato BOOMT prevé lo siguiente:

"(xi) Realizar y concluir la Construcción y Montaje de las Obras que deben llevarse a cabo en la Etapa de Construcción, lo cual deberá llevarse a cabo de una manera continua y diligente, cumpliendo con los Parámetros Técnicos y en los términos, condiciones y plazos establecidos en este Contrato;"

406. De lo anterior, se concluye que en efecto era obligación de EPM el cumplimiento de los términos y los plazos incluidos en el contrato, incluyendo los hitos fijados en el contrato por las partes.

407. El Tribunal, conforme a lo ya expuesto, no encuentra vocación de prosperidad en la excepción que presentó EPM a las pretensiones de la demanda principal reformada relacionadas con el acusado incumplimiento de los Hitos 7, 8 y 9, en el sentido de que las obligaciones asumidas por EPM constituyeron obligaciones de medio y no de resultado, por cuanto "[...] EPM se obligó a desarrollar ciertas actividades en unas fechas determinadas, denominadas Hitos, para lo cual debía desplegar todos los esfuerzos necesarios para su ejecución."¹⁴⁹.

408. De la redacción de todas las obligaciones plasmadas en el contrato BOOMT, así como de las declaraciones que fueron escuchadas en audiencia, se desprende que el entendimiento de las partes no era que EPM debía hacer todo lo posible por obtener el cumplimiento de los hitos, sino que se obligaba a lograr que los hitos se ejecutaran en las fechas indicadas. Así, por ejemplo, la definición de hito en su redacción no indica que hubiera obligación de adelantar gestiones para lograr su cumplimiento dentro de los plazos previstos, sino que establece que los mismos "[...] *deber ser cumplidos* [...]". También encuentra el Tribunal que la obligación bajo el xi) a cargo de EPM está redactada en términos de realizar y construir las obras en los plazos establecidos en el contrato, con lo cual- nuevamente- se desprende que la intención era el logro del resultado y no simplemente el despliegue de esfuerzos dirigidos a la obtención de dicho resultado.

409. Para disipar cualquier cuestionamiento sobre la naturaleza de obligación de resultado del cumplimiento de cada uno de los Hitos pactados, el Tribunal destaca el acuerdo de lo plasmado en la cláusula 4.09, por cuya virtud, el no cumplimiento en la entrega de los hitos 1 a 9 en los plazos previstos, daba lugar a las Cláusulas Penales de Premio de Hitos:

149 Ver Contestación de la demanda principal reformada. Página 194.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

"4.09. Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos.

(i) En relación con las Cláusulas Penales de Apremio para los Hitos 1 a 9 inclusive cuyo cumplimiento deba verificarse en la Etapa de Construcción se procederá de la siguiente manera:

(a) Hidroituango podrá liquidar por cada Día de Incumplimiento y hasta la fecha en la que se verifique el cumplimiento del Hito de que se trate, en los términos previstos en este Contrato ("I "Plazo Incumplido"), a título de Cláusula Penal de Apremio, la suma que corresponda a la multiplicación de ciento cincuenta (150) SMML V por el factor que se relaciona a continuación, dependiendo del Plazo Incumplido transcurrido hasta el respectivo Día de Incumplimiento:

MAGNITUD DEL RETRASO	MAGNITUD DEL APREMIO DIARIO
Por los primeros tres (3) Meses	Multa de Apremio Diaria Etapa x 1
Por los siguientes tres (3) Meses a partir del cuarto (4º) Mes	Multa de Apremio Diaria Etapa x 1.5
Por los siguientes tres (3) Meses a partir del séptimo (7º) Mes	Multa de Apremio Diaria Etapa x 2
Por los siguientes tres (3) Meses a partir del décimo (10º) Mes	Multa de Apremio Diaria Etapa x 2.5
Del décimo tercer (13º) Mes en adelante	Multa de Apremio Diaria Etapa x 3

(b) Si los Hitos posteriores al Hito que generó las Cláusulas Penales de Apremio previstas en el literal (a) anterior, no son cumplidos en tiempo por el Contratista pero no son retrasados por un período superior al Plazo Incumplido que ya había sido generado por el incumplimiento de un Hito anterior, Hidroituango no impondrá nuevas Cláusulas Penales de Apremio al Contratista;

(c) Si, por el contrario, los Hitos posteriores a uno o varios Hitos que generaron las Cláusulas Penales de Apremio conforme a lo previsto anteriormente, no son cumplidos en tiempo por el Contratista y son retrasados por un período superior al Plazo Incumplido de los Hitos que sufrieron retraso, Hidroituango podrá exigir que el Contratista pague una

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

suma equivalente a ciento cincuenta (150) SMML V por cada Día de Incumplimiento adicional a los Plazos Incumplidos de los Hitos anteriores a título de Cláusula Penal de Apremio, hasta la fecha en la que se verifique el cumplimiento del Hito de que se trate, en los términos previstos en este Contrato;

(ii) La obligación de pagar las Cláusulas Penales de Apremio por incumplimiento de Hito que deban cumplirse dentro de la Etapa de Construcción, sólo surgirá si el Representante de Hidroituango verifica el incumplimiento de las obligaciones del Contratista relacionadas con el Hito 9 en la fecha establecida para su cumplimiento;

(iii) De verificarse el incumplimiento establecido en el numeral anterior, las Cláusulas Penales de Apremio por incumplimiento de Hitos que deban cumplirse dentro de la Etapa de Construcción podrán ser, a opción del Contratista, pagados o considerados como un menor valor del costo del Proyecto para efectos del cálculo de la Remuneración. En el evento en que el Contratista decida que se causen como menor valor del costo del Proyecto para efectos del cálculo de la Remuneración, los mismos deberán ser tenidos en cuenta por la Firma de Auditoría como una Variable Etapa de Construcción en el momento en que ésta última certifique el valor real de la inversión de cara al cálculo de la Remuneración para Hidroituango una vez finalice la Etapa de Construcción.”

410. También está probado que las partes celebraron el Acta de Modificación Bilateral (AMB) número 10 el 29 de agosto de 2017. En dicho documento se lee, que como parte de las consideraciones para modificar el contrato estuvo una comunicación de junio de 2017, en la que se reconoció la existencia de atrasos de alrededor de 20 meses en la entrada en operación comercial de las primeras cuatro unidades de generación, situación por la que se solicitaba modificar las fechas de cumplimiento de los hitos 7,8 y 9 del Contrato BOOMT.

411. En dicho documento se acreditó que las nuevas fechas de cumplimiento de los hitos eran las siguientes:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Hito	Descripción del Hito contrato BOOMT	Fecha original Contrato BOOMT	Fecha modificada en el contrato BOOMT
7	Cierre de las compuertas de desviación y el inicio del llenado del embalse	01/03/2018	01/07/2018
8	Entrada en Operación Comercial de la Unidad 4	27/09/2018	28/11/2018
9	Entrada en Operación Comercial de la Unidad 1	24/06/2019	28/08/2019

412. De igual manera en dicha comunicación se hace mención al Plan de Aceleración de Obras, respecto del cual indicaron lo siguiente: *"Por último, teniendo en cuenta la incidencia positiva que tiene el plan de aceleración de obras para la recuperación de atrasos sobre la entrada en operación comercial de las unidades de generación 5, 6, 7 y 8 EPM informa a HI que realiza todos sus mayores esfuerzos para lograr adelantar la entrada en operación comercial de dichas unidades."*¹⁵⁰

413. También se encuentra probado que fue EPM, junto con sus contratistas, en particular CCC Ituango, quienes adelantaron el Plan de Recuperación de Atrasos o Plan de Aceleración de Obras. Así lo estableció el informe de justificación de la modificación de los plazos de los hitos 7, 8 y 9, documento que le presta plena credibilidad al Tribunal pues se trata de un archivo elaborado por el propio EPM y cuyo tenor literal expresa lo siguiente:

"Todos los impactos sobre el programa de construcción del proyecto obligaron a EPM a concertar con el Contratista CCC Ituango un plan de aceleración de obras para recuperar los atrasos del proyecto, sobre la base de IÓ dispuesto en el literal ii) del numeral 6.-5 - Principios de mitigación y efectos de la materialización de riesgos del contrato BOOMT, que indica "En el caso de los riesgos asignados a Hidroituango o a ambas Parles, pero que el Contratista está en mejor posición de controlar, éste deberá hacer todos los esfuerzos razonables, incluyendo las erogaciones razonables para su reparación o mitigación y'. en el caso de su materialización, podrá trasladar a Hidroituango, en la proporción que le corresponda, los costos razonables en que haya incurrido bajo esta cláusula mediante: (a) su inclusión en las Variables Etapa de Construcción para efectos del cálculo establecido en la cláusula 2.04(i); o (b) mediante la aplicación, de los Mecanismos de

¹⁵⁰ Ver consideraciones 12 del AMB 10.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Compensación establecidos en las cláusulas: 2.05(ii) o 2.05(iii), según corresponda;". "

Como resultado de lo anterior, desde agosto de 2014 EPM ordenó la construcción de galerías como parte de estrategias para acelerar el cronograma de ejecución, de manera que se lograrán independizar algunos frentes de obra subterráneos con las excavaciones a cielo abierto, facilitando además la ejecución de actividades en forma simultánea.

El 21 de noviembre de 2014, como resultado de la mesa de aceleración que se instauró para buscar estrategias en búsqueda de recuperar los atrasos del proyecto, EPM encontró viable un nuevo programa de ejecución presentado preliminarmente por el Contratista, el cual incluía la revisión y actualización de las cantidades de obra originales, los rendimientos y tiempos de ejecución, así como cantidades, actividades y obras adicionales consideradas en las estrategias de aceleración inicialmente estudiadas."151

414. En dicho documento también se hace una indicación de que los tiempos eran de carácter obligatorio, lo cual establece:

"igualmente, a pesar de que. la entrada en operación comercial de las unidades de generación Nos. 3 y .2 no hacen parte de loº 10 Hitos de obligatorio cumplimiento del contrato BOOMT, dada la relación de precedencia y entrega secuencial de dichas unidades, se informa a Hidroituango que las fechas de cumplimiento de las actividades 362 y 364 del Programa Director del Proyecto, se cumplirán a más tardar en las siguientes fechas:

Actividad	Descripción del Hito Contrato BOOMT	Fecha original en Contrato BOOMT	Fecha propuesta de modificación en el Contrato BOOMT
362	Entrada en Operación Comercial de la Unidad 3	26/12/2018	28/02/2019
364	Entrada en Operación Comercial de la Unidad 2	26/03/2019	28/05/2019

415. En su demanda de reconvención EPM no pretende en ningún momento que se desconozca el carácter obligatorio del cumplimiento de los hitos 7, 8 y 9 dentro de los

151 Ver página 7 del informe de justificación.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

plazos acordados, sino que se indica, únicamente, que existieron eventos excusables que hacen que dicho incumplimiento se encontraba excusado.

416. Por su parte EPM, indicó que dicha entidad había dejado salvedades al Cronograma Director relacionadas con que dicho Proyecto no contempló contingencias, por lo que si existía una contingencia, entonces no se podría cumplir el Programa en la forma inicialmente prevista y que el cumplimiento de dicho cronograma dependía del cumplimiento del Contrato de Vías y de las otras actividades del proceso de contratación de las obras de desviación, interventoría de obras principales y los campamentos para la construcción, a cargo de Hidroituango.¹⁵²

417. Sin embargo, como ya se indicó anteriormente, el Tribunal no estima (i) que dicha salvedad provenga de EPM como contratista en el contrato BOOMT y, (ii) que tenga como resultado eximir a EPM del cumplimiento de las obligaciones que adquirió en virtud de la suscripción del Contrato BOOMT, especialmente la de cumplir con los hitos fijados en las fechas establecidas.

418. A esta conclusión se llega por los siguientes motivos:

- Primero, porque el Contrato BOOMT no tiene salvedades y aquellas que EPM como interventora hizo en el contrato de diseños, no indican que las salvedades tuvieran ese efecto legal de exonerar del cumplimiento de los Hitos.
- Segundo, porque la propia salvedad no establece un carácter exculpatorio de la obligación.
- Tercero, por cuanto las partes ejecutaron multiplicidad de actos modificatorios del contrato, en los cuales partían de los atrasos que se presentaban, sin que en ninguna de las AMB se hiciera mención a la existencia de salvedades; por el contrario, lo que hubo fue la extensión del plazo en los casos en los que las partes encontraron motivos que justificaran dicho cambio.

419. Todo lo anterior, permite al Tribunal concluir que las pretensiones Vigésima, Vigésima Primera y Vigésima Segunda de la demanda reformada están llamadas a prosperar. Asimismo, que la excepción denominada "Excepción de inexistencia de incumplimiento culpable por parte de EPM" no prosperará, todo lo cual quedará consignado en la parte resolutive del laudo.

1.35. Análisis sobre si los eventos sucedidos constituyen un evento excusable en los términos del Contrato BOOMT.

¹⁵² Ver alegatos de conclusión de EPM. Página 12.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

420. El Tribunal encuentra probado, que existió un evento dentro del proyecto Hidroituango, consistente en el taponamiento de la galería auxiliar de desviación (GAD). Ahora, el tribunal procederá a analizar si dicha situación constituye lo que el Contrato BOOMT denomina un evento excusable.

421. Las Partes regularon las características y efectos de los eventos excusables en la cláusula 6.13 del Contrato BOOMT, en los siguientes términos:

"6.13. Eventos Excusables. (i) Con sujeción a lo que se dispone más adelante, el Contratista e Hidroituango serán excusados del cumplimiento oportuno de sus obligaciones, siempre y cuando estén en la imposibilidad de cumplir o se encuentren impedidos de cumplir con sus obligaciones debido a un Evento Excusable y, además, la Parte que se encuentra afectada por el Evento Excusable dé aviso al representante de la otra Parte dentro de los cinco (5) Días siguientes a la ocurrencia del Evento Excusable. Cualquiera de las Partes que se encuentre ante un Evento Excusable deberá, en la medida en que las circunstancias que rodean el Evento Excusable lo permitan, adelantar sus mejores esfuerzos para mitigar los efectos de dicho Evento Excusable. En cualquier caso, tan pronto como la Parte afectada por un Evento Excusable sea capaz de reasumir el cumplimiento de sus obligaciones, debe dar pronto aviso por escrito del hecho al Representante de la otra Parte y deberá continuar de inmediato la ejecución de sus obligaciones; (ii) Cuando el Evento Excusable corresponda a actos malintencionados de terceros (tales como actos guerrilleros, actos de terrorismo, actos de sabotaje, asonadas, disturbio civil, sedición o insurrección) o de guerra que compelan al Contratista a abandonar el Sitio y, consecuentemente, impedir la ejecución del Contrato, Hidroituango tendrá derecho a recibir la Remuneración siempre y cuando el Contratista reciba una indemnización por lucro cesante conforme a lo establecido en las Pólizas de Seguros. En estos casos la indemnización se tendrá como los Ingresos Netos para la Liquidación del Proyecto y, por lo tanto, la Remuneración será igual al valor que arroje la aplicación del porcentaje determinado conforme a la metodología establecida para tal fin al valor neto de la indemnización recibida. En el caso de que el Contratista no logre obtener cobertura para lucro cesante porque el mercado de seguros no la ofrece en el momento, la excusa en el pago de la Remuneración se mantendrá por el tiempo en que el Contratista continúe con la necesidad de abandonar la Hidroeléctrica por las causas previstas anteriormente sin perjuicio de la configuración de Otros Eventos de Terminación; (iii) El Evento Excusable de que se trate únicamente excusará el incumplimiento de las obligaciones afectadas por el Evento Excusable y por el tiempo por el que perdure el Evento Excusable, quedando vigente la obligación de cumplir con

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

las obligaciones no afectadas por dicho Evento Excusable. Durante la ocurrencia de un Evento Excusable, no habrá lugar a la imposición de Cláusulas Penales de Apremio a cargo del Contratista; (iv) La ocurrencia de un Evento Excusable podrá ampliar el Plazo de Terminación o la aplicación de otro Mecanismo de Compensación establecido en el presente Contrato; (v) En caso que el Contratista sea afectado por un Evento Excusable que fuere un evento asegurado por las Pólizas de Seguros, deberá hacer la reclamación del siniestro tan pronto como sea posible después de la ocurrencia del mismo pero, en todo caso, dentro del plazo permitido por la Ley Aplicable; (vi) Salvo que Hidroituango ejerza su derecho a terminar anticipadamente los Contratos del Proyecto conforme a lo previsto en la cláusula 7.03(iii)(b) del presente Contrato y siempre que esté permitido bajo los Contratos Financieros, el Contratista deberá: (a) Proceder a reparar el daño ocasionado por el Evento Excusable con sus propios recursos mientras recibe el pago de la indemnización que la Compañía de Seguros Aceptable de que se trate reconozca por el siniestro ocurrido (quedando entendido que esta obligación del Contratista no quedará condicionada a que la Compañía de Seguros Aceptable de que se trate reconozca o no el siniestro); y (b) Dedicar los recursos pagados como indemnización por el siniestro al pago de daños o al reembolso de los dineros que hubieran sido cubiertos como consecuencia de los mismos, sin perjuicio de la obligación del Contratista de pagar, a costa del Proyecto el valor de la diferencia necesaria para reparar los Bienes del Proyecto que no hubieran sido asegurados o que no hubieran sido cubiertos por la indemnización efectivamente reconocida y pagada por la Compañía de Seguros Aceptable de que se trate.”

422. Del texto transcrito se desprende que el efecto que las partes le atribuyeron al acaecimiento de un Evento Excusable es que EPM se encontraría relevado del cumplimiento de sus obligaciones, siempre y cuando: i) dicho evento ponga en situación de imposibilidad de cumplir y ii) que EPM hubiera informado de dicha situación a Hidroituango en un término de 5 días desde el hecho.

423. De acuerdo con el artículo 6.01 del Contrato BOOMT, numeral (xlv), es obligación del contratista, cuando se presente un evento excusable:

(xlv) Elaborar y entregar información sobre la ocurrencia de un Evento Excusable, un Evento de Terminación causado por el Contratista, un Efecto Material Adverso, la ocurrencia de un evento de inhabilidad y/o incompatibilidad, según se disponga en las Disposiciones Aplicables (incluyendo el Artículo 44.4 de la Ley 142 de 1994) o de cualquier hecho o circunstancia que retrase las fechas para el cumplimiento de los Hitos que pueda causar o tener el efecto de causar o generar en el futuro un Evento

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

de Terminación causado por el Contratista o un Efecto Material Adverso. Dicha información deberá ser entregada dentro de los quince (15) Días Hábiles siguientes a la fecha en que el respectivo evento o circunstancia sea conocida por parte del Contratista;

424. Dentro de las definiciones previstas en el Contrato, un Evento excusable tiene el siguiente alcance:

"Evento Excusable: Es (i) en relación con las obligaciones del Contratista durante cualquiera de las Etapas cualquier evento de fuerza mayor o acto malintencionado de terceros; (ii) en relación con la emisión de los CERs a cargo del Contratista, la no declaración del Proyecto por parte del MA VDT como proyecto que contribuye al país en la búsqueda del desarrollo sostenible, la no aprobación de la metodología para el cálculo de la adicionalidad del Proyecto o la no obtención del registro del Proyecto por parte de la UNFCCC, en todos los casos anteriores por causas no atribuibles al Contratista; (iii) en relación con la declaración de Zona Franca, su no aprobación por causas no atribuibles al Contratista. En cualquier caso, para que un evento sea considerado Evento Excusable deberá cumplir con los siguientes requisitos: a) No ser imputable al Contratista; b) No haber concurrido con culpa de éste, sin la cual no se habría producido el perjuicio inherente al incumplimiento contractual; c) Ser irresistible, en el sentido de que no haya podido ser resistido y que haya colocado al Contratista - dominado por el acontecimiento - en imposibilidad absoluta, no simplemente en la dificultad o imposibilidad relativa de ejecutar la obligación; y d) Haber sido imprevisible, es decir, que no haya sido lo suficientemente probable para que el Contratista haya debido razonablemente precaverse contra él o que, siendo previsible, haya tomado todas las medidas que un buen hombre de negocios adoptaría ordinariamente en sus negocios propios para prevenir su realización o acontecimiento, teniendo en cuenta, sin embargo, que (x) en ningún caso un Conflicto Laboral que afecte exclusivamente al Contratista o la imposibilidad de contratar Personal del Contratista o de contar con Subcontratistas podrá alegarse como un Evento Excusable; que (y) en ningún caso la falta o imposibilidad de consecución de recursos para financiar el Proyecto podrá alegarse como un Evento Excusable; y (z) un evento excusable de un Subcontratista podrá ser considerado como un Evento Excusable bajo los Contratos del Proyecto si dicho evento cumple con lo dispuesto en esta definición. Para efectos de la definición de Evento Excusable se entiende por acto malintencionado de terceros, entre otros, todo acto guerrillero, acto de terrorismo, acto de sabotaje, asonada, sedición, insurrección o disturbio civil."

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

425. El Tribunal encuentra que para que un hecho tenga el tratamiento de un Evento Excusable, el mismo debe cumplir con cuatro requisitos, a saber: i) que no sea imputable al contratista; ii) que no se hubiera incurrido en culpa por parte del contratista; iii) que el evento sea irresistible, en el sentido de que el contratista esté en una situación de imposibilidad absoluta de cumplir; y iv) que sea imprevisible, es decir que no haya sido lo suficientemente probable para que el contratista hubiera tomado las medidas para prevenirlo.

426. En el presente caso, el Tribunal considera que el taponamiento del GAD no cumple con los mencionados requisitos, sobre todo, porque encuentra que el evento es atribuible a EPM, conforme se explica a continuación.

427. En el expediente se encuentra probado que el diseño original presentado por parte de Hidroituango a EPM, o a la persona que para ese momento ostentaba su posición contractual, no contemplaba la necesidad de adelantar el SAD ni el GAD.

428. Por ejemplo, el testimonio de Gabriel Guillermo Fernández, quien declaró en audiencia del 18 de julio de 2023, indicó que el SAD y el GAD no estaban contemplados inicialmente. Al respecto, el testigo dijo:

"Inicialmente no había Galería. En el proyecto inicial no había Galería Auxiliar de Desviación, no creo, porque vamos a hacer la desviación por los dos túneles. Y se hizo la desviación por los dos túneles. Y esos dos túneles funcionaron 4 años [...] Teníamos dos túneles y ese desvío se hizo en el año, esos túneles funcionaron desde 2014 al 2018. La Galería de Desviación se empezó a hacer por ahí, después, mucho después".

429. También lo indicó el testigo Santiago Cadavid, de INTEGRAL, en testimonio rendido en audiencia de 18 de julio 2023, quien afirmó:

"SANTIAGO CADAVID GARCÍA: Con posterioridad y como una obra extra se incluyó al contrato la construcción del Sistema Auxiliar de Desviación. Pero no era de los objetos iniciales, no estaba incluido en el objeto inicial la ejecución de túneles de desviación y, por el contrario, los mismos siendo parte de otra contratación que adelantó el cliente anticipadamente eran un, si se permite la expresión, entregable y eran un requisito para el inicio de la ejecución de las obras encomendadas a nosotros en el contrato que adelantamos.

... "PRESIDENTE: Cuando ustedes asumen la construcción de la Galería Auxiliar de Desviación, les entregaron diseños para el efecto, estudios del macizo en el que se iba a construir. Qué recibieron ustedes de EPM para asumir esa obra.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

25:49 SANTIAGO CADAVID GARCÍA: Mire, al igual que para la construcción de las demás partes de la obra, nos dieron los planos para la ejecución de estas obras. Los planos, como usted sabe, son es donde se plasma los diseños. Y nos entregaron, al igual que para los demás, los planos y las especificaciones técnicas que debíamos seguir. Bueno, realmente se debían aplicar las mismas especificaciones técnicas contenidas en nuestro contrato para las obras subterráneas en materia de especificaciones técnicas. Los planos nuevos, con su ubicación, su geometría, su longitud, su alineamiento, etc, la determinación del soporte que debía usarse contenida en los planos nos la entregaron para poder ejecutar esas obras.

No los diseños completos. Hay que entender que el plano no contiene la totalidad del diseño. El diseño es una actividad de mucha más profundidad y en los planos lo que se plasma es el resultado final de aquellos diseños.

27:01 PRESIDENTE: Les entregaron estudios geológicos del macizo en el que se iba a construir este nuevo túnel.

27:09 SANTIAGO CADAVID GARCÍA: No nos entregaron información geológica adicional.

27:14 PRESIDENTE: Cuando usted dice adicional a qué se refiere.

27:18 SANTIAGO CADAVID GARCÍA: A ver, en las especificaciones... Digamos en los documentos de nuestro contrato hay una información de caracterización geológica y geotécnica, es todo un capítulo de los términos de referencia de la licitación que forma parte luego del contrato, en donde hay una descripción de la caracterización geológica y geotécnica de la zona común todo, del macizo como un todo donde se van a alojar las obras.

Diferente a aquella que ya nos habían entregado en el proceso de licitación, no nos entregaron una nueva.

[...]

"Lo que sí recibimos nosotros para efectos de ser bien preciso, es que cuando uno va a iniciar un túnel y de acuerdo a las especificaciones, le entregan una previsión que hace el diseñador de los porcentajes de tipo de terreno que uno debe encontrarse en toda la longitud, no, no la ubicación de en qué parte se los va a encontrar, pero sí en qué proporción más o menos se van a encontrar. Y recuerdo que nos dijeron que iba a haber, pues no tengo, pues el plano con precisión o el detalle, pues con precisión, pero nos dijeron que iba a haber un porcentaje en terreno tipo 1, otro porcentaje tipo 2, otro tipo 3 y otro tipo 4. El de tipo 1 no representó y se presentó mayoritariamente terreno tipo 3 y terreno tipo 2 mayoritariamente. Encontramos unas zonas con un fracturamiento importante, pues marcado,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

que generaron una mayor dificultad al excavar, muy particularmente en la zona del colapso, que fueron clasificadas de acuerdo al sistema como terreno tipo 3 que no requirieron o no llegaron a la clasificación de tipo 4 para requerir para su soporte arco [31:31], etc y losa de piso que era la que se preveía como soporte adicional para el terreno tipo 4, sino que cumplió con la clasificación de terreno tipo 3. Pero sí encontramos una zona con un fracturamiento mayor al que encontramos en otras partes, al punto de que nos fue ordenado el empleo de unos elementos que creo que no se emplearon en otros túneles, que son unos pernos marchabante o de soporte. Bueno, sí se emplearon en otros túneles en los emboquilles que es muy normal, que en cualquier emboquilla cuando uno está frente a la cara de una montaña en el inicio lo más natural es que la roca esté más meteorizada, más degradadas si se quiere entender en términos de capacidad mecánica y se ponen unos pernos que son unas barras que se ponen dándole la forma al túnel, en la misma forma del túnel hacia adelante para que una vez se haga la perforación y voladura, el proceso de perforación y voladura previsto el túnel trata de conservar la forma allí, esto se usa cuando el terreno está, repito, con un nivel de fracturamiento o de meteorización superior. Esto estaba previsto de cualquier forma en las especificaciones técnicas que podía darse y así no lo ordenaron en esas zonas”

[...]

"PRESIDENTE: La decisión sobre el tipo de reforzamiento a utilizar, la utilización de pernos, de concreto lanzado y de otros elementos de reforzamiento, era una decisión entonces del diseñador o ustedes como constructores tenían algo de autonomía en esa decisión.

37:57 SANTIAGO CADAVID GARCÍA: No, la decisión es ciento por ciento autónoma del Diseñador. En un contrato por precios unitarios, uno no se auto receta, es decir, uno no se autogenera la obra a ejecutar, porque a uno le pagan cada perno por separado, cada metro cúbico de concreto por separado, en fin, cada unidad por separado. Entonces, entre otras cosas, pues digamos el modelo económico de contratación, impide, pues, que esto se dé en esta... Pero en particular es una decisión exclusiva del Diseñador”.

[...]

"14:48 APODERADO PARTE CONVOCANTE: Ingeniero, en relación con esas dos respuestas. Gracias Isabel, ya podemos. Quién tomó la decisión de desviar el río sin la instalación de las compuertas y de los elementos de control en los túneles desviación derecho e izquierdo.

15:01 SANTIAGO GARCIA CADAVID: EPM.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

15:04 APODERADO PARTE CONVOCANTE: Y quién les ordenó a ustedes digamos la ejecución o construcción de esa Galería Auxiliar de Desviación.

15:11 SANTIAGO GARCIA CADAVID: EPM.

15:12 APODERADO PARTE CONVOCANTE: Usted sabe, quién ordenó el diseño de esa Galería Auxiliar de Desviación.

15:18 SANTIAGO GARCIA CADAVID: Yo supongo que era EPM con el Diseñador, pues. Lo que allá siempre fue.”

430. También lo indicó el testimonio del señor JUAN FERNANDO MORALES VILLA, en audiencia de fecha 21 DE JUNIO DE 2023, al afirmar lo siguiente:

PRESIDENTA: Pero concretamente mi pregunta es, si les impusieron alguna sanción por haber iniciado las obras del Sistema Auxiliar de Desviación, las subterráneas a las que usted se refiere sin haber obtenido previamente la modificación de la licencia.

25:08 JUAN FERNANDO MORALES VILLA: Correcto. Sí, sí Doctora. Para el Sistema Auxiliar de Desviación la autoridad ambiental inicio un procedimiento sancionatorio en el año 2018 originado por una actuación de la Contraloría en el sentido de señalar que se habían iniciado las obras del Sistema Auxiliar de Desviación. Según la Contraloría, pues sin el trámite previo de la modificación de licencia y asociado a ese señalamiento de la Contraloría, la ANLA inició el procedimiento sancionatorio que nos llevó, pues hasta la multa, que se originó en diciembre del año 2020 y que fue pues en su momento demandada por el tema del inicio de las obras del Sistema Auxiliar de desviación. Es correcto, sí existe para el Sistema Auxiliar de Desviación.

26:09 JUAN FERNANDO MORALES VILLA: Sí señora, sí yo sé. La autoridad ambiental impuso una multa en diciembre del año 2020. Esa sanción tuvo un recurso de reposición en ese momento. Ese recurso de reposición se resolvió en el año 2021, la ANLA ratificó todo lo que había dicho en la Resolución original, la Resolución 2584. Y finalmente EPM procedió a demandar esa... Por nulidad pues ese acto administrativo o los actos administrativos pues asociados a ese procedimiento sancionatorio, de lo que al final el Tribunal Administrativo de Antioquia hace unos 3 meses tal vez, 4 meses, falló en primera instancia a favor de la empresa en el sentido pues de darle una razón frente a la demanda. Es decir, pues que en este momento la demanda tiene un primer fallo en el Tribunal Administrativo de Antioquia que seguramente fue apelado. No conozco pues el detalle jurídico en este momento del procedimiento. Pero sé que pues seguramente va ser

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

apelado por la autoridad ambiental, por la ANLA en este caso y de ahí, pues ya seguirá, como el trámite en segunda instancia.

431. Igualmente destaca el Tribunal la respuesta al hecho 161 de la demanda principal reformada en la cual EPM indica:

"Es parcialmente cierto. Es cierto que el SAD no se contempló en los diseños originales ni en la licencia ambiental inicialmente otorgada al Proyecto. Esta estrategia se requirió durante la ejecución de las obras, con la finalidad de evitar mayores atrasos a los presentados hasta el momento de su implementación, y lograr la puesta en operación de la Central para noviembre de 2018, de conformidad con el Cronograma Director."¹⁵³

432. Tal reconocimiento se encuentra ampliamente sustentado por las pruebas que obran en el expediente, como lo es el documento denominado "Acuerdo para incorporar las obras del SAD como parámetro técnico del proyecto." Documento en el cual se lee:

"Finalmente, luego de varios análisis técnicos, programáticos, económicos y de riesgos realizados por EPM con apoyo de la Asesoría, el grupo de Asesores externos de EPM (Board de Consultores), el Contratista CCC Ituango y la Interventoría, se llegó a la conclusión de que para poder cumplir la nueva meta de desviar el río a principios del año 2014, la mejor y única opción era desviar el río sin estructuras de cierre, pero conscientes de que era necesario construir más Adelante un tercer túnel de desviación, que aprovechara en gran medida el alineamiento del cuarto túnel de descarga de la central.

Esta solución de ingeniería, denominada GAD (Galería Auxiliar de Desviación), fue presentada a la Hidroeléctrica en varios comités de seguimiento al Contrato BOOMT en el segundo semestre de 2013, pero su presentación oficial se realizó el 3 de diciembre de 2013, en su estado de análisis y componentes de obra básicos, pero sin contar aún con la respectiva modelación hidráulica que permitiría definir las obras de detalle, dado que la misma no había sido aún ordenada. En el Anexo 1 se presenta un cuadro con las fechas en que la solución fue presentada por EPM a la Hidroeléctrica."¹⁵⁴

153 Véer página 70 de la contestación a la demanda principal.

154 Véer página 2 del pdf.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

433. Fue con posterioridad, dados los retrasos que habían tenido lugar a lo largo de la ejecución del contrato, que EPM, en ejercicio de sus facultades contractuales y en búsqueda del cumplimiento de sus obligaciones formuló el Plan Acelerado de Obras.

434. Está probado en el expediente, que las partes entraron en múltiples discusiones con relación a la forma en la que se debía incorporar las obras del SAD a la ejecución contractual, en la medida que se estudió si el mismo debía ser incorporado al contrato como un Parámetro Técnico del Contrato, o si simplemente se trataba de la ejecución de las facultades de EPM para realizar las obras necesarias y requeridas para cumplir con el objeto del Contrato BOOMT.

435. De acuerdo con la cláusula 2.01 del Contrato BOOMT, dentro de las obligaciones de EPM se encontraban las de:

"[...] (ii) realizar cualquiera y todas las actividades que sean necesarias, apropiadas, conexas o complementarias para llevar a cabo la Construcción y Montaje de las Obras, los Componentes y la Hidroeléctrica como un todo y para que ésta y cada uno de los Componentes que lo requieran entren en Operación Comercial en cumplimiento de los Parámetros Técnicos que resulten aplicables, incluyendo, aunque sin limitación: diseñar, planear, construir, adquirir y/o desarrollar todos los Componentes, los Materiales, las Obras y las demás obras materiales o intelectuales requeridas durante la Etapa de Construcción, de conformidad con el Cronograma Director; (iii) realizar cualquier actividad que sea necesaria o apropiada para que cada una de las Unidades y la Hidroeléctrica como un todo entren en Operación Comercial en o antes de la fecha establecida para tal fin en el Cronograma Director; [...]."

436. Al respecto es particularmente ilustrativa el acta No 177 de la Junta Directiva de Hidroituango, en la cual quedaron consignadas las razones por las cuales se optó por no suscribir el acta de modificación bilateral 11 al Contrato BOOMT. En dicho documento se lee:

Teniendo en cuenta que la justificación de dicho documento era la revisión de costos por parte de GAE al Sistema Auxiliar de Desviación- SAO, así como el análisis de la matriz de riesgos por parte de HIDROITUANGO, las partes acordaron que conforme al alcance del contrato con la Firma Auditora GAE y las obligaciones contenidas en el contrato BOOMT no es requisito la suscripción de dicho documento, por cuanto hace parte de las potestades de EPM E.S.P. realizar las obras necesarias y requeridas para cumplir con el contrato BOOMT dentro del plazo contractual sin requerir para ello una autorización por parte de HIDROITUANGO.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

En cuanto a la matriz de riesgos la finalidad es analizar las causas que dieron lugar a la ejecución de esta obra, cuantificarlas e identificar el responsable del riesgo, para lo cual no es requisito previo la inclusión de la obra mediante AMB. En este sentido, la inclusión de obras no contempladas en el diseño inicial mediante modificación al contrato desconoce el clausulado del BOOMT e impone cargas adicionales no contempladas que para el efecto requieren una modificación de fondo al BOOMT, cuya finalidad sea condicionar al contratista a solicitar autorización sobre todas las obras diferentes a las iniciales, encontrándose a la fecha el Proyecto en un avance de obras civiles de más del 80%.”

437. Obra en el expediente el acta 158 de la Junta Directiva de Hidroituango, por medio de la cual se autorizó el reconocimiento de los costos del Plan Acelerado de Obras, para que se incorpore dentro de los costos de inversión del proyecto Ituango. Como anexo de dicha acta se incluyó el documento denominado “Informe de justificación de implementación de estrategias de aceleración de obras del proyecto.”¹⁵⁵

438. En dicho documento se indicó lo siguiente:

“EPM, con el propósito de acelerar el programa de construcción de obras del proyecto, estableció con el Contratista de obras civiles principales unas estrategias enfocadas a viabilizar la meta de entrada en operación comercial de la primera unidad en noviembre de 2018. A continuación se presentan las estrategias que fueron concertadas y que se han implementado con el propósito de optimizar su efecto sobre el cronograma[...].”¹⁵⁶

439. En conclusión, no se cumple con el primer requisito para que pueda entenderse que la conducta adelantada por EPM es un evento excusable, en tanto se trata de una actividad imputable al contratista. Con ello bastaría para despachar desfavorablemente la pretensión de la demanda de reconvención. Sin embargo, también encuentra el Tribunal que la conducta de EPM no está exenta de culpa como se analizará más adelante.

440. El Tribunal tampoco encuentra que esté probado el requisito de que se hubiera tratado de un *evento imprevisible*, es decir que no haya sido lo suficientemente probable para que el contratista hubiera tomado las medidas para prevenirlo.

155 Ver página 7 del pdf.

156 Ver página 12 del pdf.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

441. Lo anterior, debido a que existen multiplicidad de pruebas que dan cuenta de que EPM conocía los riesgos de la medida ingenieril que había propuesto.

442. De acuerdo con el dictamen pericial aportado por HI y rendido por ingeniero Luis Ernesto Escobar, la junta de asesores de EPM consideró que la solución planteada constituye una operación poco ortodoxa, en los siguientes términos:

"Por lo anterior, consciente que el SAD implicaba cambios en estas características inmodificables, EPM remitió a LA HIDROELÉCTRICA, una comunicación referida con el asunto Tercer Túnel de Desviación, comunicación de EPM 2014000750 del 03 de enero de 2014.

[...]

Respecto a este documento, destaca el Perito que fue remitido el 03 de enero de 2014, es decir, antes que se realizará el desvío del río Cauca y antes que la Junta de Asesores, en el mes de abril de 2014 produjera su Informe N°4, donde calificaría la decisión referida a ejecutar la desviación por los túneles desprovistos de compuertas como una "operación poco ortodoxa sin precedentes" y determinará que eran necesarios estudios en detalle para definir "una alternativa factible para la realización del desvío final".

443. También recalca el experto que Hidroituango advirtió dicha circunstancia, en los siguientes términos:

"Así, ante la necesidad derivada de la decisión de EPM de construir un tercer túnel de desviación al haberse desviado el río Cauca por túneles carentes de compuertas, LA HIDROELÉCTRICA le advierte sobre las inquietudes técnicas que suscita la solución adoptada y la necesidad, apenas obvia, de resolver el análisis completo de los condicionantes de su implantación, que como todo nuevo diseño, exige de los estudios topográficos, geotécnicos, estructurales, y demás para que fuera construible.

A la vez, exige LA HIDROELÉCTRICA la necesidad de solicitar cambio ante la Autoridad Ambiental por la eliminación de la descarga de fondo que contemplaba el Sistema de Desvío original y en consecuencia la Licencia Ambiental vigente en ese momento; esto ya que el dispositivo que se diseñaría para hacer su veces en el tercer túnel de desviación, no tendría la capacidad de entregar ese caudal, parámetro que a su vez está regulado dentro de las características inmodificables pactadas en el Contrato BOOMT."

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

444. Como consecuencia de lo anterior, no es posible indicar que se trataba de eventos impredecibles, sino por el contrario, se trató de una decisión asumida por parte de EPM respecto de una serie de riesgos conocidos y que fueron asumidos, luego de determinar que cambiaría los diseños originales.

445. Dado que no se encuentra acreditado que se trate eventos excusables, el Tribunal negará la pretensión 1 de la demanda de reconvención, así como las pretensiones 2, 2.1, 2.2 y 2.3, de la misma demanda, al ser pretensiones consecuenciales de la primera.

446. Al tratarse de pretensiones cuyo contenido es el exactamente opuesto, el Tribunal declarará la prosperidad de la pretensión Cuadragésima Primera de la demanda principal. Dicha pretensión cuenta con una excepción formulada por EPM denominada "*La Contingencia constituye un evento excusable.*" La cual, por ser esencialmente igual a la pretensión novena de la demanda de reconvención de EPM, también será rechazada.

1.36. La pretensión Caudragésima Tercera de la demanda principal

447. Dado que se encuentra acreditado que la Contingencia es un hecho asociado a riesgos asumidos por EPM y también ocasionados, en el mejor de los escenarios de forma parcial, es claro que los efectos de dicho evento deben ser asumidos por tal extremo contractual.

448. Con respecto a la pretensión Cuadragésima Tercera, EPM formuló como excepción la que denominó "*violación a los principios de buena fe y de equilibrio económico del contrato*".

449. Al momento de contestar la demanda EPM también se opuso a esta pretensión (junto con un grupo de las solicitudes de HI), alegando que HI tuvo pleno conocimiento sobre la existencia del Plan Acelerado de Obras, del GAD y el SAD, lo cual impone que no se pueda ahora imputar exclusivamente a EPM.

450. Si bien es claro que de acuerdo con el Contrato, EPM se obligó a indemnizar, proteger, defender y mantener indemne a Hidroituango, a sus accionistas y al personal de Hidroituango de cualquier reclamación que cualquier persona haga, lo cierto es que la pretensión formulada carece de la especificidad suficiente para que pueda tener vocación de prosperidad.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

451. El Tribunal encuentra que la responsabilidad de asumir los efectos patrimoniales de cualquier daño que se produzca por cuenta de la Contingencia, tiene como fundamento el principio general del derecho, según el cual, quien genera un daño antijurídico- en este caso el incumplimiento contractual- tiene la obligación de reparar de forma íntegra los perjuicios que se ocasionan. Sin embargo, para que tal efecto tenga lugar, es necesario que se identifique con precisión a qué daño o efecto patrimonial se está haciendo referencia de manera que se haga una valoración respecto del nexo de causalidad entre el daño alegado y el incumplimiento contractual.

452. Vistas así las cosas, el Tribunal se ha pronunciado específicamente de cada uno de los daños y perjuicios que han sido alegados, respecto de los cuales ha efectuado una valoración sobre su certeza, cuantificación y causalidad con respecto del incumplimiento contractual o con respecto de la asunción de algún riesgo asumido por EPM, para decidir sobre el particular.

453. Por el contrario, no es posible hacer una determinación en abstracto y hacia futuro, pues la obligación indemnizatoria surge de una serie de factores que deben ser valorados caso a caso y sobre los cuales no se puede emitir una definición *a priori*, sin que exista siquiera una enunciación concreta de los mismo.

454. Por los anteriores motivos, al no haberse acreditado la obligación de indemnidad a la que se refiere, el Tribunal declarará que no prospera la pretensión Cuadragésima Tercera pretensión, sin que sea necesario pronunciarse de manera específica sobre la excepción formulada por EPM.

1.37. EPM no tramitó la modificación de la licencia ambiental antes de comenzar las excavaciones para la construcción de la GAD

455. El Tribunal procederá en primer lugar a determinar si en efecto, el SAD y el GAD requerían la modificación o presentación de una nueva licencia ambiental y si efectivamente se inició el trabajo por parte de EPM sin contar con dicha modificación. (pretensión Trigésima Primera)

456. De acuerdo con el contrato BOOMT, la licencia ambiental tiene la siguiente definición:

"Licencia Ambiental: Es (i) la Resolución 155 del 30 de enero de 2009, tal y como fue modificada mediante Resoluciones 1034 y 1891 de 2009 y 1980 de 2010, emitida por el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, con sus modificaciones efectuadas de tiempo en tiempo; y (ii) el estudio de impacto ambiental enviado por Hidroituango al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial mediante escrito 4120-El-127638

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

del 3 de diciembre de 2007 conforme el mismo ha sido o sea adicionado o modificado de tiempo en tiempo.”

457. Está probado en el expediente que la versión original del diseño no contemplaba la existencia del SAD y de la GAD, y que dicho diseño fue el que se entregó para tramitar la licencia ambiental que fue utilizada por EPM para adelantar la obra. Si bien dicha licencia ambiental fue otorgada a Hidroituango como su titular, las partes en el contrato BOOMT acordaron las reglas que regirían la utilización y administración de dicha licencia, en los siguientes términos:

6.18. Administración de la Licencia Ambiental.

(i) A pesar de que las Partes han acordado que la Licencia Ambiental permanecerá en cabeza de Hidroituango durante la vigencia del Contrato, el Contratista se obliga para con Hidroituango, en virtud del presente Contrato, a

(a) cumplir y hacer cumplir los términos de la Licencia Ambiental, incluyendo, aunque sin limitación, a efectuar las inversiones forzosas que imponga una Autoridad Gubernamental en relación con la misma;

(b) administrar el cumplimiento de cualquiera y todos los requisitos que sean necesarios o apropiados para mantener vigente la Licencia Ambiental;
y

*(c) cumplir con cualquier Cambio Regulatorio relacionado con la Licencia Ambiental y con las solicitudes y requerimientos de cualquier Autoridad Gubernamental que se presenten en relación con la Licencia Ambiental, en nombre y representación de Hidroituango, a partir de la Fecha Efectiva y hasta la Fecha de Terminación. **Para efectos de lo aquí previsto, Hidroituango celebrará, suscribirá u otorgará los documentos que le sean solicitados de manera razonable por el Contratista para dar cumplimiento a dicha obligación;***

*(ii) **El Contratista deberá asumir cualquiera y todos los costos relacionados con el cumplimiento de las obligaciones aquí previstas,** incluyendo, sin limitación, el costo de las sanciones pecuniarias o de cualquier otra naturaleza que sean impuestas por las Autoridades Gubernamentales de tiempo en tiempo, **el incumplimiento de las obligaciones impuestas bajo la Licencia Ambiental,** salvo por aquellas que tengan como fundamento hechos acaecidos con anterioridad a la Fecha Efectiva, en cuyo, caso dichos valores serán de cargo de Hidroituango como un mayor valor del Proyecto para efectos del cálculo de la Remuneración;*

(iii) Será de absoluta discreción del Contratista la interposición de recursos en contra de actos administrativos proferidos por Autoridades

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Gubernamentales, a menos que los mismos impliquen una inversión adicional como consecuencia de un Cambio Regulatorio. En éste ultimo caso, los Representantes de las Partes acordarán si se interpondrá o no un recurso de cualquier clase a una Autoridad Gubernamental;

(iv) En caso de que cualquier Autoridad Gubernamental imponga una sanción a Hidroituango en relación con la Licencia Ambiental por hechos ocurridos entre la Fecha Efectiva y la Fecha de Restitución, la sanción y cualquiera y todos los costos relacionados o conexos con la misma deberán ser pagados por el Contratista dentro de los diez (10) Días Hábiles siguientes a la fecha en que Hidroituango notifique al Contratista acerca de la sanción. En caso de que el Contratista no pague la sanción y los costos relacionados con la misma dentro del término anterior, pagará a Hidroituango intereses de mora calculados a la Tasa de Mora, hasta el pago total de las sumas adeudadas. Esta obligación permanecerá vigente aún después de la terminación del presente Contrato por el término de prescripción establecido en la Ley Aplicable. (resaltado fuera del texto original).

