

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Julia Rosa Farfán Peña
Leysser León Hilario

Arbitraje seguido entre

**EMPRESA GENERACION HIDRAULICA SELVA SOCIEDAD ANONIMA –
EGEHISSA**

Y

MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS

LAUDO

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)
Julia Rosa Farfán Peña
Leysser León Hilario

Secretaría Arbitral

Alex Pinedo-Mindreau Pastor

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

Orden Procesal N° 12

Lima, 09 de febrero del 2021

En Lima, a los nueve días del mes de febrero del año dos mil veintiuno, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las reglas establecidas por las partes, escuchado los argumentos esgrimidos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y en la reconvención, dicta el laudo siguiente, para poner fin, mediante su pronunciamiento, a la controversia planteada.

VISTOS:

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL.-

Con fecha 28 de diciembre de 2011, la EMPRESA GENERACION HIDRAULICA SELVA SOCIEDAD ANONIMA - EGEHISSA (en adelante, EGEHISSA o la Demandante) y el MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS (en adelante, el MINEM o la Demandada), suscribieron un Contrato de Concesión para el Suministro de Energía Renovable al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante el CONTRATO).

Para la solución de sus controversias, de acuerdo con la Cláusula 11 del CONTRATO, las partes convinieron en lo siguiente:

“11 SOLUCION DE CONTROVERSIAS

(...)

11.3 Las Controversias No- Técnicas serán resueltas mediante arbitraje

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

de derecho, nacional o internacional, de acuerdo con lo siguiente:

(...)

b) Las controversias cuya cuantía sea igual o menor a Veinte Millones de Dólares (US\$ 20 000 000) 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 N° 26572, Ley General de Arbitraje. El arbitraje tendrá lugar en la ciudad de Lima, Perú y será conducido en español, y el laudo arbitral se emitirá en un plazo no mayor de noventa (90) días siguientes a la fecha de instalación del Tribunal Arbitral.

El Tribunal Arbitral estará integrado por tres (3) miembros. Cada Parte designa a un árbitro y el tercero será designado por acuerdo de los dos árbitros designados por las Partes, quien a su vez se desempeñará como Presidente del Tribunal Arbitral. Si los dos árbitros no llegasen a un acuerdo sobre nombramiento del tercer árbitro dentro de los diez (10) días siguientes a la fecha del nombramiento del segundo árbitro, el tercer árbitro será designado por la Cámara de Comercio de Lima a pedido de cualquiera de las Partes. Si una de las Partes no designase el árbitro que le corresponde dentro del plazo de diez (10) días contados a partir de la fecha de recepción del respectivo pedido de nombramiento hecho por la parte contraria, se considerará que ha renunciado a su derecho y el árbitro será designado por la Cámara de Comercio de Lima a pedido de la otra Parte.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

(...)"

De acuerdo con lo anterior, queda establecida la competencia arbitral, al haberse verificado la existencia y alcances del convenio arbitral suscrito por EGEHISSA y el MINEM.

II. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.-

Los árbitros inicialmente designados por las partes, Julia Rosa Farfán Peña y Leysser León Hilario, nombraron tercer árbitro y presidente del Tribunal Arbitral al doctor Hugo Sologuren Calmet, quien aceptó el cargo encomendado, quedando así constituido el Tribunal Arbitral.

Los profesionales del derecho identificados declaran haber sido debidamente designados de acuerdo a Ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, y no tener ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con ellas. Reconocen, asimismo, su obligación de desempeñar con justicia, imparcialidad y probidad la labor encomendada.

III. TIPO DE ARBITRAJE.-

Mediante Orden Procesal N° 1 de fecha 5 de julio de 2019, se fijaron las reglas del presente arbitraje.

Se estableció que en virtud de lo pactado en la Cláusula 11 del CONTRATO, el arbitraje sería Nacional y de Derecho.

IV. REGLAS APLICABLES AL PRESENTE ARBITRAJE.-

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

Del mismo modo, de conformidad con el Convenio Arbitral suscrito entre las partes, contenido en la Cláusula 11 del CONTRATO, el Tribunal Arbitral estableció que la ley aplicable al fondo de la controversia sería la ley peruana.

Finalmente, el Tribunal Arbitral otorgó a EGEHISSA un plazo de diez (10) días hábiles para la presentación de su demanda arbitral.

V. ALEGACIONES DE LAS PARTES.-

Mediante escrito presentado el día 03 de setiembre de 2019, EGEHISSA formuló las siguientes pretensiones:

5.1. Pretensiones formuladas en la Demanda presentada por la EMPRESA GENERACION HIDRAULICA SELVA SOCIEDAD ANONIMA - EGEHISSA:

Las pretensiones planteadas por la Demandante se transcriben a continuación:

Primera Pretensión Principal: *Que, el Tribunal Arbitral determine que no corresponde a EGEHISSA incrementar por más de una vez la garantía de fiel cumplimiento, por la postergación de la puesta en operación comercial y como consecuencia de ello, El Ministerio de Energía y Minas, no puede exigirle tal incremento.*

Segunda Pretensión Principal: *Que, el Tribunal Arbitral declare la nulidad y/o ineficacia de la resolución de Contrato de concesión efectuada por el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS mediante la Oficio N° 062-2019-MEMNME de fecha 09 de mayo de 2019.*

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

***Tercera Pretensión Principal:** Que, el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad el pago de los gastos arbitrales, costas y costos del presente proceso.*

5.2. Posición de la EMPRESA GENERACION HIDRAULICA SELVA SOCIEDAD ANONIMA - EGEHISSA:

5.2.1. Fundamentos de Hecho de la Demanda

La Demandante sustenta su posición en los siguientes fundamentos (p. 3 y siguientes de la Demanda):

Antecedentes

“En principio debemos precisar que, con fecha 28 de diciembre de 2011, la empresa juntamente con el Ministerio de Energía y Minas suscribimos el Contrato de Concesión para el suministro de energía renovable al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional.

Antes de iniciar a esbozar los argumentos que respaldan cada una de nuestras pretensiones, con la única finalidad de adentrar a vuestro Tribunal en el contexto real en la que se suscitaron las controversias que generaron el presente arbitraje; nos vemos precisados en indicar que, durante toda la relación contractual, se han suscitado una serie de eventos que prolongaron considerablemente los plazos de ejecución de los hitos; los mismos que, por cierto, han sido generados como consecuencia de la falta de diligencia de las Entidades Públicas durante el trámite y otorgamiento de las licencias y permisos que se

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

requerían para el cumplimiento de tales hitos. Sin perjuicio de mencionar, el exorbitante tiempo que se tomó el Ministerio para atender nuestras solicitudes de postergación.

Nótese que, en la medida de que nos encontramos ante un contrato de Concesión, que ha considerado que el 100% de inversión a efectuar, sea proveniente de capitales privados, en este caso, correspondientes al concesionario, sin embargo, para que pudiera cristalizar tales inversiones o cumplimiento del objeto del contrato, se requería de manera inevitable o insoslayable, el cumplimiento previo de las prestaciones que le correspondía ejecutar al Ministerio, vale decir, que esta Entidad cumpliera previamente con sus obligaciones para que nuestra empresa pudiese cumplir con las suyas, respectivamente; puesto que, sin ello, nuestro Consorcio se encontraba impedido de continuar con la ejecución de los hitos.

Sin embargo, y a pesar de que todos los retrasos que fueron el génesis de las postergaciones de la puesta en operación comercial fueron por causa atribuible exclusivamente a la Administración Pública, el Ministerio pretende conminarnos a presentar en más de una oportunidad el incremento de la garantía de fiel cumplimiento; a pesar de estar asegurado en demasía con el primer incremento realizado por nuestra empresa. Situación que no solo resulta un abuso del derecho, sino que además quebranta el equilibrio económico del contrato y nos coloca en una situación de desventaja frente al Ministerio.

En mérito a lo expuesto, acudimos a vuestro honorable Tribunal arbitral, buscando se corrija la malhadada actuación de nuestra contraparte y se le ordene el cumplimiento de sus responsabilidades

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

contractuales, restableciéndose se esta manera el orden y equilibrio económico que se debe preservar en los contratos de esta naturaleza”.

Sobre la Primera Pretensión Principal

“En principio, las Entidades Públicas -vinculadas al presente contrato de concesión- han incurrido en sendas demoras durante el trámite y otorgamiento de permisos y licencias para el cumplimiento de los hitos contractuales; tales como, la licencia de Construcción por parte de la Municipalidad de Perené, los permisos del Autoridad Nacional del Agua, los permisos del COES, entre otros; ello, a pesar de que nuestra empresa cumplía con todos los requisitos de procedibilidad necesarios para la obtención de dichos trámites.

Esta situación ha conllevado a que nos viéramos en la imperiosa necesidad de solicitar hasta en tres ocasiones la postergación de la puesta en operación comercial; reiterando que, dichas postergaciones, son resultante de la demora de la Administración Pública en el otorgamiento de la permisología requerida para el Contrato de Concesión.

Cabe agregar que, la Entidad ha reconocido y ha aceptado en cada una de sus resoluciones emitidas, que las postergaciones solicitadas, se deben de forma idéntica, a causas atribuibles a la Administración Pública, y que nuestra empresa, al haber procedido con la diligencia ordinaria que se requería, resulta inimputable por los retrasos incurridos.

Justamente, como consecuencia de la demora en el otorgamiento de

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

la permisología requerida, mediante Resolución Ministerial N° 250-2016-MEM/DM, de fecha 23 de junio de 2016, la Entidad determinó que nuestra empresa no resultaba responsable del retraso en el incumplimiento de los hitos, y, por consiguiente, dispuso la aprobación de la postergación de puesta en operación por el plazo de veintiocho meses”.

“La Entidad —prosigue la Demandante (p. 7 y siguientes de la Demanda)— ha accedido a la postergación de la puesta en operación comercial solicitada por nuestra empresa, precisamente, porque reconoce que han existido factores atribuibles a la propia Administración que han conllevado a que se retrasen los plazos de ejecución de los hitos; aceptando, además, la inimputabilidad de EGEHISSA por haber actuado con la diligencia ordinaria requerida. ERGO: A declaración de parte, relevo de pruebas.

A pesar de ello, y aun cuando se ha reconocido la inimputabilidad de nuestra empresa, en este extremo; las cláusulas del contrato nos conminaban a presentar UNA garantía de fiel cumplimiento incrementada en un 50%, cuando se suscite esta postergación. Por esta razón, y conforme se dispuso en Resolución Ministerial N° 564-2014-MEM, de fecha 29 de diciembre de 2014, concordante con la Minuta celebrada con fecha 07 de enero de 2015; mediante Carta SIN recibida por la Entidad con fecha 01 de agosto de 2016, nuestra empresa, con la mayor buena fe, y a pesar, reiteramos, de ser inimputables de los eventos que generaron la postergación, cumplimos con presentar el incremento requerido en la cláusula 8.4 del contrato.

Ahora bien, en la medida de que las demoras en la permisología

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

requerida persistían por causas imputables a la Administración Pública, solicitamos una tercera postergación de la puesta en operación comercial; la misma que fue aceptada casi en su totalidad por la Entidad mediante Resolución N° 298-2018-MEM/DM de fecha 06 de agosto de 2018. Sin embargo, en dicha Resolución la Entidad nos vuelve a requerir otra garantía de fiel cumplimiento incrementada en un 50%.

Dicho requerimiento, a toda luz, trasgrede los principios de buena fe contractual, desnaturaliza la naturaleza de la cláusula pertinente, y se materializa en un evidente abuso del derecho por parte de la Entidad, quien, de manera unilateral y antojadiza, pretende solicitar otro incremento de la garantía de fiel cumplimiento, cuando ya obra en su poder una garantía incrementada que respalda el incumplimiento de nuestras obligaciones; sin perjuicio de mencionar y recalcar que, dichas postergaciones han sido consecuencia en la demora en la concesión de permisos y licencias; y como tal, son de exclusiva responsabilidad de la Administración Pública”.

Respecto a la desnaturalización de la cláusula contractual, la Demandante señala (p. 8 y siguientes de la Demanda):

“Se puede advertir que, en efecto, la postergación de la puesta en operación comercial amerita que la Garantía de Fiel Cumplimiento sea incrementada en 50% del monto vigente; empero, dicha cláusula no contempla de manera expresa que dicho incremento deba realizarse por cada postergación, mucho menos, que éste deba realizarse a pesar de que la fuerza mayor que la amerita sea la misma que generó una postergación anterior y que además -reiteramos- sea originada o

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

consecuencia de la burocracia existente en las entidades públicas cuya inacción y/o falta de atención, han conllevado a la necesidad de atenderse tal postergación.

Así pues, de la literalidad de la cláusula no se advierte que, en caso de vanas postergaciones, la obligación de incremento aplique más de una vez; mucho menos se advierte que la obligación de incremento se aplique de manera reiterada sobre postergaciones que se sustentan en la misma causa; entre otros supuestos infinitos que no han sido cubiertos por dicha cláusula.

Por tal razón, resultaría una arbitrariedad interpretar este vacío, en el sentido de que se permitiese incrementar la garantía incontables veces, o cada vez que la Administración Pública incumpla sus funciones y se genere la necesidad de una postergación; oprimiendo económicamente, de esta forma, a EGEHISSA con innumerables incrementos de garantías que, a su vez generan el desmedro económico/financiero de

dicha empresa, que, a su vez de manera obvia, en algún momento, no podría cumplir con el incremento de la garantía exigida; configurándose una de las causales de resolución de contrato.

Estando a ello, y sobre la base de la buena fe, se debe interpretar este contrato teniendo en consideración la máxima "*contra stipulatorem*" contenida en el artículo 1401° del Código Civil".

"Bajo este marco normativo —prosigue la Demandante (p. 9 y siguientes de la Demanda— es evidente que la Entidad, en su condición de parte dominante y organizador de la presente concesión,

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

debió ser cuidadoso y claro en la redacción de la cláusula 8.4 del contrato de suministro. De esta forma, si el Ministerio pretendía que la aplicación de dicha cláusula sea realizada según la lectura que dicha Entidad quiere dar a la misma, debieron haber expresado ello de manera taxativa y específica. Empero, como no lo hicieron deben aceptar la interpretación que de la misma haga la contraparte adherente; en este caso nuestra empresa, no debiendo perder de vista que en el presente caso se trata de un contrato de adhesión, donde no hemos podido observar las cláusulas que contenía el contrato de concesión firmado.

En esa medida, la interpretación que realiza el Ministerio es incorrecta, pues supone una modificación unilateral y tácita del contrato; que desnaturalizaría la voluntad de ambas partes, o al menos la de EGEHISSA, para la suscripción del contrato submateria”.

Con respecto al abuso del derecho, señala la Demandante (p. 10 y siguientes de la Demanda):

“En cuanto a este punto, es imperante precisar que las postergaciones que se han solicitado se basan de idéntica manera, en la misma causa; que no es otra que la demora de las Entidades Públicas en el otorgamiento de los permisos requeridos.

Por ello, siendo que nuestra empresa cumplió con incrementar la garantía de fiel cumplimiento como consecuencia de la segunda postergación, resultaría una arbitrariedad que se nos conmine a presentar un nuevo incremento por una tercera postergación que se basa en el mismo hecho que la postergación que le antecede.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

Además, consideramos un atropello, además de una contradicción monumental, el hecho facheo ocurrido, -aceptado y reconocido por el MINEM-, en el sentido que, a pesar de que las postergaciones de la puesta en operación comercial se deban a causas atribuibles a la Administración Pública. se obligue a nuestra Empresa a incrementar la garantía de fiel cumplimiento, en la cantidad de oportunidades que antojadizamente la Entidad establezca; situación que denotaría un evidente abuso del derecho.

Sobre el particular, el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, prescribe que "la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho". Esta figura viene a constituir, en nuestro ordenamiento legal, un principio transversal, y no exclusivo de las relaciones civiles.

Bajo este contexto, es evidente que, la mala redacción de la cláusula contractual vinculada al incremento de la garantía de fiel cumplimiento por la postergación de la puesta en operación comercial, no pueden ser utilizados para convalidar o avalar una situación arbitraria, que conllevaría a un abuso en el ejercicio del derecho".

Respecto a la Doble garantía por un mismo hecho, la Demandante señala (p. 11 y siguientes de la Demanda):

“La garantía de fiel cumplimiento tiene como finalidad primordial compeler u obligar a la concesionaria a cumplir con todas sus obligaciones contractuales, bajo apercibimiento de ejecutar las garantías presentadas por éste; de tal manera que, permita indemnizar a la Entidad por los eventuales daños y perjuicios que hubiera sufrido

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

debido al incumplimiento de las obligaciones de la concesionaria.

Así pues, el incremento de la garantía en caso de atrasos en la ejecución del cronograma de la obra, tiene por objeto garantizar el mayor riesgo de incumplimiento derivado de la ampliación de plazo contractual; en consecuencia, una vez cumplida la obligación contenida en el numeral 8.4 del contrato -esto es que EGEHISSA incremente el 50% de la garantía de fiel cumplimiento frente a un supuesto de postergación de la puesta en operación- se cumple con garantizar el mayor riesgo derivado de la ampliación de plazo, que precisamente es el espíritu de dicha cláusula contractual.

Siendo esto así, en caso subsista la causal de postergación y amerite una nueva por la misma razón, la garantía incrementada por única vez no dejará de brindar seguridad al Ministerio respecto al cumplimiento de EGEHISSA, pues la propia naturaleza de dicha garantía es justamente dar seguridad a la Entidad de que nuestra empresa cumplirá sus obligaciones. Incluso, si dicha postergación recae sobre una causal distinta, que no es el caso, la garantía incrementada por única vez, no dejará, en ningún caso, de garantizar el cumplimiento del cronograma de ejecución de obras.

En esa medida, el incremento de la garantía generaría no solo un desequilibrio económico en la asunción de riesgos contractuales; sino que, además, por un lado, perjudicaría la finalidad el contrato, pues establecería la inviabilidad de este, toda vez que el riesgo sería indeterminado, lo cual, en materia de contratos, y tomando en consideración que se está frente a obligaciones con prestaciones recíprocas no tiene justificación alguna. Y, por otro lado, sería un

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

despropósito pues en el contrato no ha sido voluntad de nuestra parte garantizar aquello que ya está provisto suficientemente de protección.

