

I. PERSONAS QUE HAN PARTICIPADO EN EL ARBITRAJE

1. Demandada

1.

Las Demandantes son:

- INTER RAO UES, sociedad rusa con domicilio social en Bolshaya Pirogovskaya ulitsa, 27, edificio 2, Moscú 119435, Rusia, y su sucursal local de entera propiedad ["Inter Rao UES" o "Inter Rao Rusia"];

- SOCIEDAD ANÓNIMA ABIERTA "INTER RAO UES", sociedad constituida al amparo de la legislación del Ecuador, con domicilio social en Luxemburgo N34-359 y Portugal, Oficina 412, Edificio Cosmopolitan Park, Quito, República del Ecuador ["Inter Rao Ecuador"].

2.

El Tribunal se referirá a Inter Rao Rusia e Inter Rao Ecuador conjuntamente como las "Demandantes", "Inter Rao" o "Contratista".

3.

Las Demandantes están representadas por1:

Dimitry Surikov dmitry.surikov@stonebridgelegal.ru

Alexey Yadykin alexey.yadykin@stonebridgelegal.ru

Evgeny Sarymsakov sarymsakov_eg@interrao.ru

Igor Morgun morgun_iv@interrao.ru

Mikhail Anosov anosov_ma@interrao.ru

toachi-pilaton@interrao.ru

Stonebridge Legal

14 building 2 Kadashevskaya nab

Moscú, 119017

Rusia

2. Demandada

4.

La Demandada es EMPRESA PÚBLICA ESTRATÉGICA CORPORACIÓN ELÉCTRICA DEL ECUADOR CELEC EP [la "Demandada", "CELEC" o "Contratante"], empresa pública establecida por el Decreto Ejecutivo ecuatoriano n.º 220, de 14 de enero de 2010, con domicilio social en Panamericana Norte km 7 1/2/, sector Capulispamba, Cuenca, Provincia de Azuay.

5.

La Demandada está representada por:

Ángel Gonzalo Uquillas Vallejo gonzalo.uquillas@celec.gob.ec

Diana Vargas CELEC EP diana.vargas@celec.gob.ec

Juan Carlos Larrea juan.larrea@pge.gob.ec

Ana María Larrea ana.larrea@pge.gob.ec

Lily Díaz Granados lily.diazgranados@pge.gob.ec

Amparo Miranda ammiranda@pge.gob.ec

Diana Moya dmoya@pge.gob.ec

Procuraduría General del Estado
Av. Amazonas n.º 39-123 y Arízaga
Quito
Ecuador

Alejandro Escobar alejandro.escobar@bakerbotts.com
Ernesto Feliz ernesto.feliz@bakerbotts.com
Thaysa Panza thaysa.panza@bakerbotts.com
Maria Bagnulo maria.bagnulo@bakerbotts.com

Baker Botts LLP
Level 30
20 Fenchurch Street
Londres EC3M 3BY
Reino Unido

6.

En lo sucesivo se hará referencia conjuntamente a las Demandantes y a la Demandada como las "Partes".

3. Tribunal Arbitral

7.

Las Demandantes designaron como coárbitro a Guido Tawil:

Guido Tawil arb-gtawil@arb-chambers.com

Ed. Aguas Azules, Ap. 003

Rbla. Lorenzo Batlle Pacheco s/n,

Punta del Este, 20167 Maldonado

Uruguay

8.

La Demandada designó como coárbitro a Alexis Mourre:

Alexis Mourre amourre@mgc-arbitration.com

MGC Arbitration

52 rue la Boétie 3e étage

75008 Paris

Francia

9.

Los coárbitros designaron conjuntamente, en consulta con las Partes, a Juan Fernández-Armesto como Presidente del Tribunal Arbitral2:

Juan Fernández Armesto jfa@jfarmesto.com

Armesto & Asociados

General Pardiñas 102, 8º izda.

28006 Madrid

España

4. Secretario Administrativo

10.

Con el consentimiento de las Partes y sus coárbitros, el Presidente del Tribunal Arbitral nombró al Secretario Administrativo3:

Felipe Aragón fab@jfarmesto.com

Armesto & Asociados

General Pardiñas 102, 8º izda.

28006 Madrid

España

5. Administración

11.

La administración del presente arbitraje está encomendada a la Secretaría del Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago – Cámara de Comercio de Santiago ["CAM Santiago"]:

Nicolás Alba Paez nalba@ccs.cl

Responsable de la Unidad de Arbitraje y

Antonia Alemparte Croxatto aalemparte@ccs.cl

Unidad de Arbitraje

CAM Santiago

Monjitas #392, Piso 11,

Santiago

Chile

II. HISTORIA PROCESAL

1. El Convenio arbitral

12.

El convenio arbitral que sirve de base a este arbitraje se encuentra recogido en la Cláusula 29.3 y 4 del Contrato de Ejecución de las Obras Electro e Hidromecánicas, Procura, Ingeniería, Fabricación, Suministro, Transporte, Montaje, Pruebas, Puesta en Servicio y Entrega en Perfecto Funcionamiento de las Unidades Turbogeneradoras para el Proyecto Hidroeléctrico Toachi-Pilatón firmado en Moscú el 25 de octubre de 2010 [el "Contrato"] por las Demandantes e Hidrotoapi EP (posteriormente absorbida por CELEC), cuyo tenor literal es el siguiente:

"CLÁUSULA VIGÉSIMO NOVENA

LEY APLICABLE Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

[...]

29.3. Solución de Controversias

29.3.1. Negociación: En caso de suscitarse divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente Contrato, las Partes se reunirán con el objeto de llegar a un acuerdo

sobre la controversia con base en el consenso, evaluando en forma objetiva y metodológica la misma. De llegar a una solución, las Partes incorporarán los acuerdos alcanzados en un documento que deberá ser suscrito entre ellas.

Si se suscitaren divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente Contrato, cuando las Partes no llegaren a un acuerdo amigable directo, conforme lo señalado en el numeral anterior, deberán utilizar los métodos alternativos para la solución de controversias en Arbitraje de acuerdo a las siguientes cláusulas:

Las Partes se someterán a un Tribunal Arbitral administrado por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, en Santiago de Chile, de conformidad con el Reglamento de dicho Centro de Arbitraje, al tenor de las siguientes normas:

29.3.2. El lugar del arbitraje será en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, en Santiago de Chile.

29.3.3. El Arbitraje será confidencial.

29.4. El Tribunal Arbitral:

29.4.1. Utilizará en el procedimiento arbitral los idiomas Español e Inglés.

29.4.2. Estará integrado por tres Árbitros y para su conformación cada una de las partes nombrará un árbitro, y el tercer árbitro que ejercerá las funciones de Presidente del Tribunal Arbitral, será nombrado vía sorteo por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

29.4.3. Está facultado para dictar medidas cautelares y ejecutar las medidas cautelares que dicte.

29.4.4. Dictará su laudo en derecho, aplicando el contrato y la legislación de la República del Ecuador.

29.4.5. Las partes no podrán modificar la demanda, la contestación a la demanda, la contrademanda o la contestación a la contrademanda.

29.4.6. El Tribunal Arbitral dictará su laudo en un término de 150 días contados a partir de la fecha en que el Tribunal Arbitral este conformado y realice su primera actuación.

29.4.7. Las partes renuncian fuero, domicilio, privilegios diplomáticos, la jurisdicción ordinaria de sus respectivos países y se obligan a acatar el laudo que expida el Tribunal Arbitral.

29.4.8. Notificaciones. Salvo por disposición en contrario contenida en el presente Contrato, todo aviso y demás comunicaciones entre las Partes emitidos de conformidad con este

Contrato, deberán hacerse por escrito y serán efectivas a partir del siguiente día hábil de su recepción".

2. Sede del arbitraje, lex arbitri, normas aplicables e idioma

13.

De conformidad con la Cláusula 29.3.2 del Contrato, la sede del arbitraje es Santiago de Chile. Por lo tanto, es de aplicación la Ley Núm. 19.1971 sobre Arbitraje Comercial Internacional de Chile ["LACI"] de conformidad con su Art. (2) y (3)(a):

"Artículo 1º.- Ámbito de aplicación.

1) Esta ley se aplicará al arbitraje comercial internacional, sin perjuicio de cualquier tratado multilateral o bilateral vigente en Chile.

2) Las disposiciones de esta ley, con excepción de los artículos 8º, 9º, 35 y 36, se aplicarán únicamente si el lugar del arbitraje se encuentra en el territorio nacional.

3) Un arbitraje es internacional si:

(a) Las partes de un acuerdo de arbitraje tienen, al momento de la celebración de ese acuerdo, sus establecimientos en Estados diferentes [...]"

14.

El Art. 19 de la LACI faculta a las Partes a convenir las reglas del procedimiento arbitral⁴. En la Cláusula 29.3.1 del Contrato, las Partes acordaron que el procedimiento arbitral se rige por el Reglamento de Arbitraje Comercial Internacional del CAM Santiago [el "Reglamento CAM Santiago"].

15.

Las Partes también acordaron en la Cláusula 29.4.1 del Contrato, que los idiomas del arbitraje son el español y el inglés; y que el Tribunal Arbitral dictara el laudo en español como versión auténtica. En los 30 días siguientes a la emisión del laudo, cualquiera de las Partes podrá solicitar que el Tribunal emita una versión igualmente auténtica en inglés del laudo, a cargo exclusivo de la Parte solicitante⁵.

16.

La Cláusula 29.4.3 establece que el Tribunal debe dirimir la presente controversia de conformidad con el Contrato y la legislación de la República del Ecuador.

17.

A su vez, las Partes dispusieron que el Tribunal se guiará por las disposiciones del Reglamento de la Asociación Internacional de Abogados ["IBA"] por sus siglas en inglés] sobre la práctica de la prueba en el arbitraje internacional, adoptado por el Consejo de la IBA el 29 de mayo de 2010⁶.

3. Inicio del arbitraje

18.

El 14 de diciembre de 2018 las Demandantes presentaron su Solicitud de Arbitraje, en la que designaron a Guido Tawil como coárbitro, en cumplimiento de la Cláusula 29.4.2 del Contrato y el Art. 8.5 del Reglamento CAM Santiago.

19.

El 18 de enero de 2019 la Demandada presentó su Contestación a la Solicitud de Arbitraje, anunciando su intención de plantear su demanda reconventional⁷, y designando a Alexis Mourre como coárbitro, de conformidad con la Cláusula 29.4.2 del Contrato y el Art. 8.5 del Reglamento CAM Santiago.

20.

El 28 de febrero de 2019 los coárbitros designaron a Juan Fernández-Armesto como Presidente del Tribunal Arbitral, que aceptó su nombramiento el 5 de marzo de 2019, fecha en la cual el Tribunal Arbitral quedó debidamente constituido, de conformidad con el Art. 9.5 del Reglamento CAM Santiago.

21.

Tanto los coárbitros como el Presidente del Tribunal Arbitral presentaron su declaración de independencia de conformidad con los Art. 9.5 y 11.2 del Reglamento CAM Santiago⁸.

4. Orden Procesal No. 1 y calendario procesal

22.

El 28 de mayo de 2019 el Tribunal Arbitral remitió a las Partes un borrador de Orden Procesal ["OP"] No. 1 a ser discutida con las Partes en una conferencia telefónica que se celebró el 30 de mayo de 2019. Tras la conferencia telefónica e los acuerdos alcanzados por las Partes respecto del borrador de OP No. 19, el 14 de junio de 2019 las Partes y el Tribunal Arbitral firmaron la OP No. 1.

23.

El 20 de junio de 2019 el Tribunal Arbitral envió a las Partes un borrador de OP No. 2 con el calendario procesal¹⁰. El 7 de julio de 2019, tras recibir los comentarios de las Partes, el Tribunal emitió la OP No. 2.

24.

El 10 de octubre de 2019 las Partes acordaron modificar el calendario procesal, que quedó reflejado en el Anexo I a la OP No. 211.

25.

El 7 de noviembre de 2019, a raíz de la discusión entre las Partes sobre exhibición documental, el Tribunal Arbitral remitió a las Partes un borrador de OP No. 3 regulando la exhibición documental. El 25 de noviembre de 2019, tras oír a las Partes, el Tribunal Arbitral emitió la OP No. 3 junto con un nuevo calendario procesal¹².

26.

Como consecuencia de la pandemia COVID-19, las Partes acordaron varias modificaciones del calendario procesal el 11 de mayo, el 6 de julio de 2020 y el 10 de diciembre de 2020, lo que inevitablemente postergó la celebración de la audiencia de prueba [la "Audiencia"] a la semana del 6 de diciembre de 2021¹³.

5. Resumen de escritos y prueba presentados

27.

El 25 de noviembre de 2019 las Demandantes presentaron su Memorial de Demanda ["C I"].

28.

El 26 de julio de 2020 la Demandada presentó su Memorial de Contestación a la Demanda, Objeciones a la Jurisdicción y Reconvención ["R I"].

Exhibición documental

29.

El 28 de diciembre de 2020 las Partes presentaron sus respectivas solicitudes de exhibición de documentos¹⁵. El 15 de enero de 2021 el Tribunal Arbitral resolvió las solicitudes de exhibición documental¹⁶.

30.

El 24 de febrero de 2021 las Demandantes presentaron su Memorial de Contestación a la Reconvención y a las Objeciones Jurisdiccionales ["C II"]¹⁷.

31.

El 15 de marzo de 2021 la Demandada formuló una petición adicional de exhibición de documentos relativa al Memorial de Contestación a la Reconvención y a las Objeciones Jurisdiccionales, presentado por las Demandantes. El 24 de marzo de 2021 el Tribunal resolvió esta petición¹⁸.

32.

El 24 de junio de 2021¹⁹ las Partes presentaron simultáneamente sus Memoriales de Réplica ["C III" y "R II"].

33.

El 24 de septiembre de 2021²⁰ las Partes presentaron simultáneamente sus Memoriales de Dúplica ["C IV" y "R III"].

34.

Las Partes han presentado la siguiente prueba documental y pericial junto con sus escritos principales:

Las Demandantes

Anexos documentales C-1 – C-567

Fuentes legales CLA-1 – CLA-291

Informes periciales y legales Anexos

Cuatro informes sobre retrasos FTI Delay Report del Sr. Mehmet Karakoc ["Karakoc I, II, III y IV"]

MK-001 – MK-301; Karakoc I, Apéndices 1 a 3; Karakoc II, Apéndices 1 a 2;

Karakoc III, Apéndices 1 a 2; y Karakoc IV, Apéndice 1.

Cuatro informes sobre daños FTI Quantum Report del Sr. Thierry Linares ["Linares I, II, III y IV"]

FTI-TL-001 – FTI-TL-129

Dos informes técnicos Omexom Technical Report del Sr. Alain Aramburu ["Aramburu I y II"]

OREN-AA-001 – OREN- AA-118

Un informe contable EY Report del Sr. Denis Korolev ["Korolev"] Apéndices 1 a 4

Dos dictámenes jurídicos del Dr. Hernán Pérez Loose ["Pérez Loose I y II"] HPL-A1 – HPL-A120;

HPL-B1 – HPL-B64; HPL-A1 – HPL-A120; HPL-C1 – HPL-C26; HPL-D1 – HPL-D9; HPL-A1 – HPL-

A120; HPL-E1 – HPL-E22;

Un dictamen jurídico de la Prof. Ingeborg Schwenzer ["Schwenzer"]

SLO-1 – SLO-35

La Demandada

Anexos documentales R-1 – R-758

Fuentes legales RL-1 – RL-74

Declaraciones testificales, informes periciales y legales Anexos

Una declaración testifical del Ing. Jorge Enrique Vega Soto ["Vega"] N.A.

Tres informes técnicos, sobre daños y retrasos del Ing. Ernst Hechenberger, Lic. Juan Figueroa, Ing. - CAA-I1-Ge-XXX - CAA-I1-GP-XXX - CAA-I1-IR- XXX

Francisco Vera e Ing. Samuel Borreguero, de la firma Four C ["Four-C I, II y III"] - CAA-I1-CE-XXX - 4C-I2-CE-XXX - 4C-I2-CP-XXX - 4C-I2-Ge-XXX - 4C-I3-CP-XXX - 4C-I3-Ge-XXX - 4C-I3-IR-XXX

Dos informes técnicos del Ing. William Torres y el Ing. Carlos Soarnes, de la firma Altran ["Altran I y II"] Anexos I a III

Dos dictámenes jurídicos del Dr. Álvaro Vidal Olivares ["Vidal Olivares I y II"] D1 - D84

6. Audiencia

35.

De conformidad con el calendario procesal y la OP No. 2, la Audiencia debía celebrarse entre el 6 y el 10 de diciembre de 2021 en Santiago de Chile. Sin embargo, debido a las restricciones impuestas en Chile como consecuencia de la pandemia COVID-19, el Tribunal acordó su celebración en las fechas previstas, pero de forma virtual²¹. El 8 de noviembre de 2020 las Partes y el Tribunal celebraron una conferencia por Zoom para ultimar los preparativos de la Audiencia virtual; y el 25 de noviembre de 2022 el Tribunal emitió su OP No. 4 fijando los detalles organizativos de la Audiencia virtual.

36.

La Audiencia se desarrolló a través de la plataforma Zoom, si bien, de conformidad con el para. 8 de la OP No. 4, se consideró celebrada en Santiago de Chile.

37.

Durante la Audiencia comparecieron las siguientes personas:

Tribunal Arbitral

Juan Fernández-Armesto Presidente

Guido Tawil Co-árbitro

Alexis Mourre Co-árbitro

Felipe Aragón Secretario Administrativo

CAM Santiago

Jazmina Santibañez Abogada Principal CAM Santiago

Vicente Karmelic Abogado CAM Santiago

Demand antes

Noah Rubins QC Abogado externo

Alexey Yadykin Abogado externo

Maxim Pyrkov Abogado externo

Yuri Mantilla Abogado externo

Sergey Slichenko Abogado externo

Dinara Mustafina Abogado externo

Clara Bianchi Ferran Abogado externo

Mikhail Galperin Inter Rao Ues

Evgeny Sarymsakov Inter Rao Ues

Mikhail Anosov Inter Rao Ues

Oleg Tarasov Inter Rao Ues

Anatoly Bukhanov Inter Rao Ues
Igor Morgun Inter Rao Ues
Angela Chaves- Valdiveso Inter Rao Ues
Marina Bondareva Inter Rao Ues
Dmitry Savitsky Inter Rao Ues
Ingeborg Schwenzer Experto Legal
Hernán Pérez Loose Experto Legal
Mehmet Karakoc Experto Retrasos
Alain Aramburu Experto Técnico
Thierry Linares Experto Daños
Xavier Rayo Asistente Experto Daños
Claire Xu Asistente Experto Daños
Demandada
Íñigo Salvador Crespo Procurador General del Estado
Claudia Salgado Directora Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje
Nazaret Ramos Subdirectora de Asuntos Internacionales y Arbitraje
Amparo Miranda Abogada de Asuntos Internacionales y Arbitraje
Diana Moya Abogada de Asuntos Internacionales y Arbitraje
Alejandro A. Escobar Abogado externo
Ernesto J. Félix De Jesús Abogado externo
Thaysa Panza de Paula Abogado externo
Maria Eugenia Bagnulo Abogado externo
Boris Espinoza Paralegal
Jorge Enrique Vega Soto Gerente de Unidad de Negocio – CELEC EP Hidrotoapi
Álvaro R. Vidal Olivares Experto Legal
Ernst Hechenberger Experto de retrasos, daños y técnico
Samuel Borreguero Experto de retrasos y técnico
Francisco Vera Experto de daños y técnico
Juan Carlos Figueroa Experto de análisis de cuantía y técnica
Roberto Cabañas Analista Técnico
Omar Ríos Analista Técnico
Emilse Fajardo Analista Técnico
Transcriptores e Intérpretes
Sara Nájera Transcriptoras español
Elaine Parra Transcriptoras inglés
Maggie M. Transcriptoras inglés
Jorge Rivera Intérprete

7. Escritos de conclusiones y costas

38.

Tras la Audiencia el Tribunal Arbitral emitió su OP No. 5, estableciendo las fechas para la presentación de los escritos de conclusiones y los escritos de costas, fijando ciertas cuestiones que las Partes debían tratar en sus escritos de conclusiones y confirmando la incorporación de los siguientes documentos en el expediente:

Referencia Documento

- H1 Presentación Inicial IRAO
- H2 Presentación Inicial CELEC
- H3 Cronología interactiva de CELEC
- H4 Presentación Prof. Ingeborg Schwenzer
- H5 Presentación Prof. Álvaro Vidal Olivares
- H6 Presentación Dr. Hernán Pérez Loose
- H7 Presentación Sr. Mehmet Karakoc
- H8 Presentación Four C – Cuestiones relacionadas con el Programa
- H9 Presentación Sr. Alain Aramburu
- H10 Presentación Four C – Análisis técnico-contractual
- H11-1 Presentación Sr. Thierry Linares – Reconvenciones
- H11-2 Presentación Sr. Thierry Linares – Demandas
- H12 Presentación Four C – Cuantía
- C-565 Artículo de E. Hechenberger, "Dispute Resolution in Infrastructure Projects and Works in Mexico: Challenges and Perspectives" (ICC Mexico, agosto 2010)
- C-566 Artículo de E. Hechenberger, "Proof of the link between cause and effect in construction disputes" (ICC Mexico, agosto 2015)
- C-567 Artículo de S. Borreguero, "Concurrent delays", 19 noviembre 2019
- RL-74 Kabab-Ji SAL c. Kout Food Group [2021] UKSC 48
- R-757 Jeremie Averous with Thierry Linares, "Advanced Scheduling Handbook for Project Managers" (1st Ed. 2015)

39.

El 20 de abril de 2022 las Partes acordaron ampliar el plazo para la presentación de los escritos de conclusiones y la incorporación en el expediente de un documento adicional²²:

Referencia Documento

R-758 Resolución No. HTP-RES-0011-22 emitida por CELEC el 21 de marzo de 2022

40.

La Audiencia fue transcrita por los Servicios del CAM Santiago y, tras las correcciones formuladas por las Partes²³, el 28 de abril de 2022 el CAM Santiago emitió las versiones finales²⁴.

41.

El 1 de mayo de 2022 las Partes presentaron sus escritos de conclusiones ["CPHB" y "RPHB"].

42.

El 31 de mayo 2022 las Partes presentaron sus escritos de costas ["C SofC" y "R SofC"]. Al día siguiente las Demandantes presentaron una objeción al escrito de costas presentado por la Demandada, al entender que no cabía presentar argumentación justificando los reclamos de costas – tal como lo había hecho CELEC. El 6 de junio de 2022 el Tribunal otorgó un plazo a las Demandantes para presentar un complemento a su escrito de costas. Así lo hicieron las Demandantes el 1 de julio de 2022 ["C SofC bis"].

8. Anticipo de gastos

43.