458. De la anterior cláusula, el Tribunal concluye que, por un lado, EPM asumió las obligaciones relacionadas con la licencia ambiental, lo que por supuesto incluye las modificaciones a que hubiera lugar, como consecuencia de las modificaciones del proyecto.

459. También está claro que Hidroituango tenía una obligación de celebrar, suscribir y otorgar todos los documentos solicitados de manera razonable por EPM, en aras de adelantar las actuaciones pertinentes en relación con la licencia ambiental.

460. Por su parte, existen múltiples evidencias en el expediente que dan cuenta de que la licencia original no contemplaba el SAD y el GAD como lo son:

461. La respuesta al hecho 161 de la demanda principal reformada en la cual indica:

"Es parcialmente cierto. Es cierto que el SAD no se contempló en los diseños originales ni en la licencia ambiental inicialmente otorgada al Proyecto. Esta estrategia se requirió durante la ejecución de las obras, con la finalidad de evitar mayores atrasos a los presentados hasta el momento de su implementación, y lograr la puesta en operación de la Central para noviembre de 2018, de conformidad con el Cronograma Director."¹⁵⁷

462. El informe rendido bajo gravedad de juramento por parte del representante legal de EPM quien indicó lo siguiente:

¹⁵⁷ Vér página 70 de la contestación a la demanda principal.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

"[...] Las obras necesarias para la construcción del SAD y de la GAD no estaban contempladas en la licencia ambiental original, como se indicó con claridad en la prueba por informe presentada el 5 de mayo.

La radicación de la primera solicitud de modificación a la licencia, relacionada con las obras y actividades del SAD, se realizó el 21 de diciembre 2015 mediante el radicado ANLA 2015068496-1-000. La segunda solicitud se realizó el 5 de julio de 2016, por medio del radicado ANLA 2016035788-1-000. Finalmente, fue mediante la Resolución 1139 del 30 de septiembre de 2016, con la que se autorizó la modificación de la licencia.

El Consorcio CCC Ituango, dentro del marco del contrato CT-I-2012-000036, celebrado con EPM Ituango, inició la construcción de las obras del sistema SAD el 8 de agosto de 2015 por el frente denominado "Galería de Construcción No. 1". El inicio de las obras de la GAD propiamente dicha, fue el 31 de octubre de 2015, por el frente denominado "GAD Aguas abajo en bóveda desde la galería de construcción 1".

Se aclara que el inicio de las obras subterráneas asociadas al SAD se realizó bajo la interpretación plausible, que tenía, y continúa teniendo EPM, de que su implementación no requería trámite previo de modificación de licencia ya que éstas (las obras subterráneas), no generan impactos ambientales adicionales, mayores o diferentes a los que fueron identificados y evaluados en el Estudio de Impacto Ambiental -EIA- del Proyecto, ni están contempladas en ninguna de las causales de modificación de licencia contempladas en el artículo 2.2.2.3.7.1. del Decreto 1076 de 2015."

463. De hecho, el Tribunal también encuentra probado que el SAD y la GAD no estaban contemplados en la licencia original como se desprende del lógico raciocinio de que el proyecto de modificación al contrato BOOMT que se refería a la puesta en marcha del SAD y el GAD remonta al año 2015, mientras que la licencia ambiental corresponde al año 2009 y a sus modificaciones incorporadas en el año 2010. En consecuencia, no era posible prever en el año 2010 un proyecto cuya puesta en marcha fue ordenada en el año 2015, máxime cuando los diseños de detalle se elaboraron en el año 2011.

464. Ahora, también se encuentra acreditado que EPM tenía la obligación de tramitar la modificación de la licencia ambiental y que dicho trámite se debía hacer de forma previa a iniciar los trabajos asociados a la GAD y al SAD.

465. De acuerdo con el Decreto 1076 de 2015, artículo 2.2.2.3.7.1. se requiere de la modificación de una licencia ambiental en los siguientes eventos:

" La licencia ambiental deberá ser modificada en los siguientes casos:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

1. Cuando el titular de la licencia ambiental pretenda modificar el proyecto, obra o actividad de forma que se generen impactos ambientales adicionales a los ya identificados en la licencia ambiental.

2. Cuando al otorgarse la licencia ambiental no se contemple el uso, aprovechamiento o afectación de los recursos naturales renovables, necesarios o suficientes para el buen desarrollo y operación del proyecto, obra o actividad.

3. Cuando se pretendan variar las condiciones de uso, aprovechamiento o afectación de un recurso natural renovable, de forma que se genere un mayor impacto sobre los mismos respecto de lo consagrado en la licencia ambiental.

4. Cuando el titular del proyecto, obra o actividad solicite efectuar la reducción del área licenciada o la ampliación de la misma con áreas lindantes al proyecto.

5. Cuando el proyecto, obra o actividad cambie de autoridad ambiental competente por efecto de un ajuste en el volumen de explotación, el calado, la producción, el nivel de tensión y demás características del proyecto.

6. Cuando como resultado de las labores de seguimiento, la autoridad identifique impactos ambientales adicionales a los identificados en los estudios ambientales y requiera al licenciatarario para que ajuste tales estudios.

7. Cuando las áreas objeto de licenciamiento ambiental no hayan sido intervenidas y estas áreas sean devueltas a la autoridad competente por parte de su titular.

8. Cuando se pretenda integrar la licencia ambiental con otras licencias ambientales.

9. Para el caso de proyectos existentes de exploración y/o explotación de hidrocarburos en yacimientos convencionales que pretendan también desarrollar actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en yacimientos no convencionales siempre y cuando se pretenda realizar el proyecto obra o actividad en la misma área ya licenciada y el titular sea el mismo, de lo contrario requerirá adelantar el proceso de licenciamiento ambiental de que trata el presente decreto.”(resaltado fuera del texto)

146. De la misma manera, la propia resolución mediante la cual fue otorgada la licencia ambiental para el proyecto, consagra en el artículo Décimo Noveno limitaciones para su utilización y finalidad, en la medida que indica que:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

ARTÍCULO DÉCIMO NOVENO.- La licencia ambiental que se otorga mediante esta resolución no ampara ningún tipo de obra o actividad diferente a las descritas en el Estudio de Impacto Ambiental, el Plan de Manejo Ambiental y en la presente resolución.

Igualmente se deberá solicitar y obtener la modificación de la licencia ambiental cuando se pretenda usar, aprovechar o afectar un recurso natural renovable diferente de los que aquí se consagran o en condiciones distintas a lo contemplado en el Estudio de Impacto Ambiental, el Plan de Manejo Ambiental y en la presente Resolución.

466. También establece la misma resolución que:

ARTÍCULO VIGÉSIMO CUARTO.- El beneficiario de la Licencia Ambiental deberá realizar el proyecto de acuerdo a la información suministrada a este Ministerio.

467. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal encuentra probado que el diseño de la GAD y del SAD no estaban incluidos en la licencia ambiental original, situación que da lugar a la prosperidad de la pretensión Vigésima Novena de la demanda principal reformada.

468. Ahora, el hecho de que no estuviera incluida no implica necesariamente que hubiera lugar a una obligación de modificar la licencia ambiental, si el efecto ambiental no era superior al originalmente planteado en la solicitud de la licencia ambiental.

469. Sin embargo en el presente caso, también está probado que la construcción del SAD y del GAD suponían un incremento del impacto ambiental, situándose en una de las hipótesis en las cuales, según la ley, es necesario hacer una modificación de la licencia ambiental, al punto que en efecto se presentó dicha modificación que dio lugar a la resolución 1139 del 30 de septiembre de 2016, en la cual se realiza la modificación de la licencia ambiental y se imponen obligaciones adicionales para el manejo de la construcción del SAD y del GAD.

470. De hecho, en el marco del proceso sancionatorio, se emitió un Concepto Técnico de Sanción, el cual arrojó como resultado que la afectación producida por la puesta en marcha del SAD y el GAD fue severa¹⁵⁸, en el cual se lee:

Por lo anteriormente expuesto, se establece que con el hecho contenido en el cargo único formulado mediante Auto 9269 del 31 de diciembre de 2018, se generó afectación sobre el subsuelo por pérdida del material rocoso, alterando las características físicas del mismo.

¹⁵⁸ Visto a folio 535 del proceso sancionatorio SAN2010-00-2018.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

471. Ahora, dicha modificación, si bien tuvo lugar, se llevó a cabo con posterioridad a la fecha en la que se iniciaron los trabajos de EPM y sus contratistas empezaron los trabajos relacionados con el SAD y el GAD, pues los mismos tuvieron lugar desde el año 2015¹⁵⁹.

472. De hecho, también está probado que tal situación fue identificada por parte de la propia Agencia Nacional de Licencias Ambientales, quien en la respuesta al oficio emitido por el Tribunal dio la siguiente respuesta:

- Por Declaratoria de Responsabilidad y Sanción (arts. 27 y 40 de la Ley 1333 de 2009)

No.	Expediente	Año de identificación de la infracción y Hechos objeto de investigación	Estado Actual
1	SAN0210-00-2018	2018. Haber iniciado las actividades relacionadas con la construcción del Sistema Auxiliar de Desviación (SAD) y su infraestructura asociada, dentro del proyecto "Construcción, llenado y operación del proyecto hidroeléctrico Pescadero-Ituango", sin haber tramitado y obtenido previamente la modificación de la Licencia Ambiental	<p>A través de la Resolución 2584 del 30 de diciembre de 2019, se declaró la responsabilidad ambiental de la investigada y en consecuencia se impuso sanción en la modalidad de multa en cuantía de CINCO MIL QUINIENTOS NUEVE MILLONES SETECIENTOS MIL OCHOCIENTOS SETENTA Y UN PESOS M/CTE (\$5.509.700.871).</p> <p>La decisión adoptada en la mencionada providencia fue objeto de recurso de reposición, el cual fue resuelto a través de la Resolución No. 00172 del 15 de enero de 2021, en el sentido de confirmar la responsabilidad ambiental y así la sanción de tipo multa impuesta.</p> <p>Es preciso advertir que el pasado 25/01/2021 la sociedad Hidroituango S.A. E.S.P. dio cumplimiento a la sanción impuesta.</p>

473. Ahora, también está probado que los actos administrativos que decidieron los procesos administrativos de forma desfavorable para Hidroituango fueron objeto de demandas ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. No se tiene conocimiento en este expediente de la suerte del proceso, ni de que los efectos de esos actos administrativos hayan sido suspendidos.

474. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal declarará probada la pretensión Trigésima y la pretensión Trigésima primera de la demanda reformada.

1.38. Los estudios geotécnicos e hidrológicos y las reglas del arte y las buenas prácticas de la ingeniería.

475. Corresponde ahora que el Tribunal se pronuncie sobre las pretensiones relacionadas con la necesidad de realizar los estudios geotécnicos e hidrológicas necesarios de forma previa a iniciar las obras del GAD y el SAD, (pretensión trigésima

¹⁵⁹ Documentos aportados al proceso el 17 de marzo de 2023 por la ANLA, visible en el expediente digital como prueba # 66

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

tercera), así como de incumplimiento del Contrato por violar las buenas prácticas de la ingeniería (pretensión cuadragésima cuarta).

476. Dichos temas serán abordados de forma conjunta, pues como se explicará más adelante las obligaciones de diseño de EPM se encuentran relacionadas con criterios de razonabilidad en el caso específico, los cuales, en concepto del Tribunal, solamente se pueden determinar con base en los criterios de buenas prácticas de la ingeniería, motivo por el cual es conveniente estudiar las pretensiones al tiempo.

477. HI en su demanda pretende que el Tribunal declare que EPM debía realizar los estudios geotécnicos e hidrológicos necesarios y suficientes del macizo Tenche de forma previa a dar inicio a las obras¹⁶⁰ del SAD y la GAD.

478. También pretende que como consecuencia del hecho de que no adelantó los mencionados estudios de forma oportuna y en violación del contrato, entonces EPM debe asumir todos los riesgos de las obras adelantadas.¹⁶¹

479. Así mismo, pretende que se declare que la construcción del SAD y el GAD se adelantó violando las obligaciones contractuales de EPM y contrariando las reglas del arte y las buenas prácticas de la ingeniería¹⁶², por lo cual EPM incurrió en incumplimiento del Contrato.

480. De acuerdo con HI, dado que EPM llevó a cabo un nuevo diseño para la implementación del GAD y el SAD era su obligación realizar otros estudios para el cerro Tenche.

481. EPM, por su parte, se opone a la pretensión advirtiendo que no es cierto que no se hubieran presentado los estudios correspondientes. Advierte que por medio de comunicación del 29 de marzo de 2019, *"EPM atendió una solicitud de información efectuada por HIDROITUANGO, relacionada con los resultados y evaluaciones de los estudios e investigaciones geotécnicas, geomorfológicas, hidrobiológicas, etc.,"*

160 Ver Pretensión Trigésima tercera de la demanda reformada. *"Trigésima Tercera Pretensión: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–, para iniciar la ejecución de la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD, debía realizar los estudios geotécnicos e hidrológicos necesarios y suficientes del macizo "Cerro Tenche", donde la construyó, como quiera que los entregados por la sociedad HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.–HIDROITUANGO S.A. E.S.P.–, no contemplaron la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche"."*

161 Ver Pretensión Trigésima Novena de la demanda reformada. *"Trigésima Novena Pretensión: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM– al ordenar, iniciar y ejecutar la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD-, violando sus obligaciones contractuales, sin especificaciones, estudios geológicos e hidrológicos necesarios y suficientes, lo hizo por su cuenta, razón por la que su construcción y riesgos son de su responsabilidad exclusiva."*

162 Ver Pretensión Cuadragésima reformada. *"Cuadragésima Pretensión: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–, incurrió en incumplimiento del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, al ejecutar contrariando las reglas del arte y las buenas prácticas de la ingeniería, la construcción de la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD-*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

realizados para el Sistema Auxiliar de Desviación”, los que fueron remitidos en esa oportunidad.”

482. También indica que el contratista Diseñador-Asesor llevó a cabo estudios, diseños y el modelo hidráulico, los cuales fueron necesarios para determinar que era seguro hacer la desviación por el SAD.¹⁶³

483. Luego de revisar los alegatos de las partes sobre el particular, así como las pruebas obrantes en el proceso, el Tribunal encuentra que el Contrato BOOMT, contiene las siguientes menciones sobre las obligaciones a cargo de EPM relacionadas con los estudios geológicos e hidrológicos.

484. En la cláusula 2.01, que define el objeto del contrato, se incorpora una obligación general de llevar a cabo los diseños de los Componentes cuando ello sea necesario para la Construcción y Montaje de las Obras:

"2.01. Objeto. En virtud de lo establecido en el presente Contrato y conforme a los términos y condiciones previstos en el mismo, el Contratista se obliga para con Hidroituango a (i) efectuar las inversiones que sean necesarias o apropiadas para la Construcción y Montaje y para la operación y mantenimiento de la Hidroeléctrica y cada parte de la misma, bien sea con recursos propios o a través de la financiación de la misma por terceros; (ii) realizar cualquiera y todas las actividades que sean necesarias, apropiadas, conexas o complementarias para llevar a cabo la Construcción y Montaje de las Obras, los Componentes y la Hidroeléctrica como un todo y para que ésta y cada uno de los Componentes que lo requieran entren en Operación Comercial en cumplimiento de los Parámetros Técnicos que resulten aplicables, incluyendo, aunque sin limitación: diseñar, planear, construir, adquirir y/o desarrollar todos los Componentes, los Materiales, las Obras y las demás obras materiales o intelectuales requeridas durante la Etapa de Construcción, de conformidad con el Cronograma Director; [...]" (subrayas y negrillas agregadas).

485. A su vez, la definición de Componente incorpora cualquier construcción que se desarrolle en el sitio, pues su definición contractual es la siguiente:

"Componentes: Es una cualquiera de las partes o grupos de estructuras principales en las que se ha considerado descompuesta la Hidroeléctrica, a saber: los Componentes de Obras de Infraestructura y los Componentes de Obras Principales, individual o conjuntamente considerados, según el contexto de este Contrato lo requiera. Los Componentes incluirán cualquier

¹⁶³ Ver página 100 de la contestación de la demanda principal reformada.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

construcción que se desarrolle en el Sitio o en los Inmuebles del Proyecto destinados para Vías con el fin de reemplazarlos, complementarlos o actualizarlos o para que dichos Componentes cumplan con su propósito en relación con la Hidroeléctrica”.

486. Por su parte, el Contrato también contempla una definición de Componentes de Obras Principales, dentro de las cuales se establece lo siguiente:

*"Componentes de Obras Principales: Son (i) el embalse; **(ii) las obras de desviación (incluyendo la descarga de fondo)**; (iii) la presa y obras anexas (incluyendo el túnel de descarga intermedia); (iv) el vertedero; (v) las obras de captación y los pozos de compuertas; (vi) los túneles de conducción y los pozos de conducción; (vii) el túnel de acceso, los túneles de construcción, el túnel de evacuación y los túneles de aireación; (viii) la caverna de la casa de máquinas, la caverna de los transformadores y el pozo de cables; (ix) los túneles de aspiración, las cavernas de almenaras y los túneles de descarga; (x) las obras para conexión al Sistema de Transmisión Nacional (el "STN"); (xi) los equipos hidromecánicos; (xii) los equipos eléctricos; (xiii) los equipos mecánicos; y (xiv) el almacén, la bodega y el taller." (resaltado fuera del texto)*

487. A su vez, también está probado que es obligación de EPM "(xv) Rediseñar las Obras que así lo requieran por razón de las Rectificaciones, Cambios Regulatorios o por las modificaciones a las Características Inmodificables presentadas por el Contratista que hubieren sido aceptadas por Hidroituango;" (Cláusula 4.02).

488. El Contrato prevé la siguiente definición con respecto a qué se entiende por rectificación, en los siguientes términos:

"Rectificación: Es cualquier variación, alteración, modificación, adición o reducción en las Obras, en los Componentes o en una parte de éstos últimos para que las mismas cumplan con los Parámetros Técnicos."

489. En efecto de la revisión de los anexos del contrato, específicamente el Anexo Técnico se encuentra que dentro de los documentos que los componen, existían las hojas de cálculo de materia hidráulica para la infraestructura de desviación del río.

29	• Lote-3 Sistema desviación río
30	○ Hidráulica
31	▪ Hidráulica

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

490. En esa medida, más allá de la discusión entre las Partes con respecto de si el diseño del SAD y el GAD constituyen una modificación del diseño original o un nuevo diseño, sobre el cual el Tribunal ya se ha decantado por la segunda opción, es claro que había una obligación de EPM de realizar los diseños que fueran necesarios con la implementación del GAD y el SAD.

491. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal encuentra probado que sí existía una obligación por parte de EPM de realizar los estudios geotécnicos e hidrológicos con respecto a los diseños del SAD y la GAD, puesto que dicha obligación está enmarcada dentro de los criterios de necesidad para que dichos diseños sean apropiados, conexos o complementarios para las obras.

492. También es importante advertir que ni el Contrato BOOMT, ni el anexo técnico prevé una definición de diseño. Ni tampoco se determina las características con que deben contar tales estudios o análisis para que puedan ser considerados como diseños para efectos del Contrato.

493. Volviendo al objeto del Contrato, el mismo establece que la obligación de EPM consistía en adelantar todas las actividades necesarias para llevar el proyecto de acuerdo con, entre otros, los parámetros técnicos.

494. También se indica que es obligación de EPM "(vi) Llevar a cabo todas las actividades de Construcción y Montaje de los Componentes de las que deban ser realizadas durante la Etapa de Construcción y darles el mantenimiento apropiado para garantizar su correcto funcionamiento en cumplimiento de los Parámetros Técnicos;"

495. A su vez, las buenas prácticas de la industria, de acuerdo con el Contrato BOOMT hacen parte de los parámetros técnicos del proyecto cuya definición es la siguiente:

*"Parámetros Técnicos: Son cualquier requerimiento técnico incluido en el Anexo Técnico, incluyendo, sin limitación, el manual de características, los planos, las Especificaciones, el programa de construcción, el Protocolo de Operación, los requerimientos técnicos y tecnológicos, **las Buenas Prácticas de Ingeniería**, las Disposiciones Aplicables sobre materias relacionadas con asuntos técnicos de plantas de generación hidráulica y de obras de ingeniería (incluyendo, sin limitación, las Leyes Aplicables relacionadas con la construcción, operación y mantenimiento de hidroeléctricas), los requerimientos necesarios para obtener o mantener las Garantías de los Proveedores, los establecidos por las Pólizas de Seguros o por los Contratos Financieros y cualquier otro requisito técnico necesario para la construcción, operación o mantenimiento de la Hidroeléctrica establecido en este Contrato, tal como estos sean modificados de tiempo en*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

tiempo documentada y razonadamente por el Contratista y observando en todo caso las Disposiciones Aplicables .”(Se enfatiza)

496. De acuerdo con el Contrato BOOMT, las buenas prácticas de la ingeniería se definen de la siguiente manera:

"Buenas Prácticas de Ingeniería: Son aquellas prácticas, métodos, especificaciones, procesos constructivos y operativos, técnicas, estándares, procedimientos, equipos y normas de calidad, seguridad y eficiencia que pueden variar de tiempo en tiempo durante la vigencia del Contrato y que se utilizan usualmente por firmas de ingeniería experimentadas en el ámbito internacional, prudentes y profesionales en el diseño, construcción, montaje, operación, mantenimiento, interventoría, supervisión e ingeniería de plantas de generación de energía hidráulica similares a la Hidroeléctrica."

497. Así, el Tribunal encuentra probado que la pretensión Trigésima Tercera de la demanda está llamada a prosperar, pues en efecto era obligación de EPM de contar con los estudios geotécnico e hidrológicos necesarios, previo a iniciar la obra del GAD y el SAD. Ahora, el Tribunal recalca que, dado que no existe una obligación expresa del Contrato BOOMT indicando la naturaleza, características y definición de los estudios que se debían adelantar, los mismos debían corresponder a aquellos que las buenas prácticas de la ingeniería definían.

498. En el presente caso, el Tribunal encuentra que EPM sí contó con estudios geotécnicos e hidráulicos para iniciar el GAD y el SAD. Al respecto se destacan las siguientes pruebas.

499. En primer lugar, en los anexos remitidos con la prueba por informe rendida por el representante legal de EPM, donde se acepta la oferta de la propuesta técnica y económica del Instituto Lactec para la modulación hidráulica de la GAD¹⁶⁴. También aparece la comunicación D-PHI-CCE-ADM-1-C2766 de Integral¹⁶⁵ donde se remite a EPM los planos del SAD.

500. Así mismo, dentro de los anexos de dicho informe rendido por el representante legal de EPM se anexaron una serie de documentos que dan cuenta de los estudios geotécnicos que adelantó el Consorcio Generación Ituango, para obtener datos mediante la perforación del suelo.¹⁶⁶

164 Comunicación 201530058243 del 26 de mayo de 2015, aportado con la prueba por informe del representante legal de EPM.

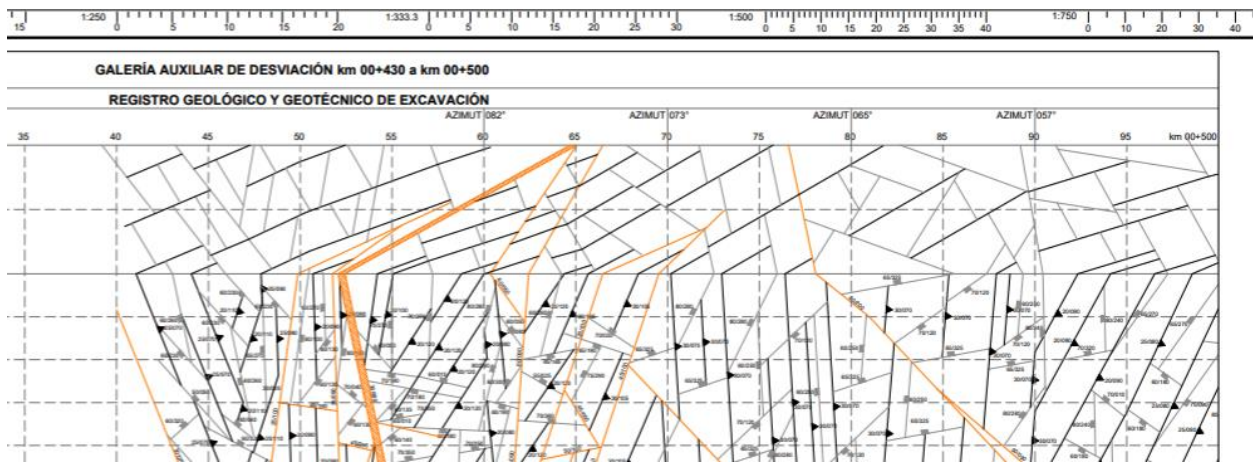
165 Comunicación del 25 de enero de 2016 remitida por Integral a EPM, aportada en la prueba por informe.

166 Anexo 1. Perforaciones. Carpeta 6.6. condiciones geológicas. Carpeta 86 pruebas por informe y solicitud de reprogramación.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

501. También está probado que en comunicación del 29 de marzo de 2019 EPM entregó a HI información en la que incluye los estudios e investigaciones geotécnicas, geomorfológicas, hidrobiológicas etc, realizadas para el Sistema Auxiliar de Desviación (SAD)¹⁶⁷ información que se encuentra detallada en el documento I-M-2194-034-GYG-01.

502. Así también se encuentran en el expediente pruebas de que se llevaron a cabo registros geológicos y geotécnicos de las excavaciones en la galería auxiliar de desviación:



503. Por otra parte, no hay en el expediente pruebas suficientes que lleven al Tribunal a la convicción de que los estudios adelantados por parte del Consorcio Generación Ituango hubiesen sido inferiores a aquellos que, por virtud de las buenas prácticas de la ingeniería, hubieran sido necesarios para empezar las obras del GAD y el SAD.

504. De hecho, por ejemplo, el dictamen pericial rendido por parte del ingeniero Luis Ernesto Escobar, informa sobre la limitación de los estudios iniciales en los siguientes términos:

"Los estudios geológicos y geotécnicos para obras subterráneas normalmente tienen limitaciones con respecto a la cantidad de información que se puede obtener a lo largo del proyecto ya que regularmente la extensión y profundidad no permiten obtener información directa para la mayor parte del terreno a lo largo del proyecto.

La información se puede obtener en superficie, hasta cierta profundidad con métodos geofísicos, y localmente mediante perforaciones.

¹⁶⁷ Visto en la carpeta 7.1.5.14 de la Contestación a la reforma de la demanda.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

La información real de las condiciones del terreno, que pueden tener variaciones significativas en profundidad y a lo largo del proyecto, sólo se conoce al hacer las excavaciones.

En este tipo de proyectos con importantes obras subterráneas ha sido necesario realizar túneles exploratorios para poder identificar con mayor precisión las condiciones del terreno”

505. Al respecto, indica el testigo Cadavid, quien es funcionario de INTEGRAL, quien declaró:

PRESIDENTE: *¿Qué tipo de análisis se hicieron para llegar a la conclusión de que esta galería auxiliar de desviación era técnicamente factible?*

00:17:21

TESTIGO: *Nosotros vimos que hidráulicamente era viable, de que los riesgos hidrológicos no se aumentaban con la construcción de esta galería, en un comienzo, cuando nosotros le presentamos esta alternativa a los asesores, ellos también mostraron como cierta... o no dudas sobre la viabilidad, sino que pensaban que la desviación adicional era algo complicada y se requerían más estudios para poder definir cómo se hacía, pero pensaban que se podía desviar.*

¿Qué más estudios hicimos?, todo tipo de análisis de tipo geológico, de acuerdo con la geología que conocíamos del proyecto, nosotros hicimos pues todas las evaluaciones que hay que hacer para un diseño de esos.

00:18:31

PRESIDENTE: *Cuando usted se refiere a los análisis de tipo geológico de acuerdo con la geología que conocían del proyecto, ¿quiere decir que hicieron otros análisis geológicos adicionales o se atuvieron a los que ya tenían para el proyecto?*

00:18:46

TESTIGO: *No, a ver, el concepto de nuestra gente de geotecnistas, teníamos un conocimiento amplio en cierta forma de la geología del proyecto, porque se habían construido muchas galerías y realmente este túnel estaba cerca de lo que ya conocíamos, pero necesitábamos hacer unas perforaciones adicionales, las cuales se hicieron en la zona de la entrada del túnel, pero eso fue, déjenme explicarles una cosa...*

Nosotros estábamos estudiando estas opciones y Empresas Públicas tomó la decisión de que íbamos entonces construir esta galería, pero eso nos daba tiempo porque se desviaba el río por los túneles que existían y teníamos tiempo entonces de empezar a hacer unos diseños detallados porque en el

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

momento inicial, teníamos, simplemente eran unos diseños conceptuales, y entonces tuvimos tiempo de hacer algunas perforaciones adicionales en la zona de entrada de las obras de desviación.

00:20:11

PRESIDENTE: *¿Y esas perforaciones adicionales fueron suficientes para determinar la estructura geológica, el riesgo geológico del sitio donde se iba a construir esta galería auxiliar?*

00:20:25

TESTIGO: *Los geólogos nuestros consideraron que sí.*

00:20:32

PRESIDENTE: *Y sobre la construcción, ¿ese concepto geológico correspondió con lo realmente encontrado?, me refiero a la galería auxiliar de desviación.*

00:20:45

TESTIGO: *Yo sé que yo no tengo las cifras exactas, pero nosotros teníamos unas predicciones sobre los tipos de roca que se iban a encontrar a lo largo de esa construcción, y tengo entendido que los resultados de la construcción no fueron muy diferentes, y no solo eso, sino que durante la construcción... perdón, y durante la construcción no tuvimos problemas graves que indican que estábamos teniendo un tipo de lucha diferente a lo que se esperaba.*

COARBITRO 2: *Muchas gracias, usted también nos ha contado que se estaban adelantando todos los estudios cuando en la reunión de las 10:00 a.m. se informó la decisión que había tomado EPM de adelantar el sistema auxiliar de desviación. ¿En su opinión, hizo falta algunos estudios para tener más certeza de la operatividad del buen suceso de ese sistema auxiliar de desviación?*

00:33:54

TESTIGO: *No, no señor, nosotros hicimos... en ese momento, todavía teníamos era unos diseños conceptuales, no teníamos unos diseños elaborados, pero una vez que la empresa tomó esa decisión, nosotros empezamos a hacer los estudios que se requerían, y no solo eso, sino que se contrató una firma de Brasil que adelantó por su cuenta los mismos estudios, comparó las alternativas que nosotros habíamos estudiado y llegaron a la conclusión de que esta solución que se construyó era la mejor y que era viable, ellos llegaron a esa conclusión.*

Una vez que ellos llegaron a esa conclusión, pues terminamos ya de hacer todos los diseños estructurales y detalles de la obra, y también a partir de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

esos estudios, la recomendación de que ese sistema de desviación que era con varias ataguías, que era complicado, se debería estudiar con un mono hidráulico el cual se desasocia en Brasil y que necesitó también al contratista para plantear o estudiar cómo iba ser una desviación, y de resto, de hecho fue muy exitosa la desviación, no hubo problema con la desviación para meter el agua...

APOD. P. DEMANDANTE: *Ingeniero usted recuerda, ¿si en esas especificaciones había unas instrucciones generales para que el constructor tanto de las obras principales como de las obras de desviación tomará decisiones en terreno cuando se presentaran algunas discontinuidades geológicas, verbo y gracia cizalla?, ¿si había alguna recomendación general sobre ese punto en los diseños detallados?*

00:57:17

TESTIGO: *Sí, señor, yo sé que había recomendaciones sobre esos aspectos.*

00:06:14

APOD. P. DEMANDADA: *Usted puede informarle al tribunal acerca de los estudios previos que se realizaron para la inclusión de la GAD en los diseños del proyecto hidroeléctrico Ituango, es decir, ¿qué estudios se realizaron previamente? Puede todavía... ya contestó esta pregunta en algunas respuestas anteriores, pero ¿me podría precisar el alcance de los estudios previos que el asesor hizo en relación con el diseño de la GAD y la decisión de hacer la GAD?*

00:07:00

TESTIGO: *Sí, mire, nosotros empezamos a involucrarnos en esto porque EMPRESAS PÚBLICAS nos pidió que evaluáramos la posibilidad de hacer un segundo, digamos, una segunda desviación a partir de la propuesta que ellos habían discutido con el constructor CCI. En ese momento nosotros hicimos evaluaciones de tipo hidrológico, geológico, de cantidades de obra, de tiempo de construcción, en una forma, digamos, conceptual y con base en estos diseños fue que EMPRESAS tomó la decisión de que iba a utilizar esa nueva desviación y nos dijo que debíamos entonces trabajar en sus diseños. Nosotros participamos en todos los aspectos que se requieren diseño de esta obra porque todo lo hicimos nosotros. Diseños hidráulicos, diseños estructurales, diseños geotécnicos, diseños mecánicos, todo eso lo elaboramos nosotros. Obviamente también participó INTERTECHNE en la evaluación de la alternativa a escoger, una vez que ya teníamos claridad sobre eso empezamos ya con todos los diseños de detalle y los elaboramos.*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

00:13:25

APOD. P. DEMANDADA: *¿O sea que usted podría decir que tanto el asesor como el interventor y el constructor, todos a una, examinan el suelo, el terreno, el macizo para tomar las mejores decisiones?*

00:13:42

TESTIGO: *Sí señor, así es."*

506. Del conjunto de pruebas obrantes en el expediente, el Tribunal encuentra que hay evidencia para tener por probado que: i) Sí se llevaron a cabo estudios para decidir si el SAD y la GAD eran o no viables; ii) Que dichos estudios incluyeron análisis de tipo geológico, así como perforaciones; iii) Que los estudios adelantados al momento de iniciar las obras del SAD y la GAD fueron complementados con estudios posteriores.

507. Así las cosas y dado que, de un lado se llegó a la convicción de que para iniciar la ejecución de la obra de desviación denominada SAD y su GAD, la contratista debía realizar los estudios geotécnicos e hidrológicos necesarios y suficientes sobre el macizo "Cerro Tenche", se declarará la prosperidad de la pretensión Trigésima Tercera. Igualmente, la falta de demostración de que EPM inició las obras de la GAD sin tales estudios, conduce a decidir que la pretensión Trigésima Novena no está llamada a prosperar en los términos en los que fue formulada.

508. Sin embargo, ello no quiere decir, como se ha explicado en varios apartes de este laudo, que EPM no estuviera obligada a asumir los riesgos derivados de los diseños, estudios y obras asociadas al GAD y al SAD, al ser estos nuevos diseños adelantados por la Convocada.

509. Por otro lado, el Tribunal encuentra que está probado que EPM no ejecutó las obligaciones relacionadas con el GAD y el SAD en seguimiento de las buenas prácticas de la Ingeniería.

510. EPM aportó al proceso el dictamen pericial de SKAVA, el cual dedica un capítulo de su dictamen para analizar el "Desarrollo de la contingencia desde la perspectiva de las buenas prácticas, usanza y tendencias en la ingeniería en túneles."

511. Dicho dictamen indica que existieron irregularidades por parte del Consorcio Generación Ituango, en el manejo de los diseños geotécnicos del GAD. Así, lo establece el dictamen:

512. Hay que señalar que la memoria de cálculo geotécnico (ver referencia [27]), documento donde se describe la metodología de diseño y se presentan sus resultados, está fechada posterior a la Contingencia. **En el contexto de buenas prácticas de**

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

la ingeniería y de control documental de proyectos, esto se califica como un hecho irregular puesto que deberían tener una fecha anterior al inicio de las obras de construcción. A pesar de lo anterior, desde el punto de vista de los objetivos de la memoria de cálculo, su presentación tardía no es un defecto del diseño mismo.¹⁶⁸ (resaltado fuera del texto)

513. Es importante aclarar que este hallazgo es particularmente relevante, porque se trata de un error en materia geotécnica, que coincide con uno de los factores del colapso definido en varios de los estudios de causa raíz.

514. El mismo experto analizó la metodología y análisis de la validación de revestimiento empleados en el diseño del comportamiento hidráulico, las cuales dividió en tres principales casos:

(a) Análisis a Presión Externa (PE): Corresponde al caso donde la presión de poros generada por la posición del nivel freático es mayor que la presión interna del túnel, en este caso no se espera pérdida de agua en túneles, sino infiltraciones hacia estos, lo que genera presión de poros alrededor de las cuñas, dependiendo de la posición del nivel freático y la permeabilidad del macizo. A partir del tipo de roca y el flujograma de la Figura 6-2 se determinó el tipo de revestimiento para el caso de operación a flujo libre o presión externa. Adicionalmente se realizaron análisis de flujo del macizo identificándose la variación de presión de poros en cercanía de las aberturas.

(b) Análisis a Presión Interna (PI): Corresponde al caso donde la presión interna es mayor que la presión de poros generada por la posición del nivel freático, podrían esperarse exfiltraciones de agua desde túnel hacia la ladera. Esta condición puede eventualmente generar el fenómeno de la fractura o gateo hidráulico. Se verificó el requerimiento de blindaje metálico asociado al confinamiento o cobertura vertical y horizontal de los túneles, y se definió el tipo de revestimiento requerido con el objeto de controlar exfiltraciones no deseadas. En caso de que se encuentren zonas con potencial de hidrogateo y estas estén conectadas con el embalse, no se considerará necesario el uso de blindaje metálico, dado que no existirá flujo a través de la discontinuidad y no se verá afectada la ladera por exfiltraciones o flujos superficiales.

(c) Análisis de Eventual Desgaste por Erosión: Análisis que considera la condición de velocidad de flujo. Para túneles de desviación la práctica a través de los años ha sido que cuando se excava en roca de consistencia dura, se deja sin revestimiento exceptuando algún tramo que presente una

168 Página 260 del dictamen pericial de SKAVA.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

condición específica. En el análisis realizado por el Diseñador se utilizó la evidencia de estudio de casos de 5 proyectos similares, aunque en algunos túneles estos tienen revestimiento y solera de concreto, en otros casos no se indica si tienen. En estos túneles la velocidad del flujo varía entre los 15 m/s y 30 m/s y en ninguno de ellos se reportaron daños significativos. Por lo tanto, dadas la velocidad media (5,09 m/s) y la máxima (17,2 m/s) previstas para el Proyecto Ituango, el Diseñador decidió que, por concepto de erosión, tanto de la roca y del concreto lanzado circundante, no se requiere revestimiento o tratamiento adicional al soporte definido en diseño geotécnico-estructural de construcción.

515. Luego de analizar los tres elementos, Skava llegó a la conclusión de que el procedimiento en el punto 6.3.3.8(c) es inadecuado, con base en las siguientes consideraciones:

(a) Los casos de estudio presentados por el Diseñador no son equivalentes a la GAD, ergo, no aplicables a su diseño. En particular, al menos dos de los casos son revestidos con concreto lanzado y con losa de concreto, a diferencia de la GAD que no tiene losa de concreto en el piso y la roca está expuesta al flujo de agua. Además, en la descripción de los casos de estudio no se indican calidades de roca o si se hizo algún tratamiento especial en las zonas de debilidad, elemento fundamental para su consideración como referente en el diseño de la GAD. En síntesis, los casos o ejemplos presentados por el Diseñador no tienen validez demostrada para ser incorporados en su metodología.

*(b) **Existe experiencia en el mundo de túneles hidráulicos que han sufrido colapso producto de la erosión del agua en zonas de roca débil.** En el documento de informe complementario del análisis de causa raíz física de la contingencia de SKAVA (referencia [2], en el apartado 5.3.2.2.) se da una serie de ejemplos donde 3 túneles de centrales hidroeléctricas fallaron por la influencia del flujo. A través de simples contraejemplos se muestra la debilidad del estudio de casos realizado por el Diseñador. La consecuencia de utilizar una muestra inadecuada en un estudio de casos para validar el comportamiento hidráulico es un mal diagnóstico del fenómeno de erosión-.*

(c) Los cálculos de respaldo no revelan que se haya realizado un análisis del potencial erosivo del flujo para la GAD (en todas las superficies expuestas al agua).

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

516. La conclusión del experto no está únicamente basada en su apreciación sino en la revisión sobre la *experiencia en el mundo de túneles hidráulicos*, lo cual es muy relevante, porque ello se ajusta a la definición establecida en el Contrato BOOMT.

517. También encuentra el perito técnico que existieron conductas contrarias a las buenas prácticas de la ingeniería en el manejo de la información y en la implementación del diseño y desarrollo de la ingeniería durante la construcción. Específicamente encuentra Skava que hubo un problema relacionado con la transferencia de la información relevante en el cambio de contratista de Consorcio Túneles Ituango F.S. y el Consorcio CCC Ituango.

518. Específicamente indica el perito que *"A juicio de SKAVA, durante la excavación de la GAD se debió solicitar una aclaración respecto al tratamiento de grietas, zonas de cizalladura y fallas menores presentes en el piso, de la misma manera que se hizo durante la excavación de los Túneles de Desvío."*

519. También se identificaron irregularidades contrarias a las buenas prácticas de la ingeniería de túneles en lo que tiene que ver con la limpieza de piso del GAD, la cual se describe en los siguientes términos:

"Finalmente, considerando la funcionalidad hidráulica de la GAD, a juicio de SKAVA y basándose en las buenas prácticas de la ingeniería de túneles, la limpieza de piso de la GAD debía ejecutarse hasta roca sana. Esto, habría permitido mapear la totalidad de la superficie expuesta al flujo. En consecuencia, las zonas de debilidad habrían sido detectadas y tratadas si así lo requerían. Sin embargo, y de acuerdo con lo expuesto en los numerales 6.4.9.3, 6.4.9.4 y 6.4.9.5, SKAVA no cuenta con antecedentes que permitan asegurar que la limpieza de piso se realizó hasta roca sana, ni que existieran la totalidad de las condiciones para mapear el piso."

520. En las conclusiones del dictamen, hace las siguientes observaciones:

7.1.1.8. El Dictamen presenta las apreciaciones de SKAVA sobre las diferentes etapas de ejecución de la GAD, esto transversalmente por los profesionales e instituciones dedicadas al desarrollo de este tipo de obras.

7.1.1.9. SKAVA tiene los siguientes comentarios sobre la etapa de diseño vinculados a las buenas prácticas, usanza y tendencia en la tunelería:

(a) Análisis de riesgos insuficiente, enfocado únicamente a los riesgos de inundación de las obras,

(b) Falta de definición de tolerancias de excavación, principalmente para sobreexcavaciones,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

(c) A pesar de un diseño geotécnico-estructural adecuado, el diseño para el comportamiento hidráulico tenía las siguientes carencias:

No establece límites de rugosidad para el túnel (límites de sobreexcavación), Decisión basada en comparación de casos no análogos a la GAD, No realiza estimaciones analíticas de potencial erosivo del flujo y resistencia a la erosión de los materiales,

(d) Diseño poco robusto, sin redundancia que evitase el daño desproporcionado ante eventos de ocurrencia extraordinaria o errores humanos:

Riesgo de erosión de zonas débiles es transmitido a etapa de construcción, Utilización del Q de Barton para definición de instalación de losa de piso, No se estableció procedimiento de verificación de hipótesis de diseño hidráulico (rugosidad),

(e) Falta de proceso de revisión del diseño de la GAD, y

(f) Falta de instrucciones claras sobre el tratamiento de fallas y zonas de cizalla a nivel de piso.

7.1.1.10. SKAVA tiene los siguientes comentarios sobre la etapa de construcción vinculados a las buenas prácticas, usanza y tendencia en la tunelería:

(a) Problemas en la interpretación de los documentos para construcción (planos y EETT), particularmente sobre el tratamiento de zonas débiles a nivel de piso,

(b) Falta de validación de las hipótesis de diseño para el comportamiento hidráulico (rugosidad),

(c) Mapeo geológico incompleto al no evaluar las características durante la excavación del banco,

(d) Aunque la planificación del método de excavación fue adecuada, apegada a las prácticas habituales de la industria, existió una falta de control de la técnica de perforación y voladura. En efecto, no se ajustó adecuadamente a las condiciones encontradas durante la excavación, obteniendo sobreexcavaciones significativas,

(e) Falta de tratamiento de las sobreexcavaciones (relleno),

(f) Falta de tratamiento de las zonas débiles a nivel de piso, dejándolas expuestas a procesos erosivos.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

7.1.1.11. Sobre la evaluación final y recepción de la obra SKAVA tiene los siguientes comentarios vinculados a las buenas prácticas, usanza y tendencia en la tunelería:

(a) Durante la evaluación final debieron levantarse los mismos temas identificados por el perito en el presente dictamen, estos incluyen:

No relleno de las sobreexcavaciones y No tratamiento de zonas débiles a nivel de piso,

(b) A juicio de SKAVA, las condiciones de terminación de la GAD, particularmente del Sector 2, no cumplían con la calidad suficiente de acuerdo con las exigencias de un proyecto de las características de la GAD.

521. Como consecuencia de lo anterior, si bien el Tribunal encuentra que hubo aspectos en los cuales se concluyó que sí había actividades realizadas de acuerdo con las buenas prácticas, son muchos otros los casos en los que probó el desapego a dicho estándar de comportamiento que era obligatorio por virtud del Contrato BOOMT.

522. El perito Luis Ernesto Escobar Neuman, en su dictamen pericial también llega a identificar errores similares a los que Skava advierte, dentro de los cuales se destacan las siguientes:

523. Se identificó que existió un error al asumir que las condiciones del macizo en el GAD se asemejaban a las de los túneles que se habían hecho de forma previa, pues indicó:

"En conclusión, durante construcción se hizo el levantamiento geológico de los frentes de excavación que evidenciaron el alto grado de afectación de la roca por discontinuidades y zonas de cizalla especialmente en el tramo inicial hasta el K0+700. Dado que para la construcción de la GAD se asumió que las condiciones del macizo rocoso serían similares a las encontradas durante la construcción de los túneles de desviación ya construidos (I-I-2194-034-REV-01 "ANÁLISIS DE REQUERIMIENTO DE REVESTIMIENTO" y I-M-2194-034-GYG-01 "MEMORIA DE CALCULO GEOTECNICO", entre otros), la situación encontrada antes del K1+200 de la GAD

"En lo que se refiere al desvío del caudal del río Cauca sin tener construidas las estructuras de control (compuertas), se reiteran los análisis y conclusiones del Numeral 5.3 del del mencionado Dictamen Previo, y conforme a las mismas, reitera y concluye que la opción de realizar la desviación del río Cauca sin estructuras de control, no era una opción ajustada a las buenas prácticas de ingeniería, y que EPM fue advertido por su Grupo de Asesores, que está decisión generaba una serie de riesgos

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

técnicos que no eran aceptables para un proyecto de esta envergadura, de manera que le recomendó no alejarse de las premisas del diseño original.

Las razones para ordenar el diseño de un nuevo sistema de desviación prescindiendo de los elementos de control previstos en diseños detallados fueron de índole "programáticos, técnicos y económicos" que son todo explicados en la Comunicación del 3 de enero de 2014, Radicado, 2014000750 anexa al Dictamen de EPM referida en respuesta al literal i) de este interrogante[...]"

524. En la audiencia de contradicción del dictamen pericial, el perito Escobar indicó que en su opinión, el hecho de que no se hubieran seguido esas buenas prácticas de la ingeniería tenían como causa, agilizar las actividades pendientes:

"1:47:32 APODERADO PARTE CONVOCANTE: Cuando usted me hablaba y quiero volver sobre ese punto, sobre el incumplimiento de digamos de esas, de los soportes, los mapeo, los anillos de convergencia, la instalación de pernos, etc que no obedecieron a buenas prácticas, usted por qué cree que eso se dio. Es decir, el incumplimiento de esas buenas prácticas implican mayor tiempo en la ejecución de la obra o menos tiempo; si yo no tengo que hacer eso, puedo avanzar más en las obras.

