

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR ENERGÍA HIDRO S.A.C. CON EL MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS, ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL INTEGRADO POR EL DR. IVÁN GALINDO TIPACTI, PRESIDENTE, EL DR. JUAN HUAMANÍ CHÁVEZ Y EL DR. WEYDEN GARCÍA ROJAS, ÁRBITROS.

RESOLUCIÓN N° 18

I. LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN

El presente Laudo Arbitral se expide en la ciudad de Lima a los once días del mes de setiembre del año dos mil doce.

II. LAS PARTES

Demandante:

Energía Hidro S.A.C.

En adelante **EL CONTRATISTA, HIDRO o EL CONSORCIO**

Demandado:

Ministerio de Energía y Minas.

En adelante **EL MINISTERIO o LA ENTIDAD.**

Tribunal Arbitral:

Dr. Iván Galindo Tipacti - Presidente del Tribunal.

Dr. Juan Huamaní Chávez - Árbitro.

Dr. Weyden García Rojas - Árbitro.

Secretaría Arbitral:

Dr. Aldo Vites Arciniega, Secretario Ad Hoc.

III. ANTECEDENTES Y TRÁMITE ARBITRAL

EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

Con fecha 31 de marzo de 2010, HIDRO y EL MINISTERIO, suscribieron el Contrato de Concesión para el Suministro de Energía Renovable al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional.

En la cláusula Décimo Segunda del Contrato antes referido, se estipuló que todas las controversias no técnicas cuya cuantía sea igual o menor a Veinte Millones de Dólares (US\$ 20'000,000.00) o su equivalente en moneda nacional, o que no puedan ser cuantificadas o apreciables en dinero, serán resueltas mediante arbitraje nacional de derecho, a través de un procedimiento tramitado de conformidad con el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyas normas las partes se someten incondicionalmente, siendo de aplicación supletoria la Ley de Arbitraje.

DESIGNACION DE ARBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Al haberse suscitado una controversia entre las partes, HIDRO designó como árbitro al Dr. JUAN HUAMANÍ CHÁVEZ; asimismo, EL MINISTERIO designó como árbitro al Dr. WEYDEN GARCÍA ROJAS.

Posteriormente, ambos acordaron designar como Tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral al Dr. IVÁN GALINDO TIPACTI.

DESARROLLO DEL PROCESO

Con fecha 28 de Junio de 2011, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, en la sede institucional del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. En dicha diligencia, los miembros del Tribunal Arbitral, integrado por los doctores Iván Galindo Tipacti, en su calidad de Presidente, Juan Huamaní Chávez y Weyden García Rojas, en su calidad de árbitros, declararon que han sido debidamente designados, conforme a lo dispuesto en el convenio arbitral contenido en la Décimo Segunda del Contrato.

Asimismo, en la referida audiencia, el Tribunal Arbitral otorgó a HIDRO un plazo de diez (10) días hábiles de notificada la correspondiente acta, a fin de que dicha parte cumpla con presentar su respectiva demanda arbitral.

Luego, con fecha 13 de julio de 2011, HIDRO cumplió con presentar su escrito de demanda arbitral, proponiendo como sus respectivas pretensiones las siguientes:

- A. Se declare la nulidad y/o ineficacia del acto de ejecución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, en razón que no se incumplió el "Cierre Financiero", término que es utilizado por la Entidad contratante y que no se encuentra conceptualizado en el Contrato, y por otra parte, dicha ejecución de la mencionada Carta Fianza no se encuentra amparada en la Cláusula 9) y sus respectivas Sub Cláusulas del Contrato: "Ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento", en consecuencia se devuelva o se pague el monto ejecutado ilegalmente de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento ascendente a la suma de US\$ 500,000.00 (Quinientos Mil Dólares Americanos).
- B. Se declare la nulidad y/o ineficacia del Oficio Notarial Nº 337-2011/MEM-DGE de fecha 17.03.2011, en el mismo que la Entidad contratante, nos resuelve el Contrato de manera arbitraria y sin tener sustento jurídico, puesto que al ejecutar la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, se suspendió nuestra aprobación de Crédito obtenida por el Banco Continental, lo cual nos impidió continuar con las obligaciones contractuales, por lo que está demostrado que mi representada no tiene responsabilidad en el incumplimiento del Contrato, por lo que no se configura las causales de resolución establecida en el ítem 9: "Causales de Resolución de Contrato" de las bases.
- C. Se ordene la Continuación de la vigencia del Contrato de Concesión y, en consecuencia, la continuación de la ejecución del Contrato de Concesión, ello en mérito a la cláusula 12.6) del Contrato, la misma que señala lo siguiente: "(...) durante el desarrollo del arbitraje las partes continuarán con la ejecución de sus obligaciones contractuales, en la medida en que sea posible, inclusive con aquellas materia de arbitraje (...)"

- D. La obligación por parte de la Entidad contratante de dar suma de dinero (pago), correspondiente a los trabajos preliminares que fueron ejecutados, hasta la fecha en que se procedió de manera ilegal la ejecución de la Carta Fianza, por un monto ascendiente a la suma de US\$ 380,250.00 (Trescientos Ochenta Mil Doscientos Cincuenta Dólares Americanos), para que no constituya enriquecimiento indebido o acto in reverso, al amparo del artículo 1954º del Código Civil, más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.
- E. La obligación por parte de la Entidad de restituirnos el plazo de ejecución de las obras correspondientes al Contrato de Concesión, a partir o desde el 4 de diciembre de 2010; fecha en que de manera arbitraria e ilegal, se procedió a ejecutar nuestra carta fianza de Fiel Cumplimiento a cargo del BANCO INTERBANK, por el importe de US\$ 500,000.00 que ocasionó la paralización de los trabajos que se venían ejecutando.
- F. La obligación por parte de la Entidad contratante, de dar suma de dinero (pago) de los costos (honorarios de abogado), y costas (gastos del proceso: honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral) derivados del presente proceso, más los intereses hasta la fecha de su pago.
- G. Se reconozca y ordene el pago por los daños y perjuicios al haberse excedido los plazos contractuales, los mismos que no se pueden recuperar por la desidia de la Entidad contratante, la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias como el perjuicio causado por gastos de pagos a empresas asesoras para el arbitraje, tal y como lo estipula los artículo 1969º y 1985º del Código Civil.

Mediante Resolución N° 1 de fecha 26 de julio de 2011, este colegiado admitió a trámite la referida demanda arbitral, poniendo la misma en conocimiento del MINISTERIO a fin de que, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, cumpliese con contestarla y, de considerarlo conveniente, formule reconvenCIÓN.

Atendiendo a ello, mediante escrito de fecha 24 de agosto de 2011, el MINISTERIO cumplió con presentar su escrito de contestación de demanda. Asimismo, en el referido escrito, el MINISTERIO formuló excepción de falta de legitimidad para obrar activa de HIDRO, toda vez que dicha parte no habría acreditado que haya pagado a INTERBANK la suma de US\$ 500,000.00 (Quinientos Mil y 00/100 Dólares Americanos), correspondiente a la Carta Fianza N° 49187-1.

Mediante Resolución N° 2 de fecha 2 de setiembre de 2011, el Tribunal Arbitral admitió a trámite la contestación de demanda presentada por el MINISTERIO. Asimismo, en relación a la excepción de falta de legitimidad para obrar planteada por dicha parte, previo a emitir el pronunciamiento correspondiente, el Tribunal Arbitral resolvió correr traslado de la misma a fin de que HIDRO, en un plazo no mayor de diez (10) días hábiles, cumpliese con manifestar lo conveniente a su derecho.

Mediante escrito presentado con fecha 5 de octubre de 2011, HIDRO cumple con absolver el traslado conferido mediante la citada Resolución N° 2, pronunciándose además sobre lo esgrimido por el MINISTERIO en su respectiva contestación a la demanda, contradiciéndolo en todos sus efectos.

Al respecto, mediante Resolución N° 3 de fecha 26 de octubre de 2011, este colegiado tuvo por absuelto el traslado conferido por parte de HIDRO en relación a la excepción formulada por su contraria. Además, resolviendo reservar el pronunciamiento en relación a dicha excepción, para el momento de Laudar.

Cabe precisar, además, en la misma Resolución N° 3 de fecha 26 de octubre de 2011, este colegiado dispuso citar a las partes a la celebración de la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el miércoles 7 de diciembre de 2011, a horas 4:30 p.m., en el local institucional del Centro.

Al respecto, en la fecha, lugar y hora indicados se llevó a cabo la referida Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de medios probatorios, en cuya diligencia se dispuso lo siguiente:

AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

CONCILIACIÓN:

El Tribunal Arbitral inició el diálogo entre las partes a fin de propiciar entre ellas la posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio. En este acto, y luego de que el Tribunal Arbitral explicara a las partes las ventajas de llegar a un acuerdo conciliatorio y les invocara para hacer este esfuerzo, los representantes de cada una de ellas hicieron uso de la palabra señalando que por ahora no les es posible arribar a un acuerdo conciliatorio.

No obstante, se dejó abierta la posibilidad de que las partes logren entablar un acuerdo conciliatorio en cualquier etapa del arbitraje.

FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

A continuación, y de conformidad con lo establecido en el literal a) del artículo 42º del Reglamento de Arbitraje del Centro, el Tribunal Arbitral procedió a determinar las cuestiones materia de pronunciamiento en los siguientes términos:

- 1) Analizar si corresponde que se declare la nulidad o ineficacia del acto de ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento, en razón que no se incumplió el “Cierre Financiero”, término que es utilizado por la entidad contratante y que no se encuentra conceptualizado en el contrato.
- 2) Analizar si corresponde que se devuelva o se pague el monto ejecutado de la carta fianza de fiel cumplimiento.
- 3) Analizar si corresponde que se declare la nulidad o ineficacia del oficio Notarial N° 337-2011/MEM-DGE de fecha 17 de marzo de 2011, por medio del cual se resolvió el contrato de concesión.

- 4) Analizar si corresponde que se ordene la continuación del contrato de concesión.
- 5) Analizar si corresponde que se ordene al Ministerio de Energía y Minas el pago de US\$ 380,250.00 (Trescientos Ochenta Mil Doscientos Cincuenta y 00/100 Dólares Americanos), correspondientes a los trabajos preliminares ejecutados hasta la fecha en que se procedió a la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento.
- 6) Analizar si corresponde que se ordene al Ministerio de Energía y Minas la restitución del plazo de ejecución de las obras correspondientes al Contrato de Concesión, a partir del 4 de diciembre de 2010, fecha en la que se ejecutó la carta fianza de fiel cumplimiento.
- 7) Analizar si corresponde que, se ordene al Ministerio de Energía y Minas el pago de costas y costos derivados del presente caso arbitral.
- 8) Analizar si corresponde que se reconozca y ordene el pago por daños y perjuicios que se habrían generado a Energía Hidro S.A.C. por haberse excedido del plazo señalado en el Contrato.

ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Seguidamente, y de conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 42º del Reglamento de Arbitraje del Centro, el Tribunal Arbitral procedió a admitir los siguientes medios probatorios:

De la parte Demandante:

Se admiten los siguientes medios probatorios ofrecidos por Energía Hidro S.A.C.:

En su escrito de demanda presentada el 13 de julio de 2011, detallados en el acápite "V. MEDIOS PROBATORIOS" y adjuntos en los anexos A, B, C, D, E, F, G, H, I, J, K, L, M, N, Ñ, O, P, Q, R, S, T, U, V y W.

De la parte Demandada:

Se admiten los siguientes medio probatorios ofrecidos por el Ministerio de Energía y Minas:

En su escrito de contestación de demanda presentado el 24 de agosto de 2011, detallados en el primer otrosí y adjuntos en los anexos 1-A, 1-B, 1-C, 1-D; 1-E; 1-F; 1-G; 1-H; 1-I; 1-J; 1-K y 1-L.

PRUEBAS DE OFICIO

Adicionalmente, el Tribunal Arbitral se reserva el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere conveniente, al amparo de lo establecido en el artículo 43º del Decreto Legislativo N° 1071.

Con fecha 6 de diciembre de 2011, el MINISTERIO propuso determinadas cuestiones a ser consideradas como puntos controvertidos del presente arbitraje.

Al respecto, mediante Resolución N° 4 de fecha 20 de diciembre de 2011, habiéndose realizado la referida audiencia en una fecha anterior, este Tribunal Arbitral dispuso estar a lo expuesto en la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios en lo que a la fijación de los puntos controvertidos se refiere.

Posterior a ello, con fecha 23 de enero de 2012, HIDRO presentó determinada documentación, solicitando que este colegiado lo tenga presente en calidad de medios probatorios.

Mediante Resolución N° 5, este colegiado decidió requerir de oficio a ambas partes para que, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, cumplan con presentar el documento denominado "Bases".

Asimismo, mediante Resolución N° 7 de fecha 15 de febrero de 2012, este colegiado tuvo presente el escrito presentado por HIDRO con fecha 23 de

enero de 2012, además, puso el mismo en conocimiento del MINISTERIO a fin de que cumpla con expresar lo conveniente a su derecho.

Mediante Resolución N° 8 de fecha 2 de marzo de 2012, este colegiado resolvió correr traslado recíproco entre las partes de los escritos presentados por HIDRO y el MINISTERIO los días 24 y 28 de febrero de 2012, respectivamente, mediante los cuales absolvían el requerimiento efectuado mediante la citada Resolución N° 5, a fin de que, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, cumplan con manifestar lo conveniente a su derecho.

De otro lado, mediante escrito de fecha 28 de febrero de 2012, el MINISTERIO cumple con absolver el traslado conferido mediante la citada Resolución N° 7, oponiéndose al valor probatorio de los documentos ofrecidos por su contraparte, alegando que los mismos no guardarían relación alguna con el Contrato de Concesión.

Al respecto, mediante Resolución N° 9 de fecha 26 de abril de 2012, este colegiado consideró conveniente poner en conocimiento de HIDRO el referido escrito mediante el cual se formuló oposición contra determinados medios probatorios, otorgándole a HIDRO un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, a fin de que cumpla con expresar lo conveniente a su derecho.

Mediante escritos presentados por el MINISTERIO e HIDRO con fechas 16 y 20 de marzo de 2012, ambas partes cumplen con absolver el traslado conferido mediante Resolución N° 8.

Al respecto, mediante Resolución N° 10 de fecha 27 de abril de 2012, el Tribunal Arbitral resolvió correr traslado recíproco de tales escritos a fin de que, en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, cumplan con manifestar lo conveniente a su derecho.

Luego, mediante escrito presentado con fecha 11 de mayo de 2012, HIDRO cumplió con absolver el traslado conferido mediante la citada Resolución N° 9.

Atendiendo a ello, contando con la posición de ambas partes en relación al referido incidente, mediante Resolución N° 11 este colegiado resolvió declarar

infundada la oposición formulada por el MINISTERIO en relación a los medios probatorios presentados por HIDRO.

De otro lado, mediante Resolución Nº 12 de fecha 28 de mayo de 2012, este colegiado resolvió declarar cumplido el requerimiento de oficio efectuado a las partes mediante Resolución Nº 5, en relación a la presentación de la documentación denominada "Bases".

Asimismo, atendiendo al estado del arbitraje, mediante Resolución Nº 13 de fecha 28 de mayo de 2012, este colegiado otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que cumplan con presentar sus respectivas alegaciones y conclusiones finales por escrito y, de ser el caso, soliciten el uso de la palabra.

Al respecto, mediante escritos de fechas 8 y 12 de junio de 2012, el MINISTERIO e HIDRO, respectivamente, presentaron sus alegaciones y conclusiones finales por escrito, solicitando el MINISTERIO el uso de la palabra, es decir, informar oralmente sus conclusiones finales ante el Tribunal Arbitral.

Posteriormente, mediante Resolución Nº 15 de fecha 12 de junio de 2012, este colegiado tuvo por presentado por ambas partes los alegatos finales por escrito, citando a las partes a la celebración de la Audiencia de Informes Orales para el 2 de julio de 2012, a horas 12:00 p.m., en la sede institucional del Centro.

En la fecha y hora programadas, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, con la presencia de ambas partes.

Finalmente, el Tribunal Arbitral fijó en treinta (30) días hábiles el plazo para laudar, contados a partir del día hábil siguiente de la notificación de la presente acta, plazo que podrá ser prorrogado por el Tribunal Arbitral, de así estimarse conveniente, a su sola discreción, por un plazo de hasta quince (15) días adicionales, de acuerdo a lo establecido en el Acta de Instalación.

IV. MARCO LEGAL APPLICABLE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIAS

En el numeral 4) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, se estableció que el Arbitraje se regirá de acuerdo a las reglas establecidas en la citada Acta de Instalación, los reglamentos arbitrales del Centro y el Decreto Legislativo N° 1071 que norma el Arbitraje (DLA o Ley de Arbitraje, indistintamente), según corresponda.

Sin perjuicio de ello, el Tribunal Arbitral quedó facultado para resolver a su entera discreción, de conformidad con los artículos 34º y 36º del DLA y el Reglamento, respectivamente.

V. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

V.1. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar que:

- (i) El Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el Reglamento de Arbitraje del Centro y la Ley de Arbitraje, al que las partes se sometieron de manera incondicional;
- (ii) En ningún momento se ha interpuesto recusación contra algún miembro del Tribunal Arbitral;
- (iii) El CONTRATISTA presentó su escrito de demanda arbitral dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho al debido proceso;
- (iv) EL MINISTERIO fue debidamente emplazado, contestando la demanda arbitral dentro de los plazos dispuestos y ejerciendo plenamente su derecho de defensa;
- (v) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente ante el Tribunal Arbitral.
- (vi) ~~✓~~ El Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes, los cuales han sido establecidos en las reglas del proceso.

Asimismo, corresponde precisar que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Tribunal Arbitral respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba; necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba. Los medios probatorios deben ser valorados por el Tribunal Arbitral de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueban los hechos que fundamentan sus pretensiones, éstas deberán ser declaradas infundadas.

De otro lado, el Tribunal Arbitral deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

Es preciso dejar claramente establecido que este como todos los casos que se sustentan en un contrato debe ser resuelto con sujeción al principio de la autonomía de las partes que, en forma fundamental, inspira el derecho contractual, principio que ha sido recogido en el artículo 62º de nuestra Constitución Política, además de la Ley.

En tal sentido, los artículos 1352º, 1354º y 1356º del Código Civil consagran el principio de la concursalidad, el principio de la libertad contractual y el carácter obligatorio de las disposiciones contractuales, respectivamente. Al respecto, el artículo 1361º del Código Civil declara como principio rector que "los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos" y el artículo 1362º del mismo cuerpo normativo prescribe que "los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes".

Del mismo modo, debe tomarse en cuenta el artículo 1352º del Código acotado que establece que "*los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos casos que, además, deben observar la forma señalada por ley bajo sanción de nulidad*"; en igual sentido, el artículo 1373º del citado cuerpo normativo dispone que "*el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente*".

Todas estas disposiciones consagran el principio jurídico rector de la contratación (“*pacta sunt servanda*”), base del derecho obligacional y contractual que compromete a las partes a cumplir de buena fe las obligaciones pactadas de un contrato.

Los principios de fuerza obligatoria del contrato, buena fe y común intención de las partes sostienen que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, presumiéndose legalmente que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes. En tal sentido, quien niega dicha coincidencia debe probarla.

Finalmente, de conformidad con lo establecido en el artículo 43º de la Ley de Arbitraje, el Tribunal Arbitral tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas.

V.2. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES Y DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR

POSICIÓN DEL MINISTERIO:

EL MINISTERIO, en el segundo otrosí decimos de su escrito de contestación de demanda, señala que, dentro del plazo previsto en el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, deduce excepción de falta de legitimidad para obrar activa de parte de HIDRO, toda vez que no habría acreditado que haya pagado al INTERBANK la suma de US\$ 500,000.00 (Quinientos Mil y 00/100 Dólares Americanos), correspondiente a la “Carta Fianza” Nº 49187-1.