El 18 de mayo de 2019, de conformidad con el Art. 39 del Reglamento CAM Santiago, la Secretaría de CAM Santiago solicitó a las Partes un anticipo de fondos para cubrir los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral y la tasa u otros cargos del CAM Santiago, por un total de USD

800.000, que fueron satisfechos en su totalidad y a partes iguales (USD 400.000 cada Parte) y depositados en la Cámara de Comercio de Chile. El 14 de enero de 2022 el CAM Santiago solicitó a las Partes una provisión adicional de USD 7.071, pagados a partes iguales, para cubrir los costes de la transcripción de la Audiencia. El 24 de mayo de 2023 el CAM Santiago requirió a las Partes una provisión adicional de USD 27.473, que deben ser pagados por mitades entre las Partes, para satisfacer la tasa administrativa del CAM Santiago.

9. Plazo para dictar el Laudo Final

44.

En los correos electrónicos intercambiados por las Partes el 22 y 25 de febrero de 2019 (con copia al CAM Santiago), las Partes y la Procuraduría General del Estado acordaron eliminar el plazo de 150 días para la emisión del laudo establecido en la Cláusula 29.4.6 del Contrato. Las Partes y la Procuraduría General del Estado acordaron que el CAM Santiago y el Tribunal procedieran sobre la base de la inexistencia de una restricción temporal procesal estipulada contractualmente en el procedimiento de autos.

10. Cierre de instrucción

45.

El 3 de mayo de 2023 el Tribunal Arbitral declaró el cierre del procedimiento de conformidad con el Art. 30 del Reglamento CAM Santiago.

11. Notificación del Laudo Final

46.

El 3 de mayo de 2023 el Tribunal Arbitral consultó a las Partes para confirmar la forma en la que deseaban que se practicara la notificación del Laudo Final²⁵.

47.

Las Partes accedieron a que el CAM Santiago realizara la notificación de forma electrónica, a las direcciones de correo señaladas en la Sección I. supra²⁶. Ello sin perjuicio de poder solicitar las copias físicas del Laudo Final a CAM Santiago²⁷.

III. RESUMEN DE LA DISPUTA

48.

Este arbitraje surge del Contrato de 25 de octubre de 2010 entre Inter Rao y CELEC, para el suministro, instalación y puesta en servicio de las unidades turbogeneradoras y otros equipos electro e hidromecánicos ["Proyecto"], dentro del proyecto de construcción de la planta de generación hidroeléctrica Toachi-Pilatón, ubicado en la intersección de las provincias de Pichincha, Santo Domingo y Cotopaxi, a 80 km al suroeste de Quito, Ecuador [el "Proyecto Toachi-Pilatón"]²⁸.

49.

La Contratista es Inter Rao UES, una empresa pública rusa, especializada en la industria de generación eléctrica, junto con su filial ecuatoriana Sociedad Anónima Abierta Inter Rao UES. La Contratante es CELEC, una empresa pública del Ecuador, encargada de la generación y distribución de energía eléctrica²⁹.

50.

El 22 de marzo de 2017 CELEC emitió una resolución declarando la terminación unilateral y anticipada del Contrato ["Resolución de Terminación"]³⁰, alegando que Inter Rao había incumplido, entre otras obligaciones, la de finalizar el suministro e instalación de los equipos en el plazo contractualmente establecido.

51.

En este arbitraje Inter Rao alega que los retrasos en el Proyecto son imputables a CELEC y que la Contratista no incumplió sus obligaciones contractuales; por tanto, CELEC no tenía derecho a declarar la terminación unilateral y anticipada del Contrato y, al hacerlo, la Contratante incurrió en un incumplimiento contractual indemnizable. Además, con independencia de la ilegalidad de la terminación, Inter Rao sostiene que la liquidación de los valores adeudados tras la terminación del Contrato ["Valor de Terminación"], que CELEC efectuó unilateralmente, no es correcta; por lo que Inter Rao también reclama ciertos conceptos que a su entender CELEC le adeuda. Inter Rao reclama un total de USD 85 millones³¹.

52.

CELEC mantiene que la terminación del Contrato estuvo debidamente fundamentada en los incumplimientos de Inter Rao. La Demandada acepta que adeuda ciertos conceptos del Valor de Terminación que reclama Inter Rao; sin embargo, esa cantidad debe compensarse con la indemnización por daños y perjuicios que Inter Rao debe a CELEC como consecuencia de los incumplimientos de las Demandantes. Tras la compensación de estos valores, CELEC reclama a Inter Rao una cantidad aproximada de USD 130 millones³².

IV. HECHOS

1. El Proyecto Toachi-Pilatón

53.

El Contrato entre CELEC e Inter Rao se enmarca en el proyecto para la construcción de una planta hidroeléctrica con una capacidad de 254 MW, que aprovecha el flujo de los ríos Toachi y Pilatón. El Proyecto Toachi-Pilatón incluye tres estructuras principales [las "Centrales"]³³:

- La Central Sarapullo, que incluye su Casa de Máquinas y subestaciones, con una capacidad de 48.9 MW;

- La Central Alluriquín, que incluye su Casa de Máquinas y subestaciones, con una capacidad de 204 MW;

- La Presa Toachi, que además contiene una mini-central con una capacidad de 1.4 MW.

54.

El flujo hidráulico del Proyecto Toachi-Pilatón se inicia con la captación del agua del río Pilatón y la desviación de su caudal a través del túnel subterráneo Pilatón-Sarapullo mediante un sistema de presión que desemboca en la Casa de Máquinas Sarapullo, que cuenta con tres turbinas generadoras. De forma simultánea, el resto del caudal del río Pilatón se junta con el río Toachi y, junto con la descarga de agua de la Casa de Máquinas Sarapullo, desemboca en la Presa Toachi. En esta presa está ubicada la mini-central Toachi, que cuenta con una turbina generadora. En este punto, el flujo combinado desciende a presión a través del túnel subterráneo Toachi-Alluriquín hasta la Casa de Máquinas Alluriquín, que cuenta con tres turbinas generadoras. La Casa de Máquinas Alluriquín también cuenta con la subestación para recibir la energía eléctrica generada por las tres Centrales y entregarla a la red eléctrica. Al finalizar el recorrido, el caudal de agua se devuelve al cauce natural del río Toachi mediante el túnel de descarga Alluriquín³⁴.

55.

Las Centrales Sarapullo y Alluriquín debían contar cada una con tres unidades de generación eléctrica (turbina, generador, transformador y demás componentes accesorios) [la "Unidad"]. El proceso de generación hidroeléctrica de cada Unidad es el siguiente: el caudal de agua entra horizontalmente a través de la tubería de presión en las válvulas y la cámara espiral, accionando las aspas de la turbina donde la energía cinética se transforma en energía mecánica. El caudal de agua sale verticalmente hacia abajo a través del centro de la turbina³⁵.

La adjudicación del Proyecto

56.

Inicialmente, la totalidad del Proyecto Toachi-Pilatón fue adjudicada a la contratista Odebrecht, que inició los primeros trabajos de construcción en enero de 2008³⁶. Sin embargo, tras una serie de acusaciones de corrupción y alegaciones sobre su pobre desempeño en otros proyectos en el Ecuador, el Gobierno Ecuatoriano decidió poner fin a dicho contrato³⁷.

57.

Tras ello, el Gobierno decidió retomar el Proyecto Toachi-Pilatón, pero esta vez con un nuevo plan de ejecución, estableciendo tres flujos de trabajo distintos pero interrelacionados, con tres contratistas, que estarían coordinados y supervisados por CELEC; más adelante, CELEC también emplearía a un cuarto contratista encargado de la fiscalización del Proyecto. Los cuatro contratos principales para llevar a cabo el Proyecto Toachi-Pilatón son los siguientes:

- El 25 de octubre de 2010 CELEC firmó con Inter Rao el Contrato que subyace a esta disputa, para el suministro e instalación de los generadores, turbinas y demás equipos electro e hidromecánicos³⁸; el Contrato tenía un precio inicial de USD 145 millones³⁹ y un plazo original de entrega de 21 de mayo de 2015⁴⁰.

- El 24 de diciembre de 2010 CELEC firmó con China International Water & Electronic Corp. ["CWE"] el contrato para la ejecución de las obras civiles [el "Contrato de Obras Civiles"]; CWE estaba encargada de la construcción del sistema de captación del caudal de los ríos, la excavación de los túneles a presión y de descarga, la instalación de las tuberías y la construcción de la infraestructura de las Casas de Máquinas y la Presa Toachi; el precio del Contrato de Obras Civiles ascendió originalmente a USD 240 millones y el plazo de entrega original era el 25 de enero de 2015⁴¹.

- El 1 de Marzo de 2011 CELEC firmó con Astec Carrillo & Carrillo Consultores ["C&C"] el contrato para el diseño de ingeniería de las obras civiles [el "Contrato de Diseño"]; C&C debía preparar el diseño de ingeniería sobre la base de los diseños iniciales preparados por CELEC y entregados a los contratistas en la fase precontractual; el precio del Contrato de Diseño era USD 3,4 millones y el plazo de entrega original era el 17 de abril de 2013⁴².

- El 26 de diciembre de 2012 CELEC firmó con el Consorcio Pilatón Toachi ["CPT"] el contrato para la supervisión del Proyecto [el "Contrato de Supervisión"], que hasta ese momento había asumido la propia CELEC; el Contrato de Supervisión tenía un valor de USD 21.6 millones⁴³. El 18 de septiembre de 2018 se resolvió el Contrato de Supervisión a raíz de la disputa entre CELEC y CPT relativa a facturas impagadas desde 2014⁴⁴.

La interacción de los trabajos de los contratistas

58.

La construcción de una infraestructura de esta envergadura a través de tres contratos distintos, en lugar de un solo contrato, no es inusual en la industria. Sin embargo, la separación de los trabajos en contratos distintos requiere de una óptima coordinación de las interfases entre los diferentes contratistas. Normalmente, el propietario delega la tarea de coordinación a un especialista externo⁴⁵.

59.

El Proyecto Toachi-Pilatón requería la ejecución de diversos trabajos secuenciales de los distintos contratistas. Por ejemplo, la ingeniería de detalle de la obra civil a cargo de C&C dependía parcialmente de los diseños y planos de las turbinas que Inter Rao debía proporcionar; a su vez, un cambio sustancial en la ingeniería de detalle de la obra civil – como ocurrió con la Casa de Máquinas Alluriquín – requería rediseñar las turbinas para adaptarlas a las estructuras de obra civil. La fabricación y pruebas en fábrica de los equipos electromecánicos e hidromecánicos requerían la aprobación de los diseños por parte de CELEC (o CPT).

60.

El montaje de los equipos electromecánicos e hidromecánicos era el área de trabajo con mayor interfase entre CWE e Inter Rao, ya que requería una serie de trabajos secuenciales. La instalación de cada una de las seis Unidades que Inter Rao debía suministrar se realizaba de abajo a arriba, intercalando el trabajo de ambos contratistas, empezando por la excavación y la instalación de las piezas subterráneas, como el cono, codo y espiral, seguidas de la turbina y el generador⁴⁶.

61.

De modo sumario, la instalación de cada Unidad requería la siguiente secuencia de trabajos⁴⁷:

- CWE debía realizar la excavación del terreno y los trabajos preparatorios de concreto, y tras esto, entregar el frente de trabajo a Inter Rao;
- Inter Rao instalaría los codos de tubería y devolvería el frente de trabajo a CWE;
- Tras ello, CWE vertería una primera capa de concreto y devolvería el área a Inter Rao;
- Seguidamente, Inter Rao instalaría la tubería de cono y entregaría el frente a CWE;
- CWE vertería hormigón sobre el tramo de la espiral y aplicaría una segunda fase de hormigonado a la tubería de cono, tras lo cual devolvería el frente a Inter Rao;
- Inter Rao instalaría la turbina y entregaría otra vez el área a CWE;
- CWE vertería concreto hasta la altura del generador y devolvería el frente a Inter Rao;
- Finalmente, Inter Rao realizaría las pruebas de cada Unidad y las pondría en servicio, para su entrega a CELEC.

62.

Para la adecuada coordinación, el propietario y los contratistas debían preparar y actualizar regularmente los cronogramas de trabajo de todo el proyecto, donde se detallaba la interfaz y secuencia de labores de cada contratista.

63.

Durante los dos primeros años del Proyecto Toachi-Pilatón – en los que transcurrió la fase de diseño – CELEC se encargó por su cuenta de la coordinación de las interfases entre Inter Rao, C&C y CWE. La falta de coordinación en esta fase causaría retrasos y problemas técnicos en la fase posterior de ejecución del Proyecto⁴⁸. Sería a partir de 2013 cuando la consultora CPT fue contratada como Supervisor del Proyecto y asumió la coordinación.

La financiación del Proyecto

64.

CELEC recurrió a dos fuentes de financiación para ejecutar el Proyecto Toachi-Pilatón:

- El Acuerdo de Financiación: el 12 de abril de 2011 CELEC firmó un acuerdo de financiación con el Eximbank de Rusia ["Roseximbank"], que consistía en una línea de crédito de USD 123.249.005,50, para financiar el 85% del precio del Contrato con Inter Rao⁴⁹; la tasa de interés sobre las cantidades prestadas era del 7.9% anual⁵⁰; y la amortización del préstamo comenzaría 48 meses después de la primera disposición de la línea de crédito, mediante pagos semestrales⁵¹.

La dilatación en la finalización del Proyecto obligaría a CELEC a renegociar el Acuerdo de Financiación, para extender la disponibilidad de la línea de crédito por un plazo superior al originalmente previsto⁵².

- El Fideicomiso BIESS: el 23 de mayo de 2015 CELEC firmó otro acuerdo de financiación con el Banco del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social ["BIESS"], a través del cual CELEC y el BIESS establecieron un Fideicomiso, al cual⁵³ el BIESS aportó USD 250 millones⁵⁴ y CELEC aportaba al Fideicomiso: (i) los activos del Proyecto; (ii) el pago de los retornos semestrales mientras el Proyecto se construía; (iii) los ingresos futuros que el proyecto recibiría por la venta de energía eléctrica⁵⁵.

El subcontratista Tyazhmash

65.

Antes de la contratación de Inter Rao, CELEC y las Demandantes acordaron que Inter Rao podía superar los límites de subcontratación establecidos en la legislación de contratación pública ecuatoriana⁵⁶.

66.

Esto era necesario ya que Inter Rao encargaría la fabricación de los equipos electromecánicos e hidromecánicos principales (las turbinas y generadores) a su subcontratista Tyazhmash ["TM" o "Tyazhmash"], una empresa rusa especializada en la fabricación de generadores y turbinas.

67.

Inter Rao adquiriría estos equipos a Tyazhmash, a través de un contrato independiente, y después los suministraba a CELEC, de conformidad con el Contrato que subyace a esta disputa.

2. El Contrato entre celec E inter Rao

68.

Inter Rao se comprometió al suministro e instalación de los equipos hidro y electromecánicos para el Proyecto Toachi-Pilatón, en condiciones "llave en mano"⁵⁷. Esto incluía el diseño, fabricación, suministro e instalación

- de las tres turbinas generadoras de la Casa de Máquinas Sarapullo,

- de las tres turbinas generadoras de la Casa de Máquinas Alluriquín,

- de la turbina generadora para la mini-central ubicada en la Presa Toachi,

- así como los trabajos complementarios para la entrega en perfecto funcionamiento de los equipos⁵⁸.

69.

Por su parte, CELEC asumió la gerencia del Proyecto Toachi-Pilatón y la coordinación de la ingeniería entre la parte civil y la electromecánica del Proyecto Toachi-Pilatón⁵⁹; y proveer la infraestructura, licencias, permisos necesarios para la ejecución de los trabajos por parte de Inter Rao⁶⁰.

Plazo de ejecución

70.

Las Partes acordaron un plazo de ejecución inicial de 44 meses⁶¹, que podía ser prorrogado por la Contratante a solicitud de Inter Rao por causales expresamente tasadas, como fuerza mayor o suspensión de los trabajos ordenada por CELEC y no imputable a la Contratista. El 25 de octubre de 2015 las Partes firmaron la Adenda No. 5 al Contrato en la que fijaron un nuevo "plazo estimado" de entrega el 12 de junio de 2016⁶² y añadieron como causal para justificar prórrogas adicionales la constatación de retrasos en las obras civiles de CWE⁶³.

Precio y forma de pago

71.

CELEC se comprometió al pago de USD 145 millones; la Demandada pagaría el 20% inicial como anticipo⁶⁴, y el monto restante se pagaría gradualmente, tras el cumplimiento de siete Hitos relativos a la ejecución del Contrato, desde la aprobación de los diseños de las turbinas y los generadores⁶⁵, hasta la ejecución del montaje y puesta en servicio de los equipos⁶⁶.

Anticipo e Hitos	Cantidad (USD)	% sobre el precio total
Anticipo	28.999.766	20%
Hito 1: Diseño de la turbina y generador	7.249.941,5	5%
Hito 2: Pruebas del modelo	7.249.941,5	5%
Hito 3: Compra de materiales para equipos principales	7.249.941,5	5%
Hito 4: Actas de recepción de materiales en fábrica	7.249.941,5	5%
Hito 5: Fabricación de turbina y generador	28.999.766	20%
Hito 6: Finalización de fabricación de turbina y generador	28.999.766	20%
Hito 7: Montaje y puesta en marcha	28.999.766	20%
Total	144.998.830	100%

Garantías

72.

Para garantizar sus obligaciones contractuales Inter Rao proporcionó las siguientes garantías ["Garantías"]:

- "Garantía de Fiel Cumplimiento" de USD 7.249.941,50, equivalente al 5% del precio del Contrato⁶⁷;

- "Garantía de Anticipo" de USD 28.999.766, equivalente al 100% del anticipo recibido⁶⁸.

73.

Las Garantías debían ser renovadas periódicamente; y en dichas renovaciones, la Garantía de Anticipo se reducía proporcionalmente a la ejecución del Contrato, debiendo mantenerse el 5% hasta la aceptación provisional⁶⁹.

Órdenes de Cambio

74.

CELEC tenía el derecho a implementar ajustes, ampliaciones o reducciones de las labores de Inter Rao a través de órdenes de cambio ["OCs"] que fijasen los costes y plazo adicionales para su ejecución⁷⁰.

3. La ejecución del Proyecto

75.

A continuación, el Tribunal resumirá los principales eventos que tuvieron lugar durante la ejecución del Proyecto.

3.1 Los retrasos iniciales (octubre 2010 a julio 2014)

76.

Desde el inicio del Proyecto se sucedieron numerosos eventos en varios frentes que retrasaron sustancialmente los plazos originalmente previstos:

Retraso en la financiación de la obra electromecánica e hidromecánica

77.

La fecha de inicio para los trabajos de Inter Rao dependía de una serie de condiciones, entre ellas que CELEC obtuviese la financiación necesaria para el Proyecto, que proporcionaría Roseximbank⁷¹. Las Partes habían acordado que CELEC debía obtener la financiación a más tardar el 23 de abril de 2011⁷².

78.

El 12 de abril de 2011 CELEC y Roseximbank firmaron el Acuerdo de Financiación, estableciendo una línea de crédito de USD 123 millones⁷³ en favor de CELEC, sujeta al cumplimiento de ciertas condiciones por parte de CELEC⁷⁴.

79.

Sin embargo, CELEC no logró satisfacer las condiciones para la disponibilidad crediticia antes del 23 de abril de 2011, y las Partes prorrogaron en dos ocasiones este plazo (en las Adendas No. 175 y No. 276). El 19 de agosto de 2011 Roseximbank finalmente aprobó las condiciones precedentes para la disponibilidad de la línea de crédito⁷⁷; y un mes después, el 20 de septiembre de 2011, CELEC transfirió el anticipo a Inter Rao⁷⁸.

80.

Cumplidas las condiciones para el inicio de los trabajos (con cinco meses de retraso), el 21 de septiembre de 2011 [la "Fecha Programada de Inicio"] comenzó a correr el plazo de 44 meses

para la ejecución del Proyecto de las Obras Electromecánicas e Hidromecánicas, cuyo límite era el 21 de mayo de 2015⁷⁹.

El cambio del sitio de la Casa de Máquinas de Alluriquín

81.

Uno de los eventos que mayor impacto tuvo al inicio del proyecto fueron las fallas geológicas encontradas en el lugar donde se había previsto la construcción de la Casa de Máquinas de Alluriquín, que no habían sido detectadas en los estudios e información básica que CELEC había suministrado a C&C⁸⁰.

82.

En julio de 2012 se detectaron las primeras fallas geológicas, que comprometían la estructura de la Casa de Máquinas Alluriquín. No sería hasta el 19 de agosto de 2013 cuando la Supervisión aprobó la nueva localización de esta estructura⁸¹.

83.

Como consecuencia de lo anterior, el Contrato de Diseño con C&C se tuvo que prorrogar en dos ocasiones y el plazo final para la ingeniería de detalle quedó fijado el 26 de enero de 2015 (¡un día después del plazo original para la finalización de las obras civiles!)⁸².

84.

El 4 de marzo de 2014 CELEC y CWE firmaron un Contrato de Obra Civil complementario – por valor de USD 23 millones – para la construcción de la Casa de Máquinas Alluriquín con su nuevo diseño⁸³. Debido a estos trabajos adicionales, en diciembre de 2014 CELEC extendió el plazo a CWE para la ejecución de las obras civiles hasta el 5 de diciembre de 2015⁸⁴.

85.

Esto provocó un aplazamiento sustancial de todo el Proyecto.

El rediseño de la Presa Toachi

86.

Por otro lado, en agosto de 2012 CELEC requirió el rediseño de las compuertas de mantenimiento del vertedero Pilatón y de las tuberías de presión, lo que a su vez ocasionó el rediseño de ciertos equipos electromecánicos e hidromecánicos⁸⁵.

3.2 El Cronograma Maestro de Mitigación de 21 de julio de 2014

87.

El 21 de julio de 2014, como resultado de los cambios sustanciales en la configuración física del Proyecto y de los retrasos incurridos, CELEC, Inter Rao, CWE y CPT acordaron un cronograma maestro de mitigación [el "Cronograma Maestro de Mitigación"], para reformular la ejecución del Proyecto⁸⁶. En él, la fecha para la finalización de las labores de Inter Rao era el 12 de junio de 2016⁸⁷.

88.

La fecha de 12 de junio de 2016 era provisional y estimativa, porque quedaban al menos dos frentes sin cubrir, tal como se constata en el acta de la reunión que dio lugar al Cronograma Maestro de Mitigación, que señala que⁸⁸:

- "El cronograma no considera eventuales necesidades de cambios a las compuertas radiales de vertedero en presa Toachi";

- "Las tuberías de presión serán sujetas a un cronograma específico y en detalle en función de las metodologías de construcción por aprobarse".

89.

En este arbitraje las Partes sólo discuten los retrasos incurridos en el Proyecto a partir de la firma del Cronograma Maestro de Mitigación, es decir, a partir del 21 de julio de 2014.