1:48:02 ING. LUIS ERNESTO ESCOBAR NEUMAN: Claro. Obviamente, usted darle, hacer los soportes, pues adicionarle tiempo al ciclo que avance. Me explico. El ciclo de avance, se compone de excavar y tratar, llamémoslo así. Si usted no hace tratamiento, pues sigue excavando y va avanzando más rápido, entonces eso da celeridad en detrimento de qué, de la calidad de la obra, obviamente. Porque si no fuera así, pues tampoco se harían los soportes. Entonces va en detrimento de la calidad.

1:48:41 APODERADO PARTE CONVOCANTE: Tengo una inquietud, Doctor Escobar. Por qué se cambiaron los pernos, digamos en los Sistemas de Desviación Original se habían previsto, me corrige si estoy equivocado, como BAL por pernos BRL en la Galería Auxiliar de Desviación, cuál fue la razón. Obedeció a alguna razón técnica o simplemente obedeció a razones programáticas, es de ir de avance en la ejecución de las obras.

1:49:08 ING. LUIS ERNESTO ESCOBAR NEUMAN: Yo me atrevo a decir que es por mayor facilidad de construcción. Los pernos que son con resina son más complejos de colocar, se demoran más, son más costos además y los otros, pues son más rápidos de hacer.

1:49:26 APODERADO PARTE CONVOCANTE: Podíamos decir que es que se demoran más en [1:49:27]

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

1:49:29 ING. LUIS ERNESTO ESCOBAR NEUMAN: Es un tema de brindarle más velocidad a la obra, llamémoslo así de esa manera.

1:49:36 APODERADO PARTE CONVOCANTE: Es decir, es para darle mayor velocidad a la obra, avanzar más en la ejecución de los trabajos, fundamentalmente.

1:49:44 ING. LUIS ERNESTO ESCOBAR NEUMAN: Sí.”

525. El análisis de las pruebas entregadas en su conjunto da cuenta de que está probado que EPM incumplió su obligación de adelantar todas las gestiones de acuerdo con las Buenas Prácticas de la Ingeniería, motivo por el cual declarará que prospera la pretensión Cuadragésima de la demanda principal reformada.

**1.39. SOBRE LA MUTUA IMPUTACIÓN DE CULPA EN RELACIÓN
CON LA MODIFICACIÓN DE LA LICENCIA AMBIENTAL**

526. Hidroituango pretende que se declare que el incumplimiento de EPM constituye un acto realizado con culpa grave, al iniciar la ejecución de la obra de desviación SAD y GAD, sin haber tramitado la licencia ambiental y sin estudios geológicos e hidrológicos necesarios y suficientes (Pretensión trigésima segunda)

527. Con relación a esta pretensión, EPM formuló como excepción la denominada como “falta de causa”, en la cual indica en esencia que no existe lugar a la declaratoria de incumplimiento contractual, comoquiera que la contingencia producida no tiene relación con el incumplimiento de las obligaciones asociadas a la licencia ambiental, incluso que “*EPM estaba convencida de forma razonable que para intervenir las obras subterráneas no requería modificar la licencia ambiental del Proyecto, y adelantó su modificación para las obras que sí lo requerían, esto es, las obras en superficie, que solo se iniciaron cuando se contó con la respectiva modificación a la licencia.*” Asimismo, en su argumentación de la excepción indica que la pretensión se trata de una obligación que no era principal respecto de las obligaciones del Contrato.

528. Además, EPM en su demanda de reconvención pretende que se declare el incumplimiento contractual de Hidroituango, derivado de la falta al deber de colaboración al obstaculizar la defensa en contra de los actos administrativos sancionatorios. A su vez, sobre este particular, Hidroituango propuso las excepciones que denominó: “*Inexistencia del incumplimiento pretendido*” y “*Responsabilidad exclusiva de EPM por la violación de la Licencia Ambiental*”.

529. En los alegatos de conclusión Hidroituango indicó:

En efecto, HI, antes de obstaculizar a EPM la gestión de la licencia ambiental, actuó. con el mejor espíritu de colaboración contractual

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

señalando eventuales las soluciones. No haber otorgado poder a EPM o mejor, haberlo revocado, no violó los cláusulas 6.18 y 6.03 del Contrato BOOMT ni la escritura de la Notaría posibles de Medellín, por la cual se le confirió mandato con representación, porque dicha negativa fue hecha en forma más que razonada, con base en la responsabilidad exclusiva de EPM en la imposición de la multa y en la inexistencia de la pretensión incumplida, en el entendido de que otorgar un poder innecesario, no es una obligación, y por ende no hay incumplimiento, tampoco se obstaculizó la gestión porque EPM podía demandar en nombre propio como en efecto lo hizo y porque HI no afectó en ningún momento los intereses del Proyecto.

530. Dado el vínculo intrínseco que existen sobre estos asuntos, el Tribunal los decidirá de forma conjunta como se indica a continuación.

531. Es un hecho probado y no discutido entre las partes, que Hidroituango revocó el poder otorgado a EPM para que pudiera impugnar las decisiones sancionatorias. Asimismo se encuentra probado que era una obligación de Hidroituango "*celebrar, suscribir u otorgar los documentos que le sean solicitados de manera razonable por el Contratista para dar cumplimiento a las obligaciones ambientales*".

532. En consecuencia, el criterio para que exista o no un incumplimiento contractual por parte de Hidroituango radica en determinar si había razonabilidad en la solicitud presentada por EPM y en la negativa por parte de Hidroituango, respecto de lo cual la demandada en reconvención se ha limitado a indicar que las obligaciones ambientales eran del resorte exclusivo de EPM, situación que -en su sentir- justificaría la negativa de emitir el poder o de revocar el mismo.

533. Sin embargo, el Tribunal no comparte dicha opinión. En efecto la lógica del contrato BOOMT en punto de las obligaciones ambientales era que fuera EPM quien asumiera las obligaciones de cumplimiento de la normativa ambiental aplicable, y en consecuencia, si era la parte llamada a asumir los efectos patrimoniales de cualquier tipo de sanción, también era la llamada a definir las acciones judiciales que se debían presentar para evitar que cualquier sanción que se impusiera quedara en firme. Por el contrario, Hidroituango no ha presentado ningún argumento que pruebe que existía alguna razón que justificara su negativa a colaborar con la gestión adelantada por parte de EPM.

534. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal procederá a declarar que prospera la pretensión 35 de la demanda de reconvención reformada y no probada la excepción formulada por la Hidroituango en la contestación a la reforma de la demanda de reconvención denominada "*Inexistencia del incumplimiento pretendido*".

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

535. Ahora bien, no obstante estar probado el incumplimiento contractual de Hidroituango en este asunto, dicho incumplimiento no tiene la facultad exonerativa de las obligaciones del contratista, comoquiera que el incumplimiento de Hidroituango estuvo antecedido de un incumplimiento previo de EPM que es haber puesto en marcha las obras del SAD y el GAD sin que hubiera adelantado y obtenido de forma previa la modificación de la licencia ambiental.

536. Como consecuencia de lo anterior, al tenor del artículo 1609 del Código Civil, “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”.

537. Dado que existió un incumplimiento previo de EPM, no hay lugar a que se concedan las pretensiones 36 y 37 de la demanda de reconvención y se declare la prosperidad parcial de la excepción “*Responsabilidad exclusiva de EPM por la violación de la Licencia Ambiental*”, por los motivos que acá se han indicado.

538. En la medida en que en la pretensión 38 de la demanda de reconvención de EPM se solicita que se condene a Hidroituango al pago de intereses sobre las sumas pedidas en la pretensión 37, por fuerza, la pretensión 38 tampoco está llamada a prosperar

539. Finalmente, con respecto a que el incumplimiento de EPM pueda ser catalogado como culpa grave, el Tribunal considera que tal pretensión no ha sido demostrada por parte de Hidroituango por las razones que a continuación se explican.

540. De acuerdo con el artículo 63 del Código Civil:

La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro. (resaltado fuera del texto)

541. Al respecto, encuentra el Tribunal que el estándar requerido para que una conducta sea considerada como culpa grave es ciertamente muy alto, en la medida en que se habría tenido que demostrar que EPM o bien actuó con la intención de generar una afectación a Hidroituango, o que actuó con un nivel de descuido, propio de aquel que tienen las personas negligentes. Ninguno de esos elementos quedó acreditado.

542. Por el contrario, existen pruebas que dan cuenta de lo contrario. Por un lado existen varios testimonios que evidencian que EPM analizó las condiciones propias del caso y determinó que, por lo menos en la fase inicial, no era necesario someter a modificación a licencia ambiental.

543. En efecto, el testigo Juan Carlos Gallego Corrales¹⁶⁹, en lo pertinente indicó que:

"...el entendimiento que acompañó a EPM, y al que ha acompañado a todos los funcionarios de EPM, que de alguna manera han estado al tanto de la construcción del proyecto, es que no se cometía ninguna situación ambiental en la construcción de las obras subterráneas del sistema porque el sistema tenía todos los impactos ambientales derivados de las obras subterráneas completamente identificados y, además, tenía Plan de Manejo Ambiental para todos esos impactos identificados..."

544. En similar sentido, el testimonio del señor Juan Fernando Morales Villa¹⁷⁰, quien expresó:

"En las actividades subterráneas que son las actividades que según criterio de la misma autoridad ambiental y de acuerdo con los análisis que nosotros hicimos en su momento para la solicitud de la Resolución 1139 o pues la modificación de la licencia para la construcción las obras del Sistema Auxiliar de Desviación, esas obras subterráneas no generaban impactos ambientales adicionales, ni mayores a los que ya estaban contemplados en la Licencia Ambiental original y tampoco requería ajuste ni al área de influencia del

169 Audiencia de testimonio rendido por el señor Juan Carlos Gallego Corrales el 12 de mayo de 2023, cuya transcripción se encuentra en el expediente digital.

170 Audiencia de testimonio rendido por el señor Juan Fernando Morales Villa el 29 de junio de 2023, cuya transcripción se encuentra en el expediente digital.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

proyecto, ni a las medidas de manejo ambiental en general, ni a ninguna... Digamos no se enmarcaban y no hacían uso tampoco de recursos naturales renovables adicionales a los que ya estaban contemplados en la licencia original.

Eso digamos en circunstancias del Decreto 1076 específicamente el artículo 22-23-71 que es el obliga o digamos tiene expresamente las causales de modificación de Licencia Ambiental, generaba como la la conclusión de que esas obras, las obras subterráneas, estamos hablando de las obras...

Estoy hablando de las obras subterráneas. Esas obras subterráneas no requerían el trámite previo de la modificación de licencia para el inicio, para su inicio.

De otro lado, las obras superficiales que son obras que están enmarcadas digamos dentro de lo que se requería externamente para la construcción del Sistema Auxiliar de Desviación, es decir, estamos hablando de ocupaciones de cauce por ejemplo para la construcción de unas ataguías que eran necesarias para mover el, digamos la entrada del río hacia un poco más aguas arriba por el río Cauca y otras obras relacionadas con unos depósitos, unas vías, una ocupación de causa que había que hacer una quebrada que estaba en la margen izquierda del río Cauca la quebrada Sucre, esas obras que son obras superficiales sí hacían uso de recursos naturales adicionales y si generaban impactos ambientales diferentes a los que ya estaban identificados en la Licencia Ambiental y por lo tanto esas obras se iniciaron, las superficiales con posterioridad al otorgamiento de la modificación de la Licencia Ambiental, en este caso de la Resolución 1139."

545. También existen pruebas de que los contratistas de EPM indicaron en sentido similar, que se podían adelantar algunas de las obras sin modificar la licencia ambiental.

546. En efecto, el testimonio del señor Santiago Garcia Cadavid¹⁷¹ donde expresó:

"O sea, el ANLA iba por lo menos tres veces al año. En la obra nosotros hicimos más de 60 obras subterráneas adicionales, extras, Galerías, túneles, cosas no previstas que nunca nos notificaron que requiriera de modificatoria de Licencia Ambiental. De cualquier modo, nadie puede enterarse de que un trámite de Licencia Ambiental está en el proceso, sino la autoridad y el autorizado, cualquier persona del público le es imposible notificarse de que un trámite que está siendo adelantado" ...

¹⁷¹ Testimonio rendido por el señor Santiago Garcia Cadavid el 18 de julio de 2023, visible en el No. 112 del expediente digital..

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

"Nosotros preguntamos. Lo que sí hicimos fue preguntar y hay un acta de un comité en la que se preguntó, si aquello necesitaba Licencia Ambiental y nos contestaron que en principio entendían que no, pero que iban a consultar. Pero de igual forma nos dieron la... Esto, Empresas Públicas. Cuando digo ellos, son Empresas Públicas de Medellín. En un Comité, tal vez de lo de la GAD, de los de la GAD, nos notificó que no, que iban a consultar y nunca nos dijeron nada contrario, por el contrario, nos pidieron que comenzáramos con la excavación". (Lo resaltado fuera de texto.)

547. Finalmente, no existe culpa grave en la actuación de EPM cuando esta entidad, si bien tarde, al final decidió tramitar y adelantar la modificación de la licencia ambiental obteniendo así la misma, situación que permitió la continuación del proyecto. Lo anterior da cuenta de que la decisión de EPM trajo como consecuencia, únicamente, las sanciones ambientales cuyos efectos patrimoniales han sido en principio anulados en primera de instancia por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

548. Por todo lo anterior, el Tribunal encuentra que EPM cometió un error en el juicio de las implicaciones de la implementación del SAD y el GAD, así como en la toma de decisiones en la administración del contrato que, si bien constituyen incumplimiento contractual, no son suficientes para ser catalogadas como un comportamiento con culpa grave.

549. En consecuencia, se negará la pretensión Trigésima Segunda de la demanda principal.

1.40. Sobre la existencia de un incumplimiento a título de culpa por parte de EPM.

550. Dado que existen diferentes asuntos sobre los cuales las pretensiones de las partes están dirigidas a que se declare que la causa de determinados hechos es el incumplimiento culpable de EPM o que se declare que EPM actuó con culpa grave en la ejecución del Contrato, el Tribunal procederá a decidir sobre los mismos de forma unificada.

551. De acuerdo con lo ya considerado por el Tribunal, EPM incumplió el Contrato en varios aspectos, entre los que se encuentran, no haber cumplido con la entrega dentro de los términos establecidos con los hitos 7, 8 y 9; no haber adelantado el GAD y el SAD con las respectivas modificaciones de la licencia ambiental o con los diseños hidráulico y geotécnico necesarios, así como también por no haber actuado en algunos asuntos de acuerdo con las buenas prácticas de la ingeniería.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

552. Ahora, lo que le corresponde al Tribunal es definir si dichas conductas pueden ser catalogadas como culpa grave o culpa, en los términos que establece el código civil.

553. A título de compilación, el tribunal destaca que las siguientes pretensiones buscan que se declare que EPM incumplió con culpa el Contrato: Vigésima Séptima (desplazamiento del hito 7), subsidiaria de la Vigésima Séptima, Cuadragésima Segunda (incumplimiento de los hitos 7, 8 y 9 por no seguir las reglas del arte y las buenas prácticas de la ingeniería), Cuadragésima Novena (desplazamiento de los hitos 8 y 9) y subsidiaria.

554. También se destaca que la Pretensión Trigésima Segunda (haber iniciado las obras sin la modificación de la licencia ambiental) tiene como sustento que se declare que EPM actuó con culpa grave.

555. Por su parte, la pretensión 9 de la demanda de reconvención está dirigida a que declare que los incumplimientos de EPM no son atribuibles a título de culpa. También formuló a título de excepción la que denominó "*inexistencia de incumplimiento culpable por parte de EPM*"

556. Para sustentar dicha excepción, EPM sostiene que dado que su actuar responde a un comportamiento diligente, no es posible concluir del mismo que exista culpa y por tanto, no hay lugar a que se causen las cláusulas penales de apremio pactadas en el Contrato.

557. De acuerdo con el artículo 63 del Código Civil:

"La ley distingue tres especies de culpa o descuido.

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes o de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro. (resaltado fuera del texto)

558. Al respecto, encuentra el Tribunal que existen dos estándares diferentes que deben ser aplicados para el grupo de pretensiones: la culpa grave y la culpa sin otra calificación. Ambas tipologías hacen parte de un análisis del comportamiento de EPM que no puede ser igualado al comportamiento propio del incumplimiento contractual. Dicho de otra manera, el Tribunal estima que no es posible considerar que existe un actuar culposo de EPM por el simple hecho de que se demuestre que existe incumplimiento de sus obligaciones, lo cual no significa que usualmente, como sucede en este caso, existió un incumplimiento contractual por no lograr los resultados a los que se obligó, pero que tal conducta a la vez constituye culpa de EPM por haber actuado por debajo del estándar de comportamiento que le era esperado.

559. En efecto, dado que EPM se obligó al cumplimiento de unos determinados hitos en unos plazos determinados, es posible que tales hitos no se hayan producido y sin embargo que no exista una tacha de reproche sobre el actuar del Contratista, diferente a su obligación de tener que asumir todos los efectos jurídicos y patrimoniales del incumplimiento contractual.

560. Ahora, como se indicó se analizará primero si existió culpa grave y luego se valorará si existió culpa sin calificaciones adicionales.

a) Inexistencia de culpa grave.

561. Con respecto al estándar requerido para que una conducta sea considerada como culpa grave es ciertamente muy alto, en la medida en que se habría tenido que demostrar que EPM o bien actuó con la intención de generar una afectación a Hidroituango, o que actuó con un nivel de descuido, propio de aquel que tienen las personas negligentes. Ninguno de esos elementos quedó acreditado.

562. Por el contrario, en lo que respecta a la licencia ambiental existen pruebas que dan cuenta de lo contrario. Por un lado, existen varios testimonios que evidencian que EPM analizó las condiciones propias del caso y determinó que, por lo menos en la fase inicial, no era necesario someter a modificación la licencia ambiental.

563. En efecto, el testigo Juan Carlos Gallego Corrales¹⁷², en lo pertinente indicó que:

"...el entendimiento que acompañó a EPM, y al que ha acompañado a todos los funcionarios de EPM, que de alguna manera han estado al tanto de la construcción del proyecto, es que no se cometía ninguna situación ambiental

¹⁷² Audiencia de testimonio rendido por el señor Juan Carlos Gallego Corrales el 12 de mayo de 2023, cuya transcripción se encuentra en el expediente digital.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

en la construcción de las obras subterráneas del sistema porque el sistema tenía todos los impactos ambientales derivados de las obras subterráneas completamente identificados y, además, tenía Plan de Manejo Ambiental para todos esos impactos identificados...”

564. En similar sentido, el testimonio del señor Juan Fernando Morales Villa¹⁷³, quien expresó:

"En las actividades subterráneas que son las actividades que según criterio de la misma autoridad ambiental y de acuerdo con los análisis que nosotros hicimos en su momento para la solicitud de la Resolución 1139 o pues la modificación de la licencia para la construcción las obras del Sistema Auxiliar de Desviación, esas obras subterráneas no generaban impactos ambientales adicionales, ni mayores a los que ya estaban contemplados en la Licencia Ambiental original y tampoco requería ajuste ni al área de influencia del proyecto, ni a las medidas de manejo ambiental en general, ni a ninguna... Digamos no se enmarcaban y no hacían uso tampoco de recursos naturales renovables adicionales a los que ya estaban contemplados en la licencia original.

Eso digamos en circunstancias del Decreto 1076 específicamente el artículo 22-23-71 que es el obliga o digamos tiene expresamente las causales de modificación de Licencia Ambiental, generaba como la la conclusión de que esas obras, las obras subterráneas, estamos hablando de las obras...

Estoy hablando de las obras subterráneas. Esas obras subterráneas no requerían el trámite previo de la modificación de licencia para el inicio, para su inicio.

De otro lado, las obras superficiales que son obras que están enmarcadas digamos dentro de lo que se requería externamente para la construcción del Sistema Auxiliar de Desviación, es decir, estamos hablando de ocupaciones de cauce por ejemplo para la construcción de unas ataguías que eran necesarias para mover el, digamos la entrada del río hacia un poco más aguas arriba por el río Cauca y otras obras relacionadas con unos depósitos, unas vías, una ocupación de causa que había que hacer una quebrada que estaba en la margen izquierda del río Cauca la quebrada Sucre, esas obras que son obras superficiales sí hacían uso de recursos naturales adicionales y si generaban impactos ambientales diferentes a los que ya estaban identificados en la Licencia Ambiental y por lo tanto esas obras se iniciaron, las superficiales con posterioridad al otorgamiento de la modificación de la Licencia Ambiental, en este caso de la Resolución 1139.

¹⁷³ Audiencia de testimonio rendido por el señor Juan Fernando Morales Villa el 29 de junio de 2023, cuya transcripción se encuentra en el expediente digital.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

565. También existen pruebas de que los contratistas de EPM indicaron en sentido similar, que se podían adelantar algunas de las obras sin modificar la licencia ambiental.

566. En efecto, el testimonio del señor Santiago Garcia Cadavid¹⁷⁴ donde expresó:

"O sea, el ANLA iba por lo menos tres veces al año. En la obra nosotros hicimos más de 60 obras subterráneas adicionales, extras, Galerías, túneles, cosas no previstas que nunca nos notificaron que requiriera de modificatoria de Licencia Ambiental. De cualquier modo, nadie puede enterarse de que un trámite de Licencia Ambiental está en el proceso, sino la autoridad y el autorizado, cualquier persona del público le es imposible notificarse de que un trámite que está siendo adelantado" ...

"Nosotros preguntamos. Lo que sí hicimos fue preguntar y hay un acta de un comité en la que se preguntó, si aquello necesitaba Licencia Ambiental y nos contestaron que en principio entendían que no, pero que iban a consultar. Pero de igual forma nos dieron la... Esto, Empresas Públicas. Cuando digo ellos, son Empresas Públicas de Medellín. En un Comité, tal vez de lo de la GAD, de los de la GAD, nos notificó que no, que iban a consultar y nunca nos dijeron nada contrario, por el contrario, nos pidieron que comenzáramos con la excavación". (Lo resaltado fuera de texto.)

567. Finalmente, no existe culpa grave en la actuación de EPM cuando esta entidad, si bien tarde, al final decidió tramitar y adelantar la modificación de la licencia ambiental obteniendo así la misma, situación que permitió la continuación del proyecto. Lo anterior da cuenta de que la decisión de EPM trajo como consecuencia, únicamente, las sanciones ambientales cuyos efectos patrimoniales han sido en principio anulados en primera de instancia por el Tribunal Administrativo de Antioquia.

568. Por todo lo anterior, el Tribunal encuentra que EPM cometió un error en el juicio de las implicaciones de la implementación del SAD y el GAD, así como en la toma de decisiones en la administración del contrato que, si bien constituyen incumplimiento contractual, no son suficientes para ser catalogadas como un comportamiento con culpa grave.

569. En consecuencia, se negará la pretensión Trigésima Segunda de la demanda principal.

b) EPM actuó con culpa en la ejecución del contrato

¹⁷⁴ Testimonio rendido por el señor Santiago Garcia Cadavid el 18 de julio de 2023, visible en el No. 112 del expediente digital.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

570. El Tribunal encuentra que existen elementos que acreditan que EPM actuó con un nivel de descuido tal para poder entender que su conducta está encuadrada dentro de un actuar con culpa.

571. Al respecto, lo primero que se debe indicar es que las condiciones y características de EPM suponen un nivel de calificación y profesionalidad en su actuar, propio de una persona que se embarca en asumir un proyecto de las características de Hidroituango.

572. De acuerdo con el numeral (viii) de la cláusula 3.01, EPM declaró y garantizó que:

" (viii) Cuenta, directamente o a través de sus Accionistas, con la experiencia, solvencia, idoneidad y los conocimientos técnicos requeridos, necesarios o apropiados, para desarrollar y ejecutar el Contrato y el Proyecto de conformidad con experiencias y técnicas recientes, probadas e internacionalmente aceptadas;"

573. Lo anterior, pone de presente que las calificaciones especiales del contratista deben ser puestas en consideración al momento de definir si su actuar es propio del que se podría esperar que un hombre de sus condiciones le imprimiera a sus propios asuntos.

574. Para el Tribunal está claro, por lo que se probó en el trámite, que EPM, en el ejercicio de su autonomía técnica, asumió los riesgos de una posible solución de ingeniería que no resultó como había sido inicialmente concebida. Sin embargo, los riesgos asumidos y la forma como se llevó a cabo la ejecución del GAD y el SAD no respondió al nivel de diligencia que se esperaba.

575. En efecto, es contrario al cuidado ordinario adelantar las obras sin contar con las licencias ambientales requeridas, como está probado en el proceso que sucedió y que dio lugar incluso a que se iniciaran procedimientos sancionatorios por parte de la Agencia Nacional de Licencias Ambientales, más allá del resultado de estas.

576. Ahora, es importante aclarar que dentro del estándar de conducta que se debe esperar de un profesional especializado, como claramente lo es EPM, no es posible sancionar su actuar por la asunción de riesgos, cuando el propio contrato lo que busca- a través de darle autonomía técnica- es que decida la forma en la que se va a adelantar el contrato, sino que en este caso se hayan tomado decisiones y asumido riesgos de manera descuidada, pues, en algunos frentes, lo hizo de forma poco informada y en contra de las buenas prácticas de la ingeniería.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

577. Está probado que EPM se alejó de las buenas prácticas de la ingeniería, pues se encontró que EPM debió adelantar estudios adicionales o que debió haber tomado decisiones de ingeniería diferentes. En esa medida, más allá de las medidas que hubiera tomado o de la intencionalidad con la que hubiera ejecutado su gestión, su actuar llevó al proyecto a condiciones altamente peligrosas por no seguir aquellos comportamientos que la ciencia de la ingeniería requería.

578. El Tribunal destaca una vez más el dictamen de Skava, que se trata del perito de parte que la propia EPM llevó al proceso y que concluye en diversos apartes, que existió un comportamiento que no se ajusta a las buenas prácticas de la ingeniería.

579. También es muy relevante tener en consideración que EPM fue advertida sobre los riesgos asociados al SAD y al GAD, así como a las formas en las que los mismos estaban siendo ejecutadas, sin que se haya demostrado que adoptó medidas de mitigación de dicho riesgo.

580. Así, por ejemplo, en el informe de la Junta de Asesores de agosto de 2013, se lee lo siguiente:

"La Junta tuvo la oportunidad de evaluar la alternativa conceptual para acelerar las obras de desvío, incluyendo una reunión con el contratista, CCC, para investigar la viabilidad de estas obras y su posible cronograma. Como resultado de esta evaluación, la Junta considera que los riesgos técnicos asociados con la aceleración no son aceptables para un proyecto de esta envergadura, y además, es de la opinión que existe aún incertidumbre de que las múltiples y delicadas tareas restantes para lograr el desvío se ejecuten oportunamente. En opinión de la Junta, el mayor riesgo técnico es el postergamiento (sic) de las excavaciones y adecuado tratamiento de los taludes marginalmente estables de roca encima de los pozos, lo cual genera un alto riesgo de comprometer el cierre de los túneles. Por consiguiente la Junta recomienda ejecutar el diseño original, con el contratista CCC optimizando el soporte y la secuencia de excavación del talud encima de los pozos y en la zona de emboquille de los túneles para tratar de lograr el desvío en el primer trimestre del 2014. En caso de no lograr esta meta, se ejecutaría el desvío a mediados del 2014 y se tomarían las medidas necesarias para recuperar el cronograma inicial agilizando la construcción de la presa, lo cual en nuestra opinión se puede lograr más favorablemente y con un riesgo mucho menor que la aceleración del desvío. Se sugiere además, eliminar la descarga de fondo actual sustituyéndola por una descarga intermedia modificada a la cota 240m, lo cual reduce sustancialmente el riesgo de esta operación. Esta opción requeriría el uso de cuatro compuertas en lugar de dos como se contempla en el esquema

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

*actual. El soporte técnico para esta sugerencia se presenta a continuación,
junto con una evaluación de los aspectos geotécnicos del desvío.¹⁷⁵*

581. Tal situación pone de presente que en efecto, no es propio de una persona diligente continuar en la ejecución de una obra con tales características en la que múltiples asesores recomendaron no llevarla a cabo de ese modo.

582. Si bien el Tribunal no desconoce que existió una serie de acciones que EPM desplegó para ejecutar el Contrato, así como que también invirtió recursos importantes para la consecución de los objetivos que perseguía con el SAD y el GAD, ello no es suficiente para entender que las equivocaciones que se encuentran probadas no constituyan un actuar culposo por parte del contratista.

583. Así las cosas, no existe prueba en el expediente que demuestre que las medidas técnicas tomadas por EPM corresponden a las decisiones propias de la industria en el mundo, o que tales decisiones hubieran sido las que un hombre diligente habría tomado, mientras que, como ya se mencionó, sí hay pruebas de lo contrario.

584. Todo lo anterior, visto en su conjunto lleva al Tribunal a la convicción de que EPM actuó con culpa en el incumplimiento contractual.

585. Por los motivos anteriores, el Tribunal concederá las pretensiones Vigésima Séptima, Cuadragésima Segunda y Cuadragésima Novena. Dado que dichas pretensiones están llamadas a prosperar, no hay lugar a pronunciarse sobre las pretensiones subsidiarias. Por el contrario, negará la pretensión 9 de la demanda de reconvención. También negará la excepción denominada inexistencia de incumplimiento culpable de EPM.

1.41. EL RIESGO GEOLÓGICO, EL RIESGO NO IDENTIFICADO Y EL COLAPSO EN LA GAD

586. La pretensión 7 de la demanda de Reconvención busca que se declare que la contingencia constituye la materialización del un riesgo no identificado, en los términos de la cláusula 6.14 del Contrato BOOMT. La pretensión 8, busca unas declaraciones consecuenciales a la prosperidad de la 7.

587. Igualmente otro de los aspecto de la *“excepción de responsabilidad de Hidroituango por la realización de los riesgos asumidos según la matriz de riesgos”* lo

¹⁷⁵ Expediente Digital, 2020 A 0035, 03.DEMANDA 2021 A 0012 25 DE FEBRERO 2021, X.ANEXOS-

1 PRUEBAS, 66. Informe de Asesores Externos de EPM No. 3 de 29 de noviembre de 2013”; 23. EPM

APORTA DOCUMENTOS EN SU PODER 1 JUN 2022, Punto 6 (Informes Junta Asesores PHI) Informe 03. Junta Asesores 03-29NOV13.pdf”.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

constituye la afirmación de que la contingencia tuvo como causa la materialización del riesgo geológico, a cargo de Hidroituango conforme al Anexo 6.14.

588. Cabe precisar que el análisis que sigue se hace dentro del estricto marco de las pretensiones y excepciones referidas, esto es, que el Tribunal definirá si está demostrado en este proceso, que el colapso de la GAD corresponde a la materialización de un riesgo no identificado o de un riesgo geológico como en algunas respuestas a los hechos lo afirma EPM. No corresponde al Tribunal definir el tema de causa raíz del colapso, en tanto no fue sometido a su decisión.

589. Respecto a la causa que dio lugar al taponamiento del GAD, las partes presentaron sendos dictámenes periciales que buscaban explicar la causa raíz de tales circunstancias.

590. Uno de ellos, fue el del perito Skava Consulting. Este perito, además de rendir el dictamen pericial¹⁷⁶ para este caso, adelantó un análisis a solicitud de EPM denominado "*Informe de estudio de causa raíz física de la contingencia presentada en el proyecto Hidroeléctrico Ituango*"¹⁷⁷

591. De acuerdo con el dictamen pericial, en el primer informe se identificó cuál fue la causa física del colapso del GAD, lo cual fue posteriormente complementado por parte del grupo de expertos en el dictamen pericial quienes identificaron cuáles eran las causas, más allá de la explicación física.

592. Dichos expertos, inicialmente indicaron lo siguiente:

*"Mediante el uso de teorías y técnicas probadas, SKAVA llegó a la conclusión que la causa raíz física del colapso **sería la erosión progresiva de una zona de cizalla a nivel del piso de la GAD**, inducida por el flujo de agua. Dicha circunstancia, identificada como la causa física y evento precursor (elemento terminal en la aplicación de la técnica del árbol de fallas), acompañada de factores contribuyentes, gatilló una reacción en cadena que pasó de una condición de daño localizado al colapso repentino del túnel"¹⁷⁸.
(resaltado fuera del texto).*

593. En las conclusiones del dictamen pericial de Skava, se identificó que

176 Dictamen pericial Análisis de la causa raíz (RCA) de la contingencia presentada en el proyecto Hidroeléctrico Ituango y ejercicio de las buenas prácticas de la Ingeniería en túneles en el proyecto de la GAD, de fecha 12 de enero de 2023, presentado por EPM.

177 Informe complementario del análisis ón come causa raíz física de la contingencia presentada en el proyecto Hidroeléctrica Ituango, de fecha 28 de febrero de 2019.

178 Pág. 8 Introducción al dictamen pericial de Skava Consulting

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

"[...] la causa raíz física del taponamiento estuvo acompañada por una serie de factores contribuyentes, es decir, condiciones que influenciaron la erosión de la cizalla de piso, incrementando su probabilidad de ocurrencia, acelerando su efecto en el tiempo o afectando la severidad de las consecuencias, pero que en caso de no existir no habrían evitado el fenómeno."¹⁷⁹

594. Dentro de los hallazgos del dictamen, se encuentra que existieron una serie de medidas que habrían podido ser tomadas para evitar la erosión de cizallas a nivel de piso, a saber:

- "(a) Aplicación del tratamiento indicado por las Túneles de Desvío originales, descrito en la Nota de Campo NC-059-13 (referencia [73]),*
- (b) Aplicación del tratamiento de grietas, zonas de cizalladura y fallas menores descrito en las Especificaciones Técnicas del Proyecto,*
- (c) Instalación de losa de piso en zonas de debilidad (cizallas), o*
- (d) Instalación de losa de piso sistemática en piso."¹⁸⁰*

595. Otro de los dictámenes que obra en el expediente, es el realizado por CyD&GPS¹⁸¹ contratado por el Consorcio CCC Ituango, donde se concluyó que:

"[...] en ciertos sectores de la GAD se detectó la presencia de roca de pobre calidad geotécnica, en donde el Consorcio CCC Ituango instaló la fortificación indicada en los planos del Proyecto. Sin embargo, se produjeron desprendimientos de la fortificación recién instalada y en la roca tras ella. Estas situaciones obligaron a que la Asesoría instruyera, a través de la Interventoría, los reforzamientos requeridos.

Llama la atención de CyD&GPS que la Interventoría hubiera indicado la utilización de pernos spilling como pre-soporte para el avance en ciertos tramos del GAD en roca Tipo III, pero no se haya instruido al Consorcio CCC Ituango a utilizar en zonas donde se evidenciaron debilidades (cizallas y otras discontinuidades) otros elementos de fortificación previstos, tales como marcos de acero. De hecho, en el presunto tramo del colapso de la GAD, la Interventoría instruyó al Contratista para no continuar con la

179 Pág 295 del dictamen – Conclusiones

180 Pág. 295 del dictamen - Conclusiones

181 Dictamen pericial rendido por CyD&GPS el 23 de agosto de 2022 a instancias del Consorcio CCC Ituango, obrante como prueba # del expediente digital.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

*instalación de la malla electrosoldada como soporte en las zonas de cizalla, según se venía instalando según su instrucción anterior*¹⁸²

596. El análisis de causa raíz preparado por Christopher Snee, Luis Guillermo de Mello, Bernard Murphy y Rafael Prieto¹⁸³, rendido el 2 de agosto de 2019, a instancias del ajustador de la póliza de construcción de todo riesgo, concluyó que:

"La causa raíz del evento fue una combinación de problemas no resueltos con los procesos diseño, supervisión y construcción en un área de una zona de cizalla que hicieron al túnel vulnerable a un grupo particular de condiciones hidráulicas que ocurrieron a mediados de abril de 2018. Esto es desarrollado con mayor detalle a continuación.

a) El diseño de la Central de un túnel de desviación fue debilitado para el TAD, de tal manera que no era robusto para una zona de cizalla conocida. Este diseño de soporte no era suficientemente robusto porque:

El espaciamiento entre pernos de roca en la bóveda fue aumentado tal que se instalaron 25% menos pernos de roca en la misma sección de la bóveda del túnel.

La malla de acero de refuerzo fue cambiada tal que el concreto lanzado tenía menos resistencia a los movimientos de tierra que empujaban contra él.

No había piso de concreto para prevenir la erosión de la roca.

b) Este diseño más débil era más sensible a las desviaciones de la geometría idealizada del techo circular esperada por el diseño de manera que era marginalmente estable e inestable bajo ciertas condiciones de operación.

c) Aun cuando se encontró una zona de cizalla, el soporte y protección que eran ambos obligatorios y prudentes de acuerdo con el diseño, no se implementaron y el frente del túnel fue avanzado antes de instalar el soporte completo.

d) El perfil excavado fue muy irregular, desviándose significativamente del techo curvo asumido en el diseño, impidiendo así la formación de un arco estructural. La sobre-excavación de la bóveda resultó en hastiales verticales más altos que lo establecido en el diseño, haciéndolos menos estables para los pernos de roca instalados.

182 Pág. 144 y 145 del dictamen pericial

183 Informe sobre el Colapso del túnel auxiliar de desviación, análisis de causa raíz, preparado por Christopher Snee, Luis Guillermo de Mello, Bernard Murphy y Rafael Prieto el 2 de agosto de 2019, a solicitud del ajustador de la póliza de construcción todo riesgo y que obra en el expediente como prueba # 31 del expediente digital.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

e) El macizo rocoso se relajó y el túnel probablemente convergió durante construcción más allá del límite de seguridad porque los tramos de avance eran excesivos, y el soporte no era instalado completo antes de avanzar el frente del túnel, y la instrumentación para monitoreo de convergencia fue instalada y monitoreada después de que había ocurrido la mayor parte de la convergencia.

f) El Método Observacional (MO) 15 no se aplicó correctamente durante la implementación del diseño del TAD. La convergencia no fue medida a tiempo y por tanto, el diseño no pudo ser ajustado a las condiciones encontradas del terreno, según lo requerido por el MO, en específico.

i. La convergencia del túnel debía medirse para validar el TAD construido. Esto no se hizo correctamente. En consecuencia, no había forma de saber como era el desempeño del soporte instalado.

ii. La estabilidad del techo del túnel no pudo controlarse resultando en una pérdida del perfil debido a sobre-excavación significativa, incluso con soporte adicional sustancial que no estaba previsto en el diseño.

iii. El soporte y roca se cayeron del techo del túnel en varias ocasiones durante construcción, lo cual demostraba que el soporte no estaba funcionando según lo esperado, lo cual debió iniciar revisiones del diseño de acuerdo con el método observacional.

g) En consecuencia, el túnel construido era aún más débil que el diseño ya marginal.

"2.14. Las partes que asesoraban a EPM (Asesoría e Interventoría) y el Contratista eran conscientes de donde la obra no siguió el diseño, donde la construcción no produjo el túnel con la forma y el soporte esperados, y donde el túnel colapsó durante construcción, como es evidenciado a través de su participación en las reuniones y la correspondencia relacionada con estos problemas. Muchos de estos problemas no fueron remediados porque dichas partes no se pusieron de acuerdo en la causa o de quién era la responsabilidad de resolverlos. Finalmente el túnel fue puesto en servicio con estas vulnerabilidades, presumiblemente porque dichas partes creían que la operación del TDI y el TDD durante cuatro años sin incidentes era prueba suficiente de que el diseño era satisfactorio. Sin embargo, esta confianza estaba fuera de lugar, el soporte instalado en el TAD se degradó debido al flujo turbulento porque tenía una forma altamente irregular y el piso fue erodado lo que debilitó el soporte desde el inicio de la puesta en funcionamiento. El o cerca del 13 de abril de 2018, con el río en un nivel pico, estas vulnerabilidades se manifestaron cuando el agua subterránea

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

presurizada produjo un desequilibrio con la presión del agua en el túnel que excedió la capacidad estructural del soporte”

597. De igual manera, destaca el Tribunal que el perito de Skava identificó comentarios vinculados a buenas prácticas, usanza y tendencia tanto en la etapa de diseño, construcción y evaluación final.

EL PERITO, GUTIÉRREZ: Bueno, estoy en la página 294 del dictamen, en la sección 7 de conclusiones; los primeros numerales hacen referencia a la causa raíz física del taponamiento, solamente me voy a detener el 7.1.1.3, para reforzar la idea de que la causa raíz física del taponamiento de la galería es la erosión de las zonas de cizalla en el piso que no recibieron tratamiento; entonces, examinando desvíos desde las buenas prácticas en lo que nosotros entendemos como ingeniería de túneles, hemos listado por etapas los siguientes asuntos, y me voy adelantando porque por aquí repasamos lo que son otras circunstancias físicas, factores contribuyentes, y aquí, en primer término, simplemente por la secuencialidad lógica que idealizamos los proyectos, identificamos primero la etapa de diseño, y aquí, vinculado a las buenas prácticas, usanza y tendencia en la tunelería, indicamos lo siguiente: "Análisis de riesgos insuficiente, enfocado únicamente a los riesgos de inundación de las obras. (b) Falta de definición de tolerancias de -excavación...". APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE, Ramírez: Perdóneme (hablan ambos interlocutores al mismo tiempo)-, ingeniero, yo... Yo lo interrumpo, ¿por qué no nos va contando por qué atenta...? Usted habla allí de "análisis de riesgos insuficiente", ¿por qué fue insuficiente? Y así en cada una, porque me ahorra parte del interrogatorio, si le parece. EL PERITO, GUTIÉRREZ: Sí, no hay problema. Y si mi explicación es insuficiente, también, me insiste sobre una aclaración. Análisis de riesgos insuficiente, en la medida que nosotros solamente observamos un documento técnico que hiciera referencia al concepto; este guarda relación con los riesgos de inundación y, normalmente nosotros, en lo que es la práctica hoy por hoy, el estándar de la industria, se someten a otros juicios también: la examinación de riesgos desde el negocio, la interrupción de la cadena suministro, hasta condiciones geológicas no previstas; eso es lo que indicamos en esa sección que está abordada específicamente en el dictamen. En cuanto a la "Falta de definición de tolerancias de excavación", se establece un límite sobre el cual no se puede excavar, y es lo que ya distintos técnicos han referido como las sobreexcavaciones, pero el diseñador, desde su rol, no especifica cuánto es tolerable, por tanto, posteriormente, cuando hay que juzgar que si es aceptable cierta condición o no, no hay un parámetro que dirima esa diferencia. "A pesar de un diseño geotécnico-estructural adecuado, el diseño

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

para el comportamiento hidráulico tenía las siguientes” diferencias, y aquí hay que entender siempre esta distinción, que espero no les parezca tan arbitraria, pero está la estabilidad durante la construcción y luego todo lo que es mientras la GAD transportaba agua, como conducto de escurrimiento; y en ese sentido, hay tres cosas, tres elementos que nosotros consideramos que desviaron de las buenas prácticas: uno, es “No establece límites de rugosidad para el túnel”, no es lo mismo como quede la superficie de excavación pensando en para qué sirve esta obra, por muy temporal que sea; la metodología que se usó y que se presentó en las memorias de cálculo, se basan en comparación de datos que no son análogos a la GAD, y Skava presentó contraejemplo para demostrar la debilidad de la metodología. “No realiza estimaciones analíticas de potencial erosivo del flujo y resistencia de la duración de los materiales.”, esa es la más compleja de contestar y es en lo que se basa nuestro trabajo asistido por George Annandale, que es experto en la materia”.

598. Ahora, los diseños que son identificados por el perito como aquellos en los cuales existieron observaciones del perito que se tradujeron en comentarios con respecto a buenas prácticas, son los diseños adelantados con respecto del GAD por parte de EPM y que no corresponden a los diseños originalmente realizados por parte de HI.

599. Así fue explicado por el perito Bustamante, vocero de Skava, en su declaración¹⁸⁴ al indicar:

APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE, Ramírez: *Ingeniero Bustamante, ¿para el estudio que ustedes realizaron sobre la Galería Auxiliar de Desviación, consultaron los planos de obra o el diseño detallado de los túneles originales de desviación y, en general, los estudios geológicos, geotécnicos, hidráulicos, investigaciones de campo, etcétera, sobre esos proyectos..., sobre el proyecto de desviación originales, es decir, sobre los túneles de desviación derecho e izquierdo del proyecto? **EL PERITO, BUSTAMANTE:** A ver, si bien nuestro informe pericial se refiere al diseño del sistema auxiliar del desvío y la galería..., y utilizamos toda la información concerniente a ese diseño y ese era nuestro alcance, nuestro alcance, digamos, la revisión de ese diseño, pero sí te revisamos la información relacionada con el diseño de los túneles originales de desvío, el túnel izquierdo y el túnel derecho, fue información que nosotros utilizamos como antecedentes para elaborar nuestro peritazgo. **APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE, Ramírez:** Ingeniero, ¿esa información*

184 Declaración del señor Leonardo Javier Bustamante Vega, rendido en audiencia del 11 de julio de 2023 y cuya transcripción se encuentra en la prueba # 110 del expediente digital.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

*comprendía todos esos estudios que le digo, tanto geológicos, geotécnicos, hidráulicos, de campo, etcétera, y la consideraron ustedes suficiente en su momento para la ejecución y construcción de los túneles de desviación derecho e izquierdo?, si lo hicieron. **EL PERITO, BUSTAMANTE:** Sí, sí revisamos, tuvimos a nuestra vista esa información que usted señala, me refiero a los planos, las especificaciones, las memorias de diseño y la información concerniente a los diseños de los túneles de desvío original; ahora, todo esto con el objetivo de -orientar (no es clara la palabra)- nuestro análisis de esa información a lo que ocurrió, a todo lo que tiene que ver con la GAD. **APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE, Ramírez:** A raíz de ese estudio, ingeniero, ¿usted nos puede decir si esos estudios pueden considerarse idóneos y suficientes para la ejecución y construcción de los túneles de desviación derecho e izquierdo? A ver, su opinión y experiencia específica. **EL PERITO, BUSTAMANTE:** Nosotros..., no fue parte del alcance de nuestro estudio revisar el diseño original de los túneles de desvío original, sino todo lo que tiene que ver con la GAD y el sistema auxiliar de desvío, por lo tanto, no quisiera pronunciarme respecto a la idoneidad o no idoneidad de esa parte del diseño; sí..., sí lo puedo hacer respecto de la GAD. **APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE, Ramírez:** En relación con la GAD, ingeniero, ¿se hicieron esos mismos estudios geológicos, geotécnicos, hidráulicos, investigaciones de campo, diseños detallados?, y quisiera que me precisara, cuando nosotros hablamos de diseños detallados, ¿a qué tipo de diseños se refieren ustedes en su dictamen pericial?, si a lo que denominan ustedes diseño de construcción o diseños de obra, si coinciden o son diferentes. **EL PERITO, BUSTAMANTE:** Nosotros sí tuvimos a la luz, como antecedentes para realizar nuestro peritazgo, todos los antecedentes de la etapa de diseño y los planos de construcción, las especificaciones del diseño de la GAD, y quiero complementar la respuesta señalando que para nuestro peritazgo, además de la información que tiene que ver con los documentos de diseño y planos de construcción y especificaciones de construcción, también tuvimos etapas, ¿cierto?, de reuniones, de reuniones con todos los participantes, me refiero con todos los actores involucrados en el diseño, la asesoría, la construcción y la interventoría, tuvimos reuniones con ellos en terreno el año dos mil..., el año que ocurrió la contingencia, posterior a la ocurrencia de la contingencia, además hicimos visitas a terreno, estuvimos en terreno viendo las obras y estuvimos con la gente que participó de la construcción y la gente que participó de la interventoría en terreno, o sea, utilizamos mucha información para el informe de peritazgo. **APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE, Ramírez:** Ingeniero, ¿se hicieron para la GAD los mismos estudios geológicos, geotécnicos, hidráulicos, investigaciones de campo, el mismo detalle que se hizo para el sistema de desviación original?,*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

*¿existieron esos estudios específicos para la construcción de la GAD? **EL PERITO, BUSTAMANTE:** Nosotros sí vimos todos los informes..., sí, vimos estudios que se hicieron de información geológica de estudios hidráulicos que se hicieron para el diseño de la GAD, sí..., sí los vimos y sí hubo ese tipo, ese tipo de diseño. **APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE, Ramírez:** ¿Tenían el mismo nivel de detalle, de exactitud, de precisión que los hechos para el sistema original de desviación o no? **EL PERITO, BUSTAMANTE:** Nosotros como..., le insisto, nosotros no revisamos el diseño de los túneles anteriores, por lo tanto, no era parte del alcance que nosotros teníamos que evaluar y comparar el diseño original respecto del diseño de la GAD; nuestro alcance se refiere al diseño de la GAD. **APODERADO DE LA PARTE CONVOCANTE, Ramírez:** Bueno, en relación con los estudios, diseños que se hicieron para la GAD, investigaciones, etcétera, de acuerdo con lo que ustedes estudiaron, ¿consideraron que era suficiente la información para efectos del diseño primero y de posteriormente la ejecución y después la operación de la GAD? **EL PERITO, BUSTAMANTE:** De lo que nosotros revisamos opinamos que la información que se tuvo para el diseño de la GAD era adecuada y suficiente para el diseño de esta”*

600. De hecho, el relato y análisis del perito SKAVA es coincidente con la postura asumida por EPM en el marco de la demanda presentada contra los subcontratistas.