Indican que, toda vez que al haber sido ejecutada la garantía constituida por el BANCO INTERBANK a favor del MINISTERIO para asegurar el cumplimiento de las prestaciones de cargo de HIDRO, para que esta última se encuentre en aptitud legal de poder pretender la devolución de dicha suma pagada por el INTERBANK, primero debería acreditar que le ha pagado a esta última entidad financiera la suma de US\$ 500,000.00 (Quinientos Mil y 00/100 Dólares Americanos), a efectos de poder repetir contra el MINISTERIO.

Asimismo, toda vez que ello no habría sido acreditado por HIDRO, las pretensiones contenidas en la demanda deben ser declaradas improcedentes.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA:

Por su parte, HIDRO, con respecto a la excepción señaló lo siguiente:

El Código Procesal Civil, en su artículo 427º, considera como condiciones de la acción las siguientes: Legitimidad para Obrar, Interés para Obrar, Caducidad del Derecho, etc.

La excepción deducida por el representante del MINISTERIO, no guardaría relación con el sustento teórico de la misma, por tanto, dicha parte deberá entender y comprender la definición de la condición de la acción Legitimada para Obrar; citando para tal efecto al doctor Alberto Hinostroza Mínguez, en su obra las "Excepciones en el Proceso Civil" en la página 268º, donde se sostiene lo siguiente: *"La excepción de Falta de Legitimidad de Obrar del Demandante, es aquel instrumento procesal dirigido a denunciar la carencia de identidad entre los sujetos que integran la relación jurídica sustantiva y quienes forman parte de la relación jurídica procesal. Insistimos en que con dicho instituto se pone de manifiesto la carencia de identidad entre las personas inmersas en una y otra relación".*

Al respecto, HIDRO manifiesta que la Legitimación establece, según criterios abstractos y generales, qué sujetos pueden pretender la realización de una determinada relación por parte de los órganos jurisdiccionales y respecto de qué sujetos dicha realización puede ser pretendida; o, más claro aún, las normas acerca de la legitimación determinan qué sujetos están jurídicamente autorizados para accionar o para contradecir; llegando HIDRO a la conclusión que *"La legitimidad para obrar es la potestad que tiene una persona (sea natural o jurídica) para afirmar e invocar ser titular de un derecho subjetivo material e imputar la obligación a otra"*.

Siendo la cláusula "Décimo Segunda: Solución de Controversias" del Contrato de Concesión, suscrito entre los sujetos procesales con fecha 31 de marzo de 2010, el marco legal que regula el presente proceso arbitral, resultaría contradictorio que se pretenda limitar a HIDRO el derecho de defensa al cumplimiento de una formalidad

que no habría sido estipulada ni en el Contrato, ni en el Decreto Legislativo N° 1071 (Ley de Arbitraje), para poder interponer la presente demanda.

En tal sentido, la relación jurídica sustantiva entre las partes resultaría válida, y por ende HIDRO se encontraría facultado para poder accionar como parte demandante contra el MINISTERIO, al verse perjudicado por los hechos que han sido señalados en nuestra demanda, y que vía esta Excepción se pretendería limitar su derecho al cumplimiento de una condición suspensiva que no habría sido establecida en el Contrato de Concesión materia de litis.

Por todo ello, resultaría carente de lógica jurídica que el MINISTERIO pretenda desconocer la legitimidad para obrar de HIDRO, por ende dicha parte se reafirma en la afirmación e invocación de ser titular de una derecho subjetivo material e imputar la obligación a otra, potestad que subyace del contrato de concesión de fecha 31 de marzo de 2010, la misma que los convierte en parte material y procesal, con capacidad, interés y legitimidad para obrar en el proceso.

Sin perjuicio de lo antes expuesto, HIDRO señala que sí realizó el pago al BANCO INTERBANK, en razón de que la Carta Fianza estaba garantizada por una garantía líquida (depósito en dinero), que contaba la cuenta corriente de una de las empresas conformantes de HIDRO (Manufacturas Mendoza S.A.), de la cual el BANCO INTERBANK procedió a descontar los fondos correspondientes y extendió el Cheque N° 01420644, por el importe de US\$ 500,000.00 a nombre del MINISTERIO, en atención al requerimiento de ejecución de este último; manifestando también que la relación contractual existente entre el BANCO INTERBANK e HIDRO en virtud del otorgamiento de la Carta Fianza N° 49187, no es de interés subjetivo material del MINISTERIO.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

El Tribunal Arbitral debe señalar que la interposición de excepciones y objeciones al arbitraje está contemplado en el numeral 2) del artículo 40º del Reglamento de Arbitraje del Centro (norma aplicable al presente arbitraje).

Asimismo, en relación a la figura denominada Excepción de Falta de Legitimidad para Obrar del demandante, este Tribunal Arbitral concuerda con lo indicado por MARIANELLA LEDESMA NARVÁEZ¹ al indicar que:

"(...) la excepción de falta de legitimidad para obrar puede prosperar en las siguientes circunstancias: el actor o demandado no son los titulares de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión con prescindencia de la fundabilidad de esta; y mediando la hipótesis de litisconsorcio necesario, la pretensión no ha sido interpuesto por o frente a todos los legitimados (...)"

Teniendo en cuenta ello, resulta que nos encontramos ante el primer supuesto establecido, esto es, que el pedido del MINISTERIO se basa en que el Tribunal Arbitral declare que HIDRO no es el titular del derecho en que se funda la pretensión alegada, argumentando ello debido a que dicha parte (HIDRO) no habría pagado a favor del BANCO INTERBANK la suma que solicita sea pagada por MINISTERIO a manera de reembolso por concepto de ejecución de la Carta Fianza N° 49187-1.

Siendo ello así, correspondería preguntarnos ¿La legitimidad para solicitar dicha pretensión, se funda en la efectivización del pago por parte del MINISTERIO al BANCO INTERBANK del monto ejecutado?; de ser ello así ¿Se realizó o no tal pago?

En relación a la primera pregunta planteada, es claro que ante la acción de la ejecución de la Carta Fianza N° 49187-1 por parte del MINISTERIO, se produjo un acto jurídico que es susceptible de ser observado mediante la vía correspondiente por el titular legitimado para ello, por tanto, siendo que los actores intervenientes de dicha relación jurídica (emisión y ejecución de la carta fianza alegada) son EL MINISTERIO, HIDRO y el BANCO INTERBANK, el(los) único(s) legitimado(s) para repetir, cuestionar u observar la ejecución de la Carta Fianza N° 49187-1 serían HIDRO y/o el BANCO INTERBANK.

Al respecto, de lo indicado por el MINISTERIO este colegiado observa que dicha parte considera que al haber sido la Carta Fianza N° 49187-1 otorgada por el BANCO INTERBANK a favor de este último, cualquier objeción o cuestionamiento contra la ejecución realizada debía ser interpuesto por el propio BANCO INTERBANK (ente generador de dicha garantía) y no por, en este caso, HIDRO.

¹ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo III. Pp 460

A efectos de dilucidar si el razonamiento empleado por el MINISTERIO es correcto, resulta pertinente precisar que el profesor Ticona Postigo señala que:

"Tener legitimación o legitimidad para obrar consiste en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial, puede formular (legitimación activa) o contradecir (legitimación pasiva) las pretensiones contenidas en la demanda. Por otro lado debe tenerse presente que no se trata de la titularidad del derecho o de la obligación sustancial, porque puede ocurrir que éstos no existan, siendo suficiente que con se pretenda su existencia"².

Asimismo, la doctrina dominante refiere que:

"La legitimidad para obrar supone la existencia de una ley sustancial que regula una situación jurídica y ante el surgimiento de una alteración o un conflicto respecto a la situación jurídica regulada, esto es, ante la afectación de algún derecho derivado de ésta; habilite a quienes en atención a su vinculación, posición o titularidad indiscutida³ respecto a la situación jurídica regulada (ser integrante de la Relación Jurídico Material), puedan plantear determinadas pretensiones ante el órgano jurisdiccional destinadas a tutelar la situación jurídica vulnerada a través de la reclamación de los derechos derivados de la misma"⁴

Siendo ello así, para determinar la fundabilidad de una excepción de falta de legitimidad para obrar del demandado, debemos determinar en principio, cuál es la situación jurídica sustancial alterada o de conflicto, de modo que pueda determinarse quien estaría habilitado para plantear una pretensión determinada destinada a tutelar la situación jurídica vulnerada.

Así, resulta que de la revisión del punto controvertido relacionado con la excepción deducida, así como de la revisión de los argumentos en los que se sustenta la referida

² TICONA POSTIGO, Víctor. Las Condiciones del Ejercicio valido de la Acción y el Nuevo Código Procesal Civil, en IURIS OMNES "Revista de la Corte Superior de Justicia de Arequipa", Año I, Nº 1. Arequipa, 1998. p. 52.

³ Es decir, que sean integrantes de la relación jurídico material.

⁴ CAMARGO ACOSTA, Johan y RAA ORTIZ, Daniel. Y ahora... ¿Quién podrá defenderme?... Algunos aportes adicionales respecto a la protección procesal de los intereses difusos en el Perú, en ID EST Ius, Año II Nº 2, Ed. ADRUS, Arequipa: 2006. pp. 65-66.

defensa formal, se advierte que existirían dos situaciones jurídicas alteradas o de conflicto, cuales son:

- i) La existencia de una Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, que a decir de HIDRO habría sido ejecutada indebidamente por el MINISTERIO, por lo que en caso de ampararse tal afirmación correspondería que el MINISTERIO proceda a la devolución del monto ejecutado.
- ii) La existencia de una Carta Fianza de Fiel Cumplimiento ejecutada, que a decir del MINISTERIO, HIDRO no habría cumplido con cancelar al Banco INTERBANK, por lo que en caso de ampararse tal afirmación correspondería al Banco INTERBANK y no a HIDRO reclamar tal restitución dineraria.

A efectos de realizar un correcto análisis de los dos supuestos indicados, debe tenerse en cuenta que el Contrato de Fianza, tal como señala la doctrina:

"es una convención expresa de garantía personal en virtud de la cual un tercero, ajeno al negocio principal garantizado, se compromete a responder, subsidiaria o solidariamente, del cumplimiento ante el acreedor, en lugar del deudor, que es el obligado principal, para el caso en que éste no cumpla. El contrato de fianza es básicamente gratuito y consensual, pues se perfecciona por la simple manifestación de voluntad del fiador aceptada por el acreedor, ya lo quiera y lo conozca el deudor, o incluso aunque lo ignore."⁵

Como señala Castillo:

"La fianza, en general, es un contrato por el cual un tercero toma sobre sí la obligación ajena, para el caso de que no la cumpla el que la contrajo. La fianza es un contrato. En la práctica, se formaliza con la sola firma del fiador y no contiene la firma del acreedor. Por ello, alguna doctrina sostiene que la fianza es un acto unilateral, por cuanto el fiador queda obligado, aun antes de la aceptación por el acreedor. Tal postura es inadmisible en nuestro derecho comercial, que lo categoriza como contrato. La fianza es un contrato accesorio."

⁵ SALVAT, RAYMUNDO M.; Tratado de Derecho Civil Argentino. Buenos Aires: La Ley, S.A; 1946.

No puede existir sin un contrato principal, cuyas obligaciones garantiza. La fianza puede ser comercial o civil.⁶

Un contrato de fianza se caracteriza porque un tercero *ajeno a la relación contractual* se obliga a responder económicamente frente al acreedor perjudicado con el incumplimiento, siendo que el pago o no pago que realice el deudor al fiador del monto por el que éste tuvo que responder frente al acreedor resulta independiente y ajeno a la obligación que el fiador asume frente al acreedor, es decir, que aún en el supuesto que el deudor no cumpliera con efectuar la restitución de lo pagado al fiador, este último no se libera de su obligación frente al acreedor perjudicado, más aún si dada la naturaleza del contrato de fianza y siguiendo un orden lógico, lo primero que ocurre en este tipo de relación contractual es que el acreedor perjudicado vea satisfecha su pretensión económica y luego de ello el deudor que *incumple* sus obligaciones contractuales debe proceder a la restitución de lo pagado por el fiador.

Algo que no tiene lugar a discusión en el presente caso es el hecho que en el eventual supuesto que la ejecución de la carta fianza fuere irregular, por cuanto tal ejecución no se encontrase sustentada en cuestiones contractuales que habiliten su ejecución, es algo que no corresponde cuestionar al fiador (en este caso el Banco INTERBANK), sino al afectado con la ejecución (en este caso HIDRO), por ende toda consecuencia derivada de una eventual declaración de irregularidad de la ejecución de la carta fianza otorgada corresponderá que sea reclamada por el afectado con la ejecución.

En este orden de ideas, siendo que la restitución del monto ejecutado es una consecuencia natural de una eventual declaración de irregularidad en la ejecución de una carta fianza, corresponderá que tal cuestión sea pretendida por el afectado con la ejecución, esto es HIDRO.

Por ello, este colegiado no comparte una línea de razonamiento como la indicada por el MINISTERIO, toda vez que la obligación de generar la garantía requerida a favor del MINISTERIO recae en HIDRO y no en el BANCO INTERBANK, siendo únicamente este último el generador de la Carta Fianza por encargo de HIDRO, es decir, que HIDRO, atendiendo a su relación jurídica con el MINISTERIO, tenía el deber de otorgar la garantía pactada, lo cual hizo mediante la Carta Fianza otorgada por el

⁶ CASTILLO, JORGE LUIS. *Curso de Derecho Comercial*. EDITORIAL JURISTAS-MADRID. .PÀG. 231 Tomo II, Contratos varios.

BANCO INTERBANK, lo que no supone que la relación jurídica inicial generada entre HIDRO y el MINISTERIO sea trasladada al BANCO INTERBANK.

Atendiendo a lo expuesto, el beneficio y/o perjuicio que se generara de la constitución, generación y/o ejecución de la Carta Fianza otorgada recaía únicamente en HIDRO y el MINISTERIO, atendiendo a ello, resulta evidente que el legitimado para cuestionar la validez de la ejecución de la Carta Fianza Nº 49187-1 es HIDRO.

Asimismo, cabe indicar que la obligación de HIDRO en este punto recaía en el otorgamiento de la Carta Fianza, debido a ello, las coordinaciones, procedimientos y demás análogos que HIDRO deba realizar con la entidad bancaria para la generación de la misma recaía únicamente en ambas, es decir –en este caso- entre HIDRO y el BANCO INTERBANK, debiendo ser de competencia del MINISTERIO que la garantía a otorgarse cuente con todos los requisitos que debe ostentar conforme su naturaleza jurídica lo requiere (es decir, ser propiamente una garantía efectiva), atendiendo a ello, para el caso particular, el que HIDRO haya o no cumplido con el pago de la suma a la cual asciende la Carta Fianza otorgada (tan igual como otros requisitos para su generación), no es causal que la deslegitime para ejercer la acción que corresponde a partir de considerar su ejecución como inválida, debido a que para el MINISTERIO dicha garantía siempre fue efectiva.

Si bien en el presente caso podría presentarse el supuesto que HIDRO no hubiere cumplido con restituir el monto ejecutado a favor del Banco INTERBANK, este colegiado considera que con el resultado del presente arbitraje –*en el eventual supuesto que resultare favorable a HIDRO*–, declarada la irregularidad de la ejecución de la carta fianza otorgada a favor del MINISTERIO y ordenada la restitución del monto ejecutado a HIDRO, este último a su vez tendría la posibilidad de restituir al Banco INTERBANK lo que éste hubiere pagado al MINISTERIO, de no ocurrir ello, en todo caso constituirá una situación jurídica alterada ajena a la relación contractual existente entre el MINISTERIO e HIDRO.

Por lo expuesto, el cumplimiento o no de los requisitos necesarios para la generación de la Carta Fianza son de competencia exclusiva de HIDRO y el BANCO INTERBANK, y siendo que la obligación de la generación de la garantía recaía únicamente entre HIDRO y el MINISTERIO (con lo cual los efectos de su generación y/o ejecución recaen únicamente en ellos), el legitimado para ejercer cualquier acción contra su

ejecución es justamente HIDRO, con lo cual, corresponde declarar INFUNDADA la presente excepción.

En adición a ello, cabe precisar que en ningún momento el MINISTERIO ha cumplido con acreditar la falta de pago por parte de HIDRO a favor del BANCO INTERBANK de la suma correspondiente a la Carta Fianza otorgada, situación que, conforme lo hemos indicado, no es requisito para interponer las pretensiones alegadas, siendo que ello es una cuestión que incumbe únicamente a HIDRO y al BANCO INTERBANK (teniendo en cuenta que dicha garantía siempre fue efectiva, lo cual se comprueba de la ejecución de la misma).

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

"Analizar si corresponde que se declare la nulidad o ineficacia del acto de ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento, en razón que no se incumplió el "cierre financiero", término que es utilizado por la entidad contratante y que no se encuentra conceptualizado en el contrato"

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Analizar si corresponde que se devuelva o se pague el monto ejecutado de la carta fianza de fiel cumplimiento".

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

Con carta S/N de fecha 9 de junio de 2010, HIDRO remite al MINISTERIO la Carta Fianza N° 49187-1 de su Entidad Financiera INTERBANK, que garantiza el Fiel Cumplimiento del Contrato, por un monto ascendente a la suma de US\$ 500,000.00 (Quinientos Mil y 00/100 Dólares Americanos).

Con Oficio N° 3565-2010-OS-GFE de fecha 22 de junio de 2010, OSINERGMIN le solicita alcanzarle el cronograma detallado de la ejecución de obras.

Con Carta N° 004-2010-EHSAC/SHIMA de fecha 30 de junio de 2010, recibido el mismo día, HIDRO remite a la Entidad Contratante el cronograma de ejecución de

obras, de acuerdo al numeral 4.6 y 4.7 del Contrato, cumpliendo así lo requerido por la Entidad Contratante, en su Oficio N° 3565-2010-OS-GFE.

Con oficio N° 5070-2010-OS-GFE de fecha 18 de agosto de 2010, OSINERGMIN requiere a HIDRO la presentación del certificado de Pre-operatividad del COES del Proyecto C.H. Shima.

Con Carta N° 014-2010-EHSAC/SHIMA de fecha 20 de setiembre de 2010, HIDRO comunica a OSINERGMIN que el monto que requiere para la ejecución de la obra se encuentra en el orden de los US\$ 12'000,000.00 (Doce Millones y 00/100 Dólares Americanos), del cual actualmente cuenta con la disponibilidad del monto de US\$ 2'400,000.00 (Dos Millones Cuatrocientos Mil y 00/100 Dólares Americanos), monto que corresponde a la contrapartida que condiciona la Entidad bancaria para aprobar el financiamiento del saldo del presupuesto mencionado, adjunta además la carta de compromiso de su socio financiero Sr. Hugo Rafael Mendoza Ingunza, quien en representación de manufacturas Industriales Mendoza S.A. garantiza el monto indicado. Cabe indicar que parte de este monto se viene utilizando en los gastos de replanteo y servirá además para solventar los gastos de las obras civiles y otras actividades calendarizadas hasta los primeros meses del año entrante, tiempo suficiente para el otorgamiento del financiamiento del saldo por parte de la Entidad Bancaria. Comunicó asimismo que el saldo de financiamiento, lo venía ultimando con el Banco Continental y el Banco de Crédito en paralelo, se adjunta cartas, quienes se encontraban a la espera de la representación del Expediente Técnico, del estudio replanteado el mismo que se le alcanzaría oportunamente, con lo cual culminaría con la entrega de los requisitos para la evaluación final del financiamiento.