Por otra parte, cabe indicar que, durante la administración del presente contrato, existe un precedente vinculante sobre una postergación ya requerida, ante la cual y en similar situación a la que nos ocupa el presente proceso arbitral, el MINEM, NOS EXIGÍA, seguir incrementando la carta fianza correspondiente, ante lo cual, el tribunal arbitral de aquel entonces, se pronunció en el sentido que no procede exigir en más de una oportunidad tal incremento, instrumento que alcanzamos como medio probatorio de lo indicado.

Así también lo ha recogido el órgano regulador OSINERMING, tercero no signatario, pero con intereses directos en el presente contrato, que ante la exigencia expuesta por parte del MINEM en el sentido que procedamos a incrementar nuestra garantía, expidió el OFICIO N° 787-2017-OS-DSE, su fecha 23 de febrero de 2017, alcanzando el informe N° DSE-USPP-19-2017 CENTRAL HIDROELÉCTRICA HUATZIROKI 1.

Tal requerimiento de nuestra parte, en el presente proceso a fin de que vuestro honorable tribunal determine que no corresponde a EGEHISSA incrementar por más de una vez la garantía de fiel cumplimiento, por la postergación de la puesta en operación comercial y como consecuencia de ello, El Ministerio de Energía y Minas, no puede exigirle tal incremento, está respaldada además por la doctrina que en un Estado de Derecho como el nuestro, se viene recogiendo, en el cual nuestras normas no permiten tales arbitrariedades.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

Ello significa que en el Estado peruano debe privilegiarse precisamente que se alcance la igualdad y el equilibrio tanto con ocasión de la creación, interpretación, integración y aplicación de disposiciones legales y contractuales, así como con ocasión de la resolución de conflictos en torno a tales disposiciones.

Como es evidente, lo anterior es aplicable (aún con mayor ahínco) a los casos de contratos de adhesión o cláusulas predispuestas, en los que existe una clara relación de poder en la que una parte contratante débil (la parte adherente) acepta las cláusulas de su contraparte contratante fuerte sin posibilidad de realizar modificación alguna a éstas, y podría quedar atrapada en situaciones injustas, o lo que es lo mismo, en situaciones desiguales o desequilibradas.

Por ello, en materia específicamente relacionada a los contratos de adhesión, en el Estado peruano, como es obvio, también existe la obligación de privilegiar la igualdad y el equilibrio, ante todo.

En mérito de ello, por ejemplo, los órganos jurisdiccionales peruanos, al avocarse a decidir sobre una causa en particular puesta a su consideración, relacionada a un contrato de adhesión, deben considerar que con su decisión se alcance la igualdad y el equilibrio de manera primordial.

Ahora bien, de acuerdo con la doctrina nacional e internacional más autorizada, los típicos problemas de injusticia (es decir, de desigualdad y desequilibrio) que pueden presentarse en contratos de adhesión en perjuicio de la parte contratante débil en éstos, podrían surgir, en términos generales, de las siguientes dos (2) situaciones:

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

(i) De la verificación de cláusulas dudosas (oscuras o ambiguas) en tales contratos y la acción o pretensión de la parte contratante fuerte de aplicar a la parte contratante débil dichas cláusulas dudosas de modo que éstas favorezcan a la parte contratante fuerte y perjudiquen a la parte contratante débil; o

(ii) De la verificación de cláusulas abusivas y la acción o pretensión de la parte contratante fuerte de aplicar a la parte contratante débil tales cláusulas abusivas, entendiéndose por cláusulas abusivas, según también doctrina nacional e internacional autorizada, aquellas cláusulas que atenten contra la norma de prohibición de abuso del derecho, o lo que es lo mismo, aquellas cláusulas que sean contrarias a la buena fe,

generen vejación o desequilibrio económico-contractual, resulten ser irracionales, o busquen generar un interés exclusivo de la parte contratante que ejerce la posición dominante sin tener en cuenta la afectación de los intereses de la otra parte, entre otros.

Sin embargo, para llegar a una determinación concluyente con respecto a calidad de una cláusula contractual (es decir, determinar su calidad de abusiva) en particular debe realizarse un análisis sistemático de dicha cláusula respecto al contrato respectivo y un análisis de la estructura de la misma cláusula.

En todo caso, lo que no debe perderse de vista es que el sistema jurídico peruano, en correlación con todo lo anteriormente señalado, contiene mecanismos de protección de la parte contratante débil en los contratos de adhesión o cláusulas predispuestas, cuya utilización tiene precisamente como fin último evitar ambas situaciones antes descritas

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

y por tanto lograr la anhelada justicia que amerite cada caso. Dichos mecanismos, que constituyen límites al principio constitucional de autonomía de la voluntad, son los siguientes:

(i) Para los casos de la verificación de cláusulas dudosas (vale decir, cláusulas oscuras o ambiguas) el mecanismo es la estricta aplicación de la norma (civil) imperativa de interpretación contractual *contra proferentem* (artículo 1401 del Código Civil); lo que equivale a aplicar al caso que corresponda la interpretación de la cláusula respectiva que resulte ser más favorable a la parte adherente; y

(ii) Para los casos de la verificación de cláusulas abusivas, el mecanismo es la estricta aplicación de la norma (constitucional y civil) imperativa de prohibición de abuso del derecho (artículo 103 de la Constitución y el artículo 11 del Título Preliminar Código Civil); lo que equivale a la inaplicación de la cláusula contradictoria a la referida prohibición, o interpretar ésta de forma tal que no constituya una cláusula abusiva y por tanto no se avale así el abuso del derecho.

En ese sentido, según el sistema jurídico peruano, en caso que un órgano jurisdiccional tuviese que resolver una controversia suscitada entre las partes en un contrato de adhesión, en relación a la interpretación de una cláusula contractual en particular; desde nuestra perspectiva, dicho órgano jurisdiccional está obligado a: 1º) interpretar la referida cláusula en favor del adherente, en caso que ésta resultase ser dudosa; y 2º) interpretar la referida cláusula de manera tal que ésta no pueda reputarse como una cláusula abusiva, o lo que es lo mismo, de manera tal que la mencionada cláusula no vaya en contra de la regla constitucional que prohíbe el abuso del derecho. Esto último,

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

toda vez que: (i) los órganos jurisdiccionales están vinculados a la Constitución, por lo que todas las disposiciones legales y contractuales puestas a su consideración deben ser interpretadas por éstos de conformidad con el texto constitucional, sus valores y principios; (ii) de conformidad con lo dispuesto por el artículo 103 de la Constitución: "(...) La Constitución no ampara el abuso del derecho"; y (iii) de conformidad con lo dispuesto por el artículo 51 de la Constitución: "La Constitución prevalece sobre toda norma legal(...)".

“Nosotros —prosigue la Demandante (p. 17 y siguientes de la Demanda)— consideramos y así lo hemos expresado, que en el caso materia de la presente controversia arbitral estamos en presencia de una cláusula dudosa (cláusula 8.3) contenida en un contrato de adhesión, habida cuenta que de dicha cláusula no se desprende de manera expresa, clara e inequívoca (presupuestos doctrinarios básicos para advertir la presencia de una cláusula dudosa) la posibilidad de la parte contratante fuerte en el contrato de adhesión (el MEM) de obligar a la parte contratante débil en el mismo (nuestra empresa) a incrementar por más de una vez la garantía de fiel cumplimiento del cronograma de ejecución de obras respectivo por el mismo incumplimiento (incumplimiento del mismo hito); razón por la cual, corresponde que el órgano jurisdiccional respectivo (el Tribunal Arbitral que conforman) realice la interpretación de la referida cláusula de la forma más favorable a la parte contratante débil (nuestra empresa).

Ello, en aplicación directa del artículo 1401 del Código Civil y en atención al objetivo que sustenta el ejercicio de su labor de hacer/buscar justicia (igualdad y equilibrio), es decir, señalando que dicha cláusula no faculta al MEM a obligar a nuestra empresa a

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

incrementar por más de una vez la garantía de fiel cumplimiento del cronograma de ejecución de obras respectivo por el mismo incumplimiento (incumplimiento del mismo hito).

Sin perjuicio de ello, nosotros sostenemos también que, si el Tribunal Arbitral interpretase lo contrario, es decir, que en mérito de la cláusula antes aludida el MEM sí está facultado a obligar a nuestra empresa a incrementar por más de una vez la garantía de fiel cumplimiento del cronograma de ejecución de obras respectivo por el incumplimiento del mismo hito; no haría con ello más que incurrir en inconstitucionalidad manifiesta, habida cuenta que: (i) es inconstitucional avalar el abuso del derecho, o la existencia y aplicabilidad de una cláusula abusiva, y (ii) una interpretación del numeral 8.3 del Contrato de Suministro como la que sostiene el MEM, avala la existencia y aplicabilidad de una cláusula abusiva, máxime si una cláusula en un contrato de adhesión destinada a sancionar a la parte contratante débil por el mismo incumplimiento por más de una vez, es a todas luces abusiva, no solo por ser contraria a la buena fe, sino por resultar irracional además de significar un desequilibrio económico contractual en perjuicio de la misma.

Al respecto, no debe pues perderse de vista que, en el caso particular:

(i) Nuestra empresa jamás previó al momento de suscribir el Contrato de Suministro "congelar una suma importante de dinero en calidad de ampliación de garantía por el incumplimiento del mismo hito" ni "asumir los altos costos financieros asociados" hasta la puesta en operación comercial de su proyecto; (ii) Para una empresa como la nuestra (pequeña) el tener que "congelar una suma importante de dinero en

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

calidad de ampliación de garantía por el incumplimiento del mismo hito" y "asumir los costos financieros asociados" sin haber previsto ello jamás, definitivamente altera el equilibrio económico-financiero establecido al momento de la suscripción del Contrato de Suministro, habida cuenta que impide destinar con normalidad los fondos necesarios y previstos para la construcción y puesta en operación comercial de su proyecto en tiempo y plazo; y (iii) A diferencia del caso de nuestra empresa, el MEM en nada se ve perjudicado de optarse por la interpretación de la cláusula 8.3 que resulte ser más favorable a nuestra empresa, habida cuenta que:

a) En mérito del Contrato de Suministro, lo que le interesa al MEM es que nuestra empresa ponga a disposición del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN) determinada cantidad de electricidad según lo pactado y desde la fecha comprometida (fecha de puesta en operación comercial del proyecto), más de ninguna manera procurar "engordar" la garantía otorgada por nuestra empresa para tener más dinero que ejecutar en caso de incumplimiento de ésta con respecto al inicio del suministro respectivo, e impedir a nuestra empresa el destino de dinero, según lo planificado, para la construcción y puesta en operación de su proyecto; mientras que lo que le interesa a nuestra empresa es obtener el pago del precio (arriba del mercado) por la electricidad que genere e inyecte en el SEIN a partir de la fecha de inicio de suministro, según lo pactado con el MEM y por los próximos 20 años.

Al respecto, creemos que es de suma importancia no perder de vista que: (i) el Contrato de Suministro, muy lejos de constituir un contrato de concesión de obra del Estado peruano en favor de nuestra

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

empresa, es un contrato estrictamente financiero (al que decidió acceder nuestra empresa de forma voluntaria y que podría dejar la misma de igual manera), es decir, es un contrato por medio del cual nuestra empresa, de mantenerlo vigente de acuerdo a su voluntad, puede financiar la construcción y puesta en operación de su proyecto con precios por la electricidad asegurados por el Estado peruano (arriba del mercado) por los próximos 20 años, ya que con los precios del mercado (no subsidiados) no podría lograr la construcción y puesta en operación de su proyecto; y (ii) el contrato de concesión de obra en el mercado eléctrico es el contrato de concesión definitiva de generación, contrato que tiene muy diferente naturaleza al Contrato de Suministro.

b) Existen por lo menos cinco (5) hitos en el cronograma de ejecución de obras del Contrato de Suministro cuyo incumplimiento puede ser revisado y sancionado con la obligación de incremento de la garantía una vez en cada caso, para incentivar el cumplimiento con la fecha de suministro según lo pactado; y

c) Nada obsta para que el MEM resuelva el contrato de adhesión en caso de incumplimiento injustificado, grave y reiterado de cualquier obligación contractual o en caso de incumplimiento con la puesta en operación comercial en la fecha pactada (y, por tanto, el inicio de suministro), y como correlato, ejecute la garantía entregada por nuestra empresa.

De hecho, consideramos que sólo se salvaguardará la igualdad y equilibrio sobre la base de la interpretación contractual que sostenemos es la correcta y acorde con el sistema jurídico peruano.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

En virtud de todo lo expuesto, solicitamos a vuestro Tribunal declare FUNDADA nuestra primera pretensión, y, por consiguiente, determine que no corresponde a EGEHISSA incrementar por más de una vez la garantía de fiel cumplimiento, por la postergación de la puesta en operación comercial y como consecuencia de ello, El Ministerio de Energía y Minas, no puede exigirle tal incremento”.

Sobre la Segunda Pretensión Principal

Señala la Demandante (p. 20 y siguientes de la Demanda) que “mediante el Oficio N° 062-2019-MEM/NME de fecha 09 de mayo de 2019, el Ministerio procede a resolver el contrato, atribuyéndonos un supuesto incumplimiento respecto a la presentación de la garantía de fiel cumplimiento incrementada en un 50%.

Sin embargo, el referido Oficio no solo NO TIENE NINGÚN SUSTENTO

FÁCTICO Y TÉCNICO, sino que también CONTRAVIENE LOS PROCEDIMIENTOS ESTABLECIDOS EN LAS CLÁUSULAS CONTRACTUALES, las cuales son de observancia obligatoria.

Sobre la falta de sustento fáctico y técnico del referido oficio, nos remitiremos a los argumentos esbozados en nuestra primera pretensión, y reafirmar que no corresponde que EGEHISSA tenga que incrementar por más de una vez la garantía de fiel cumplimiento, por la postergación de la puesta en operación comercial; debiendo además tener presente que, el Ministerio se encuentra provisto suficientemente de protección con el primer incremento realizado por nuestra empresa.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

Ahora bien, sin perjuicio de haber demostrado que la Entidad no tiene ninguna razón válida y suficiente para resolver el contrato, nos vemos en la imperiosa necesidad de señalar que la Entidad ha inobservado el procedimiento establecido en las cláusulas contractuales, en cuanto a la resolución del contrato.

Para una mayor ilustración de lo precisado, traeremos a colación el procedimiento de resolución que el contrato ha establecido, el cual debe ser aplicado manera estricta. Para tales efectos, invocaremos el numeral 10.4 del Contrato”.

“Como puede advertirse, del contenido de la cláusula anterior, puede colegirse, que en el supuesto que el Ministerio de Energía considerara que existiera alguna causa para proceder a resolver el contrato, como lo es el caso en concreto, la Entidad debía cursar una carta notarial a nuestra empresa, expresando su intención de resolver el contrato, en base a los incumplimientos y/o eventos que hubiera advertido. Una vez recibida dicha misiva, nuestra empresa tenía diez (10) días para expresar nuestra disconformidad o no con la intención de resolver el contrato; de no hacerlo en este plazo, el contrato quedaría resuelto desde la fecha que se recibió la primera carta notarial por parte del Ministerio.

Bajo este contexto, es evidente que ambas partes convenimos un procedimiento específico de resolución de contrato; el cual debía ser cumplido por la Entidad de manera obligatoria y estricta, bajo el imperio del principio de pacta sunt servanda.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

La Entidad estaba obligado a cumplir con las condiciones contractuales acordadas por ambas partes, y, por consiguiente, debía seguir a cabalidad el procedimiento de resolución ahí establecido. Sin embargo, mi representada nunca recibió una carta que comunique las intenciones de la Entidad de resolver el Contrato; y, contrario a ello, de manera arbitraria y discrecional la Entidad en un solo acto, comunicó la resolución del Contrato materia de Litis.

Vale decir que, la Entidad no sólo ha transgredido el procedimiento contractualmente establecido para resolver el contrato, sino, que, además, ha trasgredido nuestro derecho constitucional a la legítima defensa.

Sobre aquello, debemos remitimos a nuestra Constitución Política, que en su artículo 2°, inciso 23 señala que, toda persona tiene derecho a la legítima defensa. En el caso en particular, se ha vulnerado un derecho constitucional, ya que NO se nos ha otorgado la oportunidad de ejercer nuestro de defensa o manifestar nuestros descargos, pues la Entidad NUNCA cumplió con el procedimiento contractualmente establecido.

Estando a ello, es evidente que el Ministerio sin más trámite que su solo deseo y sin observar los lineamientos establecidos en la norma, ha aplicado las penalidades sin sustento técnico y sin ningún respaldo legal que pueda avalar dicho proceder, por demás arbitrario.

En virtud de ello, y como consecuencia de haber vulnerado el procedimiento contractualmente establecido; es evidente que la resolución del contrato realizada por la Entidad no tiene ninguna validez; y por consiguiente debe ser declarada NULA y sin efecto legal;

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

ya que, repetimos, dicha resolución desnaturaliza el acuerdo de voluntades de ambas partes.

Siendo esto así, solicitamos a vuestro Tribunal declare FUNDADA nuestra pretensión, y, por consiguiente, declare la nulidad y/o ineficacia de la resolución de Contrato de concesión efectuada por el MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINAS mediante la Oficio N° 062-2019-MEMNME de fecha 09 de mayo de 2019”.

Sobre la Tercera Pretensión Principal

La Demandante señala (p. 24 y siguientes de la Demanda): “el Tribunal deberá tener en cuenta que, si nuestra contraparte hubiera dado cumplimiento a sus obligaciones contractuales esenciales, no tendríamos que haber acudido a la presente instancia arbitral a fin de hacer valer nuestros derechos, siendo el caso que nos hemos visto precisados a acudir a dicha vía arbitral a consecuencia de que la Entidad resolvió el contrato sin sustento técnico y jurídico, y, sin observar los procedimientos establecidos en los códigos sustantivos de nuestro ordenamiento jurídico; por ende, los gastos irrogados a mi representada como consecuencia del inicio del proceso arbitral deberán ser asumidos por aquélla.