90.

A pesar de los esfuerzos, CELEC y los contratistas no consiguieron implementar debidamente el Cronograma Maestro de Mitigación, que quedó desfasado casi de forma inmediata, debido a los continuos retrasos e incumplimientos de las labores de cada uno de los intervinientes en el Proyecto.

3.3 Adenda No. 5 (octubre 2015)

91.

El 25 de octubre de 2015, un año y tres meses después de la firma del Cronograma Maestro de Mitigación, CELEC e Inter Rao firmaron la Adenda No. 5 acordando varias cuestiones⁸⁹:

- En línea con lo acordado en el Cronograma Maestro de Mitigación establecieron que el "nuevo plazo estimado" para la ejecución contractual sería el 12 de junio de 2016⁹⁰;

- Modificaron el régimen de extensión de plazo, añadiendo la posibilidad de prórrogas en caso de retraso de las obras civiles⁹¹;

- Acordaron que cualquier retraso en la ejecución del Contrato hasta la fecha del Cronograma Maestro de Mitigación, es decir, hasta el 21 de julio de 2014, no era imputable a Inter Rao⁹².

92.

Además, las Partes formularon ciertas "DECLARACIONES", de las cuales se destacan tres⁹³:

- CELEC declaró que la prórroga del plazo no era consecuencia de causas imputables a Inter Rao y, por ello, reconocía a la Contratista los costes indirectos de prolongación o mayor permanencia desde el plazo original (21 de mayo de 2015) hasta en nuevo plazo de 12 de junio de 2016, así como aquellos que se devengasen en el futuro como consecuencia de ampliaciones de plazo adicionales por causas no imputables a Inter Rao;

- Las Partes se comprometían a actualizar el Programa de Ejecución⁹⁴ (que es un cronograma de trabajo con el detalle de las labores de Inter Rao, que servía para configurar el Cronograma Maestro), cada seis meses desde la firma de la Adenda No. 5;

- CELEC se comprometía a solicitar a Roseximbank la ampliación del periodo de disponibilidad de la línea de crédito hasta junio de 2017, en previsión de futuras prórrogas; el plazo de disposición de la línea de crédito del Acuerdo de Financiación había vencido el 20 de septiembre de 2015, por lo que era necesaria su ampliación⁹⁵.

3.4 La renegociación infructuosa del Acuerdo de Financiación

93.

A lo largo de 2016 CELEC y Roseximbank negociarían la extensión de la línea de crédito, sin que finalmente se cerrase un acuerdo definitivo. La razón principal por la que no se pudo cerrar el acuerdo fue por que la entidad financiera ponía como condición para extender la línea de crédito que las Partes llegasen a un acuerdo sobre la fecha real de finalización del Proyecto, confirmado por un auditor independiente. Para Roseximbank, la fecha acordada en la Adenda No. 5 en octubre de 2015, que recogía la del Cronograma Maestro de Mitigación acordada en julio de 2014, estaba completamente desfasada⁹⁶.

94.

Durante las negociaciones, CELEC admitió que le era imposible determinar la fecha real de finalización de las obras, debido esencialmente al retraso en la obra civil y los trabajos adicionales requeridos tras la reconfiguración del Proyecto en 2014, que aún no estaban definidos⁹⁷.

95.

Debido a la ausencia de financiación, desde octubre de 2015 CELEC se retrasó sustancialmente en los pagos debidos a Inter Rao⁹⁸, dilatando el pago de las planillas en numerosas ocasiones⁹⁹, llegando a deber hasta USD 12.7 millones¹⁰⁰.

96.

Las negociaciones continuaron a lo largo de 2016 con vistas a remediar la ausencia de financiación, que estaba causando interrupciones en el avance del Proyecto.

97.

El 13 de junio de 2016, al día siguiente del vencimiento del plazo contractual, CELEC propuso a Roseximbank extender la línea de crédito hasta el 30 de noviembre de 2017¹⁰¹. El 28 de diciembre de 2016 Roseximbank informó a CELEC de que había autorizado internamente la extensión de la línea de crédito¹⁰², pero el acuerdo nunca llegó a firmarse, ya que a principios de 2017 CELEC anunció su intención de terminar unilateralmente el Contrato con Inter Rao¹⁰³.

3.5 Negociaciones de las OCs Nos. 2, 3 y 4 (noviembre 2014 a enero 2016)

98.

Según lo previsto en la reunión que dio lugar al Cronograma Maestro de Mitigación, las Partes debían acordar el alcance de los nuevos equipos y trabajos necesarios para la finalización del Proyecto, que serían plasmados en las OCs Nos. 2 y 3¹⁰⁴.

99.

Además, en la Adenda No. 5 las Partes habían acordado que CELEC reconocería los costes indirectos por mayor permanencia como consecuencia de la extensión del plazo¹⁰⁵, para lo cual las Partes iniciaron la negociación de una OC No. 4.

OC No. 2

100.

Tal como refleja la última versión del Acta de Negociación de la OC No. 2, su necesidad devino¹⁰⁶:

"Por circunstancias técnicas, geológicas y por los resultados obtenidos del modelo hidráulico del Proyecto Hidroeléctrico Toachi Pilatón, elaborado por la EPN, durante la etapa de diseño básico del equipamiento de la Presa Toachi y de las tuberías de presión de las CH Sarapullo y Alluriquín; por razones ajenas a Inter Rao, se presentaron ciertas diferencias verificables respecto de los parámetros de licitación [...]". [Subrayado del Tribunal]

101.

Los equipos y trabajos adicionales previstos en la OC No. 2 comprendían, entre otros¹⁰⁷:

- El nuevo diseño y fabricación de las compuertas del vertedero de la Presa Toachi;
- El nuevo diseño y fabricación de las tuberías de presión para las Centrales Sarapullo y Alluriquín;
- El revestimiento metálico del desagüe de la Presa Toachi.

102.

Estos equipos y trabajos adicionales eran necesarios para la ejecución del Proyecto y el correcto funcionamiento de la Central Toachi-Pilatón¹⁰⁸.

OC No. 3

103.

La OC No. 3 comprendía cambios en los equipos mecánicos y eléctricos para las Centrales Sarapullo y Alluriquín, las subestaciones y la mini-central Toachi; así como equipos adicionales para el centro de control La Palma y los sistemas de protección y control digitales¹⁰⁹. Estos equipos y trabajos adicionales devinieron necesarios a raíz de los cambios introducidos en el diseño a instancia de CELEC¹¹⁰.

104.

Las Partes discutieron y negociaron el suministro de equipos y trabajos adicionales de las OC Nos. 2 y 3 desde noviembre de 2014, pero se dilataron hasta julio de 2016 al no poder obtener acuerdos definitivos sobre el alcance, precio, plazo de conclusión y forma en la que CELEC iba a financiar estos trabajos adicionales.

OC No. 4

105.

La OC No. 4 tenía como objeto reconocer a Inter Rao los costes de prolongación incurridos desde la fecha original prevista para la finalización de las obras (12 de mayo de 2015) hasta el nuevo plazo estimado de 12 de junio de 2016¹¹¹.

106.

Entre el 25 de noviembre de 2015 y julio de 2016 las Partes negociaron la OC No. 4, barajando una cifra de USD 10 millones¹¹² para compensar los costes de prolongación, sin que pudiesen llegar a un acuerdo definitivo.

3.6 Estado del Proyecto a principios de 2016

107.

A principios de 2016 el Proyecto adolecía de un retraso crítico sustancial, respecto a la fecha prevista para su finalización en el Cronograma Maestro de Mitigación y en la Adenda No. 5; además las OCs Nos. 2, 3 y 4 seguían sin ser firmadas.

108.

Para desbloquear la situación, el 15 de enero de 2016 altos funcionarios de CELEC e Inter Rao celebraron una reunión en Moscú, para tratar ciertas cuestiones que Inter Rao consideraba que requerían "solución urgente", y que incluían¹¹³:

- La extensión de la línea de crédito que Roseximbank;

- La aprobación de las OCs No. 2, 3 y 4, necesarias para finalizar el Proyecto;
- La actualización del cronograma de trabajo.

109.

Sobre la línea de crédito, CELEC informó a Inter Rao de que ya había solicitado a Roseximbank su extensión; e informaría del progreso de las negociaciones¹¹⁴.

110.

Respecto de las OCs, las Partes concluyeron que:

- OC No. 2: Inter Rao presentaría a CELEC su propuesta sobre los plazos de ejecución de las obras adicionales, para la aprobación de CELEC, lo cual debería hacerse en el término de un mes¹¹⁵;
- OC No. 3: CELEC informó que requería de dos semanas para realizar las consultas internas respecto a la última propuesta técnico-económica de Inter Rao (por valor de USD 22 millones¹¹⁶), y que entre el 18 y 22 de enero de 2016 remitiría a Inter Rao el borrador para su firma; Inter Rao insistía en la urgencia de finalizar la OC No. 3, ya que su ausencia "[...] inmoviliza el desarrollo posterior que es vitalmente necesario para cumplir con el Proyecto en los plazos debidos"¹¹⁷; las Partes estimaban la finalización del acuerdo a finales de febrero de 2016¹¹⁸;
- OC No. 4: Inter Rao debía presentar sus últimos comentarios al borrador enviado por CELEC, tras lo cual, las Partes estiman la finalización de esta OC a finales de enero de 2016¹¹⁹.

111.

Sobre el cronograma de trabajo, el acta de la reunión recoge que¹²⁰:

"A criterio de Inter Rao: las Partes acordaron que el Principal factor stagnante para la Puesta en Servicio de las Unidades CH Sarapullo y CH Alluriquín es la ausencia del Orden de Cambio No. 2, 3 y 4 formalizado y [la] falta del financiamiento respectivo".

112.

A pesar de las intenciones de las Partes de concluir las OCs. Nos. 2, 3 y 4 a principios de 2016, las negociaciones se alargaron más de lo previsto.

3.7 Inter Rao solicita la extensión de plazo

113.

El 10 de junio de 2016 Inter Rao remitió un oficio a CELEC señalando que, como ¹²¹ consecuencia¹²¹

- del retraso en la ejecución de las obras civiles y la falta de entrega de frentes de trabajo por parte de CELEC/CWE,
- de la imposibilidad de iniciar la procura y fabricación de equipos adicionales, por la falta de firma de las OCs, y el pago de los correspondientes anticipos, y
- de la falta de información sobre la extensión de la línea de crédito con Roseximbank y los retrasos en los pagos que CELEC debía a Inter Rao,

la Contratista no tenía posibilidad de cumplir con el "plazo estimativo"122 de 12 de junio de 2016 registrado en el Cronograma Maestro de Mitigación y en la Adenda No. 5.

114.

Inter Rao estimaba que, asumiendo el pago de las deudas pendientes de CELEC y la firma de las OCs antes del 30 de junio de 2016 (y la recepción de los correspondientes anticipos antes del 14 de julio 2016), y el cumplimiento del contratista civil con el cronograma de trabajo, las obras electromecánicas podrían finalizarse el 4 de noviembre de 2017, por lo que solicitó una prórroga del plazo de ejecución de las obras hasta esa fecha123.

115.

CELEC nunca llegó a aceptar la prórroga solicitada.

3.8 El Acta de Acuerdos

116.

Pero un mes después, el 5 de julio de 2016 CELEC e Inter Rao finalmente sí alcanzaron un acuerdo: firmaron el Acta de Acuerdos, que recoge los pactos alcanzados respecto a las OCs Nos. 2, 3 y 4124. En este Acta de Acuerdos, "las partes dejan en claro que quedan superados todos los pendientes que, al respecto, se tienen hasta el momento", y convienen que125:

- La OC No. 2 tendrá un valor aproximado de USD 10,8 millones y, para la ejecución de los trabajos, "la última fecha de plazo acordado por las partes será el 10 de [d]iciembre de 2016"; las Partes se comprometen a firmar la OC No. 2 el 11 de julio de 2016;

- La OC No. 3 tendrá un valor aproximado USD 13 millones y, para la ejecución de los trabajos, "[e]l plazo total de esta Orden de Cambio será de 270 días, contados desde el anticipo", es decir, como mínimo hasta el 5 de abril de 2017 (asumiendo que el anticipo se pague el 5 de julio de 2015)126; las Partes se comprometieron a firmar la OC No. 3 el 12 de julio de 2016;

- Las Partes se comprometen a seguir negociando la OC No. 4, para lo cual Inter Rao debía proporcionar el detalle de costos desde mayo de 2015 a junio 2016.

117.

A pesar de la firma del Acta de Acuerdos, las Partes no llegaron a firmar las OCs Nos. 2, 3 y 4 en los plazos a los que se habían comprometido; esto no fue un obstáculo para que Inter Rao empezase a avanzar con los trabajos de las OCs Nos. 2 y 3, fijando órdenes a sus fabricantes y proveedores para empezar a suministrar gran parte de los componentes adicionales127.

Inter Rao otorga las garantías

118.

Aún hay más: en octubre de 2016 CELEC pidió a Inter Rao que presentase las garantías de fiel cumplimiento de las OCs Nos. 2 y 3128; y la Contratista cumplió cabalmente con el requerimiento en octubre de 2016 al emitir129:

- las garantías de cumplimiento (USD 543.787,45, correspondiente al 5% del precio) y de anticipo (USD 2.175.149,79, correspondiente al 20% del precio) para la OC No. 2130; y

- las garantías de cumplimiento (USD 654.896,44, correspondiente al 5% del precio) y de anticipo (USD 2.619.585,76, correspondiente al 20% del precio) para la OC No. 3131.

La documentación avanza, pero no se llega a firmar

119.

Tras varios intercambios de los borradores de las Actas de Negociación de las OCs, el 12 y 21 de diciembre de 2016 CELEC envió a Inter Rao las versiones finales para su firma¹³².

120.

El avance en la firma de las Actas de Negociación de las OCs y del Proyecto en su conjunto, sin embargo, tomó un giro inesperado, cuando el 17 de diciembre de 2016 el Presidente de la República anunció públicamente que había ordenado declarar la terminación unilateral y anticipada del Contrato, por los supuestos retrasos en la conclusión de las obras, que atribuía de forma exclusiva a Inter Rao¹³³.

121.

El 29 de diciembre de 2016 Inter Rao firmó las Actas de Negociaciones de las OCs Nos. 2 y 3134, y las remitió a CELEC, que nunca llegó a firmarlas.

122.

En resumen, las OCs Nos. 2, 3 y 4 nunca se llegaron a firmar por ambas partes.

4. La terminación del Contrato

4.1 El anuncio del Presidente de la República

123.

El 17 de diciembre de 2016 el Presidente de la República, en el espacio televisivo "Enlace Ciudadano", anunció públicamente que había ordenado declarar la terminación unilateral y anticipada del Contrato por los supuestos retrasos de Inter Rao¹³⁵:

"Determinamos tres obras donde vamos a terminar unilateralmente los Contratos. La una: Toachi-Pilatón. Está atrasada la hidroeléctrica. Me ofrecieron la primera central, son dos, la de Sarapullo para diciembre (de 2016). Esta es una empresa rusa, Inter Rao; no ha cumplido el contrato; he ordenado terminar unilateralmente el contrato compañeros" [...].

124.

El 20 de diciembre de 2016 el Apoderado General de Inter Rao remitió un oficio al Ministro de Coordinación de Sectores Estratégicos, con copia al Gerente General de CELEC oponiéndose a la terminación¹³⁶. Y al día siguiente, el Presidente de Inter Rao remitió al Presidente de la República una comunicación similar, solicitándole audiencia – junto con representantes de la Embajada Rusa en Ecuador – para presentar la situación del Proyecto y reconducir la situación¹³⁷.

125.

No constan en el expediente las respuestas del Gobierno a estas comunicaciones.

4.2 CELEC declara la terminación anticipada y unilateral del Contrato

126.

El 5 de enero de 2017 CELEC remitió a Inter Rao la Notificación de Incumplimientos¹³⁸ que incluía un Primer Informe de Terminación¹³⁹, detallando los incumplimientos contractuales de Inter Rao que servirían de base para la terminación del Contrato – siendo el más relevante la

falta de conclusión de la obra electromecánica e hidromecánica en el plazo contractual vigente de 12 de junio de 2016¹⁴⁰.

127.

El 19 de enero de 2017 Inter Rao presentó un extenso oficio de 48 páginas (y numerosos anexos), dando respuesta a la Notificación de Incumplimientos y al Primer Informe de Terminación, explicando por qué, en su opinión, no había fundamento para que CELEC rescindiese el Contrato unilateralmente ["Respuesta sobre Terminación"]¹⁴¹.

128.

El 22 de marzo de 2017 CELEC emitió la resolución declarando la terminación unilateral y anticipada del Contrato [ya definida como la "Resolución de Terminación"]¹⁴², junto con un Segundo Informe de Terminación¹⁴³.

129.

En la Resolución de Terminación, CELEC reiteró los seis incumplimientos aducidos en la Notificación de Incumplimientos, declarando que, a su entender, Inter Rao no los había remediado ni justificado.

130.

Por otro lado, CELEC reconoció que el avance físico de las obras electromecánicas e hidromecánicas había alcanzado el 85,2%¹⁴⁴ y calculó el Valor de Terminación, que es la cantidad neta que debe una Parte a la otra a la liquidación del Contrato¹⁴⁵. CELEC estableció que la cantidad resultante era en su favor, por un total de USD 9.781.379,69, de los cuales¹⁴⁶:

- USD 2.408.826,77¹⁴⁷ correspondían a la diferencia en los pagos realizados por CELEC y los trabajos ejecutados por Inter Rao;

- USD 7.268.956,90¹⁴⁸, por concepto de "Multa máxima según contrato", que corresponde al 5% del precio del Contrato, incluyendo la OC No. 1;

- Otros gastos incurridos por CELEC y atribuibles a Inter Rao, por valor de USD 103.596,02¹⁴⁹.

131.

El 11 de abril de 2017 CELEC identificó una pretensión adicional, relacionada con la devolución del anticipo no amortizado; remitió un oficio a Inter Rao señalando que la Contratista¹⁵⁰:

"[...] ha incumplido su obligación de devolver el valor del anticipo no amortizado [...] valor que corresponde a US\$ 7.249.941,50".

132.

El 5 de mayo de 2017 CELEC ejecutó la Garantía de Fiel Cumplimiento por valor de USD 7.268.956,90¹⁵¹; y el 15 de mayo de 2017 Inter Rao pagó esta cantidad¹⁵².

133.

El 16 de mayo de 2017 CELEC ejecutó la Garantía de Anticipo por valor de USD 7.249.941,50, al considerar que Inter Rao había incumplido su "obligación de devolver el anticipo no amortizado"¹⁵³. El 25 de mayo de 2017 Inter Rao satisfizo esta cantidad¹⁵⁴.

5. Estado del Proyecto en marzo de 2017

134.

A la terminación del Contrato, el estado del Proyecto era el siguiente:

135.

Respecto a los elementos principales del Proyecto, y sobre la base de las fotografías realizadas por CELEC de las estructuras principales, se puede concluir que¹⁵⁵:

- La obra civil de la subestación Alluriquín aún estaba en curso;
- La obra civil de la subestación Sarapullo estaba completa;
- El edificio de control de la Presa Toachi aún no estaba construido;
- La obra civil de la Casa de Máquinas de Alluriquín aún no había terminado, en particular, la localización de la Unidad 3.

136.

También consta que el 10 y 17 de marzo de 2017 CWE entregó a Inter Rao el frente de trabajo para el montaje de las válvulas de las Unidades 1 y 2 de la Central Alluriquín, no así el frente de la Unidad 3¹⁵⁶.

137.

Además, CWE no había finalizado la obra civil ni entregado el frente de trabajo de las tuberías de succión¹⁵⁷ ni del túnel de descarga¹⁵⁸.

138.

A partir de octubre de 2017 el avance de la obra civil disminuyó hasta suspenderse por completo, lo que causó eventualmente la terminación del Contrato de Supervisión¹⁵⁹: El 14 de septiembre de 2018 CPT terminó unilateralmente el Contrato de Supervisión, por lo que CELEC se vio obligada a contratar a otra consultora, Duero Ingeniería¹⁶⁰.

6. La mediación

139.

Entre 4 de abril de 2017 y 12 de octubre de 2018 las Partes se sometieron a dos procedimientos de mediación ante el Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado, sin que finalmente alcanzasen un acuerdo¹⁶¹.

7. La reanudación del Proyecto

140.

El 3 de julio de 2018 CELEC encargó a Duero Ingeniería una auditoría del Proyecto, para revisar, analizar y complementar las especificaciones técnicas, los términos de referencia, el cronograma de ejecución, diseños y presupuesto para la conclusión del Proyecto¹⁶². Medio año después, Duero Ingeniería presentó su informe¹⁶³. La solución propuesta pasaba por contratar a Tyazhmash, el subcontratista que Inter Rao había empleado para el Proyecto de la obra electromecánica e hidromecánica, para que terminara el proyecto.

141.

El 26 de febrero de 2019 el Ministerio de Energía emitió un decreto de emergencia permitiendo la contratación de Tyazhmash¹⁶⁴ y el 20 junio de 2019 CELEC y Tyazhmash suscribieron el Contrato TM, para la finalización de las obras electromecánicas e hidromecánicas, por un valor de USD 124 millones y con un plazo de ejecución de 29 meses¹⁶⁵.

El último informe de la Contraloría

142.

El 31 de diciembre de 2020 la Contraloría emitió un informe sobre el avance del Proyecto166, que cubre el periodo entre 16 de febrero de 2015 y 31 de diciembre de 2019167 y destaca que:
- A 31 de diciembre de 2019 CELEC aún no había finalizado los trámites para la expropiación de los predios afectados por el Proyecto y a los que los contratistas debían tener acceso para la ejecución de las obras168; y

- La Contratista de la obra civil, CWE, había incurrido en incumplimiento; en palabras de la Contraloría169:

"Las obras civiles no se culminaron ni entregaron, debido a que la Contratista [CWE] incumplió las observaciones requeridas por la Fiscalización relacionada con actividades pendientes de ejecución; así como, las actividades contractuales que no dependían del contrato de obras electro e hidromecánicas, retrasando la entrega de las obras civiles de conformidad al objeto del contrato y afectando la puesta en marcha del Proyecto Hidroeléctrico".

143.

El 21 de marzo de 2022 CELEC decidió declarar la terminación unilateral anticipada del Contrato de Obras Civiles con CWE (habiendo concedido cuatro extensiones de plazo por un total de 1.503 días), a pesar de que las obras civiles habían alcanzado un avance del 98,2%170.

144.

A día de hoy, el Proyecto Toachi-Pilatón aún no ha entrado en operación comercial.

V. PRETENSIONES DE LAS PARTES

1. Demandantes

145.