Con Carta N° 008-2010-EHSAC/SHIMA de fecha 24 de agosto de 2010, remite a OSINERGMIN la respuesta a su oficio N° 5070, exponiendo sus dificultades y/o impedimentos ajenos a su responsabilidad para el cumplimiento de las fechas que exige el cronograma en cuanto a la presentación del certificado de pre – Operatividad del COES, asimismo manifestó que durante el periodo posterior a la fecha de cierre, se ha venido ejecutando las labores tanto en campo como en gabinete para definir las características finales del proyecto y, con ello, la elaboración del estudio de Pre-Operatividad. Según lo dispuesto por el COES, el referido estudio debe constar de tres partes: Características Técnicas del Proyecto, Ingeniería de la Transmisión para la conexión al SEIN y Estudios Eléctricos, en las mismas que existe inconvenientes

ajenos a nuestra responsabilidad, por lo que no podía concluir el estudio de Pre-operatividad de su Proyecto, por el cual solicitó que se le amplie el plazo correspondiente para su conocimiento en razón a la culminación de las actuales obras que viene ejecutando ELOR y la fecha de ingreso en operación de la CH Shima previsto para setiembre del 2012.

Con Oficio N° 5547-2010-OS-GFE de fecha 31 de agosto de 2010, OSINERGMIN requiere alcanzar el costo del proyecto, fuentes de financiamiento del Proyecto, documentación sustentatoria detallada del cierre financiero.

Con Oficio N° 6150-2010-OS-GFE de fecha 29 de setiembre de 2010, OSINERGMIN sorpresivamente comunica que hasta la fecha HIDRO no cumplió con alcanzar el cronograma de ejecución de obras; asimismo, no acreditó el cumplimiento del "Cierre Financiero".

Con Carta N° 021-2010-EHSAC/SHIMA de fecha 7 de octubre de 2010, da respuesta al Oficio N° 6150-2010 manifestando lo siguiente:

1. Que, en la Carta N° 014-2010, declaró que contaba con el financiamiento exigido por las entidades bancarias (Equity), comprometido mediante carta de compromiso de su socio financiero Sr. Ugo Rafael Mendoza Ingunza, quien en representación de Manufacturas Industriales Mendoza S.A., quien garantiza el monto indicado para la ejecución de la obra de acuerdo a la calendarización de gastos.
2. En forma paralela había culminado de documentar a las entidades bancarias toda la información necesaria para la aprobación del financiamiento del monto complementario, el cual ha tomado sus días necesarios para la fecha del cierre financiero (Hito de Control 1), en consecuencia a ello y al contar con el respaldo que garantiza el préstamo bancario, a la fecha había logrado que el banco Continental le apruebe el financiamiento del saldo de acuerdo del siguiente detalle:
 - Inversión Total (incluido IGV): US\$ 11'960,045.00
 - Esquema de Financiamiento: Leasing
 - Monto de Crédito en dólares: US\$ 8'040,366.00

- Plazo de pago: 10 años – incluye 2 años de periodo de gracia.
- 3. Por lo cual solicitó se tenga por levantado el cumplimiento de este primer hito “Cierre Financiero”, con el cual solicitó dejar sin efecto el incremento de la fianza de fiel cumplimiento solicitada.

Que ni en las Bases de la Licitación, ni en el Contrato se ha estipulado cuál es el concepto de cierre financiero, ni tampoco está estipulada la fecha o el momento en que debía de producirse este cierre financiero, entiéndase que lógicamente debía de darse sin que altere el cronograma de ejecución de obra, de lo cual ha tenido especial cuidado, pues tal como está demostrado, no sólo no hubo demora en el Cronograma de ejecución, sino por el contrario, su avance de obra fue superior inclusive al cronograma preestablecido.

Con Oficio N° 6472-2010-OS-GFE de fecha 13 de octubre de 2010, OSINERGMIN le remite copias de los Oficios N° 5547-2010-OS/GFE y N° 6150-2010-OS/GFE, referentes al proyecto que equivocadamente fueron causados al señor Revilla Tafur.

Con Carta N° 023-2010/SHIMA de fecha 18 de octubre de 2010, remite al Instituto Nacional de Cultura el levantamiento de Observaciones de Evaluación Arqueológica.

Con Carta S/N de fecha 19 de octubre de 2010, COES se le remite el Informe COES/DP-SIP-047-2010 detallando las observaciones al Estudio de Pre – Operatividad para la Conexión al SEIN de la CH Shima.

Con Oficio N° 0205-2010-DA/DREPH/MC de fecha 22 de octubre de 2010, el Ministerio de Cultura le comunica que no se ha levantado las observaciones practicadas.

Con Carta N° 024-2010-EHSAC/SHIMA de fecha 26 de octubre de 2010, da respuesta a la Entidad contratante, respecto a su Oficio N° 6533-2010 manifestando lo siguiente:

1. Se firmó la minuta del Contrato de Concesión de la CH Sima el 31 de marzo de 2010.
2. Respecto al monto total de la inversión del proyecto, informó que el monto llega a la suma de US\$ 11'960,045.00 siendo el porcentaje de avance trimestral de

- la inversión a la fecha igual a 3.17% equivalente a la suma de US\$ 380,250.00 (Trescientos Ochenta Mil Doscientos Cincuenta y 00/100 Dólares Americanos), monto que supera el monto previsto en el flujo de caja de la obra.
3. Con Carta N° 004-2010/EHSAC/SHIMA de fecha 30 de junio de 2010 presentó el cronograma de ejecución de obras de la CH Shima con el detalle de las actividades a ejecutar, según el numeral 13.3 de las bases consolidadas y de acuerdo a los numerales 4.6 y 4.7 del contrato de la referencia mostrando los hitos de control solicitados:
 - Hito I. Cierre Financiero
 - Hito II. Inicio de Obras Civiles.
 - Hito III. Suministro de Principal Equipamiento Electromagnético.
 - Hito IV. Inicio de montaje de equipos electromagnéticos.
 - Hito V. Puesta en operación comercial.
 4. Respecto al control de los hitos mencionados, la fecha signada para el cumplimiento del Hito I fue el 20 de setiembre de 2010 y Carta N° 021-2010-EHSAC/SHIMA, sustentó el cierre financiero con la evaluación final por parte del Banco Continental para el otorgamiento del monto de US\$ 8'040,366.00 y con un aporte propio de US\$ 2'010,092.00 haciendo un total de US\$ 11'960,045.00 que representa el total del financiamiento de la obra, con lo cual dio cumplimiento del primer hito de control.
 5. Informó asimismo el cumplimiento del Hito II referido al inicio de las obras civiles y a otras actividades paralelas, las cuales estaban previstas para el 1 de octubre de 2010, que se viene cumpliendo anticipadamente desde julio.

Con Carta N° 027-2010-EHSAC/SHIMA de fecha 2 de noviembre de 2010, remitió al Ministerio de Cultura el levantamiento de las observaciones al Estudio pre-Operatividad para la Conexión al SEIN de la CH Shima.

Con Carta S/N de fecha 10 de noviembre de 2010, el Banco Continental le comunica que ha sido aprobado el Leasing para la inversión en las obras materia de la concesión, por un monto ascendente a la suma de US\$ 7'035,320.59.

Con Carta N° 029-2010-EHSAC/SHIMA de fecha 10 de noviembre de 2010, comunicó a la Entidad Contratante, que ha tomado conocimiento que se pretende ejecutar ilegalmente su Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, sin razón jurídica, ni técnica alguno, por lo que solicitó trato directo.

Con Carta N° 030-2010-EHSAC/SHIMA de fecha 11 de noviembre de 2010, comunico a la Entidad Contratante, que había tomado conocimiento de su requerimiento de ejecutar ilegalmente su Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, sin razón jurídica y técnica alguna, por lo que solicitó trato directo y se opuso a la ejecución de la garantía, toda vez que en el Contrato y documentos inherentes al mismo, no existe un concepto claro acerca de los alcances, definición u otro del denominado "Cierre Financiero", asimismo, indicó que aclaró con pruebas irrefutables que su representada si ha cumplido con el llamado "Cierre Financiero" oportunamente, lo cual también fue comunicado oficialmente a la Entidad Contratante. Manifestó que su oposición a la ejecución de la carta fianza de Fiel Cumplimiento se ampara en el Artículo 7º "Caso Fortuito y Fuerza Mayor" de la Resolución del Consejo Directivo OSINERGMIN N° 201-209-OS/CD sobre el procedimiento para ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato de generación de Electricidad con recursos energéticos renovables. Por lo que solicitó se sirva dejar sin efecto el requerimiento de ejecución de su carta fianza de fiel cumplimiento.

Con Carta N° 031-2010-EHSAC/SHIMA de fecha 12 de noviembre de 2010, remitió al Banco Continental documentos para la firma del contrato financiero.

Con Carta N° 036-2010-EHSAC/SHIMA de fecha 18 de noviembre de 2010, solicitó a la Municipalidad Distrital de Saposoa, le otorgue el permiso para el inicio de las obras.

Con Carta N° 037-2010-EHSAC/SHIMA de fecha 25 de noviembre de 2010, remitió al Banco Continental los documentos complementarios para la firma del contrato financiero.

Con oficio N° 2190-2010-MEN/SEG de fecha 26 de noviembre de 2010, la Entidad Contratante acepta el trato directo respecto de la controversia surgida por la ejecución de la carta fianza de Fiel Cumplimiento.

Con Carta N° 039-2010-EHSAC/SHIMA de fecha 6 de diciembre de 2010, remitió a la Entidad Contratante un informe sobre los antecedentes y fundamentos de la ilegal ejecución de la Carta de Fiel Cumplimiento, y solicitó además la devolución del monto ejecutado.

Con Carta N° 042-2010-EHSAC/SHIMA de fecha 16 de diciembre de 2010, solicitó a OSINERGMIN que reconsiderare la aplicación de penalidad del término de "Cierre Financiero".

Con Oficio N° 1126-2010/MEM-DGE de fecha 15 de diciembre de 2010, la Entidad Contratante le comunica que ha concluido el trato directo, y no se llegó a ningún acuerdo.

Con Carta N° 043-2010-EHSAC/SHIMA de fecha 20 de diciembre de 2010, remite a la Entidad Contratante la Solicitud de Arbitraje, respecto de la controversia surgida por la ejecución de la carta fianza de Fiel Cumplimiento.

Con oficio N° 1080-2010/MEM-DGE de fecha 2 de diciembre de 2010, la Entidad Contratante requiere cumplir con reponer la carta fianza de Fiel Cumplimiento, bajo apercibimiento de resolver el contrato, para lo cual otorga (30) días.

Con oficio Notarial N° 228-2011/MEM-DGE de fecha 18 de febrero de 2011, la Entidad Contratante manifiesta su intención de resolver el contrato y requiere cumplir con la reposición de la carta fianza.

Con Carta N° 004-2010/SHIMA de fecha 4 de marzo de 2011, comunicó a la Entidad Contratante respecto de la ilegal ejecución de la Carta Fianza, que ésta causó repercusión en las demás entidades bancarias, por lo que el Banco Continental suspendió el otorgamiento del préstamo que iba a cubrir las obras a ejecutarse, por lo que era imposible cubrir la garantía de los trabajos, dejando claro que no hay ninguna responsabilidad por parte de su representada.

Con Oficio Notarial N° 337-2011/MEM-DGE de fecha 17 de marzo de 2011, la Entidad Contratante resuelve el Contrato de manera arbitraria y sin tener sustento jurídico.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

Sólo los actos jurídicos pasan por el plano de validez, de tal manera que para poder calificar de nula la "ejecución de la garantía de Fiel Cumplimiento" ésta debe ser un acto jurídico. Ahora, debemos preguntarnos ¿es posible ubicar la "ejecución de la garantía de Fiel Cumplimiento" dentro de la categorización de los hechos jurídicos?

Sobre el particular, considera que no, dado que la “ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento” es el efecto jurídico o consecuencia del incumplimiento de HIDRO de una de sus prestaciones contraídas frente al MEM o de alguna condición estipulada en el Contrato, esto es, el pago que efectúa el INTERBANK al MEM es dicho efecto jurídico del negocio jurídico constituido por la Promesa Unilateral del INTERBANK de pagar al MEN en caso HIDRO incumpla sus prestaciones o no se cumpla con una condición. Siendo esto así, es la Promesa Unilateral del INTERBANK y no la “Ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento” (efecto) la que entra al plano de la validez. Por lo tanto, no puede pretenderse la nulidad de la “Ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento”.

Para dichos efectos, hay que analizar si HIDRO: (i) no habría incumplido con el hito “Cierre Financiero”; (ii) si dicho hito no se encuentra en el Contrato; y (iii) si dicha ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento no se encuentra amparada en la cláusula novena del contrato.

Si HIDRO no habría incumplido con el hito “Cierre Financiero”:

Como bien se ha indicado, en el numeral 4.6 de la cláusula cuarta del Contrato se estipuló que en un plazo máximo de tres (3) meses a partir de la Fecha de Cierre (esto es, que se hayan cumplido todas las condiciones para la suscripción del Contrato, de acuerdo al numeral 1.4.16 de la cláusula primera del Contrato, lo que obviamente se produjo al momento de la suscripción del Contrato, vale decir, el 31 de marzo de 2010), HIDRO debía presentar el cronograma detallado de la ejecución de la obras, siendo que dicho cronograma debía contener, como mínimo, los siguientes hitos: (i) Cierre financiero; (ii) Arribo del principal equipamiento electromagnético; (iii) inicio de obras civiles; (iv) inicio del montaje del equipamiento electromagnético y (v) Puesta en Operación Comercial.

Mediante Oficio N° 6150-2010-OS-GFE, notificado el 4 de octubre, OSINERGMIN le requirió a HIDRO el incremento de la garantía en un 100%, tal como se encuentra establecido en el numeral 8.2 de la cláusula octava del Contrato, al verificarse el incumplimiento del hito “Cierre Financiero”. Como se desprende de la lectura conjunta de los numerales 4.6 y 4.7 de la cláusula cuarta del Contrato, es el OSINERGMIN la entidad encargada de fiscalizar el avance del Cronograma de Ejecución de Obras, el

cual incluye el hito "Cierre Financiero". Estas verificaciones son trimestrales, de acuerdo al numeral 8.2 del Contrato. Es detener en cuenta que el Contrato fue suscrito el 31 de marzo de 2010 y la verificación trimestral a la que hace mención el referido Oficio fue efectuado el 20 de setiembre de 2010, constatándose que HIDRO no había cumplido con el hito "Cierre Financiero".

Mediante el Oficio N° 6939-2010-OS-GFE ingresado el 27 de octubre de 2010, bajo el registro N° 2037935, OSINERGMIN comunicó a la Dirección General de Electricidad del MEM que correspondía que se ejecute la garantía presentada por HIDRO en concordancia a lo dispuesto en el numeral 9.2 del Contrato, ante la falta de incremento de la misma en 100%.

En virtud de lo dispuesto en el numeral 9.2 del Contrato, mediante el Memorando N° 116-2010/MEM-DGE de fecha 8 de noviembre de 2010, la Dirección General de Electricidad del MEM solicitó a la Oficina General de Administración del MEM la ejecución de la garantía de HIDRO, en vista del incumplimiento al numeral 8.2 del Contrato, conforme a lo informado por OSINERGMIN en el Oficio N° 6939-2010-OS-GFE, ingresado bajo el registro N° 2037935.

Mediante el Memorando N° 918-2010-MEM-OGA/FIN de fecha 16 de noviembre de 2010, la oficina General de la Administración del MEM informó a la Dirección General de Electricidad del MEM el haberse ejecutado la citada garantía.

Mediante el Oficio N° 1080-2010/MEM-DGE notificado el 4 de diciembre de 2010, la Dirección General de Electricidad del MEM comunicó a HIDRO de la ejecución de la Carta Fianza N° 49187-1, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 9.2 del Contrato, teniendo en consideración lo señalado en el oficio N° 6939-2010-OS-GFE emitido por el OSINERGMIN, esto es, el retraso en el cumplimiento del Cronograma de Ejecución de Obras. Asimismo, mediante el citado Oficio N° 1080-2010/MEM-DGE la Dirección General de Electricidad del MEM le otorgó el plazo correspondiente para que HIDRO repusiera dicha garantía, tal como lo establecía el numeral 11.2 del Contrato.

Como se puede apreciar, OSINERGMIN la entidad encargada de evaluar los avances del Cronograma de Ejecución de Obras, es quien advirtió la no ejecución o incumplimiento del hito N° 1 denominado "Cierre Financiero", como producto de sus

verificaciones trimestrales. En ese sentido, ha quedado acreditado, por un tercero dirimente (OSINERGMIN) al cual las partes se sometieron que verifique el avance del Cronograma de Ejecución de Obras, que HIDRO no había cumplido con el "Cierre Financiero" y, por ende, OSINERGMIN recomendó al MEM proceder con la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento.

Si el hito "Cierre Financiero" no se encuentra definido en el Contrato:

Lo que ha alegado HIDRO demuestra su mala fe procesal, debido a que HIDRO tenía pleno conocimiento de qué significaba el hito "Cierre Financiero". Si ello no fuera así, no hubiera presentado la Carta N° 021-2010-EHSAC/SHIMA de fecha 7 de octubre de 2010, ofrecida como Anexo I de su demanda, donde tratan de justificar que sí cuentan con el financiamiento necesario para desarrollar el proyecto. Asimismo, no hubiera hecho mención expresa al referido hito en su Carta N° 024-2010-EHSAC/SHIMA de fecha 7 de octubre de 2010, y en Carta N° 025-2010-EHSAC/SHIMA de fecha 7 de octubre de 2010, y en la Carta N° 025-2010-EHSAC/SHIMA de fecha 26 de octubre de 2010, ambas ofrecidas como Anexos N y Ñ de su escrito de demanda.

El artículo 168º del Código Civil señala que el acto jurídico deberá ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de buena fe. En el numeral 2.1.5 de la cláusula segunda del Contrato se estableció que la Sociedad Concesionaria, esto es, HIDRO conoce el marco jurídico peruano, así como los usos y costumbres del mercado peruano.

Que, teniendo en cuenta lo señalado, es obvio que la interpretación que ambas partes dieron al término "Cierre Financiero" es al origen del financiamiento con el que contaría HIDRO para el desarrollo del proyecto y, de esta forma, poder cumplir con el Cronograma de Ejecución de Obras. Tanto es así que a lo largo de su escrito de demanda HIDRO trata de explicar que el problema que tenían con la obtención de un leasing (que sólo quedó en tratativas con el Banco Continental) y que el mismo no se llegó a constituir por la ejecución de la Carta Fianza N° 49187-1 emitida por el INTERBANK el 9 de junio de 2011, que ascendía a la suma de US\$ 500,000.00.

HIDRO sabía que para OSINERGMIN el cumplimiento implicaba la culminación del financiamiento del proyecto y no sólo presentar documentos con tratativas no

culminadas. HIDRO sabía que lo que debía presentar era un instrumento financiero que sustentaba el financiamiento de la obra, pero HIDRO presentó sólo los adelantos, como lo constituye la Carta del Banco Continental de fecha 10 de noviembre de 2010, que HIDRO ha adjuntado con su demanda.

En dicha carta, el Banco Continental señala que ha aprobado un financiamiento de US\$ 7'035,320.59 (Siete Millones Treinta y Cinco Mil Trescientos Veinte y 59/100 Dólares Americanos), siendo necesario que los accionistas de HIDRO aporten la suma de US\$ 3'015,137.39 (Tres Millones Quince Mil Ciento Treinta y Siete y 39/100 Dólares Americanos). Es más, en dicha carta se señala que se adjunta el proyecto de contrato de leasing para la revisión de HIDRO. Al respecto, se pregunta ¿Por qué no se firmó dicho leasing que serviría para cumplir con el hito “Cierre Financiero”? Sencillamente porque los accionistas de HIDRO no efectuaron el aporte que les solicitó su propio Banco.

Que, HIDRO reconoce e informa a OSINERGMIN, mediante su Carta Nº 014-2010-EHSAC/SHIMA de fecha 20 de setiembre de 2010, ofrecida como Anexo F de su escrito de demanda, que el monto que requieren para la ejecución del proyecto bordea los US\$ 12'000,000.00 (Doce Millones y 00/100 Dólares Americanos), siendo que en dicha oportunidad sólo cuentan con la disponibilidad de US\$ 2'400,000.00 (Dos Millones Cuatrocientos Mil y 00/100 Dólares Americanos), ofreciendo el compromiso de uno de los accionistas de una de sus empresas accionistas de asegurar el pago del saldo.

