

LAUDO ARBITRAL

Lima, 4 de setiembre de 2009

DEMANDANTE:

EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. (en adelante, ELECTROPERU)

DEMANDADO:

INGENIERO JUAN ROBERT CUÉLLAR BARRERA (en adelante, EL INGENIERO)

ARBITROS:

ALONSO MORALES ACOSTA

VILMA LUNA INGA

JAHNETT SAYAS OROCAJA

SECRETARIO ARBITRAL:

SANDRO ESPINOZA QUIÑONES

SEDE DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Avenida Giuseppe Garibaldi N° 398, distrito de Jesús María.

IDIOMA DEL ARBITRAJE:

El idioma aplicable es el castellano.

TIPO DE ARBITRAJE:

ARBITRAJE DE DERECHO.

I. CUESTIÓN SOMETIDA A ARBITRAJE.-

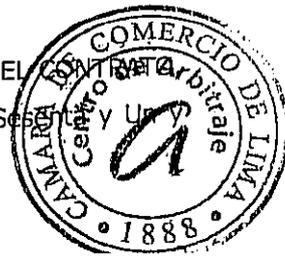
La cuestión sometida a arbitraje se encuentra dirigida a resolver las controversias derivadas de la ejecución del Contrato de Servicio de Controles Geotécnicos, Procesamiento y Evaluación de Información del Derrumbe 5, Laria, Pilchaca y otros entornos del Embalse Tablachaca por Adjudicación Directa Pública N° ADP-019-2006-ELECTROPERU (en adelante, EL CONTRATO), suscrito por ELECTROPERÚ y EL INGENIERO con fecha 05 de febrero de 2007, particularmente en lo que se refiere a la resolución contractual efectuada por EL INGENIERO por un supuesto incumplimiento de obligaciones a cargo de ELECTROPERÚ.

II. DE LA DEMANDA PRESENTADA POR ELECTROPERU.-

Mediante Escrito ingresado con fecha 27 de noviembre de 2008, ELECTROPERU presentó su demanda arbitral, planteando como pretensión que el Tribunal Arbitral declare la nulidad de la resolución del Contrato efectuada por EL INGENIERO a través de la Carta Notarial N° 020-ELECTROPERU-JRC-2008 notificada a ELECTROPERÚ el 14 de marzo de 2008.

ELECTROPERÚ sustenta su posición, entre otros, en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

- Que, con fecha 05 de febrero de 2007, ELECTROPERÚ y EL INGENIERO suscribieron EL CONTRATO por un monto ascendente a S/. 165, 861.37 (Ciento Sesenta y Cinco Mil Ochocientos Sesenta y Uno)



37/100 Nuevos Soles) y con un plazo de ejecución de un año.

- Que, a través de EL CONTRATO, EL INGENIERO se obligó a realizar los controles geotécnicos, procesamiento y evaluación de la Información de Laria, Pilchaca, Derrumbes 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, y 10 del embalse Tablachaca a fin de evaluar, analizar e Interpretar el comportamiento de los deslizamientos existentes al entorno de las zonas mencionadas.
- Que, según la Cláusula Duodécima de EL CONTRATO, el trabajo que llevaría a cabo EL INGENIERO se debería realizar de conformidad con los Términos de Referencia de las Bases de la Adjudicación Directa Pública N° ADP-019-2006-ELECTROPERÚ.
- Que, de acuerdo a los mencionados Términos de Referencia, EL INGENIERO debería entregar cinco Informes de Control y en contraprestación, ELECTROPERÚ se encontraría obligado a realizar el pago de estos servicios en forma parcial según la presentación de cada Informe de Control.
- Que, la entrega del Primer Informe de Control estaba prevista a realizarse a los cuarenta y nueve (49) días naturales de la entrega de los equipos por parte de ELECTROPERU, debiendo esta Entidad, en contraprestación, abonar a EL INGENIERO el 25% del monto total de EL CONTRATO.
- Que, no obstante, EL INGENIERO dio inicio a las investigaciones relacionadas al Primer Informe de Control recién con fecha 20 de julio de 2007 – con ocasión de la recepción de los equipos de medición- es decir, con setenta y tres (73) días de injustificado atrás computado desde el 09 de mayo de 2007 fecha en que EL INGENIERO contaba con la información necesaria para contratar las pólizas de seguro de personal y equipos requeridos en los Términos de Referencia, de acuerdo a lo señalado por ELECTROPERU en la Carta AL-260-2008 notificada a EL INGENIERO el 10 de marzo de 2008.
- Que, mediante Carta S/N presentada a ELECTROPERÚ el 19 de enero de 2008, EL INGENIERO remitió a dicha Entidad el Primer Informe de Control, con veintiocho (28) días de injustificado atraso.
- Que, mediante Carta N° 012-ELECTROPERU-2008 notificada a ELECTROPERÚ el día 24 de enero de 2008, EL INGENIERO presentó la factura N° 00282 a fin de proceder con el pago del servicio por presentación del Primer Informe de Control.
- Que, mediante Carta N° 017-ELECTROPERU/JRBC-2008 notificada a ELECTROPERU el 26 de febrero de 2008, EL INGENIERO solicita la devolución de las facturas N° 00258 y 00282 debido a que estas no habían sido canceladas a la fecha y serían necesarias para cerrar la contabilidad del mes de enero.



- Que, mediante Carta N° 018-ELECTROPERU/JRBC-2008 notificada a ELECTROPERU con fecha 27 de febrero de 2008, EL INGENIERO solicita que se le remita el documento de aprobación del Primer Informe de Control.
- Que, mediante documento P-155-2008 notificado a EL INGENIERO el 01 de marzo de 2008, ELECTROPERÚ le devuelve las facturas solicitadas por este mediante la Carta N° 017-ELECTROPERU/JRBC-2008.
- Que, mediante Carta N° 019-ELECTROPERU-JRC-2008 notificada el 03 de marzo de 2008, EL INGENIERO requiere a ELECTROPERÚ para que, bajo apercibimiento de resolver EL CONTRATO, en el plazo de cinco (05) días naturales proceda a cancelar los siguientes conceptos: 1. Daños y perjuicios correspondientes al Primer Factor, por el importe de S/. 79, 492.00, 2. retraso por el Factor Dos, por un monto ascendente a S/. 55,454.00, 3. Gastos reales incurridos por la ejecución del monitoreo, por la suma de S/. 194,373.41, 4. Daños y perjuicios por la no continuación de los monitoreos subsiguientes, por el importe de S/. 29,036.00, y 5. Cancelación del servicio correspondiente por la culminación del primer monitoreo, monto ascendente al 70% del monto total de EL CONTRATO.
- Señala ELECTROPERU que, respecto al punto 5 mencionado en el párrafo anterior EL INGENIERO sostiene que, si bien de acuerdo a la forma de pago indicaba que por la presentación del Primer Informe de Control se debería cancelar solo el 25% del monto del contrato, en realidad el volumen, complejidad e inversión del servicio correspondiente a la elaboración del Primer Informe de Control representa el 70% de todo el trabajo que correspondía realizar en virtud de EL CONTRATO.
- Que, mediante Carta N° 020-ELECTROPERU-JRC-2008 notificada a ELECTROPERÚ con fecha 14 de marzo de 2008, EL INGENIERO procedió a resolver EL CONTRATO en forma total por incumplimiento de pago.
- Que, si bien el incumplimiento de pago constituye una causal de resolución contractual de conformidad con el artículo 41° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – Decreto Supremo N° 083-2004-PCM (en adelante, la Ley), y con el artículo 225° de su Reglamento – Decreto Supremo N° 084-2004-PCM (en adelante, el Reglamento), para que se configure esta causal, la obligación de efectuar el pago se debe encontrar debidamente constituida.
- Que, en este sentido, para que ELECTROPERÚ pudiese proceder con el pago por la presentación del Primer Informe de Control, era necesario que EL INGENIERO cumpliera con su obligación contractual de presentar el expediente de pago debidamente conformado de acuerdo a lo dispuesto en la Cláusula Cuarta de EL CONTRATO, la que dispone que dicho expediente debe estar constituido

[Handwritten mark]

[Handwritten mark]

[Handwritten mark]



por: (i) factura original y copia, (ii) copia de EL CONTRATO, y (iii) conformidad de la prestación.