601. En efecto, en la mencionada demanda¹⁸⁵, EPM indica lo siguiente cuando menciona el colapso del GAD:

"HECHOS RELACIONADOS CON LA CONTINGENCIA¹⁸⁶

61. La GAD comenzó a operar el 22 de septiembre de 2017 y debía cerrarse el 1 de julio de 2018, a fin de lograr el cierre de los túneles de desviación iniciales, la culminación de las obras de la presa y el posterior llenado programado del embalse.

62. Desde el 18 de marzo de 2018, el río permaneció desviado únicamente por la GAD.

63. El 28 de abril de 2018 se presentó un represamiento aguas arriba de la GAD (con un incremento en el embalsamiento de 1,8 metros por hora), y

185 Demanda de controversias contractuales formulada por EPM contra Consorcio Generación Ituango S.A., Integral Ingeniería de Supervisión, Consorcio CCC Ituango, Consorcio Ingetec-Sedic, Seguros Generales Suramericana y Chubb Seguros Colombia S.A., que cursa en el Tribunal Administrativo de Antioquia y que aparece como prueba # 69 del expediente digital.

186 Pág. 27 de la demanda

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

una significativa disminución del caudal aguas abajo, lo cual indicaba un taponamiento de la GAD.

64. Durante la noche del 29 abril de 2018 se presentó un "destaponamiento" interno en la GAD, al parecer, producto de la presión del agua.

65. Este "destaponamiento" generó un aumento en el caudal en la zona de las descargas, y se incrementó el nivel de riesgo para las comunidades ubicadas aguas abajo del Proyecto.

66. El 30 abril de 2018, se presentó una nueva obstrucción al caer sobre la estructura subterránea del túnel todo el terreno que existía entre la bóveda de la GAD y la superficie. Este hundimiento de terreno que bloqueó la GAD provocó un efecto visual idéntico al de un cráter si se observa desde la superficie

67. El taponamiento total y definitivo de la GAD bloqueó el paso de agua a través de ese tercer túnel (GAD), provocando que la Presa iniciara un proceso de embalsamiento de manera anticipada y no programada.

68. El 7 de mayo de 2018 se produjo una nueva obstrucción en la GAD, que comprometió toda la capacidad de descarga.

69. El 7 de mayo de 2018, EPM dio inicio a la implementación de un conjunto de medidas y acciones de carácter técnico, social y ambiental con el fin de evitar afectaciones a las comunidades ubicadas aguas abajo y aguas arriba del proyecto, y proteger la estabilidad de la presa.

70. Tras un análisis de riesgos, para evitar que se sobrepasara la cota de embalse (overtopping), evitar que se causaran daños estructurales que pusieran en peligro la estabilidad del Proyecto, así como la afectación de las comunidades aguas debajo de la presa, EPM, con la asesoría del Interventor, el DiseñadorAsesor, el Constructor y el Board, decidió habilitar las aducciones 1, 2, 7 y 8 de la casa de máquinas, para que transitaran por ellas las aguas del río Cauca.

71. El 12 de mayo de 2018 se produjo el "destaponamiento" del Túnel de Desviación Derecho (TDD) de manera súbita, debido a la presión del agua, lo cual incrementó de forma extraordinaria el caudal aguas abajo del Proyecto.

72. El 14 de mayo de 2018, el Departamento de Antioquia declaró la situación de calamidad pública para las jurisdicciones de los municipios de Santa Fe de Antioquia, Sabanalarga, Peque, Olaya, Liborina, Buriticá, Yarumal, Toledo, San Andrés de Cuerquia, Valdivia, Ituango, Briceño, Tarazá, Nechí, Caucasia y Cáceres.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

73. EPM estructuró un Plan de Acción Específico - en adelante: PAE-, a fin de implementar las acciones apropiadas para recuperar las zonas afectadas por la calamidad y mitigar los efectos adversos generados en la comunidad.

74. Ante (i) una posible falla de la presa por tubificación y (ii) el inexorable incremento del caudal del río en un escenario de riesgo de caudal pico estimado de 263.323 m³/s, las autoridades que conforman el Sistema Nacional de Gestión de Riesgo de Desastres -en adelante: SNGRD- emitieron el 16 de mayo de 2018 una orden de evacuación permanente preventiva para el Corregimiento de Puerto Valdivia en el Municipio de Valdivia y los municipios de Cáceres y Tarazá.

75. Ante esta evacuación masiva EPM ejecutó un Plan de Emergencia y Contingencia –en adelante: PEC–.

76. Entre mayo y octubre de 2018, se adelantaron las obras necesarias para el lleno prioritario.

77. Entre octubre de 2018 y febrero de 2019, cuando la presa alcanzaba una cota de 418, se integró el lleno prioritario al diseño definitivo de la presa, mediante la construcción complementaria de una pantalla de contraflujo en lechada plástica (mezcla de cemento y bentonita).

78. El 4 de noviembre de 2018 comenzó a operar el vertedero, con una capacidad de descarga para evacuar la creciente máxima probable (22.600 m³/s).

79. También se estableció que era necesario ejecutar la maniobra de cierre de compuertas en el corto plazo, para lo cual el 16 de enero de 2019 se adelantó el cierre de la primera compuerta, correspondiente al túnel de aducción N° 2 y el 5 de febrero de 2019, la segunda.

80. Posteriormente, el 8 de febrero de 2019 se abrieron las compuertas radiales 2, 3 y 4 del vertedero. Ese mismo día el nivel del embalse alcanzó la cota 401 y empezó a salir agua por las tres compuertas.

81. La situación de calamidad pública fue levantada mediante el Decreto 2019070002605 de 15 de mayo de 2019, en el que se reiteró la obligación de continuar desarrollando las acciones relacionadas con las líneas que forman parte del Plan de Acción Específico con el fin de cumplir con las acciones emprendidas para la recuperación.

82. El 16 de julio de 2019 se terminaron los llenos de la presa en la cota de elevación 435. Esto brindó un mayor nivel de seguridad a la presa”

602. Así las cosas, y para efectos de la decisión que le corresponde a este Tribunal, las pruebas en conjunto, llevan a la conclusión de que no se demostró la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

materialización del riesgo geológico en el colapso de la GAD, ni tampoco que hubiera obedecido a un riesgo no identificado. Ninguno de esos temas se concluye de las pruebas recaudadas, lo que lleva a negar las pretensiones 7 y 8 de la demanda de reconvencción así como la excepción “*excepción de responsabilidad de hidroituango por la realización de los riesgos asumidos según la matriz de riesgos*”, también en relación con estos dos riesgos.

1.42. Sobre la entrada de Operación Comercial.

603. Hidroituango pretende que se declare que de conformidad con el Contrato BOOMT, la entrada en operación comercial de la hidroeléctrica como un todo se da con la entrada en Operación Comercial del Grupo 1 de unidades, conformado conjuntamente por la Unidad 1, la Unidad 2, la Unidad 3 y la Unidad 4.

604. Sobre el particular, EPM no propuso una excepción o una oposición a la pretensión de forma específica, sino que la incluyó dentro de sus objeciones, según las cuales las obligaciones adquiridas por EPM son de medio y no de resultado. Como ya se indicó, el Tribunal no comparte tal argumento, y en consecuencia tal afirmación no constituye una excepción llamada a prosperar.

605. Afirma la demanda principal en el hecho 159:

"159. El Grupo 1 de Unidades conformado por las Unidades 1, 2, 3 y 4, debía entrar en operación, así:

UNIDAD	4 (HITO 8)	3	2	1 (HITO 9)
Fecha Entrada en Operación	28/11/2018	28/02/2019	28/05/2019	28-08-2019
Capacidad.-MV	300	300	300	300

606. Respecto del cual EPM contestó:

"Al hecho 159. Es cierto. Corresponde a las fechas de cumplimiento de los hitos 8 y 9, luego de la celebración del AMB No. 10, y a las contempladas en el Cronograma Director. No fue posible cumplir con estas fechas por razones no atribuibles a EPM a título de culpa."

607. De acuerdo con las definiciones del Contrato BOOMT, la Fecha de Entrada en Operación Comercial es “*en relación con cada una de las Unidades o con la*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Hidroeléctrica como un todo, el Día en el que cada una de ellas, respectivamente, entra efectivamente en Operación Comercial. En relación con la Hidroeléctrica como un todo, la entrada en Operación Comercial de la Hidroeléctrica se da con la entrada en Operación Comercial del Grupo 1 de Unidades.” A su vez, de acuerdo con el acápite de definiciones, Grupo 1 de Unidades “Son, conjuntamente, la Unidad 1, la Unidad 2, la Unidad 3 y la Unidad 4.”

608. De lo anterior se desprende que el Contrato efectivamente respalda la pretensión formulada, sin que exista ninguna oposición, por lo que se declarará la prosperidad de la pretensión Vigésima Tercera de la reforma de la demanda.

1.43. Las pretensiones Quincuagésima Segunda y Quincuagésima Tercera de la demanda principal

609. Hidroituango pretende que por el incumplimiento de EPM al no ejecutar los hitos 7, 8 y 9 ni la construcción para la entrada en Operación Comercial del Grupo 1 de Unidades, la contratista está obligada a asumir “*los “sobrecostos”, mayores costos y gastos de toda naturaleza, incluidos los financieros, desde su ocurrencia hasta su cumplimiento total, deben ser asumidos por ella sin afectar los derechos económicos ni la remuneración que le corresponde bajo el Contrato a **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO S.A. E.S.P.-**”*

610. EPM adujo varios argumentos para oponerse a esas pretensiones: en primer lugar reiteró que no ha incurrido en incumplimiento culpable ni de forma total ni parcial del Contrato BOOMT. En segundo lugar insistió en la excepción de Petición antes de tiempo en relación con el derecho para reclamar indemnización y, por último, alegó inexistencia del derecho a la remuneración aún en un escenario sin contingencia.

611. Para resolver, precisa el Tribunal que ya se ha definido en este laudo el incumplimiento culposo por parte de EPM de las obligaciones a que se refieren estas pretensiones, lo cual comporta, en apego a la cláusula 6.01 del contrato BOOMT, Obligaciones de hacer del Contratista, numeral xlix, que a esta le corresponde asumir los mayores costos del proyecto derivados de su negligencia, imprudencia o impericia.

612. La excepción de Petición antes de tiempo, que el Tribunal declarará probada frente a las pretensiones del reconocimiento de la remuneración en favor de Hidroituango desde la fecha en que debió cumplirse con la entrega de los Hitos 7, 8 y 9 y con la construcción para la entrada en Operación Comercial del Grupo 1 de Unidades, no prospera en cambio frente a las pretensiones que en este acápite se deciden, por no estar referidas al reconocimiento de la remuneración en etapa anterior a la de O&M.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

613. Tampoco hay lugar a declarar probada la excepción de Inexistencia del derecho a la remuneración aún en un escenario sin Contingencia, por cuanto no fue demostrada. En efecto, el dictamen pericial presentado con miras a demostrar tal afirmación, parte para el cálculo del flujo de caja libre desapalancado, de incluir en la variable de inversiones en capital las sumas correspondientes a la atención de la contingencia, tema que el Tribunal decidirá en contrario, según análisis contenido en el capítulo "La remuneración reclamada por HIDROITUANGO a título de perjuicios y las Inversiones a incluir como costos del proyecto"

614. Por tanto, se accederá a las pretensiones Quincuagésima Segunda y Quincuagésima Tercera y se declararan no probadas, las excepciones de Inexistencia del derecho a la remuneración aún en un escenario sin Contingencia e inexistencia de culpa y frente a esta pretensión se declarará NO probada la excepción de frente a estas pretensiones,

**1.44. LAS PRETENSIONES DE EPM RELACIONADAS CON LAS
CLÁUSULAS PENALES DE APREMIO DE LA CLÁUSULA 4.09**

615. En el acápite B. del capítulo de pretensiones, EPM deduce las siguientes:

"13. Que se declare la nulidad absoluta de la Cláusula 4.09 del Contrato BOOMT, relativa a las Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos, por abusiva al desconocer la finalidad conminatoria de la Cláusula y afectar el equilibrio justo de la relación entre las partes del Contrato BOOMT, por ignorar el criterio contractual de "Esfuerzo conjunto" y violar el derecho público de la Nación, al desconocer los principios de igualdad y moralidad, entre otros, que rigen la función administrativa.

"14. Que, como consecuencia de la prosperidad de la pretensión 13, se declare que EPM no está obligada a pagar a favor de HIDROITUANGO ningún valor derivado de la Cláusula 4.09 del Contrato BOOMT.

"15. Que, de no declararse la nulidad absoluta de la Cláusula 4.09 del Contrato BOOMT, el Tribunal la revise, en el sentido de determinar que se convirtió en una cláusula compensatoria y no conminatoria, y, en consecuencia, el valor que resulte de su aplicación constituye una tasación anticipada de perjuicios.

"16. Que, de no prosperar las pretensiones 13 y 15, y con base en el último inciso del artículo 1601 del Código Civil, el Tribunal revise la Cláusula 4.09 del Contrato BOOMT en orden a moderarla, en el sentido de declarar que el monto que HIDROITUANGO pretende por concepto de Cláusulas Penales de Apremio por el incumplimiento de los Hitos 7, 8 y 9 es desbordado, toda vez

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

que es equivalente al 77% de la pretensión relativa a la remuneración, de la que es accesoría, caso en el cual, no podrá superar el 20% de la pretensión relativa a la remuneración.

"17. Que el Tribunal declare que la interpretación y aplicación de la Cláusula 4.09 del Contrato BOOMT, está sujeta a la Cláusula 9.05 "Esfuerzo conjunto", según la cual "Este Contrato no debe ser interpretado más severamente en contra de alguna de sus partes".

"18. Que, en consecuencia, en caso de no prosperar la pretensión de revisión de la Cláusula 4.09 del Contrato BOOMT con fundamento en el último inciso del artículo 1601 del Código Civil, el Tribunal la revise en aplicación de la Cláusula 9.05 "Esfuerzo conjunto" en el sentido de declarar que el monto que HIDROITUANGO pretende por concepto de Cláusulas Penales de Apremio por el incumplimiento de los Hitos 7, 8 y 9 es desbordado, toda vez que es equivalente al 77% de la pretensión relativa a la remuneración, de la que es accesoría, caso en el cual, no podrá superar el 20% de la pretensión relativa a la remuneración."

616. EPM sostiene que la exigibilidad de las cláusulas penales de apremio supone la acreditación de un "incumplimiento culpable en contra del contratista", conforme al Anexo 6.12 "Mecanismo de Supervisión, coordinación, control y vigilancia del contrato por parte de Hidroituango", que exigen acreditar la culpa del contratista.

617. En la cláusula 9.08 del Contrato, se acordó la máxima responsabilidad financiera en US \$ 450 000 000, suma que constituye límite de las cláusulas penales de apremio, así como la indemnización de los perjuicios adicionales, distintos a dichas cláusulas.

618. En su demanda de reconvención, EPM sostiene que al ser la contingencia un Evento Excusable no hay lugar a la imposición de cláusulas penales de apremio en contra del Contratista, por incumplimiento de los Hitos 7, 8, 9 y 10.

619. La aplicación de las cláusulas penales de apremio "implica un ejercicio abusivo de estas cláusulas penales" por cuanto han pasado a tener una finalidad compensatoria o indemnizatoria por dos razones: i) porque la Contingencia fue un evento de tal magnitud que impidió definitivamente que EPM cumpliera con la construcción de los hitos en las fechas acordadas; ii) porque el valor reclamado por HI por dichas cláusulas ahora representa más del 77 % de la pretensión relacionada con la remuneración.

620. Para EPM las cláusulas penales resultan abusivas porque con la demanda se pretende que se apliquen ante la mora por la contingencia, se buscan indemnizaciones por concepto de cláusulas penales y por exigencia anticipada de la remuneración.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

621. EPM sostiene que “El cobro de la multa por las exorbitantes sumas a las que aspira HIDROITUANGO, viola el derecho público de la Nación, en cuanto este derecho establece principios de protección frente a los recursos públicos”. De suerte que el “cobro desproporcionado y sin causa de las Cláusulas Penales de Apremio las vuelve abusivas y, por ende, nulas” (hecho 161 de la reconvención reformada).

622. En sus alegatos, EPM sostuvo que “Tal como han sido formuladas las pretensiones relativas al cobro de las cláusulas penales de apremio, se tiene que Hidroituango convirtió las cláusulas penales de apremio en cláusulas resarcitorias o compensatorias de perjuicios, incluso indeterminados. Estas cláusulas dejaron de ser cláusulas conminatorias y se han convertido en una petición de indemnización de perjuicios adicionales por incumplimiento contractual, disfrazada de cláusula penal de apremio”.

623. El cobro de las cláusulas penales que hace HI hace que las cláusulas se tornen “manifiestamente contrario al orden jurídico” por cuanto se convirtieron en “cláusulas penales puras” que se dirigen a cobrar perjuicios adicionales, en forma anticipada y sin justificación.

624. Según EPM la nulidad de las cláusulas radica en: i) HI pretende cobrarlas, a sabiendas de que EPM estuvo en imposibilidad de cumplir con los hitos 7, 8 y 9 ante el suceso de abril de 2018; ii) de esta forma, se desconoce la cláusula de “Esfuerzo Conjunto” y el principio general de buena fe, al cobrar la cláusula penal y la remuneración, que se cobra a título de perjuicios.

625. En sus alegaciones finales EPM sostuvo que la forma en la que se cobran las cláusulas penales por parte de HI “es también un caso de desequilibrio económico del contrato” por cuanto pretende el doble cobro de un mismo perjuicio.

626. También en sus alegaciones finales EPM manifestó que de no acceder a las pretensiones de nulidad, las pretensiones 15 a 19 de su demanda de reconvención reformada tienen por objeto que se revisen las cláusulas penales de la etapa de construcción.

627. En relación con ese grupo de pretensiones sostiene en sus alegaciones: “Las razones para que prospere la revisión son esencialmente similares a las razones para pedir la nulidad, puesto que exigir hasta 450 millones de dólares de multa al contratista que sufrió la Contingencia y que ha venido cumpliendo con diligencia y cuidado el contrato a pesar de los eventos adversos, es un abuso del derecho”.

628. El fundamento para la revisión de las cláusulas que invoca EPM en los alegatos son los artículos 1601 del Código Civil y 867 del Código de Comercio.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

629. EPM concluye que las razones en las que se fundan las pretensiones de nulidad de las cláusulas penales son las mismas que sirven para apoyar la solicitud de revisión de dichas estipulaciones.

630. Por su parte, HI en la contestación de la reconvención reformada manifestó que si bien es cierto que en la cláusula 6.13 del Contrato se acordó que no habrá lugar a imponer cláusulas penales de apremio “durante la ocurrencia de un evento excusable”, la contingencia ocurrida en el SAD no constituye Evento Excusable, cuya obra, diseño y construcción fueron decisiones, contratación y ejecución autónomas por parte de EPM.

631. Conforme a la cláusula 4.01 del Contrato, para la no imposición de las cláusulas penales de apremio, EPM tiene la carga probatoria de demostrar que el desplazamiento de las fechas acordadas para el cumplimiento de los hitos 7, 8 y 9 no tiene origen en su culpa.

632. Para HI, el riesgo del colapso del nuevo sistema de desviación fue creado por EPM, la contingencia no es Evento Excusable y es imputable a EPM.

633. Las cláusulas penales de apremio se acordaron en forma libre y espontánea por las partes, son “válidas, eficaces y vinculantes” y son un derecho legítimo que puede ejercer HI bajo el Contrato ante el incumplimiento de EPM de las obligaciones de construcción, conforme a los hitos.

634. Las cláusulas penales no tienen finalidad compensatoria, sino conminatoria y no son exorbitantes o excesivas.

635. El valor de las cláusulas está estipulado en función del valor total del proyecto y no en función de la remuneración. Remuneración y penas son conceptos diferentes.

636. Los recursos públicos, la moralidad administrativa, el principio de legalidad y el justo equilibrio de la relación contractual no se afectan con dichas cláusulas.

637. HI propuso las excepciones que denominó:

"AUSENCIA DE LA NULIDAD ABSOLUTA; VALIDEZ, EFICACIA Y OBLIGATORIEDAD DE LAS CLÁUSULAS PENALES DE APREMIO".

"LAS CLÁUSULAS PENALES DE APREMIO PACTADAS SON CONMINATORIAS Y COMPENSATORIAS"

"IMPROCEDENCIA DE LA REVISIÓN Y AJUSTE. LAS CLÁUSULAS PENALES DE APREMIO NO SON DESBORDADAS Y ESTABLECEN EN FUNCIÓN DEL VALOR TOTAL DEL CONTRATO BOOMT".

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

638. En sus alegaciones, HI agregó que EPM pactó en los contratos de construcción del proyecto cláusulas penales y de multas, lo que reafirma su legitimidad, validez y eficacia y constituye un parámetro hermenéutico de apreciación de conducta.

639. El pago de la Cláusula Penal de apremio solo se hace exigible si se constata el incumplimiento del hito 9 en la fecha prevista en el cronograma director del contrato y que marca la entrada en operación de las cuatro primeras unidades y a la finalización de la etapa de construcción.

640. El Consejo de Estado ha reiterado la validez y eficacia de las cláusulas de apremio o multas en los contratos estatales regidos por el derecho privado, algunos de los cuales han sido celebrados por EPM.

641. Las cláusulas penales de apremio se pactaron a favor HI, que “es la parte débil de la relación contractual” y que no tiene ningún poder de decisión o de injerencia en el Contrato.

642. Las condiciones del Contrato fueron discutidas y acordadas por las partes que para ese propósito contaron con el apoyo de equipos interdisciplinarios y respecto de las cuales nunca existió duda en torno a su validez, por lo cual la minuta del Contrato se suscribió de manera libre y voluntaria.

643. El referente de las cláusulas de apremio era el del valor total del Contrato y se modificó por otro más proporcional, esto es el avance sistemático y progresivo de la etapa de construcción.

644. El Tribunal en este punto del laudo se ocupa en este punto de resolver las pretensiones ya referidas, relativas, en lo esencial, a la alegada nulidad de la cláusula 4.09 del Contrato.

645. Los problemas jurídicos que se identifican en este frente son los siguientes:

- La pretendida nulidad absoluta de la cláusula por ser abusiva y desequilibrar el contrato.
- La solicitud enderezada a que el Tribunal revise la cláusula y declare que se tornó en una estipulación compensatoria o, en su lugar, que proceda a reducir el monto convenido por estimarse desbordado.

1.45. La pretendida nulidad de la cláusula 4.09 del Contrato

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

646. La primera dificultad que se encuentra al examinar este grupo de pretensiones es el defecto de precisión respecto del motivo o causa que EPM invoca para pedir la nulidad absoluta de la cláusula.

647. Por una parte, la demanda de reconvención invoca que la cláusula es nula por ser abusiva al desconocer su finalidad conminatoria y afectar el equilibrio justo de la relación entre las partes, amén de violar el derecho público de la Nación, al contrariar los principios de igualdad y moralidad, entre otros, que rigen la función administrativa.

648. Sin embargo, en los hechos de la reconvención reformada EPM también hace consistir el abuso alegado en la forma cómo se pretende cobrar la pena por parte de HI en este trámite.

649. En efecto, según EPM, las cláusulas penales resultan abusivas porque HI pretende indemnizaciones por concepto de cláusulas penales y por exigencia anticipada de la remuneración, en forma simultánea.

650. De esta suerte, el segundo fundamento del pretendido abuso no es intrínseco de la estipulación acusada, sino que radica en la forma cómo HI estructuró su *petitum* que, según EPM, consiste en cobrar cláusulas penales –a su juicio compensatorias– y la remuneración anticipada del Contrato.

1.46. El abuso por la naturaleza de la cláusula

651. La cláusula cuya validez se impugna en la demanda de reconvención es la número 4.09 que se encuentra incluida en el capítulo correspondiente a la Etapa de Construcción y se refiere al eventual incumplimiento de los Hitos 1 a 9.

652. La estipulación consagra el derecho de HI de liquidar por cada día de incumplimiento y hasta la fecha en la que se verifique el cumplimiento del Hito, determinadas sumas, a título de cláusula penal.

653. El cálculo de la suma se realiza en función de la magnitud del retraso y se aplica un factor determinado en la misma cláusula.

654. Si los hitos posteriores al que generó la aplicación de la cláusula penal no se cumplen en tiempo pero no se retrasan por un período superior al plazo incumplido que motivó la aplicación de la pena, no se impondrá otra cláusula penal.

655. Al contrario, si los hitos posteriores sufren un retraso por un periodo superior al que generó la aplicación de la cláusula penal, HI podrá exigir el pago de la pena.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

656. La obligación de pagar las cláusulas penales de apremio durante la etapa de construcción *“sólo surgirá si el Representante de Hidroituango verifica el incumplimiento de las obligaciones del Contratista relacionadas con el Hito 9 en la fecha establecida para su cumplimiento”*.

657. Luego de verificarse el incumplimiento, las cláusulas penales, a opción de EPM podrán ser pagadas o consideradas como un menor valor del costo del proyecto para efectos del cálculo de la remuneración. En este último caso, el valor deberá ser tenido en cuenta por la Firma de Auditoría como una Variable de la Etapa de Construcción al momento en que se certifique el valor real de la inversión para el cálculo de la remuneración para HI al finalizar la etapa de construcción.

658. Por otra parte, en las definiciones contenidas en el Contrato se convino que las cláusulas penales de apremio son las *“sumas que, a título de cláusula penal de apremio, deberá pagar el Contratista a Hidroituango cuando incumpla alguna de las obligaciones a su cargo bajo el presente Contrato. **Las Cláusulas Penales de Apremio no tienen el carácter de estimación anticipada de perjuicios.**”* (Negrilla agregada).

659. De esta última definición destaca el aparte enfatizado, según el cual, las partes expresa y libremente estipularon que las cláusulas de apremio no tienen la función de estimar perjuicios en forma anticipada. Es clara la voluntad de las partes de acordar dichas cláusulas con función de apremio, esto es para conminar al contratista al cumplimiento de los plazos convenidos para la construcción de los hitos a su cargo.

660. La interpretación armónica de la cláusula 4.09 con la definición de las cláusulas penales de apremio contenida en la cláusula 1.02 permite concluir que la función de dichas cláusulas es conminar al contratista a cumplir cuando ha incurrido en retraso en la etapa de construcción.

661. Es por ello por lo que la cláusula consagra el derecho de HI de cobrar una suma de dinero por cada día de retraso, conforme a un procedimiento que tiene en cuenta la magnitud del retraso y la aplicación de los factores estipulados en la misma cláusula.

662. Por consiguiente, la suma de dinero a favor de HI se determina en función de la duración del incumplimiento y de la magnitud del mismo mediante la aplicación de un factor específico.

663. Vista la forma en la que las partes convinieron la determinación de la pena y lo acordado en la definición ya transcrita, se trata de una cláusula penal cuya función es compeler al deudor ante la inobservancia de determinados plazos para la entrega de los hitos de construcción.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

664. Lo anterior se corrobora además del procedimiento para calcular la pena, por la condición a la que se sujetó el derecho de HI: la verificación del incumplimiento de las obligaciones del Contratista, a cargo del representante legal de HI relacionadas con el Hito 9 en la fecha establecida para su cumplimiento.

665. La función de apremio de la cláusula se ratifica por la condición estipulada para el surgimiento de la obligación de pagar la pena, vale decir, la verificación del incumplimiento por parte del representante legal de HI.

666. La doctrina ha identificado tres características relevantes de la cláusula penal: i) tiene carácter contractual; ii) comporta una reparación íntegra; iii) es por lo general de carácter conminatorio¹⁸⁷.

667. Conforme a dichas características, entre otras, se le ha reconocido a este tipo de estipulaciones el principio de la intangibilidad de la cláusula penal, como regla general, al paso que la revisión por parte del juez es la excepción.

668. La Corte Suprema de Justicia ha caracterizado este tipo de estipulaciones en los siguientes términos:

"[...] La evaluación convencional de los perjuicios o cláusula penal según la ley, 'es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal' (Art. 1592 del C.C.) Este concepto pone de manifiesto que la pena convencional puede cumplir diversidad de funciones, tales como la de servir de apremio al deudor, de garantía o caución, o de estimación anticipada de los perjuicios."¹⁸⁸

669. De cara a la pretensión 13 de la reconvención reformada, no se encuentra acreditada la verificación de ninguna causal de nulidad absoluta que afecte la cláusula, ni tampoco que esta lo sea "por abusiva al desconocer la finalidad conminatoria de la Cláusula y afectar el equilibrio justo de la relación entre las partes del Contrato BOOMT."

670. En cuanto a la forma en la que se pactó la cláusula, no hay evidencia de que exista abuso por desconocimiento su la finalidad conminatoria. Antes bien, como ya se ha descrito, las partes acordaron en forma expresa, clara y libre que las cláusulas penales "no tienen el carácter de estimación anticipada de perjuicios" lo que implica que convinieron que dicha estipulación no tenía carácter compensatorio.

187 Malaurie Philippe, Aynès Laurent y Stoffel-Munck Philippe. Les Obligations. Defrénois. 2003. P. 501.

188 Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia de 7 de octubre de 1976, G. J. t. CLII, núm. 2393.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

671. No existen elementos de convicción que lleven a concluir que la negociación, celebración y ejecución del Contrato y, en particular, de la cláusula acusada no se hizo entre partes iguales, profesionales y expertos que tenían pleno conocimiento del negocio que estaban celebrando y del texto contractual finalmente suscrito.

672. Tampoco se demostró que se haya desconocido el principio de igualdad entre las partes ni que alguno de ellos haya tomado ventajas o impuesto cláusulas abusivas en desmedro de la otra. Ambas partes discutieron los textos contractuales y tuvieron pleno conocimiento del texto definitivo que a la postre suscribieron como BOOMT.

673. Tampoco existe evidencia de que se haya desconocido la función de apremio o que la cláusula tenga carácter compensatorio.

674. Según consta en las declaraciones del Contratista (cláusula 3.01), las obligaciones a su cargo "son asumidas por éste libre de cualquier vicio del consentimiento", de modo que no hay lugar a considerar que en punto de las cláusulas penales se incurrió en algún vicio que pudiera invocarse en sede arbitral para invalidar o sustraerse de la obligatoriedad de las estipulaciones, cosa que tampoco ha sido alegada por EPM.

675. No existen elementos probatorios que lleven a concluir que la cláusula se desnaturalizó o que, existe abuso por desconocer su finalidad conminatoria. La forma en la que se estipuló, en los términos en los que se ha analizado, permiten concluir que la cláusula es de aquellas en las que aparece "haberse estipulado la pena por el simple retardo", en los términos del artículo 1594 del Código Civil.

676. Tampoco se encuentra evidencia de que la cláusula penal de apremio haya afectado el "equilibrio justo" de la relación contractual.

677. Como ya se ha indicado, la cláusula tiene por objeto conminar al contratista en los casos de retraso en la entrega de los hitos durante la etapa de construcción mediante el derecho que tiene HI de cobrar la pena que resulte de aplicar los factores convenidos, siempre que se haya verificado el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con el Hito 9.

678. Frente a la pena, el Contratista tiene la opción de pagarla o considerarla como un menor valor del costo del proyecto para efectos del cálculo de la remuneración.

679. La finalidad de la cláusula, el procedimiento acordado para la imposición de la pena, la sujeción a la obligación de verificar el incumplimiento por parte de HI y la opción que se estipuló para que el Contratista reconozca la pena no permiten concluir que se haya afectado el equilibrio justo de la relación contractual.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

680. Tampoco resultó acreditado en el proceso que la estructura de dicha cláusula haya desequilibrado la relación entre las partes, ni mucho menos que EPM se haya visto afectada por su contenido propiamente dicho, el cual, se insiste, fue convenido en forma libre y sin reservas.

681. En cuanto a la invocación de EPM respecto de que la cláusula penal es nula por desconocer el principio de esfuerzo conjunto estipulado en la cláusula 9.05, tampoco se encuentran elementos de convicción para acceder a dicha postura.

682. En efecto, el criterio de *esfuerzo conjunto* estipulado en la cláusula 9.05 se refiere a que el Contrato “no debe ser interpretado más severamente en contra de alguna de las partes”.

683. Se trata entonces de un criterio hermenéutico del negocio jurídico que propende porque no haya una interpretación más severa en contra de alguna de las partes, de suerte que la interpretación debe hacerse de forma igualitaria, esto es sin diferenciación entre ellas.

684. En relación con el argumento según el cual la cláusula penal es abusiva por “ignorar” el criterio de esfuerzo conjunto, no se encuentra fundamento a dicha postura por cuanto no hay elementos argumentativos suficientes para concluir que la cláusula penal, en los términos pactados, desconoce dicho criterio.

685. Es evidente que la cláusula penal se pactó para conminar al Contratista en caso de incumplimiento de los hitos de construcción a su cargo. Como quedó dicho, la razón de ser de dicha estipulación es apremiar al deudor en caso de inobservancia de los plazos contractuales.

686. Si bien dicha cláusula sanciona el incumplimiento del Contratista, ello no implica que el Contrato se interprete más severamente en su contra, sino que las partes, en pie de igualdad y en forma libre, convinieron un mecanismo de carácter contractual para compeler al deudor en caso de retardo en el cumplimiento de sus prestaciones.

687. Por lo tanto, convenir una pena por el retardo en el cumplimiento de obligaciones es una práctica común en este tipo de contratos que no entraña una interpretación más drástica en contra de alguna de las partes, como lo alega EPM. En lo esencial, la cláusula penal de apremio en la forma en la que fue estipulada no afecta la interpretación del Contrato y por ello no implica desconocimiento del criterio de *esfuerzo conjunto*.

688. Tampoco hay lugar a concluir que la aplicación de dicha cláusula penal con sujeción a los términos en los que fue acordada suponga “ignorar” el referido criterio,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

que se reitera, es más un elemento de interpretación contractual antes que de ejecución.

689. Por último, tampoco se encuentra evidencia de que la cláusula penal propiamente dicha, ni su aplicación por parte de EPM, haya violado *“el derecho público de la Nación, al desconocer los principios de igualdad y moralidad, entre otros, que rigen la función administrativa”*.

690. No existen elementos de prueba que respalden esta pretendida violación de principios que rigen la función administrativa, ni mucho menos del derecho público, por la cláusula penal que fue estipulada por las partes en forma libre y sin reserva.

1.47. El abuso en el cobro de la cláusula penal

691. El segundo fundamento del abuso que se invoca en los hechos de la reconvencción, será desestimado por cuanto no se refiere a una característica de la estipulación acusada o a un defecto del que adolezca y que justifique su anulación, sino que se refiere a una oposición más de carácter procesal que aduce EPM frente las pretensiones de variada índole de la demanda de HI.

692. Expresado en otras palabras, EPM pretende que se declare que la cláusula 4.09 del BOOMT es nula porque HI aspira a su cobro y a la remuneración en forma simultánea.

693. Esta consideración se ratifica igualmente por lo expresado por la propia EPM al contestar la demanda y en particular al proponer la excepción que denominó *“Excepción de ejercicio abusivo de la cláusula penal de apremio pactada en el Contrato BOOMT y desconocimiento de la finalidad de la misma”*.

694. Como sustento de dicha excepción EPM sostiene que pretender el pago de las cláusulas penales de apremio con el conocimiento de que la ocurrencia de la contingencia hizo imposible el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista, es un ejercicio abusivo del derecho por parte de HI.

695. Dicha circunstancia no entraña, en sí misma, una causal de nulidad, un defecto de la estipulación, ni tampoco denota que el ejercicio o la ejecución de la cláusula por parte de HI sea abusivo.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

696. El argumento de la reconvención respecto de este punto no acredita un ejercicio abusivo de la cláusula sino que se construye como una defensa frente a la eventual prosperidad de las pretensiones de HI.

697. Por consiguiente, el enfoque y la decisión de este argumento debe examinarse a la luz de la eventual prosperidad de las pretensiones deducidas por HI, respecto de las cuales EPM estima que existe un abuso, vale decir el cobro simultáneo de la cláusula penal y de la remuneración.

698. Sin embargo, este argumento carece de virtualidad para concluir que por el hecho de presentarse las referidas pretensiones por parte de HI en la forma en la que se estructura su demanda, la cláusula 6.09 esté viciada de nulidad absoluta.

699. A juicio del Tribunal, la forma en la que HI estructuró las pretensiones de su demanda no constituye causal de nulidad absoluta de la cláusula y, por consiguiente, la oposición que en este frente aduce EPM no afecta la validez de la estipulación sino que concierne más bien a la decisión de mérito que habrá de adoptarse en el laudo respecto de la eventual prosperidad de las súplicas de la demanda.

700. En conclusión, por las consideraciones expuestas se desestimaré el argumento contenido en los hechos de la reconvención de EPM que apunta a fundar la alegada nulidad de la cláusula por el cobro simultáneo con la remuneración que se pretende en la demanda de HI.

701. Por las consideraciones expuestas se negará la pretensión 13 de la demanda de reconvención reformada de EPM.

702. Como consecuencia de lo que se ha expuesto, tampoco hay lugar a acceder a la pretensión 14 de la reconvención reformada que se deduce como consecencial de la pretensión anterior.

703. Así mismo se declarará probada la excepción propuestas por Hidroituango, de Ausencia de nulidad absoluta de las cláusula penal de apremio, validez, eficacia y obligatoriedad de las mismas.

1.48. La solicitud de revisión de la cláusula 4.09

704. La pretensión 15 de la reconvención reformada tiene por objeto que, en caso de no declararse la nulidad absoluta de la cláusula 4.09 del BOOMT, el Tribunal la revise y determine que se tornó en una cláusula compensatoria y no conminatoria. Como consecuencia de dicha revisión que se disponga que el valor que resulte de su aplicación constituye una tasación anticipada de perjuicios.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

705. La pretensión se presenta para el evento en que no se declare la nulidad absoluta de la cláusula 4.09, que es la conclusión a la que arribó el laudo.

706. Como quedó reseñado líneas atrás, según EPM “Las razones para que prospere la revisión **son esencialmente similares** a las razones para pedir la nulidad” (se enfatiza).

707. En ese contexto, como quiera que el laudo desestimó las razones aducidas por EPM para solicitar la nulidad de la cláusula, en tanto EPM invoca los mismos fundamentos para sustentar la revisión de la cláusula, en lógica no se accederá a esta última petición. Con todo, se estima necesarias las siguientes precisiones.

708. La afirmación de EPM contenida en sus alegaciones según la cual “... Hidroituango convirtió las cláusulas penales de apremio en cláusulas resarcitorias o compensatorias de perjuicios, incluso indeterminados. Estas cláusulas dejaron de ser cláusulas conminatorias y se han convertido en una petición de indemnización de perjuicios adicionales por incumplimiento contractual, disfrazada de cláusula penal de apremio” no tiene fundamento jurídico, ni probatorio.

709. No existen elementos para considerar que HI, al cobrar las cláusulas penales las convirtió en resarcitorias de perjuicios indeterminados y que al ser exigidas por HI se modificó la naturaleza o la estirpe de las estipulaciones.

710. Como ya se ha precisado, HI pide la aplicación de las penas, por el retardo en el cumplimiento de los hitos constructivos, con arreglo a lo pactado en la cláusula 4.09. Dicha conducta que no tiene mérito para desnaturalizar la cláusula penal, ni para tornarla resarcitoria.

711. No hay elementos de prueba que acrediten la afirmación de EPM consistente en que las cláusulas dejaron de ser conminatorias para tornarse en resarcitorias.

712. Por consiguiente, al no haber razones diferentes que permitan acceder a la revisión de la cláusula por parte del Tribunal, en esencia para determinar que la cláusula penal tornó en resarcitoria, ni mucho menos que justifiquen una modificación del contenido prestacional convenido por ambas partes en forma libre y espontánea, se negará la pretensión 15 de la demanda de reconvención reformada.

713. En la pretensión 16 de la demanda de reconvención reformada se pide, de manera subsidiaria, que “de no prosperar las pretensiones 13 y 15, y con base en el último inciso del artículo 1601 del Código Civil, el Tribunal revise la Cláusula 4.09 del Contrato BOOMT en orden a moderarla” y que se declare que el monto pretendido por HI por concepto de la cláusula 4.09 es desbordado.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

714. A pesar de que se presente como una pretensión subsidiaria (de no prosperar las pretensiones 13 y 15) la pretensión tiene, en esencia, el mismo objeto que la número 15, esto es que se revise la cláusula 4.09, "en orden a moderarla en el sentido de declarar que el monto que HIDROITUANGO pretende por concepto de Cláusulas Penales de Apremio por el incumplimiento de los Hitos 7, 8 y 9 es desbordado".

715. Aun cuando la pretensión no goza de la mayor claridad, puede sostenerse que también tiene por objeto que se revise la cláusula para reducir su monto, por cuanto "es desbordado".

716. Como fundamento de esta pretensión, se invoca el último inciso del artículo 1601 del Código Civil.

717. Dicho inciso forma parte del artículo 1601 *ibidem*, que regula la reducción de la cláusula penal enorme, en particular en el caso de obligaciones de valor inapreciable o indeterminado: "En las segundas se deja a la prudencia del juez moderarla, cuando atendidas las circunstancias pareciere enorme".

718. Según la pretensión 16, la cláusula 4.09 es accesoria de la "pretensión relativa a la remuneración".

719. La remuneración es la contraprestación a favor de HI por el otorgamiento al Contratista del derecho para el desarrollo y explotación del proyecto, en los términos de la cláusula 2.04 del BOOMT.

720. Por su parte, la cláusula penal de apremio cuya revisión se pide, como se ha precisado, es la suma a la que tiene derecho HI por el incumplimiento en la construcción de los hitos en la etapa constructiva a cargo de EPM, que no tiene el carácter de estimación anticipada de perjuicios.

721. En ese orden de cosas, la cláusula penal de apremio no es "accesoria" a la prestación consistente en el pago de la remuneración a cargo de EPM, ni se pactó como garantía de esta última.

722. De suerte que no se ajusta a los términos convenidos por las partes la consideración según la cual la cláusula penal 4.09 (que es de apremio) es accesoria a la obligación de pagar la remuneración por parte de EPM. Aquella cláusula es un mecanismo contractual convenido para apremiar o compeler al Contratista cuando no observe los plazos correspondientes a los hitos de construcción, mas no es garantía o caución del pago de la remuneración.

723. A manera de ilustración, dicha estipulación participa de la misma naturaleza de aquellas contenidas en las cláusulas 6.03 y 6.04 del BOOMT que también tiene por

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

objeto apremiar al Contratista por el incumplimiento de obligaciones comunes a todas las etapas del Contrato (Cláusula 6.01).

724. Por lo anterior, de cara al artículo 1601 del Código Civil, no es procedente hacer el análisis del valor de la cláusula penal de apremio para determinar si es *enorme* o *desbordada* (pretensión 16) en función del monto de la remuneración a favor de HI por cuanto se trata de prestaciones de carácter diferente e independientes.

725. Por consiguiente, conforme a las razones invocadas por EPM, no hay lugar a revisar ni a moderar la cláusula 4.09 y por lo tanto se declarara que no prospera la pretensión 16 de la demanda de reconvenición reformada.

726. En la misma línea se declarará la prosperidad de las excepciones: la cláusula es conminatoria y no compensatoria. Improcedenica de la revisión y ajuste, las cláusulas penales de apremio no son desbordadas y se establecen en función del valor del contrato BOOMT.

1.49. Pretensiones 17 y 18 de la demanda de reconvenición reformada

727.El Tribunal accederá a la pretensión 17 en tanto pide que la interpretación y aplicación de la cláusula 4.09 del Contrato se haga con observancia del criterio de esfuerzo conjunto.

728.Como ya se precisó, el criterio de *esfuerzo conjunto* estipulado en la cláusula 9.05 se refiere a que el Contrato “no debe ser interpretado más severamente en contra de alguna de las partes”.

729.En el contexto referido, la interpretación y ejecución de la cláusula 4.09 está sujeta al criterio de esfuerzo conjunto y no debe interpretarse en forma más gravosa en contra alguna de las partes.

730.Lo anterior no implica desconocer los términos en los que fue estipulada en forma libre y espontánea por las partes la cláusula 4.09, esto es como un mecanismo de apremio al deudor en caso de incumplimiento de los hitos de construcción.

731.La pretensión 18 de la demanda reformada es semejante a la pretensión 16, esto es que se pide la revisión de la cláusula 4.09 por aplicación de la cláusula 9.05 de *esfuerzo conjunto*.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

732.El laudo concluyó que no hay lugar a revisar la cláusula 4.09 penal de apremio. La aplicación del criterio de interpretación contenido en la cláusula 9.05 no modifica dicha conclusión.

733.Se reitera que no hay lugar a revisar la cláusula 4.09 por los motivos que se invocan en la reconvención reformada.

734.La aplicación del criterio contenido en la cláusula 9.05 no modifica dicha conclusión por cuanto, como ya se expuso, la cláusula penal no se aplica en forma más gravosa para ninguna de las partes y por tanto no desconoce el criterio contenido en la cláusula 9.05.

735.Se reitera que la función de la cláusula 3.09 es compeler al Contratista en caso de incumplimiento de los hitos de construcción. Su aplicación en los términos acordados por las partes no implica que se interprete en forma más gravosa para el Contratista.