Nuevamente se pregunta: ¿Acaso no queda claro que para HIDRO el hito “Cierre Financiero” significaba contar el monto de dinero necesario para la ejecución del proyecto que, según sus propias palabras, bordeaba los US\$ 12'000,000.00 (Doce Millones y 00/100 Dólares Americanos) y que sólo tenía la cantidad de US\$ 2'400,000.00 (Dos Millones Cuatrocientos Mil y 00/100 Dólares Americanos)? Aunado a ello, reitera que el eventual financiamiento que iba a otorgar el Banco Continental de US\$ 7'035,320.59 (Siete Millones Treinta y Cinco Mil Trescientos Veinte y 59/100 Dólares Americanos) nunca fue desembolsado.

En conclusión “Cierre Financiero” para el MEM es lo mismo que “Cierre Financiero” para el OSINERGMIN, es decir, la acreditación de los recursos con los que HIDRO cumpliría la obra y eso sólo se logra con el compromiso firme de una entidad bancaria

para prestar el dinero, o sea una "Carta Fianza" o la suscripción de un contrato de crédito, pero no sólo con las tratativas o actos previos a la firma del contrato que garantice el desembolso del dinero para la obra. Esta definición estaba clara para las dos (2) partes, el MEM e HIDRO, inclusive para el supervisor del avance del Cronograma de Ejecución de Obras, esto es, el OSINERGMIN, quien mediante Oficio N° 6150-2010-OS-GFE notificado el 4 de octubre de 2010, requirió a HIDRO el incremento de la garantía en un 100%, tal como se encuentra establecido en el numeral 8.2 de la cláusula octava del Contrato, al verificarse el incumplimiento del hito "Cierre Financiero".

Si la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento no se encuentra amparada en la cláusula novena del Contrato:

Que, corresponde analizar si el MEM se encontraba facultado, de acuerdo al Contrato, a ejecutar la "Carta Fianza" N° 49187-1 emitida por el INTERBANK el 9 de junio de 2011, que ascendía a la suma de US\$ 500,000.00. Para dichos efectos, las normas que deben ser analizados son las siguientes:

- El numeral 4.6 de la cláusula cuarta del Contrato.
- El numeral 4.7 de la Cláusula cuarta del Contrato.
- El numeral 8.2 de la Cláusula cuarta del Contrato.
- El numeral 9.2 de la Cláusula cuarta del Contrato.

Que, de la lectura en conjunto de las cláusulas indicadas queda claro que: (i) existía un Cronograma de Ejecución de Obras; (ii) que el OSINERGMIN era el encargado de verificar trimestralmente el avance del referido Cronograma; (iii) que el Cronograma de Ejecución de Obras contenía un hito denominado "Cierre Financiero"; (iv) que el atraso en la Ejecución del Cronograma de Obra conllevaría a que HIDRO tenga que incrementar en un 100% el monto de la garantía; y (v) que la falta de incremento de la garantía en un 100% facultaba al MINISTERIO para ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento representada por la "Carta Fianza" N° 49187-1 emitida por el INTERBANK el 9 de junio de 2011, que ascendía a la suma de US\$ 500,000.00.

En ese sentido, toda vez que ha quedado acreditado que HIDRO no cumplió con el "Cierre Financiero" y que por ello OSINERGMIN le requirió para que incrementara la

Garantía de Fiel Cumplimiento en un 100%, la falta de incremento de ésta facultaba al MINISTERIO a ejecutar la referida garantía, sin derecho de HIDRO a interponer reclamo alguno. HIDRO se opuso al incremento y, posteriormente, a la ejecución de la garantía, alegando mediante su Carta N° 030-2010-EHSAC/SHIMA de fecha 11 de noviembre de 2010 que al no existir un concepto de "Cierre Financiero" ello constitúa un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor.

Que, este argumento de HIDRO resulta completamente errado, toda vez que el caso fortuito o fuerza mayor es, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 1315º del Código Civil, la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible que impide la ejecución de la obligación. En el presente caso, una eventual ambigua interpretación de "Cierre Financiero" (como pretende hacer creer HIDRO al Tribunal) no constituye un evento, sino simplemente una definición que debe ser interpretada de acuerdo a los criterios de interpretación ya mencionados y que ambas partes reconocieron al término "Cierre Financiero".

De otro lado, HIDRO ha reconocido que no incrementó la Garantía de Fiel Cumplimiento en un 100% porque, toda vez que se ejecutó la Carta Fianza N° 49187-1 emitida por el BANCO INTERBANK, ello habría repercutido en todas las otras entidades financieras y, por ello, no estaban dispuestas a financiar el proyecto. Por ello, HIDRO señala que dada la ejecución de la referida "Carta Fianza", ello había imposibilitado que se financie el proyecto.

Con respecto al criterio de imposibilidad que adopta nuestro ordenamiento jurídico, Gastón Fernández Cruz⁷ señala que "...el juicio de imposibilidad debe siempre ser objetivo, pues afirmar una imposibilidad subjetiva implicaría reconocer la diligencia (y no a la imposibilidad misma) como límite de la responsabilidad del deudor..."

La distinción entre la imposibilidad objetiva y la subjetiva es la siguiente: en la primera, la imposibilidad es objetiva en función a la extensión del impedimento y se atiene a la prestación en sí misma a ser ejecutada: cuando ésta no es susceptible de ser ejecutada por ninguna persona y no sólo por el deudor. En cambio, en la imposibilidad subjetiva se tiene como referencia a la posición concreta del deudor, pese a que podría ser ejecutada la prestación por otros.

⁷ FERNANDEZ CRUZ, Gastón. Comentarios al artículo 1314º del Código Civil en "Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas". Tomo VI. Editorial Gaceta Jurídica. Pp. 863

Teniendo en cuenta lo mencionado, resulta evidente que HIDRO está enfocando su imposibilidad de incrementar la garantía de manera subjetiva, es decir, desde su concreta posición y no equiparándose con cualquier tercero. En ese sentido, el no incremento de la garantía no resultaba imposible siguiendo el criterio objetivo. Por lo tanto, sí resultó eficaz la ejecución de la "Carta Fianza" Nº 49187-1 emitida por el INTERBANK ante en no incremento del 100% de la Garantía de Fiel Cumplimiento.

En conclusión, de los argumentos esgrimidos, resulta lógico que la ejecución de la "Carta Fianza" Nº 49187-1 emitida por el INTERBANK no puede ser calificada como nula, debido a que no es un acto jurídico y, por ende, este extremo de la pretensión debe ser declarado improcedente.

Sin perjuicio de ello, toda vez que ha quedado acreditado que al MEM sí le asistía el derecho para ejecutar la referida garantía, por la falta de cumplimiento del hito "Cierre Financiero", el MEM se encontraba facultado a ejecutar la "Carta Fianza" Nº 49187-1 emitida por el INTERBANK y, por ende, dicha ejecución sí resulta eficaz, razón por la cual, en este extremo de la pretensión, debe ser declarada infundada.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En relación a la ejecución de la Carta Fianza Nº 49187-1, la misma fue realizada al amparo de lo establecido en el inciso 9.2) del numeral 9) del Contrato de Concesión, en donde se indica lo siguiente:

"La garantía de Fiel Cumplimiento será ejecutada, sin derecho a interponer reclamo alguno, cuando:

9.2 La Sociedad Concesionaria no cumpla con incrementar el monto de la garantía conforme a lo señalado en el segundo párrafo del numeral 8.2"

Asimismo, cabe precisar que el incremento en el 100% del monto al cual asciende la garantía ejecutada es una "penalidad" establecida por ambas partes en el Contrato de Concesión en el numeral 8.2) del mismo, debido a un atraso en el cumplimiento del Cronograma de Ejecución de Obras:

“(...) Si la sociedad Concesionaria presentara un atraso en el cumplimiento del Cronograma de Ejecución de Obras al efectuarse la verificación trimestral, la Garantía de Fiel Cumplimiento deberá ser incrementada en 100% respecto al monto vigente al trimestre anterior, dentro de los tres (3) días de recibido el requerimiento por parte de OSINERGMIN. (...)”

En el presente caso, OSINERGMIN es el encargado de la fiscalización del cronograma de obra, fundamentando dicha entidad la solicitud de incremento en el monto de la garantía (requerimiento cuyo incumplimiento dio lugar a la ejecución de la garantía), debido a que HIDRO no habría cumplido con el hito denominado “Cierre Financiero” dentro del plazo establecido para ello.

Por lo expuesto, y atendiendo a los argumentos establecidos por ambas partes, HIDRO cuestiona la validez del requerimiento de incremento de la Carta Fianza N° 49187-1 atendiendo a que, según dicha parte, sí habrían cumplido con el hito denominado “Cierre Financiero”; indicando el MINISTERIO, por su parte, que HIDRO no había cumplido con el mismo, debido a que es OSINERGMIN el encargado de velar por el cumplimiento o incumplimiento (mediante verificaciones trimestrales) de las obligaciones pactadas en relación al calendario de ejecución de la obra y, en este caso, dicha entidad estableció el incumplimiento por parte de HIDRO del primer hito establecido (Cierre Financiero); en tal sentido, con la finalidad de establecer si correspondía o no la ejecución de la carta fianza, corresponde determinar si la causal alegada para fundamentar la misma es válida y, primigeniamente, dado que dicha causal es el desencadenante de un supuesto de hecho establecido (el incumplimiento del “Cierre Financiero”), corresponde verificar la validez del hecho indicado, más aún cuando el mismo es el evento cuestionado por el demandante.

Al respecto, conforme lo hemos indicado, ambas partes han otorgado a OSINERGMIN la potestad de verificar trimestralmente el avance de la obra, conforme se puede observar de lo establecido en el numeral 4.6) del Contrato:

“En un plazo de tres (3) meses a partir de la Fecha de Cierre, la Sociedad Concesionaria debe presentar el cronograma detallado de la ejecución de obra, proporcionando los elementos suficientes, a satisfacción de OSINERGMIN, que permita efectuar el control de avance de la ejecución del proyecto. El cronograma deberá contener, como mínimo, los siguientes hitos: Cierre

financiero; Arribo del principal equipamiento electromagnético; Inicio de obras civiles; Inicio de montaje del equipamiento electromagnético; Puesta en Operación Comercial,"

En tal sentido, cabe preguntarnos, si OSINERGMIN es el encargado de verificar trimestralmente el cumplimiento del cronograma de obra, conforme al acuerdo arribado entre las partes contenido en el Contrato de Concesión materia de litis, ¿es competencia del Tribunal Arbitral, en este caso, pronunciarse sobre el cumplimiento del hito Cierre Financiero, aún cuando dicha potestad ha sido otorgada a OSINERGMIN?

En relación a este punto, cabe indicar que si bien en el Contrato de Concesión ambas partes facultaron a OSINERGMIN para que fiscalice el cumplimiento del cronograma de ejecución obra, cabe precisar que dicha actividad debe ser desarrollada a partir de la entrega por parte de HIDRO del calendario de ejecución de obra, es decir, OSINERGMIN debe objetivamente establecer y/o verificar –trimestralmente- el normal y adecuado cumplimiento de la ejecución de la obra (de acuerdo al calendario de obra presentado) y del cumplimiento de los hitos que configuran el mismo (debiendo para ello, previamente, haberse establecido en qué consistían cada uno de los hitos, con la finalidad de que OSINERGMIN determine o no su cumplimiento).

Ahora bien, en relación al hito denominado “Cierre Financiero” cabe preguntarnos ¿atendiendo a lo establecido en el contrato, qué situación de hecho o elementos constitutivos deben converger para que, conforme a lo acordado por las partes, se deba declarar el cumplimiento de dicho hito, es decir, en qué consiste el cumplimiento del hito “Cierre Financiero”, cumplimiento que debe ser fiscalizado por OSINERGMIN?

Al momento de la suscripción de un contrato, los denominados “costos de transacción” impiden que las partes puedan –justamente- contratar poniéndose en el 100% de los supuestos a acontecerse, teniendo en cuenta las externalidades y elementos por generarse a lo largo de la ejecución del mismo, debido a que la realidad no es “ceteris paribus”; por ello, el contrato perfecto (el cual contiene todas las contingencias imaginables) no existe, debido a que el costo excesivo del pacto de las cláusulas que conforman el mismo (costo de transacción) lo deviene en utópico.

Es decir, por ejemplo, dado que la realidad no es constante, existen por ejemplo determinados supuestos que las partes pueden o no advertir al momento de la suscripción del contrato, pero que, a pesar de poder ser advertido, debido a lo costoso que supone que ambas se pongan de acuerdo y plasmen en el contrato la solución que corresponda de acontecerse dicho supuesto (así como a los demás supuestos imaginables, por improbables que sean), es que finalmente el contrato ostenta elementos no pactados que, de presentarse a manera de contingencias, necesitan ser resueltos por las instancias correspondientes.

En el presente contrato, si bien las partes han establecido que al 20 de setiembre de 2010 (fecha de la primera verificación, la cual no ha sido objetada por ninguna de las partes), se debía presentar el cronograma de ejecución de obra aplicable, que debía contener los hitos Cierre financiero, Arribo del principal equipamiento electromagnético, Inicio de obras civiles, Inicio de montaje del equipamiento electromagnético y Puesta en Operación Comercial, ni en el Contrato de Concesión, ni en los demás documentos obrantes en el expediente, se observa en qué consiste el cumplimiento del ítem denominado "Cierre Financiero" (no habiendo las partes detallado con exactitud en el contrato en qué consistía dicho ítem y cuyo cumplimiento es materia de cuestionamiento entre ambas), no estableciendo por ende qué situación de hecho debía ser verificada por OSINERGMIN para determinar o declarar su cumplimiento o incumplimiento, de ser el caso.

Atendiendo a ello, conforme se ha podido observar, dado que las partes no han pactado en qué consiste el cumplimiento del referido ítem "Cierre Financiero", correspondería que dicho término se interprete o su definición se integre al contrato, situación que es necesaria para esclarecer la voluntad contractual que en su debido momento no quedó claramente plasmada en el contrato, conforme lo establece ALFREDO BULLARD GONZALEZ⁸:

"(...) Muchas veces interpretar se parece bastante a descubrir algo que se perdió. Pero en numerosos casos, quizás en la mayoría, interpretar es justamente darle sentido a lo que las partes no solo no dijeron, sino que nunca quisieron decir. En ese sentido muchas veces interpretar es en realidad un acto de creación de nuevas reglas contractuales, simplemente porque las partes quisieron precisamente usar un lenguaje ambiguo, o porque el lenguaje del

⁸ BULLARD GONZALEZ, Alfredo. Derecho y Economía. 2da Edición. Editorial Palestra. Pp 396.

contrato justamente quiso dejar claro que no estaban de acuerdo (...) en realidad no hay grandes diferencias entre la interpretación y la integración contractual (...)"

Atendiendo a ello, ¿A quién le corresponde interpretar el denominado hito "Cierre Financiero" y/o integrar la definición subyacente a dicho hito?

Al respecto, el numeral 12) del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

"12. Solución de Controversias

12.1 Los conflictos y controversias que pudieran surgir entre las Partes sobre la interpretación, ejecución, cumplimiento y cualquier aspecto relativo a la existencia, validez o resolución del Contrato deberán ser resueltos por trato directo entre las Partes dentro de un plazo de quince (15) días, contado a partir de la fecha en que una Parte comunica a la otra, por escrito, la existencia de un conflicto o controversia (el "Plazo de Trato Directo")

12.2 En caso las Partes, dentro del Plazo de Trato Directo, no resolvieran el conflicto o controversia suscitada, entonces deberán definirlo como un conflicto o controversia de carácter técnico o no técnico (...)

En caso que las Partes no se pusieran de acuerdo dentro del Plazo de Trato Directo respecto de si el conflicto o controversia suscitado es una Controversia Técnica o una Controversia No-Técnica, entonces tal conflicto o controversia deberá ser considerado como una Controversia No-Técnica (...)"

Atendiendo a lo expuesto, teniendo en cuenta lo establecido en el convenio arbitral contenido en la cláusula doceava del Contrato de Concesión, siendo que el origen de la controversia se suscita en determinar en qué consiste el denominado hito "Cierre Financiero" (elemento establecido pero no definido por las partes en el Contrato), corresponde a este Tribunal Arbitral (es competente para ello) interpretar en qué consiste dicho hito.

Ahora bien, queda claro hasta este punto que este colegiado es competente para determinar, bajo su entera discreción, teniendo en cuenta lo establecido por las partes

en el Contrato de Concesión, cuáles son los elementos o en qué consiste el denominado "Cierre Financiero" (interpretarlo o integrar su definición), empero, a pesar de ostentar dicha potestad ¿la misma no va contra lo establecido por las partes ya que, en el supuesto que se estableciese que sí se produjo el cumplimiento de dicho hito, ello iría contra la competencia de OSINERGMIN conferida específicamente por las partes?

Por lo expuesto, queda claro que la facultad de OSINERGMIN es de fiscalizar trimestralmente el cumplimiento del cronograma de ejecución de obra, ostentando la facultad de *-bajo su entera discreción-* requerir los documentos necesarios para cumplir con su labor fiscalizadora; sin embargo, como también se ha indicado, dicha facultad fiscalizadora no incluye la facultad interpretativa de lo no puesto o definido por las partes, como es en qué consiste el denominado "Cierre Financiero" sino que, atendiendo a lo que ambas partes hubieren definido al respecto, determinar o no su cumplimiento, y siendo que dicha situación no se produjo en el presente caso (dicho elemento no fue en ningún momento definido por las partes), corresponde al Tribunal Arbitral determinar su consistencia.

Asimismo, cabe preguntarnos, si bien OSINERGMIN ostenta la facultad de determinar el cumplimiento del cronograma de ejecución de obra ¿las partes ostentan accionar alguno en contra de lo resuelto por dicha entidad?

Este colegiado no niega la facultad discrecional de OSINERGMIN de fiscalizar trimestralmente el cumplimiento del calendario de ejecución de obra, debiendo respetar para ello los parámetros establecidos por las partes en el mismo, empero, de existir controversia alguna que surja a partir del cumplimiento de su función supervisora de la ejecución del contrato, es claro también para este Tribunal Arbitral que deben activarse los mecanismos de solución de controversias pactados por las partes y contenidos en el numeral 12) del Contrato de Concesión.

Al respecto, siendo que dicha potestad de fiscalización fue otorgada a OSINERGMIN, ello constituye inequívocamente el carácter contractual de libre disposición de las partes en relación a dicho punto, por ello, y no habiendo pacto o acuerdo alguno de que la decisión de OSINERGMIN no pueda ser pasible de objeción alguna, es evidente que ante cualquier discrepancia en su decisión, la misma debe ser posible de ser vista en arbitraje, para este supuesto específico.

Por todo lo expuesto, resulta ineludible que este colegiado: (i) ostenta la facultad de interpretar en qué consiste el hito denominado “Cierre Financiero”; y (ii) ostenta la facultad de, debido a la discrepancia surgida debido lo resuelto por OSINERGMIN, determinar el cumplimiento o incumplimiento del referido hito denominado “Cierre Financiero”.

Ahora bien, en relación a lo que comprendía el concepto “Cierre Financiero” el MINISTERIO en su escrito de contestación de demanda indicó lo siguiente:

“(...) Teniendo en cuenta lo señalado, es obvio que la interpretación que ambas partes dieron al término “Cierre Financiero” es al origen del financiamiento con el que contaría HIDRO para el desarrollo del proyecto y, de esa forma, poder cumplir con el Cronograma de Ejecución de Obras. (...)”

En relación a lo señalado, este colegiado no comparte lo indicado por el MINISTERIO (al indicar que es obvia la interpretación de ambas partes en relación al hito en discordia) dado que lo único claro es que las partes no cumplieron con definir qué comprendía el “Cierre Financiero”, lo cual pudo responder a diversas razones que no corresponden ser inferidas por este Tribunal Arbitral, empero, sí corresponde ahora la interpretación y/o integración “ex post” del significado del mismo.