- Que, no obstante, debido a que EL INGENIERO retiró las facturas presentadas, su expediente de pago dejó de tener tal calidad por encontrarse incompleto.
- Que, en virtud a ello, EL INGENIERO, al momento de efectuar el requerimiento de pago mediante la Carta N° 019-ELECTROPERU-JRC-2008, no se encontraba facultado contractualmente para exigir dicho pago, toda vez que no había cumplido con presentar su expediente de pago debidamente conformado, requisito contractualmente previsto en la Cláusula Cuarta para que ELECTROPERÚ dé inicio al procedimiento de pago.
- Que, en consecuencia, la resolución de EL CONTRATO efectuada por EL INGENIERO mediante la Carta N° 020-ELECTROPERU-JRC-2008 carece de fundamentos de hecho y de derecho, y por ende, deviene en nula.
- Que, sin perjuicio de ello, el requerimiento de pago efectuado por EL INGENIERO mediante la Carta N° 019-ELECTROPERU-JRC-2008 contiene elementos que no guardan relación ni relevancia con la obligación de ELECTROPERÚ de efectuar el pago por concepto del Primer Informe de Control, tales como: (i) daños y perjuicios correspondientes al Primer Factor, (ii) retraso por Factor Dos, (iii) gastos reales para la ejecución de monitoreo efectivamente realizado, y (iv) daños y perjuicios por la no continuación de los monitoreos subsiguientes.
- Que, del mismo modo, EL INGENIERO exige el pago del 70% del monto de EL CONTRATO por la presentación del Primer Informe de Control, siendo que, de acuerdo a los Términos de Referencia, el demandado solamente se encuentra facultado para exigir el 25% de dicho monto.
- Como fundamento de derecho, se sustenta en el artículo 41° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, así como en el artículo 225° de su Reglamento – Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, y en los artículos 1230°, 1335° y 1426° del Código Civil.

III. DE LA CONTESTACIÓN EFECTUADA POR EL INGENIERO.-

Mediante Escrito ingresado con fecha 18 de diciembre 2008, EL INGENIERO presentó su Contestación de Demanda, la que fuera declarada inadmisibile mediante Resolución N° 06 del 29 de diciembre de 2008, oportunidad en la que se requirió a EL INGENIERO subsanar diversas observaciones formuladas con relación a los medios probatorios ofrecidos.



En este sentido, mediante Resolución N° 07 del 13 de enero de 2009 se tuvo por subsanadas las observaciones formuladas en la Resolución N° 06 y por contestada la Demanda, así como ofrecidos los medios probatorios presentados en la Contestación.

EL INGENIERO niega y contradice la Demanda, basando su posición en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

- Concuerta en que con fecha 05 de febrero de 2007 ambas partes suscribieron EL CONTRATO, precisando que, de conformidad con el numeral 7 de las Bases del Proceso de Adjudicación Directa Pública N° ADP-019-2006-ELECTROPERU, la forma de pago era contra entrega del Informe, efectuándose luego de la conformidad otorgada por el Supervisor de la entidad.
- Reconoce que existió un atraso en el inicio de las actividades de control, sin embargo, precisa que este atraso es exclusivamente imputable a ELECTROPERÚ quien, estando obligado a proporcionarle los equipos de medición necesarios para el inicio de estas actividades, exigía para la entrega de los mismos la contratación de las pólizas de seguros de INFORTUNIO y CONTRA TERCEROS que cubriera el riesgo por el desplazamiento de los mencionados equipos, las cuales no son otorgadas por ninguna compañía de seguros, de conformidad a lo señalado por EL INGENIERO en su Carta N° 019-ELECTROPERU-JRC-2008 que contiene el apercibimiento de resolución de EL CONTRATO. (véase Anexo 1.J de la Demanda)
- Contradice el hecho que el Primer Informe de Control haya sido entregado con fecha 19 de enero de 2008, precisando que este fue realmente entregado a ELECTROPERÚ el día 26 de octubre de 2007 mediante la Carta N° 007-ELECTROPERU-JRC-2007 (véase numeral 4.1 del acápite iv) "Medios Probatorios" de la Contestación de Demanda).
- Asimismo, señala que mediante la Carta N° 011-ELECTROPERU-JRC-2008 del 10 de enero de 2008 (ofrecida por el demandado mediante Escrito de fecha 12 de enero de 2009 y admitida como medio probatorio en su debida oportunidad) se presentó el levantamiento de las observaciones formuladas al Primer Informe de Control por ELECTROPERÚ, las cuales fueron puestas en conocimiento de EL INGENIERO a través de la Carta P-755-2007 del 30 de noviembre de 2007.
- Sostiene que, si existió un atraso en la entrega del Primer Informe de Control, este se debió a que, de conformidad con el ítem 3 de los Términos de Referencia de las Bases Integradas (véase Anexo 1.D de la Demanda), las coordenadas geográficas y geodésicas debían ser obtenidas a través de la utilización de GPS estacionarios y, además, estar certificadas por el Instituto Geográfico Nacional (IGN).

[Handwritten mark]

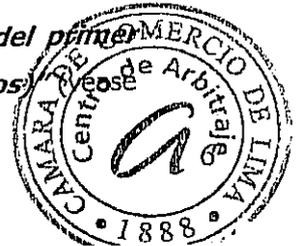
[Handwritten mark]

[Handwritten mark]



- Que, tuvo que transcurrir un plazo de tres meses y medio para la obtención de la información mencionada en el punto anterior, debido a que ésta solamente podía ser proporcionada por la NASA.
- Atendiendo a ello EL INGENIERO concluye que la demora en la obtención de las mencionadas coordenadas, necesarias para las actividades de control, no constituyó un atraso injustificado, sino que se debió a causas de fuerza mayor, conforme a lo indicado en su Carta N° 019-ELECTROPERU-JRC-2008 que contiene el apercibimiento de Resolución de EL CONTRATO (véase Anexo 1.D de la Demanda).
- EL INGENIERO señala que con fecha 03 de diciembre de 2007 habría presentado la Factura N° 002-00258 solicitando el pago correspondiente al Primer Informe de Control, cuya devolución fue solicitada a través de la Carta N° 017-ELECTROPERU/JRCB-2008 en vista a que ésta no había sido cancelada. (Véase Anexo 1.H de la Demanda)
- Que, mediante Carta N° 012-ELECTROPERU-2008 notificada con fecha 24 de enero de 2008, EL INGENIERO procedió a presentar por segunda vez la factura correspondiente al Primer Informe de Control. (véase Anexo 1.G de la Demanda)
- Reconoce que mediante Carta N° 017-ELECTROPERU/JRCB-2008 solicitó la devolución de las Facturas N° 00258 y 00282, pero a la vez precisa que esta solicitud se efectuó en vista a que ELECTROPERU no cancelaba las facturas emitidas en periodos tributarios vencidos, lo que obliga anular dichas facturas y emitir nuevos comprobantes de pago, procedimiento exigido por la misma área de contabilidad de la Entidad. En esta medida entonces, resulta falso afirmar que no se cumplió con presentar el expediente de pago.
- Destaca EL INGENIERO que en la comunicación mencionada en el punto anterior, nunca se desistió del cobro de la prestación ejecutada, sino que, por el contrario, dejó constancia del incumplimiento de la obligación ELECTROPERÚ de cancelar dicha prestación.
- Que, asimismo, el hecho que se haya solicitado la devolución de las facturas a fin de cumplir con un procedimiento de orden tributario exigido por el propio ELECTROPERÚ no significa el desistimiento del expediente de pago presentado el día 24 de enero de 2008.
- Precisa que el monto exigido por concepto de culminación del primer monitoreo a través de la Carta N° 019-ELECTROPERU-JRC-2008 fechada el 28 de febrero de 2008, solamente corresponde al 25% del monto del total de EL CONTRATO, y no el 70%, tal como se puede observar a partir del numeral 5 de las Conclusiones planteadas en dicha Carta:

"5. El consultor solicita el pago correspondiente a la culminación del primer monitoreo ascendente al 25% del monto del contrato. . (Ver anexos)



Anexo 1.J de la Demanda)

- Sobre la afirmación de ELECTROPERÚ respecto a que en la referida comunicación, EL INGENIERO hace referencia a otros conceptos no relacionados con la obligación de cancelar el Primer Informe de Control por un monto ascendente al 25% de EL CONTRATO, el demandado señala que esto se hizo a fin de advertir las inequidades económicas que vulneran el principio de equilibrio económico financiero de los contratos, esto, en la medida que EL INGENIERO tuvo que invertir el 70% de los recursos que implica la ejecución de la totalidad de EL CONTRATO, y por lo tanto, no resultaba equilibrado que se cancele solamente el 25% del mismo.
- Señala que es falso que no haya cumplido con presentar el expediente de pago debidamente conformado. En este sentido, indica que la factura correspondiente a la realización del Primer Informe de Control fue presentada por segunda vez el día 24 de enero de 2008 a través de la Carta N° 012-ELECTROPERU-2008 (véase 1.G de la Demanda) y que, de conformidad con la Cláusula Cuarta de EL CONTRATO, ELECTROPERÚ tenía un plazo de diez (10) días naturales para cumplir con efectuar el respectivo pago, es decir, hasta el día 03 de febrero de 2008.
- Que, debido a que la Factura N° 00282 no fue cancelada y al haber vencido el plazo para la declaración de emisión del comprobante de pago ante la Administración Tributaria, EL INGENIERO se vio obligado a anular dicha factura - exigencia proveniente de la misma oficina de contabilidad de ELECTROPERÚ-, para lo cual solicitó la devolución de la mencionada factura.
- Que, no obstante, entre la fecha de presentación de la Factura N° 00282 por segunda vez mediante la Carta N° 012-ELECTROPERU-2008 notificada con fecha 24 de enero de 2008 (véase Anexo 1.G), hasta la fecha de solicitud de devolución de la misma ocurrida el 26 de febrero de 2008 a través de la Carta N° 017-ELECTROPERU/JRCB-2008, transcurrieron veintidós (22) días posteriores al vencimiento de plazo con el que contaba ELECTROPERÚ para cancelar el monto correspondiente a la presentación del Primer Informe de Control.
- Reconoce que, mediante Carta N° 020-ELECTROPERÚ-JRC-2008 de fecha 10 de marzo de 2008, procedió a resolver EL CONTRATO debido al incumplimiento de pago a cargo de ELECTROPERÚ por la presentación del Primer Informe de Control.
- Como fundamento de derecho, se sustenta en los artículos 3° y 41° de la ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, así como en los artículos 1230°, 1361° y 1362° del Código Civil.

[Handwritten mark]

[Handwritten mark]

[Handwritten mark]



IV.- DE LA RECONVENCIÓN PLANTEADA POR EL INGENIERO.-

Del mismo modo, a través del Escrito de fecha 18 de diciembre de 2008, EL INGENIERO presentó Reconvención planteando como pretensión que el Tribunal Arbitral declare la nulidad, ineficacia y sin efecto legal alguno la Resolución de EL CONTRATO contenida en la Resolución de Gerencia N° G-032-2008.

EL INGENIERO sustenta su posición, entre otros, en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

- Que, EL CONTRATO suscrito por ambas partes el día 05 de febrero de 2007 dispone que la forma de pago a cargo de ELECTROPERÚ en contraprestación a la presentación de los cinco Informes de Control era contra entrega del Informe y se efectuaba luego de la conformidad otorgada por el Supervisor.
- Que, mediante Carta N° 007-ELECTROPERU-JRC-2007 notificada a ELECTROPERÚ con fecha 26 de octubre de 2007 (véase numeral 4.1 del acápite iv) "Medios Probatorios" de la Contestación de Demanda), EL INGENIERO presentó el Primer Informe de Control, al cual, mediante Carta P-755-2007 entregada el 03 de diciembre del mismo año, se le formularon diversas observaciones, las cuales fueron absueltas el día 10 de enero de 2008 a través de la Carta N° 011-ELECTROPERU-JRC-2008.
- Que, mediante la Carta N° 012-ELECTROPERU-2008 entregada con fecha 24 de enero, EL INGENIERO cumplió con presentar a ELECTROPERÚ el expediente de pago correspondiente al Primer Informe de Control, pago que a la fecha no ha sido cancelado.
- Que, el incumplimiento de la obligación contractual esencial a cargo de ELECTROPERÚ consistente en efectuar el pago del 25% del monto de EL CONTRATO generó que el plazo con el que contaba EL INGENIERO para declarar el comprobante de pago emitido venciera, por lo que, en cumplimiento de las propias disposiciones del área de contabilidad de ELECTROPERÚ, el demandado solicitó la devolución de las Factura N° 002-00282 y N° 002-282 a través de la carta N° 017-ELECTROPERU/JRBC-2008.
- Que, no obstante haber requerido el pago del 25% del monto contractual correspondiente a la entrega del Primer Informe de Control a través de la Carta N° 019-ELECTROPERU/JRBC-2008 y habiendo reconocido ELECTROPERÚ que adeuda dicho monto, a la fecha no ha cumplido con cancelarlo, lo que demuestra su mala fe al reconocer esta deuda por un lado y negar la causal de resolución de EL CONTRATO efectuada por el demandado.



- Que, en vista a dicho incumplimiento, EL INGENIERO remitió a ELECTROPERÚ la Carta N° 020-ELECTROPERU-JRC-2008 del 10 de marzo de 2008 a través de la cual resolvió EL CONTRATO.
- Como fundamento de derecho, se sustenta en los artículos 1° y 41° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – Decreto Supremo N° 083-2004-PCM, así como en los artículos 1361° y 1362° del Código Civil.