736.Por las razones expuestas en este acápite no hay lugar a revisar la cláusula 3.09 por aplicación de la cláusula 9.05 y por lo tanto la pretensión 18 no está llamada a prosperar.

737.Como consecuencia de todo lo expuesto, en consideración a que las pretensiones que se resuelven en este capítulo no están llamadas a prosperar, conforme al artículo 280 del Código General del Proceso no es procedente hacer un pronunciamiento de mérito sobre las excepciones propuestas por HI en este frente.

1.50. Las pretensiones de Hidroituango relacionadas con la aplicación de las cláusulas penales de apremio

738.El laudo se ocupa a continuación de las siguientes pretensiones de la demanda reformada de HI:

"Quincuagésima Cuarta Pretensión: *Declarar que al no ejecutar ni acreditar EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM–el cumplimiento del Hito 7 del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, en el plazo, la forma, manera y conforme a lo estipulado por las partes, en cuanto también se ha verificado el incumplimiento del Hito 9, está obligada y debe pagar a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO S.A. E.S.P.-las "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos", en la cuantía, por el plazo incumplido y en los términos de la cláusula 4.09 del*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Contrato BOOMT, según se pruebe en el proceso, tanto las causadas a la fecha del laudo como las que se causen con posterioridad, hasta la fecha en que se verifique el cumplimiento del Hito 7, según lo pactado y la ley.

Quincuagésima Quinta Pretensión: *Declarar que al no ejecutar ni acreditar EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM– el cumplimiento del Hito 8 del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, en el plazo, la forma, manera y conforme a lo estipulado por las partes, en cuanto también se ha verificado el incumplimiento del Hito 9, es posterior al Hito 7 y haya sido retrasado por un período superior al plazo incumplido del Hito 7, tiene la obligación y debe pagar a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO S.A. E.S.P.- las "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos", en la cuantía pactada por cada día de incumplimiento adicional al plazo incumplido del Hito 7 anterior, hasta la fecha en que se verifique el cumplimiento del Hito 8, en la cuantía, por el plazo incumplido y en los términos de la cláusula 4.09 del Contrato BOOMT, según se pruebe en el proceso, tanto las causadas a la fecha del laudo como las que se causen con posterioridad, hasta la fecha en que se verifique el cumplimiento del Hito 8, según lo pactado y la ley.*

Pretensión Subsidiaria a las Quincuagésima Cuarta y Quincuagésima Quinta Pretensiones: *Declarar que al no ejecutar ni acreditar EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM– el cumplimiento del Hito 8 del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, en el plazo, la forma, manera y conforme a lo estipulado por las partes, en cuanto también se ha verificado el incumplimiento del Hito 9, tiene la obligación y debe pagar a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO S.A. E.S.P.- las "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos", en la cuantía pactada por cada día del plazo incumplido del Hito 8 hasta la fecha en que se verifique su cumplimiento en los términos de la cláusula 4.09 del Contrato BOOMT, según se pruebe en el proceso, tanto las causadas a la fecha del laudo como las que se causen con posterioridad, hasta la fecha en que se verifique el cumplimiento del Hito 8, según lo pactado y la ley.*

Quincuagésima Sexta Pretensión: *Declarar que al no ejecutar ni acreditar EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM– el cumplimiento del Hito 9 del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, en el plazo, la forma, manera y conforme a lo estipulado por las partes, en cuanto según se pruebe en el proceso que el Hito 9 haya sido retrasado por un período superior al plazo incumplido del Hito 8, tiene la obligación y debe pagar a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO S.A. E.S.P.- las "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos", en la cuantía*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

pactada por cada día de incumplimiento adicional al plazo incumplido del Hito 8 anterior, hasta la fecha en que se verifique el cumplimiento del Hito 9, en la cuantía, por el plazo incumplido y en los términos de la cláusula 4.09 del Contrato BOOMT, según se pruebe en el proceso, tanto las causadas a la fecha del laudo como las que se causen con posterioridad, hasta la fecha en que se verifique el cumplimiento del Hito 9, según lo pactado y la ley.

Pretensión Subsidiaria a la Quincuagésima Sexta Pretensión:
Declarar que al no ejecutar ni acreditar EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM– el cumplimiento de los Hitos 7, 8 y 9, y/o del respectivo Hito 7, 8 o 9, del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, en el plazo, la forma, manera y conforme a lo estipulado por las partes, en cuanto también se ha verificado el incumplimiento del Hito 9, está obligada y debe pagar a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO S.A. E.S.P.- las "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos", que procedan conforme se pruebe en el proceso y lo determine el Tribunal, en la cuantía, por el plazo incumplido y en los términos de la cláusula 4.09 del Contrato BOOMT, tanto las causadas a la fecha del laudo como las que se causen con posterioridad, hasta la fecha en que se verifique el cumplimiento del respectivo Hito, según lo pactado y la ley.

Pretensión Subsidiaria a las pretensiones Quincuagésima Cuarta, Quinta, Sexta y a sus subsidiarias: : *Declarar que al no ejecutar ni acreditar EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM– el cumplimiento de los Hitos 7, 8 y 9, y/o del respectivo Hito 7, 8 o 9, del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, cuyo cumplimiento debía hacer en la Etapa de Construcción a más tardar en el plazo cierto, la forma, manera y conforme a lo estipulado por las partes, en cuanto también se ha verificado el incumplimiento del Hito 9, en virtud de los desplazamientos de las fechas señaladas que tengan como origen su culpa para la realización de los Hitos 7, 8 y 9, y/o del respectivo Hito 7, 8 o 9, según lo probado en el proceso, está obligada y debe pagar a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. HIDROITUANGO S.A. E.S.P.-, las "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos", que procedan conforme se pruebe y lo determine el Tribunal, en la cuantía, por el plazo incumplido y en los términos de la cláusula 4.09 del Contrato BOOMT, tanto las causadas a la fecha del laudo como las que se causen con posterioridad, hasta la fecha en que se verifique el cumplimiento del respectivo Hito , según lo pactado y la ley.*

Quincuagésima Séptima Pretensión: *Declarar que por haber incurrido EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM., en culpa grave, la obligación de pagar las "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

de Hitos” no está sujeta a la cuantía de la “Máxima Responsabilidad Financiera” acordada para la etapa de construcción, que corresponde a la suma equivalente a CUATROCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE DÓLARES (US \$ 450'000.000,00) de conformidad con lo establecido en la cláusula 9.08 del Contrato BOOMT.

Pretensión Subsidiaria a la Quincuagésima Séptima Pretensión:
Declarar que la obligación de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. – EPM.- de pagar las “Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos”, es exigible hasta por el valor de la “máxima responsabilidad financiera” acordada para la etapa de construcción, la cual corresponde a la suma equivalente a CUATROCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE DÓLARES (US \$ 450'000.000,00) de conformidad con lo establecido en la cláusula 9.08 del Contrato BOOMT”.

739. Afirma Hidroituango que para la fecha de presentación de la demanda, EPM no había cumplido, ni acreditado ante el representante legal de HI el cumplimiento de los hitos 7, 8 y 9 y por ello no existe acta o constancia alguna que acredite dicho cumplimiento.

740. Para el 1 de julio de 2018, EPM no había cumplido con el hito 7. Para esa fecha, EPM no podía iniciar el llenado del embalse de manera controlada y segura y no había efectuado el cierre programado de las compuertas que EPM decidió instalar en la GAD, como requisito para poder llevar a cabo las pruebas hidráulicas requeridas para dar inicio a la generación de energía.

741. Como consecuencia de lo anterior, para las fechas máximas de cumplimiento del Hito 8, 28 de agosto de 2018 (entrada en operación comercial de la Unidad 4) y del Hito 9, 28 de noviembre de 2018 (entrada en operación de la Unidad 1), EPM tampoco cumplió con lo dispuesto en el contrato para tales Hitos.

742. Por el incumplimiento del Hito 9 se hizo exigible la Cláusula Penal de Apremio por el incumplimiento del Hito 7.

743. De conformidad con la Cláusula 9.02 del Contrato BOOMT, una vez fue verificado por HI el incumplimiento del Hito 7, del Hito 8 y, en particular, del Hito 9, HI procedió a dar inicio al procedimiento establecido en la cláusula 9.02 del Contrato BOOMT.

744. Dicha verificación es la que da lugar al nacimiento de la obligación de pago de las sumas liquidadas diariamente por HI por concepto de Cláusulas Penales de Apremio, de acuerdo con los términos de la Cláusula 4.09 del Contrato.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

745. Conforme al Acta de 17 de septiembre de 2019, los representantes legales de las partes declararon la existencia de una disputa ante la falta de acuerdo respecto de la existencia de obligaciones incumplidas.

746. Para HI, al ser incontrovertible el incumplimiento del Hito 7, al haberse verificado el incumplimiento del Hito 9 e iniciado el procedimiento mediante comunicación de 4 de septiembre de 2019 con radicado 20190120200728 y concluido el 17 de septiembre de 2019, EPM está obligada a pagar las "*Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos*" –cuya finalidad es conminatoria– en la cuantía pactada, por cada día de incumplimiento hasta el cumplimiento del Hito respectivo. Al no haberlas pagado, planteando injustificadamente una "disputa", incurrió en mora con todos sus efectos legales.

747. Agotado el procedimiento estipulado en la cláusula 9.02 del Contrato, sin que se haya logrado acuerdo entre las partes según consta en Acta de 17 de septiembre de 2019, ante la evidencia de una disputa, HI estimó necesario acudir al arbitraje.

748. En el párrafo núm. 335 de sus alegaciones finales HI sostuvo que el hito 7 no se ha cumplido en su totalidad y por lo tanto debe operar la cláusula penal teniendo en cuenta el valor y el factor fijados en cláusula 4.09 del BOOMT.

749. Conforme a la liquidación efectuada en el peritaje de HI y a la cláusula 9.08, HI concluye que el valor por la cláusula penal "*no se supera el límite máximo de responsabilidad financiera, por el monto de las cláusulas de apremio ni siquiera para la fecha del laudo*" (§ 340 *ibidem*).

750. Por su parte, EPM se opuso con fundamento en la afirmación de que la no ejecución de las actividades para el cumplimiento de los hitos 7, 8 y 9 no obedeció a la omisión por parte de EPM de sus obligaciones. La ocurrencia de la contingencia – que no es imputable a EPM– afectó el normal desarrollo del proyecto y conllevó a que no se haya suscrito el acta de terminación de la etapa de construcción y que no haya entrado en operación el Grupo 1 de Unidades.

751. Es cierto que para el 1 de julio de 2018 (fecha acordada en el AMB núm. 10) las actividades correspondientes al cierre de las compuertas y el inicio del llenado del embalse que comprenden el Hito 7 no pudieron ejecutarse en su totalidad, por razones que no le son imputables a EPM.

752. Mediante comunicación de 9 de abril de 2019, EPM manifestó a HI que, con apoyo en el informe de Skava relativo a la causa raíz de la contingencia, según el cual esta obedeció a una deficiencia en los diseños a cargo del Consorcio Generación Ituango, HI debe responder por todos los costos y gastos generados. De igual manera, EPM

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

negó responsabilidad por los retrasos programáticos en el cumplimiento de los hitos y en el pago de las cláusulas penales de apremio.

753. Para EPM pretender el pago de las cláusulas penales de apremio con el conocimiento de que la ocurrencia de la contingencia hizo imposible el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Contratista, es un ejercicio abusivo del derecho por parte de HI.

754. Para EPM la obligación de garantizar el pago de las cláusulas penales de apremio previstas en el BOOMT surge "*siempre que haya lugar a su imposición y pago*" y "en caso de que dicha obligación de pago garantizada sea exigible de acuerdo con el contrato".

755. EPM sostiene que la cláusula 4.09 no consagra una responsabilidad objetiva, esto es que por el mero hecho del incumplimiento del plazo, se genera el cobro de las cláusulas penales.

756. HI no inició el procedimiento para la imposición de las cláusulas penales, en los términos de la cláusula 9.02 toda vez que no dio cumplimiento a los términos convenidos en el BOOMT.

757. HI inició un proceso ejecutivo para el pago de las cláusulas penales de apremio. El Tribunal Administrativo de Antioquia negó el mandamiento de pago por tratarse de una materia "*en disputa*" entre las partes. Dicha decisión no fue revocada por el Consejo de Estado.

758. En ese entendimiento, para EPM la obligación de pago de las cláusulas penales no era exigible.

759. EPM propuso en este punto las siguientes excepciones generales: i) "*Excepción de ejercicio abusivo de la cláusula penal de apremio pactada en el Contrato BOOMT y desconocimiento de la finalidad de la misma*"; ii) "*Excepción de incumplimiento del procedimiento pactado en la Cláusula 9.02 del Contrato BOOMT*".

760. Como excepciones específicas propuso las siguientes: i) "*inexistencia de incumplimiento culpable por parte de EPM*", y de nuevo; ii) "*ejercicio abusivo de la cláusula penal de apremio en el Contrato BOOMT y desconocimiento de la finalidad de la misma*"; iii) "*incumplimiento del procedimiento pactado en la Cláusula 9.02 del Contrato BOOMT*".

761. Precisa el Tribunal que los problemas jurídicos que se plantean con este grupo de pretensiones se pueden concretar en los siguientes.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)

762. Por una parte, la solicitud de HI de aplicar la cláusula penal de apremio por el monto que corresponda, por no haber cumplido EPM con la entrega de los hitos 7, 8 y 9 en los términos acordados, esto es por el simple retardo en que a juicio de HI, incurrió el Contratista.

763. Por otra parte, la defensa de EPM que se contrae a dos argumentos principales: en primer lugar, la nulidad y por ende la imposibilidad de aplicar las cláusulas penales de apremio que exige HI y en segundo lugar, la invocación a favor del Contratista del advenimiento de la contingencia, que es una situación que alega no serle imputable y que provocó el desplazamiento del cronograma y, por consiguiente, la inobservancia de los plazos contractuales para la entrega de los hitos.

764. En cuanto a la nulidad de la cláusula de apremio, el laudo se ocupa de este punto en acápite diferente y al respecto concluyó que no hay lugar a acceder a las pretensiones de EPM que tienen por objeto la declaración de nulidad de la cláusula penal de apremio. Los fundamentos de dicha decisión son, a modo de síntesis, no haberse acreditado que la cláusula es abusiva, ni que el cobro de la misma que adelanta HI en este trámite hace que la cláusula sea nula. En este punto, el laudo remite a las consideraciones expuestas sobre el punto al resolver las pretensiones respectivas de la reconvenición reformada.

765. Por las mismas consideraciones desarrolladas con mayor detalle en el referido capítulo, se desestimará la defensa propuesta por EPM respecto de las pretensiones que se examinan, denominada "Excepción de ejercicio abusivo de la cláusula penal de apremio pactada en el Contrato BOOMT y desconocimiento de la finalidad de la misma".

1.51. La cláusula penal de apremio (4.09 del BOOMT)

766. La cláusula cuya aplicación reclama HI se encuentra incluida en el capítulo correspondiente a la Etapa de Construcción y se refiere al eventual incumplimiento de los Hitos 1 a 9.

767. La estipulación consagra el derecho de HI de liquidar por cada día de incumplimiento y hasta la fecha en la que se verifique el cumplimiento del Hito, determinadas sumas, a título de cláusula penal.

768. El cálculo de la suma se realiza en función de la magnitud del retraso y se aplica el factor determinado en la misma cláusula.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

769. Si los hitos posteriores al que generó la aplicación de la cláusula penal no se cumplen en tiempo pero no se retrasan por un período superior al plazo incumplido que motivó la aplicación de la pena, no se impondrá otra cláusula penal.

770. Al contrario, si los hitos posteriores sufren un retraso por un periodo superior al que generó la aplicación de la cláusula penal, HI podrá exigir el pago de la pena.

771. La obligación de pagar las cláusulas penales de apremio durante la etapa de construcción "sólo surgirá si el Representante de Hidroituango verifica el incumplimiento de las obligaciones del Contratista relacionadas con el Hito 9 en la fecha establecida para su cumplimiento".

772. Luego de verificarse el incumplimiento, las cláusulas penales, a opción de EPM podrán ser pagadas o consideradas como un menor valor del costo del proyecto para efectos del cálculo de la remuneración. En este último caso, el valor deberá ser tenido en cuenta por la Firma de Auditoría como una Variable de la Etapa de Construcción al momento en que se certifique el valor real de la inversión para el cálculo de la remuneración para HI al finalizar la etapa de construcción.

773. Por otra parte, en las definiciones del Contrato se convino que las cláusulas penales de apremio son las "sumas que, a título de cláusula penal de apremio, deberá pagar el Contratista a Hidroituango cuando incumpla alguna de las obligaciones a su cargo bajo el presente Contrato. Las Cláusulas Penales de Apremio no tienen el carácter de estimación anticipada de perjuicios."

774. En la cláusula 9.02 del BOOMT se disciplina la forma de aplicación de las cláusulas penales de apremio, diferentes a aquella estipulada en la cláusula 7.09, que en términos generales y para lo que resulta pertinente en este frente, se sintetiza a continuación.

775. Dentro de los cinco días siguientes a la fecha en la que HI tuvo conocimiento del incumplimiento del hito u obligación incumplida, HI deberá reunirse con EPM con el fin de verificar conjuntamente la ocurrencia del incumplimiento.

776. En dicha reunión, en caso de haber acuerdo respecto de la existencia de incumplimiento se declarará el inicio del período de cura. De no llegarse a acuerdo respecto del incumplimiento, se declarará la existencia de una disputa.

777. El pago de las cláusulas penales de apremio no eximirá al Contratista del cumplimiento de obligaciones a su cargo, incluyendo las obligaciones de indemnidad. Tampoco impedirá que HI solicite los perjuicios adicionales que puedan derivarse del incumplimiento del Contratista "con sujeción a la Máxima Responsabilidad Financiera prevista para cada una de las Etapas" (cláusula 9.02 (vii)).

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

778.El Contratista renuncia al beneficio de ser constituido en mora sin perjuicio del derecho a discutir el monto o la procedencia de la cláusula penal de apremio. En caso de ser vencido, el Contratista pagará a HI intereses de mora desde la fecha en la que debió haber pagado la cláusula penal de apremio hasta la fecha en que efectivamente se realice el pago.

779.En la cláusula 9.08 se acordó la máxima responsabilidad financiera, que representa el límite del pago que deba hacer el Contratista por concepto de las cláusulas penales de apremio.

780.La declaración pedida en la pretensión quincuagésima cuarta se funda en que EPM al no ejecutar y no acreditar el cumplimiento del Hito 7 en los términos estipulados en el Contrato, está obligada a pagar la cláusula penal de apremio por incumplimiento de hitos (4.09 del BOOMT).

1.52. Las fechas de entrega de los Hitos 7, 8 y 9

781.Como ya se ha precisado, en el AMB núm. 10 de 29 de agosto de 2017, las partes acordaron modificar las fechas de entrega de los Hitos 7, 8 y 9 que debían entregarse originalmente el 1 de marzo de 2018 (hito 7), el 27 de septiembre de 2018 (hito 8) y el 24 de junio de 2019 (hito 9).

782.En la referida AMB se acordaron nuevas fechas para esos hitos y para su alcance. Es así como se convinieron las siguientes fechas:

- Hito 7: el 1 de julio de 2018.
- Hito 8: el 28 de noviembre de 2018.
- Hito 9: el 28 de agosto de 2019.

783.. Según da cuenta el AMB núm. 10, la modificación acordada tuvo origen en la solicitud formulada por EPM en junio de 2017 motivada, de modo principal, por *"impactos en las rutas críticas del programa general de construcción del proyecto, ocasionando atrasos aproximados de 20 meses en la entrada en operación comercial de las primeras cuatro unidades de generación y, en consecuencia, también se impactarían en el mismo tiempo las fechas de cumplimiento de los hitos 7, 8 y 9 del contrato BOOMT [...]"*.

784.. Por tales circunstancias, EPM solicitó autorización a HI para modificar las fechas de cumplimiento de los hitos 7, 8 y 9 y propuso las fechas que, a la postre, fueron aceptadas por HI y convenidas en el AMB.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

785.La Junta Directiva de HI aprobó la modificación de los hitos 7, 8 y 9 en los términos propuestos por EPM y consignados en el AMB núm. 10.

786.EPM aduce en su defensa que la no ejecución de las actividades para el cumplimiento de los hitos 7, 8 y 9 no obedeció a omisión de sus obligaciones. La ocurrencia de la contingencia –que según EPM no le es imputable– afectó el normal desarrollo del proyecto y conllevó a que no se haya suscrito el acta de terminación de la etapa de construcción y que no haya entrado en operación el Grupo 1 de Unidades.

787.En adición, EPM reconoce que para el 1 de julio de 2018 (fecha de entrega acordada en el AMB núm. 10) las actividades correspondientes al cierre de las compuertas y el inicio del llenado del embalse que comprenden el Hito 7 no pudieron ejecutarse en su totalidad, por razones que no le son imputables.

788.Así mismo, EPM adujo que los retrasos en la consecución de los hitos tienen por causa los errores de diseño en los que incurrió el Consorcio Generación Ituango, que fue subcontratista de HI. Por tal razón, es HI quien debe responder por el riesgo de su subcontratista y, por consiguiente, no puede reclamar a EPM por los retrasos en los hitos.

789.En relación con el riesgo de subcontratación que invoca EPM en este punto, el laudo, en acápite distinto, concluye que respecto de los contratos preconstructivos, este riesgo le corresponde a HI hasta la fecha de cesión del contrato, y su responsabilidad se extiende después de esa fecha respecto de multas o consecuencias económicas originadas por actos, hechos u omisiones ocurridos antes de la cesión. Por su parte, respecto de las demás obligaciones de dichos subcontratos, el riesgo es de EPM a partir de la fecha de cesión.

790.En cuanto al riesgo de diseños que invoca también EPM en este frente, por haber estado a cargo del Consorcio Generación Ituango, que fue contratado por HI, el laudo considera que la responsabilidad y los riesgos derivados de la ejecución de diseños que surjan durante la ejecución del respectivo subcontrato, corresponden a EPM, ya que el hecho de haberlo celebrado HI no conlleva la extensión de los riesgos y obligaciones después de la cesión, salvo que se trate de situaciones ocurridas antes de dicha cesión.

791.De este modo, en armonía con las consideraciones que se exponen en esta providencia, no hay lugar a concluir como lo sostiene EPM en sus alegaciones finales que el incumplimiento del hito 7 es la realización del riesgo de diseño y especificaciones y, por consiguiente, debe ser asumido por HI, por haber contratado los diseños.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

792.. Tampoco es posible sostener que en este punto se realizó el riesgo por "*errores subcontratistas vigentes*" y, en consecuencia, por haberlo asumido HI al celebrar el contrato de diseños, no le es atribuible a EPM el retraso en la entrega de los hitos.

793.Los alegados errores en los que haya podido incurrir el diseñador no eximen del cumplimiento y entrega oportuna a EPM de los hitos del Contrato, pues como quedó expuesto, de haber ocurrido tales errores de diseño, no le son imputables a HI, como lo sostiene EPM.

794.De cara a las pretensiones que se examinan en este acápite, se encuentra que EPM no ejecutó, ni acreditó haber dado cumplimiento al hito 7 del Contrato en el plazo convenido en el AMB núm. 10, esto es el 1 de julio de 2018, y así lo reconoce en la contestación de la demanda reformada (p. 226 p. ej.) y en sus alegaciones finales.

795.Como se precisa en esta providencia, las cláusulas penales cuya aplicación solicita HI tienen por objeto compeler o apremiar al Contratista para el cumplimiento de sus obligaciones y no tienen el carácter de estimación anticipada de perjuicios. En términos del artículo 1594 del Código Civil, este tipo de cláusulas parece haberse estipulado por el simple retardo en la observancia de las prestaciones.

796.EPM no ha acreditado haber dado cumplimiento al hito 7, en los términos y en la forma estipulados, razón por la cual habrá de declararse que está obligada y debe pagar a HI las cláusulas penales de apremio contenidas en el cláusula 4.09 del Contrato.

797.En cuanto a la causación de dichas cláusulas, al margen de las reglas contractuales convenidas para la aplicación de las cláusulas penales descritas en esta providencia, para la decisión de la pretensión quincuagésima cuarta, se declarará que deberá pagarse el valor causado hasta la fecha de esta providencia.

798.No se estima procedente la declaración solicitada respecto de "*las que se causen con posterioridad*" por cuanto con ella se pretende extender la decisión del laudo a situaciones que están por suceder y respecto de las cuales no existe certeza a la fecha de este laudo, cuyos efectos no pueden pregonarse de hechos o situaciones que no han ocurrido.

799.Con ese alcance, se declarará que prospera la pretensión quincuagésima cuarta de la demanda reformada de HI.

800.En cuanto al hito 8 al que se refiere la pretensión quincuagésima quinta de la demanda reformada, HI en sus alegaciones finales manifestó que "*[T]odo porque para estos efectos, el retardo de los hitos 8 y 9, es inferior al del Hito 7, como se explica en el dictamen pericial aportado por HIDROITUANGO*" (§ 336). En apoyo de dicha

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

afirmación cita el peritaje que aportó, según el cual *“no habría lugar a Cláusula Penal por días adicionales de los hitos 8 y 9 dado que sus plazos de atraso, contados hasta el 28 de febrero de 2022, son inferiores a los del hito 7”*.

801. Por lo tanto, conforme a lo expresado por la propia demandante y a los datos que obran en el expediente, en la medida en que la pretensión quincuagésima quinta que atañe el incumplimiento del hito 8 se refiere a *“en cuanto también se ha verificado el incumplimiento del Hito 9, es posterior al Hito 7 y haya sido retrasado por un período superior al plazo incumplido del Hito 7”*, no se accederá a declarar que EPM tiene la obligación y debe pagar la cláusula penal por concepto del incumplimiento del hito 8, en los términos de la pretensión que se analiza.

802. Por mejor decir, en tanto la pretensión se construye sobre la base de que el incumplimiento del hito 8 es superior al del hito 7 y en consideración a que dicha circunstancia la desestima la propia demandante en sus alegaciones finales, no hay lugar a acceder a la pretensión quincuagésima quinta de la demanda reformada.

803. Tampoco se accederá a la pretensión subsidiaria a las pretensiones *“Quincuagésima Cuarta y Quincuagésima Quinta”* (sic), en primer lugar, por cuanto la pretensión quincuagésima cuarta prospera en los términos señalados líneas atrás y por tal razón no habría lugar a estudiar esta subsidiaria. En cuanto al carácter subsidiario de esta pretensión frente a la quincuagésima quinta, no se accederá a ella por cuanto en la forma en la que se presenta prescinde de las reglas contenidas en las letras (b) y (c) del numeral (i) de la cláusula 4.09 relativas a la imposibilidad de acumular nuevas cláusulas penales en caso de que los tiempos del incumplimiento posterior sean inferiores, estipulaciones que no pueden soslayarse para la imposición de la alegada obligación de pagar la cláusula penal de apremio por el hito 8. Por tal razón, se desestimarán la pretensión subsidiaria a las pretensiones quincuagésima cuarta y quincuagésima quinta.

804. Por las mismas razones que se acaban de exponer se negarán también las pretensiones quincuagésima sexta y su subsidiaria, cuyo objeto es la aplicación de la cláusula penal de apremio por el hito 9 del Contrato.

805. Respecto de la Pretensión Subsidiaria a las pretensiones Quincuagésima Cuarta, Quinta, Sexta y a sus subsidiarias se considera que, como quedó visto, la cláusula penal de apremio cuya imposición se solicita se aplicará respecto del retardo en la entrega del hito 7, por las razones expuestas líneas atrás, por lo cual no hay lugar a estudiar esta pretensión respecto del hito 7.

806. En cuanto a los hitos 8 y 9, no se accederá a imponer la cláusula penal por las razones expuestas en este acápite. La invocación que se hace en esta pretensión subsidiaria de la *culpa* de EPM como origen de los desplazamientos de las fechas no

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

es motivo para acceder a la imposición de la cláusula penal por cuanto dicha circunstancia no está prevista como causal para no aplicar lo acordado en este punto. Por consiguiente, no es razón para no observar las reglas contractuales estipuladas por las partes respecto de la no acumulación de penas por incumplimiento sucesivo de hitos. En consecuencia, se desestimaré la Pretensión Subsidiaria a las pretensiones Quincuagésima Cuarta, Quinta, Sexta de la demanda reformada.

807.La pretensión quincuagésima séptima de la demanda reformada será desestimada, en armonía con las consideraciones expuestas en esta providencia toda vez que se construye sobre la base de que EPM incurrió en culpa grave. Como queda consignado en acápite distinto de esta providencia, no hay lugar a declarar que EPM incurrió en culpa grave por no reunirse los requisitos para su procedencia. En ese entendimiento, no hay lugar a declarar que prospera la pretensión que se examina.

808.Con la pretensión subsidiaria a la quincuagésima séptima, HI solicita que se declare que la obligación de pagar las cláusulas penales de apremio por incumplimiento de hitos es exigible hasta por el valor de máxima responsabilidad financiera acordada por las partes en la cláusula 9.08 del Contrato.

809.Si bien la cláusula 4.09 del BOOMT no contiene referencia a limitación por el valor que se imponga a título de apremio, la cláusula 9.08 estipula, como regla general, que los pagos que haga el Contratista por concepto de las cláusulas penales de apremio están sujetos a los límites consignados en dicha cláusula, los cuales están en función de las etapas del proyecto.

810.Para el caso de la etapa de construcción, el valor máximo de responsabilidad financiera es de USD \$ 450 000 000, sin que haya lugar a concluir que respecto de los hechos materia de esta providencia, se haya verificado alguna de las excepciones acordadas en la propia cláusula 9.08 para no sujetarse al referido límite.

811.Por tales consideraciones se accederá a declarar que el monto correspondiente a las cláusulas penales de apremio por incumplimiento de hitos está sujeto al límite estipulado en la cláusula 9.08 del BOOMT –en lugar de que “es exigible” en los términos de la pretensión–, esto es que prospera la pretensión subsidiaria- a la quincuagésima séptima con el alcance que se precisa.

812.Por último, respecto de la excepción que EPM denominó “*Excepción de incumplimiento del procedimiento pactado en la Cláusula 9.02 del Contrato BOOMT*”, ella se apoya en que a juicio de EPM, HI no dio cumplimiento a lo dispuesto en la cláusula 9.02 (i) del BOOMT por no observar el plazo señalado en dicha estipulación, lo que “significa que HIDROITUANGO perdió el derecho a reclamar” (p. 201 de la contestación a la reforma de la demanda).

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

813. Esta defensa de EPM no resultó probada, amén de que tampoco es posible concluir que la posibilidad de HI para cobrar las cláusulas penales de apremio precluyó por no haberse ejercido el derecho dentro de los cinco días a los que se refiere la cláusula. La consecuencia que pretende deducir EPM en su defensa no está prevista en el negocio jurídico y por lo tanto no es aplicable.

814. Por lo anterior se desestimaré la "Excepción de incumplimiento del procedimiento pactado en la Cláusula 9.02 del Contrato BOOMT" propuesta por EPM.

1.53. Las pretensiones de Hidroituango relacionadas con la condena por las cláusulas penales de apremio

815. La primera pretensión de condena relacionada con la cláusula penal de apremio es la siguiente:

*"Sexagésima Primera Pretensión: Condenar a **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM.**, a pagar a **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO S.A. E.S.P-** todas las sumas de dinero que se determinen y acrediten durante el proceso en virtud de las contractualmente convenidas "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos" que procedan, cuyo cumplimiento debía hacer en la Etapa de Construcción, entre la fecha en que se hicieron exigibles –según lo determine el Tribunal– y la fecha del laudo, tanto las causadas a la fecha del laudo, como las que se causen con posterioridad hasta la fecha en que se verifique el cumplimiento del Hito o Hitos de que se trate, según lo pactado y la ley".*

816. Conforme a las consideraciones expuestas en esta providencia, se accederá a condenar al pago por la cláusula penal de apremio por la no entrega del hito 7 por parte de EPM.

817. La liquidación del valor correspondiente a dicha cláusula se hará conforme al dictamen pericial aportado por HI, elaborado por Sumatoria¹⁸⁹, según el cual:

"Al cierre del mes de febrero del 2022 (último mes terminado a la fecha de elaboración de este dictamen), el período de retraso para el cumplimiento del hito 7 es de 1,338 días, el del hito 8 es de 1,188 días y el del hito 9 es de 915 días, por lo que habría lugar a la determinación de la Cláusula Penal de Apremio de 1,338 días para el hito 7, pero no habría lugar a Cláusula Penal por días adicionales de los hitos 8 y 9 dado que sus plazos de atraso, contados hasta el 28 de febrero de 2022, son inferiores a los del hito 7. Sin

189 Expediente 2020 A 0035. Dictámenes HI. Dictamen financiero HI10 MAR 2022. Dictamen Pericial VF (Marzo 9, 2022) p. 6.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

embargo, la Cláusula Penal de Apremio se debe aplicar hasta la fecha en que se certifique el cumplimiento del hito 7. Solo en este momento se conocerá la extensión del plazo de incumplimiento y se podrá posteriormente determinar si hay lugar al pago de cláusulas penales adicionales por los hitos subsiguientes.”

818.Según el citado dictamen, al no haberse acreditado el cumplimiento del hito 7 el monto acumulado de la cláusula penal de apremio se calculó desde el 2 de julio de 2018¹⁹⁰ hasta la fecha de elaboración del dictamen, 28 de febrero de 2022.

819.El laudo aplicará la fórmula de liquidación de la cláusula penal contenida en la cláusula 4.09 desde el 28 de febrero de 2022 hasta el 7 de diciembre de 2023, fecha de esta providencia, conforme al cuadro que obra en acápite ulterior.

820.No se accederá a condenar a EPM al pago de las sumas de dinero que se causen con posterioridad a la fecha del laudo, por cuanto, como se expone en esta providencia, con ello se extendería la decisión del laudo a situaciones que están por suceder y respecto de las cuales no existe certeza a la fecha de este laudo, cuyos efectos no pueden pregonarse de hechos o situaciones que no han ocurrido.

821.Con el alcance que se precisa, se accederá a condenar a EPM por concepto de la cláusula penal de apremio.

822.La pretensión sexagésima segunda es la siguiente:

“Sexagésima Segunda Pretensión: Condenar a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM., a pagar a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO S.A. E.S.P los intereses comerciales moratorios, a la máxima tasa autorizada por la ley, sobre el monto que arroje las cláusulas penales de apremio, desde la fecha en que debió pagar la Cláusula Penal de Apremio hasta la fecha en que efectivamente realice el pago de conformidad con la cláusula 9.02 del Contrato BOOMT”.

823.En relación con las cláusulas penales, HI estima que “al no haberlas pagado, planteando injustificadamente una `disputa`, [EPM] incurrió en mora con todos sus efectos legales” (hecho 296 de la demanda reformada). Es decir, HI considera tener derecho al pago de intereses de mora, por cuanto a su juicio, EPM se opuso al pago de la cláusula penal, sin justificación.

¹⁹⁰ Es el día siguiente de la fecha en la que debía entregarse el hito 7, según el AMB núm. 10.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

824. Ahora bien, el expediente da cuenta de que con ocasión de los hechos que dieron origen a la aplicación de la cláusula penal de apremio por parte de HI, se dio inicio al procedimiento estipulado en la cláusula 9.02 del Contrato.

825. En desarrollo de dicho procedimiento, el 17 de septiembre de 2019, por solicitud de EPM, se llevó a cabo una reunión, al término de la cual se suscribió el Acta de 17 de septiembre de 2019¹⁹¹ en la que los representantes legales de las partes declararon la existencia de una disputa respecto del pretendido incumplimiento de los hitos 7, 8 y 9 y de la aplicación de la cláusula penal de apremio.

826. Según consta en el referido instrumento las partes expresaron:

"(...) luego de las precisiones realizadas por cada una de las partes, concluyeron que no existía un acuerdo entre HIDROITUANGO y EPM para declarar la existencia del incumplimiento de los Hitos 7, 8 y 9.

*"Razón por la cual (...) las partes dieron por finalizada la reunión, declarando, en consecuencia, **la existencia de una Disputa** por la falta de acuerdo en la existencia de obligaciones incumplidas" (negrilla agregada).*

827. Conforme se lee en dicho documento, EPM en esa oportunidad se opuso al pago de la cláusula penal de apremio por cuanto, a su juicio, el incumplimiento del hito 7 no le es imputable. En esa línea, al no haber acuerdo respecto del incumplimiento y mucho menos a la aplicación de la cláusula penal, se declaró la existencia de una disputa que sería dirimida por el mecanismo contractual convenido, vale decir el tribunal arbitral.

828. La situación planteada en la referida acta se ajusta a las reglas contractuales convenidas, en particular en la cláusula 9.02 (i) (b) que consagra el aludido procedimiento que debe observarse en aquellos casos en los que haya lugar a aplicar la cláusula penal de apremio por una obligación incumplida. Según dicho procedimiento, HI debe reunirse con el Contratista para "verificar conjuntamente la ocurrencia del incumplimiento en cuestión". De dicha reunión se debe levantar un acta en la que conste si hubo o no acuerdo entre las partes.

829. De no existir acuerdo respecto de la existencia de la obligación incumplida (b), "se declarará la existencia de una Disputa que cualquiera de las Partes podrá llevar al mecanismo de solución de Disputas establecido en el presente Contrato". En caso de que el Contratista no suscriba el acta, se entenderá que acepta que existe la obligación incumplida.

191 01.DEMANDA 2020 A 0035 15 DE OCTUBRE 2020, subcarpeta 2020 A 0035 ANEXOS DEMANDA 15102020.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

830. Como se ha reseñado, el Acta correspondiente a la reunión de 17 de septiembre de 2019 recoge el desacuerdo de las partes en torno al pretendido incumplimiento y declara la existencia de una disputa en este frente. Dicha acta se encuentra suscrita por ambas partes, en particular por el representante legal de EPM, por lo cual no hay lugar a deducir aceptación tácita por parte del Contratista.

831. Por el contrario, precisamente a sabiendas de que existía una disputa entre las partes respecto de la aplicación de la cláusula penal de apremio, acudieron al mecanismo de solución de disputas acordado en el Contrato, vale decir el tribunal arbitral. HI con la pretensión general de solicitar la declaración de incumplimiento por parte de EPM, la aplicación y el pago de la cláusula penal de apremio; EPM, por su parte, se opuso a dichas pretensiones y a su vez formuló las suyas, cuyo propósito en general, es impugnar la validez de la cláusula y su aplicación por parte de HI.

832. De los hechos relatados es posible concluir que existe una disputa entre las partes en relación con la aplicación de la cláusula penal de apremio, en tanto EPM estima que no ha incumplido, por lo cual no debe pagar la cláusula penal, al paso que HI no tenía certeza respecto de la existencia de la obligación a su favor, ni mucho menos sobre el monto correspondiente a la cláusula penal pretendida.

833. La anterior conclusión se corrobora con el pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Antioquia dentro del proceso ejecutivo iniciado por HI para el cobro de la cláusula penal y que negó el mandamiento ejecutivo, precisamente por existir una disputa en torno al incumplimiento de la obligación y, por ende a la exigibilidad de las cláusulas penales de apremio¹⁹².

834. Pues bien, en los términos en los que indican las providencias que se citan, y al existir una disputa entre las partes respecto del incumplimiento de EPM y de la exigibilidad de la cláusula penal de apremio, las partes acudieron al tribunal arbitral para dirimir dichas controversias.

835. De lo anterior puede concluirse que antes de este laudo no existía certeza entre las partes respecto del incumplimiento pretendido por HI, ni tampoco del monto correspondiente a la cláusula penal de apremio a su favor. Recuérdese que dicha cláusula se estipuló con el propósito de compeler al Contratista "*cuando incumpla*

192 EPM señala en la contestación de la demanda reformada que dicha Corporación sostuvo: "Por lo tanto, la obligación contenida en el Hito 7 del Contrato BOOMT, sólo es exigible por medio de las Cláusulas Penales de Apremio consagradas en el mismo, ante la certeza de la existencia del incumplimiento imputable a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., no obstante, como en el presente caso, se encuentra en 'Disputa' este ítem, no se cumple el requisito de existencia del título ejecutivo complejo para proceder a librar mandamiento de pago" (Radicación 05001233300020190274900). Dicha postura fue avalada por el Consejo de Estado que no revocó el referido auto.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

alguna de las obligaciones a su cargo bajo el presente Contrato” (cláusula 1.02 del BOOMT).

836.Por consiguiente, sin estar determinado el incumplimiento de EPM, la cláusula penal no era exigible.

837.Corolario de lo expuesto hasta aquí es el hecho de que en la medida en que no existía un monto cierto a cargo de EPM por concepto de la cláusula penal de apremio y su exigibilidad pendía de la certeza del incumplimiento del deudor, no hay lugar a condenar a EPM al pago de intereses comerciales moratorios, como se solicita en la pretensión sexagésima segunda.

838.La obligación de pago del monto correspondiente a la cláusula penal es cierta y es exigible con el presente laudo.

839.Por las razones expuestas, no se accederá a la pretensión sexagésima segunda de la demanda reformada.

840.La pretensión sexagésima tercera es la siguiente:

“Sexagésima Tercera Pretensión: *Que se establezca o determine un plazo concreto, no superior a cinco (5) días contados a partir de la fecha de ejecutoria del laudo, para que **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM-**, -de conformidad con las estipulaciones contractuales convenidas en el apartado (iii) de la cláusula 4.09 del Contrato BOOMT, manifieste por escrito dirigido a **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.**, de manera firme, clara, precisa y expresa, si para el pago de las sumas correspondientes a las “Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos” a cuya satisfacción resulte condenada mediante el correspondiente laudo, opta por realizarlo en dinero efectivo o considerándolo como un menor valor del costo del Proyecto para efectos del cálculo de la Remuneración”.*

841.La pretensión toma pie en la cláusula 4.09 (iii) del BOOMT que regula la forma de pago del valor de la cláusula penal de apremio por incumplimiento de hitos en la etapa de construcción.

842.Dicha estipulación consagra la opción que tiene el Contratista de pagar dicho monto o de considerarlo como un menor valor del costo del proyecto, para efectos del cálculo de la remuneración.

843.La pretensión bajo examen se ajusta a las reglas contractuales en tanto, para hacer efectivo el pago de la cláusula penal de apremio, solicita que se señale un plazo

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

para que EPM manifieste la manera en la que va a ejercer la opción estipulada a su favor en la cláusula citada, esto es si mediante el pago o como un menor valor del costo del proyecto.

844.Por las razones expuestas se accederá la pretensión sexagésima tercera de la demanda reformada.

845.La pretensión sexagésima cuarta de la demanda es la siguiente:

Sexagésima Cuarta Pretensión: *Que se determine que si dentro del plazo que señale el Tribunal de Arbitramento dentro del correspondiente laudo, **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P . –EPM-**, no le manifiesta a **HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.**, por escrito y de manera firme, clara, precisa y expresa, cuál opción escoge para la satisfacción de los valores correspondientes a las "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos", el pago de los mismos deberá realizarse en dinero efectivo.*

846.Al acceder a la pretensión sexagésima tercera, se impone a EPM una obligación de hacer cuyo acreedor es HI. Con dicha declaración se preserva el derecho de EPM a ejercer la opción estipulada a su favor para el pago del monto de la cláusula penal de apremio.

847.Siendo ello así, no hay lugar a que el laudo disponga que, en caso de que EPM no cumpla con la obligación que se impone, el pago del valor de las cláusulas penales debe hacerse "en dinero efectivo".

848.A diferencia de la anterior, esta pretensión no se ajusta a las reglas contractuales amén de que no se encuentra un fundamento para que el laudo disponga lo solicitado frente a una situación que no ha ocurrido y que tiene expresa reglamentación contractual, que el laudo acoge.

849.Por lo anterior, se negará la pretensión sexagésima cuarta de la demanda reformada.

850.La pretensión sexagésima quinta es del siguiente tenor:

Sexagésima Quinta Pretensión: *Que se determine que si **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM-**, opta oportunamente por pagar las sumas de dinero a cuya satisfacción resulte condenada con cargo a un menor valor del costo del Proyecto para efectos del cálculo de la Remuneración, dicho cargo deberá incluir las sumas correspondientes tanto al capital que deba pagar por concepto de las "Cláusulas Penales de Apremio*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

por Incumplimiento de Hitos”, como los intereses moratorios causados hasta la fecha en que efectuó dicha manifestación” (sic).

851.El Tribunal accederá, en forma parcial, a la declaración que se solicita sobre la base, ya determinada en esta providencia de que la opción del pago del monto de la cláusula penal se estipuló a favor del Contratista. En el evento en que este lo considere como un menor valor del costo del Proyecto para efectos del cálculo de la remuneración, deberá incluir la suma correspondiente a la cláusula penal de apremio, mas no los intereses moratorios por cuanto, como se ha expuesto líneas atrás, en el presente caso no hay lugar al pago de los pretendidos intereses moratorios.

852.Por lo expuesto, se accederá en forma parcial a la pretensión sexagésima quinta de la demanda reformada.

Pronunciamiento sobre las defensas de EPM

853.EPM se opuso a este grupo de pretensiones con fundamento en que “EPM cumplió el Contrato y la Contingencia que retrasó los hitos no es atribuible a su culpa” (p. 232 de la contestación a la reforma de la demanda). Así mismo, reiteró que las cláusulas “son abusivas y abusivos son los intereses que se pretendan cobrar”.

854.De manera específica propuso la “excepción de enriquecimiento sin causa” dado que no hay motivo para pedir esas condenas toda vez que EPM ha cumplido el Contrato y ha obrado con diligencia y cuidado.

855.Las defensas que se relacionan en los numerales anteriores serán desestimadas por cuanto el laudo, con fundamentos que se reiteran en este punto sin que sea necesario transcribirlos de nuevo, concluyó que las cláusulas penales de apremio no son abusivas y por tanto su aplicación es procedente toda vez que por un lado, las partes las acordaron libre y voluntariamente y por otro, se encuentran acreditados los hechos que dan lugar a su aplicación en el presente asunto, circunstancia que recoge la voluntad común de los contratantes.

856.En cuanto al cumplimiento que alega EPM en este punto, se trata de una oposición que no será acogida por las razones expuestas en esta providencia, según las cuales, se concluyó que EPM incumplió con la entrega oportuna del hito 7 en la etapa de construcción y el laudo no acoge las defensas aducidas por EPM para excusar dicho incumplimiento.

a) La sexagésima sexta pretensión de la demanda

857.La convocante solicita:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

"Sexagésima Sexta Pretensión: Condenar a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM- a pagar a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO S.A. E.S.P-. intereses moratorios a la máxima tasa permitida por la ley, sobre todos los intereses de mora que deba pagar, tanto aquellos se encuentren pendientes por el no pago oportuno de las sumas ocasionadas por concepto remuneración y de las "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos, como aquellos de todo orden a cuya satisfacción resulte condenada por decisión del correspondiente laudo, a partir del vencimiento de un año sin que hayan sido debidamente cubiertos, de conformidad con las previsiones del artículo 886 del Código de Comercio."

858.La pretensión busca que se condene a la convocada a pagar intereses moratorios "sobre todos los intereses de mora que deba pagar", esto es tanto aquellos causados por el no pago oportuno de las cláusulas penales de apremio, como aquellos de todo orden a los que resulte condenada en el laudo.