Lo indicado en el párrafo precedente responde a dos situaciones: la primera supone que las partes se lograron poner de acuerdo en relación al término que “ex post” es materia de controversia e interpretación, el cual, a pesar del consenso de las partes, por determinados motivos no fue plasmado con claridad en el contrato, con lo cual la labor del intérprete se reduce en recolectar los indicios que las partes hayan establecido en el contrato, los cuales lo llevarán a desentrañar lo que realmente quisieron decir ambas partes y que no fue plasmado con claridad; y, la segunda, supone que las partes o no se pusieron de acuerdo, o simplemente no previeron que se podían suscitar controversias en relación a un término, cláusula o situación ambigua, poco clara o simplemente no definida, con lo cual la labor del intérprete (este colegiado para el presente caso) no será tratar de encontrar qué es lo que las partes quisieron decir, sino que, por el contrario, será la de llenar el vacío dejado por las partes al momento de contratar.

Atendiendo a lo expresado, dado que a lo largo del contrato y del comportamiento de las partes no es posible determinar indicio alguno en relación a cuál fue la intención de las partes al establecer el referido hito “Cierre Financiero”, es claro que nos encontramos en el segundo supuesto de interpretación descrita, esto es, corresponde que el Tribunal Arbitral cumpla con llenar el vacío dejado por las partes al no definir el hito “Cierre Financiero” al momento de la suscripción del Contrato de Concesión materia de litis.

En relación a los métodos interpretativos, los mismos se encuentran establecidos entre los artículos 168º y 170º del Código Civil, los cuales indican lo siguiente:

“Art. 168º

El Acto Jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él según el principio de la buena fe.

Art. 169º

Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas.

Art. 170º

Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto.”

Ahora bien, conforme lo hemos indicado precedentemente, dado que este colegiado no ostenta elementos para aplicar los métodos de interpretación textualistas (entre los cuales se encuentran el método literal, como el sistemático), corresponde –conforme lo hemos referido precedentemente- que este colegiado interprete o integre el concepto denominado “Cierre Financiero” teniendo en cuenta para ello el método de interpretación contextualista, esto es atendiendo a la naturaleza propia del contrato, debiendo tener en cuenta además la conservación del negocio jurídico.

En relación a la interpretación basándose en la conservación del negocio jurídico, ALFREDO BULLARD GONZALEZ indica que el mismo consiste en lo siguiente:

“(...) la conservación del negocio es un buen referente y por tanto el intérprete debe intentar mantener la vigencia y ejecutabilidad del contrato y/o cláusula específica (...)”

Concordamos con el citado autor en que la conservación del negocio jurídico no puede llevarnos a salvar el negocio a toda costa, esto es, establecer una forzada interpretación con tal de salvar el contrato, puesto que ello devendría en un contrato ineficiente y por ende perjudicial para las partes, situación que ninguna de ellas buscaba al momento de contratar (teniendo en cuenta que una acepción básica del contrato es, justamente, negociar para estar en una mejor posición que la anterior pues nadie contrata para perder).

Entendemos que las partes al momento de establecer que al 20 de setiembre de 2010 (fecha de la primera revisión trimestral) se tenga que establecer el “Cierre Financiero”, trataron de tener la certeza que dicho contrato se va a tener que ejecutar sin inconveniente alguno en relación al financiamiento del mismo, asimismo, dicha situación es conducente con lo que pudiesen establecer otras partes diligentes que –obviamente- consideran pertinente tener todos los elementos suficientes que brinden certeza que el contrato va a ser ejecutado sin inconveniente alguno en relación al financiamiento del mismo.

Dicha interpretación es conducente con la precitada conservación del negocio jurídico, dado que, otro supuesto de interpretación sería establecer que era necesario contar al 20 de setiembre de 2010 con la totalidad del monto de financiamiento y no sólo acreditar el total del monto del financiamiento (con los documentos correspondientes que establezcan que la obra será debidamente financiada y ejecutada), interpretación primera optada por OSINERGMIN, la cual no favorece a la continuación de las relaciones contractuales entre HIDRO y el MINISTERIO, y que a criterio de este Tribunal Arbitral es restrictiva e innecesaria, dado que la finalidad que este colegiado adscribe al establecimiento del hito “Cierre Financiero” es que se acredite el financiamiento correspondiente para la ejecución del Contrato de Concesión suscrito, lo cual se puede establecer suficientemente con la presentación de la documentación que indique y explique indubitablemente cómo es que la obra será debidamente financiada, lo cual se puede realizar –tal como se hizo en este caso- con los documentos que indiquen que determinada entidad bancaria va a solventar la ejecución de la obra materia de litis.

Atendiendo a la definición esgrimida en el párrafo precedente, corresponde determinar si HIDRO pudo o no acreditar el financiamiento de la ejecución del Contrato de Concesión y, por ende, tener por cumplido el hito "Cierre Financiero".

En el punto 4.2.5) del escrito de demanda de fecha 13 de julio de 2011, HIDRO cumplió con indicar lo siguiente:

"Con Carta N° 014-2010-EHSAC/SHIMA, de fecha 20.09.10, comunicamos a OSINERMING, que el monto que requerimos para ejecución de la obra se encuentra en el orden de los US\$ 12'000.000.00 (Doce Millones y 00/100 Dólares Americanos), del cual nuestra representada actualmente cuenta con la disponibilidad del monto de US\$ 2'400.000.00 (Dos Millones Cuatrocientos Mil y 00/100 Dólares Americanos), monto que corresponde a la contrapartida que condiciona la Entidad Bancaria para aprobar el financiamiento del saldo del presupuesto mencionado, adjuntamos además la carta de compromiso de nuestro socio financiero Sr. Ugo Rafael Mendoza Ingunza, quien en representación de Manufacturas Industriales Mendoza S.A. Garantiza el monto indicado, cabe indicar que parte de este monto se viene utilizando en los gastos de replanteo y servirá además para solventar los gastos de obras civiles y otras actividades calendarizadas hasta los primeros meses del año entrante, tiempo suficiente para el otorgamiento del financiamiento del saldo por parte de la Entidad Bancaria. Comunicamos asimismo que el saldo de financiamiento, lo venimos utilizando con el Banco Continental y el Banco de Crédito en paralelo, se adjunta cartas, quienes se encuentran a la espera de la presentación del Expediente Técnico, del estudio replanteado el mismo que se les alcanzara oportunamente, con lo cual culminaremos con la entrega de los requisitos para la evaluación final del financiamiento."

Cabe indicar que lo afirmado por HIDRO en relación al financiamiento, no ha sido contradicho por el MINISTERIO, siendo la disyuntiva planteada por este último lo concerniente a la implicancia del término "Cierre Financiero", lo cual, para dicha parte, suponía el contar en ese momento con la total acreditación original del financiamiento total de la obra, mas no simplemente con la acreditación de que se contaría con el financiamiento de la obra. Es decir, de lo expuesto por las partes y lo no contradicho por las mismas, queda claro que, primero, HIDRO cumplió con gestionar el

otorgamiento del financiamiento correspondiente para la ejecución de la obra, segundo, HIDRO cumplió con poner en conocimiento del MINISTERIO el sustento del financiamiento de la obra (quién y cómo se va a financiar la obra) y, tercero, para el MINISTERIO no bastaba con acreditar el financiamiento de la obra, sino que se debía en ese instante contar con la totalidad del monto que financie la ejecución de la obra.

Por lo expuesto, este Tribunal considera que el "Cierre Financiero" implica acreditar el financiamiento de la obra, lo cual en este caso ha sido establecido suficientemente con la presentación de la documentación que sustenta cómo la obra será debida y totalmente financiada. En consecuencia, este Tribunal considera que HIDRO si ha cumplido con acreditar el "Cierre Financiero".

De esta manera, el supuesto de hecho para solicitar el incremento en el 100% de la Carta Fianza N° 49187 (el cual es el incumplimiento del hito Cierre Financiero) no se cumplió, con lo cual la exigibilidad del referido incremento de la Carta Fianza no debió darse y, por ende, deviene en inválida la ejecución de la referida garantía.

Ahora bien, habiendo establecido que la ejecución de la referida garantía deviene en ineficaz (primer punto controvertido), corresponde emitir el pronunciamiento correspondiente en relación a si corresponde o no que el MINISTERIO devuelva el monto ejecutado al cual ascendía la garantía referida (segundo punto controvertido).

Es pertinente citar el numeral 8.2) del contrato materia de litis, en relación al incremento en el monto de la Carta Fianza presentada, el cual establece lo siguiente:

"El monto de la garantía de Fiel Cumplimiento asciende a US\$ 500,000.00 equivalente a US\$ 100,000.00 por MW a instalarse.

Si la sociedad Concesionaria presentará un atraso en el cumplimiento del Cronograma de Ejecución de Obras al efectuarse la verificación trimestral, la Garantía de Fiel Cumplimiento deberá ser incrementada en 100%, respecto al monto vigente al trimestre anterior, dentro de los tres (03) Días de recibido el requerimiento por parte de OSINERGMIN. Al subsanar el atraso, el monto de la Garantía vuelve al nivel del monto vigente al trimestre de producto atrasado"

Al respecto, mediante Oficio N° 6150-2010-OS-GFE de fecha 29 de setiembre de 2010, OSINERGMIN cumplió con requerir el incremento del 100% de la garantía otorgada:

"De acuerdo a la verificación de su Cronograma de Ejecución de Obras, debemos señalar que la culminación del Hito "Cierre Financiero" estaba previsto para el 20 de setiembre de 2010. Teniendo en cuenta que a la fecha no han cumplido con acreditar el cumplimiento del referido Hito, y en aplicación de lo dispuesto en el numeral 8.2 antes citado, le comunicamos que están contractualmente obligados a incrementar en 100% el monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento, dentro de los tres próximos días de recibido el presente, Garantía que mediante la respectiva Carta Fianza deberán presentar a la Dirección General de Electricidad del Ministerio de Energía y Minas (MINEM)"

Conforme a lo establecido al resolver el primer punto controvertido, el Tribunal Arbitral indicó que el denominado hito "Cierre Financiero" fue debidamente acreditado y, por ende, cumplido; en tal sentido, al no haberse establecido el supuesto de hecho para requerir el incremento de la garantía otorgada (Carta Fianza), el mismo deviene en inválido y, por ende, ineficaz.

Luego, mediante Oficio N° 1080-2010/MEM-DGE de fecha 2 de diciembre de 2010, se pone en conocimiento de HIDRO la ejecución de su Carta Fianza:

"Me dirijo a ustedes, con relación al documento de la referencia, a fin de comunicarles que el Ministerio de Energía y Minas procedió a ejecutar Carta Fianza N° 49187-1, que garantizaba el proyecto Central Hidroeléctrica Shima, de conformidad a lo dispuesto en el numeral 9.2 del Contrato de Concesión para el Suministro de Energía Renovable al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante, "Contrato"), y en virtud de lo señalado por OSINERGMIN en el OFICIO N° 6939-2010-OS-GFE."

En relación a ello, es necesario indicar que, tal y como corresponde declarar al requerimiento del incremento de la carta fianza como inválida, teniendo en cuenta que el supuesto de hecho requerido para ello nunca se cumplió, corresponde, por ende, también declarar como inválida la ejecución de la garantía (Carta Fianza N° 49187-1), debido a que la misma estaba fundada en un requerimiento inicial inválido, por lo

correspondería requerir que el MINISTERIO pague a manera de reembolso la suma a la cual ascendía la garantía ejecutada, con la finalidad de que HIDRO cumpla con generar una nueva garantía de Fiel Cumplimiento, en igual monto y características (conforme a lo requerido en el Contrato de Concesión) a la inválidamente ejecutada por el MINISTERIO.

Por lo expuesto, corresponde declarar FUNDADA la primera pretensión esgrimida por HIDRO, debiendo declararse la invalidez e ineficacia de la ejecución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, asimismo, corresponde establecer que el MINISTERIO cumpla con pagar a favor de HIDRO, a manera de reembolso, el monto al cual asciende la Carta Fianza Nº 49187-1 ejecutada, es decir, la suma de US\$ 500,000.00, siendo de cargo de HIDRO generar con el pago de dicho monto una nueva Garantía de Fiel Cumplimiento, en igual característica y monto a la garantía ejecutada inválidamente por el MINISTERIO.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

“Analizar si corresponde que se declare la nulidad o ineficacia del Oficio Notarial Nº 337-2011/MEM-DGE de fecha 17 de marzo de 2011, por medio del cual se resolvió el contrato de concesión”.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

Señala que habiéndose demostrado la nulidad de la Ejecución de la Carta Fianza Nº 49187-1 emitida por el BANCO INTERBANK conforme se desprende de los argumentos señalados en el punto anterior y que sirven de sustento para ampliar sus argumentos sobre este extremo de la pretensión demandada, considera nulos e ineficaces los demás actos administrativos realizados por el MINISTERIO, como son: 1) El Oficio Nº 6150-2010-OS-GFE a través del cual OSINERGMIN al amparo del numeral 8.2 del contrato le requirió el incremento de la garantía en un 100% por haber incumplido con el hito “Cierre Financiero”; 2) El Oficio Nº 1080-2010/MEM-DGE, a través del cual la Dirección General de Electricidad del MEM le comunicó la ejecución de la Carta Fianza Nº 49187-1 por el retraso en el cumplimiento del Cronograma de Ejecución de Obras, asimismo, le requiere que repusiera la garantía bajo apercibimiento de resolver el contrato; 3) el Oficio Nº 228-2011/MEM-DGE, mediante el cual la Dirección General de Electricidad del MEM le comunica su deseo de resolver

el Contrato ante el incumplimiento de reponer la Garantía; y 4) El Oficio N° 337-2011/MEM-DGE, por el que la Dirección de Electricidad le comunicó la resolución del Contrato de Concesión. Al respecto, HIDRO, abundando en fundamento a lo ya manifestado, precisa que con respecto al Oficio N° 228-2011/MEM-DGE, donde la Dirección General de Electricidad del MEM le comunica su deseo de resolver el Contrato ante el incumplimiento de reponer su garantía, pues sostiene que no podía reponer la carta fianza ejecutada porque el Banco Continental se negaba en otorgarle una nueva Carta Fianza, resulta errónea, pues conforme se advierte de los actuados en el proceso, se advierte que la carta ejecutada fue expedida por el INTERBANK y, por ende, intimarlos por un hecho que no ha sido manifestado por su parte, también enerva esta notificación y los demás actos que se originaron a raíz de esta, como es el caso del Oficio N° 337-2011/MEM-DGE.

Finalmente, agrega respecto a las demás causales de nulidad de este acto jurídico, la causal prevista en el inciso 6º del artículo 219º del Código Civil: "cuando el acto jurídico no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad", esto es, el acto jurídico contenido en el Oficio N° 337-2011/MEM-DGE, sólo sería válido si es que la Carta fianza N° 491871 hubiera sido ejecutada válidamente y se hubiera negado en reponerla en el plazo señalado por el abogado de la parte contraria, y como estos hechos o presupuestos no han ocurrido, esto es, la carta fianza sigue vigente, la actuación del Ministerio de Energía y Minas no revistió las formalidades para resolver el Contrato de Concesión para el Suministro de Energía Renovable al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional suscrito con fecha 31 de marzo de 2010.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

¿Resulta nulo el acto por el que se hace efectiva la resolución del Contrato (Oficio N° 337-2011/MEM-DGE)?

HIDRO no ha sustentado la nulidad que pretende en ninguna de las causales previstas en el artículo 219 del Código Civil. De la lectura del escrito de demanda se desprende claramente que para HIDRO la resolución contractual es nula porque HIDRO no pudo restituir la Garantía de Fiel Cumplimiento porque como se les ejecutó la "Carta Fianza" emitida por el INTERBANK, el Banco Continental se negó a brindarles financiamiento.

De un simple análisis puede afirmarse que el acto por el que se hizo efectiva la resolución del Contrato (Oficio N° 337-2011/MEM-DGE) no se encuentra dentro de alguna de las causales del artículo 219º del Código Civil.

En efecto, el artículo 219º del Código Civil establece:

"El acto jurídico es nulo:

- 1. Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.*
- 2. Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358º.*
- 3. Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.*
- 4. Cuando su fin se ilícito.*
- 5. Cuando adolezca de simulación absoluta.*
- 6. Cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad.*
- 7. Cuando la ley lo declare nulo.*
- 8. En el caso del artículo V del Título Preliminar, salvo que la Ley establezca sanción diversa."*

¿Resulta ineficaz el acto por el que se hace efectiva la resolución del Contrato (Oficio N° 337-2011/MEM-DGE)?

HIDRO incurre en un gravísimo error de análisis jurídico al pretender la ineficacia del acto que conlleva a la resolución del Contrato en base a que supuestamente no existe razón jurídica que sustente dicha resolución. Sobre el particular, debemos recordar lo señalado de manera expresa en el literal b) del numeral 11.2) de la cláusula undécima del Contrato, el cual señala que el MINISTERIO podrá resolver el Contrato si HIDRO no cumple con reponer dentro del plazo de treinta (30) días de requerido por el MEM la Garantía de Fiel Cumplimiento.

En ese sentido, la condición resolutoria para que se produzca, valga la redundancia, la resolución del Contrato, estaba prevista en el mismo Contrato y era que HIDRO no reponga la Garantía de Fiel Cumplimiento dentro del plazo de treinta (30) días que sea requerido por el MINISTERIO ante la ejecución de la referida garantía. Como bien se ha reconocido HIDRO, esta parte no repuso la Garantía de Fiel Cumplimiento luego

de que fue ejecutada, a pesar que le fue requerido por el MEM mediante Oficio N° 1080-2010/MEM-DGE.

Mediante Oficio N° 228-2011/MEM-DGE notificado notarialmente el 18 de febrero de 2011, la Dirección General de Electricidad del MEM comunicó a HIDRO su intención de resolver el Contrato, ante el incumplimiento de reponer la garantía, de conformidad con lo dispuesto en el literal a) del numeral 11.4) de la cláusula undécima del Contrato. Mediante Carta N° 004-2010-EHSAC/SHIMA, notificada notarialmente al MINISTERIO el 7 de marzo de 2011, bajo el registro N° 2073452, HIDRO solicitó a la Dirección General de Electricidad que se abstuviera o suspendiera su intención de resolver el Contrato, en virtud de que según dicha empresa no existe causal para tal decisión.

Sobre el particular, es de destacar que esta disconformidad fue presentada por HIDRO luego de transcurrido el plazo de diez (10) días hábiles, estipulado en el literal b) del numeral 11.4 de la cláusula undécima del Contrato, el cual venció el viernes 4 de marzo de 2011 (fecha en la cual HIDRO presentó su carta ante la Notaría). En ese sentido, el derecho de HIDRO a manifestar su disconformidad con respecto a la resolución había caducado.

Mediante el Oficio N° 337-2011/MEM-DGE notificado notarialmente el 18 de marzo de 2011, la Dirección General de Electricidad del MINISTERIO comunicó a HIDRO que la citada controversia no era impedimento para que cumpliera con la reposición de la garantía, razón por la cual a través de ese documento daba por resuelto el Contrato, de conformidad con lo dispuesto en el literal c) del numeral 11.4 de la cláusula undécima del Contrato.

Es en virtud a las razones expuestas que el acto por el que se hace efectiva la resolución del Contrato, esto es, el Oficio N° 337-2011/MEM-DGE resulta ser válido (no es nulo ni anulable) y eficaz, por lo que esta segunda pretensión de HIDRO deberá ser declarada infundada.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Habiendo ya establecido la definición del denominado hito "Cierre Financiero", estableciendo que la ejecución de la Carta Fianza N° 49187-1 no produce efecto alguno, dado que la misma se fundó bajo un supuesto de hecho que debió producirse

y nunca se produjo (dado el requerimiento valido del incremento en el monto de la carta fianza en el 100% de su monto), corresponde determinar si es conducente la nulidad o la ineficacia del oficio mediante el cual el MINISTERIO resolvió el Contrato de Concesión materia de litis.