En su Escrito de Dúplica, las Demandantes solicitan al Tribunal que171:

"(a) DECLARE that the Respondent was not entitled to terminate the Equipment Contract, and breached the Equipment Contract by purporting to do so;

(b) DECLARE that the Respondent has breached the Equipment Contract;

(c) AWARD the Claimants compensation for the Equipment supplied and works performed before termination, and damages resulting from the Respondent's breaches of the Equipment Contract, in the amount of US\$43,041,158.65 and AWARD the Claimants applicable interest on this amount at the maximum interest rate established by the Central Bank of Ecuador for civil contracts ("Tasa Máxima Convencional");970

[970: The interest on this amount accrued as [of 1 May 2022] totals US\$17,097,151.02172]

(d) DECLARE that the Respondent was not entitled to draw down the Guarantees;

(e) ORDER the Respondent to reimburse to the Claimants the sums it obtained by drawing down the Guarantees in the amount of US\$14,518,898.40 plus interest at the interest rates on short-term loans to non-financial organizations in US dollars, publishable by Russian Central Bank;971

[971: The interest on this amount accrued as [of 1 May 2022] totals US\$2,591,993.53173]

(f) AWARD the Claimants compensation for damages caused by contract termination in the amount of US\$8,039,019.28 plus applicable interest on US\$800,050.64 of this amount at the interest rates on short-term loans to non-financial organizations in US dollars, publishable by Russian Central Bank;972

[972: The interest on this amount accrued as [of 1 May 2022] totals US\$114,402.80174]

(g) AWARD the Claimants applicable interest on all sums that the Respondent is ordered to pay, at the interest rates on short-term loans to non-financial organizations in US dollars, publishable by Russian Central Bank or at a rate to be fixed by the Arbitral Tribunal;

(h) DISMISS the Respondent's counterclaims;

(i) ORDER the Respondent to reimburse the Claimants for the costs of the arbitration, including the fees and expenses of the Arbitral Tribunal, the CAM Santiago costs, and the reasonable costs and expenses related to the Claimants' legal representation; and

(j) AWARD to the Claimants any other relief that the Arbitral Tribunal considers appropriate".

2. Demandada

146.

En sus Memoriales, la Demandada solicita al Tribunal que:

"[1.] Declare que la cuestión de la licitud de la terminación anticipada y unilateral del Contrato cae fuera del alcance de la cláusula arbitral, careciendo en consecuencia el Tribunal de jurisdicción para pronunciarse sobre dicha cuestión [175];

[2.] Declare que el derecho aplicable al Contrato es la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento y supletoriamente el Código Civil del Ecuador, y no la CCIM [176];

[3.] Declare que se rechazan en todas sus partes las pretensiones de las Demandantes [177];

[4.] Declare que las Demandantes incumplieron el Contrato, y que en consecuencia condene solidariamente a las Demandantes a indemnizar los perjuicios ocasionados a CELEC EP, por los siguientes montos o aquellos que el Tribunal determine178:

- USD 38.014.957,02 por la no entrada en operación a tiempo de la Central Toachi-Pilatón;
- USD 94.761,18 por la mayor permanencia del contratista de diseños;
- USD 1.190.264,85 por la mayor permanencia del contratista fiscalizador y por la contratación de Duero Ingeniería;

- USD 17.302.660,91 por los costos del personal de CELEC EP y otros recursos por la mayor duración del Proyecto;
- USD 69.687.308,52 por la compleción de las obras hidromecánicas y electromecánicas del Proyecto; y
- USD 27.202.397,33 por los costos de financiamiento por la no compleción a tiempo del Proyecto;

[5.] Que se condene a las Demandantes a pagar intereses por los montos reclamados a la Tasa Máxima Convencional fijada por el Banco Central del Ecuador y hasta la fecha de pago¹⁷⁹;

[6.] Que se condene a las Demandantes a reembolsar a CELEC EP las costas legales, personales y procesales del presente arbitraje"¹⁸⁰.

VI. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO

147.

Las Partes están de acuerdo en que el Contrato está sometido a un régimen especial previsto en la normativa de contratación pública ecuatoriana. Sin embargo, mantienen posiciones enfrentadas sobre la naturaleza jurídica del régimen especial y, en particular, sobre cuál es el Derecho aplicable para resolver la controversia.

1. Posición de las Demandantes

1.1 El Contrato se rige por la CCIM

148.

Las Demandantes señalan que el Contrato se firmó de conformidad con el régimen especial del Art. 2.8 de la Ley Orgánica del Servicio Nacional de Contratación Pública ["LOSNCP"]¹⁸¹ y el Art. 100 del Reglamento de la LOSNCP ["Reglamento de la LOSNCP"], que establece que los contratos con empresas públicas extranjeras se regirán por "[...] los tratados, convenios, protocolos y demás instrumentos internacionales [...]".

149.

Las Demandantes sostienen que, conforme al régimen especial, es aplicable el Art. 104 del Reglamento de la LOSNCP, según el cual las contrataciones del régimen especial "[...] no estarán sujetas a las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en este Reglamento General [...]"¹⁸².

150.

Inter Rao señala que el tratado internacional aplicable en este caso es la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías ["CCIM"], ya que el Contrato es esencialmente uno de compraventa internacional de mercaderías¹⁸³.

151.

Las Demandantes además argumentan que la referencia en la Cláusula 29.1 a que "la legislación aplicable a este Contrato es la Ecuatoriana", debe entenderse hecha a todo el ordenamiento

jurídico ecuatoriano, incluidos "los tratados y convenios internacionales", como la CCIM, que prevalecen sobre la legislación nacional ecuatoriana¹⁸⁴.

152.

Para las Demandantes se cumplen las condiciones del Art. 1 de la CCIM para su aplicación¹⁸⁵:

- Las Partes tienen sus establecimientos en diferentes Estados Contratantes;
- El Contrato es un contrato de compraventa de mercaderías;
- Las Partes han acordado que el Contrato se rija por la legislación de uno de los Estados Contratantes, en este caso, el Derecho ecuatoriano.

153.

Como consecuencia de lo anterior, las cuestiones relativas a la formación del Contrato y los derechos y obligaciones de las Partes, incluida la terminación del Contrato, se rigen por la siguiente jerarquía normativa¹⁸⁶:

- Primero, las disposiciones de la CCIM son de aplicación directa o por analogía;
- Segundo, si existiese una laguna en la CCIM se aplican los principios en los que se fundamenta la CCIM;
- Tercero, en defecto de lo anterior, se aplica el Derecho ecuatoriano (incluida la LOSNCP).

154.

En la Audiencia, la experta de las Demandantes, la Prof. Schwenzer, precisó que la jerarquía normativa sería la siguiente¹⁸⁷:

- Primero, el Contrato; esto incluye cualquier referencia hecha en el Contrato a la LOSNCP y al Código Civil Ecuatoriano ["Código Civil" o "CC"];
- Segundo, en defecto de lo anterior, se aplica la CCIM;
- Tercero, el Código Civil ecuatoriano.

1.2 Consecuencias de la aplicación de la CCIM

155.

Las Demandantes señalan que la aplicación de la CCIM tiene impacto en las siguientes cuestiones¹⁸⁸, de las cuales las dos más relevantes son la formación contractual y entrada en vigor de las OC Nos. 2, 3 y 4; y la terminación unilateral del Contrato.

Formación contractual y entrada en vigor de las OC No. 2, 3 y 4

156.

Las Demandantes sostienen que el hecho de que CELEC no firmase las OC No. 2, 3 y 4 no impide que estas OC hayan entrado en vigor. Inter Rao sostiene que, conforme a los Arts. 14-19 y 29 de la CCIM, las OCs fueron válidamente acordadas y tienen plenos efectos¹⁸⁹, ya que CELEC aceptó las garantías bancarias subyacentes, confirmando así el acuerdo y su vigencia¹⁹⁰.

Terminación unilateral del Contrato

157.

Inter Rao señala que la Cláusula 22.4 del Contrato dispone que la terminación anticipada y unilateral del Contrato sólo puede declararse "[...] en caso de incumplimiento por el CONTRATISTA de sus obligaciones, si tal incumplimiento sirve de base para la rescisión del Contrato"191. El Contrato no desarrolla o regula qué tipo de incumplimiento puede justificar la terminación anticipada y unilateral.

158.

Para llenar este vacío, las Demandantes sostienen que se deben aplicar los Art. 25 y 49 de la CCIM, que sólo autorizan al comprador a resolver el contrato como consecuencia de un "incumplimiento esencial"; y tras otorgar al vendedor un plazo "razonable" para curar el incumplimiento (no los 10 días que otorgó CELEC en la Resolución de Terminación, conforme al Art. 95 de la LOSNCP)192.

159.

Además, el Art. 49(2)(a) CCIM establece que el comprador sólo puede resolver el contrato por entrega tardía de la cosa si lo hace dentro de un periodo razonable. En este caso CELEC renunció a su derecho a resolver el Contrato porque tardó nueve meses desde que se cumpliera el plazo contractual de 12 de junio de 2016193.

1.3 Las objeciones de CELEC a la aplicación de la CCIM son infundadas

A. El Art. 3(2) de la CCIM no excluye al Contrato de su ámbito de aplicación

160.

Las Demandantes argumentan que la CCIM no está excluida por aplicación del Art. 3(2) de la CCIM – que excluye la aplicación de la Convención a los contratos mixtos en los que la mano de obra o provisión de servicios constituya la parte principal. Para Inter Rao el Contrato es principalmente uno de compraventa de mercaderías: las obligaciones principales de Inter Rao eran la entrega de los equipos electromecánicos e hidromecánicos (Cláusulas 5.1. 9.1(a) y 15.1 del Contrato) a cambio del precio (Cláusulas 6 y 7 del Contrato)194.

161.

El valor económico del Contrato y sus conceptos también señalan que la parte principal del Contrato es el suministro de los equipos y materiales, ya que estos representan el 89% del precio acordado; mientras que el 11% restante corresponde a la mano de obra y servicios195.

162.

El hecho de que la Cláusula 5 del Contrato establece su naturaleza "LLAVE EN MANO", no excluye la aplicación de la CCIM. El criterio económico y la intención de las Partes refleja que el Contrato materializa una compraventa de mercaderías196.

163.

En cualquier caso, el Contrato difiere sustancialmente de un contrato llave en mano puro, ya que CELEC no delegó en Inter Rao la ejecución de todo el Proyecto, sino sólo la entrega de los equipos197; CELEC era la encargada de todo el Proyecto, pues coordinaba a varios contratistas198, y fue la que asumió las obligaciones típicas del contratista de un contrato llave en mano puro, como la construcción de carreteras, oficinas, sistemas de comunicación y hospedaje de los trabajadores de los contratistas199.

B. Las Partes no excluyeron la aplicación de la CCIM conforme al Art. 6

164.

Inter Rao rechaza el argumento de CELEC de que las Partes excluyeran la aplicación de la CCIM de conformidad con el Art. 6 de la Convención²⁰⁰.

165.

Para las Demandantes esta exclusión sólo puede darse por un acuerdo inequívoco de las Partes, que en este caso no existió. Las Demandantes reiteran que en el procedimiento precontractual las Partes hicieron referencia a que su relación estaría regulada conforme a los "tratados internacionales", tal como lo señala el Art. 100 del Reglamento de la LOSNCP²⁰¹. La referencia en el Contrato de que la ley aplicable es el Derecho ecuatoriano no debe entenderse como una exclusión de la CCIM, pues este tratado forma parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano, y prevalece sobre la LOSNCP y el Código Civil²⁰².

2. Posición de la Demandada

2.1 El Contrato se rige por la LOSNCP y el Código Civil ecuatoriano

166.

CELEC sostiene que la Cláusula 29.1 del Contrato contiene una norma expresa de sumisión a la legislación ecuatoriana. Al tratarse de un Contrato celebrado por una empresa pública ecuatoriana para la ejecución de obras, es de aplicación la LOSNCP y el Reglamento de la LOSNCP, de conformidad con el Art. 1 de la LOSNCP²⁰³ y el Art. 34 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas ["LOEP"]²⁰⁴. Además, de conformidad con el Reglamento de la LOSNCP, se aplican de manera supletoria las disposiciones del Código Civil ecuatoriano²⁰⁵.

167.

El Contrato hace referencias reiteradas a la LOSNCP²⁰⁶:

- La LOSNCP es un término definido del Contrato²⁰⁷;

- El Contrato fue adjudicado conforme al Régimen Especial del Art. 2.8 de la LOSNCP y el Art. 100 del Reglamento de la LOSNCP²⁰⁸;

- Las Garantías de Fiel Cumplimiento y Anticipo se rigen por los Arts. 73-76 de la LOSNCP²⁰⁹;

- La culminación del Proyecto se rige por los Arts. 124 y 125 del Reglamento de la LOSNCP²¹⁰.

168.

La intención de las Partes de someter el Contrato a la LOSNCP y al Código Civil Ecuatoriano se refleja con nitidez en la Adenda No. 5, en la que las Partes indicaron que los términos "legislación Ecuatoriana" de la Cláusula 29.1 del Contrato son la LOSNCP y al Código Civil ecuatoriano²¹¹.

169.

Los antecedentes del Contrato también reflejan la intención de las Partes de someterse al régimen de la LOSNCP. La carta de intención ["Carta de Intención"] firmada por Inter Rao y Roseximbank, por un lado, e Hidrotoapi EP (posteriormente absorbida por CELEC), por otro, definió la LOSNCP como "Ley de Contratación", y dispone que²¹²:

"[I]a Concesionaria e INTER RAO reconocen que los contratos que se celebren entre ellas se sujetarán a la Ley de Contratación"²¹³.

2.2 El Régimen Especial de la LOSNCP solo se aplica a la etapa precontractual

170.

CELEC no disputa el hecho de que el Contrato se adjudicó conforme al Régimen Especial de los Arts. 2.8 de la LOSNCP y 100 del Reglamento de la LOSNCP214. Pero esto sólo implica que en los supuestos previstos – como la contratación con entidades estatales extranjeras – se simplifique el régimen de adjudicación, permitiendo la contratación directa en lugar del concurso público aplicable en el régimen común de la LOSNCP215.

171.

La Demandada sostiene que el Art. 104 del Reglamento de la LOSNCP – que Inter Rao aduce para sostener la exclusión de la LOSNCP – no es de aplicación en este caso. El Art. 104 del Reglamento de la LOSNCP regula el "giro específico del negocio", que es una figura adicional prevista en el régimen de contratación pública sometida a un procedimiento específico. En este caso, CELEC no optó por el régimen de "giro específico del negocio" por lo que este régimen – incluida la supuesta exclusión de la LOSNC – no es de aplicación216.

2.3 Consecuencias de la aplicación de la CCIM

172.

La Demandada sostiene que si el Tribunal aplicase la CCIM en lugar de la LOSNCP el Tribunal derogaría los siguientes aspectos fundamentales de la relación contractual a los que Inter Rao y CELEC se sometieron217:

- Los Arts. 92 y 94 de la LOSNCP permiten la terminación unilateral del Contrato por incumplimiento del Contratista o si el valor de las multas aplicables supera el 5%; en opinión de las Demandantes, este régimen no aplicaría bajo el concepto de cumplimiento esencial del Art. 25 CCIM;

- El Art. 95 de la LOSNCP regula la terminación del Contrato y el periodo de subsanación; deroga la excepción del Art. 1568 del Código Civil218 mientras el Contratista no amortice la totalidad del anticipo; regula la ejecución de las garantías; y permite acumular indemnización de daños y perjuicios a los montos percibidos tras la ejecución de las garantías.

2.4 La CCIM no es de aplicación al Contrato

A. El Art. 3(2) de la CCIM excluye al Contrato de su ámbito de aplicación

173.

La Demandada señala que el Contrato no puede calificarse como uno de compraventa de mercaderías sujeto a la CCIM. Se trata de un contrato de ejecución de obra, en el que la prestación de servicio es el elemento principal y, por lo tanto, le está vedada la aplicación de la CCIM en virtud de su Art. 3(2)219.

174.

De la lectura de las Cláusulas 1.1, 2.2 y 5 del Contrato, se deduce que es un contrato de ejecución de obras bajo la modalidad EPC. La Cláusula 5 del Contrato establece que su objeto es la "puesta en servicio y entrega en perfecto funcionamiento del Proyecto" y añade que la "ejecución del Proyecto será en condiciones 'LLAVE EN MANO'"220.

175.

CELEC señala que la experta jurídica ofrecida por las Demandantes, la Prof^a. Schwenzer, explica en su tratado sobre la CCIM (Commentary on the UN Convention on the International Sale of Good (CISG), Fourth Edition) que el Art. 3(2) CCIM está expresamente pensado para la exclusión

de contratos "llave en mano"²²¹. La jurisprudencia también confirma que la CCIM no se aplica a los contratos "llave en mano". En el expediente sólo consta un caso de un contrato "llave en mano" en el que se discutió la aplicación de la CCIM, y el Tribunal Comercial del Cantón de Zúrich resolvió que la CCIM no era de aplicación a dicho contrato²²². Ninguno de los cuatro casos citados por la Prof^a. Schwenger, supuestamente aceptando la aplicación de la CCIM a contratos "llave en mano", concierne realmente a contratos de esta naturaleza²²³.

176.

Con respecto al argumento de las Demandantes sobre el criterio del valor económico para determinar la parte principal del Contrato, CELEC sostiene que, al ser un Contrato "de suma alzada", no permite la comparación económica de los elementos de entrega de equipo y prestación de servicios; es precisamente éste uno de los motivos por el que los contratos de este tipo están excluidos de la CCIM en virtud de su Art. 3(2), al no poder determinar cuál es la parte "principal" del contrato²²⁴.

B. Las Partes excluyeron la aplicación de la CCIM conforme a su Art. 6

177.

El Art. 6 de la CCIM permite a las partes "excluir la aplicación de la presente Convención". CELEC sostiene que, incluso si el Tribunal considerase que el Contrato es uno de compraventa de mercaderías potencialmente sujeto a la CCIM, CELEC e Inter Rao acordaron la exclusión de la CCIM por elección expresa del régimen legal de la LOSNCP y del Código Civil ecuatoriano²²⁵. La experta jurídica ofrecida por las Demandantes, la Prof^a. Schwenger, y el experto jurídico ofrecido por CELEC, el Prof. Vidal, concuerdan en que una sumisión expresa a la normativa local se ha de entender como una clara intención de las partes a excluir la aplicación de la CCIM²²⁶.

3. Decisión del Tribunal Arbitral

178.

CELEC sostiene que la ley aplicable al fondo de la controversia es la LOSNCP y, supletoriamente, el Código Civil ecuatoriano; y que el régimen especial de los Art. 2.8 de la LOSNCP y Art. 100 del Reglamento de la LOSNCP se limita a derogar los procedimientos de contratación por licitación desarrollados en la LOSNCP.

179.

Inter Rao alega que el Contrato está sometido al régimen especial (previsto en los Art. 2.8 de la LOSNCP y los Art. 100 y 104 del Reglamento de la LOSNCP), régimen especial que excluye la aplicación de la LOSNCP, y se decanta en favor de los tratados internacionales; en este caso, el tratado internacional aplicable sería la CCIM. Las Demandantes aceptan que ciertas cuestiones están sometidas a la LOSNCP y al Código Civil ecuatoriano; pero en todo lo no expresamente regulado en el Contrato, prevalece la CCIM sobre la LOSNCP y el Código Civil ecuatoriano.

180.

Para resolver esta cuestión el Tribunal:

- Establecerá las normas que debe aplicar para adoptar una decisión sobre el Derecho aplicable al fondo, de conformidad con el Reglamento CAM Santiago y la LACI (3.1.);

- Revisará el acuerdo de las Partes sobre el Derecho aplicable, plasmado en el Contrato (3.2.);

- Analizará los regímenes común y especial de contratación pública en la LOSNCP (3.3.);

- Analizará el régimen especial aplicable al Contrato (3.4.);
- Tratará los contraargumentos de Inter Rao, relativos a la aplicación de la CCIM (3.5.) y del Art. 104 del Reglamento de la LOSNCP (3.6.);
- Recopilará sus conclusiones respecto a la naturaleza jurídica del Contrato y el Derecho aplicable (3.7.).

3.1 El Derecho aplicable

181.

El Art. 29.1 del Reglamento CAM Santiago señala que:

"El tribunal arbitral deberá resolver la controversia según las normas de derecho que hayan sido elegidas por las partes, como aplicables al fondo del litigio".

182.

El Art. 28 de la LACI reza así²²⁷

"1) El tribunal arbitral decidirá el litigio de conformidad con las normas de derecho elegidas por las partes como aplicables al fondo del litigio. Se entenderá que toda indicación del derecho u ordenamiento jurídico de un Estado determinado se refiere, a menos que se exprese lo contrario, al derecho sustantivo de ese Estado y no a sus normas de conflicto de leyes.

[...]

4) En todos los casos, el tribunal arbitral decidirá con arreglo a las estipulaciones del contrato y tendrá en cuenta los usos mercantiles aplicables al caso".

3.2 El Contrato y la Carta de Intención

183.

La resolución administrativa por la que CELEC adjudicó el Contrato a Inter Rao – y que, conforme a la Cláusula 3.4 del Contrato, forma parte del mismo – señala que el Contrato está sujeto al "Régimen Especial" del Art. 2 LOSNCP y del Art. 100 del Reglamento de la LOSNCP, y a los términos acordados en la Carta de Intención y su adenda²²⁸.

184.

La Carta de Intención recoge esos mismos términos: la contratación con Inter Rao se sujetará al Régimen Especial de los Arts. 2 de la LOSNCP y el Art. 100 del Reglamento de la LOSNCP²²⁹; y recoge las normas básicas relativas al procedimiento de contratación²³⁰, los requisitos²³¹ y el tipo de contrato²³² que CELEC e Inter Rao deberían celebrar²³³.

185.

El Contrato que las Partes finalmente suscribieron señala en su Cláusula 29.1234:

"Ley Aplicable

La legislación aplicable a este Contrato es la Ecuatoriana [...]".

186.

La Cláusula 29.4.4 del Contrato añade que el Tribunal Arbitral:
"Dictará su laudo en derecho, aplicando el contrato y la legislación de la República del Ecuador".

187.

El Contrato no llega a precisar cuál es la norma específicamente aplicable, de las varias alternativas ofrecidas por el ordenamiento ecuatoriano.

188.

Pero en la Adenda No. 5 al Contrato, firmada el 25 de octubre de 2015, las Partes ofrecieron una interpretación auténtica de la Cláusula 29.1: ambas Partes convinieron que la "legislación ecuatoriana" a la que hace referencia esa cláusula es la LOSNCP y el Código Civil²³⁵.

3.3 Los regímenes de contratación pública en el Ecuador

189.

El Art. 34.2 y 3 de la LOEP crea un régimen común y otro especial para la contratación pública:
"2. REGIMEN COMUN. - Las contrataciones de bienes, obras y servicios, incluidos los de consultoría, que realicen las empresas públicas, se sujetarán a lo dispuesto en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, su Reglamento General y demás disposiciones administrativas aplicables.