V. DE LA CONTESTACIÓN DE RECONVENCIÓN PRESENTADA POR ELECTROPERÚ.-

A través del Escrito de fecha 02 de febrero de 2009, ELECTROPERÚ presentó su Contestación a la Reconvención formulada por EL INGENIERO, negándola y contradiciéndola, sustentando su posición, entre otros, en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

- Se reafirma en su posición señalando que el Primer Informe de Control fue presentado el día 19 de enero de 2008 conforme se aprecia de la Carta s/n que corre como Anexo 1.E de su Escrito de Demanda, y no el 26 de octubre de 2007 como alega EL INGENIERO.
- Precisa que existe un orden de etapas en el procedimiento del pago, las que consisten, en primer lugar, en contar con la conformidad de la prestación y, posteriormente, realizar el pago propiamente dicho.
- Que, por ello, no se puede proceder al pago solamente habiendo sido presentada la factura correspondiente, sino que es necesario además contar con la respectiva conformidad para, a partir de ahí, empezar a computar el plazo de vencimiento para efectuar el pago.
- Que, ELECTROPERÚ no reconoce deuda alguna a favor de EL INGENIERO.
- Que, EL CONTRATO ha quedado resuelto mediante la Resolución de Gerencia General N° G-032-2008 por la causal de acumulación máxima de penalidad aplicable por mora en la ejecución de la prestación, causal contemplada en el artículo 225° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.
- Que, la resolución efectuada por ELECTROPERÚ ha quedado consentida por EL INGENIERO, al no haber este último iniciado el procedimiento de solución de controversias conforme a lo dispuesto en el artículo 53° de la Ley y en los artículos 227° y 273° de su Reglamento.
- Que, en efecto, la Resolución de Gerencia N° G-032-2008 de fecha 18 de marzo de 2008 fue notificada a EL INGENIERO el día 02 de abril de 2008 mediante Carta Notarial N° AL-296-2008



Handwritten signatures and initials on the left margin.

- Entonces, de acuerdo a lo estipulado en la Cláusula Décima de EL CONTRATO, el demandado contaba con un plazo de hasta quince (15) días hábiles para iniciar el procedimiento de solución de controversias, plazo que venció el día 23 de abril de 2008.
- Que, sin embargo, EL INGENIERO dejó transcurrir ocho (08) meses de notificada la Resolución de Gerencia N° G-032-2008, caducando de esta manera su derecho y a la vez acción para solicitar la nulidad de dicho acto administrativo.
- Señala que la resolución de EL CONTRATO efectuada por EL INGENIERO no ha quedado consentida por cuanto constituye materia controvertida del presente proceso arbitral, en consecuencia, dicha resolución no surte efecto legal alguno y por ende, EL CONTRATO no ha dejado de tener eficacia.
- Como fundamento de derecho, se sustenta en el artículo 53° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – Decreto Supremo N° 083-2004-PCM como también en los artículos 227° y 273° de su Reglamento. Asimismo, invoca los artículos 1371°, 2003° y 2004° del Código Civil.

VI. DE LA AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.-

Con fecha 19 de marzo de 2009 fue llevada a cabo la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos. En dicho acto, las partes no arribaron a ningún acuerdo conciliatorio.

Asimismo, en vista a que mediante Escrito presentado con fecha 26 de enero de 2009 ELECTROPERÚ interpuso excepciones de caducidad y de prescripción extintiva respecto a la Reconvención planteada por EL INGENIERO, el Tribunal Arbitral procedió a emitir su pronunciamiento disponiendo, a través de la Resolución N° 10, reservarse la potestad de decidir las excepciones planteadas al momento de emitirse el Laudo Arbitral.

Acto seguido, se procedió a fijar los siguientes puntos controvertidos:

De la Demanda:

- 1.- Determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia de la resolución del contrato materia del presente proceso, por Incumplimiento de pago, que fuera comunicada por el demandado a Electroperú S.A. mediante carta notarial N° 020-ELECTROPERÚ-JRC-2008, notificada el 14 de marzo de 2008.



De la Reconención:

2. Determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia de la resolución del contrato materia del presente proceso, que fuera comunicada por Electroperú S.A. al demandado, mediante Resolución de Gerencia N° G-032-2008 de 18 de marzo de 2008.

Punto Controvertido Común:

3. Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del proceso.

VII. OTRAS ACTUACIONES.-

- Mediante Resolución N° 12 de fecha 06 de abril de 2009, se citó a las partes a Audiencia de Pruebas a realizarse el día miércoles 22 de abril del mismo año.
- Con fecha miércoles 22 de abril de 2008, se llevó a cabo la Audiencia de Pruebas en la sede institucional del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, Audiencia que finalmente fue reprogramada para el día 12 de mayo de 2009 ante la ausencia del Contador General de ELECTROPERÚ.
- El día martes 12 de mayo de 2009 se llevó a cabo la Audiencia de Pruebas. En dicho acto, se procedió a tomar la declaración testimonial de las personas requeridas en el cuarto y quinto Considerando de la Resolución N° 12 del 06 de abril de 2009.
- Mediante Resolución N° 14 del 02 de junio de 2009, el Tribunal Arbitral concedió a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles a fin de presentar sus alegatos escritos y, de ser el caso, solicitar el uso de la palabra.
- Solamente ELECTROPERÚ presentó sus alegatos escritos a través del Escrito ingresado con fecha 12 de junio de 2009, reafirmando en los argumentos expuestos en su escrito de Demanda.
- Con fecha martes 23 de junio de 2009, fue llevada a cabo la Audiencia de Informe Oral, oportunidad en la cual el Tribunal Arbitral concedió a ambas partes el uso de la palabra.



VIII. PRONUNCIAMIENTO RESPECTO A LAS EXCEPCIONES DE CADUCIDAD Y PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA

8.1.- POSICIÓN DE ELECTROPERÚ

Mediante Escrito presentado con fecha 26 de enero de 2009, ELECTROPERÚ dedujo las Excepciones de Caducidad y Prescripción Extintiva respecto de la pretensión de la Reconvención efectuada por EL INGENIERO mediante Escrito presentado el 18 de diciembre de 2008, consistente en la declaración de nulidad de la Resolución de EL CONTRATO efectuada por ELECTROPERÚ a través de la Resolución de Gerencia General N° G-032-2008 por la causal prevista en el numeral 2) del artículo 225° del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

ELECTROPERÚ sustenta su posición, principalmente, en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

- Que, la resolución de EL CONTRATO efectuada por ELECTROPERÚ mediante Resolución de Gerencia General N° G-032-2008 basada en la causal de acumulación del monto máximo de penalidad por mora en la ejecución de la prestación contemplada en el numeral 2) del artículo 225° del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM fue notificada a EL INGENIERO por conducto notarial el día 02 de abril de 2008.
- Que, al no estar de acuerdo EL INGENIERO con la resolución contractual, de acuerdo a lo dispuesto en el numeral 10.1 de la Cláusula Décima de EL CONTRATO, el demandado debió iniciar el procedimiento de solución de controversias mediante el arbitraje.
- Que, según lo establecido en los artículos 227° del TUO del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince días hábiles siguientes de comunicada la resolución, siendo que vencido dicho plazo, se entenderá que la resolución del mismo ha quedado consentida.
- Que, dado que EL INGENIERO ha sido notificado de la resolución de EL CONTRATO con fecha 02 de abril de abril de 2008, en aplicación del plazo establecido en el artículo 227° del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, el demandado contaba hasta el día 23 de abril de 2008 para iniciar el procedimiento de solución de controversias a través del arbitraje, de conformidad con lo establecido en la Cláusula Décima de EL CONTRATO.



- No obstante, EL INGENIERO recién sometió la resolución contractual realizada por ELECTROPERÚ al presente proceso arbitral a través del escrito presentado con fecha 18 de diciembre de 2008, es decir, ha transcurrido más de ocho meses de notificada la mencionada resolución.
- Que, el plazo establecido en el artículo 227º del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM es uno de caducidad, conforme lo precisa el numeral 53.2 del artículo 53º del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM.
- Que, en consecuencia, la resolución de EL CONTRATO efectuada por EL INGENIERO, debido al transcurso del tiempo y a su propia inacción, ha quedado consentida, y además su derecho de acción ha caducado.
- Que, sin perjuicio de la caducidad que ha operado respecto de la pretensión y derecho de EL INGENIERO de someter la controversia surgida de la resolución contractual efectuada por ELECTROPERÚ al presente proceso arbitral, esta Entidad considera que también ha operado prescripción extintiva respecto a la acción de EL INGENIERO, quedando esta última extinguida.