859.No se accederá a la condena que se solicita en esta súplica por cuanto, como quedó consignado en esta providencia, en particular por las razones expuestas al estudiar la pretensión sexagésima segunda de la demanda, no se condenará a la convocada al pago de intereses de mora sobre el valor de la cláusula penal de apremio. Por consiguiente, al no haber condena de intereses de mora respecto de ese rubro, no hay lugar a acceder a condenar al pago de los intereses moratorios que se reclaman en esta pretensión.

860.Por otra parte, el laudo no impondrá condena por intereses de mora que se encuentren pendientes, por lo cual no hay lugar a condenar por intereses respecto de "aquellos de todo orden a cuya satisfacción resulte condenada" en el laudo.

861.Al no haber ninguna condena por intereses de mora en esta providencia, no procede condenar al pago de los intereses moratorios que se reclaman en esta pretensión que, por consiguiente, no prospera.

862.Por lo expuesto, no hay lugar a pronunciarse sobre las defensas y excepciones de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM en relación con esta pretensión.

b) Los alcances de la cláusula de esfuerzo conjunto

863.Respecto de la pretensión 11 de la demanda de reconvención, se accederá a declarar que las partes están sujetas a lo estipulado en el BOOMT, en particular a lo convenido en la cláusula 9.05 "Esfuerzo Conjunto", bajo el entendimiento de que el criterio de *esfuerzo conjunto* estipulado en la cláusula 9.05 se refiere a que el Contrato "no debe ser interpretado más severamente en contra de alguna de las partes".

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

864. Por consiguiente, la estipulación consagra un criterio hermenéutico según el cual la interpretación del Contrato debe hacerse de forma igualitaria, esto es sin distingo entre las partes y sin hacer más gravosa la situación de ninguna de ellas.

865. La pretensión 12 de la demanda de reconvención se plantea como consecuencia de la pretensión 11 y con ella se busca, en esencia, que se declare que los costos, gastos e inversiones en los que haya incurrido EPM para atender y superar la contingencia serán cargados como un mayor valor del Proyecto, para efectos del cálculo de la remuneración.

866. En capítulo diferente de esta providencia se definió que el riesgo de "Deficiencia o Falla en Diseños" relacionado con las "Deficiencias o Fallas sustanciales en el diseño y especificaciones de Obras Civiles y Equipos", que es un riesgo identificado por las partes en la Matriz de Riesgos, no comprende los diseños y especificaciones de las obras de desviación del SAD y la GAD.

867. Dichos diseños fueron ordenados y contratados por EPM en desarrollo de las obligaciones constructivas a su cargo, con plena autonomía, sin que HI haya sido parte de dicha contratación ni haya expresado su consentimiento en relación con la misma. Dicha actuación se enmarcó dentro de los principios de "no coadministración" y "no control previo" acordados en el BOOMT.

868. De igual manera, el laudo concluye que la contingencia no es un evento excusable a la luz de las estipulaciones contractuales.

869. Por consiguiente, por tratarse de un riesgo identificado en el Contrato que en desarrollo de la ejecución fue asumido por EPM –en los términos en los que se analiza en esta providencia– no hay lugar a declarar que los costos, gastos e inversiones en los que haya incurrido EPM para hacer frente a la contingencia puedan ser cargados como un mayor valor del proyecto.

870. Dicha conclusión no desconoce el criterio de esfuerzo conjunto estipulado en la cláusula 9.05 en tanto es consecuencia de lo que se ha concluido en este laudo respecto de los riesgos asumidos por las partes y su acaecimiento, lo que no implica una interpretación más severa en contra de ninguna de las partes. Por el contrario, es la atribución de responsabilidad a una parte por el riesgo a su cargo, frente a lo cual el criterio de esfuerzo conjunto resulta insustancial.

871. Por lo expuesto, no se accederá a la pretensión 12 de la demanda de reconvención.

c) La excepción de imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

872.EPM propuso la excepción de imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones a cargo de EPM en la forma inicialmente prevista “*impossibilium nulla obligatio*”, que el Tribunal analiza a continuación.

873.EPM, fundamentalmente indicó que las obligaciones deben ser proporcionales a la capacidad del sujeto obligado y que exigir la ejecución de las obligaciones, en los términos inicialmente pactados, luego de que sucedió la Contingencia resultaría contrario a la buena fe.

874.De igual manera, en los alegatos de conclusión manifestó lo siguiente:

“La nulidad de las cláusulas de apremio radica, primero, en el comportamiento de Hidroituango, que las quiere cobrar a toda costa, a sabiendas de que su contraparte quedó en la imposibilidad de cumplir con los hitos 7, 8 y 9, es decir que, ante el grave suceso de abril de 2018, le resultó imposible a EPM cumplir los hitos 7, 8 y 9 porque todo el esfuerzo empresarial se concentró en mitigar los efectos de la contingencia, recuperar el total control del proyecto y revisar y adoptar el nuevo cronograma, lo que hacía imposible ya acelerar el cumplimiento del cronograma inicial.”

875.El Tribunal no considera que existan argumentos que soporten el planteamiento de EPM, pues el mismo se aleja del tenor del Contrato, así como del régimen general de las obligaciones, aplicable al presente caso.

876.Como se analiza en este laudo, uno de los medios de defensa de EPM ha sido advertir que la Contingencia constituyó un evento excusable a la luz del Contrato BOOMT. El Tribunal descarta este postulado, por varias razones dentro de las cuales se encuentra que el evento no cumple con el requisito de haber sido irresistible, en tanto que la Contingencia no puso a EPM imposibilidad de ejecutar las obligaciones.

877.Al respecto, es importante traer a colación que la cláusula 1.02 del Contrato establece qué se debe entender como un asunto de imposible cumplimiento:

“[...] Ser irresistible, en el sentido de que no haya podido ser impedido y que haya colocado al Contratista - dominado por el acontecimiento – en imposibilidad absoluta, no simplemente en la dificultad o imposibilidad relativa de ejecutar la obligación;[...]”

878.De lo anterior se desprende que no es cierto, como lo indica EPM, que las obligaciones deben ser analizadas a la luz de la capacidad del sujeto obligado, pues no se trata de un criterio relativo que deba ser analizado según la situación de una

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)

persona, sino que es un criterio objetivo consistente en que no sea posible lograr la prestación debida.

879.El hecho de que la Contingencia hubiera provocado un contexto más adverso para el cumplimiento de las obligaciones de EPM no es suficiente para considerar que se trató de una situación que hiciera imposible el cumplimiento de las obligaciones. Tan es así, que las pruebas practicadas en el arbitraje apuntan a que los hitos 7,8, 9 y 10 sí se llevarán a cabo, solamente que en fechas posteriores a las que se obligó EPM, por lo que no es cierto que se hubieran convertido en obligaciones imposibles.

880.En igual sentido, la teoría general de las obligaciones supone que la posibilidad como requisito para la existencia de una obligación, se contrasta no con la capacidad del sujeto obligado, ni con un análisis de tipo estadístico sobre la probabilidad de la obtención del resultado perseguido. Por el contrario, se compara con las leyes de la naturaleza y con el conocimiento del arte o la ciencia que corresponda al momento de que el sujeto se obligue al cumplimiento. Si para el estado de la ciencia es posible lograr la prestación, entonces no se estará en un evento de una obligación imposible.

881.No existe en el expediente ninguna prueba que acredite que el cumplimiento de los hitos 7, 8 y 9 hubiera sido imposible según las reglas de la ingeniería o de la ciencia. Lo que se indicó por parte de varias pruebas, en su mayoría declaraciones testimoniales de funcionarios de EPM, es que la prestación se hizo más gravosa y difícil. Incluso que la prioridad de EPM no siguió siendo el cumplimiento de las obligaciones, sino la atención de la emergencia ocasionada por cuenta de la Contingencia. Tales circunstancias no constituyen causales que eximan a EPM del cumplimiento de sus obligaciones.

882.Ahora, también es relevante considerar que en el presente caso, la Contingencia tuvo los efectos negativos sobre el proyecto, por lo menos en parte, por las decisiones de ingeniería tomadas por parte de EPM relacionadas con el GAD, el SAD y el Plan de Obras Acelerado. En esa medida, no es de recibo estimar que se pueda exonerar de responsabilidad del cumplimiento de una obligación a una parte que, en gracia de discusión, quedó en una situación de imposibilidad de cumplimiento, cuando dicha situación fue ocasionado- por lo menos parcialmente- por sus propias conductas.

883.Por los anteriores motivos la excepción "*imposibilidad de cumplimiento de las obligaciones a cargo de EPM en la forma inicialmente prevista "impossibilium nulla obligatio"*" será negada.

1.54. La remuneración reclamada por HIDROITUANGO a título de perjuicios y las Inversiones a incluir como costos del proyecto

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

884. Tanto en la demanda de Hidroituango como en la de reconvenición de EPM, fueron formuladas pretensiones en relación con la remuneración reclamada por la primera a título de indemnización de perjuicios y con las sumas a incluir como costos del proyecto.

885. En la demanda Hidroituango, pidió:

"Pretensión Cuadragésima Cuarta: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P, —EPM—, está obligada a asumir los costos, "sobrecostos", mayores costos y gastos de toda naturaleza, incluidos los financieros por causa u ocasión de la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación —SAD— y su Galería Auxiliar de Desviación —GAD—, así como los de su colapso hasta su completa superación y restitución, incluyendo, y sin limitarlos, el valor de los deducibles y de las sumas no reparadas por las compañías aseguradoras conforme a las pólizas en los que es beneficiaria, y a la transacción que celebró con las mismas, por lo cual, se le pagó la suma de \$4.362.621.484.096,83.

Pretensión Quincuagésima: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. —EPM— es responsable de todos los daños y perjuicios causados a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO S.A. E.S.P- por el incumplimiento del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, según resulte probado en el proceso.

Pretensión Quincuagésima Primera: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P, —EPM— tiene la obligación de pagar y debe pagar a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. la remuneración mensual a la que tiene derecho en los términos del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2021, cuya fecha de exigibilidad del primer pago es la Fecha de Entrada en Operación Comercial del Grupo I de Unidades, previo el cumplimiento de lo establecido en el Contrato para la proyección y la liquidación de la Remuneración.

Pretensión Quincuagésima Novena: Condenar a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., a pagar a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. —HIDROITUANGO S.A. E.S.P., por daños materiales en la modalidad de lucro cesante, por el valor de la remuneración que le corresponde bajo el Contrato BOOMT a partir de la Fecha de Entrada de Operación comercial del Grupo 1 de unidades, la suma de ... (\$634.347.000.000), MONEDA LEGAL COLOMBIANA, más el valor mensual que se causa durante el proceso hasta la fecha el laudo.

Subsidiaria de la pretensión Quincuagésima Novena

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

"Condenar a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P., a pagar a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. —HIDROITUANGO S.A. E.S.P., por daños materiales en la modalidad de lucro cesante, por el valor de la remuneración que le corresponde bajo el Contrato BOOMT a partir de la Fecha de Entrada de Operación comercial del Grupo 1 de unidades, hasta la fecha el laudo, la suma que resulte probada en el proceso."

886.La Convocante afirma que, como consecuencia de los incumplimientos contractuales de EPM al contrato BOOMT, esta le debe pagar, además de los costos, sobrecostos y mayores costos que se hayan generado por los daños en las obras y su reparación, la remuneración a que tiene derecho, liquidada mensualmente a partir de la fecha de entrada en operación del primer grupo de unidades conformado por las unidades 1, 2, 3 y 4.

887.Agrega que la remuneración que debió recibir HIDROITUANGO en los tiempos establecidos en el contrato BOOMT, por los ingresos generados en el Proyecto, desde el inicio de operaciones de la primera unidad y las subsiguientes, entre diciembre de 2018 y febrero de 2022, se determina en el dictamen pericial financiero aportado al proceso en la suma de \$ 634.347.000.000.

888.La Convocada por su parte, se opuso a estas pretensiones, en primer lugar, con el argumento de que:

"[...]de existir un eventual derecho a recibir una remuneración, este solo surgiría después de transcurridos 90 días de la entrada en operación comercial del grupo 1 de Unidades, que se llevará a cabo cuando entren en operación las primeras cuatro unidades de generación, como lo afirma la parte actora en la referida pretensión."

"Es claro, bajo estas circunstancias, que solo cuando se cumpla con los presupuestos definidos en la Cláusula 2.04 del Contrato BOOMT, y no antes, como lo pretende la parte actora, podrá determinarse si HIDROITUANGO tiene o no derecho a recibir algún ingreso por concepto de remuneración, de acuerdo con la metodología para su definición, lo que implica un análisis y cálculo de las variables fijas y por definir, bajo los estrictos criterios fijados previamente por las partes."

889.Además, pidió que la Convocante aporte la prueba de la existencia de esos perjuicios e indicó que:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

"[...] la remuneración a favor de HIDROITUANGO debe ser analizada a partir del entendimiento integral de las cláusulas del Contrato BOOMT. No es un derecho cierto, su nacimiento y su cálculo depende de variables.

"En efecto, depende, entre otros factores: (i) de la aplicación de la metodología de proyección del Plan de Negocios establecida en el Anexo 2.04(i), y (ii) de lo sucedido realmente durante la construcción en términos de las Variables Etapa de Construcción. Esto supone que para el cálculo de la remuneración es necesario que se concluya la Etapa de Construcción del Proyecto, que a la fecha no ha concluido.

Además, se debe tener en cuenta que el cálculo de la remuneración también puede verse afectado por factores externos, ajenos completamente a la gestión de EPM. Al respecto, es relevante destacar que las obras asociadas a la convocatoria UPME 03-2014145 a cargo de Interconexión Eléctrica S.A. E.S.P. -hoy ISA Intercolombia S.A.E.S.P., necesarias para evacuar la energía de la Central de Ituango, presentaban un atraso antes de la ocurrencia de la Contingencia.

*Estos atrasos llevaron a Intercolombia a solicitar una prórroga de la fecha de puesta en operación -FPO- de este proyecto, prevista inicialmente para el 31 de agosto de 2018. La prórroga fue concedida por el Ministerio de Minas y Energía -MME- mediante la Resolución 40897 del 31 de agosto de 2018, fijando como nueva FPO **el 17 de septiembre de 2020.***

*Las razones de esta prórroga no tienen relación alguna con la Contingencia. En consecuencia, de no haberse presentado este evento, no hubiera sido posible que la Central evacuara la energía en la fecha prevista en el Cronograma Director, sino en la nueva FPO, esto es el **17 de septiembre de 2020.***

Posteriormente, Intercolombia solicitó dos nuevas prórrogas, la primera de ellas asociada a la Contingencia y la segunda, a trámites ambientales propios de esta clase de proyectos. El Ministerio de Minas y Energía accedió de forma parcial a las solicitudes, prorrogando la fecha inicialmente al 9 de marzo de 2021, como consta en la Resolución 40287 del 30 de septiembre de 2020, y luego hasta el 4 de julio de 2021, mediante la Resolución 40106 del 09 de abril de 2021.

*Las líneas de transmisión y los transformadores, entraron en operación el **9 de marzo de 2021.** No hubo entrada parcial de líneas de transmisión, dado que esto no se encontraba contemplado en la convocatoria UPME 03-2014, como se indicó por parte de la UPME mediante comunicación del marzo de 2020."*

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

890. De lo expuesto se evidencia que, aunque no se hubiera presentado la Contingencia, no hubiera sido posible evacuar la energía de las primeras 4 unidades de generación, de acuerdo con las fechas previstas en el Cronograma Director, todo vez que era necesario que el proyecto de la convocatoria 03-2014, que no se encontraba a cargo de EPM, hubiera entrado en operación, lo cual no suponía únicamente la finalización de las obras de las líneas de transmisión, sino también de las subestaciones y transformadores, que se reitera, solo se efectuó el 9 de marzo de 2021.

891. Al responder el hecho 307, indicó que:

"Se advierte en todo caso que el cálculo parcializado de la remuneración que efectúa HIDROITUANGO, solo sigue algunos de los lineamientos definidos en las Cláusulas 2.04, 2.05, 2.06, 2.07 (modificado en el AMB No. 4). 2.09 y en el Anexo 2.04 (i) del Contrato BOOMT. Se abstiene de valorar la ocurrencia de la Contingencia, los efectos que esta tiene para la estimación de la mencionada remuneración. HIDROITUANGO obra de mala fe, al desconocer la ocurrencia de la Contingencia, para reclamar perjuicios dando a entender que no hubo nada que impidiera que la Central entrara en operación el 28 de noviembre de 2018, fecha prevista en el Cronograma Director y sus modificaciones.

Es más, en caso tal de que hubiese entrado en funcionamiento, en las fechas inicialmente previstas, tampoco HIDROITUANGO tendría derecho a la remuneración solicitada, según las consideraciones que hubiera tenido el Plan de Negocios del Proyecto en su momento, que indicaba que la valoración del proyecto en un término de 50 años, hubiera tenido un Valor Presente Neto —VPN— negativo, lo que indica que HIDROITUANGO no tenía derecho a la remuneración durante la etapa de operación y mantenimiento, que implicaba a su vez, una extensión del plazo contractual, conforme lo indicado en la Cláusula 2.04 para el cálculo de la remuneración."

892. A título de excepción frente a la pretensión 51 formuló la que denominó "petición antes de tiempo o inexistencia del derecho a reclamar la indemnización.", la cual fundamentó, así:

"En términos de los establecido en la cláusula 2.04 del Contrato BOOMT, para el cálculo de la remuneración es necesario que entre en operación el Grupo 1 de Unidades, es decir, las Unidades de Generación 1, 2, 3 y 4. Solo noventa (90) días después de que entre el referido Grupo de Unidades, se podrá iniciar el cálculo de la remuneración, de acuerdo con las variables establecidas en el Contrato.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

"El Grupo 1 de Unidades no ha entrado en operación comercial por la Contingencia, por tanto, no ha surgido a la vida jurídica el derecho de HIDROITUANGO a exigir una eventual remuneración en términos del Contrato BOOMT.

"En este sentido, la pretensión dirigida al reconocimiento de la remuneración resulta ser una petición anticipada o presentada antes de tiempo, toda vez que no se ha cumplido la condición establecida en el Contrato BOOMT para que HIDROITUANGO pueda exigir el derecho a la remuneración, que en todo caso no es un derecho cierto, sino que está sujeto a variables, algunas definidas y otras por definir, por lo que cualquier estimación que se haga de la misma en este momento resulta incierta."

893. También opuso la excepción de "Inexistencia del derecho a la remuneración aún en un escenario sin Contingencia":

"Al realizar la cuantificación de la remuneración a la que eventualmente podría tener derecho HIDROITUANGO bajo la premisa de que no hubiera ocurrido la Contingencia, utilizando el modelo financiero definido por las partes en el Contrato BOOMT, se obtiene un Valor Presente Neto -VPN- negativo del Plan de Negocio del Proyecto, lo que indica que HIDROITUANGO no tendría derecho a la remuneración durante el período inicial de operación (valoración a 50 años).

"En ese escenario, el Contrato BOOMT tendría que extenderse en plazo, sin obligación de pagar remuneración a HIDROITUANGO, hasta el momento en que el VPN del Proyecto con el plazo extendido sea igual a CERO, tal como fue acordado por las partes. A partir de ese punto, HIDROITUANGO estaría en condiciones de exigir la remuneración."

894. Por último, frente a la pretensión Quincuagésima Novena, formuló las excepciones de "inexistencia de incumplimiento culpable por parte de EPM" y "responsabilidad de HIDROITUANGO por la realización de los riesgos asumidos, según la Matriz de Riesgos del Contrato BOOMT" y por último la de inexistencia de daños y perjuicios. Sólo la última fue fundamentada en este punto específico de la respuesta a la demanda, en el sentido de que "HIDROITUANGO no demuestra ni demostrará haber sufrido daños o perjuicios por el supuesto incumplimiento del Contrato BOOMT."

895. En la demanda de reconvención reformada, EPM formuló las siguientes pretensiones en relación con el derecho a la remuneración reclamado por Hidroituango:

24. Que se declare que HIDROITUANGO solo tiene derecho a la remuneración, siempre y cuando el Valor presente Neto del Plan de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Negocios del Proyecto sea mayor a cero, y solo bajo las estrictas condiciones, el plazo y los términos financieros establecidos en la Cláusula 2.04 del Contrato BOOMT, esto es, a partir de los noventa (90) días siguientes a la Fecha de Entrada en Operación Comercial del Grupo 1 de Unidades, circunstancias que a la fecha de presentación de esta demanda de reconvenición no se han cumplido.

"25. Que se declare que toda pretensión que reclame HIDROITUANGO en contravía de lo dispuesto en la Cláusula 2.04 del Contrato BOOMT es improcedente por prematura o anticipada, al desconocer las condiciones, el plazo, los términos financieros y la realidad contractual, toda vez que a la fecha no se ha culminado la Etapa de Construcción.

"26. Que en el remoto caso de que el Tribunal considere que, a pesar de no estar cumplidas las condiciones de la Cláusula 2.04 del Contrato BOOMT, hay lugar a la estimación de la remuneración, se ordene, para efectos de su cálculo, y en aplicación de la Cláusula 9.05 "Esfuerzo Conjunto", incluir todas las inversiones, costos y gastos preoperativos efectuados por EPM ITAUNGO y EPM para poner en operación la Central en las "Variables Etapas de Construcción", que a la fecha no hayan sido incluidas o aceptadas, y las que se generen con posterioridad hasta la terminación de la "Etapa de Construcción", incluyendo, pero sin limitar, los siguientes conceptos:

"26.1. Todas las Inversiones, costos y gastos preoperativos no previstos inicialmente, necesarios para llevar a cabo la construcción del Proyecto, entre ellos, los asociados a la implementación del SAD y el Plan Acelerado de Obras.

"26.2. Todas las inversiones, costos y gastos preoperativos efectuados para atender, recuperar y superar los efectos derivados de la Contingencia ocurrida en el Proyecto.

"27. Que, como consecuencia de la prosperidad de la pretensión 26, para efectos de calcular la remuneración, se ordene incluir, fuera de todas las sumas que ya han sido incluidas o aceptadas por HIDROITUANGO, la suma de COP\$4.308.358.000.000, que más adelante se discrimina, o el valor que determinen los peritos, incluyendo, pero sin limitar, los siguientes conceptos:

"27.1. Todas las inversiones, costos y gastos preoperativos no previstos inicialmente, necesarios para llevar a cabo la construcción del Proyecto, entre ellos, los asociados a la implementación del SAD y el Plan Acelerado de Obras, por valor de COP \$804.239.000.000, que corresponde a los valores no aceptados por HIDROITUANGO, con corte al 31 de diciembre de 2019.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

"27.2. Todas las inversiones, costos, y gastos preoperativos efectuados para atender, recuperar y superar los efectos derivados de la Contingencia ocurrida en el Proyecto, por valor de COP \$3.504.119.000.000, con corte al 31 de diciembre de 2021, y los que se generen con posterioridad, amortizando la suma de \$1.676.850.000.000, correspondientes a los pagos asociados a este evento efectuados por las compañías de seguro, con corte al 31 de diciembre de 2021."

28. Que, en el remoto caso de que el Tribunal determine que, a pesar de no estar cumplidas las condiciones de la Cláusula 2.04 del Contrato BOOMT, hay lugar a la estimación de la remuneración, se declare, para efectos de su cálculo, que el "Promedio Ponderado del Costo de la Deuda" de la "Etapa Variables de Construcción" calculado en 2.20% desconoce lo estipulado en la Cláusula 2.07, así como las buenas prácticas contables y los parámetros regulatorios sobre el cálculo de la deuda, comúnmente utilizados en el ámbito de la economía y la realidad del mercado financiero colombiano.

29. Que, como consecuencia de la prosperidad de la pretensión 28, para efectos de calcular la remuneración a favor de HIDROITUANGO, se ordene tener como "Promedio Ponderado del Costo de la Deuda" una cifra no inferior a 5.10% o la que se determine por los peritos, de acuerdo con la cláusula 2.07 del Contrato BOOMT.

30. Que, en el remoto caso de que el Tribunal considere que, a pesar de no estar cumplidas las condiciones de la Cláusula 2.04 del Contrato BOOMT, hay lugar a la estimación de la remuneración, se considere la pérdida de las Obligaciones de Energía en Firme para el periodo 2018-2038, en consecuencia, se excluya su valor de las variables del cálculo de la remuneración.

31. Que, en el remoto caso de que el Tribunal considere que, a pesar de no estar cumplidas las condiciones de la Cláusula 2.04 del Contrato BOOMT, hay lugar a la estimación de la remuneración, reconozca como un mayor valor en el costo del Proyecto, la suma de COP \$ 151.400.819.981, como consecuencia de la ejecución de la garantía por el Cargo por Confiabilidad, suma de dinero que fue pagada por EPM, así como las demás consecuencias financieras derivadas de la pérdida de las obligaciones de energía en firme.

32. Que, en el remoto caso de que el Tribunal considere que, a pesar de no estar cumplidas las condiciones de la Cláusula 2.04 del Contrato BOOMT, hay lugar a la estimación de la remuneración, reconozca como un mayor valor en el costo del Proyecto, la suma de COP \$15.317.667.895, pagada por EPM a Intercolombia S.A. E.S.P., con corte al 31 de diciembre de 2021, por concepto de reconocimiento de los ingresos al transportador como consecuencia de la no entrada en operación de la Central, así como los

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

demás valores que se reconozcan hasta que se logre la efectiva entrada en operación.

33. Que, en el remoto caso de que el Tribunal considere que, a pesar de no estar cumplidas las condiciones de la Cláusula 2.04 del Contrato BOOMT, hay lugar a la estimación de la remuneración, ordene que su cálculo solo se efectúe a partir de la fecha efectiva de entrada en operación del Proyecto UPME 03-2014 para el "diseño, adquisición de los suministros, construcción, operación y mantenimiento de las Subestaciones Ituango y Medellín, también denominada Katíos, y las líneas de transmisión asociadas" a cargo de Intercolombia S.A. E.S.P. o la que el Tribunal considere.

34. Que, en el remoto caso de que el Tribunal considere que, a pesar de no estar cumplidas las condiciones de la Cláusula 2.04 del Contrato BOOMT, hay lugar a la estimación de la remuneración, reconozca como un mayor valor en el costo comercial del Proyecto, la suma de COP \$61.105.933.810, asociada al respaldo de obligaciones de energía firme de Ituango de la planta térmica de la Sierra, así como los demás costos en los que EPM incurra por concepto de respaldo de la obligaciones de energía en firme (segunda y tercera asignación) que deriven del atraso en la entrada de operación de la Central Ituango como consecuencia de la Contingencia.

896.Frente a tales pretensiones, Hidroituango propuso dos excepciones: la primera, ya analizada y decidida en este laudo por su incidencia en la decisión de otras pretensiones: Incumplimiento de EPM a sus obligaciones de construir la obra pública comprendida en los Hitos 7, 8 y 9; la segunda, puntualmente referida al tema de la remuneración "HI tiene derecho a la remuneración y EPM está obligada a pagarla a partir de la "Fecha de Entrada en Operación Comercial" en la fecha pactada en el Contrato BOOMT y en la suma que resulte probada en el proceso."

897.Dice HI sobre los elementos a tener y no tener en cuenta para el cálculo de la remuneración:

"Por lo anterior para el cálculo y pago de la remuneración dejada de recibir por HIDROITUANGO, deben incluirse los ingresos asociados a las Obligaciones de Energía en Firme para el período 2018-2038, y es impertinente tener como "Promedio Ponderado del Costo de la Deuda" una cifra no inferior a 5.10% e incluir un mayor valor por inversiones, costos y gastos preoperativos no previstos inicialmente, entre ellos, los asociados a la implementación del SAD, el Plan Acelerado de Obras y la Contingencia, ora por pérdidas de las Obligaciones de Energía en Firme para el período 2018-2028, por la ejecución de la garantía por Cargo por Confiabilidad, los ingresos al transportador como consecuencia de la no entrada en operación de la Central, así como los demás valores que se reconozcan hasta que se

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

logre la efectiva entrada en operación, o asociado al respaldo de obligaciones de energía firme de Ituango de la planta térmica de la Sierra, ni puede calcularse la remuneración a partir de la fecha de entrada en operación del Proyecto UPME 03-2014 para el "diseño, adquisición de los suministros, construcción, operación y mantenimiento de las Subestaciones Ituango y Medellín, también denominada Katios, y las líneas de transmisión asociadas" a cargo de Intercolombia S.A. E.S.P., todo lo cual es erróneo y contrario al Contrato BOOMT y a la responsabilidad de EPM.

898. Procede el Tribunal a determinar en primer lugar, si como consecuencia de la no Entrada en Operación Comercial del Grupo 1 de Unidades, HIDROITUANGO ha dejado de percibir la remuneración pactada en su favor *"Como contraprestación por el otorgamiento del derecho que tiene Hidroituango para el desarrollo y explotación del Proyecto al Contratista"* (cláusula 2.04). O, si en cambio, como lo arguye EPM, en primer término, no hay lugar a reconocimiento de tal remuneración, por cuanto, ello depende de la Entrada en Operación Comercial del Grupo 1 de Unidades, con lo cual esta petición es antes de tiempo y, en segundo lugar, que tampoco hay lugar a tal remuneración dado que para su reconocimiento es menester que al aplicar la fórmula prevista en el contrato para liquidar la remuneración, el Valor presente Neto del Plan de Negocios del Proyecto sea mayor a cero.

899. En la detallada regulación que las partes incluyeron en relación con las obligaciones de cada una y la forma y época de su cumplimiento, son varias las cláusulas que conciernen al tema de la remuneración para Hidroituango, incluida en el listado de derechos de esa parte —6.11—:

"Derechos de Hidroituango. ... (i) Recibir la remuneración en los términos y condiciones previstos en este Contrato."

900. Correlativamente, dada la conmutatividad con la que fue estructurado el contrato, las partes convinieron entre los derechos de la Contratista, los de explotar comercialmente el proyecto y recibir los ingresos derivados de varias fuentes —6.10—, a saber:

DERECHOS DEL CONTRATISTA:

"...(ii) Explotar comercialmente el Proyecto

(iii) Recibir los ingresos del Cargo por confiabilidad, del Proyecto, de las indemnizaciones derivadas de las Pólizas de Seguro distintas de las que garantizan el cumplimiento de este Contrato y de la venta de CERs."

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

901. También como derecho de la Contratista se incluyó el de:

"[...] (vii) Solicitar la revisión de la Remuneración en el evento en que la Rentabilidad Calculada se ubique por debajo del límite inferior a la Banda de TIR establecida, de acuerdo con lo señalado en la cláusula 2.05(iv) de este contrato, así como la aplicación de cualquier otro Mecanismo de Compensación autorizado bajo este contrato:.."

902. Un aspecto que interesa a la definición de estas pretensiones relacionadas con el derecho a la remuneración de Hidroituango, lo constituye el hecho de que en el Contrato BOOMT se estableció la existencia de dos etapas, la de Construcción que corresponde al periodo comprendido entre la Fecha de inicio de la construcción y el Día Hábil en el que se suscriba el Acta de terminación de la Etapa de Construcción, cuya duración "...se inicia en la Fecha Efectiva¹⁹³ y termina en la Fecha de Entrada en Operación del Grupo I de Unidades"¹⁹⁴ y la Etapa de O&M, que es el "período de tiempo comprendido entre la Fecha de Inicio de O&M y la Fecha de terminación"¹⁹⁵

903. La distinción de esas dos etapas en la ejecución del Contrato, estuvo acompañada de la consagración de obligaciones diferenciadas para cada parte, en cada una de esas etapas, sin perjuicio de algunas comunes a las dos.

904. Así, las obligaciones del contratista para la etapa de construcción fueron previstas en la cláusula 4.02, en un listado en el que se destacan las obligaciones principales de "(xi) Realizar y concluir la Construcción y Montaje de las Obras que deben llevarse a cabo en la Etapa de Construcción, lo cual deberá llevarse a cabo de una manera continua y diligente, cumpliendo con los parámetros Técnicos y en los términos, condiciones y plazos establecidos en este Contrato" y la de "(xii) Realizar la Construcción y Montaje de los Equipos de una manera continua y diligente, en cumplimiento de los Parámetros Técnicos en los términos, condiciones. Plazos establecidos en este contrato".

905. So pena de la aplicación de las cláusulas penales de apremio, por los desplazamientos de las fechas señaladas en el contrato para la realización de los Hitos que deban ser realizados durante la etapa de construcción —Cláusula 4.09—.

906. En el catálogo de obligaciones de EPM en la etapa de construcción, no está incluida la de realizar pagos por concepto de remuneración en favor de Hidroituango.

193 Conforme a la cláusula 1.02, "Fecha Efectiva: Es el Día siguiente a que se cumplen las condiciones Precedentes y en la que se suscribe el Acta de Inicio del Contrato."

194 Cláusula 4.01 del contrato BOOMT

195 Cláusula 1.02

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

907. En efecto, las partes relacionaron las obligaciones de cada una, en la cláusula 5.01 del contrato BOOMT. Entre aquellas asumidas por la contratista, la de "(v) Pagar la Remuneración de conformidad con lo establecido en las cláusulas 2.04 y siguientes del presente contrato", incorporada como una obligación a ser cumplida por EPM en favor de Hidroituango, en la etapa de O&M.

908. Igualmente, el paso de una etapa a otra, fue regulado en el contrato BOOMT. A la terminación de la etapa de construcción, los representantes de las partes suscribirán el Acta de Finalización de Obras, o el Acta de Terminación de la Etapa de Construcción según corresponda¹⁹⁶, acto que requiere:

"Los representantes de las partes suscribirán el Acta de Terminación de la Etapa de Construcción una vez Hidroituango haya verificado (o exceptuado) en cumplimiento de las siguientes condiciones:

El cumplimiento de los Hitos 1 a 9 que deben llevarse a cabo durante la Etapa de Construcción.

La Construcción y Montaje de las Obras y de los Equipos de los Componentes que debían realizarse durante la Etapa de Construcción se encuentran terminados en cumplimiento de los Parámetros Técnicos;

Las Obras de Infraestructura han sido realizadas:

Cualquier error o desviación en la Construcción y Montaje de las Obras y los Equipos ha sido corregido, distinto de los que se indiquen en la Lista de Pendientes;

El Representante del Contratista ha entregado al Representante de Hidroituango los siguientes documentos (a) los Manuales Técnicos que no se hubieren entregado previamente; y (b) los Certificados de Seguros correspondientes a las Pólizas de Seguros para la Etapa de O&M de conformidad con lo previsto en la Parte B del Anexo 1.02(10) del Contrato

El Representante de Hidroituango ha recibido el Protocolo de Operación;

No existen circunstancias que puedan dar lugar a la configuración de Eventos de Terminación por causa del Contratista o de Otros Eventos de Terminación;

El Contratista ha pagado o ha aceptado incluir como menor valor del Proyecto para efectos del cálculo de la Remuneración el valor de las Cláusulas Penales de Apremio aplicables y que estén en firme y cualquier otra suma adeudada por el Contratista bajo este Contrato que hubieren sido

196 Cláusula 6.05(vii)

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

causadas durante la Etapa de Construcción, de conformidad con lo previsto en este Contrato;

Se han obtenido todas las autorizaciones necesarias para dar inicio a la Etapa de O&M, de ser el caso, y las copias de dichas Autorizaciones han sido recibidas por el Representante de Hidroituango; y

El Representante del Contratista ha entregado al Representante de Hidroituango la Certificación.

El Acta de terminación de la Etapa de Construcción deber{a suscribirse al día Hábil siguiente a la fecha en la que sean Verificadas o exceptuado por Hidroituango las condiciones a las que hace referencia la presente cláusula, a las 8:30 a.m. en el domicilio de Hidroituango.¹⁹⁷

909. Por otro aspecto, específicamente en lo concerniente al derecho a la remuneración en favor de Hidroituango, las cláusulas 2.04 y 2.09 del Contrato BOOMT contienen en su orden, la Metodología para la definición de la Remuneración que recibirá Hidroituango y la Metodología para la liquidación y pago de la Remuneración.

910. El nivel de la remuneración acordada en el contrato como la contraprestación para Hidroituango por el otorgamiento a la contratista del derecho que tiene para el desarrollo y explotación del proyecto, debe ser determinado dentro de los noventa (90) días siguientes a la Fecha de Entrada en Operación Comercial del Grupo 1 de Unidades, de acuerdo con la siguiente metodología:

"2.04. Metodología para la definición de la Remuneración que recibirá Hidroituango. Como contraprestación por el otorgamiento del derecho que tiene Hidroituango para el desarrollo y explotación del Proyecto al Contratista, Hidroituango tendrá el derecho a recibir la Remuneración en los términos que se definen a continuación.

(i) Dentro de los noventa (90) Días siguientes a la Fecha de Entrada en Operación Comercial del Grupo 1 de Unidades, por una sola vez (salvo lo establecido en el la cláusula 23 2.05(iii)), se estimará el Flujo de Caja Libre Desapalancado del Contratista a partir de la fecha de suscripción del Acuerdo y hasta cincuenta (50) años contados a partir de la Fecha Efectiva con base en: (a) La metodología de proyección del plan de negocio establecida en el Anexo 2.04(i) del presente Contrato; y (b) lo sucedido realmente durante la construcción en términos de las Variables Etapa de Construcción; y

197 Cláusula 4.08

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

(ii) A partir de: (a) los valores resultantes del Flujo de Caja Libre Desapalancado del Contratista; y (b) el WACC, se determinará el nivel de la Remuneración a Hidroituango expresado como un porcentaje de los Ingresos Netos del Proyecto, tal que el valor presente neto del Flujo de Caja Libre Desapalancado, a la fecha de firma del Acuerdo, sea igual a cero.”

911. Igualmente, en el Contrato BOOMT las partes incluyeron la Metodología para la Liquidación y Pago de la Remuneración que recibirá Hidroituango -cláusula 2.09-:

2.09. Metodología para la liquidación y pago de la Remuneración que recibirá Hidroituango.

(i) Para efecto de liquidar y pagar la Remuneración que recibirá Hidroituango, lo cual se hará de manera mensual, se calcularán los Ingresos Brutos para la Liquidación del Proyecto

30

tomando: (a) el sesenta y cinco por ciento (65%) de la energía media mensual del proyecto¹, multiplicada por el precio medio de los contratos de venta de energía de EPM² para el mismo período, más (b) la sumatoria de la diferencia entre la generación real horaria del Proyecto y la contratación horaria del Proyecto³, multiplicada por el precio de bolsa horario durante el mes correspondiente, más (c) el valor a distribuir del Cargo por Confiabilidad del Proyecto para el mismo período publicado por el ASIC, más (d) otros ingresos operacionales del Contratista asociados al Proyecto.

Para mayor claridad, la siguiente es la formulación para el cálculo de los Ingresos Brutos para la Liquidación,

$$IB_i = [65\% \times EMM_{PROYECTO_i} \times PMC_{EPM_i}] + \left[\sum_i \sum_j ((GRH_{PROYECTO_{i,j}} - CH_{PROYECTO_{i,j}}) \times PBH_{i,j,k}) \right] + VDCC_i + OIO_i$$

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Donde:

- IB_i : Ingresos Brutos para la Liquidación para mes i , expresados en pesos
- $EMM_{Proyecto\ i}$: Energía Media Mensual del Proyecto para el mes i , expresado en KWh
- $PMCEPM\ i$: Precio Medio de los Contratos de EPM para el mes i , expresado en pesos por KWh
- $GRH_{Proyecto\ i,j,k}$: Generación real horaria del Proyecto para la hora j , del día k , del mes i , expresado en KWh
- $CH_{Proyecto\ i,j,k}$: Contratación Horaria del Proyecto para la hora j , del día k , del mes i , expresado en KWh
- $PBH_{i,j,k}$: Precio de bolsa horario para la hora j , del día k , del mes i , expresado en pesos por KWh
- $VDCC_i$: Valor a Distribuir del Cargo por Confiabilidad del Proyecto publicado por el ASIC para el mes i , expresado en pesos
- OIO_i : Otros ingresos operacionales del Contratista para el mes i asociados al Proyecto, expresado en pesos
- j : Hora de un día. Va desde la hora 1 hasta la hora 24
- k : Día del mes i . Va desde el primer día del mes i hasta el último día del mes i

(ii) Posteriormente se calcularán los Ingresos Netos para la Liquidación tomando los Ingresos Brutos para la Liquidación calculados como se describe en el párrafo anterior, menos (a)

el valor a recaudar del Cargo por Confiabilidad correspondiente a la generación real del Proyecto durante el mes correspondiente multiplicado por el Costo Equivalente Real de la Energía (CERE); (b) la contribución al Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas No Interconectadas (FAZNI); (c) la contribución ambiental de la Ley 99 de 1993; (d) el costo de AGC; y (e) todas aquellas contribuciones incluidas en el precio en bolsa. Asimismo se descontarán de los Ingresos Brutos para la Liquidación los pagos por Cargos CND, ASIC y las contribuciones a la CREG y a la Superintendencia de Servicios.

Para mayor claridad, la siguiente es la formulación para el cálculo de los Ingresos Netos para la Liquidación.

$$IN_i = IB_i - [GR_{Proyecto\ i} \times (CERE_i + FAZNI_i + Ley99_i + AGC_i + OC_i)] - Contr_i$$

Donde:

- IN_i : Ingresos Netos para la Liquidación para el mes i , expresado en pesos
- $GR_{Proyecto\ i}$: Generación real del Proyecto durante el mes i , expresado en KWh
- $CERE_i$: Costo Equivalente Real de la Energía publicado por el ASIC para el mes i , expresado en pesos por KWh
- $FAZNI_i$: Contribución Fondo de Apoyo Financiero para la Energización de las Zonas No Interconectadas publicado por el ASIC para el mes i , expresado en pesos por KWh
- $LEY99_i$: Contribución ambiental de la Ley 99 de 1993 publicado por el ASIC para el mes i , expresado en pesos por KWh
- AGC_i : Costo de AGC promedio del sistema publicado por el ASIC para el mes i , expresado en pesos por KWh
- OC_i : Sumatoria de los cargos de todas aquellas contribuciones incluidas en el precio en bolsa diferentes a FAZNI, Ley 99, CERE y AGC, expresado en pesos por KWh

912.El Flujo de Caja Libre del Contratista, que en el AMB 4 del contrato BOOMT de 2 de julio de 2013, pasó a llamarse Flujo de Caja Libre del Proyecto, y que constituye

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

una de las bases a tener en cuenta en la determinación del nivel de la Remuneración a Hidroituango, tiene como una de sus bases las inversiones de capital. Así convinieron las partes su determinación:

Flujo de Caja Libre Desapalancado del Proyecto: Corresponde al EBITDA, menos: (i) las inversiones de capital (sin costos financieros); (ii) los gastos preoperativos no financieros, (iii) el cambio en capital de trabajo, (iv) el Impuesto de Renta operativo; resultante de aplicar a la utilidad operativa la Tasa Nominal de Impuesto de Renta, que incluye los beneficios de la deducción especial por inversión en activos fijos productores de renta que efectivamente logre el Proyecto modelado como si fuese una empresa independiente. Al valor final se le reflejará el impacto que en EPM genere el Impacto de la Reversión del crédito mercantil, definido en 90 Millones de Dólares Crédito Mercantil; (v) el monto de los pagos realizados por EPM por la Venta de Acciones y por otras compras efectuadas por EPM a otros Accionistas de las acciones que hayan resultado de la Escisión y que no podrá superar el valor definido en el instructivo financiero del Anexo 2.06 (ii), (vi) la Inversión Social Adicional; (vii) el monto de los pagos realizados por EPM por el usufructo de las acciones de Hidroituango, liquidados con la tasa del día de pago y (viii) otros costos razonables y necesarios para el desarrollo del Proyecto aprobado por las Partes.

913. Consta en el proceso que la etapa de construcción no ha finalizado, por tanto no se ha suscrito el "*Acta de Terminación de la Etapa de Construcción*", ni se ha verificado el cumplimiento de los requisitos exigidos para su suscripción y por tanto, no se ha iniciado la etapa de O&M, aspecto en el que coinciden las partes, con independencia de la controversia en torno a la causa y efectos de tal situación, que en este laudo se ha concluido corresponde al incumplimiento de EPM en la entrega de los Hitos 7, 8 y 9 en las fechas convenidas.

914. El acuerdo de las partes a través de cláusulas válidamente convenidas en las que incluyeron fórmulas financieras calculadas para mantener la conmutatividad del contrato, y que dispusieron que el derecho a la remuneración de Hidroituango fuera para la etapa de O&M y la correlativa obligación de EPM de pagarla en esa etapa, unido al hecho de que tal etapa no ha iniciado, impiden la prosperidad de la Pretensión Quincuagésima Novena de la demanda principal, encaminada a que se reconozca y pague el derecho a la remuneración, a pesar de que la ejecución del contrato aún se encuentra en la primera etapa, esto es en la de construcción, lo cual convierte esa pretensión en una pretensión antes de tiempo, sin que ello comporte decisión sobre la inexistencia del derecho de Hidroituango a que se le pague la remuneración en la época y condiciones convenidas en la metodología para la definición de la Remuneración —cláusula 2.04—; esta obligación será exigible cuando concurren los plazos y condiciones dispuestas por las partes para el efecto.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

915. La reclamación de pago de remuneración a pesar de que no se haya llegado a la etapa de su exigibilidad según el acuerdo de las partes, contraviene lo pactado en el contrato, que se insiste, reguló la relación negocial en términos que obliga a las partes y que deben ser acatadas por el juez quien no puede alterar su contenido y efectos.

916. No desconoce el Tribunal la demostración de la afirmación de Hidroituango en el sentido de que ha sido el incumplimiento de EPM el que ha dado lugar a que no se haya cumplido con la fecha de Entrada en Operación Comercial del Grupo 1 de Unidades, pero ello no comporta, como lo pretende, el derecho a reclamar la remuneración a pesar de que no se haya llegado a la etapa de O&M, para la cual fue prevista su exigibilidad, en los términos y condiciones estipulados por las partes para ese propósito.

917. Esto es, que el Tribunal no encuentra bases en el contrato para concluir que los perjuicios a título de lucro cesante que eventualmente puedan derivarse de la no entrada en operación de la Unidad 1 en la fecha presupuestada por las partes, correspondan al pago anticipado de la remuneración; la liquidación y el pago de dicha remuneración deberá hacerse por las partes en la época y condiciones pactadas en la cláusula 2.04. y conforme a la metodología acordada en el BOOMT.

918. Igualmente, frente a la conclusión de que la no entrada en Operación Comercial del Grupo 1 de Unidades, es imputable al incumplimiento de EPM conforme será declarado en este laudo, ésta es responsable de todos los daños y perjuicios causados a Hidroituango con ese incumplimiento.

919. En consecuencia, se accederá a la Pretensión Quincuagésima de la demanda de Hidroituango y será negada la pretensión Quincuagésima Novena de la misma demanda, al declararse probada la excepción de "*petición antes de tiempo*" formulada por la Convocada, sin que el Tribunal acepte que corresponde también a "*inexistencia del derecho a reclamar la indemnización*", en tanto el derecho a reclamar indemnización viene del incumplimiento de EPM y no de la época en la cual puede reclamarse la remuneración.

920. Comoquiera que la pretensión subsidiaria a la Quincuagésima Novena también pretende el reconocimiento del derecho a la remuneración -pretensión que será negada- y solo difiere de la principal en la ausencia de cuantificación de la pretensión, inclinándose por pedir la condena no a una suma cierta sino "*sobre el monto que arroje la remuneración, desde la fecha en que debía pagarla hasta la fecha que efectivamente realice el pago*", también se negará la subsidiaria a la Quincuagésima Novena Pretensión.