En ese sentido, corresponde que la Entidad que ha ocasionado el tener que acudir a esta vía arbitral, asuma todos los gastos que irroge el presente proceso, por lo que solicitamos al Tribunal declarar FUNDADA nuestra pretensión”.

5.3. Posición del MINISTERIO DE ENERGIA Y MINAS:

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

Sobre la Primera Pretensión Principal de la Demanda

El MINEM señala (p. 22 y siguientes de su Contestación) que “lo solicitado por EGEHISSA es absolutamente inaceptable desde todo punto de vista jurídico puesto que está solicitando al Tribunal Arbitral que de manera arbitraria y unilateral deje sin efecto el acuerdo entre las Partes voluntaria y válidamente adoptado en la Adenda N° 3.

En dicha adenda, las Partes acordaron el incremento de la garantía por parte de EGEHISSA. Ahora, mediante esta Primera Pretensión Principal, EGEHISSA pretende que el Tribunal declare que la Adenda N° 3 no dice lo que dice o que simplemente no se respete lo que dice. Esto, claramente, atenta contra los más elementales principios del Derecho, destacando entre ellos el PACTA SUNT SERVANDA o el respeto y cumplimiento de los acuerdos válidamente adoptados entre las Partes; así como el principio de la INTANGIBILIDAD DE LOS CONTRATOS y el respeto de estos que constituyen un pilar fundamental de nuestro Sistema Jurídico.

En efecto, si el Tribunal Arbitral aceptare la Primera Pretensión Principal, dejaría una puerta abierta para el incumplimiento y el desconocimiento arbitrario de todas las obligaciones contractuales adoptados por cualquiera de las Partes en los contratos en nuestro país. Aceptar la Primera Pretensión Principal socavarla las columnas sobre las cuales se ha construido el Estado de Derecho, esto es, reconocer la obligatoriedad de los contratos”.

“EGEHISSA ha suscrito válidamente dicha adenda y ello como

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

consecuencia de los reiterados pedidos formulados por la misma EGEHISSA. Siendo esto así, habiendo EGEHISSA asumido válidamente el compromiso y la obligación legal de incrementar la garantía dentro de un plazo”.

El MINEM sostiene, igualmente, (p. 23 y siguientes de la Contestación) que “EL CONTRATO DE SUMINISTRO, CONSULTAS Y ABSOLUCIONES, Y LAS BASES CONSOLIDADAS SE ENCUENTRAN CUBIERTOS POR LA FIRMEZA DEL ACTO ADMINISTRATIVO” (el énfasis es de la Entidad).

Desarrollando este punto, el MINEM señala: “El Contenido de las Bases Consolidadas, el Contrato de suministro, la Absolución de Consultas, presentación de Oferta de EGEHISSA, Acta de Adjudicación, entre todos los actos administrativos se encuentra CONSENTIDOS Y FIRMES.

En tal sentido, cualquier tratamiento diferenciado a favor de EGEHISSA se encuentra prohibido por el PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL TRATAMIENTO LICITATORIO, LEGALIDAD LICITATORIA, PRECLUSIÓN ADMINISTRATIVA, Y PROSCRIPCIÓN DEL FRAUDE LICITATORIO”.

Según la interpretación del MINEM, en suma, el contrato de suministro establece la obligación de incrementar la garantía.

Sobre la Segunda Pretensión Principal de la Demanda

El MINEM sostiene (p. 37 y siguientes de la Contestación) que, “en

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

tanto no se había entregado el incremento de la GFC, la prórroga efectuada mediante Adenda N° 3 del 8 de agosto de 2018 de la fecha de la Puesta en Operación Comercial (POC) y los hitos intermedios ha quedado sin efecto, estando vigente la fecha de la POC acordada en la Adenda N° 2 suscrita el 27 de julio de 2016”.

Asimismo: que “haciendo valer lo presente en el segundo párrafo del numeral 8.4 de la cláusula octava del Contrato de Suministro, y lo previsto en el numeral 3.2 de la cláusula tercera de la Adenda N° 3 suscrita el 8-ago-2018, y tomando en cuenta lo dispuesto en el artículo 1230 del Código Civil, se comunica (Oficio N° 062-2019-MEM/VME del 9-may-2019) la decisión de hacer valer la resolución del Contrato de Concesión RER, en atención a los siguientes incumplimientos resolutorios (de pleno derecho):

(ii.1) No haber alcanzado la POC en la fecha prevista; y

(ii.2) No haber presentado el Incremento de la Garantía de Fiel Cumplimiento en los tiempos pactados en la Adenda N° 3 suscrita el 8 de agosto de 2018.

Dichos incumplimientos permiten la Resolución de Pleno Derecho del Contrato de Concesión de Suministro, no resultando de aplicación el procedimiento previsto en los numerales 10.3 y 10.4 de la cláusula décima del Contrato de Concesión.

En dicho contexto, se tiene que se ha cumplido con los requisitos para tener una Resolución de Pleno Derecho, la misma que conforme a las Bases Consolidadas (conformante del Contrato de Suministro) es automática a la fecha de su incumplimiento”.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

Sobre la Tercera Pretensión Principal de la Demanda

Concluye el MINEM (p. 38 de la Contestación) que, “en razón que todas las pretensiones de EGEHISSA deben ser declaradas improcedentes o en su caso infundadas, la Tercera Pretensión Principal debe ser declarada improcedente, o en su caso infundadas” (*sic*).

VI. RECONVENCIÓN

- 6.1.** En fecha 15 de noviembre de 2019, el MINEM planteó reconvencción, con las siguientes pretensiones:

“Primera Pretensión principal- Que el Tribunal Arbitral declare que el Contrato de Suministro se encuentra resuelto el día calendario 60 de notificada la Resolución Ministerial N° 298-2018-MEM/D del 06 de agosto de 2018.

Primera Pretensión subordinada a la Primera Pretensión Principal.- Que el Tribunal Arbitral declare que el Contrato de Suministro se encuentra resuelto a la fecha de notificación del Oficio N° 062-2019-MEM/VME del 09 de mayo de 2019.

Segunda Pretensión Principal.- Que el Tribunal Arbitral declare que la prórroga del plazo otorgada mediante Adenda N° 3, ha quedado sin efecto al vencimiento del plazo de 60 días calendario de notificada la Resolución Ministerial N° 298-2018-MEM/D del 06 de agosto de 2018.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

Primera Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal.- Que el Tribunal Arbitral declare que la prórroga del plazo otorgada mediante Adenda N° 3, ha quedado sin efecto el día de la notificación efectuada mediante Oficio N° 062-2019-MEM/VME da 09 de mayo de 2019.

Única Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal, Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, Segunda Pretensión Principal, Primera Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal.- Que el Tribunal Arbitral declare que el Ministerio de Energía y Minas tiene derecho a ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento y sus incrementos y renovaciones.

Tercera Pretensión Principal.- Que el Tribunal Arbitral declare que EGEHISSA ha renunciado a presentar pretensiones indemnizatorias o resarcitorias contra el Ministerio de Energía y Minas, en consecuencia, el MINEM no tiene obligación indemnizatoria o resarcitoria alguna a favor de EGEHISSA.

Cuarta Pretensión Principal- Que el Tribunal Arbitral condene a EGEHISSA a pagar al Ministerio de Energía y Minas, los costos arbitrales y gastos arbitrales derivados del presente proceso arbitral”.

Sobre la primera pretensión principal de la reconvencción

Sostiene el MINEM (p. 25 de la Reconvencción) que, “al no haber cumplido EGEHISSA con incrementar la garantía dentro del plazo acordado, conforme a lo acordado por la misma EGEHISSA en la Adenda N° 3, documento que dicha empresa suscribió libre y

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

voluntariamente, se ha producido de manera indubitable la resolución de pleno derecho del Contrato de suministro”.

“Cabe precisar que el plazo señalado en la Adenda N° 3 era de 60 días calendario contados desde la notificación de la Resolución Ministerial N° 298-2018-MEM/DM del 6-ago-2018. Dicha notificación se produjo el 15 de agosto de 2018, tal como lo reconoció la misma EGEHISSA en su carta N' 035-2018-EGEHISSA (Registro N° 2859767).

Por tanto, el plazo de 60 días calendario venció indefectiblemente el 14 de octubre de 2018. Considerando que el 14 de octubre fue un día inhábil, se podría entender que el Plazo venció el 15 de octubre de 2018, esto es, el día hábil siguiente. Como fuere, 15 de octubre de 2018 EGEHISSA no cumplió con incrementar la garantía, tal como estaba expresamente estipulado en la misma Adenda que suscribió EGEHISSA”.

“En consecuencia, corresponde respetar y aplicar el pacto válidamente acordado entre las Partes: no se cumplió con el incremento de la garantía y por tanto se resuelve el Contrato de Suministro de pleno derecho, conforme a las estipulaciones ya señaladas contenidas tanto en la Adenda N° 3, como en el Contrato de Suministro y en las Bases Consolidadas.

Asimismo, tal como ya se ha hecho notar en el texto expreso de las Bases Consolidadas, la resolución de pleno derecho se produce de forma automática, sin que para ello sea necesario que el MINEM lo comunique al Concesionario (EGEHISSA).

Por tanto, lo que corresponde, en aplicación estricta del Contrato de Suministro y del principio "Pacta Sunt Servancla", es reconocer que la

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

resolución del Contrato de pleno derecho se produjo el 15 de octubre de 2018.

Sin perjuicio de ello, EL MINEM emitió el Oficio N' 062-2019-MEM/VME del 9-may- 2019 notificado notarialmente. Los incumplimientos resolutorios son los siguientes:

No haber alcanzado la POC en la fecha prevista, esto es la aprobada en la Adenda N°2, en tanto la prórroga de la POC de la Adenda N° 3 ha quedado sin efecto dicho plazo pactado”.

Sobre la primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal

Señala el MINEM (p. 26 de la Reconvención), que, en el supuesto negado que la Primera Pretensión Principal sea declarada infundada, de acuerdo con las Bases Consolidadas, no era necesaria ninguna comunicación por parte del MINEM a EGEHISSA para que se produjera la resolución automática y de pleno derecho del Contrato de Suministro. Es decir, la resolución se produjo el 15 de octubre de 2018 según lo explicado líneas arriba, sin embargo, en el supuesto negado que el Tribunal por alguna razón interpretara que sí necesario efectuar una comunicación para que, a través de dicha comunicación se materializara recién la resolución del contrato, a pesar de que ello va en contra de lo expresamente estipulado en las Bases Consolidadas, las cuales, como ya se explicó, forman parte integrante del Contrato de Suministro; en ese supuesto, el Tribunal deberá tomar en cuenta el Oficio N° 062-2019-MEM/VME del 09 de mayo de 2019 que fue remitido a EGEHISSA para efectos de determinar la fecha en la cual se produjo la resolución del contrato.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

En este caso en particular se había pactado que no era necesaria una comunicación adicional para que se produjere la resolución del contrato, se deberá considerar que la comunicación ha sido realizada mediante el Oficio N° 062-2019-MEM/VME del 9-may- 2019, notificado notarialmente.

Los incumplimientos resolutorios son los siguientes:

- (i) No haber alcanzado la POC en la fecha prevista, esto es la aprobada en la Adenda N°2 (en tanto la prórroga de la POC contenida en la Adenda N° 3 ha quedado sin efecto).
- (ii) No haber presentado el incremento de la Garantía de Fiel Cumplimiento en el plazo pactado en la Adenda N° 3 suscrita el 8 de agosto de 2018”.

Sobre la segunda pretensión principal

Señala el MINEM (p. 26-27 de la Reconvención): “El numeral 3.2 de la Adenda N° 3 suscrita el 8 de agosto de 2018 prescribe: "3.2 La Sociedad Concesionaria se obliga dentro de un plazo de sesenta (60) días”.

“Al respecto, EGEHISSA no ha cumplido con presentar el incremento de la Garantía de Fiel Cumplimiento. Por lo indicado, la prórroga efectuada mediante Adenda N° 3 del 8-ago-2018 de la fecha de la POC y los hitos intermedios ha quedado sin efecto, estando vigente la fecha de la POC

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

acordada en la Adenda N° 2 suscrita el 27-jul-2016. Es decir, la POC vigente venció el 27-jul-2016.

El numeral 10 de las Bases establece que "Son causales de resolución del Contrato las referidas en el inciso e) del Numeral 2.5.10, los Numerales 12.2 y 12.3, y las que se detallan en el Contrato, queda[n]do establecido que, en los casos que estas DERECHO. EL CONTRATO SE RESOLVERÁ EN FORMA INMEDIATA Y DE MANERA AUTOMÁTICA, sin que para ello sea necesari[o] que el Ministerio lo comunique a la Sociedad Concesionaria. Por lo tanto, será suficiente el incumplimiento que genera la resolución de pleno derecho, para que el Contrato concluya de inmediato, sin que esto irroque responsabilidad o genere obligación alguna de indemnización a favor de la Sociedad Concesionaria o de terceros."

Asimismo, señala (numeral 10.1) el Contrato de Suministro que este terminará cuando la Concesionaria "b) No cumpliera con cualquiera de las obligaciones establecidas en los numeral 8.2, 8.3 y 8.4", Al respecto, el numeral 10.4 prescribe que si no mediara una causal de resolución de pleno derecho del Contrato de Concesión RER, siendo para resolverlo, se sigue el procedimiento detallado en dicho numeral".

Sobre la primera pretensión subordinada a la segunda pretensión arbitral

Señala el MINEM (p. 27-28 de la Reconvención): "El numeral 3.2 de la adenda N° 3 suscrita el 8 de agos1D de 2018 prescribe: "3.2 La Sociedad Concesionaria se obliga dentro de un plazo de sesenta (60) días calendario, contados a incrementar la garantía de fiel cumplimiento,

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

caso contrario se procederá con la ejecución de la Garantía de fiel cumplimiento y/o resolución del contrato”.

“Al respecto, la Concesionaria no ha cumplido con presentar el incremento de la Garantía de Fiel Cumplimiento”.

Sobre la única pretensión accesoria a la primera pretensión principal, primera pretensión subordinada a la primera pretensión principal, segunda pretensión principal, primera pretensión subordinada a la segunda pretensión principal

El MINEM sostiene (p. 28 de la Reconvención) que, ante el incumplimiento de la Adenda N° 3, corresponde la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

Sobre la tercera pretensión principal

El MINEM refiere (p. 29 de la Reconvención) que, en el numeral 3.4 de la Adenda N° 3 prescribe lo siguiente:

3.4 Al amparo de lo dispuesto en el artículo 1302 del Código Civil, la Sociedad Concesionaria transa con el valor de cosa juzgada, la renuncia de forma unilateral y sin compensación alguna, a cualquier pretensión y/o reclamación de cualquier naturaleza derivada con ocasión o en relación de cualquier tipo con los hechos que motivaron la presente adenda; asimismo, renuncia a presentar solicitudes de ampliación de plazo, por eventos generados hasta la fecha de emisión de la Resolución Ministerial N° 298-2018-ME/DM que autoriza la presente adenda.

En tal sentido, el MINEM considera que los términos de la Adenda deben ser respetados.

Sobre la cuarta pretensión principal

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

Finalmente, el MIMEN considera (p. 29 de la Reconvención), que, en atención a la fundabilidad de las Pretensiones Principales presentadas, y en su caso de las pretensiones subordinadas, solicitamos que se condene a EGEHISSA al pago de gastos, costos arbitrales derivados del presente Proceso Arbitral.

6.2. Posición de la EMPRESA GENERACION HIDRAULICA SELVA SOCIEDAD ANONIMA - EGEHISSA

En fecha 24 de enero del 2020, EGEHISSA presenta su contestación a la reconvención del MINEM, teniéndose en cuenta lo expresado por dicha parte en el referido documento, donde amplió, además, su Demanda, y acumuló pretensiones para la formulación definitiva de la primera pretensión principal de la Demanda.

VII. DECISIONES ADOPTADAS EN EL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.-

7.1. Mediante Orden Procesal N° 1 de fecha 05 de julio de 2019, el Tribunal Arbitral resolvió fijar las reglas del proceso, así como otorgó a la parte Demandante el plazo de diez (10) días calendarios para presentar su demanda arbitral.

7.2. Con Orden Procesal N° 2 de fecha 08 de agosto de 2019, se resolvió otorgar al MINEM, un plazo de dos (2) días hábiles, a fin de que manifieste lo conveniente a su derecho respecto a lo manifestado por su contraparte el 31 de julio de 2019.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

- 7.3.** Mediante Orden Procesal N° 3 de fecha 19 de agosto de 2019, se resolvió, entre otros, acceder a lo solicitado por EGEHISSA y conceder a dicha parte un plazo adicional de diez (10) días hábiles para que se presente la Demanda arbitral, contados desde el día hábil siguiente a la notificación de la orden procesal. Asimismo, se precisó que el MINEM contaría —para poder contestar la demanda y, de ser el caso, formular reconvención— con la totalidad del plazo con el que contó su contraparte para presentar su Demanda.
- 7.4.** Con Orden Procesal N° 4 de fecha 12 de setiembre de 2019, se resolvió, CORRER TRASLADO al MINEM del escrito de Demanda arbitral presentado por su contraparte el 3 de setiembre de 2019, para que en un plazo de sesenta (60) días calendarios, cumpla con contestar la demanda y, de ser el caso, formular reconvención.
- 7.5.** Mediante Orden Procesal N° 5 de fecha 22 de noviembre de 2019, se resolvió CORRER TRASLADO a EGEHISSA de los escritos de Contestación a la demanda y Reconvención presentados por el MINEM el 15 de noviembre de 2019, para que en un plazo de sesenta (60) días calendarios, cumpla con manifestar lo conveniente a su derecho.
- 7.6.** Con Orden Procesal N° 6 de fecha 13 de febrero de 2020, se resolvió entre otros, ADMITIR la ampliación de demanda formulada por EGEHISSA con fecha 24 de enero de 2020, y CORRER TRASLADO al Ministerio de Energía y Minas, de las nuevas pretensiones formuladas por su contraparte, a efecto de que en un plazo de diez (10) días hábiles, manifieste lo conveniente a su derecho.
- 7.7.** Mediante Orden Procesal N° 7 de fecha 25 de febrero de 2020, se

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

resolvió entre otros, ACCEDER A LO SOLICITADO por el MINEM a través de su escrito presentado con fecha 14 de febrero de 2010, y OTORGARLE un plazo de sesenta (60) días calendarios, a fin de que cumplan con absolver el escrito presentado por su contraparte el 24 de enero de 2020. Este plazo comenzaría a correr en cuanto se cumpliera con realizar la precisión requerida en la presente orden procesal.