8.2.- POSICIÓN DE EL INGENIERO

A través del Escrito Ingresado con fecha 12 de febrero de 2009, EL INGENIERO absolvió traslado de las Excepciones de Caducidad y Prescripción Extintiva deducidas por ELECTROPERÚ mediante su Escrito de fecha 26 de enero del mismo año, solicitando que las mismas sean declaradas improcedentes, sustentando su posición en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

- Precisa que EL CONTRATO quedó resuelto de puro derecho en la oportunidad en que EL INGENIERO resolvió EL CONTRATO mediante su Carta N° 020-ELECTROPERU-JRC-2008 notificada a ELECTROPERÚ con fecha 14 de marzo de 2008.
- Que, en vista a que EL CONTRATO quedó resuelto por EL INGENIERO, y además dado que la validez de dicha resolución contractual constituye materia controvertida del presente proceso arbitral, las excepciones de caducidad y de prescripción extintiva deben ser declaradas improcedentes.

Resolución N° 20

VISTOS: el Escrito presentado por ELECTROPERÚ con fecha 16 de enero de 2009 mediante el cual deduce las Excepciones de Caducidad y de Prescripción Extintiva, y el Escrito de EL INGENIERO ingresado con fecha



12 de febrero del mismo año, por el cual el demandado absuelve el traslado de las mencionadas Excepciones, y **CONSIDERANDO:**

PRIMERO: Que, la excepción de caducidad está dirigida a poner en conocimiento del Tribunal Arbitral la existencia de un vicio que afecta la relación jurídica procesal que causa su nulidad en relación a una determinada pretensión derivada de un derecho sustantivo, cuyo ejercicio, no obstante estar sujeto a un plazo de caducidad, ha sido demandado una vez agotado el mismo.

SEGUNDO: Que, de conformidad al artículo 2003° del Código Civil, la caducidad extingue el derecho y la acción correspondiente.

TERCERO: Que, no obstante, del citado artículo debe entenderse que la caducidad extingue el derecho sustantivo y el derecho que este Tribunal Arbitral se pronuncie sobre la pretensión más no extingue la acción misma, debido a que esta es de carácter abstracto, en otras palabras, "no requiere de un derecho sustancial o material que lo sustente o impulse, es decir, es un derecho continente, no tiene contenido; se realiza como exigencia, como demanda de justicia, como petición de derecho, con absoluta prescindencia de si este derecho tiene existencia".¹

CUARTO: Que, asimismo, el artículo 2004° del Código Civil que contiene el principio de legalidad en los plazos de caducidad, precisa que estos son fijados por la ley, sin admitir pacto en contrario.

QUINTO: Que, en esta línea, se tiene que el numeral 53.2 del artículo 53° del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM señala expresamente que "*Las controversias que surjan entre las partes, desde la suscripción del contrato, sobre su ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, según el acuerdo de las partes, debiendo solicitarse el inicio de estos procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato. Este plazo es de caducidad." (el subrayado es nuestro)*

SEXTO: Que, el artículo 43° del Decreto Supremo N° 083-2004-PCM señala que los contratos destinados a la contratación de servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada, lo cual no ha sucedido en el presente caso, en que solamente se ha presentado la primera de las cinco prestaciones a cargo de EL INGENIERO.

SÉTIMO: Que, en EL CONTRATO no existe acuerdo acerca del plazo en que las partes deberán dar inicio al procedimiento de arbitraje sobre alguna controversia derivada del mismo. En este sentido, el artículo 227° del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM establece que cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Asimismo, el citado artículo establece que vencido dicho plazo sin que haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado

1 HINOSTROZA MINGUEZ, Alberto. "Las Excepciones en el Proceso Civil" 3° Edición. Editorial San Marcos. Lima, 2000, p. 28.



consentida.

OCTAVO: Que, se puede apreciar que la Carta N° AL-296-2008 presentada como medio probatorio por EL INGENIERO mediante su Escrito de Contestación de Demanda, a través de la cual ELECTROPERÚ pone en conocimiento de EL INGENIERO de la resolución contractual efectuada por dicha Entidad, fue notificada con fecha 02 de abril de 2008.

NOVENO: Que, en consecuencia, en aplicación del artículo 227° del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM, el demandado contaba hasta el día 23 de abril de 2008 para iniciar el procedimiento de arbitraje respecto de la controversia derivada de la resolución de EL CONTRATO efectuada por ELECTROPERÚ. No obstante, EL INGENIERO solicitó la declaración de nulidad y/o ineficacia de la referida resolución recién mediante su Escrito de Contestación de Demanda y Reconvención presentada con fecha 18 de diciembre de 2008, es decir, casi ocho meses después de haber caducado su derecho de someter a arbitraje la referida controversia.

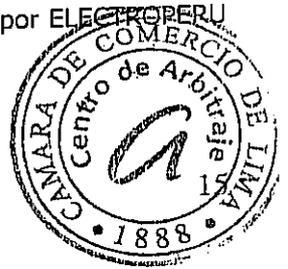
DÉCIMO: Que, por tanto, ha quedado plenamente acreditado que EL INGENIERO dejó transcurrir largamente el plazo de caducidad con el que contaba para someter a arbitraje la controversia derivada de la resolución contractual efectuada por ELECTROPERÚ, por lo que este Tribunal Arbitral considera atendible la excepción de caducidad planteada por ELECTROPERÚ.

UNDÉCIMO: Que, una vez acreditada la caducidad que ha operado respecto de la pretensión de declaración de nulidad y/o ineficacia de la Resolución de Gerencia General N° G-032-2008, carece de objeto pronunciarse sobre la excepción de prescripción extintiva toda vez que la caducidad y la prescripción extintiva son instituciones excluyentes en la medida que, mientras la primera extingue el derecho sustantivo y el derecho que este Tribunal se pronuncie sobre su pretensión, la prescripción extintiva solamente extingue lo segundo, por ende, no resulta procedente aplicar ambas instituciones al mismo tiempo. Es en este sentido que se pronuncia la Quinta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia en sentencia recaída en el Expediente N° 519-95: "(...) Siendo la prescripción y la caducidad dos instituciones no sólo distintas sino excluyentes, por cuanto, mientras la primera, sólo extingue la acción y, la segunda, no sólo extingue la acción sino además el derecho mismo, no es procedente aplicar ambas simultáneamente (...)" . En virtud a lo expuesto, este Tribunal Arbitral **RESUELVE:**

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la Excepción de Caducidad planteada por ELECTROPERÚ mediante su Escrito presentado con fecha 26 de enero de 2009 y, en consecuencia, extinguida la pretensión de declaración de nulidad y/o ineficacia de la resolución de EL CONTRATO efectuada por ELECTROPERÚ mediante la Resolución de Gerencia N° G-032-2008.

SEGUNDO: Declarar **IMPROCEDENTE** la Excepción de Prescripción Extintiva planteada por ELECTROPERÚ mediante su Escrito mencionado en el primer punto resolutive.

A



IX. DESARROLLO DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS.-

De la Demanda:

1.- Determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia de la resolución del contrato materia del presente proceso, por incumplimiento de pago, que fuera comunicada por el demandado a Electroperú S.A. mediante carta notarial N° 020-ELECTROPERU-JRC-2008, notificada el 14 de marzo de 2008.