921. Dado que la prosperidad de la excepción "*petición antes de tiempo*" da al traste con la pretensión Quincuagésima Novena de la demanda principal, y sin perjuicio de

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

ser analizadas frente a otras pretensiones, el Tribunal se abstiene de estudiar en este acápite, las excepciones de: "*Hidroituango no demuestra ni demostrará haber sufrido daños o perjuicios por el supuesto incumplimiento del Contrato BOOMT*", "*Inexistencia del derecho a la remuneración aún en un escenario de Contingencia.*", "*Inexistencia de incumplimiento culpable por parte de EPM*", "*responsabilidad de Hidroituango por la realización de los riesgos asumidos, según la Matriz de Riesgos del Contrato BOOMT*"

922.Comoquiera que las pretensiones 26, 26.1, 26.2, 27, 27.1, 27.2, 28, 30, 31,32, 33 y 34 de la demanda de reconvención fueron formuladas para ser decididas bajo condición de que se accediera a la pretensión Quincuagésima Novena de la demanda principal y esta ha sido negada, el Tribunal también las negará.

923.Así mismo la pretensión Sexagésima de la demanda principal, dirigida a la condena al pago de intereses de mora sobre la suma que se reconozca a título de remuneración, se negará en tanto depende directamente de la prosperidad de la pretensión Quincuagésima Novena, que ya se definió como denegada.

924.Por otra parte, también se negará la pretensión 29 de la demanda de Reconvención en tanto fue formulada como consecencial a la prosperidad de la pretensión 28, la cual, será negada, como ya se advierte en el párrafo que antecede, por cuanto dependía de la prosperidad de las pretensiones de Hidroituango en relación con el reconocimiento de la remuneración reclamada.

1.55. Las pretensiones Cuadragésima Cuarta y Quincuagésima Primera de la demanda de Hidroituango y la pretensión 24 de la demanda de reconvención formulada por EPM

925.Estas pretensiones se centran en dos aspectos, a saber: (i) si las sumas correspondientes a los costos de Plan de Aceleración de obras, construcción del SAD y la GAD y atención de la contingencia y sus efectos, atañen al concepto de inversiones de capital y por tanto deben ser incluidas para la determinación del Flujo de Caja Libre Desapalancado del Proyecto, que a su vez constituye una de las bases para la determinación de la remuneración en favor de Hidroituango; y, (ii) la época en la cual es exigible tal remuneración.

926.Con el propósito de definir estos aspectos, además del contenido de las cláusulas contractuales que se refieren a la remuneración a que tiene derecho Hidroituango, pasa el Tribunal a analizar el contenido de los dictámenes financieros presentados por las partes, en lo pertinente.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

927. En relación con el primer tema, el Tribunal tiene en cuenta la prueba pericial que informa sobre este aspecto.

928. Para demostrar el valor reclamado por concepto de remuneración, Hidroituango presentó el dictamen financiero elaborado por CAPITAL ADVISORY PARTNERS LTDA. Tal dictamen determina conforme al análisis que hace de las cláusulas del contrato BOOMT relacionadas con este aspecto que la *"Remuneración corresponde entonces al porcentaje sobre los ingresos netos anuales del Proyecto que lleva a que el valor presente del Flujo de Caja Libre Desapalancado sea igual a cero, para lo cual se debe utilizar una tasa de descuento cuyos parámetros están claramente establecidos en el Contrato BOOMT."*

929. Sobre la forma de definición del Flujo de Caja Libre Desapalancado, incluye el siguiente cuadro¹⁹⁸:

**Cuadro No. 11 – Definición de Flujo de Caja Libre
Desapalancado según Contrato BOOMT**

(+) EBITDA
(-) Variaciones en Capital de Trabajo
(-) Inversiones de Capital en Activos
(-) Inversiones de Capital en Gastos Preoperativos
(-) Valores Efectivamente Pagados por EPM en la Adquisición de las Acciones de otros Accionistas en el Contratista
(-) Impuesto de Renta Operacional
= Flujo de Caja Libre Desapalancado

930. Precisa el dictamen, que para su elaboración *"se construyeron proyecciones para el Flujo de Caja Libre Desapalancado del Proyecto, en el que se consideró una Etapa de Construcción desde el 2011 (Fecha Efectiva) y hasta el 28 de agosto de 2019 (Fecha fijada en el Contrato para la Entrada en Operación Comercial del Grupo 1 de Unidades), y una Etapa de Operación en la que se han considerado tres períodos: (i) Período histórico que va desde la Entrada en Operación Comercial establecida para la Unidad 4 y hasta el 31 de diciembre de 2021; (ii) Período Explícito que va desde el 2022 y hasta el 2037 que el año en que se debieron cumplir los primeros 20 años de operación de la hidroeléctrica; (iii) Largo plazo, que corresponde a todos los demás años del proyecto hasta que se cumpla con el plazo de 50 años."*

198 Página 14 del dictamen

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

931.A continuación, en la construcción del Flujo de Caja Libre Desapalancado, para establecer una de las variables a tener en cuenta, "Inversiones de capital en activos", tomó la certificación de la firma auditora del contrato¹⁹⁹:

"El Contrato BOOMT establece en su cláusula 2.06 que las inversiones a ser consideradas para la determinación de la Remuneración deberán ser las que certifique la firma de Auditoría. Como se mencionó en páginas anteriores, la firma Gestión realizó una auditoría de costos para establecer el valor de las inversiones y gastos pre-operativos ejecutados en la Etapa de Construcción entre el 2010 y 2019, llegando a un monto total de COP\$9.386.44 millones.

"[...]

"Este monto total incluye los pagos iniciales efectuados por EPM a otro accionista. Al eliminar estos pagos, si tiene el valor relacionado únicamente con inversiones en activos fijos y gasto pre-operativos. Adicionalmente, para efectos del análisis que nos ocupa que es la estimación del Flujo de Caja Libre Desapalancado bajo el supuesto que se hubieran cumplido las Fechas de Entrada en Operación Comercial de las primeras 4 unidades y que por lo tanto no se hubiera presentado la Contingencia, se tomaron los valores certificados por Gestión para el período 2010-2017, es decir antes de la ocurrencia de la Contingencia. Con estas dos consideraciones, el valor de las inversiones en activos fijos y gastos preoperativos certificados por Gestión para el periodo 2010-2017 asciende entonces a COP\$6.826.908 millones."

932.Añade el dictamen, que la auditoría de costos glosó unos valores no aceptados por inversión:

"El informe de auditoría de costos de Gestión estableció glosas por COP\$804.239 millones de valores no aceptados como inversión base de Remuneración para el período 2010-2019, y que cuyo tratamiento deberá ser definido a partir del análisis de la Matriz de Riesgos definida para el Proyecto y que forma parte del Contrato, por ser conceptos que difieren de los parámetros técnicos o contractuales del BOOMT. Para el periodo 2010-2017 estas glosas ascienden a \$748.165 millones. Estas glosas corresponden en su mayoría a inversiones por aceleración y por el SAD, tal como se explicó en páginas anteriores. Eliminando estas glosas, el monto de inversiones en activos fijos y gastos pre-operativos tomados como base de la Remuneración para el período 2010-2017 es de \$6.078.743."

199 Página 23 del dictamen

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

933. Explicó, la razón por la cual en el dictamen al determinar la variable "Inversiones de capital en activos", fueron eliminadas las sumas glosadas por el auditor:

"Las glosas se han eliminado del CBR considerando que (i) son valores clasificados por el Auditor como no aceptados, por lo que no cumplen con la condición establecida en el BOOMT; (ii) se originan por diferir de los parámetros establecidos en el BOOMT; (iii) en el caso de los mayores valores por la aceleración, su inclusión en la base de remuneración tendría que implicar que para evitar una inconsistencia se tomen las fechas de entrada en operación del esquema de aceleración y no las del Contrato BOOMT que son las que legalmente deben aplicarse de acuerdo con dicho contrato.

"Para las inversiones a partir del 2018, se tomaron los valores correspondientes al presupuesto presentado por EPM para el período 2018-2022 que asciende a cop\$2,369.776 millones. De esta forma, el total de inversiones y gastos pre-operativos para el período 2010-2022 asciende a COP\$8,448,519 millones.

934. En el dictamen de contradicción presentado por EPM y elaborado por Sumatoria S.A.S., se acusa la existencia de una serie de errores en el dictamen aportado por Hidroituango, entre ellos, en relación con las sumas no tenidas en cuenta para la variable "Inversiones de capital en activos", decisión que estimó incorrecta por no haber incluido las sumas glosadas y no contenidas en la certificación del auditor:

"2. La incorrecta estimación de las inversiones de capital en activos, tanto por la no inclusión de las glosas como por la no inclusión de los imprevistos, y de las inversiones de capital en gastos preoperativos implica una reducción de USD 208 millones en el VPN del FCLD. Es decir, al corregir la estimación de las inversiones de capital en activos y en gastos preoperativos el VPN del FCLD es de USD 208 millones (frente a USD 416 millones sestiamdos por CAP). Esto conlleva eliminar el 50% de la estimación de perjuicios, lo cual, sumado al error de estimación del Promedio Ponderado del Costo de la Deuda, los reduce a COP 0 millones negativos."

935. Explica sobre los problemas que a su juicio encuentra en el dictamen presentado por la Convocante en relación con las inversiones de capital en activos:

"Luego, en lo que corresponde a las inversiones de capital en activos hay dos problemas:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

El primero, es que hay un valor de obras realizadas por EPM entre septiembre de 2010 y diciembre de 2017 que asciende a COP 748.165 millones que están glosadas, es decir, no han sido aceptadas por la Firma de Auditoría (aún se encuentran en instancias contractuales de revisión). El dictamen de CAP, por el hecho de que la Firma de Auditoría las glosó, las elimina de forma definitiva del total de las inversiones de capital en activos, lo cual, hasta tanto no se defina esta situación, no es correcto, pues estas aún cuentan con instancias de discusión y reclamación. Si el fallo definitivo acepta las glosas, esto conlleva un menor reconocimiento de las inversiones de capital en activos, lo cual se traduce en un mayor VPN del Proyecto, base para determinar el presunto daño a Hidroituango. CAP descuenta las glosas, sin argumentación alguna; las asume como un hecho cierto. Para peritos de esta naturaleza, así no opera la ley en materia contable. De hecho, la Firma de Auditoría contratada por Hidroituango establece que "... su inclusión dentro de los costos del Contrato BOOMT, será producto del acuerdo entre las partes (HI-EPM)", lo cual, a la fecha de elaboración del presente dictamen, no se ha surtido[...]"²⁰⁰

936. Dice en conclusión que:

"20. Para la estimación de las inversiones de capital en activos y en gastos preoperativos en su Anexo 2.04(i), el Contrato BOOMT define lo siguiente:

"El valor de las inversiones realizadas con anterioridad a la fecha del análisis será el certificado por la Firma de Auditoría para tal fin. Para las inversiones de capital en activos correspondiente a la construcción y montaje del Grupo 2 de Unidades a realizarse durante la Etapa de O&M se tomará el presupuesto oficial más reciente."

"1. Sin embargo, para las inversiones realizadas con anterioridad a la fecha del análisis (corresponde a una fecha determinada entre el 28 de agosto de 2019 y los 90 días posteriores, conforme a lo establecido en la cláusula 2.04 del Contrato BOOMT), CAP toma el valor certificado por la Firma de Auditoría y excluye unas glosas en discusión, las cuales, a su consideración, no deber ser incluidas para la estimación del porcentaje de Remuneración a Hidroituango. Esto, pese a que, a su vez, expone que el tratamiento de las glosas "...deberá ser definido a partir del análisis de la Matriz de Riesgos definida para el Proyecto y que forma parte del Contrato", Como bien lo señala CAP, hasta tanto el tratamiento de estas glosas se defina, lo correcto

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

*es considerarlas comparte las inversiones de capital en activos y gastos preoperativos del Proyecto, no habría justificación alguna para excluirlas.*²⁰¹

937. En síntesis, los peritos difieren sobre si algunas sumas deben ser incluidas para cuantificar las inversiones de capital en activos con el fin de determinar el Flujo de Caja Libre Desapalancado, concretamente aquellas correspondientes a las inversiones en el plan de aceleración de obras, a la construcción de la SAD y la GAD y a la atención y efectos de la Contingencia, valores que no son incluidos en el dictamen de Capital Advisory Partners Ltda. y en cambio sí se incluyen en el dictamen de Sumatoria S.A.S.

938. Conclusión que refleja el contenido del INFORME EJECUTIVO – CERTIFICACIÓN DE COSTOS Y GASTOS INCURRIDOS A 31 DE DICIEMBRE DE 2019, expedida por la Auditoría de Costos y Gastos del proyecto, en la cual se incluyó bajo el título de resumen general el cuadro que incluye los costos y gastos aceptados y los que no lo son²⁰²:

Resumen general:

Millones de pesos			
Descripción	Valor acumulado CBR a diciembre de 2019	Porcentaje	Referencia
Valores aceptados como variable IV y IX del Proyecto	362.949	4%	
Valores aceptados como inversión del Proyecto	7.382.236	79%	
Valores no aceptados	804.239	9%	a)
Inversiones contingencia "pendiente de definir responsabilidad legal" (Ver anexo)	1.196.069	13%	b)
Pagos realizados por aseguradoras	(531.607)	-6%	
Valores revisados con información parcial y/o pendientes de revisión o aclaración	33.024	0%	
Valores de atención contingencia no incluidos en el alcance del contrato de auditoría	139.533	1%	
Valor acumulado CBR a diciembre de 2019	9.386.444	100%	

939. Ya el Tribunal ha definido en este laudo, que en el proceso existe la prueba de que el Plan de Aceleración de obras obedeció a: retraso en la entrega de las vías de acceso al proyecto, atraso en la adjudicación y celebración del contrato de construcción de obras de desviación, túnel de acceso y construcción de galería superior norte al Consorcio CTIFS; situaciones de carácter geológico y geomorfológico, problemas geológicos encontrados en el portal de salida de los túneles, que incidían en el cumplimiento de las fechas inicialmente pactadas.

940. Igualmente, el Tribunal encontró probado que las partes convinieron varias modificaciones a las fechas para el cumplimiento de los Hitos, a través de varias AMB.

201 Página 23 del Dictamen de Sumatoria S.A.S.

202 Expedientes - 2020 A 0035 - Dictámenes EPM - Dictamen de contradicción a perit financiero 1 AGOS 22 - Documentos revisados

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)

941. También se ha encontrado probado en este laudo que la Junta Directiva de Hidroituango, en sesión de 28 de diciembre de 2015 —El Acta 158—, consideró y decidió sobre la solicitud de EPM de reconocimiento de costos del Plan de Aceleración, el cual fue parcialmente aprobado por Hidroituango.

942. De la misma manera el Tribunal concluyó que la construcción del SAD y de su GAD, no hizo parte del Plan de Aceleración aprobado en la referida sesión de Junta Directiva de Hidroituango, y que en cambio se trató de una obra ordenada por EPM en virtud de la autonomía de que disponía para la ejecución del proyecto, y de la ausencia de control previo por parte de Hidroituango en las decisiones que adoptara.

943. Lo cual no obsta para que también se hubiera encontrado acreditado (i) que la decisión de EPM de construir el SAD y el GAD, estuvo motivada en su entendimiento de que era necesario para evitar mayores retrasos en la ejecución de la obra, (ii) que disponía de la autonomía suficiente para ordenarla sin necesidad de autorización de Hidroituango a través de la firma de una AMB, en tanto no correspondía a una característica técnica inmodificable.

944. Así, concluye el Tribunal que en la medida en que tanto las obras comprendidas en el plan de aceleración, como aquellas de construcción del SAD y la GAD, fueron ejecutadas con la finalidad de cumplir con la construcción del proyecto, sus costos deben ser considerados en la variable Inversiones de Capital en activos, para determinar el Flujo de Caja Libre Desapalancado.

945. En cambio, en relación con la contingencia, frente la cláusula 6.01, Obligaciones de hacer del Contratista Comunes a todas las Etapas (xxxiii)²⁰³ (xlvi)²⁰⁴ (xlix)²⁰⁵, los costos para su atención y la de sus efectos, no pueden ser incluidos en la determinación del valor de las Inversiones de capital.

946. Conforme a lo expuesto, se accederá parcialmente a la pretensión Cuadragésima Cuarta, en el sentido de declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P, —EPM—, está obligada a asumir los costos, “sobrecostos”, mayores costos y gastos de toda naturaleza, incluidos los financieros por causa u ocasión del colapso en la GAD hasta su completa superación y restitución, incluyendo, y sin limitarlos, el valor de los deducibles y de las sumas no reparadas por las compañías aseguradoras conforme a las pólizas en los que es beneficiaria, y a la transacción que celebró con las mismas.

203 Reparar cualquier daño causado al Proyecto por el Personal del Contratista, los Subcontratistas o, en general, por cualquier Persona que se encuentre en el sitio o en los inmuebles del Proyecto.

204 Asumir todos los costos, gastos e indemnizaciones que correspondan por la materialización de los riesgos que bajo la matriz de riesgos que para como anexo 6.14 de este Contrato tiene bajo cargo.

205 Asumir los mayores costos del Proyecto derivados de su negligencia, imprudencia o impericia.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

947.Sin embargo, no prospera la parte de la pretensión que pretende que se declare que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P, —EPM—, está obligada a asumir los costos, “*sobrecostos*”, mayores costos y gastos de toda naturaleza, incluidos los financieros por causa u ocasión de la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación —SAD— y su Galería Auxiliar de desviación —GAD—.

948.También se accederá a la pretensión 25 de la demanda de reconversión, por cuanto la obligación cuya metodología se consagra en la cláusula 2.04, tiene como etapa de cumplimiento la de O&M.

1.56. SOBRE LA PRETENSIÓN QUINCUAGÉSIMA PRIMERA DE LA DEMANDA DE HIDROITUANGO Y 24 DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

949.Convocante y Convocada han formulado estas pretensiones dirigidas a obtener pronunciamiento referido al contenido de la cláusula 2.04 del contrato, en cuanto a la exigibilidad de la obligación de pago de la remuneración en el tiempo y términos de la definición de la remuneración.

950.En efecto, la Convocante dirige la pretensión a que se declare que la remuneración mensual tiene como “*fecha de exigibilidad del primer pago es la fecha de Entrada en Operación del Grupo I de Unidades, previo el cumplimiento de lo establecido en el Contrato para la proyección y la liquidación de la remuneración.*”

951.La cláusula 2.04. al establecer la Metodología para la definición de la Remuneración que recibirá Hidroituango preceptúa que (i) Dentro de los noventa (90) Días siguientes a la Fecha de Entrada en Operación Comercial del Grupo 1 de Unidades, por una sola vez (salvo lo establecido en el la cláusula 23 2.05(iii)), se estimará el Flujo de Caja Libre Desapalancado del Contratista y (ii) A partir de: (a) los valores resultantes del Flujo de Caja Libre Desapalancado del Contratista; y (b) el WACC, se determinará el nivel de la Remuneración a Hidroituango expresado como un porcentaje de los Ingresos Netos del Proyecto, tal que el valor presente neto del Flujo de Caja Libre Desapalancado, a la fecha de firma del Acuerdo, sea igual a cero.”

952.La cláusula establece la metodología y la actuación a seguir dentro de los 90 días siguientes a la entrada en operación comercial del Grupo 1 de Unidades, sin que comprenda la fecha a partir de la cual se pagará la remuneración.

953.Tampoco establece esa cláusula como se pretende que se declare en Pretensión 24 de la demadna de Reconversión, que HIDROITUANGO solo tiene derecho a la remuneración, siempre y cuando el Valor presente Neto del Plan de Negocios del

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Proyecto sea mayor a cero, el contenido de la cláusula no corresponde con la declaración pretendida.

954. Recuerda el Tribunal que la cláusula 2.04 incorporó la Metodología para la definición de la Remuneración que recibirá Hidroituango y dispuso al respecto:

(i) Dentro de los noventa (90) Días siguientes a la Fecha de Entrada en Operación Comercial del Grupo 1 de Unidades, por una sola vez (salvo lo establecido en el la cláusula 23 2.05(iii)), se estimará el Flujo de Caja Libre Desapalancado del Contratista a partir de la fecha de suscripción del Acuerdo y hasta cincuenta (50) años contados a partir de la Fecha Efectiva con base en: (a) La metodología de proyección del plan de negocio establecida en el Anexo 2.04(i) del presente Contrato; y (b) lo sucedido realmente durante la construcción en términos de las Variables Etapa de Construcción; y (ii) A partir de: (a) los valores resultantes del Flujo de Caja Libre Desapalancado del Contratista; y (b) el WACC, se determinará el nivel de la Remuneración a Hidroituango expresado como un porcentaje de los Ingresos Netos del Proyecto, tal que el valor presente neto del Flujo de Caja Libre Desapalancado, a la fecha de firma del Acuerdo, sea igual a cero."

955. Conforme al análisis que antecede y bajo el entendimiento que se precisa, el Tribunal negará las pretensiones Quincuagésima Primera de la demanda de Hidroituango y 24 de la demanda de reconvención, sin que ante tal negativa haya lugar a pronunciamiento sobre la excepción "HI tiene derecho a la remuneración y EPM está obligada a pagarla a partir de la "Fecha de Entrada en Operación Comercial", propuesta por HI.

1.57. La pretensión Quincuagésima Octava

956. Dentro del grupo de Pretensiones condenatorias, Hidroituango solicitó que se condene a pagar todos los daños y perjuicios que se determinen y acrediten durante el proceso por razón del incumplimiento.

957. De manera concreta las pretensiones por perjuicios se refieren al lucro cesante, que según la demanda corresponde al derecho a la remuneración reclamado, pretensiones que como se acaba de analizar, será negada.

958. No se refirió la demanda de manera específica a otros perjuicios, ni fueron demostrados en el proceso, por tanto, esa pretensión será negada.

1.58. Las pretensiones 19 y 20 de la demanda de Reconvención

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

959.EPM pide que se declare que Hidroituango ha desconocido el principio de Buena Fe en cuanto ha incidido de manera indebida en el trabajo a cargo del auditor de costos y que en consecuencia de la prosperidad de esa pretensión, se disponga no tener en cuenta la certificación parcial o provisional que llegue a expedir el auditor con el propósito de certificar las "*Variables Etapas de Construcción*":

19. *Que se declare que HIDROITUANGO ha incumplido las Cláusulas 1.02 y 2.06 del Contrato BOOMT, al haber desconocido el principio de la buena fe, en cuanto ha incidido de manera indebida en el trabajo a cargo del Auditor de Costos.*

20. *Que, como consecuencia de la pretensión 19, el Tribunal disponga que, para los efectos del cálculo de la remuneración, no se tenga en cuenta o se excluya, la certificación parcial y provisional expedida por el Auditor de Costos o cualquier otra que llegue a expedir con el propósito de certificar las "Variables Etapas de Construcción".*

960.Afirma la Convocada en sustento de estas pretensiones, que la auditoría "con base en algunos lineamientos de HIDROITUANGO, glosó valores invertidos por EPM durante la ejecución del Contrato BOOMT, antes y después de la Contingencia, lo que ha implicado que las partes controviertan la inclusión de los valores glosados como auténticas inversiones y gastos preoperativos para la base del cálculo de la remuneración"; que la Auditoría "*actuó bajo los lineamientos de HIDROITUANGO, que la contrató. HIDROITUANGO, en algunos casos, antes de ocurrida la Contingencia, instruyó al Auditor sobre glosas que debe levantar, los valores que debía mantener glosados, y lo que podía certificar y reconocer a EPM.*"

961.Hidroituango por su parte, en contra de lo afirmado por EPM indica que "*Las firmas de auditoría han actuado conforme a la naturaleza de su labor, sin que pueda entenderse que las observaciones, solicitudes de precisión, aclaración, etc, hayan constreñido su tarea o afectado su independencia*".

962.Destacó que en las comunicaciones citadas por EPM, constan los análisis de Hidroituango sobre las glosas lo cual "*[...]se enmarca dentro de los mecanismos de supervisión o interventoría, matriz de riesgos, criterios de razonabilidad, consistencia, soporte, causalidad, funciones del comité de seguimiento, y, siempre, bajo la premisa de que se estudien con EPM y previo estudio de las aclaraciones y explicaciones que piden o pidieron las partes, para que en cada caso, la auditoría adopte la decisión que considere pertinente*"

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

963. En conclusión, señaló que *“las comunicaciones efectuadas por HIDROITUANGO, se hicieron en el marco de la interventoría o como parte contractual. Pretender que la “última palabra”, la tiene Hidroituango no pasa de ser una exageración.”*

964. El Tribunal tiene en cuenta para resolver esta pretensión, que conforme al contrato BOOMT, la Firma de Auditoría debe ser *“[...]de reconocido prestigio internacional, independiente, que tenga experiencia en auditoría de proyectos de infraestructura y que contratará Hidroituango para que certifique los términos y/o valores de las Variables Etapa de Construcción efectivamente alcanzados por el Proyecto una vez finalizada la Etapa de Construcción.”²⁰⁶*

965. Según el contrato 2011013 de 16 de junio de 2011, celebrado entre Hidroituango y la firma Gestión & Auditoría Especializada Ltda, el alcance del referido contrato es certificar sobre varios términos y/o valores de las Variables Etapa de Construcción. Sobre la forma como se debe cumplir el contrato, se previó:

“Para efectos de llevar a cabo su labor, conocer y certificar lo realmente sucedido durante la construcción, el auditor podrá examinar, verificar y comprobar la información que requiera del proyecto, de Hidroituango y de EPM Ituango. Adicionalmente, podrá revisar la información proveniente de las asesorías, interventorías y contratistas que utilice EPM ITUANGO durante el desarrollo del proyecto.”

966. El auditor además se comprometió a presentar a Hidroituango cada trimestre, un informe de avance de las variables de la Etapa de Construcción, del periodo auditado y con el avance acumulado a la fecha del proyecto de acuerdo con las actividades relacionadas con el objeto y alcance del contrato.

967. La documentación allegada por EPM da cuenta de la existencia de unas comunicaciones dirigidas por Hidroituango a la Auditoría, a través de las cuales: le pide que incluya como inversión del proyecto una obras ejecutadas y facturadas que no habían sido incluidas por la auditoría. Hidroituango indica que como quiera que eran procedentes y necesarias para la correcta ejecución le proyecto, deben ser incluidas²⁰⁷; pide que en el informe del tercer trimestre de 2014, se incluya explicación sobre la diferencia que hay entre dos informes anteriores y hace otras precisiones sobre algunos rubros incluidas²⁰⁸; relaciona cuales son las obras facturadas que son procedentes y necesarias para la correcta ejecución del Proyecto, frente al Informe del primer trimestre 2014; señala cuales glosas deben ser levantadas para incluirlas como parte de las inversiones del proyecto, así como las glosas que continúan

206 Cláusula 1.02

207 Comunicación de 20 de agosto de 2013

208 Comunicación de 28 de mayo de 2014

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

vigentes. Pone de presente que los soportes y análisis detallados de cada una de las glosas serán enviados oportunamente a EPM, con los criterios, cálculos y resultados que soportan las consideraciones de HI²⁰⁹; se refiere de manera detallada a la revisión de glosas de obras civiles a diciembre 31 de 2014²¹⁰; responde solicitud de la auditoría, respecto del entendimiento de las obligaciones del Auditor de costos y el alcance sobre cada una de las variables de la etapa de construcción que deben ser calificadas. Para el efecto destaca la modificación No. 2 al contrato de Auditoría²¹¹.

968.El contenido de las comunicaciones referidas, no revela concepto, afirmación o constreñimiento alguno al auditor para que incluya o no algunas sumas dentro de la inversión. Hay glosas, cuestionamientos a las sumas incluidas, manifestaciones de no aceptación, o aceptación de algunas inversiones como necesarias para el proyecto, pero tal actuación no se enmarca en una conducta que pueda considerarse como indebido direccionamiento a los informes del auditor.

969.Algunos declarantes que se refirieron al auditor, en cambio reconocen que actuaba autónomamente y lo cuestionan por motivos diferentes, como su decisión de no incluir las sumas invertidas en obras que estaban por fuera del diseño original. Así lo declaran, entre otros, los señores Mauricio Alberto Retrepo²¹² y Luis Javier Vélez Duque²¹³.

970.También la declarante María Isabel Vanegas, puso de presente el relacionamiento entre el auditor y las partes del contrato BOOMT, en relación con la auditoría. Explicó que era muy normal que el auditor dijera “*esto va*” e Hidroituango no estuviera de acuerdo y dijera que eso no eran costos del proyecto y EPM dijera que no estaba de acuerdo. Hizo especial énfasis esta testigo, en la mención a la resistencia del auditor en auditar los costos de la GAD con el argumento de que la obra no estaba dentro de los parámetros técnicos del contrato.²¹⁴

971.Lo demostrado en relación con la conducta del auditor, no confirma la acusación de EPM en el sentido de que Hidroituango ha incidido de manera indebida en su trabajo y por tanto actuó de mala fe. No hay prueba que acredite el supuesto de hecho en el cual descansa la acusación de actuación de mala fe de Hidroituango en punto a su relación con el auditor, esto es, no se vislumbra un comportamiento alejado de la rectitud y honradez que debe observarse en la ejecución del contrato.

209 Comunicación 2 de octubre de 2015

210 Comunicación de 3 de noviembre de 2015

211 Comunicación de 19 de diciembre de 2017

212 En su testimonio del 3 de marzo de 2023

213 Declaración de 13 de abril de 2023

214 Declaración de 3 de marzo de 2023

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

972.Las reclamaciones que hizo Hidroituango a través de las comunicaciones relacionadas hacen parte del normal decurso de la ejecución de los contratos BOOMT y de auditoría. No había obligación para Hidroituango de abstenerse de reclamarle al auditor en relación con los valores que incluía en sus informes y tales reclamaciones no constituyen actuación indebida y mucho menos desapegada del principio de buena fe contractual. Incluso en alguna de las comunicaciones mencionadas anunció que llevaría todos los sustentos de las glosas a EPM.

973.De acuerdo con el análisis que antecede, el Tribunal negará la pretensión 19 y su consecencial 20 de la demanda de reconvención.

**1.59. Excepción de violación del principio de buena fe por parte de
HIDROITUANGO. Desconocimiento de los actos propios y deber
de colaboración en la ejecución del Contrato BOOMT**

974.Procede el Tribunal a pronunciarse respecto de la excepción denominada “Excepción de violación del principio de buena fe por parte de HIDROITUANGO. Desconocimiento de los actos propios y deber de colaboración en la ejecución del Contrato BOOMT”.

975.Considera EPM que HI ha incumplido el Contrato BOOMT al violar el principio de la buena fe, por desconocer los actos propios y los deberes de colaboración en la ejecución del Contrato BOOMT.

976.La buena fe es un estándar de conducta en el que se debe esperar probidad, lealtad, honorabilidad, corrección, sinceridad, fiabilidad, transparencia, decencia y diligencias desprovista de incoherencia o sorpresa y rige la celebración y ejecución de todo el contrato.

977.Como lo indica la Corte Suprema de Justicia, la buena fe es un “[...]principio vertebral de la convivencia social, como de cualquier sistema jurídico, en general, lo constituye la buena fe, con sujeción a la cual deben actuar las personas –sin distingo alguno- en el ámbito de las relaciones jurídicas e interpersonales en las que participan, bien a través del cumplimiento de deberes de índole positiva que se traducen en una determinada actuación, bien mediante la observancia de una conducta de carácter negativo (típica abstención), entre otras formas de manifestación. Este adamantino axioma, insuflado al ordenamiento jurídico –constitucional y legal- y, en concreto, engastado en un apreciable número de instituciones, grosso modo, presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces. Identifícase entonces, en sentido muy lato, la bona fides con la confianza, la legítima creencia, la honestidad, la lealtad, la corrección y,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

especialmente, en las esferas prenegocial y negocial, con el vocablo 'fe', puesto que 'fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que esta no lo engañará'²¹⁵

978.Por su parte, se ha entendido el principio "*venire contra factum proprium*" como aquella conducta de una parte que genera confianza de que ese comportamiento se mantendrá y en una actuación posterior, contrariando sus propios actos, actúa de manera distinta a ese comportamiento inicial.

979.El deber de colaboración es un deber de corrección que tiene cabida desde la etapa previa a la formación del contrato hasta su extinción, que de manera general, es un deber secundario que se enfoca en una colaboración de las partes para lograr el cometido del negocio y se traduce, entre otros, en deberes de información, coherencia, lealtad y reserva.

980.En el presente caso, el Tribunal no encuentra que Hidroituango haya quebrantado el principio de buena fe por haber desconocido los actos propios, cuando reconoció que el SAD es un parámetro técnico del proyecto y autorizó la auditoria de sus costos y luego, activó el cobro de las cláusulas penales de apremio y convocó a este Tribunal Arbitral para reclamar dichas cláusulas.

981.En efecto, ante las disputas presentadas por las partes en relación con la ejecución del contrato BOOMT, Hidroituango en ejercicio legítimo de sus derechos, convocó a este trámite arbitral, donde se debatió lo referente a las Cláusulas Penales de Apremio, lo cual no constituye una actuación contra sus propios actos, sino por el contrario, una conducta coherente con su conducta inicial y cobijada por las reglas del Contrato.

982.Tampoco encuentra el Tribunal que Hidroituango haya faltado al deber de colaboración en la ejecución del contrato BOOMT al haber iniciado un procedimiento para la imposición de las Cláusulas Penales de Apremio, hasta llegar a un proceso ejecutivo, acciones todas estas promovidas "*sin que exista un incumplimiento imputable a EPM*"; pues como ya se mencionó, Hidroituango ejerció o intento ejercer los derechos que consideraban que le correspondían y por otra parte, como quedó probado en este trámite, existió un incumplimiento de EPM a lo pactado en el contrato BOOMT.

983.Por las razones expuestas, la excepción formulada no está llamada a prosperar.

²¹⁵ Sentencia del 2 de agosto de 2001.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

1.60. Las pretensiones 21 y 22 de la demanda de Reconvención

984. En la pretensión 21 de la demanda de reconvención, EPM pide que se “declare que la interpretación y aplicación de la Cláusula 2.04 del Contrato BOOMT, relativa a la ‘Metodología para la definición de la Remuneración que recibirá Hidroituango’, está sujeta a la Cláusula 9.05 ‘Esfuerzo conjunto’, según la cual ‘Este Contrato no debe ser interpretado más severamente en contra de alguna de sus partes’”.

985. Conforme se ha precisado respecto del alcance de la cláusula 9.05 del Contrato, se trata de una estipulación que consagra un principio de interpretación del negocio jurídico y en ese contexto, debe observarse en relación con el texto contractual en su integridad.

986. Por consiguiente, la interpretación de la cláusula 2.04 que contempla la metodología para la definición de la remuneración debe hacerse a la luz del principio hermenéutico acordado por las partes de *esfuerzo conjunto* y, en consecuencia, se declarará que prospera la pretensión 21 de la demanda de reconvención.

987. Respecto de la pretensión 22 de la demanda de reconvención, no será acogida por las siguientes consideraciones:

988. El examen de la postura de EPM a partir del estudio sistemático de los escritos presentados por dicha parte en el proceso permite concluir que la pretensión 22 está planteada para contrarrestar las pretensiones de la Convocante encaminadas a obtener el pago de la remuneración.

989. Esta conclusión se concreta en la siguiente manifestación que expresa la Convocada en sus alegaciones finales:

*"Resultaría injusto que el Tribunal se inclinara por reconocer en favor de Hidroituango una remuneración que todavía no se merece y que no está acreditada, sin, además, incluir absolutamente todas las inversiones, costos y gastos que ha hecho EPM en virtud del Contrato BOOMT, incluidos los costos de la contingencia. Esto violaría la cláusula de "Esfuerzo Conjunto" y resultaría en un caso de grave desequilibrio económico y financiero del contrato."*²¹⁶

216 Pág. 71 de los alegatos de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. – EPM.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

990. Por consiguiente, la postura de la convocada en este frente se traduce en que de acogerse las pretensiones de la convocante y acceder a la remuneración que reclama, ello implicaría un desconocimiento de la cláusula 9.05 de *esfuerzo conjunto*.

991. En esa perspectiva, en tanto las pretensiones mediante las cuales la convocante pide el pago de la remuneración no se abren paso, por lógica la pretensión 22 no resulta fundada y por tanto no se accederá a ella.

992. En adición, abstracción hecha del propósito de la convocada al proponer esta pretensión, tampoco se ha acreditado en el expediente que Hidroituango haya interpretado "severamente y contra de EPM la cláusula 2.04".

993. Si bien el laudo no acoge las pretensiones de Hidroituango relacionadas con la remuneración que reclama en el proceso, la postura de la Convocante no obedece a una interpretación severa, ni tampoco desconoce el principio de esfuerzo conjunto convenido en la cláusula 9.05.

994. La pretensión 22 de la convocada no será acogida por las consideraciones que se exponen en esta providencia, entre las cuales no se encuentra que se haya hecho una interpretación severa y contraria al principio hermenéutico contenido en la cláusula 9.05. La aspiración general de la convocante al pago de la remuneración es el ejercicio de un derecho que surge del negocio jurídico, que naturalmente debe ejercerse respecto del deudor, esto es EPM, lo cual no constituye interpretación severa o contraria a EPM ni tampoco incumplimiento de la citada cláusula 9.05

995. Por las consideraciones expuestas, prospera la pretensión 21 y se niega la pretensión 22 de la demanda de reconvención.

1.61. La sexagésima séptima pretensión de la demanda

996. La convocante solicita:

"Sexagésima Séptima Pretensión: Condenar a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. –EPM- a pagar a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO S.A. E.S.P-. los intereses moratorios que se causen en relación con las condenas impuestas a su cargo, en el Laudo que ponga fin al presente proceso arbitral, a la máxima tasa legalmente permitida, desde la fecha de su ejecutoria y hasta su pago efectivo."

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

997. Se accederá a la pretensión en tanto el laudo dispone condenas que deberán ser pagadas por la convocada a la ejecutoria de esta providencia.

998. Por consiguiente, se condenará al pago de los intereses moratorios respecto de los montos correspondientes a las condenas que se decretan en el laudo, en los términos de la ley.

1.62. La sexagésima octava pretensión

999. Hidroituango solicita:

"Sexagésima Octava Pretensión: *Declarar, de conformidad con las disposiciones legales que lo resuelto en el laudo arbitral se limita a las precisas controversias planteadas por partes en este proceso, sin excluir su derecho para formular las reclamaciones, ejercer las acciones y presentar demandas pertinentes sobre otros aspectos contractuales del Contrato BOOMT y sus Actas de Modificación Bilateral -AMB-, verbi gratia, incumplimientos, responsabilidad, negociación y pago de predios, construcción o valor de obras, construcción de vías, incumplimientos, diferentes a los decididos en el laudo."*

1000. Si bien la pretensión contiene una declaración de carácter general relacionada con el contenido mismo de esta providencia y su extensión limitada a las controversias planteadas en este proceso, también busca un pronunciamiento respecto al derecho de las partes a "formular las reclamaciones, ejercer las acciones y presentar demandas pertinentes" sobre aspectos contractuales diferentes.

1001. En ese entendimiento, no se accederá a la pretensión en la medida en que aspira que se disponga respecto los derechos de las partes en relación con eventuales controversias y aspectos contractuales que pudieran llegar a ocurrir que, por supuesto, son ajenos a este trámite y sobre los cuales no hay lugar a emitir pronunciamiento. Conforme a la regla legal, lo resuelto en esta providencia, al igual que las sentencias "no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas" (art. 17 del Código Civil).

1002. En la medida en que el laudo no puede extenderse a asuntos diferentes a los que fueron sometidos a decisión por las partes, ni al ejercicio futuro de eventuales derechos que tengan las partes, no se accederá a la pretensión sexagésima octava.

1.63. La pretensión Subsidiaria a la Sexagésima Octava Pretensión

1003. Como quiera que desestima la pretensión sexagésima octava, corresponde resolver la subsidiaria, que establece lo siguiente:

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

"Subsidiaria a la Sexagésima Octava Pretensión: *Que se declare que los efectos de cosa juzgada que se deriven del laudo con el cual se ponga fin al proceso, únicamente serán predicables de las precisas controversias o disputas conocidas y decididas en este proceso, sin extenderse a otra u otras".*

1004.De conformidad con el artículo 280 del Código General del Proceso, el laudo debe contener, en esencia, decisión expresa sobre cada una de las pretensiones de la demanda, de la demanda de reconvenición y de las excepciones propuestas por las partes, cuando proceda resolver sobre ellas.

1005.Por su parte, el artículo 303 *ibidem* dispone que "[L]a sentencia ejecutoriada proferido en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada ..." en los términos y condiciones consagrados en la misma disposición.

1006.En el contexto legal acotado por los principios que se invocan, se accederá a declarar que los efectos de cosa juzgada inherentes a esta providencia operan en los términos y condiciones dispuestos en la ley, circunstancia que, por cierto, reconoce la convocada al pronunciarse sobre estas pretensiones.

1007.Por consiguiente, se declarará que prospera la pretensión Subsidiaria a la Sexagésima Octava Pretensión, con el alcance señalado.

1.64. La Sexagésima Novena Pretensión

1008.Hi pretende lo siguiente:

"Sexagésima Novena Pretensión: *Que se ordene a **EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P.** – dar cumplimiento al laudo arbitral que ponga fin al proceso de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437."*

1009.En la medida en que la pretensión invoca la aplicación del trámite legal para el pago de condenas que consagra el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, y la condena es en contra de una entidad pública, se accederá a disponer la aplicación del art. 195 del CPACA, en lo que resulte pertinente.

La liquidación de la condena por concepto de cláusula Penal de Apremio

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

DESDE	HASTA	SMMLV	MULTIPLIO	SMML	MULTA DIARIA	DIAS	MULTA MENSUAL
2/07/18	1/08/18	781.242	1,0	150	117.186.300	31	3.632.775.300
2/08/18	1/09/18	781.242	1,0	150	117.186.300	31	3.632.775.300
2/09/18	1/10/18	781.242	1,0	150	117.186.300	30	3.515.589.000
2/10/18	1/11/18	781.242	1,5	150	175.779.450	31	5.449.162.950
2/11/18	1/12/18	781.242	1,5	150	175.779.450	30	5.273.383.500
2/12/18	1/01/19	781.242	1,5	150	175.779.450	31	5.459.709.600
2/01/19	1/02/19	828.116	2,0	150	248.434.800	31	7.701.478.800
2/02/19	1/03/19	828.116	2,0	150	248.434.800	28	6.956.174.400
2/03/19	1/04/19	828.116	2,0	150	248.434.800	31	7.701.478.800
2/04/19	1/05/19	828.116	2,5	150	310.543.500	30	9.316.305.000
2/05/19	1/06/19	828.116	2,5	150	310.543.500	31	9.626.848.500
2/06/19	1/07/19	828.116	2,5	150	310.543.500	30	9.316.305.000
2/07/19	1/08/19	828.116	3,0	150	372.652.200	31	11.552.218.200
2/08/19	1/09/19	828.116	3,0	150	372.652.200	31	11.552.218.200
2/09/19	1/10/19	828.116	3,0	150	372.652.200	30	11.179.566.000
2/10/19	1/11/19	828.116	3,0	150	372.652.200	31	11.552.218.200
2/11/19	1/12/19	828.116	3,0	150	372.652.200	30	11.179.566.000
2/12/19	1/01/20	828.116	3,0	150	372.652.200	31	11.574.577.350
2/01/20	1/02/20	877.803	3,0	150	395.011.350	31	12.245.351.850
2/02/20	1/03/20	877.803	3,0	150	395.011.350	29	11.455.329.150
2/03/20	1/04/20	877.803	3,0	150	395.011.350	31	12.245.351.850
2/04/20	1/05/20	877.803	3,0	150	395.011.350	30	11.850.340.500
2/05/20	1/06/20	877.803	3,0	150	395.011.350	31	12.245.351.850
2/06/20	1/07/20	877.803	3,0	150	395.011.350	30	11.850.340.500
2/07/20	1/08/20	877.803	3,0	150	395.011.350	31	12.245.351.850
2/08/20	1/09/20	877.803	3,0	150	395.011.350	31	12.245.351.850
2/09/20	1/10/20	877.803	3,0	150	395.011.350	30	11.850.340.500
2/10/20	1/11/20	877.803	3,0	150	395.011.350	31	12.245.351.850
2/11/20	1/12/20	877.803	3,0	150	395.011.350	30	11.850.340.500
2/12/20	1/01/21	877.803	3,0	150	395.011.350	31	12.259.177.200
2/01/21	1/02/21	908.526	3,0	150	408.836.700	31	12.673.937.700
2/02/21	1/03/21	908.526	3,0	150	408.836.700	28	11.447.427.600
2/03/21	1/04/21	908.526	3,0	150	408.836.700	31	12.673.937.700
2/04/21	1/05/21	908.526	3,0	150	408.836.700	30	12.265.101.000
2/05/21	1/06/21	908.526	3,0	150	408.836.700	31	12.673.937.700
2/06/21	1/07/21	908.526	3,0	150	408.836.700	30	12.265.101.000
2/07/21	1/08/21	908.526	3,0	150	408.836.700	31	12.673.937.700
2/08/21	1/09/21	908.526	3,0	150	408.836.700	31	12.673.937.700
2/09/21	1/10/21	908.526	3,0	150	408.836.700	30	12.265.101.000
2/10/21	1/11/21	908.526	3,0	150	408.836.700	31	12.673.937.700
2/11/21	1/12/21	908.526	3,0	150	408.836.700	30	12.265.101.000
2/12/21	1/01/22	908.526	3,0	150	408.836.700	31	12.715.101.000
2/01/22	1/02/22	1.000.000	3,0	150	450.000.000	31	13.950.000.000
2/02/22	1/03/22	1.000.000	3,0	150	450.000.000	28	12.600.000.000
2/03/22	1/04/22	1.000.000	3,0	150	450.000.000	31	13.950.000.000
2/04/22	1/05/22	1.000.000	3,0	150	450.000.000	30	13.500.000.000
2/05/22	1/06/22	1.000.000	3,0	150	450.000.000	31	13.950.000.000
2/06/22	1/07/22	1.000.000	3,0	150	450.000.000	30	13.500.000.000
2/07/22	1/08/22	1.000.000	3,0	150	450.000.000	31	13.950.000.000
2/08/22	1/09/22	1.000.000	3,0	150	450.000.000	31	13.950.000.000
2/09/22	1/10/22	1.000.000	3,0	150	450.000.000	30	13.500.000.000
2/10/22	1/11/22	1.000.000	3,0	150	450.000.000	31	13.950.000.000
2/11/22	1/12/22	1.000.000	3,0	150	450.000.000	30	13.500.000.000
2/12/22	1/01/23	1.000.000	3,0	150	450.000.000	31	14.022.000.000
2/01/23	1/02/23	1.160.000	3,0	150	522.000.000	31	16.182.000.000
2/02/23	1/03/23	1.160.000	3,0	150	522.000.000	28	14.616.000.000
2/03/23	1/04/23	1.160.000	3,0	150	522.000.000	31	16.182.000.000
2/04/23	1/05/23	1.160.000	3,0	150	522.000.000	30	15.660.000.000
2/05/23	1/06/23	1.160.000	3,0	150	522.000.000	31	16.182.000.000
2/06/23	1/07/23	1.160.000	3,0	150	522.000.000	30	15.660.000.000
2/07/23	1/08/23	1.160.000	3,0	150	522.000.000	31	16.182.000.000
2/08/23	1/09/23	1.160.000	3,0	150	522.000.000	31	16.182.000.000
2/09/23	1/10/23	1.160.000	3,0	150	522.000.000	30	15.660.000.000
2/10/23	1/11/23	1.160.000	3,0	150	522.000.000	31	16.182.000.000
2/11/23	1/12/23	1.160.000	3,0	150	522.000.000	30	15.660.000.000
2/12/23	7/12/23	1.160.000	3,0	150	522.000.000	6	3.132.000.000
TOTAL							781.828.888.350

1.65. Calificación de la conducta de las partes

1010.40. El artículo 280 del Código General del Proceso, establece que "El juez siempre deberá calificar la conducta procesal de las partes y, de ser el caso, deducir indicios de ellas"

1011. En los alegatos de conclusión, la Convocante solicitó "valorar el grosero incumplimiento de EPM a la orden impartida de aportar y exhibir los documentos en su poder, los que fue aportando a su conveniencia en forma progresiva, y no aportó

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

ni exhibió en su totalidad, sin que el acceso a sus sistemas informáticos colme su rebeldía injustificada, porque el sistema muestra exclusivamente lo que el programador decida mostrar. Múltiples documentos e información que no aportó, fueron aportados el Consorcio Constructor, el Consorcio Interventor, la Contraloría General de la República y. en los anexos de Iso conceptos expertos y dictámenes periciales.”