[...]

3. REGIMEN ESPECIAL. - En los casos en que las empresas públicas hubieren suscrito contratos o convenios tales como: alianzas estratégicas, asociación, consorcios u otros de naturaleza similar, será el convenio asociativo o contrato el que establezca los procedimientos de contratación y su normativa aplicable. En el caso de empresas constituidas con empresas de la comunidad internacional las contrataciones de bienes, obras y servicios se sujetarán al régimen especial que se contemple en el documento de asociación o acuerdo celebrado para tal efecto. En lo no previsto en el respectivo convenio o contrato, se estará a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública".

190.

Por tanto, la normativa permite a las entidades públicas ecuatorianas celebrar contratos públicos de dos tipos:

- los sometidos al régimen común, que se sujetarán a la LOSNCP;

- los del régimen especial, que se sujetarán a los "contratos o convenios" celebrados a tal efecto, y subsidiariamente

"[e]n lo no previsto en el respectivo convenio o contrato, se estará a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública".

El régimen común: la LOSNCP y su Reglamento

191.

Para el régimen común de contratación pública, la LOSNCP y su Reglamento establecen los procedimientos de contratación²³⁶, las normas básicas que rigen los contratos públicos sujetos

a esta ley²³⁷, incluidas las relativas a la capacidad de las entidades públicas²³⁸, los requisitos y formas de los contratos²³⁹, las garantías del contratista²⁴⁰, la cesión y subcontratación²⁴¹, terminación de los contratos²⁴², régimen de responsabilidad del contratista²⁴³ y la solución de controversias²⁴⁴.

192.

Las disposiciones del Código Civil son de aplicación subsidiaria. El Art. 112 del Reglamento de la LOSNCP dispone que el contrato público sujeto al régimen común:

"[...] se regula por las normas de la Ley [LOSNCP], las disposiciones de este Reglamento General, por la normativa que emita el SERCOP; y, supletoriamente, por las disposiciones del Código Civil en lo que sean aplicables". [Subrayado del Tribunal]

Los regímenes especiales

193.

Aparte del régimen común, el Derecho administrativo ecuatoriano ha creado una categoría de contratos sujetos a régimen especial. Según el Art. 2 LOSNCP en el régimen especial se encuentran, entre otros,

- los contratos de adquisición de fármacos,
- los relativos a la seguridad del Estado,
- los de servicio de asesoría y patrocinio en materia jurídica,
- las adquisiciones de obras artísticas, literarias o científicas o
- los de transporte de correo internacional e interno²⁴⁵.

El artículo añade que este tipo de contrataciones se someterá a la normativa específica que establezca el Reglamento de la LOSNCP.

194.

Dentro del régimen especial se encuentra otra categoría: las contrataciones con empresas públicas internacionales. El Art. 2.8 señala que este tipo de contrataciones se regirán por el Reglamento de la LOSNCP:

"Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones:

[...]

También los contratos que celebren las entidades del sector público o empresas públicas o empresas cuyo capital suscrito pertenezca por lo menos en cincuenta (50%) por ciento a entidades de derecho público, o sus subsidiarias, con empresas en las que los Estados de la Comunidad Internacional participen en por lo menos el cincuenta (50%) por ciento [...]. [Subrayado del Tribunal]

195.

El Capítulo VI del Reglamento de la LOSNCP establece en sus distintas secciones el Régimen Especial para cada tipo de contrato especial²⁴⁶.

El RECEPI

196.

El Art. 100 del Reglamento de la LOSNCP recoge el "Régimen Especial" para las "contrataciones con empresas públicas internacionales" [el "RECEPI"]:

"Las contrataciones que celebren el Estado o las entidades y empresas consideradas en el numeral 8 del artículo 2 de la Ley, con empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional, se realizarán de conformidad con los términos y condiciones constantes en los tratados, convenios, protocolos y demás instrumentos internacionales, de haberlos; así como, en acuerdos, cartas de intención y demás formas asociativas; en el caso de no haberse previsto un régimen de contratación específico, se seguirá el procedimiento previsto en el artículo precedente". [Subrayado del Tribunal]

197.

En definitiva, el RECEPI prevé que las contrataciones con empresas públicas internacionales se rijan por:

- los "tratados, convenios, protocolos y demás instrumentos internacionales"; o

- los "acuerdos, cartas de intención y demás formas asociativas".

En defecto de lo anterior, se aplica el régimen del Art. 99, que es el régimen especial para los contratos celebrados por el Estado con entidades públicas ecuatorianas (o por éstas entre sí)²⁴⁷.

198.

Además, de conformidad con el Art. 34.3 de la LOEP, subsidiariamente, en lo no previsto por el régimen especial, se aplicará el régimen general previsto en la LOSNCP.

3.4 El RECEPI aplicable en este caso

199.

En este caso las Partes acordaron en la Cláusula 29.1 del Contrato la aplicación de la legislación ecuatoriana; y en particular, teniendo en cuenta que Inter Rao es una empresa estatal rusa, cuyo capital está detentado en el 57,34% por Rusia²⁴⁸, las Partes acordaron sujetarse al RECEPI (regulado en el Art. 100 del Reglamento de la LOSNCP).

200.

Conforme a este régimen, la relación jurídica entre CELEC e Inter Rao se rige por:

- Los "acuerdos" y "cartas de intención": es decir, los pactos alcanzados por las Partes en el Contrato y la Carta de Intención;

- Subsidiariamente, en todo lo no regulado por lo anterior, se aplica la LOSNCP, en virtud del Art. 34.3 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas;

- En defecto de lo anterior, el Código Civil, en virtud del Art. 112 del Reglamento de la LOSNCP.

201.

Esta es la regla general. Existe, sin embargo, alguna especialidad. Para regular ciertas materias, el Contrato se remite directamente a la LOSNCP o al Código Civil:

- Las garantías de fiel cumplimiento, anticipo y técnica. La Cláusula 8.3 del Contrato señala que

"De conformidad con lo dispuesto en los artículos 74, 75 y 76 de la LOSNCP. Para seguridad del cumplimiento de sus responsabilidades previstas en el presente Contrato el Contratista está obligado a rendir las siguientes garantías: a) De fiel cumplimiento [...] b) De anticipo [...] [y Garantía técnica".

- La recepción del Proyecto y liquidación final del Contrato, regulados en la Cláusula 18.5, que señala que se realizarán conforme a los Arts. 124 y 125 del Reglamento de la LOSNCP;

- Las reglas de interpretación del Contrato - el Art. 4.1 establece las reglas de interpretación, y en su apartado d) precisa que:

"En su falta o insuficiencia se aplicarán las normas contenidas en el Título XIII del Libro IV de la codificación del Código Civil de la República del Ecuador 'De la Interpretación de los Contratos'".

- Caso Fortuito o Fuerza Mayor es un término definido en la Cláusula 4.2 j, que además precisa que el término "tiene el significado que le otorga a la expresión el Artículo 30 del Código Civil";

- La responsabilidad por vicios ocultos "en los términos de la Codificación del Código Civil Ecuatoriano", de conformidad con la Cláusula 24 del Contrato.

202.

En estos casos, las referidas disposiciones de la LOSNCP y del Código Civil se aplican de forma directa (no supletoriamente), por haber sido incorporadas expresamente por las Partes en el Contrato.

Contraargumento de CELEC

203.

CELEC sostiene que el RECEPI del Art. 100 del Reglamento de la LOSNCP sólo se aplica a la fase precontractual, es decir, sólo dispone la sustitución del régimen precontractual previsto en el Título III de la LOSNCP (Arts. 22 a 59), por la contratación directa que pueda configurar la entidad pública ecuatoriana en los "acuerdos" o "cartas de intención" con la empresa pública extranjera²⁴⁹. Para la Demandada, el resto de las disposiciones de la LOSNCP son de aplicación directa y gozan del mismo nivel jerárquico que el Contrato²⁵⁰.

204.

En opinión de la Demandada, esto se deduce del Art. 2 de la LOSNCP que especifica que el régimen especial sólo se aplica a los "procedimientos precontractuales":

"Se someterán a la normativa específica que para el efecto dicte el Presidente de la República en el Reglamento General a esta Ley, bajo criterios de selectividad, los procedimientos precontractuales de las siguientes contrataciones [...]".

205.

El Tribunal no concuerda con esta interpretación por dos razones:

206.

Primero, el Art. 2 de la LOSNCP ha de interpretarse de forma sistemática²⁵¹ junto con su Reglamento, que establece los distintos tipos de regímenes especiales. Su examen permite apreciar que el Reglamento no solo regula el procedimiento precontractual, sino también otras cuestiones:

- En el régimen especial de obra artística, literaria o científica, el Art. 93-A del Reglamento regula las formas en las que el contratista puede presentar las garantías;

- El régimen especial para la contratación de correo y transporte internacionales se rige en su totalidad por tratados internacionales²⁵²;

- El régimen especial de asesoría y patrocinio jurídico incluye especificaciones sobre los términos y condiciones de los contratos²⁵³;

- El régimen especial de arrendamiento de bienes muebles se remite a las normas sustantivas del Código Civil y de la Ley sobre arrendamiento mercantil²⁵⁴.

207.

El Art. 100 del Reglamento refuerza el argumento, pues no se limita a señalar un procedimiento precontractual específico, o a limitar la aplicación de los tratados internacionales, acuerdos o cartas de intención con la entidad pública extranjera a la regulación del procedimiento precontractual. El Art. 100 está redactado en términos amplios, señalando que:

"Las contrataciones que celebren el Estado o las entidades y empresas consideradas en el numeral 8 del artículo 2 de la Ley, con empresas públicas de los Estados de la Comunidad Internacional, se realizarán de conformidad con los términos y condiciones constantes en los tratados, convenios, protocolos y demás instrumentos internacionales, de haberlos; así como, en acuerdos, cartas de intención y demás formas asociativas; en el caso de no haberse previsto un régimen de contratación específico, se seguirá el procedimiento previsto en el artículo precedente". [Subrayado del Tribunal]

208.

Segundo, la conducta de CELEC durante la negociación del Contrato confirma la interpretación del Tribunal: las Partes acordaron en la adenda a la Carta de Intención ²⁵⁵ que:

"En caso de que INTER RAO requiera subcontratar la ejecución parcial del contrato lo realizará, bajo su riesgo y responsabilidad, respetando el porcentaje nacional establecido en los términos de referencia.

Las subcontrataciones no se las podrá realizar con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con la Ley de Contratación Pública, y podrán superar el treinta (30%) por ciento del monto del contrato reajustado".

209.

Este acuerdo implica una derogación del límite a la subcontratación del Art. 79 de la LOSNCP que establece que:

"Las subcontrataciones no se las podrá realizar con personas inhabilitadas para contratar de acuerdo con esta Ley, ni podrán superar el treinta (30%) por ciento del monto del contrato reajustado".

210.

El Art. 79 de la LOSNCP no es una norma sobre el procedimiento precontractual, sino que regula parte de los términos y condiciones de los contratos públicos. CELEC acordó válidamente modificar esta estipulación en el régimen especial aplicable al Contrato con Inter Rao, lo cual indica que el RECEPI del Art. 100 del Reglamento de la LOSNCP abarca todos los aspectos de la relación contractual.

* * *

211.

En las siguientes secciones el Tribunal analizará los dos contraargumentos de Inter Rao:

- Que la CCIM también forma parte del RECEPI aplicable al Contrato, por ser un tratado internacional aplicable conforme al Art. 100 del Reglamento de la LOSNCP;

- Que en virtud del Art. 104 del Reglamento de la LOSNCP, la LOSNCP está excluida en su totalidad del RECEPI aplicable al Contrato.

3.5 ¿Es de aplicación la CCIM?

212.

En principio, el Art. 100 del Reglamento señala que las contrataciones sujetas al RECEPI se realizarán conforme a

"[...] los tratados, convenios, protocolos y demás instrumentos internacionales, de haberlos [...]". [Subrayado del Tribunal]

213.

En este caso, el único tratado internacional invocado ha sido la CCIM.

214.

Inter Rao sostiene que en este caso se cumplen los requisitos del Art. 1(1) CCIM para su aplicación: se trata de un contrato de compraventa de mercaderías entre partes con sus respectivos establecimientos en distintos Estados Contratantes de la CCIM. Por lo tanto, para resolver la controversia, el Tribunal debería aplicar la CCIM en todo lo no expresamente regulado en el Contrato. Para las Demandantes, el orden de prelación es el siguiente:

- Primero, las disposiciones del Contrato y aquellas disposiciones de la LOSNCP y del Código Civil a las que el Contrato haga referencia expresa;

- Segundo, en todo lo no regulado por el Contrato, la CCIM; en especial, la formación contractual y entrada en vigor de las OC No. 2, 3 y 4; y la terminación unilateral del Contrato;

- Tercero, en defecto de lo anterior, el Código Civil.

215.

CELEC sostiene que la CCIM no es aplicable por dos razones:

- Primero, el Contrato no es de compraventa de mercaderías, sino un contrato EPC llave en mano, es decir, un contrato de servicios y mano de obra y, por tanto, excluido de la aplicación de la CCIM en virtud de su Art. 3(2);

- Segundo, incluso si pudiese considerarse como una compraventa de mercaderías, las Partes optaron por la exclusión de la CCIM en favor de la LOSNCP y el Código Civil, de conformidad con el Art. 6 CCIM.

216.

A continuación, el Tribunal analizará estas cuestiones (A. y B.), y llegará a la conclusión de que la CCIM no forma parte del RECEPI aplicable al Contrato.

A. ¿Es el Contrato uno de compraventa de mercaderías?

217.

El Art. 1(1) de la CCIM señala que:

"1) La presente Convención se aplicará a los contratos de compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes". [Subrayado del Tribunal]

218.

La CCIM no define qué es un "contrato de compraventa de mercaderías"²⁵⁶. Los expertos de las Partes en la materia – la Prof. Schwenger y el Prof. Vidal²⁵⁷ – coinciden en que para determinar si un contrato es de compraventa hay que analizar si los derechos y obligaciones de las partes en el contrato son análogos a los de los Arts. 30 a 53 de la CCIM; en esencia, que se establezca la obligación del vendedor de entregar una cosa y transferir su dominio y la obligación del comprador de pagar el precio²⁵⁸.

219.

Las Demandantes y la Prof. Schwenger consideran que el Contrato es esencialmente uno de compraventa, si bien aceptan que también incluye obligaciones de suministro de mano de obra y servicios. La Demandada y el Prof. Vidal no disputan que el Contrato contiene elementos típicos de la compraventa; sin embargo, alegan que incluye muchas obligaciones que nada se asemejan a la compraventa.

220.

En esencia, las Partes y los expertos coinciden en que se trata de un "contrato mixto".

Contratos mixtos

221.

El Art. 3 de la CCIM regula su aplicación a los "contratos mixtos", aquéllos que incluyen elementos de la compraventa y de prestación de mano de obra o servicios:

"1) Se considerarán compraventas los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción.

2) La presente Convención no se aplicará a los contratos en los que la parte principal de las obligaciones de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios". [Subrayado del Tribunal]

222.

La discusión en este caso gira en torno a si la CCIM está excluida por aplicación del Art. 3(2) CCIM; es decir, si el Contrato debe calificarse como uno de compraventa, por ser el suministro de mercancías la "parte principal" del Contrato, tal como sostiene Inter Rao; o si en realidad la "parte principal" del Contrato consiste en el suministro de mano de obra y servicios, como señala CELEC.

223.

Los expertos de las Partes coinciden en que el Tribunal debe realizar una valoración global ("overall assessment"²⁵⁹) del Contrato.

Análisis

224.

La Cláusula 5 del Contrato establece que:

"5.1. OBJETO DEL CONTRATO. El CONTRATISTA a través de su Casa Matriz en Rusia se obliga con la CONTRATANTE al Suministro de los equipos Electromecánicos e Hidromecánicos para el Proyecto.

5.2. El CONTRATISTA a través de su Sucursal en Ecuador se obliga con la CONTRATANTE al montaje, pruebas en sitio, puesta en servicio y entrega en perfecto funcionamiento del Proyecto.

La ejecución del Proyecto será en condiciones 'LLAVE EN MANO'".

225.

El contrato "llave en mano" (turnkey contract) no está expresamente regulado en el Derecho ecuatoriano. Se trata de una figura contractual atípica, por la que el contratista se obliga a ejecutar todas las tareas asociadas a la ejecución de una obra, incluyendo la ingeniería y el suministro de materiales. El contratista asume todos los riesgos asociados a la ejecución de la obra, a cambio de un precio fijo, que sólo puede modificarse si el contratante introduce modificaciones sustanciales de la obra²⁶⁰.

226.

Según el tipo de riesgos y obligaciones que asuman el contratante y contratista, puede distinguirse una subcategoría de "semi-llave en mano" (semi-turnkey contract), para el tipo de contrato que se realiza sólo para una parte del proyecto, cuya coordinación recae en el propio contratante o en otro contratista²⁶¹:

"The employer may choose to use a turnkey model for only part of the project (called part-turnkey or semi-turnkey). The co-ordination responsibility for the entire project will then either fall on the employer's consultants or the turnkey contractor. The contractor will, therefore, bear design responsibility for only a part of the works [...] provide certain aspects of the works such as heavy civil facilities which require specialised design and attention, while the employer can contract on a design- bid-build basis for the finishing of the works and equipment systems".

227.

En este caso, el Contrato encaja más en un tipo semi-llave en mano, ya que Inter Rao únicamente se obligó a suministrar los equipos electromecánicos e hidráulicos y ejecutar las obras necesarias para la puesta en funcionamiento del Proyecto Toachi-Pilatón. CELEC contrató a CWE para la obra civil, a C&C para el diseño de ingeniería de la obra civil, y a CPT para las tareas de coordinación y supervisión del Proyecto²⁶².

Elementos de un contrato llave en mano

228.

Con independencia de lo anterior, el Tribunal observa que el Contrato incluye los elementos esenciales de un contrato llave en mano:

229.

Inter Rao se compromete al "Suministro de los equipos Electromecánicos e Hidráulicos para el Proyecto"²⁶³. El término "Suministro" está definido en el Contrato en la Cláusula 4.2.zzz) como "[...] el proceso que incluye el diseño, Materiales, fabricación, pruebas en fábrica, refracciones, Herramientas Especiales".

A su vez, Inter Rao se obliga

"al montaje, pruebas en sitio, puesta en servicio y entrega en perfecto funcionamiento del Proyecto"²⁶⁴.

Por tanto, la obligación no se limita a la entrega de los materiales, sino que implica una serie de obligaciones que van más allá de las típicas del vendedor en una compraventa²⁶⁵, y cuya finalidad esencial es la puesta en operación comercial del Proyecto, previa realización de las pruebas de puesta en servicio y recepción definitiva²⁶⁶.

230.

Las obligaciones que forman parte del proceso de "Suministro" se detallan en la Cláusula 9.1, que empieza definiendo las "Obligaciones Básicas" del Contratista señalando que "deberá realizar todos los trabajos necesarios o adecuados para desarrollar las Obras Electromecánicas e Hidromecánicas del Proyecto [...]"²⁶⁷,

incluyendo entre las más relevantes²⁶⁸:

- "el diseño, fabricación, transporte en Condiciones DDU sitio de la Obra, montaje, pruebas y puesta en servicio de las Unidades"²⁶⁹;

- "el desarrollo y suministro para la CONTRATANTE de toda la Ingeniería [...]"270;
- "El Suministro, y el Transporte en Condiciones DDU Sitio de la Obra de todos los Materiales [...]"271;
- "la culminación de todas las Obras Electromecánicas e Hidromecánicas [...] en las fechas indicadas [...]"272;
- "[...] el diseño ejecutivo, el Suministro, el montaje, la prueba y la puesta en servicio de todos los Equipos Principales [...]"273;
- "el desarrollo e implantación de los Sistemas de Gestión de Calidad, de Gestión Ambiental, y de Administración de Seguridad y Salud en el Trabajo [...]"274;
- "la preparación y entrega a satisfacción de la CONTRATANTE de los Reportes de Avance, permisos de importación, órdenes de compra y registros de almacén [...]"275;
- "la realización de las Pruebas [...] hasta el inicio de la operación comercial de cada una de las Unidades"276;
- "la provisión del Apoyo Técnico a la CONTRATANTE, hasta el momento de la Recepción Provisional [...]"277.

231.

Las referencias mostrando que las obligaciones de Inter Rao incluyen un componente fundamental de prestación de mano de obra y servicios continúan en la Cláusula 9.2., que señala que

"Las obligaciones del CONTRATISTA [...] incluirán todos los trabajos y/o reparaciones, incluyendo mano de obra y materiales que no estén explícitamente estipulados o descritos en el presente Contrato [...]"278.

232.

La Cláusula 6 establece el precio, siguiendo el modelo de precio fijo o suma alzada, típico de los contratos llave en mano279:

"6.1. El Precio del Contrato, que la CONTRATANTE pagará al CONTRATISTA es el de (US\$ 144.998.830,00) [...]"

[...]

El Precio del Contrato cubre todas las Obras o partes del Proyecto a ser suministradas o realizadas de conformidad con el presente Contrato, incluyendo todas las Obras o servicios que a pesar de no estar mencionados específicamente en las disposiciones del mismo sean necesarias o adecuadas de acuerdo a los Estándares de la industria para la culminación satisfactoria del Proyecto [...]"

233.

La Cláusula 4.2(jjj) del Contrato establece claramente que el:
"Precio del Contrato' significa el precio a ser pagado por la CONTRATANTE para y por la ejecución y la Recepción Final de las Obras".

Los contratos llave en mano y la CCIM

234.

La doctrina señala que, con carácter general, los contratos llave en mano están excluidos del ámbito de aplicación de la CCIM. El Prof. Piltz considera que²⁸⁰:

"[...] tampoco se aplicará la Convención cuando en el contrato, además de las obligaciones típicas de la compraventa, se prevean otras adicionales de suministro de mano de obra o de prestación de servicios, y éstas constituyan la parte principal del contrato (art. 3º, ap. 2º). Un ejemplo típico de esta excepción se manifiesta en los contratos de entrega de instalaciones llave en mano, en los que el vendedor no sólo debe suministrar la instalación sino también montarla, encargarse de la puesta en marcha, brindar asesoramiento e instruir al personal". [Subrayado del Tribunal]

235.

De forma similar, en el "Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)", Schwenger y Hachem señalan que²⁸¹:

"Article 3(2) also governs so-called 'turnkey-contracts' - and it was primarily inserted for that purpose. The exact definition of such contracts is unclear. Generally speaking, such agreements include a variety of obligations on both sides rendering a direct economic comparison almost impossible. Here, the decisive factor will be the weight the parties attribute to these obligations. Against this background the Convention will frequently not apply to such contracts, as the sale of goods element is rarely at the forefront in the case of a genuine turnkey-contract. This assessment is in line with the general expectation expressed during the preparatory Works on the CISG. It did, however, not seem necessary to clarify the position of the Convention as turnkey-contracts are usually drafted in great detail so as to practically leave no room for the provisions of the CISG anyway".