CONSIDERANDO:

1. Que, la pretensión de ELECTROPERÚ se encuentra dirigida a cuestionar la validez de la resolución contractual efectuada por EL INGENIERO mediante Carta Notarial N° 020-ELECTROPERU-JRC-2008, notificada el 14 de marzo de 2008, sustentado su posición básicamente en el incumplimiento contractual de parte de EL INGENIERO consistente en no presentar el expediente de pago debidamente conformado, de acuerdo a los requisitos contemplados en la Cláusula Cuarta de EL CONTRATO.
2. Que, de acuerdo a lo dispuesto en la referida Cláusula Cuarta, la Entidad se encontraba obligada a abonar el monto correspondiente a la entrega del Primer Informe de Control dentro de los diez días naturales siguiente a la fecha de presentación del expediente de pago:

"CLÁUSULA CUARTA: MONTO DEL CONTRATO, FINANCIAMIENTO Y FORMA DE PAGO:

(...)

4.3 ELECTROPERÚ abonará el monto que corresponde al CONTRATISTA por sus prestaciones dentro de los diez (10) días naturales siguientes a la fecha de presentación del expediente de pago conformado por:

i) Factura (original y copia)

ii) Contrato (copia)

iii) Conformidad expedida por el Administrador del Contrato."

3. Que, por otra parte, en lo que respecta a la emisión de la conformidad de la prestación, la Cláusula Sexta de EL CONTRATO estipula lo siguiente:

***"CLÁUSULA SEXTA: OBLIGACIONES DE LAS PARTES
6.2 DE ELECTROPERÚ:***



Aprobar y realizar el pago correspondiente al CONTRATISTA en el plazo establecido en la cuarta cláusula del presente contrato."

4. Que, de esta cláusula se desprende que el plazo de diez días a que hace referencia la **Cláusula Cuarta** es el previsto contractualmente no sólo para proceder con el pago del monto correspondiente a la prestación sino también para emitir el pronunciamiento respectivo a la conformidad a ser expedida por el Administrador de EL CONTRATO.
5. Mediante Carta N° 012-ELECTROPERU-2008 notificada el día 24 de enero de 2008 (ver anexo 1.G de la Demanda), EL INGENIERO requiere la cancelación del importe correspondiente a la presentación del Primer Informe de Control el cual, según el numeral 7 de los Términos de Referencia, correspondía al 25% del monto de EL CONTRATO. ⁽²⁾³
6. Que, en esta misma oportunidad EL INGENIERO remite la copia de EL CONTRATO y la Factura N° 002-00282, cumpliendo de esta forma con presentar los dos primeros componentes del expediente de pago contemplados en la Cláusula Cuarta de EL CONTRATO anteriormente citado.
7. Que, en este sentido, para la correcta conformación del expediente de pago de acuerdo a lo dispuesto en la Cláusula Cuarta, solamente restaba la expedición de la "conformidad del servicio", cuya emisión era de responsabilidad de la administración de EL CONTRATO, es decir, se encontraba a cargo de la Gerencia de Producción de ELECTROPERÚ (cargo ejercido por el Ingeniero José Barbe Plucker) conforme a lo previsto en la cláusula novena:

"CLÁUSULA NOVENA: CONDICIONES GENERALES

9.1 ADMINISTRACIÓN DEL CONTRATO

La administración del presente contrato estará a cargo de la Gerencia de Producción de ELECTROPERÚ que es responsable de dar la conformidad a las prestaciones, verificando la calidad y el cumplimiento de las condiciones contractuales."

8. Que, este tercer y último requisito se configuró a través del documento PMP-036-2008 (presentando por ELECTROPERU a requerimiento del Tribunal Arbitral mediante escrito de fecha de 2 de julio de 2009), expedido por el Jefe de Recurso Hídrico y remitido a la Jefatura del Centro de Producción Mantaro de ELECTROPERÚ con fecha 22 de enero de 2008, el cual literalmente señala lo siguiente:

2 7. MONEDA Y FORMA DE PAGO

La forma de pago es contra entrega del informe y se efectúa luego de la conformidad otorgada por el supervisor de acuerdo al siguiente cronograma: Primer Informe (25% del monto contractual) (...)

- 3 Nótese que conforme se aprecia del Anexo 1-E contenido en la Demanda Arbitral mediante comunicación s/n de fecha de enero de 2008 e Ingresada a ELECTROPERU con fecha 19 de enero de 2008 el INGENIERO ya había levantado las observaciones formuladas a su primer Informe.



"Mediante el presente comunico a su Despacho que el Contratista Ing.º Juan Robert Cuellar Barrera ha absuelto las observaciones formuladas por ELECTROPERU S.A. con los documentos b y d) de la referencia, debiendo su Despacho autorizar el primer pago del "Servicio de Controles Geotécnicos, Procesamiento y Evaluación de Información del Derrumbe N° 5, Laria, Pilchaca y Otros al Entorno del Embalse Tablachaca".

- 9. Que, si bien es cierto que la conformidad fue expedida por el Jefe de Recurso Hídrico y no por la Gerencia de Producción, **a través de la Carta AL-260-2008 ELECTROPERÚ** reconoció que fue a través de dicho documento que ELECTROPERÚ otorgó la referida conformidad al Primer Informe elaborado por EL INGENIERO:

"- ELECTROPERU S.A., con fecha 22.01.2008, mediante documento PMP-036-2008 aprobó el Primer Informe presentado por su representada, mientras que el 06.02.2006 se venció el plazo contractual previsto en el Contrato con la ejecución de solo uno de los cuatro controles previstos originalmente." (el subrayado es nuestro - extracto de la Carta AL 260-2008)

- 10. En tal sentido, atendiendo a que la Carta N° 012-ELECTROPERU-2008 (conteniendo las facturas y el contrato) fue presentada a ELECTROPERÚ el día 24 de enero de 2008 y que a dicha fecha ya se contaba con la conformidad de ELECTROPERÚ (último requisito para que proceda el primer pago), en aplicación de la cláusula cuarta de el CONTRATO, ésta Entidad contaba con un plazo de 10 días calendario para proceder a efectuar el pago (plazo que concluía indefectiblemente 04 de febrero del mismo año).

- 11. Que de acuerdo a una revisión de los actuados puede advertirse que pese a que le asistía el derecho a el INGENIERO de hacerse cobro del primer pago correspondiente a la presentación del Primer Informe, este no aconteció, evidenciándose con ello el incumplimiento de ELECTROPERÚ en cuanto a ejecutar la prestación a su cargo.

- 12. Que, habiendo quedado acreditado el incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de ELECTROPERÚ, a efectos de determinar si la resolución efectuada por EL INGENIERO ha sido válidamente efectuada, no conteniendo vicios de nulidad, en este punto resulta necesario verificar que el procedimiento de resolución se haya ceñido a lo dispuesto contractualmente así como a lo contemplado en el Decreto Supremo N° 083-2004-PCM y Decreto Supremo N° 084-2004-PCM.

- 13. Al respecto, la Cláusula Octava de EL CONTRATO contempla las causales imputables a ELECTROPERÚ por las cuales el Contratista podía resolver EL CONTRATO, entre las cuales figura



Incumplimiento de pago:

"CLÁUSULA OCTAVA: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

(...)