- 7.8.** Con la Orden Procesal N° 8 se reanudaron las actuaciones arbitrales.
- 7.9.** Mediante Orden Procesal N° 9 se resolvió entre otros, FIJAR las cuestiones que serán materia de pronunciamiento por el Tribunal Arbitral en el presente arbitraje, identificadas en el numeral 6 de dicha Orden. Se dejó expresa constancia de que el Tribunal Arbitral se reservaba el derecho de modificar, ajustar o reformular, a su entera discreción, con conocimiento de las partes, dichos puntos controvertidos, según el desarrollo de las actuaciones arbitrales, con el fin de facilitar la resolución de la controversia.
- 7.10.** Con Orden Procesal N° 10 de fecha 04 de noviembre de 2020, se resolvió entre otros, DECLARAR EL CIERRE de las actuaciones, de conformidad con el artículo 32(1) del Reglamento de Arbitraje del Centro.
- 7.11.** Mediante Orden Procesal N° 11 de fecha 16 de noviembre de 2020, se resolvió entre otros, CORRER TRASLADO del escrito de conclusiones presentado por EGEHISSA de forma extemporánea en fecha 22 de octubre de 2020 al MINEM para que en el plazo de cinco (5) días hábiles de notificada la presente orden se pronuncie de acuerdo a su derecho.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

Determinación de Puntos Controvertidos:

7.12. Mediante Orden Procesal N° 9, el Tribunal Arbitral resolvió determinar los siguientes puntos controvertidos:

1. Con respecto a la Primera Pretensión Principal de la Demanda:
Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral determine que no corresponde a EGEHISSA incrementar por más de una vez la garantía de fiel cumplimiento, por la postergación de la puesta en operación comercial y como consecuencia de ello, el Ministerio de Energía y Minas, no puede exigirle tal incremento.
2. Con respecto a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda:
Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la nulidad y/o ineficacia de la resolución de Contrato de Concesión efectuada por el Ministerio de Energía y Minas mediante el Oficio N° 062-2019-MEM/VME de fecha 09 de mayo de 2019.
3. Con respecto a la primera pretensión accesoria a la Segunda Pretensión Principal: Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al Ministerio de Energía y Minas restablecer el tiempo en que se ha visto afectado el plazo de ejecución contractual por las controversias suscitadas; el mismo que deberá computarse desde la fecha en que se les resolvió el contrato, hasta la fecha en que se dé cumplimiento al laudo arbitral.
4. Con respecto a la Tercera Pretensión Principal de la Demanda:
Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

Entidad el pago de los gastos arbitrales, costas y costos del presente proceso.

5. Con respecto a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda: Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral disponga la resolución del contrato sin responsabilidad de las partes; y como consecuencia de aquello, le ordene al Ministerio de Energía y Minas proceder a la devolución de todas las Cartas Fianzas entregadas como garantías de fiel cumplimiento.
6. Con respecto a la Primera Pretensión Principal de la Reconvención: Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que el Contrato de Suministro se encuentra resuelto el día calendario 60 de notificada la Resolución Ministerial N° 298-2018-MEM/D del 06 de agosto de 2018.
7. Con respecto a la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Principal de la Reconvención: Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que el Contrato Suministro se encuentra resuelto a la fecha de notificación del Oficio N° 062-2019-MEM/VME del 9 de mayo de 2019.
8. Con respecto a la Segunda Pretensión Principal de la Reconvención: Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que la prórroga del plazo otorgada mediante Adenda N° 3, ha quedado sin efecto al vencimiento del plazo de 60 días calendario de notificada la Resolución Ministerial N° 298-2018-MEM/D del 6 de agosto de 2018.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

9. Con respecto a la Primera Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal de la Reconvención: Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que la prórroga del plazo otorgada mediante Adenda N° 3, ha quedado sin efecto el día de la notificación del Oficio N° 062-2019-MEM/VME del 9 de mayo de 2019.

10. Con respecto a la Única Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal, Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, Segunda Pretensión Principal, Primera Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal: Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que el Ministerio de Energía y Minas tiene derecho a ejecutar la garantía de Fiel Cumplimiento y sus incrementos y renovaciones.

11. Con respecto a la Tercera Pretensión Principal de la Reconvención: Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que EGEHISSA ha renunciado a presentar pretensiones indemnizatorias o resarcitorias contra el Ministerio de Energía y Minas, en consecuencia, el MINEM no tiene obligación indemnizatoria o resarcitoria alguna a favor de EGEHISSA.

12. Con respecto a la Cuarta Pretensión Principal de la Reconvención: Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral condene a EGEHISSA a pagar al Ministerio de Energía y Minas, los costos y gastos arbitrales derivados del presente proceso arbitral.

Admisión de Pruebas:

En ese mismo acto, el Tribunal Arbitral resolvió admitir las siguientes

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

pruebas:

- En cuanto a la demandante, el Tribunal Arbitral admite las pruebas documentales descritas en el acápite “V. MEDIOS PROBATORIOS” de su escrito de demanda de fecha 3 de setiembre de 2019. Los medios probatorios ofrecidos por el demandante y descritos del punto A-47 al A-51 en el acápite “IX. MEDIOS PROBATORIOS ADICIONALES” de su escrito presentado con fecha 14 de noviembre de 2019.
- Por otro lado, respecto a la demandada, el Tribunal Arbitral admite los medios probatorios, descritos en el acápite “7. ANEXOS Y MEDIOS DOCUMENTARIOS” de su escrito de contestación a la demanda de fecha 15 de noviembre de 2019. Respecto a las exhibiciones solicitadas por el demandado en el acápite “7. ANEXOS Y MEDIOS DOCUMENTARIOS” de su escrito de contestación a la demanda de fecha 15 de noviembre de 2019, se admiten.

Finalmente, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho a disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier medio probatorio que considerase conveniente, en virtud de lo establecido en el artículo 43º del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

VIII. PLAZO PARA LAUDAR

- 8.1.** Mediante Orden Procesal N° 9, el Tribunal Arbitral resolvió con la finalidad de cumplir con el requisito establecido en el numeral 11.3.b del Contrato de Concesión para el Suministro de Energía Renovable al

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

Sistema Eléctrico Interconectado Nacional, suscrito el 28 de diciembre de 2012 y de conformidad con lo establecido en el numeral 31 de la Orden Procesal N° 1, considerar conveniente citar a audiencia a las partes, a fin de que se realice la instalación de este Colegiado. Asimismo, en la misma audiencia, las partes harán uso de la palabra a fin de exponer y sustentar sus posiciones, de hecho y de derecho, respecto de la materia controvertida del presente arbitraje.

- 8.2.** Con la instalación del Tribunal Arbitral, se dio inicio al cómputo del plazo de noventa (90) días hábiles para laudar, de acuerdo con el convenio arbitral suscrito por las partes, hasta el 12 de febrero del 2021.

IX. AUDIENCIA DE INSTALACIÓN.-

- 9.1.** Con fecha 08 de octubre de 2020, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral. En dicho acto, el Tribunal Arbitral concedió el uso de la palabra a las partes, a fin de que sustentaran sus alegatos y conclusiones sobre la controversia. Las Partes informaron y respondieron las preguntas del Tribunal Arbitral. Seguidamente, el Tribunal Arbitral otorgó réplica a la parte Demandante, concediéndose luego dúplica a la parte Demandada.

X. CUESTIONES PRELIMINARES.-

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente:

- i) El presente proceso se constituyó de conformidad con las disposiciones establecidas en el CONTRATO;

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

- ii) En ningún momento se interpuso recusación contra los miembros del Tribunal Arbitral, o se efectuó algún reclamo contra las reglas procesales establecidas en el Orden Procesal N° 1;
- iii) La Demandante presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso;
- iv) Por su parte la Demandada fue debidamente emplazada, contestando la demanda dentro del plazo dispuesto para ello y ejerció plenamente su derecho de defensa y a formular reconvencción;
- v) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos.

Asimismo, el Tribunal Arbitral dejó constancia de que los puntos controvertidos podían ser ajustados, reformulados y/o analizados en el orden que considere pertinente para resolver las pretensiones planteadas por las partes sin que el orden empleado o el ajuste genere nulidad de ningún tipo y sin que exceda en la materia sometida a arbitraje.

En cuanto a las pruebas, el Tribunal Arbitral expresó que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el árbitro 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.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

Estos medios probatorios deben ser valorados de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueban los hechos que fundamentan su pretensión, la Demanda deberá ser declarada infundada.

Asimismo, el Tribunal Arbitral hizo notar que, de conformidad con lo establecido en el Acta de Instalación, el Tribunal Arbitral tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas, estando en concordancia con lo establecido en el artículo 43º del Decreto Legislativo No. 1071.

Ello ha sido resaltado por HINOJOSA SEGOVIA y por los tribunales españoles cuando se ha indicado que “(...) *la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes...*” (Sentencia de fecha 30/11/87) ⁽¹⁾

Siendo ello así, el Tribunal Arbitral pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente, procediendo con el análisis de los puntos controvertidos.

XI. ANÁLISIS.-

CONSIDERANDO:

¹ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, *El Recurso de anulación contra los laudos arbitrales (Estudio jurisprudencial)*. Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid, 1991, p. 309.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

1. El presente proceso arbitral se deriva de las controversias surgidas del CONTRATO suscrito entre EGEHISSA, parte Demandante, y el MINEM, parte Demandada y Reconviniente.

En este sentido, el Tribunal Arbitral deja constancia que procederá a resolver las controversias surgidas entre las partes en el orden establecido mediante Orden Procesal N° 9.

2. Para tal efecto, es necesario precisar que constituye un principio general de todo proceso, el de la carga de la prueba. Dicha norma elemental de lógica jurídica en materia de probanza se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 196° del Código Procesal Civil, norma que establece literalmente lo siguiente:

“Artículo 196.- Carga de la prueba

Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”.

3. Los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el juzgador respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo con los principios generales de la prueba referidos en párrafos anteriores; los mismos que se encuentran recogidos en el artículo 188° del Código Procesal Civil.

Por su parte, el artículo 43° del Decreto Legislativo No. 1071 otorga a los árbitros, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas, siempre que la valoración sea realizada en forma conjunta y utilicen su apreciación razonada.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO (CON RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA)

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral determine que no corresponde a EGEHISSA incrementar por más de una vez la garantía de fiel cumplimiento, por la postergación de la puesta en operación comercial y como consecuencia de ello, el Ministerio de Energía y Minas, no puede exigirle tal incremento.

- 4.** Para poder resolver la presente controversia, en principio, se debe tener en consideración lo establecido en la cláusula 3.2 de la Adenda 03, mediante la cual se estableció lo siguiente:

“La sociedad concesionaria se obliga dentro de un plazo de sesenta (60) días calendario, contados desde la fecha de notificación de la Resolución Ministerial N° 298-2018-MEM/DM, a incrementar en 50% la garantía de fiel cumplimiento, conforme lo establece la cláusula 8.4 del contrato de Concesión RER, en caso de incumplimiento, la prórroga de plazo otorgado quedará sin efecto de pleno derecho y se procederá con la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, y la resolución del contrato”.

- 5.** A propósito de ello, hay que tener en consideración, además, lo establecido en la cláusula 8.4 del CONTRATO, cuya redacción resulta vinculada con la cláusula 3.2 de la Adenda 03, detallada en el párrafo precedente, conforme se advierte a continuación:

“Postergación de la Puesta en Operación Comercial:

(...)

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

La solicitud de postergación de la puesta en operación comercial para una fecha posterior al 31 de diciembre de 2014 sólo será aceptada por el Ministerio si se sustenta en causa de fuerza mayor debidamente sustentada y acreditada ante OSINERGMIN, y se acompaña de la Garantía de Fiel Cumplimiento incrementada en 50% del monto vigente a la fecha en que se invoque la fuerza mayor (...)

- 6.** De lo anterior, puede colegirse, al menos de manera preliminar, que ambas partes convinieron que, como consecuencia de la aprobación de la tercera prórroga (mediante Resolución Ministerial N° 298-2018-MEM/DM) surgía en el Contratista la obligación de incrementar en un cincuenta por ciento (50%) la garantía de fiel cumplimiento; máxime si, en virtud del principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden regular libremente sus intereses y crear las relaciones jurídicas que se estimen convenientes.
- 7.** Sin embargo, para que la voluntad cause efectos entre los contratantes, es preciso que se tenga en cuenta que existen prohibiciones que impiden que la voluntad de las partes despliegue plenos efectos. Tal y como lo ha prescrito el artículo 1356° del Código Civil, las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas. En este último caso, las normas imperativas priman sobre la reglamentación fijada por las partes.
- 8.** En virtud de lo anterior, se puede colegir que —mientras que la voluntad de las partes no trasgreda la Ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres— lo que se establezca en cada contrato y/o en sus subsecuentes adendas, debe ser de observancia obligatoria para ambas

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

partes contratantes. Sin embargo, de las alegaciones señaladas por la parte Demandante durante todo el proceso arbitral, se puede advertir que no ha sido, precisamente, la voluntad de EGEHISSA estipular el incremento de la garantía de fiel cumplimiento, por más de una vez.

- 9.** Razón por la cual, se puede advertir que, lo señalado en la cláusula 3.2 de la Adenda 03, se configura —más que la voluntad de las partes— en una cláusula exorbitante, cuyo génesis se encuentra previsto en las prerrogativas que ostentan las Entidades públicas dentro del marco de suscripción de los contratos administrativos.

Nótese que la cláusula exorbitante ha sido un criterio para identificar los contratos administrativos. La noción de exorbitante o excepcional se refiere a una prerrogativa o facultad discrecional otorgada a la Administración, para que pueda ejercitar sus potestades en defensa o protección de los intereses del Estado, cuando éstos puedan verse afectados en desarrollo de un proceso contractual².

- 10.** Además, las cláusulas exorbitantes, por su propia naturaleza, al momento de estipularse, rompen el equilibrio de la relación contractual y colocan a una de las partes, al Estado o a sus instituciones, en una situación de privilegio con respecto a la otra parte contratante. Estas cláusulas no dejan opción al particular, quien no tiene otra alternativa que adherirse a ellas, lo cual se agrava en el caso de los contratos predispuestos, en los que no existe, propiamente, una negociación del reglamento contractual. Lo exorbitante de las cláusulas no es inusual, por lo demás, en el derecho común. Si ellas comparecieran en los

² GARCÍA BAUTISTA, Luis Jesús y MOJICA LEAL, Jorge Armando, “Características de las cláusulas exorbitantes en el contrato estatal”, en “Hipótesis libre”, N° 8, 2014, p. 3 (del documento pdf). Disponible en: <http://www.unilibrecucuta.edu.co>.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

contratos civiles, se rompería el principio de igualdad de las partes, y el de libertad contractual, razón por la cual, de ser incluidas en los contratos de derecho privado resultarían ilícitas por exceder el ámbito de la libertad contractual³.

11. Ahora bien, el régimen exorbitante de los contratos administrativos tiene como abanderado principal a la prerrogativa de modificación unilateral del contrato o *ius variandi* (siendo algunas de esas sus denominaciones más conocidas), erigiéndose de esa manera en una de las características más relevantes de los contratos administrativos⁴, y que demarca de manera categórica la diferencia principal con su par del derecho común: la mutabilidad del contrato.

12. De ese modo, la prerrogativa de modificación unilateral de contrato se determina como aquella posición privilegiada de la administración de poder modificar lo pactado en el contrato. Sobre el punto, Huapaya Tapia señala lo siguiente:

“(...) la teoría clásica de los contratos administrativos enseña que mediante esta potestad la Administración Pública contratante permite variar los términos y contenidos del contrato por razones de interés público debido a causas imprevistas o ante

³ HAMDAN AMAD, Fauzi, *Derecho administrativo*, 2ª. ed., México: Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2017, p. 304 y s.

⁴ MORÓN URBINA, Juan Carlos, “Las Prerrogativas de la administración y las garantías del contratista: un desafío contemporáneo en la contratación estatal”. En: AA.VV., *Contratación pública. Doctrina nacional e internacional*. Vol. II. Trujillo: Ardrus, 2013, p. 483 y s.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

*necesidades nuevas que se requieran, a efectos de lograr los cometidos del objeto del contrato respectivo”.*⁵

13. Las variaciones a un contrato firme, responden a determinados presupuestos, límites y condiciones esenciales de aplicación que fueron evolucionando a lo largo de la historia, por el cual ya no sólo se tiene en cuenta un interés más preponderante en el papel (interés público), sino también un respeto por la posición propia del contratista, en aras de establecer seguridad jurídica y razonabilidad con aquellos “colaboradores de la administración” que poseen (como es legítimo), un interés particular que no puede ser subestimado⁶.

14. Ahora bien, según Coviello, los contratos que celebra la administración —más allá de que se los rotule como “administrativos”, o como “regidos en mayor o menor grado por el Derecho privado” o, genéricamente rotulados como “contratos de la administración” o “contratos públicos”— el principio de legalidad es el primero que aparece. Cumplida la legalidad —formal y sustancial—, la ejecución está guiada en primer término por el principio *contractus lex*. Seguidamente, solo en los casos en que proceda podrá el Estado ejercer el *ius variandi*, en orden al cumplimiento de los fines públicos.⁷

⁵ HUAPAYA TAPIA, Ramón, “Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura”. En: *Ius et Veritas*, N° 46, 2013, p. 284 y s.

⁶ HERNÁNDEZ ALVARADO, Jairo K. M., *Las prerrogativas exorbitantes de la Administración en la fase de ejecución contractual en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento*, tesis para optar el título profesional de abogado, Lima: Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porras, Lima, 2018, p. 20.