Al respecto, el numeral 11.1) del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

"El Contrato terminará por:

- a) *Acuerdo de las partes;*
- b) *Extinción del Contrato de Concesión Definitiva de Generación RER;*
- c) *Vencimiento del Plazo de Vigencia; o*
- d) *Resolución del Contrato"*

Asimismo, en relación a la Resolución del Contrato, el literal b) del numeral 11.2) del mismo establece lo siguiente:

"11.2 El Ministerio podrá resolver el Contrato, si la Sociedad Concesionaria:

(...)

b) Si no se cumple con reponer dentro del plazo de treinta (30) días de requerido por el Ministerio, la Garantía de Fiel Cumplimiento que hubiere sido ejecutada."

Atendiendo a ello, mediante Oficio N° 337-2011/MEM-DGE de fecha 17 de marzo de 2011, el MINISTERIO resuelve el Contrato de Concesión celebrado con HIDRO indicando lo siguiente:

"(...) En tal sentido, en virtud del incumplimiento a vuestras obligaciones contractuales y habiéndose seguido el procedimiento previsto para tal fin, esta Dirección General da por resuelto el Contrato."

Por lo expuesto, no cabe duda que el MINISTERIO resolvió el contrato fundamentando su decisión unilateral en un supuesto determinado previamente establecido en el Contrato de Concesión, cual es, el indicado en el literal b) del numeral 11.2) del mismo, es decir, no reponer dentro del plazo de treinta (30) días la garantía de fiel cumplimiento previamente ejecutada (Carta Fianza N° 49187-1).

Atendiendo a ello, pareciera que dicha resolución sería tanto válida como eficaz, al haber sido realizada al amparo de una causal específica en el Contrato, estando por ello dentro del marco aplicable establecido en el propio Contrato de Concesión, en cuanto a la resolución de contrato se refiere. Al respecto, los artículos 224º y 225º del referido Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (normativa aplicable a la presente controversia, atendiendo a la naturaleza jurídica del Contrato de Concesión), establece lo siguiente:

"Artículo 224º.- Resolución de Contrato

Cualquiera de las partes, o ambas, pueden poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en las Bases, el contrato o en el Reglamento (...)."

"Artículo 225º.- Causales de Resolución

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del Artículo 41º de la Ley, en los casos en que el contratista:

- 1) *Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.*
- 2) *Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo; o*
- 3) *Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación. (...)"*

Asimismo, en relación al procedimiento establecido para la resolución del Contrato, el numeral 11.4 del mismo, establece lo siguiente:

"11.4 Para resolver el Contrato, se seguirá el procedimiento siguiente:

- a) *El Ministerio comunicará por escrito a la Sociedad Concesionaria, su intención de dar por resuelto el Contrato, describiendo el incumplimiento o evento e indicando la Cláusula resolutoria respectiva.*
- b) *Recibida la carta notarial de resolución de Contrato, la Sociedad Concesionaria podrá manifestar su disconformidad con la existencia de una*

causal de resolución, para cuyos efectos deberá cursar al Ministerio una carta notarial, en un plazo máximo de diez (10) días, contado desde la fecha de recepción de la primera carta notarial. En este caso, se entenderá que existe conflicto o controversia respecto de la resolución del Contrato, siendo de aplicación la Cláusula 12.

- c) *Vencido el referido plazo sin que la Sociedad Concesionaria exprese su disconformidad, el Contrato se entenderá resuelto en la fecha de recepción de dicha carta.*
- d) *Declarada la resolución mediante laudo o producido el supuesto del literal c), quedará resuelto el Contrato.”*

Conforme a lo previsto, de lo establecido en el Reglamento de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, como en el Contrato de Concesión, la figura de Resolución del Contrato debe seguir determinada formalidad y fundarse en los supuestos que se establezcan para tales efectos.

En relación a la formalidad a seguir para la Resolución del Contrato, el MINISTERIO indica que HIDRO no habría presentado su disconformidad con la referida resolución dentro del plazo establecido para ello, por lo que la misma habría quedado consentida.

Al respecto, y sin entrar al análisis de fondo respecto de lo indicado por el MINISTERIO, este colegiado estima que dicha parte incurre en un error al momento de contabilizar el plazo para cuestionar la resolución efectuada (dentro de los diez días de notificada la misma). Es así que, claramente, se establece en el Contrato que el plazo de diez (10) días (que el MINISTERIO alega habría transcurrido sin que HIDRO mostrase su disconformidad con la resolución del Contrato) para cuestionar la resolución del contrato mediante el cursado de la carta notarial correspondiente, se contabilizan a partir de notificado el CONTRATISTA con la primera Carta Notarial, es decir, con la Carta Notarial que resuelve el Contrato (para este caso, el Oficio N° 337-2011/MEM-DGE); sin embargo, dicha parte (el MINISTERIO) realiza el cómputo de dicho plazo al momento de que muestra su intención de resolver el contrato (mas no efectúa la resolución *per se* del mismo), es decir, contabiliza dicho plazo a partir de notificado el Oficio N° 228-2011/MEM-DGE (mediante el cual, como hemos referido, se mostró la intención de resolver el contrato, mas no se resolvió); por lo que, se colige,

que al 4 de marzo de 2011 no había vencido el plazo para que HIDRO manifieste su disconformidad con la Resolución efectuada (conforme erróneamente lo alega el MINISTERIO), teniendo en cuenta que dicha resolución recién se realizó con fecha 18 de marzo de 2011.

Atendiendo a lo expuesto, corresponde, entonces, determinar si la formalidad y la fundamentación seguida por el MINISTERIO para la resolución del Contrato, hacen que dicho acto sea eficaz.

Al respecto, siendo que HIDRO no ha objetado la formalidad seguida por el MINISTERIO, la cual a decir de este Tribunal Arbitral no adolece de vicio alguno, corresponde únicamente determinar si la causal invocada por el MINISTERIO para resolver el contrato es fundada, lo cual dotaría de total validez y eficacia a dicha resolución contractual, contrario censu, correspondería establecer que la misma no es válida y, por ende, no surtiría los efectos buscados, es decir, sería ineficaz.

Conforme lo hemos indicado precedentemente, si bien la resolución del Contrato se realizó a partir de la no reposición de la Garantía de Fiel Cumplimiento previamente ejecutada, dentro del plazo establecido para ello, lo cual conforme al Contrato materia de litis es una causal válida para activar la resolución unilateral, corresponde preguntarnos ¿dicho requerimiento de sustitución de la garantía ejecutada era válida?; más aún ¿la causal por la cual se requirió la renovación de la garantía, es decir, la ejecución previa de la Carta Fianza N° 49187-1, es válida?

Debemos realizar el análisis indicado, esgrimido a manera de preguntas en el párrafo precedente, dado que si, primigeniamente, la ejecución de la Carta Fianza N° 49187-1 era inválida, no debía haber producido los efectos establecidos, por ende, no debía haberse tenido como ejecutada la misma y tampoco procedería, consecuentemente, el requerimiento de la presentación de una nueva garantía a manera de sustitución de la ineficazmente ejecutada; por ello, de llegarse a la conclusión de que dichas inferencias resultasen válidas, no correspondería por ende imputar incumplimiento alguno por la no sustitución de la carta fianza, lo cual devendría en que la causal mediante la cual se fundó la resolución unilateral de contrato sería inexistente, y por ello, todo el procedimiento de resolución adolecería de vicios que lo convertirían en ineficaz; contrario censu, de verificarse la eficacia de la resolución de la Carta Fianza N° 49187-1, la resolución practicada por el MINISTERIO desplegaría todos sus efectos.

Ahora bien, habiendo ya realizado precedentemente en el presente Laudo, el análisis correspondiente en relación a la validez o invalidez de la ejecución de la referida garantía (Carta Fianza N° 49187-1), corresponde remitirnos a lo dispuesto y expresado al respecto. Siendo ello así, al momento de resolver la Primer Pretensión plantada por HIDRO, el Tribunal Arbitral, llegó a la conclusión de lo siguiente:

"Por lo expuesto, el supuesto de hecho para solicitar el incremento en el 100% de la Carta Fianza N° 49187 (el cual es el incumplimiento del hito Cierre Financiero) no se cumplió, con lo cual la exigibilidad del referido incremento de la Carta Fianza no debió darse y, por ende, deviene en inválida la ejecución de la referida garantía."

Conforme se puede observar, dado que el hecho desencadenante (que culminó con la ejecución del Contrato) deviene en inválido y por ello ineficaz, es que los actos jurídicos suscitados a consecuencia de dicho elemento inválido también se encontrarían viciados (al haber sido, justamente, producidos y desencadenados por dicho acto que, como hemos manifestado, sería ineficaz), en tal sentido, a pesar de que la Resolución del Contrato ostentó tanto los requisitos de forma requeridos y, además, se fundó en un hecho real y cierto (cual es, la no renovación de la garantía ejecutada), la realidad es que dicha garantía nunca debió ser ejecutada y, por ello, a HIDRO no debió imputársele la obligación de su sustitución, con lo cual, correspondería declarar inválida la resolución de Contrato efectuada por el MINISTERIO.

Por todo lo expuesto, corresponde declarar FUNDADA la tercer pretensión y, por ello, declarar la ineficacia del Oficio Notarial N° 337-2011/MEM-DGE mediante el cual se estableció la Resolución del Contrato.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Analizar si corresponde que se ordene la continuación del contrato de concesión".

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

Sobre este extremo demandado, HIDRO sostiene que resulta lógico que habiéndose desvirtuado las razones que esgrimía el MINISTERIO para ejecutar la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, y luego resolver el Contrato de Concesión, las partes deben retrotraerse al momento en que se cometió el vicio que originó la nulidad del acto jurídico, y continuar con el desarrollo del Contrato, sin perjuicio de las indemnizaciones que le correspondan por el daño que habría sufrido por la paralización ilegal de sus actividades por parte de la demandada.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

El numeral 12.6 de la cláusula duodécima del Contrato señala de manera expresa lo siguiente:

"Durante el desarrollo del arbitraje las Partes continuarán con la ejecución de sus obligaciones contractuales, en la medida que sea posible, inclusive aquéllas materia de arbitraje..."

El MINISTERIO señala que HIDRO solicitó el inicio del arbitraje por la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento. No obstante ello, el MEM, en virtud a lo dispuesto en el literal b) del numeral 11.2) de la cláusula undécima del Contrato procedió a resolver el Contrato, por la falta de reposición de la Garantía de Fiel Cumplimiento.

Que, como lo señala Hugo Forno Flórez, respecto de la resolución contractual, "...El derecho de resolver la relación contractual por causa de incumplimiento, en las diferentes modalidades a través de las cuales puede manifestarse, y la resolución por intimación no es la excepción, adopta la estructura de un derecho potestativo. El acreedor, en efecto, emite una declaración señalando que se extinguirá la relación contractual si al vencimiento de un plazo que al efecto señala, la prestación a cargo del deudor permanece insatisfecha, extinción que efectivamente tiene lugar si tal situación se presenta, afectando de esa manera la esfera jurídica del otro contratante."⁹

En ese sentido, toda vez que HIDRO no repuso la Garantía de Fiel Cumplimiento al ser ejecutada, se produjo la condición resolutiva expresa señalada en el Contrato que produce la extinción de la relación contractual entre el MEM e HIDRO. En tal sentido,

⁹ FORNO FLÓREZ, Hugo. "Resolución por Intimación". En revista Themis Nº 38. Año 1998. Segunda Época. Lima, Perú. Pag 109.

toda vez que el Contrato ha quedado resuelto por la no reposición de la Garantía de Fiel Cumplimiento, no puede ordenarse la continuación de la vigencia del Contrato y, por ende, esta pretensión debe ser declarada infundada.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En relación a esta pretensión, cabe indicar que la misma está íntimamente ligada con la suerte (llámese validez o invalidez) del Oficio Notarial N° 337-2011/MEM-DGE mediante el cual se resolvió el Contrato de Concesión celebrado entre HIDRO y el MINISTERIO.

Al respecto, debemos remitirnos a lo resuelto en el Cuarto Punto Controvertido, en donde este colegiado estableció lo siguiente:

"Conforme se puede observar, dado que el hecho desencadenante (que culminó con la ejecución del Contrato) deviene en inválido y por ello ineficaz, es que los actos jurídicos suscitados a consecuencia de dicho elemento inválido también se encontrarían viciados (al haber sido, justamente, producidos y desencadenados por dicho acto que, como hemos manifestado, sería ineficaz), en tal sentido, a pesar de que la Resolución del Contrato ostentó tanto los requisitos de forma requeridos y, además, se fundó en un hecho real y cierto (cuál es, la no renovación de la garantía ejecutada), la realidad es que dicha garantía nunca debió ser ejecutada y, por ello, a HIDRO no debió imputársele la obligación de su sustitución, con lo cual, correspondería declarar inválida la resolución de Contrato efectuada por el MINISTERIO."

Al respecto, siendo que deviene en inválida la Resolución de Contrato practicada por el MINISTERIO, a la fecha, el Contrato de Concesión materia de litis sigue vigente.

En tal sentido, este colegiado decide declarar FUNDADA la Cuarta Pretensión de la demanda, por los motivos expuestos en el presente Laudo.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Analizar si corresponde que se ordene al Ministerio de Energía y Minas el pago de US\$ 380,250.00 (Trescientos ochenta mil doscientos

cincuenta con 00/100 Dólares Americanos), correspondientes a los trabajos preliminares ejecutados hasta la fecha en que se procedió a la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento".

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

Señala que debido a que la paralización de sus actividades se ha originado en un hecho imputable al MINISTERIO, debe cancelársele los trabajos preliminares que ha valorizado en la suma US\$ 380,250.00 (Trescientos Ochenta Mil Doscientos Cincuenta y 00/100 Dólares Americanos).

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

Señala que en el presente caso no se ha presentado un enriquecimiento indebido o sin causa de parte del MINISTERIO, como lo ha señalado HIDRO, toda vez que esta última parte no ha acreditado con prueba alguna haber efectuado trabajos preliminares por el valor de US\$ 380,000.00.

Que el artículo 1331º del Código Civil señala que la prueba de daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Que en el presente caso, HIDRO no ha acreditado con ninguna prueba haber efectuado trabajos preliminares por el valor de US\$ 380,250.00.

Sin perjuicio de ello, es de tener en cuenta que, en el hipotético y negado caso que HIDRO si tuviera pruebas de dichos desembolsos y que le deberían ser pagados por el MINISTERIO, es de tener en cuenta que tal pedido no podría ser amparado de acuerdo a lo dispuesto en el último párrafo del artículo 1316º del Código Civil, el cual señala lo siguiente:

"También se extingue la obligación que sólo es susceptible de ejecutarse parcialmente, si ella no fuese útil para el acreedor o si éste no tuviese justificado interés en su ejecución parcial. En caso contrario, el deudor queda obligado a ejecutarla con reducción de la contraprestación, si la hubiere"

Que, la interpretación del referido artículo 1316º es la siguiente: toda prestación que es ejecutada parcialmente y no resulta útil para el acreedor conlleva que la obligación se extinga, sin derecho al pago de la contraprestación a favor del deudor. En caso contrario, esto es, en que sí exista interés del acreedor en la ejecución parcial, el deudor estará obligado a ejecutar tal prestación de manera parcial, pero su contraprestación se reducirá.

En tal sentido, toda vez que el Contrato ha sido resuelto por el MINISTERIO y, por ende, las obligaciones que emanen del mismo entre dicha parte e HIDRO se han extinguido, ello obedece a que para el MINISTERIO ya no resulta útil la ejecución del Contrato por parte de HIDRO y, por ende, éste no tiene derecho al pago de contraprestación alguna.

Sin perjuicio de lo señalado, es de tener en cuenta que HIDRO está solicitando el referido pago vía enriquecimiento sin causa, acción que, de acuerdo a lo dispuesto en el 1955º es residual, esto es, no procede cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización. En ese sentido, en caso a HIDRO le correspondiera el pago de alguna suma por parte del MINISTERIO, ello sería en función a las obligaciones que emanaban del Contrato, razón por la cual HIDRO podría, eventualmente, haber solicitado el pago de una prestación de dicho Contrato y no ir directamente por la acción de enriquecimiento sin causa.

Según Guillermo Cabanellas, el enriquecimiento sin causa es el aumento de un patrimonio con empobrecimiento del ajeno, sin amparo de las normas legales, ni en los convenios o actos privados. A entender del referido autor, en el Derecho moderno todo enriquecimiento sin causa de una de las partes da derecho a la perjudicada a iniciar la acción civil correspondiente para la restitución, resarcimiento o reparación. Aubry y Rau agregan que la acción debe prosperar cuando ningún obstáculo de hecho o de derecho se opone a esta restitución en especie y, en caso contrario, a la restitución del valor que lo representa.

De esta manera, el enriquecimiento sin causa está regulado en el Código Civil, en su artículo 1954º que a la letra dispone:

"Artículo 1954º.- Aquél que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo."

El artículo citado responde a una doctrina uniforme que identifica cinco requisitos para que se configure un caso de enriquecimiento sin causa. En efecto, los requisitos para que proceda la acción de indemnización por enriquecimiento sin causa o *actio de in rem verso* son, a criterio de Llambias, los siguientes:

- a) Una ventaja patrimonial a favor del enriquecido (enriquecimiento del demandado)
- b) Un detrimento patrimonial en perjuicio del empobrecido.
- c) Un nexo causal entre la ventaja patrimonial y el detrimento patrimonial.
- d) Ausencia de causa justificante del enriquecimiento patrimonial.
- e) Carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio patrimonial.

De verificarse estos cinco requisitos en la oportunidad de la presentación de la demanda, la consecuencia es un mandato legal de indemnización, de parte del enriquecido a favor del empobrecido.

En el presente caso, si hipotéticamente HIDRO hubiera acreditado el desembolso de US\$ 380,250.00 a favor del MINISTERIO, existiría una causal justificante del supuesto de enriquecimiento patrimonial del MINISTERIO.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Según el acta de determinación de los puntos controvertidos del presente arbitraje, el Tribunal Arbitral debía emitir un pronunciamiento sobre el quinto punto controvertido, el cual fue fijado en los siguientes términos:

"Analizar si corresponde que se ordene al Ministerio de Energía y Minas el pago de US\$ 380,250.00 (Trescientos ochenta mil doscientos cincuenta con 00/100 Dólares Americanos), correspondientes a los trabajos preliminares ejecutados hasta la fecha en que se procedió a la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento".

En este caso, tenemos que HIDRO solicitó el reconocimiento de ciertos trabajos preliminares ejecutados hasta antes del momento de iniciado los hechos que dieron origen a la presente controversia, ello, con la finalidad de que los referidos gastos no constituyan enriquecimiento indebido por parte del MINISTERIO.

El Consorcio sostiene que ha ejecutado trabajos preliminares que eran necesarios para cumplir con la ejecución del Contrato, indicando que el MINISTERIO no ha realizado pago alguno por tal concepto, por lo que solicita que dicha parte reconozca y pague el monto correspondiente, a fin de que no se constituya un enriquecimiento sin causa, el mismo que encuentra regulado en el artículo 1954º del Código Civil.

Por su parte, el MINISTERIO indica lo siguiente:

- i) HIDRO no habría acreditado haber efectuado trabajos preliminares.
- ii) En el caso que dichos trabajos si se hubieran efectuado, los mismos no serían de utilidad del MINISTERIO dado que el Contrato habría sido resuelto entre ambas partes y,
- iii) El pedido de HIDRO no sería residual, pues tendría otras maneras de requerir dicho pago.

Al respecto, es pertinente indicar que la figura alegada para solicitar la contraprestación por los trabajos preliminares realizados es el llamado "enriquecimiento sin causa"; en tal sentido, para determinar si corresponde o no amparar la presente pretensión, es pertinente verificar si se cumplen los requisitos para invocar la referida figura civil. En tal sentido, el MINISTERIO precisa que si la parte demandante no acredita que los trabajos preliminares sí habrían sido ejecutados, que constituyen beneficio para el MINISTERIO y que tales beneficios no pueden ser requeridos mediante otra vía, no podría imputarse el enriquecimiento indebido alegado.