236.

En el expediente consta un único caso, en el que un tribunal consideró la cuestión de la aplicación de la CCIM a un contrato llave en mano²⁸². El Tribunal Comercial del Cantón de Zúrich resolvió que la CCIM no era de aplicación al caso, señalando que²⁸³:

"The present case concerns the delivery of a large-scale plant to be manufactured. Very different components of the plant need to be put together to form a whole new unit. It goes without saying that the supply of labor for the assembly, supervision of the assembly and the putting into operation of the plant plays a very important role in such a Project.

[...]

In accordance with scholarly opinion, the Court therefore assumes that the CISG is not supposed to apply to turnkey contracts, which do not so much provide for an exchange of goods against payment, but rather for a network of mutual duties to collaborate with and assist the other party [...]"

237.

En este arbitraje, la Prof. Schwenger insiste en que el Art. 3(2) no excluye automáticamente los contratos llave en mano, y que hay que analizar el peso relativo que las partes atribuyen en el contrato a las obligaciones de mano de obra y 284 servicio²⁸⁴.

238.

En su Opinión no. 4 el Consejo Asesor de la CCIM adopta una postura similar²⁸⁵:

"Whether the so-called turnkey contract (contratos llave en mano, clé en main, Lieferverträge mit Montagverpflichtung) falls under Article 3(2) CISG is highly controversial. Although some authors have stated that Article 3(2) was introduced in order to exclude those types of contracts from the Convention, a case-by-case analysis is needed, and thus, disregarding the denomination, each situation would require an special examination to see whether or not the test of Article 3(2) CISG is satisfied".

* * *

239.

En vista de lo anterior, el Tribunal considera que el Contrato contiene las obligaciones típicas de un contrato llave en mano, que van más allá de la mera compraventa de mercancías, pues obligan a Inter Rao a la prestación de servicios y mano de obra con la finalidad de entregar el Proyecto de la Obra Electromecánica e Hidromecánica en perfecto funcionamiento para su puesta en operación comercial.

240.

Siguiendo la posición de la doctrina y jurisprudencia, el Tribunal considera que la CCIM no está diseñada para este tipo de contratos y, en principio, no debe aplicarse en este caso.

B. Exclusión de la CCIM por las Partes

241.

El Tribunal ha concluido que el Contrato no reúne las características para ser calificado como uno de compraventa de mercaderías sujeto a la CCIM.

242.

En cualquier caso, incluso si pudiese considerarse que el Contrato sí reúne dichas características, el Tribunal está convencido de que las Partes excluyeron su aplicación, conforme al Art. 6 de la CCIM, que señala que:

"Las partes podrán excluir la aplicación de la presente Convención o, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12, establecer excepciones a cualquiera de sus disposiciones o modificar sus efectos".

243.

Los expertos de las Partes coinciden que la exclusión de la CCIM puede ser explícita e implícita²⁸⁶. También coinciden en que, por norma general, la referencia en un contrato a que

la ley aplicable es el ordenamiento jurídico de un Estado parte de la CCIM, no es suficiente para entender que hay una exclusión implícita²⁸⁷. En este caso, la referencia en la Cláusula 29.1 a que "la legislación aplicable este Contrato es la Ecuatoriana" no sería suficiente para excluir la aplicación de la CCIM, ya que Ecuador es Estado Contratante de la Convención.

244.

El Prof. Vidal señala que, si las partes invocan disposiciones específicas de la regulación interna sobre contratos de compraventa, entonces sí debe entenderse implícitamente excluida la CCIM²⁸⁸. Para la Prof. Schwenger esto no es así: con carácter general, si las partes eligen el cuerpo normativo en materia de contratos de compraventa de mercadería, sí se entiende que hay una exclusión tácita de la CCIM²⁸⁹; pero cuando solo eligen ciertas disposiciones del cuerpo normativo, no puede entenderse hecha una exclusión total de la CCIM²⁹⁰.

245.

Inter Rao argumenta que la elección explícita de la LOSNCP o del Código Civil para regular un número limitado de materias constituye una simple derogación parcial de las correlativas disposiciones de la CCIM. Pero para Inter Rao ello no implica que las Partes hayan optado por excluir la CCIM en su conjunto²⁹¹. Según CELEC, las numerosas referencias a la LOSNCP y al Código Civil en el Contrato, así como en la Adenda No. 5 reflejan la intención de las Partes de elegir estos cuerpos normativos con exclusión de cualquier otro²⁹².

La opinión del Tribunal

246.

El Tribunal se posiciona con la Demandada.

247.

La Prof. Schwenger ha enfatizado que para examinar el acuerdo de las partes de excluir la CCIM, debe recurrirse a las reglas de formación de contratos de la CCIM, en particular el Art. 8 CCIM²⁹³, que señala:

"1) A los efectos de la presente Convención, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme a su intención cuando la otra parte haya conocido o no haya podido ignorar cuál era esa intención.

2) Si el párrafo precedente no fuere aplicable, las declaraciones y otros actos de una parte deberán interpretarse conforme al sentido que les habría dado en igual situación una persona razonable de la misma condición que la otra parte.

3) Para determinar la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos y el comportamiento ulterior de las partes".

248.

En la fase de negociación, las Partes manifestaron su intención común de someter el contrato a la LOSNCP²⁹⁴ y, en particular, al RECEPI de los Arts. 2.8 LOSNCP y 100 del Reglamento de la LOSNCP²⁹⁵.

249.

Esta intención común también se ve reflejada en el Contrato:

- En la resolución administrativa por la que CELEC resolvió adjudicar el Contrato a Inter Rao – que forma parte del Contrato296 – y hace expresa mención al RECEPI de los Arts. 2.8 LOSNCP y 100 del Reglamento de la LOSNCP297;

- En la Adenda No. 5, que al referenciar la Cláusula 29.1 sobre ley aplicable, como la "Base Legal" para acordar una modificación al contrato, describe la legislación aplicable con expresa referencia a la LOSNCP y al Código Civil.

250.

El Tribunal por tanto considera que, aunque fuera de aplicación la CCIM por considerarse el Contrato como uno de compraventa internacional de mercaderías, las Partes habrían excluido su aplicación, al haber sometido su relación contractual a la LOSNCP y, en particular, al RECEPI de los Arts. 2.8 LOSNCP y 100 del Reglamento de la LOSNCP.

3.6 ¿Es de aplicación el Art. 104 del Reglamento de la LOSNCP?

251.

Un argumento adicional de las Demandantes es que, de conformidad con el Art. 104 de su Reglamento, la LOSNCP está excluida en su totalidad298.

252.

CELEC rechaza este argumento y señala que el Art. 104 del Reglamento de la LOSNCP regula el Régimen Especial de "giro específico del negocio", que no 299 opera en este caso299.

253.

El Tribunal se posiciona con la Demandada.

254.

Los Art. 103 a 105 del Reglamento de la LOSNCP regulan el régimen especial de "giro específico del negocio"300:

"Art. 103.- Procedencia.- Se sujetarán a las disposiciones contenidas en el artículo siguiente, las contrataciones relacionadas con el giro específico de sus negocios, que celebren:

1. Las empresas públicas o las empresas cuyo capital suscrito pertenezca, por lo menos en el cincuenta por ciento a entidades de derecho público, de conformidad con el párrafo final del artículo 1 y el numeral 8 del artículo 2 de la Ley; y,

2. Las subsidiarias definidas como tales en el numeral 11 del artículo 6 de la Ley y conforme lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 2 de la Ley.

Art. 104.- Giro específico del negocio.- Las contrataciones a cargo de las empresas referidas en el artículo anterior, relacionadas con el giro específico de sus negocios, que estén reguladas por las leyes específicas que rigen sus actividades o por prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional, y los contratos de orden societario, no estarán sujetas a las normas contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y en este Reglamento General; siempre que estén habilitados por esas normas específicas.

Para el efecto, la máxima autoridad de las empresas o sus delegados, remitirán al SERCOP la solicitud para que este determine las contrataciones que correspondan al giro específico y al

giro común del respectivo negocio, cumpliendo con los requisitos previstos por el Director Ejecutivo de la mencionada institución. La definición de contrataciones sometidas a régimen especial por giro específico del negocio se publicará en una ventana especial del Portal www.compraspublicas.gob.ec". [Subrayado del Tribunal]

255.

Este régimen especial permite a las empresas públicas ecuatorianas, en sus contratos con otras empresas públicas ecuatorianas o extranjeras, apartarse de las normas contenidas en la LOSNCP, siempre que:

- Se trate de contrataciones relacionadas con el "giro específico del negocio" y dicha contratación esté regulada por "leyes específicas que rigen sus actividades o por prácticas comerciales o modelos de negocios de aplicación internacional"; y
- Se haya notificado al Servicio Nacional de Contratación Pública SERCOP que la contratación corresponde al giro específico del negocio y que esa declaración sea publicada en el registro de contratación correspondiente.

256.

En este caso, el Contrato se sometió únicamente al RECEPI del Art. 2.8 de la LOSNCP y del Art. 100 del Reglamento de la LOSNCP; CELEC no solicitó al SERCOP una declaración de que el Contrato pertenecía a su "giro específico del negocio", de conformidad con el Art. 104 del Reglamento de la LOSNCP. En ninguno de los documentos precontractuales, ni en el propio Contrato, se hace referencia al "giro específico del negocio" o al Art. 104 del Reglamento de la LOSNCP.

China Electricidad c. CELEC

257.

El experto jurídico en Derecho ecuatoriano designado por las Demandantes, el Dr. Pérez Loose, aludió al laudo arbitral en el caso China Electricidad c. CELEC301, para sostener que la LOSNCP no es de aplicación en este caso.

258.

El Tribunal no considera que el caso China Electricidad c. CELEC sea análogo al presente caso, porque el contrato subyacente a esa disputa sí estaba sometido a régimen especial de "giro específico del negocio" del Art. 104 del Reglamento de la LOSNCP302.

259.

El Art. 105 del Reglamento LOSNCP señala que todas las contrataciones que no correspondan al giro específico del negocio se someterán a:

"[...] los procedimientos generales o especiales contemplados en la Ley y en este Reglamento General". [Subrayado del Tribunal]

260.

En este caso, el Tribunal ya ha concluido que:

- El Contrato está sometido al régimen especial RECEPI del Art. 2.8 de la LOSNCP y del Art. 100 de su Reglamento, es decir, a los acuerdos alcanzados en el Contrato y la Carta de Intención;

- Lo anterior no implica una exclusión absoluta de la LOSNCP, ya que, en virtud del Art. 34.3 de la LOEP, en lo no previsto en el Contrato y la Carta de intención,

"[...] se estará a las disposiciones contenidas en la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública".

261.

El Tribunal por tanto rechaza la posición de las Demandantes de que la LOSNCP está en su totalidad excluida del RECEPI aplicable al Contrato.

3.7 Conclusión

262.

El Tribunal ha analizado los argumentos de las Partes y de sus expertos respecto a la naturaleza jurídica del Contrato y el Derecho aplicable al fondo de la controversia, y ha concluido que:

263.

El Contrato está sometido al RECEPI del Art. 2.8 LOSNCP y del Art. 100 del Reglamento de la LOSNCP, que establece un régimen especial, conforme al cual la relación jurídica entre CELEC e Inter Rao se rige por:

- Los "acuerdos" y "cartas de intención": es decir, los pactos alcanzados por las Partes en el Contrato y la Carta de Intención; en los casos en los que el Contrato haga referencia expresa a disposiciones de la LOSNCP y del Código Civil, estas se aplican de forma directa (no supletoriamente), por haber sido incorporadas por las Partes en el RECEPI;

- Subsidiariamente, en todo lo no regulado por lo anterior, se aplica la LOSNCP, en virtud del Art. 34.3 de la LOEP;

- En defecto de lo anterior, el Código Civil, en virtud del Art. 112 del Reglamento de la LOSNCP.

264.

El Tribunal ha desestimado los argumentos de las Partes de que:

- El RECEPI sólo se aplique a la fase precontractual;

- El Contrato sea uno de compraventa de mercaderías sujeto a la CCIM;

- El Contrato esté sujeto al Régimen Especial de "giro específico del negocio" previsto en el Art. 104 del Reglamento de la LOSNCP.

VII. JURISDICCIÓN

1. Posición de la Demandada

265.

La Demandada formula su objeción jurisdiccional sólo respecto de dos pretensiones de las Demandantes, y acepta que el Tribunal tiene jurisdicción sobre el resto de los reclamos (de demanda y reconventionales). Los pedidos de las Demandantes que quedarían excluidos si el Tribunal aceptase la objeción jurisdiccional son 303:

- Que el Tribunal declare que CELEC no tenía derecho a declarar la terminación anticipada y unilateral del Contrato y que al hacerlo incurrió en un incumplimiento contractual³⁰⁴; y

- Que el Tribunal otorgue una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados a Inter Rao como consecuencia de la terminación del Contrato³⁰⁵.

266.

CELEC sostiene que las pretensiones de Inter Rao conllevan necesariamente que el Tribunal evalúe la legalidad de la Resolución de Terminación, que es el acto administrativo por el que CELEC declaró terminado anticipada y unilateralmente el Contrato, en ejercicio de las facultades legales otorgadas por la LOSNCP³⁰⁶. Según la Demandada, el Tribunal carece de competencia para pronunciarse sobre las pretensiones de Inter Rao porque³⁰⁷:

- La licitud de la terminación anticipada y unilateral del Contrato no es susceptible de ser sometida a arbitraje (1.1.); y, en consecuencia

- Las Partes excluyeron la terminación anticipada y unilateral del Contrato y sus consecuencias del alcance del acuerdo arbitral de la cláusula 29.3.1 del Contrato (1.2.).

1.1 La legalidad de la terminación y sus consecuencias no son arbitrables

267.

La Demandada señala que la cláusula arbitral – al igual que el resto del Contrato³⁰⁸ – está sometida a la "legislación de la República del Ecuador"³⁰⁹, por lo que para determinar si la materia objeto de controversia es arbitrable, hay que acudir al Derecho ecuatoriano³¹⁰, no al Derecho chileno, tal como sugiere Inter Rao³¹¹.

268.

CELEC sostiene que bajo Derecho ecuatoriano las entidades de derecho público pueden someter ciertas materias transaccionales a arbitraje³¹². El Art. 104 de la LOSNCP faculta a las entidades públicas – previo dictamen favorable de la Procuraduría General del Estado ["PGE"] – a someter a arbitraje las disputas "dentro del proceso de ejecución"³¹³. Según la Demandada, los términos empleados del Art. 104 de la LOSNCP excluyen la posibilidad de someter a arbitraje las disputas relativas a la terminación unilateral y anticipada de los contratos públicos³¹⁴.

269.

Esto es así porque la terminación unilateral y anticipada del Contrato es un acto administrativo no transigible, cuyo conocimiento corresponde de manera exclusiva a la jurisdicción contencioso-administrativa, conforme al Art. 105 de la LOSNCP³¹⁵.

270.

La Demandada invoca la jurisprudencia contencioso-administrativa ecuatoriana, para confirmar que los actos administrativos están excluidos de las materias que pueden someterse a arbitraje³¹⁶.

271.

La Demandada señala que su objeción de arbitrabilidad no es incompatible con su demanda reconvenzional. La reconvencción no requiere que el Tribunal se pronuncie sobre la legalidad de la terminación del Contrato³¹⁷; más bien, se fundamenta en hechos ocurridos durante la ejecución del Contrato y en el incumplimiento de Inter Rao de sus obligaciones

contractuales³¹⁸. CELEC señala que, si el Tribunal las considera incompatibles, su reconvencción se plantea en subsidio de la objeción jurisdiccional³¹⁹.

1.2 Las Partes no consintieron someter la terminación y sus consecuencias a arbitraje
272.

CELEC sostiene que las Partes excluyeron la terminación unilateral del Contrato y sus consecuencias de la cláusula arbitral. CELEC basa su interpretación en los siguientes argumentos:

273.

Primero, la cláusula 4.1(b) del Contrato – que recoge sus normas de interpretación – señala que "se estará a lo dispuesto en el Contrato en su sentido natural y obvio, de conformidad con el objeto contractual y la intención de los contratantes"³²⁰. Según CELEC, el sentido natural y obvio de la cláusula arbitral es que sólo abarca actos relacionados con la "interpretación o ejecución" del Contrato – esto es, el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y obligaciones de las Partes³²¹ – pero no así la terminación unilateral y anticipada³²².

274.

Segundo, la PGE rechazó la primera versión de la cláusula arbitral – mucho más amplia – y sólo aceptó la versión más limitada ("interpretación o ejecución"), que fue la finalmente acordada por las Partes³²³. Las Partes excluyeron la posibilidad de adoptar la cláusula modelo de CAM Santiago, que es mucho más amplia y se extiende a "todas las disputas que surjan de o que guarden relación con el ... contrato"³²⁴; la propia Inter Rao ha adoptado en otros contratos con Estados cláusulas más amplias, y es perfectamente consciente del alcance de ambos tipos de cláusulas. Por ejemplo, en un contrato con la República de Georgia, incluyó una cláusula arbitral para cubrir

"[a]ny dispute, controversy or claim arising out or in connection with this Memorandum, including those relation to the breach, cessation or invalidity thereof, shall be finally settled by arbitration ..."³²⁵.

275.

Tercero, la cláusula 29.4.7 del Contrato – sobre renuncia a la jurisdicción ordinaria – no puede entenderse como una aceptación de someter a arbitraje materias como la terminación anticipada y unilateral. Su sentido natural y obvio es simplemente el de confirmar el alcance limitado de las cuestiones sometidas a arbitraje, es decir, la "interpretación o ejecución" del Contrato³²⁶.

276.

Cuarto, la cláusula 29.1 del Contrato establece que las Partes renuncian a la vía diplomática para resolver los reclamos relacionados con el Contrato. En 2018 la Federación Rusa y la República de Ecuador trataron la cuestión de la terminación anticipada y unilateral del Contrato, en el marco de la Comisión Intergubernamental Ruso-Ecuatoriana para la Cooperación Económica Comercial³²⁷. CELEC argumenta que el uso por parte de Inter Rao de la vía diplomática confirma su entendimiento de que la terminación anticipada y unilateral quedaba excluida del convenio arbitral³²⁸.

2. Posición de las Demandantes

277.

Inter Rao rechaza la objeción jurisdiccional de CELEC al entender que:

- La controversia relativa a la terminación unilateral y sus consecuencias es arbitrable (2.1.);
- Las Partes acordaron en la Cláusula 29.3.1 someter las controversias sobre la terminación unilateral y sus consecuencias a arbitraje (2.2.).

2.1 La terminación y sus consecuencias son arbitrables

278.

Inter Rao precisa que su pretensión no consiste en que el Tribunal analice la legalidad de la terminación anticipada y unilateral del Contrato conforme al Derecho administrativo ecuatoriano; su pretensión es que el Tribunal determine que CELEC incumplió el Contrato al pretender extinguirlo unilateralmente por causas infundadas³²⁹; y que establezca la indemnización debida a Inter Rao como consecuencia del incumplimiento contractual³³⁰.

279.

Inter Rao sostiene que para determinar si la materia objeto de controversia es arbitrable debe acudir al Derecho de la sede del arbitraje, es decir, al Derecho Chileno³³¹, que no excluye la arbitrabilidad de la terminación unilateral en contratos administrativos³³².

280.

Para las Demandantes no tendría sentido que las Partes hubiesen pactado que la cláusula arbitral se rigiese por el Derecho ecuatoriano, si éste limitara la arbitrabilidad de cuestiones tan fundamentales como la terminación unilateral del Contrato³³³.

281.

Pero incluso si el Derecho ecuatoriano rigiera la cuestión de la arbitrabilidad, la legislación ecuatoriana permite someter a la jurisdicción arbitral las disputas surgidas en el marco de la contratación pública, incluida la terminación del contrato; así está expresamente reconocido en el Art. 161 del Reglamento de la LOSNCP, que permite someter a arbitraje "diferencias [...] por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación"³³⁴. La referencia en el Art. 104 de la LOSNCP a la arbitrabilidad de las controversias en el "proceso de ejecución" no excluye la terminación contractual, ni deroga lo previsto en el Art. 161 del Reglamento de la LOSNCP³³⁵. Inter Rao sostiene que no existe una contradicción entre ambos preceptos, tal como alega CELEC³³⁶.

282.

La competencia de los tribunales arbitrales para resolver disputas que surjan de la terminación de contratos administrativos y sus consecuencias ha sido confirmada en numerosas ocasiones por la jurisprudencia ecuatoriana³³⁷.

283.

Por último, incluso si el Tribunal considerase que la terminación unilateral no es materia arbitrable y que no tiene competencia para enjuiciar su legalidad, ello no le inhabilitaría para determinar las consecuencias económicas de la terminación, es decir, los daños y perjuicios ocasionados³³⁸.

2.2 Las Partes consintieron someter la terminación y sus consecuencias a arbitraje

284.

Las Demandantes consideran que no puede deducirse del literal de la cláusula arbitral la intención de las Partes de excluir de su ámbito las controversias relativas a la terminación anticipada y unilateral del contrato. Para las Demandantes, la referencia en los dos primeros

párrafos de la Cláusula 29.3.1 al sometimiento de "divergencias o controversias en la interpretación o ejecución" del Contrato, incluye la posibilidad de someter la terminación contractual a la jurisdicción arbitral³³⁹. No existiendo exclusión explícita, debe entenderse que la terminación está cubierta por el alcance de la cláusula arbitral³⁴⁰.

285.

Las Demandantes ofrecen los siguientes argumentos adicionales:

286.

Primero, el dictamen favorable de la PGE aprobando la cláusula arbitral, sólo requirió la exclusión de los términos referentes a controversias "relacionadas directa o indirectamente con el presente contrato". De ello no se puede deducir la intención de las Partes ni de la PGE de excluir del ámbito de la cláusula la terminación del Contrato. Los términos que permanecieron en la versión final son los del Art. 104 de la LOSNCP, que no excluye la terminación. En cualquier caso, esta carta de la PGE no forma parte del Contrato y no asiste en dilucidar la intención de las Partes contratantes³⁴¹.

287.

El hecho de no haber adoptado la cláusula modelo del CAM Santiago u otra cláusula arbitral más detallada, como la que acordó Inter Rao en un contrato con la República de Georgia, no debe entenderse como una exclusión de la terminación contractual. Que la cláusula arbitral contenga un lenguaje breve no debe utilizarse como pretexto para leer una exclusión implícita donde no la hay. En ausencia de exclusión explícita, no cabe dejar fuera la terminación contractual³⁴².

288.

Segundo, las Demandantes señalan que la renuncia a la jurisdicción local en la Cláusula 29.4.7 del Contrato es inequívoca: las Partes acordaron que "renuncian fuero, domicilio, privilegios diplomáticos, la jurisdicción ordinaria de los respectivos países y se obligan a acatar el laudo que expida el Tribunal Arbitral"³⁴³.