⁷ COVIELLO, Pedro José, “El contrato administrativo: ¿lex inter partes o ius variandi?”, en *Derecho PUCP*, vol. 66, 2011, p. 169 y s.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

15. Bajo este contexto, la prerrogativa de modificación unilateral del contrato responde a determinados presupuestos de aplicación para que pueda ser utilizada legítimamente por la administración, entre las cuales tenemos⁸:

Responde a un interés público determinado: Partiendo de la premisa que “un contrato no es administrativo por incorporar cláusulas exorbitantes, sino que incorporan válidamente estas por ser administrativo”, es concerniente pensar que la concepción de la prerrogativa de modificación unilateral responde a un fin esencial, que es el interés público que dio lugar a la contratación entre ambas partes.

En ese sentido, debe haber una sustentación expresa dirigida al contratista de las razones concretas de interés público que exigen algún tipo de modificación a las cláusulas del contrato; razón por el cual, dichas variaciones tienen un soporte proveniente, en prima facie, al interés general emanado del objeto de contratación.

Citando a Brewer Carias, Morón Urbina demarca dicha posición acotando que la facultad de modificación unilateral radica en las exigencias del interés general de la comunidad, que son variables, por lo cual, en el curso de la ejecución de un contrato puede surgir la necesidad de introducir variaciones en las obligaciones contraídas por el cocontratante en el acto de conclusión del contrato. Si se admitiese la intangibilidad del contrato, ello sería

⁸ Así: MORÓN URBINA, “*Las prerrogativas de la administración y las garantías del contratista*”, cit.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

perjudicial a los intereses colectivos, pues fácilmente se comprende los perjuicios que habría si la Administración necesitare de acuerdos previos con el contratista para introducir modificaciones en contratos que por su naturaleza y finalidad deben estar en todo momento sometidos a rectificaciones y mejoras que el mismo interés público aconseja, así sea en los planos como en los trabajos o en los medios de ejecución.

Legalidad u orden formal: La necesidad de que esta prerrogativa encuentre un asidero formal en el orden legislativo, resulta providencial para su ejercicio legítimo y —bajo determinados parámetros— sin incurrir en lo abusivo. Al respecto, de esto último, Dromi, sostiene que las alteraciones dispuestas por la Administración son, en principio, obligatorias para su contraparte, excepto en los casos en que ella infrinja los límites reglados y/o discrecionales del *ius variandi*.⁹

Sobre aquello, y en un punto de vista paradójico (pero razonable), la lógica perseguida por García de Enterría y Fernández resulta tan curiosa al establecer que el poder de modificar unilateralmente el objeto y contenido del contrato es ilimitado en su extensión e intensidad, dentro de las exigencias que el interés público imponga; no obstante, sólo resulta de aceptación obligatoria para el contratista dentro de ciertos márgenes que la propia ley prevé.¹⁰

⁹ DROMI, Roberto. *Licitación pública*, Lanús: Artes Gráficas Femago, 1980, p. 50: “El principio de la inalterabilidad de los contratos no puede ser mantenido, cede ante el *ius variandi* que tiene la Administración a introducir modificaciones en el contrato, y que son obligatorias, dentro de los límites de la razonabilidad para el co-contratante” (cursivas añadidas).

¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de derecho Administrativo*, tomo I, Lima y Bogotá: Palestra y Themis, 2018.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

En ese sentido, podemos atribuirle una importancia sustancial a los márgenes legales que se marquen a esta prerrogativa, ya que no sólo estaríamos hablando de una necesidad de formalidad para su aplicación fáctica, sino también para establecer sus límites y alcances.

Respeto al fin esencial, objeto y naturaleza del contrato: Si

bien toda modificación del contrato debe responder a un interés general que lo sustente, y además, someterse a determinados límites establecido por la ley, se considera que los alcances que pueda tener esta prerrogativa no deben sobrepasar características primigenias que permitieron a los sujetos llegar a un acuerdo de voluntades, ya que de no ser así, vulneraría sobremanera el principio de *contractus lex* y de *pacta sunt servanda* inherente a la contratación.

Necesidades nuevas o causas imprevistas sobrevinientes:

Todos los supuestos anteriormente establecidos, deben ir acompañados de un hecho sobreviniente e inesperado que hiciera cambiar el rumbo de la voluntad inicial de contratación, sirviendo de esta manera como un justificativo para quebrar lo pactado inicialmente; por consiguiente, se demarca claramente un campo de acción de la administración al momento de ejercitar esta prerrogativa, haciendo que su actuar sea previsible y razonable por el contratista.

- 16.** En ese sentido, el precepto es relevante porque delimita extraordinariamente el ámbito de *ius variandi*, pues solo podrá operar en

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

los supuestos de necesidades nuevas o causas imprevistas, lo que permite clarificar el ejercicio de esta potestad sin excesivos problemas.¹¹

17. Como vemos, la idea de una prerrogativa de modificación unilateral del contrato sin límites y aunada al interés general como un estandarte que le diera carta blanca a la administración de mutar el contrato a su voluntad, está desfasada. Muy por el contrario, hoy en día se tiene una conciencia bastante mesurada y lineal al respecto de su ejercicio, que está sujeto a una serie de presupuestos específicos para su desarrollo armónico y razonable.

18. La idea de la cláusula exorbitante se hermana, en el análisis realizado por el Tribunal Arbitral, con el precepto, de nivel constitucional, que prohíbe el abuso del derecho. Tanto la Carta Política (artículo 103, segundo párrafo) como el Código Civil (artículo II del Título Preliminar) vedan, en nuestro ordenamiento jurídico, el ejercicio y la omisión abusivas de derechos.

Una de las manifestaciones del abuso del derecho es, justamente, el llamado “abuso de estipulación contractual”, que consiste en la fijación unilateral de reglas desproporcionales, que, bajo ciertas circunstancias, la parte contraria a la que redactó el contrato no tiene ninguna posibilidad de negociar ni objetar. Dicho abuso puede tener correlato, como es fácil de entender, en la ejecución de los derechos que el contrato abusivo concede al predisponente.

¹¹ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, “Las prerrogativas de la Administración en los contratos de las administraciones públicas”. En: *Anuario de la Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 12, 2008, p. 795 y s.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

En cualquiera de los supuestos mencionados, el abuso se presenta bajo su configuración típica de ejercicio “antifuncional” de derechos; en este caso, el de la libertad de configurar a voluntad el contenido del contrato, y el derecho a ejercer las potestades y atribuciones que tienen origen y base en el contrato mismo.

19. Para el caso que nos ocupa, el Tribunal Arbitral considera que está demostrado que la Entidad (en la cláusula 3.2 de la Adenda) configuró la modificación del plazo de extensión de la prórroga establecida en la cláusula 8.4 del CONTRATO, y que, tal como ha señalado EGEHISSA, lo ha hecho también al solicitar a la Concesionaria el incremento, por más de una vez, de la garantía de fiel cumplimiento.

20. En este punto, es pertinente acotar que, al no haber sido sometido a la competencia arbitral, ni la Entidad, y mucho menos el Contratista, el plazo otorgado en la tercera prórroga, el Colegiado puede advertir que, respecto de la primera modificatoria realizada por la Entidad al CONTRATO, no existe ninguna controversia entre las partes.

21. Ahora bien, respecto al incremento de la garantía de fiel cumplimiento por más de una vez, el Colegiado ha tenido que analizar: **1)** si esta exigencia constituye una modificación contractual, y, **2)** si esta prerrogativa excede los límites permitidos en la norma y es, por lo tanto, abusiva, como ha manifestado EGEHISSA.

22. Respecto del primer punto de análisis, debemos referir que, a primera lectura de la cláusula contractual primigenia (8.4), podría reconocerse la exigencia del incremento de un cincuenta por ciento (50%) de la garantía de fiel cumplimiento como requisito para la postergación de la puesta en

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

operación comercial. Ningún contrato se interpreta, sin embargo, con la sola base de la reglamentación escrita. Como todo acto jurídico, el contrato debe ser interpretado según lo expresado en él “y” (a la vez) según la buena fe (artículo 168 del Código Civil). En tal sentido, es de destacar que la literalidad de la referida cláusula, y el comportamiento de las partes (principalmente de la Entidad), respecto del tratamiento de las postergaciones del POC, no define un patrón que coadyuve a darle una interpretación uniforme a dicha cláusula. Ello, porque, en la primera postergación (para una fecha posterior al 31 de diciembre de 2014) la Entidad no exigió a la Concesionaria el incremento de la carta fianza de fiel cumplimiento; empero, en la segunda postergación, sí fue exigido dicho incremento (conforme se advierte de los medios probatorios ofrecidos por ambas partes). En esa medida, dicha cláusula, redactada de la forma en la que fue recogida en el texto del CONTRATO, no permite dirimir cuándo no procede dicha exigencia, o, en su defecto, cuándo procede por más de una vez.

23. Siendo esto así, y considerando que, la Concesionaria incrementó la carta fianza de fiel cumplimiento al autorizarse la segunda postergación, se puede colegir que el requerimiento realizado en la cláusula 3.2 de la Adenda es una modificación del CONTRATO; máxime si dicho incremento no está establecido como un requisito de procedibilidad, sino, más bien, que se ha concedido un plazo para su cumplimiento.

24. Estando a ello, y habiéndose determinado que la exigencia de la Entidad, respecto del incremento de la garantía es una modificación del contrato primigenio, y que constituye, como tal, una prerrogativa de la Entidad, corresponde verificar si, esta cláusula se encuentra dentro de los límites normativamente permitidos.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

25. Al respecto, y para poder evaluar dicho supuesto, es necesario, en principio, conocer la finalidad de la garantía de fiel cumplimiento y los alcances que el contrato y la norma han previsto para dicha garantía.

Así, pues, tenemos que numeral 1.4.22 del CONTRATO, establece lo siguiente:

*“1.4.22 Garantía de Fiel Cumplimiento: Carta Fianza emitida por una Entidad Bancaria conforme al Anexo 10, solidaria, incondicional, irrevocable, de realización automática, sin beneficio de exclusión, otorgada a favor del Ministerio, **que garantiza el cumplimiento del Cronograma de Ejecución de Obras de la Sociedad Concesionaria.**”*

26. De lo anterior se colige que, dicha garantía tiene como finalidad primordial obligar a la Concesionaria a cumplir todas sus obligaciones contractuales de acuerdo con el cronograma de ejecución, pues, de no hacerlo, la Entidad podría ejecutar las garantías presentadas por éste. De esta manera, se advierte que la carta fianza de fiel cumplimiento, garantiza el cumplimiento de las obligaciones de la Concesionaria.

27. En la búsqueda de una justificación respecto a la exigencia de la Entidad, se puede colegir que el incremento de la carta fianza de fiel cumplimiento, en los casos de postergación de la puesta en operación comercial, tiene por objeto garantizar el mayor riesgo de incumplimiento derivado de la ampliación de plazo contractual; de tal manera que la Entidad quede protegida, no solo por el retraso en los plazos fijados en el contrato primigenio, sino también respecto de algún retraso en las prórrogas que haya otorgado.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

28. Bajo este contexto, se entiende que, si la Concesionaria tiene garantizado algún eventual retraso en el cumplimiento del plazo original, y, además, tiene garantizado el plazo concedido en las postergaciones otorgadas (el primer incremento realizado a propósito de la segunda postergación); se ha cumplido ya la obligación de garantizar, tanto el plazo primigenio, así como el mayor riesgo derivado de la ulterior ampliación de plazo, todo lo cual constituye, precisamente, la finalidad y el espíritu de dicha cláusula contractual.

29. Por ello, en caso surgiera la necesidad de postergar, nuevamente, la puesta en operación comercial, la garantía incrementada por única vez, no dejará, en ningún caso, de garantizar el cumplimiento del cronograma de ejecución; razón por la cual, independientemente de la cantidad de postergaciones que otorgue la Entidad, en la medida que ya cuenta con una carta fianza incrementada al cincuenta por ciento (50%), se encuentra plenamente cubierta ante un eventual incumplimiento en el cronograma de ejecución por parte de la Concesionaria. Esa es la finalidad de la carta fianza impuesta a la Concesionaria, según la definición contenida en el CONTRATO (citada *retro*, § 25)

30. Estando a ello, resultaría irrazonable que la Entidad exigiera por cada postergación —más todavía si ella está basada en causa no imputable a la Concesionaria— un incremento del cincuenta por ciento (50%) de la garantía de fiel cumplimiento. En dicha situación, la Entidad terminaría estando garantizada en sobremedida, por un mismo hecho (que incluso se encuentra garantizado ya, tanto por la carta fianzas primigenias, así como por la carta fianza incrementada), situación que, a todas luces, se constituiría como un caso de abuso del derecho.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

Jurídicamente, además, al ser el pacto de garantía un contrato accesorio al contrato principal, nos encontraríamos frente a un acuerdo carente de causa, esto es, de finalidad u objetivo concreto a la luz de la relación jurídica entre las partes. En efecto, dado que las obligaciones de la Concesionaria frente a la Entidad se encuentran garantizadas ya, y así se mantiene a la Entidad —y con ella, al Estado peruano— al reparo del riesgo y consecuencias económicas del incumplimiento, un incremento adicional de la garantía, verticalmente impuesto a la Concesionaria, supondría una cobertura de un riesgo ya cubierto.

- 31.** En la medida que la exigencia de incremento, por más de una vez, de la garantía de fiel cumplimiento resulta excesiva para el fin que se pretende conseguir, se advierte que la cláusula establecida en el numeral 3.2 de la Adenda N° 03 es exorbitante, abusiva e irrazonable, en atención a que supera los límites permitidos en la norma, y, en consecuencia, no puede ser exigida a la Concesionaria en el caso analizado. Como se señala en la doctrina administrativa especializada: “Si el principio de la buena fe puede determinar la obligación de realizar algo no previsto en el acto constitutivo de la obligación, *por el contrario, determinará la no obligación de realizar aquello que, aunque previsto, fuese contrario a la buena fe*”¹².

Lo anterior no implica desconocer —como ha insistido la Entidad en las actuaciones arbitrales— la fuerza vinculante de los contratos, ni mucho menos la obligatoriedad o santidad de los acuerdos, constitucionalmente consagrada (artículo 62 de la Carta Política).

¹² GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, 5ª. ed., Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2009, p. 225 (cursivas añadidas).

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

Es de recordar, en este punto que el Tribunal Constitucional, en una sentencia emitida a propósito de cláusulas unilateralmente impuestas por una empresa estatal a un sujeto privado (Expediente N° 06534-2006-PA/TC, sentencia del 15 de noviembre del 2007), ha señalado:

“Una cláusula contractual manifiestamente irrazonable y fuera del sentido común resulta incompatible con la propia libertad de contrato. La libertad de contrato garantiza la libre determinación del objeto y las condiciones de la prestación de un servicio, *sin embargo, no la de cláusulas irrazonables que terminen anulando un sentido mínimo de justicia y el sentido común. Lo contrario significaría desnaturalizar la finalidad misma del contrato, en cuanto instituto, y dar la apariencia de acuerdo autónomo de las partes a condiciones manifiestamente contrarias u onerosas a los intereses de alguna de ellas.* Tal no es el sentido de la libertad de contrato, constitucionalmente entendida. La libertad de contrato constituye un derecho fundamental y su ejercicio legítimo, en el marco de los principios y derechos fundamentales, requiere su compatibilidad con estos, lo cual no supone una restricción del legítimo ámbito de este derecho, sino su exacto encuadramiento en ese marco” (considerando 3, cursivas añadidas).

Y agrega:

“La libertad de contrato constituye un derecho fundamental, sin embargo, como todo derecho, tal libertad encuentra

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

límites en otros derechos constitucionales y en principio y bienes de relevancia constitucional. *Desde tal perspectiva, resulta un argumento insustentable que lo estipulado en un contrato sea absoluto, bajo la sola condición de que haya sido convenido por las partes.* Por el contrario, resulta imperativo que sus estipulaciones sean compatibles con el orden público, el cual, en el contexto de un Estado constitucional de derecho, tiene su contenido primario y básico en el conjunto de valores, principios y derechos constitucionales. En consecuencia, debe examinarse si la estipulación analizada constituye, además, una «irrazonable autorrestricción» de determinados derechos constitucionales» (considerando 6, cursivas añadidas).

32. En este punto, es pertinente enfatizar que la Entidad ya cuenta con el primer incremento realizado por EGEHISSA, en observancia de lo que se establece en el CONTRATO. Por su propia naturaleza y finalidad, dicho incremento es idóneo para garantizar los riesgos por el mayor plazo de ejecución concedido, incluso de la primera, la segunda y, también, de la tercera postergación del POC. La Entidad, por otro lado, en el marco de las actuaciones de este arbitraje, no ha acreditado la necesidad de una cobertura adicional, ni —esto resulta decisivo— el daño que supondría no contar con el incremento que pretende de la Concesionaria, y que, por lo tanto, justificaría su imposición a EGEHISSA.

33. Y debe tenerse presente, igualmente, que el otorgamiento de la prórroga a EGEHISSA se ha fundamentado en eventos que no le son imputables a la Concesionaria —hecho no desvirtuado por la Entidad—. De aquí

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

que la exigencia de un incremento de la carta fianza que garantiza nada más que el cumplimiento del cronograma de ejecución, resultaría, no solo incongruente, sino penalizador respecto de una parte que, según lo que se ha acreditado en las actuaciones arbitrales, no ha sido responsable de los aplazamientos verificados. De lo contrario, la prórroga requerida por EGEHISSA, y que originó la Adenda N° 3, habría sido denegada.

34. Por esta razón, y en la medida que, en todo Estado Social de Derecho, como lo es el Estado peruano, debe buscarse —a través del ejercicio originario o delegado de las funciones legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales que correspondan, y de las funciones de sus respectivos organismos autónomos— la primacía de la justicia en cualquier tipo de relación jurídica, este Tribunal Arbitral es de la opinión de que no corresponde exigir un ulterior incremento a EGEHISSA, en lo tocante a la garantía de fiel cumplimiento.