Cabe precisar que, el enriquecimiento sin causa es una institución jurídica que tiene como finalidad mantener la equidad entre dos personas. El enriquecimiento sin causa se encuentra regulado en el artículo 1954º del Código Civil:

"Artículo 1954º.- Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo."

En tal sentido, para que se configure un supuesto en el cual este colegiado disponga que el MINISTERIO debe indemnizar a HIDRO por motivo de un enriquecimiento sin causa, se debe analizar si se han presentado los requisitos para ello; en ese sentido, no es necesario que se acredite el cumplimiento de las formalidades establecidas en el Contrato o en las normas de Contrataciones del Estado para que se presente este supuesto, pues de estar discutiendo ello, no nos encontraríamos en un supuesto de enriquecimiento sin causa, sino que sería un reclamo propio del incumplimiento de obligaciones que nacieron del Contrato.

Al respecto, este último (esto es, el enriquecimiento injusto) implica la proscripción de una situación de ventaja a partir de una situación considerada injusta desde el punto de vista moral y ético de la sociedad; sin embargo, el enriquecimiento sin causa no corresponde a la llamada "injusticia" a partir de un beneficio, sino que, por el contrario, corresponde a un análisis concreto (no subjetivo) de una determinada situación, contando con la concurrencia de determinados elementos (requisitos) para la configuración de determinados efectos.

Sobre el particular, los requisitos o elementos que se deben presentar para que proceda el enriquecimiento sin causa son cinco (5) los cuales deben concurrir, a efectos de que pueda ampararse una pretensión de dicha naturaleza.

En la doctrina se reconoce que tales requisitos son los siguientes:

- (i) El enriquecimiento del demandado;
- (ii) El empobrecimiento del demandante;
- (iii) La relación causal entre esos hechos;
- (iv) La ausencia de causa justificante del enriquecimiento; y
- (v) La carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio.

Es pertinente citar los siguientes comentarios sobre los requisitos antes indicados:

"En relación al primer requisito, Von Tuhr señala que el enriquecimiento consiste en la diferencia que existe entre el estado actual de patrimonio y el que presentaría si no hubiese ocurrido el injustificado desplazamiento de valores. (...)"

De otro lado, cuando nos referimos a la ventaja que adquiere el enriquecido, aludimos –en estricto– a una ventaja real y efectiva, es decir, aquella que se ha verificado en el patrimonio y no a aquellas ventajas que carecen de ese contenido o que no son cuantificables. Hemos de entender que la ventaja adquirida no tiene que cosificarse u objetivarse, sino que también comprende aquellas situaciones jurídicas subjetivas de ventaja, pues –como tales– forman parte activa del patrimonio. Esto significa que el enriquecimiento (y correlativo empobrecimiento puede derivarse tanto de dinero, otros bienes, créditos, deudas y demás situaciones jurídicas subjetivas de ventaja y correlativas de desventaja).
(...)

En relación al segundo de los elementos, Llambias señala que el empobrecimiento, como segundo requisito de la acción de enriquecimiento sin causa, consiste en el menoscabo de orden patrimonial que el empobrecimiento padece, sea por un daño emergente o por un lucro cesante.

(...)

Los dos primeros requisitos del enriquecimiento sin causa son fundamentales, ya que en la mayoría de procesos cuando se pretende una indemnización por enriquecimiento sin causa se llega a probar el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del demandante. Además, y esto también es usual, se llega a demostrar el tercer requisito del enriquecimiento sin causa, que es la relación causal entre esos hechos. Es decir, entre el enriquecimiento del demandado y el empobrecimiento del demandante.

Pero los problemas se empiezan a presentar cuando existe, como es obvio, la necesidad de demostrar que se trata de un enriquecimiento carente de causa justificada de ese enriquecimiento, y, en quinto lugar, que existe carencia de otra acción útil para remediar el perjuicio.¹⁰

Según lo expuesto en los párrafos anteriores, la figura del enriquecimiento sin causa debe cumplir con una serie de requisitos, los cuales deben concurrir, a efectos de que se reconozca el pago por dicho concepto.

¹⁰ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. El Arbitraje en la Contratación Pública. Lima: Palestra, 2009. Pp. 66, 68 y 70.

Al respecto, y sin perjuicio del orden de los requisitos establecidos para establecer el enriquecimiento sin causa, y dado que es necesario que confluyan todos y cada uno de dichos requisitos, este colegiado decide analizar primigeniamente el requisito (v) indicado, esto es, el carácter residual de la figura alegada.

En relación al quinto (v) requisito, en los considerandos anteriores se han señalado expresamente las razones del Tribunal Arbitral por las cuales considera que debe dejarse sin efecto la ejecución de la carta fianza y la resolución del Contrato efectuada por el Ministerio. En consecuencia, la relación contractual entre las dos partes debe mantenerse vigente, debiendo cada parte cumplir con cada una de las obligaciones previstas en el Contrato.

Por lo tanto, siendo que el Contrato se encuentra vigente a la fecha, consideramos que el enriquecimiento sin causa no es la vía residual para reclamar el reconocimiento de US\$ 380,250.00 dólares de los Estados Unidos de América.

Con relación al carácter residual del enriquecimiento sin causa, el jurista Mario Castillo Freyre¹¹ señala lo siguiente:

"En ese sentido, resulta conveniente aclarar que el enriquecimiento sin causa solo procede en el Derecho peruano cuando no exista otro mecanismo para remediar el empobrecimiento injustificado, según lo establecido por el artículo 1955º del Código Civil."

Por su parte, el jurista Manuel Rebollo Puig señala lo siguiente:

"(...) el enriquecimiento sin causa desplegará sus efectos propios cuando no hay contrato en "buena y debida forma", o cuando sea anulado, o si acaso, cuando se produzcan "prestaciones suplementarias no previstas en el contrato inicial"¹²

¹¹ CASTILLO, Mario "Tienes más, tengo menos. Reflexiones acerca de dos de los elementos esenciales del enriquecimiento sin causa" IUS Doctrina & Práctica N° 2, Lima: Grijley, 2009

¹² REBOLLO PUIG, Manuel ""El enriquecimiento injusto de la Administración Pública" Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas, 1995, pp 267

El enriquecimiento sin causa, es una institución jurídica que al fundarse en un principio de equidad que informa al derecho en general puede generarse dentro o fuera de un contrato.

En el caso en particular, en el Contrato de concesión, se ha establecido el Cronograma de ejecución de obras dentro de las cuales se encuentra prevista entre otras actividades la ejecución de ciertos trabajos que forman parte de la inversión que debía realizar el Consorcio, el mismo que debía formar parte de la inversión final.

En ese sentido, se ha verificado que la ejecución de los trabajos preliminares por parte del Consorcio, fue pactado con el Ministerio en su debido momento; es decir, se verifica una prestación por parte del Demandante que se encuentra prevista en el Contrato.

Así, el enriquecimiento indebido se alega cuando la parte que supuestamente sufrió un empobrecimiento de su patrimonio no tiene otros elementos o remedios para hacer valer su acción en la vía civil y/o arbitral. A criterio de este colegiado, en el presente caso, el enriquecimiento sin causa pudo, por ejemplo, otorgarse en el supuesto de que el Tribunal Arbitral haya declarado como válida la resolución del contrato y sólo cuando no exista una cláusula que haga referencia a estos trabajos preliminares.

En consecuencia, el Tribunal Arbitral considera que, dado que es necesario que confluyan todos los elementos constitutivos del enriquecimiento sin causa, y siendo que el presente pedido no ostenta el carácter residual de todo pedido alegando dicha figura civil, teniendo en cuenta además que el resarcimiento solicitado se requirió al amparo de dicha figura, el presente pedido debe ser declarado INFUNDADO.

Asimismo, sin perjuicio de ello, es pertinente indicar que conforme a lo estipulado en el numeral 17) del Acta de Instalación, se estableció que las partes al momento de ofrecer las pruebas en los escritos de demanda y de contestación de demanda, debían identificarlos con precisión y claridad. Si bien es cierto que el escrito de fecha 23 de enero de 2012 fue presentado con posterioridad a la demanda, éste también cumplir con la citada norma, más aún cuando se pretende probar una pretensión claramente cuantificada.

Sin embargo, de los medios probatorios ofrecidos en el citado escrito de fecha 23 de enero de 2012, mediante los cuales HIDRO pretende sustentar los trabajos realizados, este colegiado no observa con claridad cuál es el porcentaje de avance en la obra, ni a cuánto asciende lo realmente ejecutado a la fecha por HIDRO, no existiendo documentación adicional que los especifique, no habiendo sido ello debidamente señalado en su debida oportunidad.

Finalmente, el hecho de que se haya desestimado la pretensión de HIDRO, no significa que dicha parte no pueda volver a iniciar un arbitraje con una pretensión distinta a la solicitada (enriquecimiento sin causa) en la cual pueda probar cada uno de los gastos incurridos por el Consorcio y que fueron materia de los trabajos preliminares alegados.

En este orden de ideas corresponde declarar INFUNDADA la Cuarta Pretensión de la demanda formulada por Energía Hidro.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Analizar si corresponde que se ordene al Ministerio de Energía y Minas la restitución del plazo de ejecución de las obras correspondientes al Contrato de Concesión, a partir del 4 de diciembre de 2010 fecha en la que se ejecutó la carta fianza de fiel cumplimiento".

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

Toda vez que el Contrato ha quedado resuelto en virtud a una causa justificante estipulada en el Contrato, esto es, la falta de reposición de la Garantía de Fiel Cumplimiento, no resulta procedente la solicitud de HIDRO y, por ende, esta pretensión debe ser declarada infundada.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Cabe precisar que este punto está íntimamente relacionado con la eficacia o ineficacia de la Resolución de Contrato efectuada por el MINISTERIO, dado que, si se declarase la validez y eficacia de dicha resolución efectuada, no correspondería, por ende, la restitución de plazo alguno para la ejecución de la obras materia del Contrato de

Concesión, puesto que no habría contrato por ejecutar; por el contrario, si se estableciera que la resolución unilateral del contrato no produjo los efectos buscados, esto es, que deviene en ineficaz, correspondería, por ende, reconocer el otorgamiento del plazo solicitado, debido a que el Contrato de Concesión todavía estaría vigente.

El análisis realizado por el Tribunal Arbitral concuerda con lo indicado por el MINISTERIO en su escrito de contestación de demanda de fecha 14 de agosto de 2011, dado que dicha parte realiza una similar inferencia lógica al indicar lo siguiente:

"Toda vez que el Contrato ha quedado resuelto en virtud a una causa justificante estipulada en el Contrato, esto es, la falta de reposición de la garantía de Fiel Cumplimiento, no resulta procedente la solicitud de HIDRO y, por ende, esta pretensión debe ser declarada infundada."

Conforme lo hemos indicado, el MINISTERIO solicita que se declare infundada dicha pretensión (restitución del plazo de ejecución de obra) debido a que el Contrato de Concesión habría sido resuelto debidamente (desplegando todos sus efectos); asimismo, por otro lado, si se estableciera que la resolución unilateral efectuada del Contrato de Concesión devendría en ineficaz, la consecuencia inmediata lógica es que, primero, dicho Contrato seguiría vigente y, segundo, que el número de días (plazo) a computarse para la continuación de la ejecución del mismo (número de días computables a ser posteriormente otorgados a favor del Contratista para la ejecución de la obra) debería ser contabilizado a partir de la fecha en que se produjo el acto ineficaz que hizo devenir la resolución en inválida.

Al respecto, la validez o no de la resolución del Contrato de Concesión ya ha sido materia de pronunciamiento en pretensiones precedentes a la presente, por lo que corresponde remitirse a lo resuelto precedentemente:

"Conforme se puede observar, dado que el hecho desencadenante (que culminó con la ejecución del Contrato) deviene en inválido y por ello ineficaz, es que los actos jurídicos suscitados a consecuencia de dicho elemento inválido también se encontrarían viciados (al haber sido, justamente, producidos y desencadenados por dicho acto que, como hemos manifestado, sería ineficaz), en tal sentido, a pesar de que la Resolución del Contrato ostentó tanto los requisitos de forma requeridos y, además, se fundó en un hecho real y cierto

(cual es, la no renovación de la garantía ejecutada), la realidad es que dicha garantía nunca debió ser ejecutada y, por ello, a HIDRO no debió imputársele la obligación de su sustitución, con lo cual, correspondería declarar inválida la resolución de Contrato efectuada por el MINISTERIO.”

Atendiendo a lo indicado y teniendo en cuenta que este colegiado ya ha establecido la invalidez e ineficacia de la resolución del Contrato de Concesión efectuada por el MINISTERIO, esto es, que el Contrato materia de litis a la fecha sigue vigente, corresponde reconocer el cómputo en días del plazo para la ejecución de la obra a partir de la fecha en que se produjo el acto ineficaz que hizo devenir la resolución en inválida, esto es, la ejecución inválida de la Carta Fianza otorgada.

Por lo expuesto, corresponde que este Tribunal Arbitral declare FUNDADA la presente pretensión, por los motivos expuesto en el presente Laudo.

SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO:

“Analizar si corresponde que, se ordene al Ministerio de Energía y Minas el pago de costas y costos derivados del presente caso arbitral”.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

Conforme a lo dispuesto en el numeral 1) del artículo 73) del Decreto Legislativo N° 1071, a falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. En el presente caso, de declararse infundadas las pretensiones de HIDRO, esta resultaría ser la parte vencida y, por ende, es la que debe asumir los costos del arbitraje.

No obstante lo señalado, es de tener en cuenta que en el presente caso si hay acuerdo, pues el numeral 12.7 de la cláusula duodécima del Contrato, señala que los gastos que irroguen la solución de una controversia no técnica, incluyendo los honorarios de los árbitros, serán cubiertos por la parte vencida.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

El artículo 57º del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (reglamento aplicable al presente arbitraje) establece lo siguiente:

"El Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establecerá cuál de las partes debe pagarlo o en qué proporción deben repartirse entre ellas, teniendo presente, de haberse previsto, lo pactado en el convenio arbitral."

Conforme se puede observar, el citado cuerpo normativo señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral en referencia a las costas y costos que irrogue el trámite del proceso arbitral. Al respecto, el numeral 12.7) del Contrato de Concesión establece lo siguiente:

"Todos los gastos que irrogue la resolución de una Controversia Técnica, o No Técnica, incluyendo los honorarios del Experto o de los Árbitros que participen en la resolución de una Controversia, serán cubiertos por la Parte vencida, salvo que el Experto o los Árbitros decidieran otra cosa."

"Se excluye de lo dispuesto en esta Cláusula los costos y gastos tales como honorarios de asesores, costos internos u otros que resulten imputables a una Parte de manera individual."

Conforme se observa de la cláusula arbitral antes citada, así como de las argumentaciones de las partes a lo largo de este arbitraje, el Tribunal Arbitral advierte que para ambas la "parte vencida" debería asumir la totalidad de los gastos arbitrales en el presente arbitraje.

En tal sentido, teniendo en cuenta únicamente la voluntad de las partes respecto de este punto (plasmado a lo largo del arbitraje así como en el convenio arbitral precitado), atendiendo a cómo han sido resueltas las diversas pretensiones en el presente Laudo Arbitral, este colegiado dispone que el MINISTERIO asuma la totalidad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y gastos administrativos del Centro).

Al respecto, para determinar el cómputo de la totalidad del pago de los costos del arbitraje por parte del MINISTERIO, esto es, para que efectivamente dicha parte

asuma el 100% del total del costo del arbitraje, corresponde determinar si ambas partes efectivamente han cumplido con efectuar (pagar) las correspondientes prestaciones a su cargo a lo largo del arbitraje y, por ello, determinar la suma que a manera de reembolso deberá pagar el MINISTERIO a favor de HIDRO, de ser el caso.

En relación a ello, el numeral 9) del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, sobre los pagos, establece lo siguiente:

"El monto de los gastos arbitrales que le corresponde a cada una de las partes deberá ser abonado por éstas dentro del plazo de diez (10) días hábiles, el cual se contará a partir del día siguiente de notificada la presente acta."

De lo indicado se puede observar que ambas partes debían asumir, por partes iguales, los costos derivados del arbitraje; esto es, cada parte debió cumplir con cancelar el 50% de los costos que se desprenden de la presentación de la demanda.

Sin embargo, de la revisión de los actuados a lo largo de este proceso, se observa lo siguiente:

- (i) Ambas partes cumplieron con cancelar los gastos arbitrales a su cargo establecidos en el Acta de Instalación.
- (ii) El MINISTERIO no cumplió con cancelar los gastos arbitrales a su cargo derivados de la liquidación adicional efectuada por la Secretaría Arbitral atendiendo a la mayor cuantía en la demanda; por lo que HIDRO cumplió con asumir la totalidad del pago de los referidos gastos arbitrales.
- (iii) El MINISTERIO no cumplió con cancelar los gastos arbitrales a su cargo derivados de la Reliquidación de los Gastos Arbitrales efectuada por el Consejo Superior de Arbitraje; por lo que HIDRO cumplió con asumir la totalidad del pago de los referidos gastos arbitrales.

En tal sentido, este Colegiado da cuenta que el MINISTERIO incumplió con efectuar sus obligaciones de pago (el 50% del costo tanto de la Liquidación Adicional por mayor cuantía en la demanda, como de la Reliquidación de los Gastos Arbitrales efectuada por el Consejo Superior de Arbitraje del Centro), situación que hizo que HIDRO tuviera

que asumir los gastos a cargo del MINISTERIO, derivados la liquidación adicional por mayor cuantía en la demanda y por la reliquidación efectuada por el Consejo Superior de Arbitraje del Centro; en tal sentido, si este colegiado —al amparo de lo establecido por ambas partes- ha decidido que el MINISTERIO asuma el 100% de los costos del arbitraje, corresponde cuantificar la suma que a manera de reembolso deberá pagar el MINISTERIO a favor de HIDRO.

En relación a ello, la Secretaría Arbitral ha cumplido con poner en conocimiento de este Colegiado el presente resumen los costos correspondientes a los gastos arbitrales que debían ser asumidos por las partes:

ETAPA	DEMANDANTE / DEMANDADO	GASTOS ADMINISTRATIVOS	SERVICIO ARBITRAJE
Instalación	Energía Hidro Ministerio de Energía y Minas	S/. 8,732.22 más IGV S/. 8,732.22 más IGV	S/. 28,617.92 más IGV S/. 28,617.92 más IGV
Liquidación Adicional	Energía Hidro Ministerio de Energía y Minas	S/. 64.19 más IGV S/. 64.19 más IGV	S/. 208.65 más IGV S/. 208.65 más IGV
Reliquidación	Energía Hidro Ministerio de Energía y Minas	S/. 2,966.10 más IGV S/. 2,966.10 más IGV	S/. 7,627.12 más IGV S/. 7,627.12 más IGV

Por lo expuesto, teniendo en cuenta que HIDRO ha asumido determinado costos (detallados en el cuadro precedente), los cuales, conforme a lo resuelto en esta pretensión, deben ser asumidos en su totalidad por el MINISTERIO, para que dicha parte cumpla con asumir el 100% los gastos arbitrales derivados del presente arbitraje, correspondería que EL MINISTERIO cumpla con pagar a favor de HIDRO, a manera de reembolso, la suma de S/. 59,082.26 (Cincuenta y Nueve Mil Ochenta y dos y 26/100 Nuevos Soles) más el I.G.V. correspondiente.

OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Analizar si corresponde que se reconozca y ordene el pago por daños y perjuicios que se habrían generado a Energía Hidro S.A.C. por haberse excedido del plazo señalado en el contrato".

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

Que el artículo 1331º del Código Civil señala que la prueba de daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

HIDRO no ha acreditado con prueba alguna el haber sufrido algún daño o perjuicio antijurídico. En efecto, los únicos daños y perjuicios que pueden ser resarcidos son aquellos que se producen violando el ordenamiento. Una persona puede sufrir daños y perjuicios pero sin que se viole el ordenamiento jurídico, esto es, puede que dichos daños y perjuicios sean ilícitos.