289.

Tercero, no puede considerarse que Inter Rao haya hecho uso de la vía diplomática por el mero hecho de que la Comisión Intergubernamental Ruso-Ecuatoriana para la Cooperación Económica Comercial tratara – entre otros muchos temas – la cuestión del Proyecto Toachi-Pilatón. Este hecho tampoco conlleva una renuncia al foro arbitral ni una aceptación por parte de Inter Rao, de que la terminación del Contrato esté excluida del ámbito de la cláusula arbitral³⁴⁴.

290.

Cuarto, las Demandantes señalan que CELEC ha aceptado implícitamente la jurisdicción del Tribunal Arbitral para conocer la terminación del Contrato: en su reconvencción CELEC solicita al Tribunal que determine que Inter Rao incumplió el plazo contractual – una alegación que la propia CELEC invocó para sustentar la terminación anticipada y unilateral del Contrato³⁴⁵. Si CELEC acepta que el Tribunal tiene jurisdicción para conocer los incumplimientos de Inter Rao, y el Tribunal determina que Inter Rao no incumplió sus obligaciones, entonces el Tribunal también es competente para determinar que CELEC resolvió el Contrato indebidamente, al no existir incumplimiento de las Demandantes que habilite la terminación³⁴⁶.

3. Decisión del Tribunal Arbitral

291.

El Art. 16 de la LACI recoge el principio kompetenz-kompetez:

"Artículo 16. – Facultad del tribunal arbitral para decidir acerca de su competencia

1) El tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre las excepciones relativas a la existencia o a la validez del acuerdo de arbitraje [...]"

292.

El Reglamento CAM Santiago también recoge este principio:

"Artículo 16 – Excepción de Incompetencia

1. El tribunal arbitral es competente para decidir sobre su propia competencia incluso en lo referente a las excepciones relativas a la existencia o validez del acuerdo arbitral.

[...]

5. El tribunal arbitral podrá resolver las excepciones a que se hace referencia en los párrafos 2 y 3 del presente artículo como cuestión previa, mediante laudo interlocutorio, o bien en el laudo final".

293.

Entre sus reclamos, las Demandantes han solicitado al Tribunal que³⁴⁷:

- "Declare que la Demandada no tenía derecho a resolver el Contrato, y que al pretender hacerlo, incumplió el Contrato";

- "Otorgue a las Demandantes una compensación por daños y perjuicios causados como consecuencia de la terminación contractual en la cantidad de US\$8,039,019.28 más el interés aplicable [...]"

294.

CELEC señala que el Tribunal no tiene competencia para conocer de estas pretensiones, por dos razones:

- Primero, para resolver las pretensiones de Inter Rao, el Tribunal debe necesariamente pronunciarse sobre la ilegalidad de la terminación anticipada y unilateral del Contrato y fijar sus consecuencias económicas; sin embargo, ninguna de estas materias es arbitrable; y

- Segundo, las Partes no acordaron extender el alcance de la cláusula arbitral a las controversias relativas a la terminación unilateral del Contrato.

295.

A continuación, el Tribunal resumirá los hechos relevantes (3.1.); resolverá la objeción sobre la arbitrabilidad (3.2.); y sobre la falta de consentimiento a arbitraje (3.3.).

3.1 Hechos

296.

El 12 de octubre de 2010, dos semanas antes de la firma del Contrato, CELEC remitió a la PGE un oficio solicitando su "informe favorable" respecto del convenio arbitral del Contrato, en cumplimiento del Art. 190 de la Constitución Ecuatoriana³⁴⁸ y el Art. 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador³⁴⁹.

297.

El 19 de Octubre de 2010 la PGE emitió su informe favorable respecto al convenio arbitral del Contrato, sujeto a dos modificaciones, una de las cuales tenía como propósito precisar el alcance del acuerdo arbitral. La PGE señaló que³⁵⁰:

"Asimismo deberán eliminarse, en el inciso tercero de la cláusula 29.3.1, la frase: 'En caso de cualquier controversia futura relacionada directa o indirectamente con el presente contrato'; y, el texto completo de la cláusula 29.4.9 del Contrato, dado que generarían una confusión respecto de la voluntad de las partes de someter sus controversias relativas a la interpretación o ejecución del Contrato a arbitraje"³⁵¹.

298.

Las Partes no han exhibido la versión completa de esas cláusulas anteriores, cuya modificación era solicitada por la PGE.

299.

El 29 de octubre de 2010 las Partes firmaron el Contrato, cuya Cláusula 29.3 contiene el convenio arbitral en los siguientes términos³⁵²:

"CLÁUSULA VIGÉSIMO NOVENA

LEY APLICABLE Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

[...]

29.3. Solución de Controversias

29.3.1. Negociación: En caso de suscitarse divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente Contrato, las Partes se reunirán con el objeto de llegar a un acuerdo sobre la controversia con base en el consenso, evaluando en forma objetiva y metodológica la misma. De llegar a una solución, las Partes incorporarán los acuerdos alcanzados en un documento que deberá ser suscrito entre ellas.

Si se suscitaren divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente Contrato, cuando las Partes no llegaren a un acuerdo amigable directo, conforme lo señalado en el numeral anterior, deberán utilizar los métodos alternativos para la solución de controversias en Arbitraje de acuerdo a las siguientes cláusulas:

Las Partes se someterán a un Tribunal Arbitral administrado por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, en Santiago de Chile, de conformidad con el Reglamento de dicho Centro de Arbitraje, al tenor de las siguientes normas:

29.3.2. El lugar del arbitraje será en las instalaciones del Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago, en Santiago de Chile.

29.3.3. El Arbitraje será confidencial.

29.4. El Tribunal Arbitral:

29.4.1. Utilizará en el procedimiento arbitral los idiomas Español e Inglés.

29.4.2. Estará integrado por tres Árbitros y para su conformación cada una de las partes nombrará un árbitro, y el tercer árbitro que ejercerá las funciones de Presidente del Tribunal Arbitral, será nombrado vía sorteo por el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago.

29.4.3. Está facultado para dictar medidas cautelares y ejecutar las medidas cautelares que dicte.

29.4.4. Dictará su laudo en derecho, aplicando el contrato y la legislación de la República del Ecuador.

29.4.5. Las partes no podrán modificar la demanda, la contestación a la demanda, la contrademanda o la contestación a la contrademanda.

29.4.6. El Tribunal Arbitral dictará su laudo en un término de 150 días contados a partir de la fecha en que el Tribunal Arbitral este conformado y realice su primera actuación.

29.4.7. Las partes renuncian fuero, domicilio, privilegios diplomáticos, la jurisdicción ordinaria de sus respectivos países y se obligan a acatar el laudo que expida el Tribunal Arbitral.

29.4.8. Notificaciones. Salvo por disposición en contrario contenida en el presente Contrato, todo aviso y demás comunicaciones entre las Partes emitidos de conformidad con este Contrato, deberán hacerse por escrito y serán efectivas a partir del siguiente día hábil de su recepción".

300.

El 22 de marzo de 2017 CELEC emitió la Resolución de Terminación del Contrato, por la que resolvió353:

"Declarar terminado anticipada y unilateralmente el [Contrato] [...], en virtud de que el Contratista ha incurrido en las causales contempladas en el numeral 4, del artículo 92; y, numerales 1 y 3 del artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública [...]".

3.2 Arbitrabilidad

301.

CELEC argumenta que, aunque las pretensiones de Inter Rao estén configuradas desde el punto de vista de un incumplimiento contractual, en realidad implican necesariamente que el Tribunal se pronuncie sobre la legalidad de la terminación unilateral del Contrato, cuestión que excede de su competencia por no ser materia arbitrable.

302.

Inter Rao insiste en que no está impugnando el acto administrativo de la Resolución de Terminación, ni está pidiendo que el Tribunal anule, revise o embargue la potestad administrativa de CELEC. Sólo pide que el Tribunal enjuicie si, contractualmente, CELEC estaba habilitada para rescindir el Contrato; y declare que, al no estarlo, la Demandada incurrió en un incumplimiento contractual indemnizable. Las Demandantes sostienen que estas pretensiones sí son arbitrables.

303.

Para resolver esta cuestión, el Tribunal analizará primero la ley aplicable a la cuestión de la arbitrabilidad (A.), y concluirá que tanto conforme al Derecho chileno (B.) como al Derecho ecuatoriano (C.) los reclamos de las Demandantes son arbitrables.

A. Ley aplicable a la arbitrabilidad

304.

Las Partes no sólo discuten si la controversia relativa a la terminación anticipada y unilateral del Contrato es arbitrable, sino que además mantienen posturas distintas sobre cuál es la ley aplicable para dirimir esta cuestión.

305.

La Demandada sostiene que el Tribunal debe aplicar el Derecho ecuatoriano, por ser el Derecho aplicable al Contrato y al convenio arbitral, y el que establece el marco legal de contratación pública en el Ecuador, incluido el régimen específico de las materias que pueden someterse a arbitraje. El hecho de que las Partes hayan elegido la sede arbitral en Santiago de Chile no deroga el marco legal ecuatoriano sobre arbitraje y contratación pública.

306.

Para las Demandantes la ley aplicable al Contrato o al convenio arbitral son irrelevantes para determinar cuestiones de arbitrabilidad. Inter Rao sostiene que la arbitrabilidad de una controversia se rige por la *lex arbitri*, tal como sostiene la mayoría de la doctrina. Por lo tanto, el Tribunal debe aplicar el Derecho chileno para determinar si la controversia sobre la terminación unilateral es arbitrable o no.

Análisis del Tribunal

307.

El Tribunal considera que ambas Partes tiene parcialmente razón: en este caso, tanto la legislación de la sede arbitral – el Derecho chileno – como la ley aplicable al convenio arbitral – el Derecho ecuatoriano – son relevantes para determinar la arbitrabilidad de la controversia relativa a la terminación unilateral del Contrato y sus consecuencias.

308.

La LACI señala en su Art. 34(2) que:

"El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por la respectiva Corte de Apelaciones cuando:

(a) La parte que interpone la petición pruebe:

[...]

(i) [...] que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicado a este respecto, en virtud de la ley de este Estado;

[...]

(b) El tribunal compruebe:

(i) Que, según la ley chilena, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje [...]"

309.

La *lex arbitri* establece como causales de anulación:

310.

Primero, que el acuerdo arbitral no sea válido conforme a la ley a que las partes lo han sometido. Si el acuerdo arbitral se refiere a una materia que no es arbitrable de acuerdo con la legislación que lo rige, dicho acuerdo será inválido³⁵⁴. Por lo tanto, el Tribunal debe examinar si – conforme al Derecho aplicable al convenio arbitral – se puede válidamente someter a arbitraje la terminación anticipada y unilateral del Contrato.

[Las Demandantes señalan que el Derecho aplicable al convenio arbitral es el Derecho chileno, y que incluso por esta vía, no sería aplicable el Derecho ecuatoriano. El Tribunal tratará la cuestión en la Sección C. infra]

311.

Segundo, que el laudo resuelva una controversia no arbitrable conforme al Derecho chileno - la controversia debe ser susceptible de ser sometida a arbitraje conforme a la legislación chilena.

312.

La arbitrabilidad también puede ser altamente relevante para el reconocimiento y ejecución del laudo en jurisdicciones distintas de la *lex arbitri*. La Convención de Nueva York, en su Art. V, que: "1. Sólo se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de la sentencia, a instancia de la parte contra la cual es invocada, si esta parte prueba ante la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución:

(a) Que las partes en el acuerdo a que se refiere el artículo II estaban sujetas a alguna incapacidad en virtud de la ley que les es aplicable o que dicho acuerdo no es válido en virtud de la ley a que las partes lo han sometido, o si nada se hubiera indicada a este respecto, en virtud de la ley del país en que se haya dictado la sentencia [...]

2. También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba:

(a) Que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje [...]"

313.

Por lo tanto, lo apropiado es que el Tribunal examine la arbitrabilidad conforme al Derecho de la *lex arbitri* y el Derecho aplicable al convenio arbitral.

B. ¿Es arbitrable la terminación conforme a la *lex arbitri*?

314.

Las Demandantes sostienen que, conforme al Derecho chileno, la terminación anticipada y unilateral del Contrato y sus consecuencias son arbitrables. En sus memoriales, CELEC se limita a defender que la terminación anticipada y unilateral no es arbitrable conforme al Derecho ecuatoriano, absteniéndose de discutir la arbitrabilidad bajo Derecho chileno o de refutar los argumentos que Inter Rao esgrime a este respecto³⁵⁵.

315.

Aceptando los argumentos presentados por Inter Rao, confirmados tras una revisión de oficio del marco legal chileno, el Tribunal concluye que (conforme a la *lex arbitri*) la controversia sobre la terminación anticipada y unilateral del Contrato es materia arbitrable.

316.

La arbitrabilidad en la legislación chilena se rige por el principio de la libre disposición. Los Arts. 229 y 230 del Código Orgánico de Tribunales establece una serie de materias que quedan excluidas del arbitraje, como las cuestiones de alimentos, separación de bienes, causas criminales, entre otras³⁵⁶.

317.

En materia de contratación de obra y servicios públicos en el ámbito nacional, es decir, relacionados con bienes de uso público en territorio chileno, rige la Ley de Concesiones de Obra Pública, que establece en su Art. 36bis que:

"Las controversias o reclamaciones que se produzcan con motivo de la interpretación o aplicación del contrato de concesión o a que dé lugar su ejecución, podrán ser llevadas por las partes al conocimiento de una Comisión Arbitral o de la Corte de Apelaciones de Santiago".

318.

Además, la propia Ley de Concesiones de Obra Pública no deja lugar a dudas de que la Comisión Arbitral tiene jurisdicción sobre la terminación del contrato por "incumplimiento grave de las obligaciones del concesionario"³⁵⁷ – que es la sanción contractual más grave que puede ejercer la entidad pública concedente (lo que equivaldría en Derecho ecuatoriano a la terminación unilateral y anticipada):

"Artículo 28: La declaración de incumplimiento grave del contrato de concesión deberá ser solicitada, fundándose en alguna de las causales establecidas en el respectivo contrato o bases de licitación, por el Ministerio de Obras Públicas a la Comisión Arbitral establecida en el artículo 36bis"³⁵⁸.

319.

La Ley de Concesiones de Obra Pública también establece otra institución: el "término anticipado" de la concesión, que no debe compararse con la terminación unilateral y anticipada en Derecho ecuatoriano, a pesar de la similar terminología. El "término anticipado" en el Derecho de contratación pública chileno tiene lugar por razón de interés público (no por incumplimiento contractual), decretada por el Presidente de la República³⁵⁹. Es decir, no es un

remedio contractual, sino una potestad puramente administrativa, ajena a la relación contractual de las partes.

320.

En cualquier caso, aún en este supuesto también se otorga jurisdicción a la Comisión Arbitral, no para revisar la declaración de interés público o el término anticipado de la concesión, pero sí para fijar la indemnización debida al concesionario en caso de desacuerdo entre el Ministerio de Obras Públicas y el concesionario³⁶⁰.

321.

Finalmente, el Decreto Ley 2349, que Establece las Normas Sobre Contratos Internacionales para el Sector Público, regula la sumisión a arbitraje internacional de:

[...] los contratos internacionales relativos a negocios y operaciones de carácter patrimonial que el Estado y sus organismo, instituciones y empresas celebren con organismos, instituciones o empresas internacionales o extranjeras".

322.

El Decreto Ley 2349 permite a las empresas estatales chilenas incluir en sus contratos con empresas extranjeras el convenio arbitral, siempre que la legislación específica de contratación pública no lo prohíba³⁶¹.

323.

En vista de lo anterior, el Tribunal concluye que las pretensiones de Inter Rao relativas a la terminación anticipada y unilateral del Contrato y sus consecuencias son arbitrables desde la perspectiva del Derecho chileno.

C. ¿Es arbitrable la terminación conforme al Derecho aplicable al convenio arbitral?

a. El Derecho aplicable al convenio arbitral

324.

El Tribunal ya ha concluido que el Contrato está sometido al RECEPI del Art. 2.8 LOSNCP y Art. 100 de su Reglamento, que establece un régimen especial, conforme al cual la relación jurídica entre CELEC e Inter Rao se rige por:

- Los "acuerdos" y "cartas de intención": es decir, los pactos alcanzados por las Partes en el Contrato y la Carta de Intención; en los casos en los que el Contrato haga referencia expresa a disposiciones de la LOSNCP y del Código Civil, éstas se aplican de forma directa (no supletoriamente), por haber sido incorporadas por las Partes en el RECEPI;

- Subsidiariamente, en todo lo no regulado por lo anterior, se aplica la LOSNCP, en virtud del Art. 34.3 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas;

- En defecto de lo anterior, el Código Civil, en virtud del Art. 112 del Reglamento de la LOSNCP.

325.

La Cláusula 29.1 del Contrato forma parte de este régimen especial, y señala que "[l]a legislación aplicable a este Contrato es la Ecuatoriana".

326.

Existe pues un acuerdo expreso de las Partes de someter el acuerdo arbitral al Derecho ecuatoriano; o como mínimo, existe una fuerte presunción de que ésta era la intención de las

Partes; y la elección de Santiago de Chile como sede del arbitraje no quebranta esta presunción³⁶².

327.

El Tribunal, por tanto, examinará a continuación la arbitrabilidad de la controversia bajo la perspectiva del Derecho ecuatoriano.

b. Arbitrabilidad conforme al Derecho ecuatoriano

328.

CELEC no disputa que, con carácter general, las entidades públicas ecuatorianas pueden someter un gran elenco de controversias surgidas a raíz de contratos públicos a arbitraje, tal como prevé la Constitución de la República del Ecuador en su Art. 190:

"Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.

En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley".

[Subrayado del Tribunal]

329.

Su postura es que el marco legal de contratación pública ecuatoriano establece ciertos límites, entre ellos, que la licitud de la terminación anticipada del Contrato (que es un acto administrativo) no pueda someterse a arbitraje.

330.

Inter Rao no comparte esta postura. Para las Demandantes, el régimen de contratación pública permite a las entidades públicas someter cualquier controversia relativa a los contratos públicos a arbitraje, sin limitación.

331.

Para resolver esta cuestión el Tribunal

- Realizará ciertas consideraciones generales sobre la arbitrabilidad de los actos administrativos en el Derecho ecuatoriano (i);

- Analizará la arbitrabilidad en el régimen de contratación pública de la LOSNCP (ii);

- Examinará la naturaleza transaccional de la terminación unilateral y anticipada (iii);

- Analizará la jurisprudencia de las Cortes ecuatorianas sobre la arbitrabilidad de la terminación unilateral de contratos públicos y otros actos administrativos (iv).

(i) Consideraciones generales

332.

La cuestión sobre la arbitrabilidad de los actos administrativos en el Ecuador ha sido una cuestión ampliamente debatida tanto en la doctrina como en la jurisprudencia ecuatorianas.

Existen dos corrientes:

333.

La primera defiende que las cuestiones de naturaleza contractual derivadas de los actos administrativos son arbitrables, reservando a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de cuestiones de legalidad administrativa o constitucional³⁶³:

"Este precedente plantea que cuando el objeto de la Litis de una acción arbitral se encuentren entrelazados aspectos de naturaleza contractual y otros relativos al control de legalidad de las actuaciones del Estado, la tutela efectiva de derechos que impone la Constitución a todos los órganos que administran justicia (artículo 24 numeral 17), –árbitros incluidos–, impide a éstos declararse incompetentes sin más. Los árbitros están llamados a aceptar su competencia para resolver las diferencias de orden contractual y a continuar el juicio arbitral exclusivamente sobre estos temas, pero a no aceptar lo que queda fuera de la jurisdicción convencional, es decir, los aspectos de control de constitucionalidad o de legalidad de actos administrativos o de los actos normativos". [Subrayado del Tribunal]

334.

La segunda es que la legalidad de los actos administrativos sí puede someterse a arbitraje. En la medida en que la Constitución de la República del Ecuador otorga a la administración la potestad de someterse a arbitraje, el único límite es el que pueda establecer la ley. Como ha señalado esta corriente doctrinal³⁶⁴:

"[...] conferida una potestad no hay que buscar en ella límite alguno; es la ley que regula la potestad, la que debe expresamente excluir determinados asuntos de su ejercicio y, si no lo hace, no pueden considerarse excluidos".

335.

Así se ha señalado que³⁶⁵:

"La Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCPP), que es la norma reina de la contratación pública, otorga la potestad a la Administración de someter a arbitraje disputas originadas de los contratos sometidos a dicha ley. Es más, esta ley va más allá al establecer, específicamente, la posibilidad de acudir al arbitraje en las controversias originadas, por ejemplo, en la imposición de multas o la terminación unilateral de contratos, todas ellas implementadas por actos administrativos".

(ii) La LOSNCPP

336.

El Contrato fue suscrito al amparo del RECEPI de los Art. 2.8 de la LOSNCPP y Art. 100 del Reglamento de la LOSNCPP, conforme al cual se aplica la LOSNCPP de forma supletoria en todo lo no regulado en el Contrato y la Carta de Intención³⁶⁶.

337.

El Art. 104 LOSNCPP expresamente autoriza que las entidades públicas y sus contrapartes acuerden el sometimiento a arbitraje de las controversias que surjan a raíz de los contratos suscritos al amparo de la LOSNCPP³⁶⁷:

"Art. 104.- Métodos Alternativos de Solución de Controversias.- De existir diferencias entre las partes contratantes no solventadas dentro del proceso de ejecución, podrán utilizar los procesos de mediación y arbitraje en derecho, que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula compromisoria respectiva". [Subrayado del Tribunal]

338.

CELEC argumenta que el Art. 104 LOSNCP sólo permite a las entidades públicas someter a arbitraje aquellas diferencias "dentro del proceso de ejecución". Para CELEC, esta disposición permite someter a arbitraje el cumplimiento de los derechos y obligaciones de las Partes durante la vigencia y ejecución del Contrato, pero excluye la terminación unilateral y anticipada declarada por la entidad contratante mediante acto administrativo. La Demandada precisa que el único cauce para impugnar la licitud de la terminación anticipada del contrato es la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con el Art. 105 LOSNCP.

339.

El Tribunal no está de acuerdo.

340.

Primero, la interpretación que hace la Demandada del Art. 104 LOSNCP no se ajusta al criterio de interpretación sistemática de la ley, establecido en el Art. 18.4 del CC368, que exige que las leyes se interpreten de forma armónica de manera que exista correspondencia entre ellas.

341.