35. Por las razones explicadas, se declara FUNDADA esta pretensión, y como consecuencia de aquello, se dispone que no corresponde a la Entidad exigir a EGEHISSA el incremento, por más de una vez, de la garantía de fiel cumplimiento contemplada en el CONTRATO, para el supuesto de la postergación de la puesta en operación comercial de la concesión.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO (CON RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA)

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare la nulidad y/o ineficacia de la resolución de Contrato de Concesión efectuada por el Ministerio de Energía y Minas mediante el Oficio N° 062-2019-MEM/VME de

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

fecha 09 de mayo de 2019.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO (CON RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN)

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que el Contrato de Suministro se encuentra resuelto el día calendario 60 de notificada la Resolución Ministerial N° 298-2018-MEM/D del 06 de agosto de 2018.

SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO (CON RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN)

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que el Contrato Suministro se encuentra resuelto a la fecha de notificación del Oficio N° 062-2019-MEM/VME del 9 de mayo de 2019.

36. Debido a la vinculación del segundo, sexto y sétimo punto controvertido, este Tribunal Arbitral considera necesario realizar un análisis conjunto y pronunciarse sobre estos.

37. De la lectura de los argumentos expuestos por ambas partes (a través de sus escritos, así como en la Audiencia de sustentación de posiciones) el Tribunal Arbitral puede advertir que, el principal conflicto que deviene de estas controversias tiene su génesis en la interpretación de las cláusulas de resolución establecidas tanto en el CONTRATO, así como, en sus subsecuentes adendas. Ello, por cuanto cada una de las partes, a su propio criterio, les ha dado una interpretación distinta a estas cláusulas, lo cual, naturalmente, ha conllevado a que el remedio resolutivo utilizado por la Entidad resulte hoy materia de conflicto *inter partes*.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

- 38.** Por ello, y a efectos de poder comprender a cabalidad cuál es el alcance y/o sentido de las cláusulas de resolución materia de conflicto, es necesario tener en consideración una serie de nociones normativas y doctrinarias, que permitirán a este Tribunal Arbitral contextualizar la controversia y ubicarla dentro de un marco jurídico específico.
- 39.** Para tales efectos, iniciaremos refiriendo que la resolución contractual se presenta como el principal remedio frente al incumplimiento o al retardo en la ejecución de las prestaciones. Por ello, cuando nos encontramos frente a la fase de anormalidad o de incumplimiento respecto de la parte infiel del contrato producto del incumplimiento de deberes concretos o de obligaciones, la parte afectada por dicho fenómeno acude al **remedio resolutorio** con la finalidad de cesar dicha situación de insatisfacción creada como consecuencia del incumplimiento.
- 40.** Los remedios sinalagmáticos o específicos (cuya finalidad es cesar los efectos del incumplimiento mediante la terminación del contrato), son aquellos que tutelan a las partes frente al incumplimiento de obligaciones con prestaciones recíprocas. Esto significa que dichos remedios solo serán aplicables frente a dichas hipótesis patológicas donde ambas prestaciones estén conectadas por el sinalagma.
- 41.** Ahora bien, el remedio de la resolución del contrato implica la disolución del contrato, y aparece frente a la insatisfacción del interés de una de las partes por la inexecución de una obligación o el incumplimiento imputable de un deber previsto en el contrato o implícito en él. Es por lo que, la resolución tiene un aspecto muy amplio de actuación la cual tiende siempre a satisfacer el interés de la parte afectada con el

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

incumplimiento¹³, en atención a lo desproporcionado que sería mantener ligada a una de las partes a sus compromisos, mientras que la otra, por dolo o culpa, sin justificación, los desconoce.

42. Este remedio resolutorio se encuentra recogido a partir del artículo 1428° del Código Civil, mediante el cual se establece que, en los contratos con prestaciones recíprocas¹⁴, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

43. Es precisamente la relación de interdependencia entre prestaciones la que justifica que el incumplimiento de uno de los contratantes afecte inmediatamente la entera relación contractual, generándose un desequilibrio. En este contexto, lo que legitima a la parte que cumplió con su prestación a ejercer la facultad resolutoria frente a su deudor incumplidor no es propiamente la referida inexecución, sino la protección del interés defraudado del contratante, quien confió en la reciprocidad o interdependencia de las prestaciones al momento de cumplir y, por tanto, en la igualdad y el equilibrio económico.

44. Con lo expuesto, ha de concluirse que es la relación de interdependencia entre las obligaciones del contrato sinalagmático lo

¹³ BUENDÍA DE LOS SANTOS, Eduardo. “Los remedios sinalagmáticos contractuales y la justicia correctiva: Un ensayo sobre los remedios contractuales a partir de un breve estudio comparado”. En: *Revista Foro Jurídico*, N° 15, 2016, p. 303 y s.

¹⁴ Cuando exista tal relación, el contrato bilateral es reconocido como un contrato sinalagmático o con prestaciones recíprocas, donde el cumplimiento de la obligación de una de las partes se encuentra “condicionado” a que la otra también se cumpla, en la medida en que cada obligación ha sido querida como equivalente a su contraparte.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

que configura un presupuesto jurídico de la resolución como institución jurídica, tal como lo declara el artículo 1428° del Código civil peruano, mediante el cual se establece lo siguiente:

“Artículo 1428°.- En los contratos con prestaciones recíprocas, cuando alguna de las partes falta al cumplimiento de su prestación, la otra parte puede solicitar el cumplimiento o la resolución del contrato y, en uno u otro caso, la indemnización de daños y perjuicios.

A partir de la fecha de la citación con la demanda de resolución, la parte demandada queda impedida de cumplir su prestación”

45. De hecho, el fundamento de la solicitud de resolución radica en que las partes al decidir contratar y formar una relación jurídica obligatoria, se obligan a cumplir las prestaciones señaladas desde el inicio de tal relación, por tanto, si en caso una de las partes no procede con la realización de lo debido, y, por el contrario, infringe su deber jurídico, la parte afectada podrá ejercer plenamente su derecho a resolver el contrato.

46. Por ello, se sostiene que la resolución tiene como función tutelar el especial interés de uno de los contratantes de no permanecer vinculado respecto de la grave violación del contrato¹⁵: el incumplimiento.

47. A propósito de lo mencionado previamente, Roppo señala que la resolución es un remedio destinado a destruir el vínculo contractual¹⁶.

¹⁵ BIANCA, Massimo, *Diritto Civile 5: La responsabilità civile*, Milán: Giuffrè, 1994, p. 261. En el mismo sentido: TAMPONI, Michele. *La risoluzione*. En: *Trattato di diritto privato diretto da Mario Bessone*, Volumen XIII, Turín: Giappichelli, 2011, p. 7.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

Ante ello, la parte afectada con el incumplimiento tiene dos alternativas: i) resolver el contrato; o ii) solicitar el cumplimiento del contrato, bajo el supuesto de su conservación y mantenimiento atendiendo al principio de conservación del contrato.

48. Es decir, ante el supuesto incumplimiento de un contrato con prestaciones recíprocas, nace un derecho de opción a la parte cumplidora que se perjudica con dicho incumplimiento; el cual consiste, como textualmente señala la norma, en solicitar el cumplimiento de la prestación o, en su defecto, proceder a la resolución del contrato. A este derecho de opción, tradicionalmente, se le conoce con el nombre de “Pacto Comisorio”, y está conformado, precisamente, por estos dos derechos opcionales: **el derecho a ejercer la ejecución forzada de la obligación y la resolución del contrato**¹⁷. Para el caso que nos ocupa, abordaremos, únicamente la resolución el contrato.

49. Ahora bien, para desarrollar el concepto de esta institución jurídica es necesario primero precisar dos momentos distintos que pueden darse en el marco de esta. Estos momentos son: primero la resolución como derecho y, segundo la resolución como efecto, como extinción, ya consumada, del contrato.

50. En el primero de estos momentos se puede apreciar que la resolución del contrato, o sea su extinción, aún no se ha producido. El contrato sigue vigente, lo que ocurre es que, frente al incumplimiento de la otra parte, la parte cumplidora tiene el derecho, en virtud del Pacto

¹⁶ ROPPO, Vincenzo. *Il contratto*. En *Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti*, 2a. ed. Milán: Giuffrè Editore, 2011, p. 893.

¹⁷ TORRES MÉNDEZ, Miguel. “Pacto Comisorio, resolución por incumplimiento e intimación resolutoria”. En *Ius Et Veritas*, N° 4, 1992, p. 59.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

Comisorio, a optar por conseguir la extinción del contrato, a través de la resolución de este. Este primer momento, se trata entonces, del “Derecho de Resolución por Incumplimiento”.

51. En cuanto al segundo momento, puede colegirse que, se trata del derecho anteriormente mencionado, ya ejercido. El contrato ya no sigue vigente, pues ya se ha extinguido en virtud de la ineficacia definitiva que ha producido la resolución. Ya no se está entonces, frente a un derecho por ejercerse, sino, frente a una situación ya consumada. Aquí se puede hablar, entonces, de la “Resolución por Incumplimiento” propiamente dicha.

52. Ahora bien, como toda resolución, ésta puede producirse sólo de dos modos: judicial y extrajudicialmente, habiendo dentro de esta última tres sub-modalidades. Para el caso que nos ocupa, y siendo que nos encontramos en una jurisdicción distinta a la judicial, el Tribunal Arbitral considera pertinente únicamente abordar aquellos temas relacionados con la resolución extrajudicial.

53. Así pues, la resolución extrajudicial, es la resolución que se obtiene, como su propio nombre indica, sin necesidad de una decisión judicial. Ésta, a su vez, puede darse a través de tres distintas modalidades: “Resolución por Intimación”, “Resolución por Cláusula Expresa” y “Resolución por Vencimiento de Plazo Esencial”.

54. La resolución por intimación: O conocida también como la resolución por autoridad del acreedor, es otra de las formas en las que se puede someter al deudor de la prestación al remedio resolutorio que pone fin al contrato que se encuentra en estado patológico.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

55. Este remedio con el que cuenta la parte contratante que sufre un perjuicio producto del ligamen contractual, implica que pueda intimar a la parte infiel del contrato para que ésta cumpla con las obligaciones o los deberes a su cargo señalándose, para tal efecto, un determinado plazo, pero advirtiendo que, al efectuar la intimación, el contrato queda resuelto si al término de dicho plazo el deudor persiste en la situación de incumplimiento. Como señala Forno Florez¹⁸ “(...) *Si el deudor no satisface la prestación dentro del plazo concedido, como efecto directo e inmediato, se produce, sin más requisito, la resolución de la relación contractual. Cabe destacar que la resolución por autoridad del acreedor es un mecanismo alternativo y opcional al de la resolución judicial (...)*”.

56. Hay que tomar en consideración que la intimación comprende dos elementos: (i) **El requerimiento de cumplimiento dentro de un plazo prefijado.** Desde la perspectiva del Derecho comparado italiano, el plazo para el cumplimiento se da dentro de un plazo “razonable”. Cabe resaltar que, en el Perú, dicho plazo no puede ser menor a 15 días, por ser dicho plazo fijado mediante una norma imperativa. En virtud de lo antes afirmado, la autonomía privada no puede pactar un plazo menor al establecido en el Código Civil peruano.

57. Asimismo, la característica principal de la intimación radica en ser un acto de carácter recepticio y dicho acto debe realizarse mediante vía notarial; conforme se indica en el artículo 1429° del Código Civil: “*Artículo 1429.- En el caso del artículo 1428 la parte que se perjudica con el*

¹⁸ FORNO FLOREZ, Hugo. “*La resolución por incumplimiento*”. En: AA.VV., *Temas de derecho contractual*. Lima: Cultural Cuzco, 1987, p. 122. Véase, asimismo: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “*El Contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*”. 2ª. ed. Lima: Palestra, tomo II, p. 419 y ss.; y MORALES HERVIAS, Rómulo. “*Patologías y Remedios del Contrato*” Lima: Jurista Editores, 2013, p. 271 y ss.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

incumplimiento de la otra puede requerirla mediante carta por vía notarial para que satisfaga su prestación, dentro de un plazo no menor de quince días, bajo apercibimiento de que, en caso contrario, el contrato queda resuelto. Si la prestación no se cumple dentro del plazo señalado, el contrato se resuelve de pleno derecho, quedando a cargo del deudor la indemnización de daños y perjuicios. (El resaltado es nuestro).”

58. Podemos apreciar que el legislador de la codificación peruana de 1984 optó sólo por proteger a la parte afectada con el incumplimiento previo, condicionando el ejercicio del remedio resolutorio con el transcurso del plazo fijado por ley, y en ningún caso, puso a disposición de los particulares alguna alternativa distinta.

59. En lo que respecta al segundo elemento de la intimación mismo es: (ii) La declaración del transcurso del plazo. Una vez que se compruebe el transcurso del tiempo sin la actuación del deudor y se compruebe el vencimiento del plazo, el contrato se considerará resuelto. De acuerdo con lo expresado por Roppo, el rigor es justificado: el destinatario de la intimación debe saber que no ha recibido un genérico estímulo, sino un acto capaz de provocar -si persistiera en el incumplimiento- la destrucción del contrato. Por esto, no existe la intimación a cumplir si el intimante se limita a declarar que, vencido el plazo asignado, accionará para la resolución.

60. Bajo esta premisa, se aprecia entonces que, además de la opción que tiene entre solicitar el cumplimiento o la resolución de contrato, esta norma está otorgando otro derecho a la parte cumplidora: el cual es el derecho de exigir conjuntamente, el cumplimiento del contrato; o, sustitutoriamente, o en defecto de éste, resolver el mismo.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

61. Entonces, como lo que se exige entonces a través de esta intimación es, en primer lugar, el cumplimiento del contrato y, subsidiariamente, la resolución de este; dicho cumplimiento se exige acompañado de un apercibimiento, el cual consiste, precisamente, en que en defecto del cumplimiento también se exige la resolución. Puede apreciarse, en consecuencia, que es la esencia de esta intimación, el apercibimiento resolutorio; ello por cuanto, se intima bajo apercibimiento de resolución, para obtener prioritariamente el cumplimiento del contrato, consiguiéndose ésta sólo cuando se hace efectivo dicho apercibimiento¹⁹.

62. Resolución por vencimiento del plazo esencial: Se trata de la resolución de pleno derecho que se obtiene luego de que la parte cumplidora decide, después de haberse vencido el plazo para el cumplimiento de la prestación de la parte incumplidora, no exigir el cumplimiento de esta. Como puede apreciarse, esta resolución puede producirse sólo si se tipifica el vencimiento del plazo esencial como incumplimiento definitivo, como en efecto lo es. De lo contrario, al no haber incumplimiento definitivo, no cabría entonces resolver el contrato de esta forma, sino sólo por cualquiera de las otras sub-modalidades de resolución de pleno derecho.

63. Resolución por cláusula expresa: Se trata de la resolución de pleno derecho que se obtiene en virtud de la “Cláusula Resolutoria Expresa”, a través de la cual, las partes acuerdan la forma en que se resolverá el contrato en caso la parte cumplidora opte finalmente por la resolución de

¹⁹ TORRES MÉNDEZ, “Pacto Comisorio, resolución por incumplimiento e intimación resolutoria”, cit., p. 59 y s.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

este. Vale decir que, si la parte cumplidora finalmente opta por la Resolución por Incumplimiento, ésta debe producirse en la forma que las partes han acordado²⁰.

64. En el contenido de un negocio jurídico puede denominarse cláusula resolutoria expresa a cualquier determinación que provea la posibilidad de ejercer el derecho potestativo de resolución de los efectos desencadenantes del negocio mismo. Es así como Bianca define a la cláusula resolutoria expresa como el pacto mediante el cual las partes asumen un determinado incumplimiento como condición resolutoria del contrato²¹.

65. En ese sentido, agrega que el efecto de la resolución del contrato se determina de un acto seguido del acreedor, por lo que la cláusula resolutoria expresa comporta, entonces, la atribución al acreedor del poder de resolución directa del contrato. Es decir, de un poder negocial de autotutela contra el incumplimiento.

66. Ahora bien, como quiera que la cláusula resolutoria expresa otorga la facultad de desvincularse del contrato de manera inmediata, su redacción en las nuevas estructuras contractuales se muestra con una marcada inclinación a favor del acreedor. Con este objetivo, es posible advertir que los contratos incorporan cada vez con mayor rigor cláusulas resolutorias expresas, que permiten desvincularse del contrato por el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones de él derivadas, sin advertir que, por su

²⁰ TORRES MÉNDEZ, “Pacto Comisorio, resolución por incumplimiento e intimación resolutoria”, cit., p. 62-65.

²¹ BIANCA, *Diritto civile 5, La responsabilità civile*, cit., p. 312.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

propia naturaleza, dicha cláusula se activa por incumplimientos específicos, establecidos con toda precisión²².

67. En la doctrina, la cláusula resolutoria expresa, ha sido definida como aquella estipulación de un contrato, mediante la cual se acuerda que el contrato podrá resolverse automáticamente en caso una de las partes no ejecute alguna de las prestaciones a su cargo²³. Para estos efectos, la resolución tiene que haber sido convenida en forma expresa y, con fines de seguridad jurídica, la prestación que se incumple debe haber sido establecida con la mayor precisión posible²⁴. Ello por cuanto, a diferencia de la resolución por intimación, que reposa totalmente en la voluntad unilateral de la víctima del incumplimiento, el mecanismo resolutorio se funda en la acorde previsión de las partes.

68. En nuestra legislación la cláusula resolutoria expresa ha sido prevista en el artículo 1430° del Código Civil, mediante el cual se establece lo siguiente:

“Artículo 1430°.- Puede convenirse expresamente que el contrato se resuelva cuando una de las partes no cumple determinada prestación a su cargo, establecida con toda precisión. La resolución se produce de pleno derecho

²² OSTERLING PARODI, Felipe. “Resolución por incumplimiento, Penas obligacionales y fraude a la ley”. Recuperado de: <http://www.osterlingfirm.com>.

²³ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel y BARBOZA BERAÚN, Eduardo. “Cláusula resolutoria expresa y condición resolutoria”. En: AA.VV., *Incumplimiento contractual y tutela del acreedor*. Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2007, pp. 19-42.

²⁴ ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Contratos-Parte general*. Tomo I, Lima: Gaceta Jurídica, 2011.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

cuando la parte interesada comunica a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria.”