Tal caso es, por ejemplo, el de una bodega de una persona natural que, dado el boom de los supermercados, se ve obligado a cerrar su negocio. Es evidente que dicha persona habrá sufrido daños y perjuicios (piénsese en el stock de productos que ha adquirido al crédito y pensaba pagar con los ingresos que genere el negocio). Sin embargo, dichos daños y perjuicios no son ilícitos, sino sin producto de la libre competencia.

De igual forma, la ejecución de la "Carta Fianza" Nº 49187-1 emitida por el INTERBANK el 9 de junio de 2011, por un monto de US\$ 500,000.00, así como la resolución del Contrato, es probable que la puede haber generado daños y perjuicios a HIDRO, pero dichos daños y perjuicios no son ilícitos o antijurídicos y se encuentran amparados por el derecho.

En efecto, la institución de las garantías permite que el garante pague al acreedor en caso el deudor no cumpla con su prestación, siendo que después el garante podrá repetir en contra del deudor por la suma de dinero pagada. Asimismo, la resolución del contrato o las condiciones resolutivas sin remedios contractuales que nuestro Código Civil permite estipular en los contratos cuando se producen ciertos acontecimientos, como el incumplimiento de una prestación o el cumplimiento de la condición.

Llama la atención que, tratándose de un proceso arbitral cuya controversia se ha suscitado del Contrato, HIDRO invoque los artículos 1969º y 1985º del Código Civil, normas insertas en el Libro de Responsabilidad Extracontractual.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

En relación del reconocimiento de daños y perjuicios, HIDRO solicita el reconocimiento de US\$ 500,000.00 a partir de un perjuicio contra su imagen y reputación de dicha empresa, tal y como se puede observar de lo indicado en el escrito de fecha 5 de octubre de 2011:

"(...) la indemnización de daños y perjuicios solicitados, en la suma de US\$ 500,000.00 (Quinientos Mil y 00/100 Dólares Americanos), pues ello debe ser tomado en cuenta desde el momento en que se produjo la paralización ilegal de nuestras actividades, el perjuicio en nuestra imagen y la reputación de nuestra empresa, frente a una posibilidad de financiamiento por parte del Banco Continental que nos había aprobado una línea de crédito para financiar la obra; debiendo agregar que acreditamos conjuntamente al presente escrito los documentos pertinentes que ampara nuestra pretensión sobre lo reclamado."

Al respecto, de lo indicado por HIDRO, este colegiado observa que la indemnización solicitada está planteada respecto de daños que tienen una naturaleza extra-patrimonial (daño a la imagen y a la reputación); por lo que, con la finalidad de determinarse si corresponde el otorgamiento de una indemnización a favor del demandante, este colegiado deberá, primero, determinar si se configuran todos los elementos de la responsabilidad civil y, además, determinar si los daños invocados son imputables a una persona jurídica, en otras palabras, se debe determinar si corresponde la configuración de un daño moral, a la imagen, a la reputación y buen nombre de una persona jurídica.

La *Responsabilidad Civil*, así como todas las fuentes de las obligaciones, pueden tener dos orígenes inmediatos: contractual o extracontractual. Si bien es cierto que las fuentes de las obligaciones en ambos casos son diferentes, de realidades diversas y de perspectivas diversas, no es menos cierto que la teoría de la responsabilidad es

una sola y que la finalidad en ambos casos es obtener la reparación económica de los daños que han sido efectivamente causados por un agente determinado.

Los elementos que configuran tanto la responsabilidad extracontractual como la responsabilidad contractual, tienen rasgos similares, tomando en cuenta que ambas figuras de responsabilidad civil suponen la búsqueda de la reparación de los daños irrogados en razón de una conducta inadecuada o ilícita que produce este efecto dañoso. Así pues, los elementos que configuran la responsabilidad son: (i) la imputabilidad; (ii) la ilicitud o antijuricidad; (iii) el factor de atribución; (iv) el nexo causal; y (v) el daño.

Sin perjuicio de lo antes indicado, mientras que la responsabilidad contractual supone el solo incumplimiento de un pacto preexistente y contenido en un contrato, convenio o acuerdo para que opere, en el supuesto de la responsabilidad civil extracontractual sólo será necesaria la generación del daño con dolo o culpa para lograr el reconocimiento del resarcimiento.

En relación al elemento (i), esto es "la imputabilidad", el mismo está referido a la capacidad de un determinado sujeto, persona natural o jurídica, de poder ser responsable o imputable del daño que ocasione; es decir, en este elemento se toma en cuenta la capacidad de la persona (jurídica en este caso) de poder responder ante el daño que se le imputa y por el que se pretende que responda, puesto que, independientemente de que causare o no un daño, si es que dicha persona por su capacidad no le es atribuible el resarcimiento, entonces no merece que se prosiga con el análisis de los demás elementos antes indicados;

Cabe preguntarnos, en este caso ¿El MINISTERIO es una persona jurídica cuya condición, según lo establecido en el Código Civil, sea el de una persona jurídica incapaz?; la respuesta es no, es decir, no hay ninguna causal por la que, en el supuesto de haberse configurado un daño, el mismo no pueda imputársele al MINISTERIO, por lo que el primer elemento configurativo de la *Responsabilidad Civil* se cumple.

En relación al elemento signado con el punto (ii), esto es la licitud o antijuricidad, Lizardo Taboada¹³ señala lo siguiente:

¹³ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2^a Ed., 73

"Modernamente existe acuerdo en que la antijuricidad, o mejor dicho, que una conducta es antijurídica no sólo cuando contraviene un norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico (...)"

Entonces, el comportamiento dañoso generador de responsabilidad civil constituye un hecho antijurídico, entendiendo este último concepto como la contravención del ordenamiento jurídico que lesiona sin causa justificada la esfera jurídica ajena (o también denominado antijuricidad). Sin embargo, como se puede deducir, no todo hecho antijurídico genera la imputación de responsabilidad civil, pues existen el caso fortuito o la fuerza mayor, que son causas eximentes de responsabilidad, conforme a lo establecido en el artículo 1972º del Código Civil.

En el presente caso, el daño alegado por el demandante (el cual analizaremos a cabalidad más adelante) deviene de una conducta antijurídica o acto dañoso, el cual consiste en la indebida ejecución de su carta fianza, asimismo, el hecho que produjo la consecución del daño no se debió a un caso fortuito o fuerza mayor, lo que no permitiría eximir de responsabilidad al MINISTERIO.

Asimismo, el artículo 1971º del Código Civil, el cual señala las causales de exoneración de la *Responsabilidad Civil*, establece lo siguiente:

"Artículo 1971º.- Inexistencia de Responsabilidad:

No hay responsabilidad en los siguientes casos:

1. *En el ejercicio regular de un derecho.*
2. *En legítima defensa de la propia persona o de otra en salvaguarda de un bien propio o ajeno.*
3. *En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro y siempre que haya notoria*

diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro."

Al respecto, habiendo ya analizado el cumplimiento del elemento denominado "antijuricidad", producido por el MINISTERIO, persona jurídica con capacidad plena para atribuirle la consecuencia derivada de su hecho dañoso, sería posible que dicha parte se eximiese de responsabilidad si es que su actuar se encuentra en uno de los tres (3) casos señalados por el citado artículo 1971º; sin embargo, como se puede ver de la revisión de los antecedentes del presente proceso, el acto realizado por dicha parte no estuvo inmerso en ninguna de las tres (3) causales descritas, por lo que no es posible, hasta ahora, eximirlo de un posible daño causado.

En relación al elemento (iii), el factor de atribución, es el elemento que nos va a indicar en función a qué es responsable, en este caso, el MINISTERIO, y sobre el particular debemos analizar si nos encontramos ante una factor de atribución objetivo o subjetivo.

Al respecto, atendiendo a lo que la doctrina señala en base a cada uno de los elementos precitados, es claro que no nos encontramos frente a un supuesto de responsabilidad objetiva, por lo que el mencionado factor de atribución debe estar provisto de atributos subjetivos o intencionales, tales como el dolo o la culpa.

En este caso en concreto, el MINISTERIO resolvió el Contrato de Concesión y ejecutó la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, bajo un supuesto incumplimiento de HIDRO en relación al cumplimiento de la obligación de esta última del Cierre Financiero al 20 de setiembre de 2010, pero estos comportamientos ¿constituyen un acto doloso o culposo de dicha parte?

Atendiendo a lo que la doctrina entiende por cada uno de estos conceptos, es claro que el actuar del MINISTERIO no calza un ningún concepto de culpa, por lo que su actuar debe ser considerado como doloso, empero ¿qué tipo de dolo?

Es claro que este colegiado que, a pesar de que objetivamente era de conocimiento del MINISTERIO que el hito denominado "Cierre Financiero" no había sido determinado, dicha parte opta por ejecutar la Carta Fianza otorgada por un supuesto incumplimiento de tal supuesto, para posteriormente resolver unilateralmente el

Contrato, acto que, a decir de este colegiado, calza en la denominación de dolo eventual, dado que el actuar del MINISTERIO no ha sido con la finalidad de dañar, sino que afronta el riesgo de hacerlo (posibilidad de causar daño de resolverse de manera indebida dicho contrato) con la finalidad de contrarrestar la situación supuestamente irregular incurrida por HIDRO; en tal sentido, este elemento configurativo de la *Responsabilidad Civil* también está acreditado.

En relación al punto (iv), o nexo causal, Lizardo Taboada¹⁴ Córdova señala lo siguiente:

"En lo relativo a la relación de causalidad, la misma es un requisito de toda responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de causa efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase"

Asimismo, el artículo 1321º del Código Civil señala:

*"Artículo 1321º.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.
(...)."*

En otros términos, para que la responsabilidad civil proceda, deberá existir un nexo causal entre el hecho del incumplimiento y el daño producido; es decir, y a diferencia de lo establecido en el artículo 1985º del Código Civil (que regula la causa adecuada), para cuestiones de inejecución de obligaciones el precitado artículo 1321º regula la denominada causa próxima.

En relación con la consecuencia inmediata, Compagnucci de Caso¹⁵ señala lo siguiente:

"El entendimiento de lo que significa "consecuencia inmediata" aparece con mayor sencillez y se vincula a lo que dispone el Art. 901 del Código Civil. Es lo que acostumbra a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas. El

¹⁴ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2ª Ed., p35.

¹⁵ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. *La Responsabilidad Civil y Relación de Causalidad*. Editorial Astrea; Bs. As; 1984, p. 197.

mismo Vélez Sáfield en la nota al Art. 520 así lo confirma. En el supuesto del incumplimiento contractual, que estamos analizando, sería la derivada del propio incumplir, ya que se encuentra vinculado a otro hecho ajeno extraño al mismo contrato. La relación de inmediatez se da entre lo prometido en la convención y el incumplimiento".

En este caso en concreto y de lo desarrollado hasta este punto, siendo que el daño alegado se produjo a partir la resolución del contrato y de la ejecución de la fianza, sin mediar otro hecho o hechos, se concluye que el actuar doloso del MINISTERIO fue la causa directa de la producción del daño, esto es, fue la causa inmediata y directa de la producción del mismo.

Por último, en relación al punto (v), es decir en relación al daño, debemos precisar que la determinación del mismo tiene diversas acepciones. En efecto, Guillermo Cabanellas¹⁶ lo define como "el detrimiento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o persona. El daño puede causarse por dolo o malicia, por culpa o por caso fortuito".

En el mismo sentido, Ferri¹⁷ precisa aún más el concepto, al establecer que:

"(...) el daño no puede ser entendido como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y substancialmente impreciso. El daño más bien incide en las consecuencias, aquellos efectos negativos que derivan de la lesión del interés protegido (...)" (Subrayado y sombreado nuestro).

De lo expuesto, podemos concluir en que el daño se genera por los actos ilícitos o antijurídicos que sobrepasan los límites de sus propios derechos, avasallando los de los demás y por las consecuencias que ellos producen en la esfera del afectado. A estos actos debemos denominarlos como comportamiento dañoso.

Sin embargo, el daño no solo es la diferencia valorable económicamente, que se produce teniendo en cuenta el estado en que el patrimonio se encuentra después del hecho dañoso y la situación en que se encontraría si el hecho dañoso no se hubiere

¹⁶ CABANELAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 1^a Ed. Editora Atalaya, p. 152
¹⁷ FERRI, G.B. Citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *El Tratamiento de los Derechos de la Persona en el Código Civil Peruano de 1984*. 2^a Ed., p. 273.

producido; toda vez que también existe un daño no patrimonial o daño moral, dentro de los cuales tenemos el daño a la imagen.

Al respecto, el artículo 1322º del Código Civil reconoce la posibilidad de establecer un resarcimiento por daño moral, aun en el supuesto de inejecución de obligaciones, tal como señala Javier Pazós:

*"En conclusión, el artículo 1322 se refiere al daño moral en acepción amplia, abarcando todo tipo de daños extrapatrimoniales generados en el ámbito de la inejecución de obligaciones."*¹⁸

Al respecto, cabe precisar que la prueba de los daños y perjuicios corresponden al que manifiesta haber sido perjudicado, de conformidad con lo establecido en el artículo 1333º del Código Civil, es decir, corresponde al demandante acreditar que efectivamente el actuar del MINISTERIO le produjo un daño conforme a lo alegado en la presente pretensión.

Tenemos pues, en relación al daño, que es posible el acaecimiento del mismo en el rubro de inejecución de obligaciones, en el cual nos encontramos, teniendo en cuenta además que el Código Civil regula la producción del denominado daño moral y daños extra-patrimoniales en general y, asimismo, se ha establecido que efectivamente los actos alegados por HIDRO son actos efectivamente dañosos; sin embargo, conforme se indicó al inicio del análisis de la presente pretensión, debemos preguntarnos ¿corresponde establecer que una persona jurídica es susceptible de sufrir estos daños extra-patrimoniales?.

A decir de este Tribunal Arbitral, es unánime en la doctrina de que hay un daño que no puede ser susceptible de ser valorado patrimonialmente, al que denominaremos "daño extrapatrimonial", dentro del cual se encuentran los daños que alega HIDRO se produjeron a partir de los actos realizados por el MINISTERIO, por lo expuesto, como hemos indicado, los referidos daños son posibles de ser sufridos por una persona jurídica.

Sin embargo, al ser estos daños extrapatrimoniales unos daños subjetivos, no resulta pertinente requerir una prueba objetiva de los mismos que se base en un detrimento

¹⁸ PAZOS HAYASHIDA, Javier, Juan. *Código Civil Comentado*. Tomo VI. Lima: Gaceta Jurídica, 2010. 3^a Ed., p. 686.

patrimonial comprobado, sino que para estos casos se debe evaluar si razonablemente la conducta antijurídica antes indicada puede haber causado un daño a la imagen de HIDRO.

Sobre el particular, este colegiado manifiesta que HIDRO no ha cumplido con establecer siquiera indicios respecto a un posible daño a su imagen y/o reputación, es decir no ha cumplido con manifestar criterios objetivos ni subjetivos razonables que creen convicción en este Tribunal Arbitral en relación al acaecimiento del daño alegado.

Por lo expuesto, este Colegiado decide declarar INFUNDADO el presente pedido, por los motivos expuestos a lo largo del presente laudo.

EL TRIBUNAL ARBITRAL, en Derecho y dentro del plazo correspondiente, LAUDA:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMIDAD PARA OBRAR deducida por EL MINISTERIO.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la PRIMERA PRETENSIÓN de la demanda formulada por ENERGÍA HIDRO, en tal sentido, DECLÁRESE LA INVALIDEZ de la ejecución de la Carta Fianza N° 49187-1 y, en consecuencia, ORDÉNESE que el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS cumpla con pagar, a manera de devolución, la suma de US\$ 500,000.00 (Quinientos Mil y 00/100 Dólares Americanos), siendo de cargo de HIDRO generar con el pago de dicho monto una nueva Garantía de Fiel Cumplimiento, en igual característica y monto a la garantía ejecutada previamente por el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la SEGUNDA PRETENSIÓN de la demanda formulada por ENERGÍA HIDRO, en tal sentido, DECLÁRESE LA INVALIDEZ del Oficio Notarial N° 337-2011/MEM-DGE mediante el cual el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS resuelve el Contrato de Concesión.

CUARTO: DECLARAR FUNDADA la TERCERA PRETENSIÓN de la demanda formulada por ENERGÍA HIDRO, en tal sentido, INDÍQUESE a las partes que, a la fecha, el Contrato de Concesión se mantiene vigente.

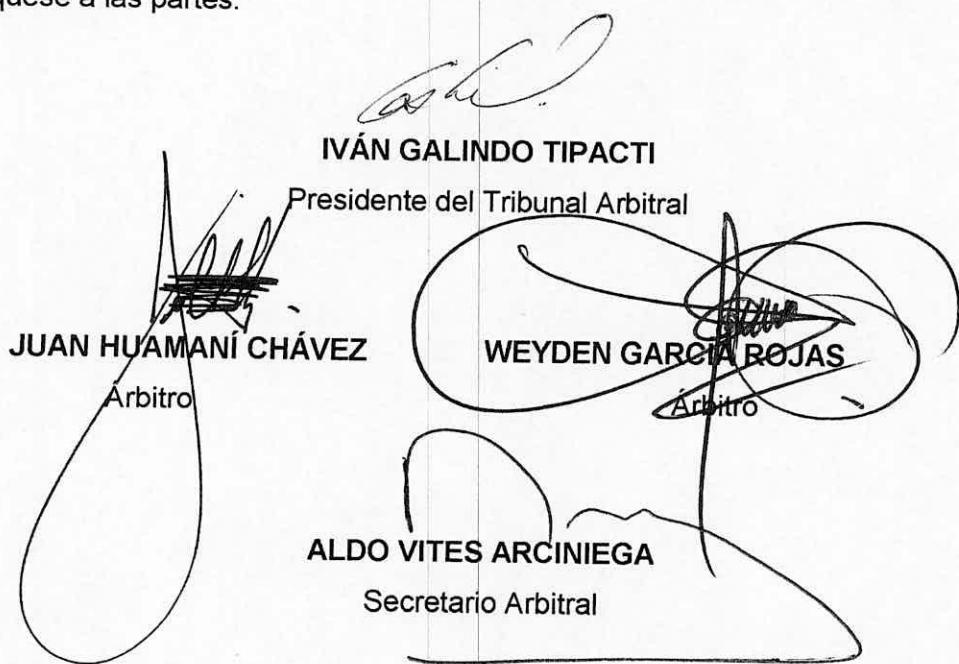
QUINTO: DECLARAR INFUNDADA la CUARTA PRETENSIÓN de la demanda formulada por ENERGÍA HIDRO, por los motivos expuestos en el presente Laudo Arbitral.

SEXTO: DECLARAR FUNDADA la QUINTA PRETENSIÓN de la demanda formulada por ENERGÍA HIDRO, en tal sentido, **DECLÁRESE** que la restitución del plazo para la ejecución de la obra materia de litis deberá contabilizarse en días a partir del 4 de diciembre de 2010.

SÉTIMO: DECLARAR FUNDADA la SEXTA PRETENSIÓN de la demanda formulada por ENERGÍA HIDRO, en tal sentido, **DECLÁRESE** que los costos incurridos por las partes en este arbitraje (honorarios del Tribunal Arbitral y Gastos Administrativos del Centro), sean pagados íntegramente por el MINISTERIO DE ENERGÍA y MINAS. En tal sentido, corresponde declarar que el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS pague a favor de ENERGÍA HIDRO, a manera de reembolso, la suma de S/. 59,082.26 (Cincuenta y Nueve Mil Ochenta y Dos y 26/100 Nuevos Soles) más el I.G.V. correspondiente.

OCTAVO: DECLARAR INFUNDADA la SÉTIMA PRETENSIÓN de la demanda formulada por ENERGÍA HIDRO, por los motivos expuestos en el presente Laudo Arbitral.

Notifíquese a las partes.



IVÁN GALINDO TIPACTI
Presidente del Tribunal Arbitral

JUAN HUAMANI CHÁVEZ
Arbitro

WEYDEN GARCIA ROJAS
Arbitro

ALDO VITES ARCINIEGA
Secretario Arbitral