**8.2 CAUSALES IMPUTABLES A ELECTROPERÚ
POR INCUMPLIMIENTO DEL PAGO DENTRO DEL PLAZO ESTABLECIDO EN EL
PRESENTE CONTRATO siempre que el CONTRATISTA haya cumplido con sus
obligaciones y emplazado previamente a ELECTROPERÚ mediante carta
notarial y éste no haya subsanado su incumplimiento."**

14. Atendiendo a lo dispuesto por el propio CONTRATO, la resolución del mismo operaba siempre que el Contratista hubiese cumplido con sus obligaciones (hecho que se encuentra acreditado con el Informe PMP-036-2008 mediante el cual el propio ELECTROPERÚ dio su plena conformidad a la primera prestación de EL CONTRATO), y que el Contratista hubiese previamente requerido a ELECTROPERÚ mediante Carta Notarial el cumplimiento de su prestación y éste pese a ello no hubiese cumplido.
15. El procedimiento de resolución de EL CONTRATO adicionalmente se encuentra complementado con lo dispuesto en el artículo 226° del Decreto Supremo N° 084-2004-PCM:

"Artículo 226.- Procedimiento de resolución de contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la adquisición o contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, mediante carta notarial."

16. Que, de conformidad con el artículo anteriormente citado (y concordado con la Cláusula Octava de EL CONTRATO), constituyen requisitos para que la resolución sea concebida como válida y efectiva (además de verificarse la causal de resolución), los siguientes aspectos:



- a) Que la parte que desee poner fin a EL CONTRATO requiera a la otra mediante Carta Notarial, otorgándole un plazo mínimo de cinco días a fin que esta dé cumplimiento a dicho requerimiento.
- b) Que la parte requerida no haya subsanado su incumplimiento dentro del plazo otorgado.

17. Que, conforme puede apreciarse de los actuados, mediante Carta Notarial N° 019-ELECTROPERU-JRC-2008 notificada a la Entidad con fecha 03 de marzo de 2008, EL INGENIERO formaliza el requerimiento del pago correspondiente a la presentación del Primer Informe de Control, otorgándole a ELECTROPERU un plazo de cinco días calendario a fin que procediera a dar cumplimiento a este requerimiento, bajo apercibimiento de resolver EL CONTRATO. En consecuencia, EL INGENIERO cumplió con el primer requisito exigido por la normatividad y por el contrato para efectuar una correcta resolución del mismo.

18. Que, ante el requerimiento efectuado por EL INGENIERO, ELECTROPERÚ no procedió a satisfacer la prestación a su cargo.

19. Contrariamente a ello, una vez vencido el plazo otorgado por EL INGENIERO, con fecha 11 de marzo ELECTROPERÚ remitió la Carta AL-260-2008 en la que simplemente se limitó a informar a EL INGENIERO respecto de la aplicación de una penalidad por una supuesta mora en la ejecución de la prestación sustentando su decisión en que EL INGENIERO habría incumplido la obligación contractual de dar inicio a la prestación y a presentar el Primer Informe de Control – y los respectivos levantamientos de observaciones- dentro del plazo contractual. No obstante ello, a través de la referida comunicación ELECTROPERÚ obvia en tomar una posición respecto al requerimiento que en sí se le había efectuado (entorno al pago que se había devengado producto de presentación del Primer Informe y de su correspondiente conformidad con el mismo).



20. Atendiendo a ello a través de la remisión de la Carta AL-260-2008, ha quedado suficientemente acreditado que ELECTROPERÚ no sólo no dio cumplimiento al requerimiento efectuado por EL INGENIERO mediante la Carta N° 019-ELECTROPERU-JRC-2008 sino que además, no emitió pronunciamiento alguno respecto a por qué razón en todo caso se negaba a efectuar el pago exigido por EL INGENIERO.

h.

21. Nótese que en el referido documento, ELECTROPERÚ no sustenta su posición de "no pago" o en todo caso, no se excusa de su incumplimiento argumentando problemas en cuanto al mantenimiento de todos los componentes del expediente de pago (mantenimiento de facturas) o indebido requerimiento de pago. Obsérvese que estos argumentos recién aparecen con ocasión del inicio del presente procedimiento arbitral y no dentro del procedimiento de resolución de EL CONTRATO.



22. En efecto, recién con la interposición de la demanda, ELECTROPERÚ se sustenta en una serie de hechos tendientes a excusar ante esta instancia su incumplimiento en el pago, los mismos que pueden resumirse en dos argumentos centrales: (i) retiro de facturas del expediente (con lo cual ELECTROPERÚ invoca la excepción de incumplimiento), e (ii) indebido requerimiento de parte de EL INGENIERO.
23. Con relación al primer argumento (retiro de facturas del expediente de pago y aplicación de la excepción de incumplimiento) se tiene lo siguiente:
- a) EL INGENIERO sostiene en su Escrito de Demanda que, ante el incumplimiento de ELECTROPERÚ de satisfacer la contraprestación pactada por la presentación del Primer Informe de Control, mediante Carta N° 017-ELECTROPERU/JRCB-2008 notificada a la Entidad con fecha 26 de febrero de 2008, éste solicitó la devolución de las facturas N° 002-00258 y N° 002-00282.
 - b) Que en ese orden de hechos, ELECTROPERÚ procedió a devolver las facturas mencionadas en el párrafo anterior a través del documento P-155-2008 el 01 de marzo de 2008.
 - c) Que, en este sentido, ELECTROPERÚ sostiene que EL INGENIERO al haber retirado uno de los componentes del expediente de pago (quedando de esta forma dicho expediente incompleto), éste no cumplió con una de sus obligaciones contractuales, cual era la de presentar el expediente de pago debidamente conformado de acuerdo a lo dispuesto en la Cláusula Cuarta de EL CONTRATO.
 - d) Que, al respecto este Tribunal no comparte la posición de ELECTROPERÚ. Nótese que la obligación de ELECTROPERÚ de efectuar el pago correspondiente a EL INGENIERO nació el 24 de enero de 2008 toda vez que a esa fecha EL INGENIERO ya había cumplido con remitir, a través de la Carta N° 011-ELECTROPERU-JRC-2008, la Factura N° 002-282 y la copia de EL CONTRATO, incurriendo ELECTROPERÚ en incumplimiento contractual a partir del 05 de febrero de 2008 al no haber efectuado el pago correspondiente dentro del plazo de diez días naturales pactado en la Cláusula Cuarta de EL CONTRATO.
 - e) Por otra parte debe observarse que el hecho de que el expediente de pago no estuviese completo a la fecha del requerimiento no se debió a la voluntad o a un hecho imputable al EL INGENIERO sino más bien surgió debido a la propia inacción de ELECTROPERÚ de hacer frente a sus obligaciones de pago dentro de los plazos pactados.
 - f) Del mismo modo, en lo que respecta a este extremo, en caso ELECTROPERÚ hubiese considerado que resultaba ineludible la previa presentación por tercera vez de la factura correspondiente para recién, a partir de ello proceder con el pago, de manera diligente



debió haber precisado al momento en que EL INGENIERO efectuó el requerimiento, hecho que en la práctica no aconteció.

g) Finalmente, por las razones expuestas en los literales precedentes, se concluye que no es aplicable al caso de autos, la excepción de incumplimiento invocada por Electroperú a mérito de lo dispuesto por el artículo 1426 del Código Civil, debido a que el presupuesto de ésta excepción es el riesgo o inexistencia de garantía de cumplimiento de la obligación pendiente cuyo pago se reclama; supuesto de hecho que no se da en este caso, en razón que la obligación de pago de Electroperú se encontraba plenamente garantizada con la ejecución y presentación del Informe No. 1 realizado por EL INGENIERO y que incluso contaba con la aprobación y conformidad de ELECTROPERU, conforme éste último lo ha reconocido en su Carta No. 260 presentada a éste Tribunal Arbitral.