69. En este punto, resulta pertinente precisar que, aun cuando la jurisprudencia peruana suele hablar, en ocasiones, de “condición resolutoria”²⁵, es preferible emplear el término cláusula resolutoria para hacer referencia a la figura descrita en la norma. Y es que, en una condición, el efecto se produce de pleno derecho, una vez verificada la concurrencia del hecho que se prevé como condición. Por el contrario, ello no sucede en una cláusula resolutoria, tal y como está planteada en el artículo 1430° del Código Civil; ello por cuanto, en las cláusulas resolutorias expresas, una vez verificado el incumplimiento previsto en el pacto, no opera automáticamente la resolución del contrato, sino que simplemente se activa un derecho potestativo a favor del acreedor afectado (otorgado desde la celebración del contrato), con el cual este puede decidir si resolver o no el contrato, dependiendo de su propio arbitrio.

70. A diferencia de otras figuras, la cláusula resolutoria expresa es, por lo tanto, un específico pacto que está destinado a modificar el mecanismo, por regla general, aplicable a los casos de incumplimiento: la resolución judicial. Dicho en otras palabras, verificado el incumplimiento pactado en la cláusula, no se tendrá que acudir a la vía judicial para resolver el contrato, sino que dicho contrato quedará resuelto por la propia voluntad de las partes que previeron dicha situación en virtud de su autonomía negocial.

²⁵ Motivada, tal vez, por el antecedente más próximo de esta norma, el art. 1109 CC de 1936, según el cual “la condición resolutoria expresa opera de pleno derecho”. A modo de ejemplo, véase las resoluciones de Casación N° 534-2013-Lima Norte, de 29 de mayo de 2014; Casación N° 229-2006- Lima, de 20 de marzo de 2007; Casación N° 2365-2005-Lima, de 20 de marzo del 2007, entre otras.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

71. Ahora bien, el artículo 1430° del Código Civil peruano que regula la cláusula resolutoria expresa, necesita de presupuestos para que opere válidamente el remedio extintivo. Los presupuestos, para ejercer la cláusula resolutoria expresa son los siguientes²⁶:

1. **Se debe estar ante un contrato con prestaciones recíprocas:** En primer lugar, debemos estar ante contratos con prestaciones recíprocas; en los que las partes sean acreedores y, a su vez, deudores de una prestación entre sí.
2. **Deben existir prestaciones por ejecutar:** Las prestaciones de este contrato, o al menos una de ellas, no deben haberse ejecutado; de tal manera que, la inejecución de esa prestación es la que va a gatillar la activación del mecanismo resolutorio contenido en el artículo 1430 del Código Civil.
3. **Legitimidad de la «parte fiel» ante la «parte infiel»:** En doctrina se denomina «parte fiel» a aquella que se encuentra facultada a resolver el contrato porque es la perjudicada con el incumplimiento de su contraparte. Empero, debemos precisar que para que la «parte fiel» pueda resolver el contrato, deberá encontrarse al día en la ejecución de las prestaciones que tiene a su cargo (ser fiel al cumplimiento), pues, de lo contrario, no tendrá legitimidad para activar el mecanismo resolutorio, debido a que ella misma se encuentra también en situación de incumplimiento.

²⁶ CHIPANA CATALÁN, Joel. “¿Cómo resolver un contrato? Notas sobre el artículo 1430 del Código Civil”. Recuperado de <https://pderecho.pe/como-resolver-contrato-articulo-1430-codigo-civil/>.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

Por otro lado, la denominada «parte infiel» es aquella que ha incumplido con su prestación, facultando con dicho acto a la otra parte a que pueda resolver el contrato. En este punto debemos precisar que el incumplimiento de esta parte debe obedecer a causas imputables a ella misma (es decir, dolo o culpa), ya que, si ello no es así, se abriría la posibilidad para que dicha parte pueda alegar una inimputabilidad por alguna causa que la exima de responsabilidad por la inejecución de su obligación.

4. Existencia, en el contrato, de una cláusula resolutoria expresa:

En el contrato debe encontrarse la cláusula resolutoria expresa; vale decir, hacer referencia expresa a las causales que van a originar la resolución de pleno derecho, es decir, detallar —con toda precisión— el incumplimiento de qué prestación va a originar la resolución. En este punto es recomendable que se enumeren dichas causales, a efectos de poder identificarlas e invocarlas de manera clara cuando alguna de ellas se presente; razón por la cual, no podrán considerarse como causales que permitan la resolución extrajudicial, aquellas que sean genéricas, ambiguas, vagas, laxas o generales, pues de lo que se trata es de que exista absoluta certeza de que el incumplimiento de una prestación previa y claramente determinada en el contrato, es el que originará la facultad resolutoria que recaerá en la parte que no está en situación de incumplimiento.

Siendo esto así, la cláusula resolutoria expresa supone una particular previsión y es parte del más amplio contenido negocial. Entonces, el contenido de la cláusula resolutoria expresa resulta, y ya se ha indicado, una resolución prevista ipso iure. Justamente por ello, la

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

cláusula resolutoria expresa no tiene como supuesto la violación de una “determinada obligación genérica” sino, por el contrario, tiene una fijación exacta de la obligación que tiene que cumplirse a cargo de las partes.

Esto supone una identificación de las obligaciones concretadas que van a ser objeto del pacto de resolución, el cual sólo se activará ante el incumplimiento de una de las obligaciones previamente establecidas. Además, el incumplimiento puede representar la base de la propia resolución bajo los términos antes mencionados.

5. **La necesaria comunicación escrita para la eficacia de la resolución de pleno derecho:** Quien resuelva el contrato deberá comunicar a la otra que quiere valerse de la cláusula resolutoria. En ese sentido, no debe entenderse que basta que el incumplimiento (o la causal de resolución) se produzca para que, de manera automática, el contrato quede resuelto, sino que en todos los casos se requerirá el envío de una comunicación que manifieste una voluntad de resolver el contrato, la misma que podrá realizarse desde que la contraparte se encuentre en situación de incumplimiento.

72. Teniendo definidas, las nociones jurídicas y doctrinarias relacionadas con la materia que nos ocupa, el Colegiado procederá a evaluar, los hechos controvertidos, en este extremo. Para estos efectos, es imperioso evaluar si, dentro del marco contractual, las partes convinieron algún remedio resolutorio por incumplimiento.

73. Así pues, de la revisión del CONTRATO y sus subsecuentes adendas, se advierte que en las cláusulas 8.2, 8.3 y 8.4 del documento contractual

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

original, las partes convinieron condiciones específicas que ameritarían y/o daban lugar a una resolución del contrato (cláusulas resolutorias expresas); empero, previeron, además, en la cláusula 10.4, un procedimiento general, para todas las demás situaciones de incumplimiento (resolución por intimación).

74. A modo de síntesis, tenemos entonces que existe, por un lado, una cláusula resolutoria general (cláusula 10.4), aplicada a todas las situaciones distintas a las previstas, de manera específica en el CONTRATO (la cual tiene delimitado un procedimiento resolutorio que se debe seguir). Y, por otro lado, tenemos varias cláusulas resolutorias específicas (muy similar a la resolución por cláusula resolutoria expresa), en las que se asume un determinado incumplimiento como generador automático de la resolución.

75. En la primera situación, tenemos una cláusula que resulta muy similar a la resolución por intimación (art. 1429 C.C.) en el que se cursan comunicaciones notariales imputando y absolviendo situaciones de incumplimiento y eventos resolutorios. En la segunda situación, hipótesis que ha sido denominada por las partes como causales de “resolución de pleno derecho”, tenemos varias cláusulas de resolución expresa.

76. Ahora bien, para una mayor ilustración, citaremos estas cláusulas para poder tener, de forma concreta, cuáles eran las situaciones que las partes convinieron ameritaría una “resolución de pleno derecho”, o que, en palabras más técnicas y apropiadas, constituiría una cláusula resolutoria expresa:

Cláusula 8.2: No renovación Oportuna

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

(...) **En caso de incumplimiento en la entrega de la carta de fiel cumplimiento incrementada en un 100%** a que se refiere el párrafo anterior, el Ministerio procederá a ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento no renovada, quedando el contrato resuelto de pleno derecho.

Cláusula 8.3: Atrasos en el cronograma de ejecución de obras

(...) En estos casos, **la Sociedad concesionaria queda obligada a presentar, sin requerimiento alguno, una nueva garantía de fiel cumplimiento por un monto igual al ejecutado dentro del plazo de diez (10) días desde el vencimiento del plazo que le otorgó OSINERMIN** para que presente el incremento. En caso de incumplimiento, el contrato quedará resuelto de pleno derecho.

Cláusula 8.4: Postergación de la Puesta en la Operación Comercial

(...) Si las postergaciones acumuladas exceden un año desde la fecha de puesta en operación comercial señalada en su oferta, **el Ministerio tiene la facultad de decidir si acepta la postergación o no la acepta**. En este último caso, el contrato quedará resuelto de pleno derecho.

(...) Si las postergaciones acumuladas exceden un año desde el 31 de diciembre de 2014, el Ministerio tiene la facultad de decidir si acepta la postergación o no la acepta. **Si el Ministerio no acepta la postergación**, el contrato quedará resuelto de pleno derecho.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

77. Siendo esto así, es claro que ante estas cuatro situaciones específicas y concretas (cláusulas resolutorias expresas) se activaba el remedio resolutorio, bastando únicamente una comunicación de la Entidad a su contraparte, para dar por válidamente resuelto el CONTRATO. En todas las demás situaciones, resultaba de aplicación la resolución por intimación, conforme a lo dispuesto, textualmente, en la cláusula 10.4 del CONTRATO.

78. Bajo este contexto, corresponde, entonces, evaluar si las razones que sustentan la resolución del contrato por parte de la Entidad se encuentran comprendidas dentro de alguna de las situaciones previstas dentro de las cláusulas resolutorias expresas; o si, en su defecto, corresponden a situaciones comprendidas en la cláusula general de resolución.

79. Así pues, de la lectura del Oficio N° 062-2019-MEM/VME de fecha 09 de mayo de 2019, el Colegiado advierte que la Entidad declara que resuelve el contrato por los siguientes motivos:

1. No haber alcanzado la POC en la fecha prevista.
2. No haber presentado el incremento de la Garantía de fiel cumplimiento según lo pactado en la Adenda N° 03 suscrita el 08 de agosto de 2018.

80. Estando a ello, y a efectos de poder determinar si el procedimiento resolutorio realizado por la Entidad es el correcto, corresponde verificar si dichas causales estaban comprendidas dentro de alguna de las cláusulas de resolución expresa; o si, en su defecto, se encontraban comprendidas

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

dentro de la cláusula general de resolución (resolución por intimación) establecida en la cláusula 10.4 del CONTRATO.

81. En este orden de ideas, y conforme lo desarrollado en los párrafos precedentes, existen únicamente cuatro cláusulas de resolución expresa (llamada por las partes como resolución de pleno derecho), a saber: 1) El incumplimiento en la entrega de la carta de fiel cumplimiento incrementada en un 100%, en caso de la no renovación oportuna de las cartas fianzas. 2) El incumplimiento en la presentación de una nueva garantía de fiel cumplimiento, en caso se ejecutará dicha garantía por el no incremento del 20% por atrasos en el cronograma de ejecución de obra. 3) Si la Entidad no aceptara la postergación del POC, en caso las postergaciones acumuladas exceden un año desde la fecha. 4) Si la Entidad aceptara la postergación del POC, en caso las postergaciones acumuladas exceden un año desde el 31 de diciembre de 2014.

82. De lo anterior, se advierte que los incumplimientos que la Entidad le atribuye al demandante no se encuentran comprendidos en ninguna de las cláusulas de resolución expresa establecidas en el CONTRATO, y sus subsecuentes adendas; razón por la cual, la Entidad, para resolver el CONTRATO, debía seguir el procedimiento establecido, en cambio, en la cláusula resolutoria general, es decir, la cláusula 10.4 del CONTRATO.

83. En atención a ello, la Entidad debía cursar una carta notarial al Contratista, expresando su intención de resolver el contrato, sobre la base de los incumplimientos y/o eventos que hubiera advertido; y luego de ello, esperar la respuesta del Contratista dentro del plazo de (10) días, expresando su disconformidad o no con la intención de resolver el CONTRATO; de no hacerlo en este plazo, el CONTRATO quedaría

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

resuelto desde la fecha que se recibió la primera carta notarial por parte del Ministerio.

84. Sin embargo, la Entidad, al considerar que los incumplimientos atribuidos constituían causales de resolución de pleno derecho (cláusula resolutoria expresa), según lo indicado en el Oficio de resolución, omitió el procedimiento establecido en la cláusula contractual correspondiente, y resolvió el vínculo con la Concesionaria de forma directa. No obstante, conforme lo hemos detallado en los párrafos precedentes, la cláusula resolutoria expresa (entendido en el contrato como “de pleno derecho”), por seguridad jurídica, debe ser convenida en forma explícita; por ello, la prestación cuyo incumplimiento amerita una resolución automática debió ser establecida con la mayor precisión posible.

85. Nótese que, la utilización de la “resolución de pleno derecho” de acuerdo con lo prefigurado en el CONTRATO tiene un carácter específico y que por lo tanto se ciñe a lo expresamente estipulado en la cláusula resolutoria que la recoge. Nos referíamos a la similitud de ésta con la cláusula resolutoria expresa dado su carácter específico, y no general como fluye de las dos primeras líneas de la cláusula 10.4 del CONTRATO. No olvidemos que la cláusula resolutoria expresa refuerza la tutela contra la inobservancia del contrato al proteger un *interés causalizado* de una de las partes: no basta una genérica referencia a cualquier anomalía contractual, sino que es necesario que dicha cláusula especifique el incumplimiento en relación a la singular o singulares obligaciones contractuales, siendo, en tal orden de ideas, imperativo que expresamente venga previsto su funcionamiento ante una hipótesis puntual, *con toda precisión*, como estatuye el artículo 1430° del Código Civil.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

86. Por esta razón, aquellos incumplimientos que no han sido incluidos por las partes en las cláusulas resolutoria expresa deben seguir el procedimiento general de resolución; el mismo que, por cierto, las partes han previsto de forma específica en la cláusula 10.4 del CONTRATO. En esa medida, y al no haberse seguido el procedimiento de resolución establecido en el CONTRATO, por mutuo acuerdo de las partes, **la resolución del contrato realizada por la Entidad resulta ineficaz.**

87. En este punto, es pertinente precisar que, de las alegaciones señaladas por la Entidad durante la Audiencia de Sustentación de Posiciones, se puede advertir que ésta, considera que al haberse dejado sin efecto la tercera postergación por imperio de la adenda N° 03, debería entenderse como si la Entidad no hubiera aceptado dicha postergación, y, por consiguiente, se habría activado una causal de resolución de pleno derecho (cláusula resolutoria expresa).

88. Sin embargo, no se pueden equiparar el supuesto de no aprobación (rechazo) inicial a la luz del segundo párrafo de la cláusula 8.4 con la pérdida de efectos de la postergación (prórroga) regulada en la Adenda 3, pues ellas obedecen a hipótesis diversas. Cuando la Entidad aprueba la referida postergación mediante la Resolución N° 298-2018-MEM/DM obviando la exigencia del incremento de la carta fianza de fiel cumplimiento (Adenda N° 3), no hace otra cosa sino salir de la hipótesis del segundo párrafo de la cláusula 8.4 y asumir, para el caso específico, la aplicación del procedimiento general de resolución (cláusula 10.4).

89. Además, el supuesto de no aprobación (rechazo) —verificado en un momento determinado— involucra la realización de una actividad

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

discrecional de orden negativo frente a un determinado hecho, como se tiene en la previsión de la cláusula 8.4, lo que no se condice con el supuesto de pérdida de efectos que supone la no observancia de una exigencia contractual (Adenda 3). Por lo tanto, la Entidad no podría, tampoco, desde este enfoque, aplicar la “resolución de pleno derecho” al supuesto de pérdida de efectos, por no estar expresamente prevista como tal en el contenido del CONTRATO. Sin perjuicio de mencionar que, cuando la Entidad Contratante no ejercita su derecho potestativo a “resolver de pleno derecho” en el momento idóneo —incluso aprobando la postergación sin la presencia de todos los requisitos previstos— no puede retrotraer la situación en el *iter* contractual: su derecho habría precluido.

90. Por las razones expuestas, este Colegiado, se ratifica en su posición de que, los incumplimientos que dieron lugar a la resolución del CONTRATO por parte de la Entidad, al no haberse incluido en ninguna de las cláusulas resolutorias expresas (resolución de pleno derecho) debieron activar la cláusula resolutoria general (cláusula 10.4 del CONTRATO) y, como consecuencia de aquello, la Entidad debió seguir el procedimiento señalado en dicha sección del CONTRATO.

91. Hay que tener en cuenta, sin perjuicio de todo lo anterior, que en la Adenda 3 no se habría pactado un nuevo supuesto de cláusula de “resolución de pleno derecho”; razón por la cual, no cabría su aplicación al caso concreto. En cualquier caso, resultaría aplicable el procedimiento resolutorio regular descrito en la propia cláusula 10.4 del CONTRATO, y al no haberse seguido, la resolución del CONTRATO ejercida por la Entidad resulta ineficaz.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

92. Por las razones explicadas el Tribunal Arbitral declara FUNDADA la segunda pretensión de la demanda, y, por consiguiente, se determina la ineficacia de la resolución del CONTRATO efectuada por el Ministerio de Energía y Minas mediante el Oficio No 062-2019-MEM/VME, de fecha 09 de mayo de 2019.

93. En cuanto a la primera pretensión de la reconvención, y la primera pretensión subordinada de la misma, el Tribunal Arbitral se remite a los fundamentos esbozados anteriormente, y ratifica su posición de que la resolución del contrato realizado por la Entidad, al no haber seguido el procedimiento convenido contractualmente por ambas partes, resulta ineficaz. Adicionalmente, debe mencionarse que el carácter recepticio de la comunicación a que se refiere el segundo párrafo del artículo 1430° del Código Civil, constituye una condición para la validez de la cláusula resolutoria pactada por las partes, y asegura el derecho que corresponde al deudor de cumplir la prestación a su cargo al menos de forma tardía, en tanto no le sea comunicada la decisión del acreedor de resolver el acuerdo; derecho que sería eliminado si la oportunidad en que opera la resolución se traslada a una fecha anterior al momento en que la resolución es efectivamente conocida por el deudor.