1012.Lo sucedido con el recaudo de la prueba documental que por petición de la Convocante debía ser suministrada por EPM, dada la afirmación de la primera en el sentido de que se encontraba en su poder, no puede calificarse como “*grosero incumplimiento de EPM a la orden impartida de aportar y exhibir los documentos en su poder*”. El Tribunal encuentra que EPM atendió los requerimientos que se le hicieron en primer lugar para el recaudo de los documentos en los términos del artículo 90 del Código General del Proceso y que si bien en varias oportunidades solicitó ampliación de plazo para el efecto, ello no comporta automáticamente un inidicio de conducta temeraria ni evasiva de la orden dada por el Tribunal²¹⁷.

1013.En cada ampliación de plazo EPM presentó nueva documentación, aclaró la entrega que había hecho y se allanó a traer aquella en la cual insistió el señor apoderado de la Convocante, actuación que el Tribunal encuentra justificada en la magnitud de la documentación solicitada.

1014.Luego, y ante el reclamo de la Convocante en el sentido de que EPM no había aportado toda la documentación que se le requería, el Tribunal dispuso la exhibición de documentos, diligencia en la cual EPM presentó un importante acervo documental, sin que pueda afirmarse que dejó de presentar documentos que estaban en su poder. Además, explicó la dificultad para la localización de la documentación requerida, explicación que el Tribunal encuentra aceptable, en cuanto pudo constatar la gran cantidad de documentos solicitados y el extenso periodo del cual provenían.

1015.Por tanto, en la valoración de la conducta de EPM en relación con la presentación de documentos, el Tribunal no encuentra motivo de reproche.

1016.Por otra parte, y para los fines del artículo 280 del C. General del Proceso citado, el Tribunal advierte que a lo largo del presente trámite las partes y sus respectivos apoderados obraron con apego a la buena conducta procesal, motivo por el cual no tiene cabida la deducción de indicios en contra de ninguna de ellas.

1.66. SOBRE EL JURAMENTO ESTIMATORIO

²¹⁷ Plazos concedidos en autos: 14 de 18 de febrero de 2022, 28 de 4 de noviembre de 2022, 33 de 9 de diciembre de 2022.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

1017.El artículo 206 del Código General del Proceso dispone que quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras deberá estimarlo en forma razonada, bajo juramento, en la demanda y deberá discriminar cada uno de los conceptos que reclama. Dicho juramento hará prueba del monto de los perjuicios mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo.

1018.Las consecuencias que se derivan por la estimación excesiva de los perjuicios se consagran en el artículo 206 del Código General del Proceso, modificado por la Ley 1743 de 2014.

1019.Igualmente, la disposición consagra una sanción para el demandante, ya no en los casos en que exista una notable asimetría entre lo estimado en el juramento y lo probado en el proceso, sino para las hipótesis en que las súplicas de la demanda sean denegadas por ausencia de prueba del perjuicio reclamado, es decir, cuando no se concede lo pedido por no haberse demostrado la existencia del daño cuya indemnización se reclama, siempre que la aludida falta de demostración obedezca al actuar negligente o temerario de la parte.

1020.En relación con la aplicación de las consecuencias sancionatorias previstas en la norma transcrita, la jurisprudencia ha precisado que ellas no operan ni pueden imponerse de manera indefectible y sin tener en consideración las actuaciones procesales de cada caso. En otras palabras, no basta una simple constatación de la diferencia aritmética entre lo estimado y la condena que se imponga, en tanto las referidas penalidades tipificadas en la ley tienen como objeto sancionar conductas temerarias, descuidadas y reprochables de quien formule pretensiones indemnizatorias exageradas y desprovistas de los estudios, análisis y razonamientos que deben justificar esa clase de súplicas.

1021.Así lo señaló la Corte Constitucional, en la sentencia C-279 de 2013, en la cual se indicó que “Esta sanción tiene finalidades legítimas, tales como preservar la lealtad procesal de las partes y condenar la realización de demandas ‘temerarias’ y ‘fabulosas’ en el sistema procesal colombiano”, lo cual implica, como es elemental, el análisis de la conducta desplegada por el demandante y no simplemente la imposición casi inmediata de la sanción cuando quiera que lo probado en el proceso resulte ser inferior a lo estimado, en la proporción indicada en la norma”.

1022. En igual sentido, la sentencia C-157 de 2013, en la que al analizarse la constitucionalidad de la sanción prevista en el párrafo de la disposición, consideró que “si la carga de la prueba no se satisface pese al obrar diligente y esmerado de la parte sobre la cual recae, valga decir, por circunstancias o razones ajenas a su voluntad y que no dependen de ella, como puede ser la ocurrencia de alguna de las contingencias a las que están sometidos los medios de prueba”, no puede operar la

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

sanción en comento, habida cuenta que en esa medida ella vulneraría “el principio de buena fe y los derechos a acceder a la administración de justicia y a un debido proceso, pues castiga a una persona por un resultado en cuya causación no media culpa alguna de su parte.”

1023.El Tribunal teniendo en cuenta que las partes, t Convocante y Convocada obraron con diligencia y razonabilidad a la hora de realizar el juramento estimatorio que se indicó en la demanda principal reformada y en la demanda de reconvención reformada, sin asomo alguno de mala fe y/o temeridad, dispone que no hay lugar a la imposición de sanción alguna y así lo declarará en la parte resolutive de este laudo.

1.67. COSTAS

1024.Las costas están constituidas tanto por las expensas, esto es, por los gastos judiciales en que incurren las partes por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como “*la compensación por los gastos de apoderamiento en que incurrió la parte vencedora*”.²¹⁸

1025.Las disposiciones contenidas en la Ley 1563 de 2012 no regulan de manera expresa los criterios y parámetros para la condena en costas. En opinión del Tribunal, resulta procedentes aplicar el artículo 1º de la Ley 1564 de 2012, es decir, el Código General del Proceso²¹⁹. También hay que indicar que en los procesos contenciosos administrativos existe norma especial en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011²²⁰; que remite a lo previsto en el Código General del Proceso.

1026.La jurisprudencia del Consejo de Estado²²¹, ha indicado que la condena en costas y agencias en derecho en materia arbitral se debe efectuar con base en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.

1027.Respecto de los honorarios de los árbitros y del secretario del tribunal, así como los gastos del trámite arbitral, estos se encuentran regulados en los artículos 25 a 28 de la Ley 1563 de 2012; por su lado, en el Decreto 1829 de 2013, cuyas disposiciones se encuentran contenidas en el Decreto 1069 de 2015 y decreto 1885 de 2021, se

218 Corte Constitucional, Sentencia C-089 de 2002.

219 “Artículo 1o. Objeto. Este código regula la actividad procesal en los asuntos civiles, comerciales, de familia y agrarios. Se aplica, además, a todos los asuntos de cualquier jurisdicción o especialidad y a las actuaciones de particulares y autoridades administrativas, cuando ejerzan funciones jurisdiccionales, en cuanto no estén regulados expresamente en otras leyes”.

220 “Artículo 188. Condena en costas. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil. [Código General del Proceso]

En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal. [Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021].”

221 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de noviembre de 2017, Exp. 58875(A).

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

reglamenta todo lo relacionado con los honorarios de los árbitros y del secretario, así como los gastos de los centros de conciliación y arbitraje.

1028.En cuanto a los gastos del proceso, se tendrán los que se encuentran debidamente acreditados ante el Tribunal Arbitral, que son los correspondientes a los gastos y honorarios que señaló en oportunidad legal el Tribunal, sin que sea posible incluir aquellos que no estén debidamente soportados.

1029.En lo que hace referencia a las agencias en derecho, no ha existido unanimidad respecto a si deben aplicarse las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura, específicamente el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 o si, por el contrario, en materia arbitral no resulta aplicable ese acuerdo.

1030.En efecto, en sentencia de fecha 12 de julio de 2021²²² el Consejo de Estado resolvió anular parcialmente un laudo, por considerar que el Tribunal Arbitral profirió un laudo en conciencia al disponer sin razonamiento y justificación alguna las agencias en derecho, en la medida que no se tuvieron en cuenta los parámetros ciertos y objetivos que se establecen en el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura. Dijo:

"...Así, se advierte, la configuración de un fallo en conciencia por parte de los árbitros, en la medida que no tuvieron en cuenta los parámetros ciertos y objetivos que establecen tanto en el artículo 366.4 del Código General del Proceso, como el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 05 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, que disponen que para tasar las agencias en derecho deberá tenerse en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, lo que evidencia que prescindieron de toda consideración jurídica y probatoria".

1031.Por otra parte, en reciente sentencia de fecha 26 de enero de 2023²²³ el Consejo de Estado consideró que las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura no resultan aplicables a los procesos arbitrales. Dijo, refiriéndose al numeral 4º del artículo 366 del Código General del Proceso que:

"... el recurrente señala que la tasación de las agencias en derecho no tuvo en cuenta el numeral 4 del artículo 366 del CGP ni el Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura.

"19.- Es cierto que el numeral 4 del artículo 366 del CGP indica que <<deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la

222 Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, Radicación 11001-03-26-000-2021-00005-00 (66403), MP. Dr. Jaime Rodríguez Navas.

223 Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Radicación 11001-03-26-000-2022-00131-00 (68550), MP. Dr. Martín Bermúdez Muñoz.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Judicatura>>. En todo caso, la decisión no comportaría un apartamiento manifiesto o evidente del derecho aplicable teniendo en cuenta el ámbito de aplicación del Acuerdo No. PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura Esta norma no señala que sea aplicable a los procesos arbitrales: <<ARTÍCULO 1º. Objeto y alcance. El presente acuerdo regula las tarifas para efectos de la fijación de agencias en derecho y se aplica a los procesos que se tramiten en las especialidades civil, familia, laboral y penal de la jurisdicción ordinaria y a los de la jurisdicción de lo contencioso administrativo>>”

1032.El Tribunal arbitral se inclina por esta última postura adoptada recientemente por el Consejo de Estado, pues considera que el Acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura no comprende a los Tribunales de Arbitramento, sino que, por el contrario, este Acuerdo regula las tarifas de las agencias en derecho en la jurisdicción ordinaria y específicamente en las especialidades civil, familia, laboral y penal y a los procesos adelantados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

1033.Por ello, el Tribunal señalará las agencias en derecho, tomando en cuenta la naturaleza, calidad, duración del proceso y la gestión realizada y para tal efecto tendrá como parámetro el valor de los honorarios fijados en este Tribunal a un árbitro, esto es, la suma de \$ 950.964.591²²⁴

1034.Como quiera que en el presente trámite prosperaron parcialmente las pretensiones de la demanda principal reformada y, algunas de la demanda de reconvencción reformada, así como otras excepciones de cada parte, el Tribunal en aplicación de lo establecido en el numeral 5º del artículo 365 del C. General de Proceso, condenará en costas a EPM -Parte convocante y demandante en reconvencción- en un porcentaje del 70% de las costas del proceso.

1035.Los honorarios y gastos del Tribunal, de conformidad con lo señalado en el auto No. 27 del 14 de septiembre de 2022 (Acta No. 22) ascendieron a \$ 4.561.591.453, suma que fue pagada tanto por Hidroituango como por EPM. Así las cosas, el 70% de los honorarios y gastos que corresponde asumir a EPM asciende a la suma de \$ 1.596.557.008.

1036.Así, la suma por costas del proceso a las cuales se condenará a EPM asciende a la suma de Dos mil quinientos cuarenta y siete millones quinientos veintiún mil quinientos noventa y nueve pesos (\$ 2.547.521.599) Moneda Corriente.

1037.Por consiguiente, se condenará a EPM a pagar a la parte Convocada la suma de \$ de Dos mil quinientos cuarenta y siete millones quinientos veintiún mil quinientos

224 Acta No. 22 del 14 de septiembre de 2022

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

noventa y nueve pesos (\$ 2.547.521.599) Moneda Corriente, correspondiente al 70% de las costas del proceso.

C. PARTE RESOLUTIVA

1038.El Tribunal de Arbitraje constituido para resolver las diferencias contractuales surgidas entre HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. - HIDROITUANGO, parte Convocante y EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. - EPM, parte Convocada, administrando justicia en nombre de la República, por autoridad de la Ley y habilitación de las partes.

RESUELVE:

En relación con la demanda principal reformada de HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. - HIDROITUANGO

Primero: Declarar que el Contrato suscrito el 30 de marzo de 2011, entre HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. - HIDROITUANGO y EPM ITUANGO S.A. E.S.P., respecto del Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango, denominado por las partes BOOMT, y la posición contractual de la última fue cedida, con todas las consecuencias legales que ello apareja, a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. - EPM, quien adquirió todos sus derechos y obligaciones en los términos y condiciones pactadas. En consecuencia, prospera la primera pretensión de la demanda reformada.

Segundo: Negar la segunda pretensión de la demanda reformada, por las razones expuestas en la parte motiva.

Tercero: Declarar que entre HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. - HIDROITUANGO y EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. - EPM existe el Contrato suscrito el día 30 de marzo de 2011 inicialmente con EPM ITUANGO S.A. E.S.P., y cedido por esta a la última, denominado por las partes BOOMT respecto del Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango. En consecuencia, prospera la tercera pretensión de la demanda reformada.

Cuarto: Declarar que el Contrato BOOMT existente entre HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P - HIDROITUANGO y EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM fue modificado con las Actas de Modificación Bilateral suscritas por los representantes legales de la partes, núm. 1 de 24 de febrero de 2012, núm. 2 de 23 de agosto de 2012, núm. 3 de 21 de diciembre de 2012, núm. 4 de 2 de julio de 2013, núm. 5 de 11 de abril de 2014, núm. 6 de 6 de mayo de 2014, núm. 7 de 27 de mayo de 2014, núm. 8 de 5 de mayo de 2014, núm. 9 de 1 de diciembre de 2015 y núm. 10 de 29 de agosto de 2017. En consecuencia, prospera la cuarta pretensión de la demanda reformada.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Quinto: Declarar que el Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011 con sus respectivas Actas de Modificación Bilateral -AMB- suscritas por las partes, vincula y obliga a las partes y por lo tanto a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. - EPM a su cumplimiento total y oportuno en la forma pactada. En consecuencia, prospera la quinta pretensión de la demanda reformada.

Sexto: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. - EPM está obligada a cumplir y a ejecutar en debida y adecuada forma hasta su finalización, todas y cada una de las obligaciones que contrajo en el Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011 con sus respectivas Actas de Modificación Bilateral -AMB a favor de HIDROELÉCTRICA ITUANGO S. A. E. S. P., y a terminar el Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango. En consecuencia, prospera la sexta pretensión de la demanda reformada.

Séptimo: Declarar que las "salvedades realizadas por EPM sobre el cronograma acordado Proyecto Hidroeléctrico Ituango" en el Anexo 1.02 (7) Cronograma Director del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, respecto de "la versión definitiva del Programa General del Proyecto, acordada entre Hidroituango y Empresas Públicas de Medellín", son salvedades de la "Interventoría", quien "acepta haciendo las siguientes salvedades" consignadas en su texto. En consecuencia, prospera la séptima pretensión de la demanda reformada.

Octavo: Declarar, en consecuencia, que las "salvedades realizadas por EPM sobre el cronograma acordado Proyecto Hidroeléctrico Ituango", en su calidad de interventora en el Anexo 1.02 (7) Cronograma Director del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, respecto de "la versión definitiva del Programa General del Proyecto, acordada entre Hidroituango y Empresas Públicas de Medellín", no son salvedades del Contratista EPM ITUANGO S. A. E. S. P. En consecuencia, prospera la octava pretensión de la demanda reformada.

Noveno: Declarar que las "salvedades realizadas por EPM sobre el cronograma acordado Proyecto Hidroeléctrico Ituango" como interventora en el Anexo 1.02 (7) Cronograma Director del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, respecto de "la versión definitiva del Programa General del Proyecto, acordada entre Hidroituango y Empresas Públicas de Medellín", no modifican el marco prestacional ni las obligaciones del Contratista EPM ITUANGO S.A. E.S.P. bajo el Contrato BOOMT, y por consiguiente, de su cesionaria EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. - EPM. En consecuencia, prospera la novena pretensión de la demanda reformada.

Décimo: Declarar que en su mutuo beneficio las partes del Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011, mediante los otrosíes o Actas de Modificación Bilateral suscritas por sus representantes legales, núm. 3 de 21 de diciembre de 2012, núm. 5 de 11 de abril de 2014, núm. 6 de 6 de mayo de 2014, núm. 7 de 27 de mayo de 2014, núm.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

8 de 5 de mayo de 2014, núm. 9 de 1 de diciembre de 2015, y núm. 10 de 29 de agosto de 2017, se exoneraron recíprocamente de responsabilidad por las consecuencias económicas adversas de los retrasos en el Proyecto por los hechos y situaciones acaecidas al instante de su celebración, sin comprender una exoneración general e ilimitada de responsabilidad. En consecuencia, prospera de manera parcial la décima pretensión de la demanda reformada, por las razones expuestas en la parte motiva.

Décimo primero: Declarar que la exoneración de responsabilidad estipulada en los otrosíes o Actas de Modificación Bilateral suscritas por sus representantes legales, núm. 3 de 21 de diciembre de 2012, núm. 4 de 2 de julio de 2013, núm. 5 de 11 de abril de 2014, núm. 6 de 6 de mayo de 2014, núm. 7 de 27 de mayo de 2014, núm. 8 de 5 de mayo de 2014, núm. 9 de 1 de diciembre de 2015 y núm. 10 de 29 de agosto de 2017 al Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011, no exoneró de responsabilidad a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM por el incumplimiento de las nuevas fechas ciertas finalmente acordadas como nuevo referente obligatorio para el cumplimiento de la construcción de los Hitos a que refieren. En consecuencia, prospera la décima primera pretensión de la demanda reformada.

Décimo segundo: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. - EPM se obligó al cumplimiento del Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011 con sus respectivas Actas de Modificación Bilateral -AMB- suscritas por las partes con sujeción a los documentos contractuales, la licencia ambiental otorgada para la construcción, y las cargas impuestas en la misma. En consecuencia, prospera la décima segunda pretensión de la demanda reformada.

Décimo tercero: Declarar que en virtud del Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011 y sus respectivas Actas de Modificación Bilateral -AMB- suscritas por las partes, EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM tiene, dentro de sus obligaciones, la de ejecutar la construcción de la Hidroeléctrica sobre los inmuebles del Proyecto dentro de los plazos acordados, en la forma, manera y conforme a lo estipulado. En consecuencia, prospera la décima tercera pretensión de la demanda reformada.

Décimo cuarto: Declarar que la obligación de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM bajo el Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011 y sus respectivas Actas de Modificación Bilateral -AMB-, de ejecutar la construcción de la Hidroeléctrica sobre los inmuebles del Proyecto conforme a los correspondientes Hitos pactados, es una obligación de resultado que se cumple dentro de los plazos acordados, con su completa e íntegra realización en la forma, manera y según lo estipulado. En consecuencia, prospera la décima cuarta pretensión de la demanda reformada.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Décimo quinto: Declarar que, por las razones expuestas en la parte motiva, no prosperan las pretensiones décima quinta y décima sexta de la demanda reformada.

Décimo sexto: Declarar que de conformidad con la cláusula 4.02, (ix) del Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011, EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM se obligó a "Acreditar ante el Representante de Hidroituango el cumplimiento de los Hitos que deban ser realizados durante la Etapa de Construcción", en la forma, fecha máxima acordada y conforme a lo estipulado en el Contrato. En consecuencia, prospera la décima séptima pretensión.

Décimo séptimo: Declarar que de conformidad con la cláusula 4.02, (ix) y el numeral 3.3. del Anexo 6.12 del Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011, para modificar las fechas de cumplimiento de los Hitos contractualmente pactadas por la revisión y actualización del Cronograma Director, es necesaria la celebración de un otrosí al Contrato, de obligatorio cumplimiento por las partes. En consecuencia, prospera la décima octava pretensión de la demanda reformada.

Décimo octavo: Declarar que mediante los otrosíes o Actas de Modificación Bilateral núm. 3 de 21 de diciembre de 2012, núm. 4 de 2 de julio de 2013, núm. 6 de 6 de mayo de 2014, núm. 7 de 27 de mayo de 2014, núm. 8 de 5 de mayo de 2014, núm. 9 de 1 de diciembre de 2015 y núm. 10 de 29 de agosto de 2017, las partes modificaron las fechas de cumplimiento de los hitos contractualmente pactadas a que conciernen por la revisión y actualización del Cronograma Director. En consecuencia, prospera la décima novena pretensión de la demanda reformada.

Décimo noveno: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM en virtud del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011 y su Acta de Modificación Bilateral AMB núm. 10 de 29 de agosto de 2017, se obligó a cumplir el Hito 7, esto es, "el cierre de las compuertas de desviación y el inicio del llenado del embalse (...)", a más tardar dentro del plazo cierto y máximo acordado, el día 1 de julio de 2018, y a acreditar su cumplimiento, en la oportunidad, en la forma, manera y conforme a lo estipulado. En consecuencia, prospera la vigésima pretensión de la demanda reformada.

Vigésimo: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM conforme al Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011 y su Acta de Modificación Bilateral -AMB- núm. 10 de 29 de agosto de 2017, se obligó a cumplir el Hito 8, esto es, "la entrada en Operación Comercial de la Unidad 4", a más tardar dentro del plazo cierto y máximo acordado, el día 28 de noviembre de 2018 y a acreditar su cumplimiento, en la oportunidad, en la forma, manera y conforme a lo estipulado. En consecuencia, prospera la vigésima primera pretensión de la demanda reformada.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Vigésimo primero: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM conforme al Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, y sus Actas de Modificación Bilateral -AMB- suscritas por las partes, se obligó a cumplir el Hito 9, esto es, "la entrada en Operación Comercial de la Unidad 1", a más tardar dentro del plazo cierto y máximo acordado, el día 28 de agosto de 2019, y acreditar su cumplimiento, en la oportunidad, en la forma, manera y conforme a lo estipulado. En consecuencia, prospera la vigésima segunda pretensión de la demanda reformada.

Vigésimo segundo: Declarar que de conformidad con el Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, la entrada en Operación Comercial de la Hidroeléctrica como un todo, se da con la entrada en Operación Comercial del Grupo 1 de Unidades, conformado conjuntamente por la Unidad 1, la Unidad 2, la Unidad 3 y la Unidad 4. En consecuencia, prospera la vigésima tercera pretensión de la demanda reformada.

Vigésimo tercero: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. -EPM incurrió en incumplimiento del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, conforme a los hechos probados en el proceso. En consecuencia, prospera la vigésima cuarta pretensión de la demanda reformada en los términos precisados en la parte motiva.

Vigésimo cuarto: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM ha incurrido en incumplimiento del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, por no ejecutar el Hito 7 en la oportunidad, en la forma, manera y conforme a lo estipulado, a más tardar dentro del plazo cierto y máximo contractualmente acordado para ello, ni acreditar su cumplimiento. En consecuencia, prospera la vigésima quinta pretensión de la demanda reformada.

Vigésimo quinto: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM no acreditó ante el Representante de HIDROELÉCTRICA ITUANGO S. A. E. S. P. - HIDROITUANGO en la oportunidad, forma, fecha máxima acordada y conforme a lo estipulado en el Contrato BOOMT, el cumplimiento del Hito 7, que debía ejecutar durante la Etapa de Construcción. En consecuencia, prospera la vigésima sexta pretensión de la demanda reformada.

Vigésimo sexto: Declarar que el desplazamiento de la fecha máxima señalada en el Contrato BOOMT para la realización del Hito 7, que debía ejecutar EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM durante la Etapa de Construcción, al no acreditar en la fecha máxima pactada su cumplimiento ante el Representante de HIDROELÉCTRICA ITUANGO S. A. E. S. P. - HIDROITUANGO, tiene origen en su culpa. En consecuencia, prospera la vigésima séptima pretensión de la demanda reformada.

Vigésimo séptimo: Declarar que la obra de desviación del Río Cauca denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

ejecutada por EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM en el macizo "Cerro Tenche" no estaba contemplada en los diseños y especificaciones del Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango transferidos y entregados por HIDROELÉCTRICA ITUANGO S. A. E. S. P - HIDROITUANGO, como quiera que dichos diseños, no contemplaron la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche". En consecuencia, prospera la pretensión vigésima octava de la demanda reformada.

Vigésimo octavo: Declarar que la obra de desviación del Río Cauca denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD, ejecutadas por EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM no estaban contempladas ni autorizadas en la licencia ambiental inicialmente concedida, como quiera que dicha licencia no contempló, ni autorizó, la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche". En consecuencia, prospera la pretensión vigésima novena de la demanda reformada.

Vigésimo noveno: Declarar que para iniciar la ejecución de la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD, EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM, estaba obligada a obtener previamente la modificación de la licencia ambiental inicialmente concedida, como quiera que dicha licencia no contempló, ni autorizó, la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche". En consecuencia, prospera la trigésima pretensión de la demanda reformada.

Trigésimo: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM incurrió en incumplimiento del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, al iniciar la ejecución de la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD-, sin haber tramitado y obtenido la modificación de la licencia ambiental inicialmente concedida. En consecuencia, prospera la trigésima primera pretensión de la demanda reformada.

Trigésimo primero: Declarar que no prospera la trigésima segunda pretensión de la demanda reformada, por las razones expuestas en la parte motiva.

Trigésimo segundo: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM, para iniciar la ejecución de la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD, debía realizar los estudios geotécnicos e hidrológicos necesarios y suficientes del macizo "Cerro Tenche", como quiera que los entregados por HIDROELÉCTRICA ITUANGO S. A. E. S. P. - HIDROITUANGO no contemplaron la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche". En consecuencia, prospera la trigésima tercera pretensión de la demanda reformada.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Trigésimo tercero: Declarar que la decisión de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM de ordenar, iniciar y ejecutar la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD-, no obedeció a deficiencias o fallas sustanciales en el diseño y especificaciones de las obras civiles y equipos del Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango, transferidos y entregados por HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P -HIDROITUANGO, como quiera que no contemplaron la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche". En consecuencia, prospera la trigésima cuarta pretensión de la demanda reformada.

Trigésimo cuarto: Declarar que la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD, decidida y ejecutada por EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM comportó un nuevo diseño y/o modificaciones sustanciales a los diseños y especificaciones de las obras civiles y equipos del Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango, transferidos por HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P - HIDROITUANGO, como quiera que no contemplaron la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche", y mucho menos la construcción de un sistema de desviación del río Cauca no previsto en los diseños detallados de la obra. En consecuencia, prospera la trigésima quinta pretensión de la demanda reformada.

Trigésimo quinto: Declarar que la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación-GAD-, decidida y ejecutada por EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM comportó, entre otras modificaciones, una nueva intervención o desviación del Río Cauca, a través de un tercer túnel de desviación, con la modificación de la descarga del fondo, no prevista en los diseños y especificaciones del Proyecto Hidroeléctrico Pescadero Ituango, que le fueron transferidos y entregados por HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. - HIDROITUANGO, ni autorizada en la licencia ambiental inicialmente concedida, como quiera que tales diseños y especificaciones no contemplaron, ni dicha licencia contempló, ni autorizó la desviación del Río Cauca por la misma, ni su construcción en el "Cerro Tenche". En consecuencia, prospera la trigésima sexta pretensión de la demanda reformada.

Trigésimo sexto: Declarar que el riesgo de "Deficiencia o Falla en Diseños" consistente en las "Deficiencias o Fallas sustanciales en el diseño y especificaciones de Obras Civiles y Equipos" asignado a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S. A. E. S. P.– HIDROITUANGO en el Anexo 6.14, "Matriz de riesgos" del Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011, está circunscrito a los diseños y especificaciones iniciales que le transfirió y entregó a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. - EPM. En consecuencia, prospera la trigésima séptima pretensión de la demanda reformada.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Trigésimo séptimo: Declarar que el riesgo de “Deficiencia o Falla en Diseños” asignado a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S. A. E. S. P. - HIDROITUANGO en el Anexo 6.14, “Matriz de riesgos” del Contrato BOOMT de 30 de marzo de 2011, no comprende los diseños y especificaciones de las obras de desviación del Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD-, como quiera que fueron ordenados y contratados por EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM durante el desarrollo del proceso constructivo a su cargo, mediante el Acta de Modificación Bilateral núm. 3 al Contrato CT-2011-009 suscrita los días 11 y 12 de junio de 2015 con el Consorcio Generación Ituango, de la que no es ni fue parte HIDROELÉCTRICA ITUANGO S. A. E. S. P. - HIDROITUANGO. En consecuencia, prospera la trigésima octava pretensión de la demanda reformada.

Trigésimo octavo: Declarar que no prospera la trigésima novena pretensión de la demanda reformada.

Trigésimo noveno: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. -EPM incurrió en incumplimiento del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, al ejecutar la construcción de la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD- contrariando las reglas del arte y las buenas prácticas de la ingeniería. En consecuencia, prospera la cuadragésima pretensión de la demanda reformada.

Cuadragésimo: Declarar que el colapso acaecido en la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD- no es un evento excusable bajo el Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011. En consecuencia, prospera la cuadragésima primera pretensión de la demanda reformada.

Cuadragésimo primero: Declarar que los desplazamientos de las fechas finalmente señaladas y acordadas por las partes en el Acta de Modificación Bilateral -AMB- No. 10 de 29 de agosto de 2017 al Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, para la realización del Hito 7, y consecuentemente, de los Hitos 8 y 9, en virtud del colapso acaecido en la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación -SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD, tienen como origen la culpa de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. – EPM, por las consideraciones que se precisan en la parte motiva. En consecuencia, prospera la cuadragésima segunda pretensión de la demanda reformada.

Cuadragésimo segundo: Declarar que no prospera la cuadragésima tercera pretensión de la demanda reformada, por las razones expuestas en la parte motiva.

Cuadragésimo tercero: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM está obligada a asumir los costos, mayores costos y gastos de toda naturaleza,

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

incluidos los financieros por causa u ocasión del colapso de la obra de desviación denominada Sistema Auxiliar de Desviación - SAD- y su Galería Auxiliar de Desviación- GAD-, hasta su completa superación y restitución, incluyendo, y sin limitarlos, el valor de los deducibles y de las sumas no reparadas por las compañías aseguradoras conforme a las pólizas en los que es beneficiaria y a la transacción que celebró con las mismas. En consecuencia, prospera de manera parcial la cuadragésima cuarta pretensión de la demanda reformada, por las razones expuestas en la parte motiva.

Cuadragésimo cuarto: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM incurrió en incumplimiento del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, por no ejecutar, dentro del plazo cierto y máximo contractualmente acordado para ello, el Hito 8, en la forma, manera y conforme a lo estipulado por las partes, ni acreditar su cumplimiento. En consecuencia, prospera la cuadragésima quinta pretensión de la demanda reformada.

Cuadragésimo quinto: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM incurrió en incumplimiento del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, por no ejecutar, dentro del plazo cierto y máximo contractualmente acordado para ello, el Hito 9, en la forma, manera y conforme a lo estipulado por las partes, ni acreditar su cumplimiento. En consecuencia, prospera la cuadragésima sexta pretensión de la demanda reformada.

Cuadragésimo sexto: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM incurrió en incumplimiento del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, por no ejecutar la construcción para la entrada en Operación Comercial del Grupo 1 de Unidades, dentro del plazo contractualmente acordado para ello, en la forma, manera y conforme a lo estipulado entre las partes, ni acreditar su cumplimiento. En consecuencia, prospera la cuadragésima séptima pretensión de la demanda reformada.

Cuadragésimo séptimo: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM no acreditó ante el Representante de HIDROELÉCTRICA ITUANGO S. A. E. S. P. - HIDROITUANGO en la oportunidad, forma, fecha máxima acordada y conforme a lo estipulado en el Contrato BOOMT, el cumplimiento de los Hitos 8 y 9, que debía ejecutar durante la Etapa de Construcción. En consecuencia, prospera la cuadragésima octava pretensión de la demanda reformada.

Cuadragésimo octavo: Declarar que el desplazamiento de la fecha máxima acordada en el Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011 modificada con el Acta de Modificación Bilateral -AMB núm. 10 de 29 de agosto de 2017, para la realización de los Hitos 8 y 9, que debía ejecutar EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM durante la Etapa de Construcción, al no acreditar en la fecha máxima pactada su cumplimiento ante el Representante de HIDROELÉCTRICA ITUANGO S. A.

TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)

E. S. P. - HIDROITUANGO, tiene origen en la culpa de aquella, en los términos precisados en la parte motiva. En consecuencia, prospera la cuadragésima novena pretensión de la demanda reformada.

Cuadragésimo noveno: Declarar que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM es responsable de todos los daños y perjuicios causados a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E. S. P. - HIDROITUANGO S. A. por el incumplimiento del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011. En consecuencia, prospera la quincuagésima pretensión de la demanda reformada.

Quincuagésimo: Declarar que no prospera la quincuagésima primera pretensión de la demanda reformada, por las razones expuestas en la parte motiva.

Quincuagésimo primero: Declarar que por el incumplimiento de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, al no ejecutar, los hitos 7, 8 y 9, ni acreditar su cumplimiento, en el plazo, la forma, manera y conforme a lo estipulado por las partes, está obligada a asumir los "sobrecostos", mayores costos y gastos de toda naturaleza, incluidos los financieros, desde su ocurrencia hasta su cumplimiento total, sin afectar los derechos económicos ni la remuneración que le corresponde bajo el Contrato a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO. En consecuencia, prospera la quincuagésima segunda pretensión de la demanda reformada.

Quincuagésimo segundo: Declarar que por el incumplimiento de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, al no ejecutar, ni acreditar su cumplimiento, en el plazo, la forma, manera y conforme a lo contractualmente acordado por las partes, la construcción para la entrada en Operación Comercial del Grupo 1 de Unidades, está obligada a asumir los costos, "sobrecostos", mayores costos y gastos de toda naturaleza, incluidos los financieros, que ello comporte desde su ocurrencia hasta su cumplimiento total, sin afectar los derechos económicos ni la remuneración que le corresponde bajo el Contrato a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. - HIDROITUANGO. En consecuencia, prospera la quincuagésima tercera pretensión de la demanda reformada.

Quincuagésimo tercero: Declarar que al no ejecutar ni acreditar EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM el cumplimiento del Hito 7 del Contrato BOOMT suscrito el 30 de marzo de 2011, en el plazo, la forma, manera y conforme a lo estipulado por las partes, en cuanto también se ha verificado el incumplimiento del Hito 9, está obligada y debe pagar a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S. A. E. S. P. - HIDROITUANGO las "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos", en los términos de la cláusula 4.09 del Contrato BOOMT, causadas hasta la fecha de esta

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

providencia. En consecuencia, prospera de manera parcial la quincuagésima cuarta pretensión de la demanda reformada, por las razones expuestas en la parte motiva.

Quincuagésimo cuarto: Declarar que no prosperan la quincuagésima quinta pretensión, la pretensión subsidiaria a las pretensiones quincuagésima cuarta y quincuagésima quinta, la quincuagésima sexta pretensión, la pretensión subsidiaria a la pretensión quincuagésima sexta, la pretensión subsidiaria a las pretensiones quincuagésima cuarta, quincuagésima quinta, quincuagésima sexta y a sus subsidiarias y la quincuagésima séptima pretensión de la demanda reformada, por las razones expuestas en la parte motiva.

Quincuagésimo quinto: Declarar que la obligación de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM de pagar las "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos", está sujeta al límite de la "máxima responsabilidad financiera" acordada para la etapa de construcción, que corresponde a la suma equivalente a cuatrocientos cincuenta millones de dólares (US \$ 450 000 000) de conformidad con lo estipulado en la cláusula 9.08 del Contrato BOOMT. En consecuencia, prospera la pretensión subsidiaria a la quincuagésima séptima pretensión de la demanda reformada, con el alcance precisado en la parte motiva.

Quincuagésimo sexto: Declarar que no prosperan la quincuagésima octava pretensión, la quincuagésima novena pretensión, la pretensión subsidiaria a la quincuagésima novena pretensión y la sexagésima pretensión de la demanda reformada, por las razones expuestas en la parte motiva.

Quincuagésimo séptimo: Condenar a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM a pagar a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S. A. E. S. P. - HIDROITUANGO la suma de Setecientos Ochenta y Un Mil Ochocientos Veintiocho Millones Ochocientos Ochenta y Ocho Mil Trescientos Cincuenta Pesos (\$ 781.828'888.350.00) por concepto de las "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos", entre la fecha en que se hicieron exigibles y la fecha del laudo. En consecuencia, prospera de manera parcial la sexagésima primera pretensión de la demanda reformada, con el alcance precisado en la parte motiva.

Quincuagésimo octavo: Declarar que no prospera la sexagésima segunda pretensión de la demanda reformada, por las razones expuestas en la parte motiva.

Quincuagésimo noveno: Señalar un plazo de cinco (5) días contados a partir de la fecha de ejecutoria de este laudo, para que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM manifieste por escrito a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S. A. E. S. P. - HIDROITUANGO si para el pago de las sumas correspondientes a las "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos" que se ordena en este laudo, opta por realizarlo en dinero efectivo o considerándolo como un menor valor del costo del

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Proyecto para efectos del cálculo de la Remuneración. En consecuencia, prospera la sexagésima tercera pretensión de la demanda reformada.

Sexagésimo: Declarar que no prospera la sexagésima cuarta pretensión de la demanda reformada, por las razones expuestas en la parte motiva.

Sexagésimo primero: Disponer que si EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM opta oportunamente por pagar las sumas de dinero a cuya satisfacción resulte condenada con cargo a un menor valor del costo del Proyecto para efectos del cálculo de la Remuneración, dicho cargo deberá incluir las sumas correspondientes al capital que deba pagar por concepto de las "Cláusulas Penales de Apremio por Incumplimiento de Hitos". En consecuencia, prospera de manera parcial la sexagésima quinta pretensión de la demanda reformada, por las razones expuestas en la parte motiva.

Sexagésimo segundo: Declarar que no prospera la sexagésima sexta pretensión de la demanda reformada, por las razones expuestas en la parte motiva.

Sexagésimo tercero: Disponer que EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM deberá pagar a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P. -HIDROITUANGO los intereses moratorios que se causen sobre las condenas impuestas a su cargo, a la máxima tasa legalmente permitida, desde la fecha de ejecutoria del laudo y hasta el pago efectivo. En consecuencia, prospera la sexagésima séptima pretensión de la demanda reformada.

Sexagésimo cuarto: Declarar que no prospera la sexagésima octava pretensión de la demanda reformada, por las razones expuestas en la parte motiva.

Sexagésimo quinto: Declarar que los efectos de cosa juzgada que se deriven del presente laudo cubren las controversias o disputas decididas en este proceso, sin extenderse a otras. En consecuencia, prospera la pretensión subsidiaria a la sexagésima octava de la demanda reformada.

Sexagésimo sexto: Ordenar a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P. – EPM que dé cumplimiento al laudo conforme a lo dispuesto por el artículo 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en lo pertinente. En consecuencia, prospera la sexagésima novena pretensión de la demanda reformada.

Sexagésimo séptimo: Reconocer fundamento a las excepciones rotuladas "petición antes de tiempo", "inexistencia de culpa grave", "inexistencia de daños o perjuicios" y "Excepción a la pretensión 16: el Tribunal deberá decidirla con base en lo realmente

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

pactado en el Contrato BOOMT” propuestas por EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM.

Sexagésimo octavo: Reconocer fundamento parcial a las “Excepciones de responsabilidad de HIDROITUANGO por la realización de los riesgos asumidos, según la Matriz de Riesgos del Contrato BOOMT”, propuestas por EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. – EPM, por las razones expuestas en la parte motiva.

Sexagésimo noveno: Declarar que carecen de fundamento las demás excepciones y defensas propuestas por EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. – EPM, por las razones expuestas en la parte motiva.

En relación con la demanda de reconversión reformada de EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM

Septuagésimo: Declarar que las partes están sujetas a lo estipulado en el Contrato BOOMT, especialmente lo pactado en la Cláusula 9.05 “Esfuerzo conjunto”. En consecuencia, prospera la pretensión 11 de la demanda de reconversión reformada.

Septuagésimo primero: Declarar que la interpretación y aplicación de la Cláusula 2.04 del Contrato BOOMT, relativa a la “Metodología para la definición de la Remuneración que recibirá Hidroituango”, está sujeta a la Cláusula 9.05 “Esfuerzo conjunto”. En consecuencia, prospera la pretensión 21 de la demanda de reconversión reformada.

Septuagésimo segundo: Declarar que la pretensión de HIDROELÉCTRICA ITUANGO S. A. E. S. P. - HIDROITUANGO en contra de lo dispuesto en la Cláusula 2.04 del Contrato BOOMT es improcedente por prematura o anticipada, al desconocer las condiciones, el plazo, los términos financieros establecidos y la realidad contractual, toda vez que a la fecha no se ha culminado la Etapa de Construcción. En consecuencia, prospera la pretensión 25 de la demanda de reconversión reformada.

Septuagésimo tercero: Declarar que HIDROELÉCTRICA ITUANGO S. A. E. S. P. - HIDROITUANGO incumplió parcialmente el Contrato BOOMT, específicamente la obligación que se deriva del numeral (i) de la Cláusula 6.18, al haber revocado el poder otorgado para ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA-, tendiente a obtener la anulación de las Resoluciones 02584 de diciembre 30 de 2019 y 0172 de enero 15 de 2021, que impusieron sanción ambiental a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S. A. E. S. P. - HIDROITUANGO consistente en multa y el consecuente restablecimiento del derecho. En consecuencia, prospera la pretensión 35 de la demanda de reconversión reformada.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Septuagésimo cuarto: Declarar que no prosperan las pretensiones 1, 2, 2.1., 2.2., 2.3, 3, 4, 4.1, 4.2, 4.3, 5, 6, 6.1, 6.2, 6.3, 7, 8, 8.1, 8.2, 8.3, 9, 10, 10.1, 10.2, 10.3 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 22, 23, 23.1, 23.2, 23.3, 24, 26, 26.1, 26.2, 27, 27.1, 27.2, 28, 29, 30, 31, 32, 33, 34, 36, 37, 38, 39 y 40 de la demanda de reconvencción reformada, por las razones expuestas en la parte motiva.

Septuagésimo quinto: Reconocer fundamento a las excepciones rotuladas "EL RIESGO DE '*DISEÑOS Y ESPECIFICACIONES*' ASIGNADO A HI, NO SE EXTIENDE A UN NUEVO DISEÑO BAJO UNA CONCEPCIÓN TÉCNICA NUEVA DECIDIDO, CONTRATADO Y EJECUTADO DIRECTAMENTE POR EPM."; "AUSENCIA DE LA NULIDAD ABSOLUTA; VALIDEZ, EFICACIA Y OBLIGATORIEDAD DE LAS CLÁUSULAS PENALES DE APREMIO"; "LAS CLÁUSULAS PENALES DE APREMIO PACTADAS SON *CONMINATORIAS* Y NO *COMPENSATORIAS*"; "IMPROCEDENCIA DE LA REVISIÓN Y AJUSTE. LAS CLÁUSULAS PENALES DE APREMIO NO SON DESBORDADAS Y ESTABLECEN EN FUNCIÓN DEL VALOR TOTAL DEL CONTRATO BOOMT" propuestas por HIDROELÉCTRICA ITUANGO S. A. E. S. P. - HIDROITUANGO.

Septuagésimo sexto: Reconocer fundamento parcial a la excepción denominada "RESPONSABILIDAD EXCLUSIVA DE EPM POR LA VIOLACIÓN DE LA LICENCIA AMBIENTAL" propuesta por HIDROELÉCTRICA ITUANGO S. A. E. S. P. – HIDROITUANGO, por las razones expuestas en la parte motiva.

Septuagésimo séptimo: Declarar que carece de fundamento la excepción rotulada "INEXISTENCIA DEL INCUMPLIMIENTO PRETENDIDO", propuesta por HIDROELÉCTRICA ITUANGO S. A. E. S. P. – HIDROITUANGO.

Septuagésimo octavo: Disponer que por no ser procedente, no hay lugar a pronunciarse sobre las demás excepciones y defensas propuestas por HIDROELÉCTRICA ITUANGO S. A. E. S. P. – HIDROITUANGO, por las razones expuestas en la parte motiva.

Septuagésimo noveno: Condenar a EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E. S. P. - EPM a pagar a HIDROELÉCTRICA ITUANGO S. A. E. S. P. - HIDROITUANGO la suma de Dos Mil Quinientos Cuarenta y Siete Millones Quinientos Veintiún Mil Quinientos Noventa y Nueve (\$ 2.547'521.599.00) por concepto de costas del proceso, de acuerdo con la liquidación que obra en las consideraciones de este laudo. En consecuencia, prospera la septuagésima pretensión de la demanda reformada.

En relación con otras decisiones

Octogésimo: Disponer que, por secretaría, una vez ejecutoriada esta providencia, se expidan copias auténticas del presente laudo con destino a cada una de las partes y al Ministerio Público con las constancias de ley.

**TRIBUNAL DE ARBITRAJE DE HIDROELÉCTRICA ITUANGO S.A. E.S.P.
HIDROITUANGO contra EMPRESAS PÚBLICAS DE MEDELLÍN E.S.P – EPM
(Trámite 2020 A 0035)**

Octogésimo primero: Ordenar el pago de la Contribución Especial Arbitral a cargo de los árbitros y la secretaría, hacer las deducciones y pago y librar las comunicaciones respectivas.

Octogésimo segundo: Declarar causado el saldo de los honorarios de los árbitros y de la secretaría, por lo que se ordenará su pago en los términos establecidos en la ley.

Octogésimo tercero: Ordenar que se rinda por la Presidente del Tribunal cuenta razonada a las partes de lo depositado para gastos de funcionamiento y se proceda, de ser el caso, a la devolución a las partes de las sumas no utilizadas de esa partida, según la liquidación final de gastos.

Esta providencia quedó notificada en audiencia.



RUTH STELLA CORREA PALACIO

Árbitro Presidente



JAIME HUMBERTO TOBAR ORDÓÑEZ

Árbitro



FERNANDO PABÓN SANTANDER

Árbitro



SARA ELENA AGUDELO DUQUE

Secretaria