24. Que, con relación al segundo argumento empleado por ELECTROPERU dentro del procedimiento arbitral para sostener su posición de no pago, esta parte refiere que a través de la Carta Notarial N° 019-ELECTROPERU-JRC-2008, EL INGENIERO exigió la cancelación de conceptos que no guardaban relación con la prestación del servicio de la elaboración del Primer Informe de Control, tales como los que se describen en los puntos 1), 2), 3) y 4) de la referida misiva, así como que el monto exigido correspondiente a la elaboración del Primer Informe de Control ascendía al 70% y no al 25% del monto contractual conforme así se había pactado.

25. Al respecto, y sin perjuicio de que este argumento en ningún momento fue puesto en conocimiento de EL INGENIERO dentro del procedimiento de resolución de contrato, el Tribunal Arbitral considera que, conforme se aprecia en el punto 5. del rubro "CONCLUSIONES" de la carta notarial N° 019-ELECTROPERU-JRC-200 EL INGENIERO a través de su misiva claramente requirió el pago del 25% del monto de EL CONTRATO y no el 70% como así lo manifiesta ELECTROPERU:

"CONCLUSIONES:

(...)

5. El consultor solicita el pago correspondiente a la culminación del primer monitoreo ascendente al 25% del monto del contrato..(Ver anexos)" (El subrayado es nuestro)

26. Que, en tal sentido, independientemente que los demás requerimientos estén o no estén vinculados a las prestaciones contractuales o sean o no sean causales de resolución de EL CONTRATO, lo cierto es que, el requerimiento efectuado en el numeral 5 de la referida misiva sí constituía una causal de resolución.

27. Finalmente, en este punto resulta necesario precisar que no corresponde a este Tribunal Arbitral pronunciarse si corresponde o no el pago de los demás conceptos exigidos por EL INGENIERO



través de la Carta N° 019-ELECTROPERU-JRC-2008 (precisados en los numerales 1 al 4 de la referida misiva, dado que, conforme a los puntos controvertidos establecidos en el presente proceso arbitral, este Colegiado solamente se encuentra facultado a determinar si la resolución en sí (efectuada por el Contratista) fue válida, es decir, si le asistió el derecho de EL INGENIERO a requerir el pago a ELECTROPERÚ por el servicio prestado, si dentro del procedimiento de Resolución se cumplieron los requisitos formales para la constitución en mora del deudor, y la posterior declaración resolutoria.

28. Que, en conclusión y atendiendo a los aspectos analizados en los considerandos precedentes este Tribunal Arbitral considera que la resolución contractual efectuada por EL INGENIERO se realizó de acuerdo a lo dispuesto a nivel contractual y a la normatividad de la materia, no pudiendo observar elementos de hecho y de derecho que pudieran haber viciado en absoluto el acto resolutorio.

2.- Determinar si corresponde declarar la nulidad e ineficacia de la resolución del contrato materia del presente proceso, que fuera comunicada por Electroperú S.A. al demandado, mediante Resolución de Gerencia N° G-032-2008 de 18 de marzo de 2008.

CONSIDERANDO:

29. Que, mediante Resolución N° 20, este Tribunal Arbitral resolvió declarar fundada la excepción de caducidad Interpuesta por ELECROPERÚ mediante Escrito presentado con fecha 26 de enero de 2009 y, en consecuencia, extinguida la pretensión procesal planteada por EL INGENIERO en su Escrito de Reconvencción ingresado con fecha 18 de diciembre de 2008.

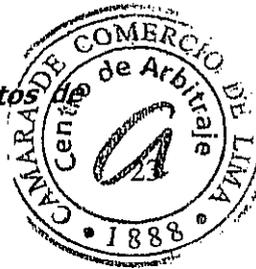
30. Que, en virtud a ello, se ha extinguido el derecho de EL INGENIERO que este Tribunal Arbitral se pronuncie sobre la nulidad e ineficacia de la resolución contractual efectuada por ELECTROPERÚ mediante Resolución de Gerencia General N° G-032-2008 de fecha 18 de marzo de 2008.

3.- Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del proceso.

CONSIDERANDO:

31. De acuerdo a lo dispuesto por el Artículo 52° del de la Ley General de Arbitraje, Ley N° 26572, el Tribunal Arbitral debe pronunciarse (sin perjuicio que así sea solicitado por las partes) sobre los gastos del Arbitraje:

"Artículo 52°.- Los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre los gastos



Arbitraje, teniendo presente de ser el caso, lo pactado en el convenio. Los gastos incluyen, pero no se limitan, a las retribuciones de los árbitros y de los abogados de las partes; las retribuciones del secretario que se hubiera nombrado, si éste no fuese árbitro; los gastos de protocolización del laudo, cuando se hubiera pactado; y, en su caso, la retribución a la institución arbitral. (...)

Si el convenio no contiene pacto alguno sobre gastos, los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre su condena o exoneración, tomando en consideración el resultado o sentido del mismo.

Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones, entendiéndose como comunes las de los árbitros, la del secretario, si éste no fuera árbitro, y la de la institución arbitral. (...)"

32 Que, el Tribunal Arbitral, teniendo en consideración el sentido del Laudo y atendiendo a que en virtud de las conclusiones arribadas se ha podido observar un claro incumplimiento por parte de ELECTROPERÚ en cancelar las prestaciones económicas a su cargo, lo que motivó la resolución contractual efectuada por EL INGENIERO, la misma que constituye materia controvertida objeto del presente proceso arbitral, concluye en que corresponde a ELECTROPERÚ asumir la totalidad de los gastos arbitrales, que de conformidad con lo previsto en el artículo 52º antes citado (y en aplicación al presente procedimiento) se encuentran compuestos por:

- a) Los honorarios del Tribunal Arbitral.
- b) Los honorarios del Secretario Arbitral.
- c) Los honorarios de la parte ganadora en su defensa (cuyo monto en todo caso deberá acreditarse en la etapa de ejecución del Laudo Arbitral).

RESOLUTIVA.-

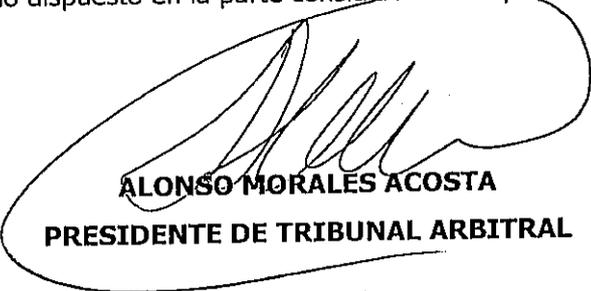
Que, en virtud a los considerandos precedentes el Tribunal Arbitral **RESUELVE:**

PRIMERO: A la Pretensión Principal planteada por ELECTROPERÚ: se declara INFUNDADA y en consecuencia, válida y eficaz la resolución del Contrato "Servicio de Controles Geotécnicos, Procesamiento y Evaluación de Información del Derrumbe 5, Laria, Pilchaca y Otros al Entorno del Embalse Tablachaca" efectuada por EL INGENIERO mediante Carta N° 020-ELECTROPERU-JRC-2008 notificada a ELECTROPERÚ con fecha 14 de marzo de 2008.



SEGUNDO: A la Pretensión Principal planteada por EL INGENIERO en vía de Reconvención: se declara IMPROCEDENTE.

TERCERO: Ordenar a Empresa Electricidad del Perú - ELECTROPERÚ S.A. a cancelar la totalidad de los gastos arbitrales, conforme a lo dispuesto en la parte considerativa del presente proceso arbitral.



ALONSO MORALES ACOSTA
PRESIDENTE DE TRIBUNAL ARBITRAL

Vilma A. Luna Inga
VILMA LUNA INGA
ÁRBITRO

JHANETT SAYAS ORACAJA
ÁRBITRO



SANDRO ESPINOZA QUIÑONES
SECRETARIO ARBITRAL