94. Nótese que, la declaración del acreedor —la Entidad, parte demandada en este arbitraje, en este caso— es muy importante, ya que a partir de ella se determina el momento en que se producen los efectos de la resolución. De este modo, aun cuando una cláusula establezca que el incumplimiento de una determinada obligación generará la resolución “de pleno derecho”, deberá entenderse que tal consecuencia no sucederá “automáticamente”, sino que para ello será preciso la comunicación del acreedor, manifestando su voluntad de ejercer la facultad resolutoria.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

95. En tal sentido, se declaran INFUNDADAS la primera pretensión de la reconvención, y la primera pretensión subordinada de la misma.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO (CON RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL)

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene al Ministerio de Energía y Minas restablecer el tiempo en que se ha visto afectado el plazo de ejecución contractual por las controversias suscitadas; el mismo que deberá computarse desde la fecha en que se les resolvió el contrato, hasta la fecha en que se dé cumplimiento al laudo arbitral.

96. Al haberse determinado que la resolución del CONTRATO realizada por la Entidad es ineficaz, por no haber seguido el procedimiento establecido, se colige que, el vínculo contractual entre las partes se mantiene vigente.

No obstante, siendo que, en la realidad, la resolución del CONTRATO realizada por la Entidad afectó la dimensión sinalagmática, e interrumpió el cumplimiento de las prestaciones comprometidas, así como el desarrollo del programa negocial, tal y como fue previamente establecido y aceptado por las partes (intercambio entre prestación y contraprestación), corresponde que se restituya el tiempo afectado por la indebida resolución contractual, y la subsecuente solución de controversias respecto de dicha resolución.

97. Aunado a ello, y siendo que las pretensiones accesorias siguen la suerte de la pretensión principal, al haberse declarado FUNDADA la segunda pretensión principal, corresponde declarar FUNDADA la primera

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

pretensión accesorio de la segunda pretensión principal de la Demanda; y como consecuencia de aquello, debe ordenarse a la Entidad restablecer el tiempo en que se ha visto afectado el plazo de ejecución contractual por las controversias suscitadas; el mismo que deberá computarse desde la fecha en que se declaró, ineficazmente, la resolución del CONTRATO contra EGEHISSA, hasta la fecha en que se dé cumplimiento a lo ordenado en el presente laudo arbitral.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO (CON RESPECTO A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA)

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral disponga la resolución del contrato sin responsabilidad de las partes; y como consecuencia de aquello, le ordene al Ministerio de Energía y Minas proceder a la devolución de todas las Cartas Fianzas entregadas como garantías de fiel cumplimiento.

98. Sobre esta pretensión, debe señalarse que el Contrato no regula la figura de resolución sin responsabilidad de las partes, como se puede apreciar de la cláusula décima del CONTRATO.

99. Asimismo, es importante señalar que el Tribunal advierte que ambas partes han esbozado motivos para resolver el CONTRATO, pero imputándose responsabilidad mutuamente.

100. Por otro lado, EGEHISSA no ha acreditado que exista una causa no imputable a las partes que impida la ejecución del CONTRATO, situación que podría generar una resolución sin responsabilidad de las partes. No se ha acreditado circunstancia, causa o motivo que impida la ejecución del CONTRATO, que imposibilite definitivamente la ejecución

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

de las prestaciones comprometidas, y que no sea imputable a ninguna de las partes.

101. Del mismo modo, es importante señalar que, si bien EGEHISSA ha señalado como motivo de esta pretensión el hecho que el contrato a la fecha no le resulta comercialmente rentable, esta situación no se puede considerar como una justificación para atender un pedido de resolución sin responsabilidad de las partes, dado que, el hecho de que el CONTRATO se haya vuelto no rentable para la demandante no representa un fundamento atendible para dictaminar, en vía jurisdiccional arbitral, la resolución del CONTRATO. Dicha situación, además de no ser imputable a la Entidad, además, concierne exclusivamente al entorno de EGEHISSA, y no se le puede considerar, por lo tanto, como un evento objetivamente obstaculizador de las prestaciones a que la Concesionaria se comprometió en virtud del CONTRATO.

102. Por lo que, no es posible amparar lo pretendido debiéndose declarar INFUNDADA esta pretensión de la Concesionaria.

OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO (CON RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN)

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que la prórroga del plazo otorgada mediante Adenda N° 3, ha quedado sin efecto al vencimiento del plazo de 60 días calendario de notificada la Resolución Ministerial N° 298-2018-MEM/D del 6 de agosto de 2018.

103. En relación con esta pretensión, es necesario precisar, previamente, que mediante Resolución Ministerial N° 298-2018-MEM/D del 6 de agosto de 2018, la Entidad ha declarado, ineficazmente, resuelto el CONTRATO.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

En función de tal premisa, mediante la Primera Pretensión Principal de la Reconvención, dicha parte ha pretendido que el Tribunal Arbitral declare que la prórroga de plazo concedida a EGEHISSA ha quedado sin efecto al cumplirse 60 días-calendario de notificada la Resolución Ministerial en mención.

104. En relación con este punto, atendiendo a que se ha declarado INFUNDADA la Primera Pretensión Principal de la Reconvención, y a que este Tribunal Arbitral ha establecido que la Entidad, al no haber seguido el procedimiento convenido contractualmente por ambas partes, para resolver el CONTRATO, la resolución realizada por dicha parte mediante Resolución Ministerial N° 298-2018-MEM/D del 06 de agosto de 2018, resulta ineficaz, no es posible dejar sin efecto la Adenda N° 3, porque la declaración resolutoria fundante de dicha ineficacia ha sido declarada ineficaz.

105. En consecuencia, no es posible amparar la pretensión planteada al ser la Resolución Ministerial N° 298-2018-MEM/D del 06 de agosto de 2018 un acto ineficaz.

NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO (CON RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN)

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que la prórroga del plazo otorgada mediante Adenda N° 3, ha quedado sin efecto el día de la notificación del Oficio N° 062-2019-MEM/VME del 9 de mayo de 2019.

106. Respecto con esta pretensión, es necesario establecer que mediante Oficio N° 062-2019-MEM/VME del 9 de mayo de 2019, la Entidad ha pretendido resolver el CONTRATO, siendo que, este Tribunal ha

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

declarado ineficaz la resolución de CONTRATO realizada mediante el oficio antes mencionado.

107. Considerando que se ha declarado fundada la segunda pretensión de la demanda, y que se ha declarado la ineficacia de la resolución de CONTRATO, amparada en el Oficio N° 062-2019-MEM/VME del 9 de mayo de 2019, dicho acto no produce efectos jurídicos, por lo que no es posible dejar sin efecto la Adenda N° 3 a causa lo declarado en un documento privado de eficacia jurídica.

108. Por lo que, corresponde declarar INFUNDADA la pretensión, en atención a lo expuesto.

DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO (CON RESPECTO A LA ÚNICA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL, PRIMERA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL)

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que el Ministerio de Energía y Minas tiene derecho a ejecutar la garantía de Fiel Cumplimiento y sus incrementos y renovaciones.

109. Sobre esta pretensión, previamente debe señalarse que se ha establecido que no corresponde exigir a EGEHISSA incrementar por más de una vez la garantía de fiel cumplimiento, por la postergación de la puesta en operación comercial de la concesión. Como consecuencia de ello, la Entidad no puede exigirle tal incremento, con lo cual, no resulta exigible lo señalado en el numeral 3.2 de la Adenda N° 3.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

110. Por otro lado, la ejecución de la fianza de fiel cumplimiento esta supeditada, también, a la resolución de CONTRATO por responsabilidad de EGEHISSA. Sin embargo, como se ha establecido en el presente laudo arbitral, las resoluciones de CONTRATO realizadas por la Entidad son ineficaces, y, por lo tanto, no producen efecto jurídico alguno, que permita habilitar a dicha parte a que pueda ejecutar la garantía de fiel cumplimiento.

111. Atendiendo, a ello, no es posible amparar la pretensión, ni facultar a la Entidad a ejecutar la garantía de fiel cumplimiento. Es una pretensión que debe ser declarada INFUNDADA.

DÉCIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO (CON RESPECTO A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN)

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare que EGEHISSA ha renunciado a presentar pretensiones indemnizatorias o resarcitorias contra el Ministerio de Energía y Minas, en consecuencia, el MINEM no tiene obligación indemnizatoria o resarcitoria alguna a favor de EGEHISSA.

112. En relación con esta pretensión, el Tribunal advierte que tiene naturaleza declarativa, asimismo, se tiene que la Adenda N° 3 no ha sido dejada sin efecto, por lo que, dicho acto resulta exigible en este aspecto.

113. Cabe precisar que el numeral 3.4 de la Adenda N° 3, señala:

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

34 Al amparo de lo dispuesto en el artículo 1302 del Código Civil, la Sociedad Concesionaria transa con el valor de cosa juzgada, la renuncia de forma unilateral y sin compensación alguna, a cualquier pretensión y/o reclamación de cualquier naturaleza derivada con ocasión o en relación de cualquier tipo con los hechos que motivaron la presente adenda; asimismo, renuncia a presentar solicitudes de ampliación de plazo, por eventos generados hasta la fecha de emisión de la Resolución Ministerial N° 298-2018-MEI/MDM que autoriza la presente adenda.

114. De la revisión del referido numeral se aprecia que EGEHISSA ha renunciado transaccionalmente a cualquier pretensión y/o reclamación de cualquier naturaleza derivada con ocasión o en relación de cualquier tipo con los hechos que motivaron la Adenda N° 3.

115. Como se aprecia la Adenda N° 3, no ha sido dejada sin efecto, y este Tribunal no aprecia motivo alguno para que el numeral 3.4 de la referida adenda no sea exigible. Por ende, este Colegiado en atención a la naturaleza declarativa de la pretensión, determina que EGEHISSA ha renunciado a presentar pretensiones indemnizatorias o resarcitorias contra el Ministerio de Energía y Minas, en consecuencia, esta Entidad no tiene obligación indemnizatoria o resarcitoria alguna a favor de EGEHISSA, precisando —tal como se señala en la declaración transaccional— que esta renuncia únicamente se puede circunscribir a los hechos que motivaron la Adenda N° 3.

116. En consecuencia, corresponde amparar lo solicitado, con la precisión señalada, y declarar FUNDADA esta pretensión de la Entidad.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO (CON RESPECTO A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA)

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral ordene a la Entidad el pago de los gastos arbitrales, costas y costos del presente proceso.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

DÉCIMO SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO (CON RESPECTO A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA RECONVENCIÓN)

Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral condene a EGEHISSA a pagar al Ministerio de Energía y Minas, los costos y gastos arbitrales derivados del presente proceso arbitral.

117. El numeral 2 del artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73° del mismo cuerpo normativo.

118. Por su parte, el referido artículo 73° establece que el Tribunal Arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el Tribunal Arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

119. En el convenio arbitral las partes han establecido que la asunción de los costos y costas del arbitraje deberán ser asumidos por la parte vencida, así como, señala que los árbitros pueden decidir sobre este aspecto en forma distinta, por lo que será el Tribunal Arbitral quien determine a que parte le corresponde los gastos y costos relacionados al arbitraje.

120. Al respecto, Huáscar Ezcurra Rivero ha comentado el artículo 73° de la LA, y señaló que *“existe en la norma actual un énfasis muy claro en el sentido de que el que perdió el arbitraje, en principio, pagará los costos del arbitraje. Y los costos del arbitraje comprenden la obligación de la*

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

*parte vencida de devolver a la parte vencedora todo lo que ella gastó con motivo del proceso arbitral; lo que en ocasiones podría ser un monto considerable (...)*²⁷. (cursivas añadidas)

121. En relación con el concepto de “gastos razonables”, Ezcurra Rivero señala que “(...) a nuestro criterio, [el concepto de gastos razonables] indica que en el caso de gastos de abogados (que son una parte importante de los costos del arbitraje), la regla primera a aplicar es la regla de la razonabilidad. Es decir, antes de obligar a la parte vencida a asumir los costos del arbitraje, corresponde definir cuáles son los costos del arbitraje; y, en lo que a gastos en abogados se refiere, el legislador ha querido que los árbitros sean sumamente cuidadosos y tengan amplia discrecionalidad a fin de evitar abusos, disponiendo que, primero, los árbitros deberán, aplicando el principio de razonabilidad, definir cuáles serían los gastos razonables de abogados, que merecerían reconocimiento”²⁸. (cursivas añadidas)

122. El Tribunal Arbitral considera que se deberá tener en cuenta el comportamiento procesal de las partes a lo largo del presente arbitraje, así como, del desarrollo de los puntos controvertidos se aprecia que ambas partes han tenido motivos atendibles para defender sus intereses en el presente proceso, por lo que corresponde que cada parte asuma el 50% de los costos y gastos de este.

²⁷ EZCURRA RIVERO, Huáscar. “Comentario sub artículo 70 de la Ley Peruana de Arbitraje”. En: AA.VV., *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2010, p. 810.

²⁸ EZCURRA RIVERO, “Comentario sub artículo 70 de la Ley Peruana de Arbitraje”, cit., p. 812.

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

123. En consecuencia, el Tribunal Arbitral estima que cada parte asuma el 50% de los costos y gastos del presente proceso; precisándose que los gastos de defensa deben ser asumidos por cada parte.

DECISIÓN.-

Finalmente, el Tribunal Arbitral deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su Decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en las expediciones de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje.

En atención a ello y siendo que el Tribunal Arbitral no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no han estado sometidos a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, el Tribunal Arbitral **LAUDA EN DERECHO** de la siguiente manera:

- 1. DECLARAR FUNDADA** la primera pretensión principal de la demanda, por lo que este Tribunal Arbitral determina que **NO CORRESPONDE** que el Ministerio de Energía y Minas exija a EGEHISSA el incremento, por más de una vez, de la garantía de fiel cumplimiento por la

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

postergación de la puesta en operación comercial.

2. **DECLARAR FUNDADA** la segunda pretensión principal de la demanda, por lo que, este Tribunal Arbitral declara la ineficacia de la resolución del CONTRATO efectuada por el Ministerio de Energía y Minas mediante el Oficio N° 062-2019-MEM/VME de fecha 09 de mayo de 2019.
3. **DECLARAR FUNDADA** la primera pretensión accesoria a la Segunda Pretensión Principal, por lo que, este Tribunal **ORDENA** al Ministerio de Energía y Minas restablecer el tiempo en que se ha visto afectado el plazo de ejecución contractual por las controversias suscitadas; el mismo que deberá computarse desde la fecha en que se les resolvió el CONTRATO, hasta la fecha en que se dé cumplimiento al laudo arbitral.
4. **DECLARAR INFUNDADA** la cuarta pretensión principal de la demanda, por lo que, **NO CORRESPONDE** que el Tribunal Arbitral disponga la resolución del CONTRATO sin responsabilidad de las partes, ni que se ordene al Ministerio de Energía y Minas proceder a la devolución de todas las Cartas Fianzas entregadas por EGEHISSA como garantías de fiel cumplimiento.
5. **DECLARAR INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la Reconvención, por lo que, **NO CORRESPONDE** que el Tribunal Arbitral declare que el CONTRATO se encuentra resuelto a partir del día-calendario 60 de notificada la Resolución Ministerial N° 298-2018-MEM/D del 06 de agosto de 2018.
6. **DECLARAR INFUNDADA** la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Principal de la Reconvención, por lo que, **NO CORRESPONDE**

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

que el Tribunal Arbitral declare que el Contrato Suministro se encuentra resuelto a la fecha de notificación del Oficio N° 062-2019-MEM/VME del 9 de mayo de 2019.

7. **DECLARAR INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la Reconvención, por lo que, **NO CORRESPONDE** que el Tribunal Arbitral declare que la prórroga del plazo otorgada mediante Adenda N° 3, ha quedado sin efecto al vencimiento del plazo de 60 días calendario de notificada la Resolución Ministerial N° 298-2018-MEM/D del 6 de agosto de 2018.
8. **DECLARAR INFUNDADA** la Primera Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal de la Reconvención, por lo que, **NO CORRESPONDE** que el Tribunal Arbitral declare que la prórroga del plazo otorgada mediante Adenda N° 3, ha quedado sin efecto el día de la notificación del Oficio N° 062-2019-MEM/VME del 9 de mayo de 2019.
9. **DECLARAR INFUNDADA** la Única Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal, Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, Segunda Pretensión Principal, Primera Pretensión Subordinada a la Segunda Pretensión Principal, por lo que, **NO CORRESPONDE** que el Tribunal Arbitral declare que el Ministerio de Energía y Minas tiene derecho a ejecutar la garantía de Fiel Cumplimiento y sus incrementos y renovaciones.
10. **DECLARAR FUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la Reconvención, por lo que **CORRESPONDE** declarar que EGEHISA ha renunciado a presentar pretensiones indemnizatorias o resarcitorias contra el Ministerio de Energía y Minas, en consecuencia, el MINEM no

Tribunal Arbitral

Hugo Sologuren Calmet (Presidente)

Julia Rosa Farfán Peña

Leysser León Hilario

tiene obligación indemnizatoria o resarcitoria alguna a favor de EGEHISSA, precisando que esta renuncia únicamente se circunscribe al ámbito de lo expresado en la Adenda N° 3.

11. DECLARAR INFUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda y la Cuarta Pretensión Principal de la Reconvención, por lo que, este Tribunal Arbitral **ESTABLECE** que ambas partes asuman el 50% de los costos y gastos del presente proceso; precisándose que los gastos de defensa deben ser asumidos por cada parte.



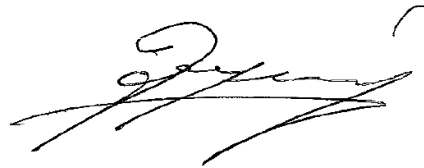
HUGO SOLOGUREN CALMET

Presidente del Tribunal Arbitral



JULIA ROSA FARFAN PEÑA

Miembro del Tribunal



LEYSSER LEON HILARIO

Miembro del Tribunal



ALEX PINEDO-MINDREAU PASTOR

Secretario Arbitral