El Reglamento de la LOSNCP, cuyo objeto es el "desarrollo y aplicación de la [LOSNCP]"³⁶⁹, establece en su Art. 161 una regulación mucho más precisa de la facultad de las entidades públicas para acordar convenios arbitrales en los contratos públicos, entre las que se contempla la arbitrabilidad de la "terminación" del contrato:

"Art. 161.- De la cláusula compromisoria.- En los contratos podrá incluirse la cláusula compromisoria a fin de someter a la decisión de árbitros las distintas diferencias que puedan surgir por razón de la celebración del contrato y de su ejecución, desarrollo, terminación o liquidación. El arbitraje será en derecho [...]"

342.

CELEC ha sugerido que el Art. 161 del Reglamento de la LOSNCP está "reñido" con la regulación de rango superior del Art. 104 LOSNCP, por lo que debe primar esta última³⁷⁰.

343.

El Tribunal no puede aceptar este argumento: el Art. 161 del Reglamento se limita a desarrollar el principio general establecido en la Ley, y no se aprecia contradicción alguna entre ambas normas.

344.

Segundo, CELEC incurre en una evidente contradicción al defender que, como el Art. 104 LOSNCP no incluye la palabra "terminación", ésta queda excluida del arbitraje. El Art. 104 LOSNCP tampoco incluye el término "interpretación", y sin embargo CELEC no disputa que la "interpretación" del Contrato es arbitrable y que, tal como lo recoge la Cláusula 29.3.1. del Contrato, las Partes acordaron someter sus controversias respecto a la "interpretación" del Contrato a arbitraje³⁷¹.

345.

Tercero, el Art. 105 LOSNCP, que CELEC invoca para defender la competencia exclusiva de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la terminación anticipada y unilateral, señala que: "Art. 105.- Instancia Única.- De surgir controversias en que las partes no concuerden someterlas a los procedimientos de mediación y arbitraje y decidan ir a sede judicial, el procedimiento se lo

ventilará ante los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo aplicando para ello la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa". [Subrayado del Tribunal]

346.

El Art. 105 LOSNCP no hace referencia alguna a que la terminación anticipada y unilateral sea una materia que exclusivamente deba ventilarse en sede judicial. El sentido natural y obvio³⁷² del Art. 105 LOSNCP indica que el único criterio que conduce a la jurisdicción ordinaria o arbitral es la voluntad de las partes: las únicas controversias que se cursarán ante los tribunales contencioso-administrativos serán aquéllas que las partes no "concurden someterlas a [...] arbitraje".

347.

Cuarto, la interpretación sistemática (prevista en el Art. 18.4 del CC) exige interpretar el Art. 104 LOSNCP a la luz de otros preceptos de la ley, que indican que la terminación unilateral del contrato sí es arbitrable. El Art. 95 LOSNCP, que regula la notificación y el trámite de la declaración unilateral anticipada de terminación, señala que:

"[...] La resolución de terminación unilateral no se suspenderá por la interposición de reclamos o recursos administrativos, demandas contencioso administrativas, arbitrales o de cualquier tipo o de acciones de amparo de parte del contratista".

348.

De la lectura de este precepto queda claro que la terminación anticipada y unilateral puede ser impugnada por la vía arbitral, si bien, no se suspenden sus efectos.

349.

Quinto, la terminación unilateral del contrato es una prerrogativa de la entidad pública que, en la mayoría de los escenarios, sólo puede ejercerse por incumplimientos contractuales o por impedimentos económicos o técnicos. El Art. 94 de la LOSNCP establece las causales de terminación unilateral:

"Art. 94.- Terminación Unilateral del Contrato.- La Entidad Contratante podrá declarar terminada anticipada y unilateralmente los contratos a que se refiere esta Ley, en los siguientes casos:

1. Por incumplimiento del contratista;
2. Por quiebra o insolvencia del contratista;
3. Si el valor de las multas supera el monto de la garantía de fiel cumplimiento del contrato;
4. Por suspensión de los trabajos, por decisión del contratista, por más de sesenta (60) días, sin que medie fuerza mayor o caso fortuito;
5. Por haberse celebrado contratos contra expresa prohibición de esta Ley;
6. En los demás casos estipulados en el contrato, de acuerdo con su naturaleza; y,

7. La Entidad Contratante también podrá declarar terminado anticipada y unilateralmente el contrato cuando, ante circunstancias técnicas o económicas imprevistas o de caso fortuito o fuerza mayor, debidamente comprobadas, el contratista no hubiere accedido a terminar de mutuo acuerdo el contrato. En este caso, no se ejecutará la garantía de fiel cumplimiento del contrato ni se inscribirá al contratista como incumplido".

350.

En este caso, CELEC declaró terminado unilateralmente el Contrato mediante la Resolución de Terminación invocando los Arts. 94(1) y (3) LOSNCP, es decir, alegando³⁷³:

- Incumplimiento del contratista; y

- Que el valor de las multas superaba el monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento.

351.

Las dos causales invocadas por CELEC para extinguir el Contrato conciernen derechos y obligaciones puramente contractuales, es decir, transigibles y, por tanto, arbitrables.

352.

Es más, aun si se admitiera ad arguendum la interpretación que hace CELEC del Art. 104 LOSNCP, la controversia surgió "dentro del proceso de ejecución" del Contrato y, por tanto, es susceptible de ser sometida a arbitraje. La propia CELEC reconoce la jurisdicción de este Tribunal sobre los incumplimientos³⁷⁴:

"La Demandada acepta que las controversias sobre la ejecución del Contrato abarcan las controversias sobre el incumplimiento de las respectivas obligaciones asumidas por las Partes bajo el Contrato".

353.

Tampoco existen dudas de que la imposición de multas es materia arbitrable, de acuerdo con el Art. 71 LOSNCP:

"Las multas impuestas al contratista pueden ser impugnadas en sede administrativa, a través de los respectivos recursos, o en sede judicial o arbitral". [Subrayado del Tribunal]

354.

Sexto, la interpretación que propugna CELEC llevaría a una necesaria escisión de la litis, en contra de los principios de continencia de la causa³⁷⁵, de concentración³⁷⁶ y economía procesal³⁷⁷, y seguridad jurídica³⁷⁸.

355.

Una misma disputa desembocaría en dos foros – el contencioso-administrativo y el arbitral – que conocerían de las mismas cuestiones, pudiendo llegar a soluciones contradictorias e irreconciliables.

(iii) La terminación unilateral del Contrato se puede transigir

356.

CELEC sostiene que la terminación anticipada y unilateral del Contrato no era potestativa, sino que operó de lege, sin que CELEC tuviese la facultad de mantener la vigencia del Contrato. Para

CELEC, la terminación unilateral del Contrato es un acto administrativo no transigible y, por tanto, no susceptible de ser sometido a la jurisdicción arbitral.

357.

El Tribunal no está de acuerdo.

358.

En la Resolución de Terminación CELEC adujo que el incumplimiento principal de Inter Rao había sido el del plazo contractual, vencido el 12 de junio de 2016.

359.

La posición de CELEC de que la terminación unilateral era imperativa e irrenunciable contrasta con su conducta anterior, en una situación en la que el plazo contractual ya había vencido.

360.

El plazo original del Contrato era el 20 de mayo de 2015³⁷⁹.

361.

A febrero de 2015 Inter Rao había culminado el 51,97% de las obras electromecánicas e hidráulicas del Proyecto³⁸⁰.

362.

En septiembre de 2015 la Contraloría General del Estado emitió un informe sobre el avance del Proyecto, señalando en numerosas instancias los incumplimientos de Inter Rao de sus obligaciones y constatando que el plazo contractual había concluido, sin que las Partes hubiesen acordado su extensión³⁸¹.

363.

A pesar de estas circunstancias, CELEC no optó por declarar unilateral y anticipadamente la terminación del Contrato; más bien, se inclinó por negociar nuevos cronogramas de trabajo y alcance de las obras, y establecer un nuevo plazo contractual para Inter Rao. Y el 25 de octubre 2015 CELEC e Inter Rao acordaron un nuevo plazo contractual en la Adenda No. 5382.

(iv) Jurisprudencia

364.

Las Partes han invocado jurisprudencia de las Cortes y tribunales arbitrales ecuatorianos relativos a la terminación unilateral y anticipada de contratos públicos.

La Corte Nacional de Justicia

365.

El caso Ing. Marco Fidel Oyarvide c. Fondo de Inversión Social de Emergencia (FISE) concierne dos contratos administrativos de servicios de consultoría al amparo de la Ley de Contratación Pública³⁸³, que contenían cláusula arbitral. El FISE declaró la terminación unilateral y anticipada de los contratos y el Ing. Oyarvide impugnó esta decisión administrativa ante el Tribunal Contencioso-Administrativo No. 3 de Cuenca. Al tratarse de contratos públicos, en dicho contencioso se personó la PGE³⁸⁴. El Tribunal Contencioso-Administrativo No. 3 de Cuenca aceptó la objeción del FISE y de la PGE de que la controversia debía resolverse mediante arbitraje, señalando que³⁸⁵:

"El acto administrativo que se impugna obedece y tiene como antecedente el incumplimiento del contrato firmado [...]"

Surgida la controversia no existe a juicio del juzgador otra vía que el someter el acto administrativo dictado por el Gerente General del FISE, la terminación unilateral anticipada del

contrato a la instancia pactada en el convenio, que no es otra que el sistema de arbitraje y el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de la ciudad de Quito; y, el laudo que se dicte. Así mismo por voluntad de las partes y por mandato legal tiene efecto de sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada".

366.

El Ing. Oyarvide impugnó en casación los autos de desistimiento y la Corte Nacional de Justicia rechazó el recurso, haciendo las siguientes precisiones sobre la naturaleza de la terminación unilateral y anticipada del contrato público:

"[...] la doctrina ha señalado que en la celebración de un contrato, el Estado se convierte en 'parte', que lo pone en un cierto pie de igualdad con el contratista. No obstante, el Estado se reserva ciertas prerrogativas de la potestad pública tales como: la terminación unilateral y anticipada del contrato y la declaración unilateral de incumplimiento y consecuente aplicación de sanciones"³⁸⁶

"[...] no obstante, existen derechos contractuales susceptibles de ser transigidos, y por ende idóneos para ser discutidos a la luz del arbitraje. Por lo que, suscitadas las diferencias entre las partes, surge el arbitraje como un método adversarial y adjudicativo, en el cual el tercero neutral por expresa voluntad de las partes contratantes, impone una solución al problema planteado mediante la expedición de un laudo arbitral, igual en sus efectos a una sentencia judicial"³⁸⁷.

367.

La Corte concluyó que la disputa sobre la terminación unilateral del contrato tenía "naturaleza contractual"³⁸⁸ y, por lo tanto, debía resolverse a través del arbitraje pactado por las partes³⁸⁹.

La Corte Provincial de Pichincha

368.

El caso Arq. Luis Ricardo Moreano c. Unidad Transitoria de Gestión Emergente para la construcción y puesta en funcionamiento de los centros de rehabilitación social, también concierne un contrato administrativo público con cláusula arbitral, al que la entidad pública puso término mediante declaración unilateral anticipada.

369.

El Arq. Moreano inició el arbitraje correspondiente, solicitando que el tribunal arbitral declarase la ilegalidad del acto administrativo donde se decretaba la terminación unilateral anticipada del contrato. El tribunal aceptó la demanda y declaró la ilegalidad de la terminación³⁹⁰.

370.

El Ministerio de Justicia y la PGE plantearon la acción de nulidad del laudo, invocando el Art. 31.d) de la Ley de Arbitraje y Mediación de Ecuador, argumentando que el laudo resolvía "cuestiones no sometidas al arbitraje"³⁹¹. En primera instancia, el Presidente de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha declaró la nulidad del laudo, no sobre la base invocada, sino por aplicación de otro motivo de anulación no alegado por las partes³⁹².

371.

El Arq. Moreano planteó recurso de apelación, al que la PGE se adhirió, por considerar que la primera instancia no había resuelto sus alegaciones de que el tribunal había excedido su competencia por considerar "materias no transigibles", y solicitó al Tribunal de Alzada – la Sala Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha – que resolviese esta cuestión³⁹³.
372.

En su sentencia de enero de 2020 la Corte Provincial de Justicia de Pichincha rechazó el argumento de la PGE de que el tribunal arbitral no tenía competencia para declarar la ilegalidad del acto administrativo de terminación unilateral del contrato³⁹⁴

"Como ocurre en el presente caso, donde la controversia ha surgido de una relación contractual, por lo que consideramos, sobre la base de las disposiciones constitucionales, legales y contractuales citadas, que nos encontramos ante una materia transigible".

373.

La Corte hizo expresa referencia a la Ley de Contratación Pública vigente en el momento de la disputa – y cuyo articulado en lo que aquí respecta es muy similar a la actual LOSNCP³⁹⁵: "Finalmente, y en concordancia con los cuerpos legales citados, la Ley de Contratación Pública, aplicable al presente caso, por tratarse de una controversia derivada de un contrato celebrado bajo el ámbito y regulaciones de este cuerpo normativo vigente a la época de contratación, a la que se han sometido los contratantes, señala en el Capítulo IX "DE LAS CONTROVERSIAS", en su Art. 108 "DE LA COMPETENCIA Y EL PROCEDIMIENTO" que: 'De existir dificultades no solventadas dentro del este proceso de ejecución tanto con el contratista, como con el contratante o de ambas partes, o de común acuerdo, podrán utilizar los procesos de arbitraje y mediación que lleven a solucionar sus diferencias, de conformidad con la cláusula establecida en el contrato'. Habiendo contemplado en el Art. 104 los casos de terminación unilateral de los contratos, que es el tema en discusión". [Subrayado del Tribunal]

374.

La Corte acogió el recurso de apelación del Arq. Moreano, rechazó el de la PGE, y revocó la sentencia de primera instancia desechando así la acción de nulidad³⁹⁶.

Jurisprudencia relacionada con multas administrativas

375.

Para sustentar su posición en este arbitraje CELEC ha invocado dos sentencias de anulación de laudo arbitral, emitidas en primera instancia por el Presidente de la Corte Provincial de Pichincha.

376.

El primero es el caso Compañía Cotecna Inspection S.A. c. Servicio Nacional de Aduana del Ecuador (SNAE), relativo a un contrato de prestación de servicios de inspección aduanera. El contrato preveía la posibilidad de que el Ministerio de Finanzas impusiese multas por incumplimiento de las obligaciones contractuales y a su vez una cláusula arbitral, que permitía la impugnación de las multas a través del arbitraje³⁹⁷.

377.

Cotecna demandó en arbitraje la ilegalidad de una de estas multas impuestas, y el tribunal arbitral le dio la razón. EL SNAE solicitó la anulación del laudo y el Presidente de la Corte Provincial de Pichincha anuló un laudo arbitral, señalando³⁹⁸:

"Consecuentemente las partes sometieron las objeciones a la aplicación de la multa derivada del contrato al procedimiento arbitral. Por principio de orden público el acto administrativo [...] no pudo ser impugnado u 'objetado' en sede arbitral, aun cuando las partes hubieran previsto convencionalmente esta posibilidad, pues lo acordado contraviene las disposiciones de los artículos 191 in. 3 y 196 de la Constitución Política de 1998 [...] y 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación [...]"

De lo dicho se desprende que no pueden someterse a la jurisdicción convencional las controversias no susceptibles de transacción, como ocurre con la imposición de una multa por parte de un funcionario público, porque la multa es la consecuencia del ejercicio una potestad pública derivada del supuesto incumplimiento de un contrato, a través del cual el Estado delegó a una persona jurídica una parte de sus facultades en el control de mercadería para la verificación y certificación del valor y demás características de las mercaderías de importación o de exportación. La empresa Cotecna fue seleccionada para que actuara en el área de inspección previa a la expedición o verificación de las mercancías en el puerto de embarque, para la constatación de su calidad, cantidad, precio, y determinación provisional de la clasificación arancelaria, valor aduanero y de los tributos al comercio exterior, de acuerdo con los términos y condiciones determinado en el Decreto Ejecutivo número 698, de 19 de septiembre de 1997, con vigencia en la fecha de celebración del contrato. Por tanto no se trata de una simple multa, estipulada contractualmente con los efectos de una cláusula penal, sino que es un acto administrativo efectuado en el ejercicio de la función pública administrativa y, por tanto, impugnable únicamente en sede administrativa o judicial".

378.

El Tribunal no considera que dicha sentencia sea aplicable a este caso por las siguientes razones:

- Primero, se trata de una multa impuesta por el Ministerio de Finanzas, que no era parte contractual; y

- Segundo, la multa se impone en virtud de las facultades del Ministerio de Finanzas, de conformidad con el Decreto Ejecutivo número 698, de 19 de septiembre de 1997.

379.

El otro caso que invoca CELEC es Arcotel c. Otecel, en el que la concesionaria del servicio de telecomunicaciones, OTECEL, impugnó una resolución administrativa de 2015 que requería el pago de una multa.

380.

El procedimiento sancionatorio tuvo su origen durante la vigencia del primer contrato de concesión de 1993 entre SUPERTEL (antecesora de ARCOTEL) y OTECEL, que sólo tenía una cláusula arbitral para resolver disputas de carácter técnico, reservando a la jurisdicción ordinaria las disputas contractuales³⁹⁹. En este contexto, SUPERTEL emitió una resolución que imponía una multa a OTECEL por una infracción de la Ley Especial de Telecomunicaciones al haber cobrado tarifas de telefonía móvil de forma redondeada⁴⁰⁰. Aparentemente, OTECEL no atendió dicho pago.

381.

En 2008, las partes renovaron el contrato de concesión (esta vez ARCOTEL sustituyendo a la extinta SUPERTEL), que sí tenía cláusula de arbitraje para las controversias contractuales.
382.

En 2015 se aprobó la Ley Orgánica de Telecomunicaciones, que en su Disposición Transitoria Novena estipuló que:

"Las empresas operadoras CONECEL S.A. y OTECEL, S.A., dentro del plazo de noventa días contados a partir de la fecha de publicación de la presente Ley en el Registro Oficial, teniendo como antecedentes las resoluciones emitidas por la extinguida [SUPERTEL] relacionadas con las sanciones impuestas por cobrar a sus abonados por la prestación de telefonía móvil celular, tarifas con facturación redondeada [...] deberán transferir dichos valores más los intereses legales a la [ARCOTEL], a fin de que los mismos ingresen al Presupuesto General del Estado [...]"

383.

En aplicación de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones ARCOTEL emitió la resolución de 2015, para recaudar la multa impuesta 15 años atrás y no satisfecha.

384.

OTECEL impugnó en vía arbitral, invocando la cláusula arbitral del contrato de concesión de 2008.

385.

En el procedimiento de anulación, el Presidente de la Corte de Pichincha primero tomó nota de que los hechos en los que se fundaba el procedimiento sancionador habían tenido lugar durante la vigencia del Contrato de 1993, en el que las partes no habían pactado cláusula arbitral (excepto para resolver disputas técnicas)⁴⁰¹:

"[...] el Contrato de Concesión [...] de 1993 [...] prevé en su cláusula décimo séptima la posibilidad de someter a arbitraje aquellas controversias surgidas entre las partes y que tengan su origen en circunstancias de orden técnico [...] dejando para la justicia ordinaria aquellas controversias que surjan en la interpretación y aplicación de las cláusulas contractuales [...] por lo que al amparo de este contrato no habría lugar al sometimiento de las partes a un Tribunal de Arbitraje.

"Ahora bien, la controversia sometida a decisión del Tribunal Arbitral, tiene su origen en la ejecución de la Resolución No. 0451 de 10 de octubre de 2000 mediante la cual la [SUPERTEL], ordena la reparación de los daños ocasionados por la operadora, por el "redondeo tarifario" efectuado en el periodo comprendido entre los años 1999 a 2000 y que ha servido como antecedente para la emisión del Oficio No. ARCOTEL [...] de 5 de octubre de 2015 conforme lo advierte la disposición transitoria novena de la Ley Orgánica de Telecomunicaciones [...]"

386.

El Presidente de la Corte además tuvo en cuenta la naturaleza administrativa del procedimiento sancionador, y mandato por Ley Orgánica sobre el cual ARCOTEL emitió la resolución que OTECEL impugnaba⁴⁰²:

"El acto unilateral por el cual ARCOTEL solicita a OTECEL el pago [...] tiene como antecedentes las resoluciones emitidas por la extinguida [SUPERTEL] y la propia Ley Orgánica de

Telecomunicaciones-LOT constituye un acto administrativo emitido dentro de la actividad jurídica de la administración [...] efectuada en el ejercicio de la función administrativa [...]".

387.

El Presidente de la Corte concluyó que⁴⁰³:

De lo dicho se desprende que no pueden someterse a la jurisdicción convencional las controversias no susceptibles de transacción, como ocurre con la recaudación de valores que se originaron en la imposición de una multa por parte de un funcionario público, porque es la consecuencia del ejercicio [de] una potestad pública derivada del supuesto incumplimiento de un contrato, a través del cual el Estado delegó a una persona jurídica la prestación de los servicios de telecomunicaciones [...]

Por tanto no se trata de una simple recaudación de valores impuestos por concepto de multas, estipulada contractualmente con los efectos de una cláusula penal, sino que es un acto administrativo efectuado en ejercicio de la función administrativa y, por tanto, impugnabile únicamente en sede administrativa o judicial [...]".

388.

El Tribunal no está convencido de que estos casos sobre multas administrativas sean aplicables a la determinación de la arbitrabilidad de la terminación unilateral del Contrato.

* * *

389.

En vista de lo anterior, el Tribunal concluye que las pretensiones de Inter Rao relativas a la terminación unilateral del Contrato y sus consecuencias son arbitrables desde la perspectiva del Derecho ecuatoriano.

3.3 El consentimiento a arbitraje en la Cláusula 29.3

390.

La Cláusula 29.3.1 contiene el acuerdo de las partes de someter a arbitraje sus diferencias relativas al Contrato – la que ha sido transcrita en el parágrafo 12 supra.

391.

Las Partes discuten si mediante esta cláusula arbitral acordaron someter las controversias relativas a la terminación unilateral del Contrato a arbitraje, tal como señala Inter Rao; o si, por el contrario, decidieron excluir esta posibilidad, reservando su conocimiento a la jurisdicción contencioso-administrativa, tal como sostiene CELEC.

392.

Para resolver esta cuestión el Tribunal

- establecerá las reglas aplicables a la interpretación de la cláusula arbitral (A.);
- aplicará los criterios de interpretación a la Cláusula 29.3 del Contrato (B.);
- resumirá cómo han interpretado las Cortes ecuatorianas cláusulas arbitrales similares (C.);
- rechazará los argumentos ancilares de CELEC (D.); y

- formulará ciertas consideraciones finales sobre el consentimiento a arbitraje y la reconvencción de CELEC (E.).

A. Reglas aplicables a la interpretación de la cláusula arbitral

393.

El Tribunal ya ha establecido que la ley aplicable a la cláusula arbitral es el Derecho ecuatoriano⁴⁰⁴. La Cláusula 4.1 del Contrato recoge determinadas reglas para su interpretación:

"4.1 Interpretación: Los términos del Contrato deben interpretarse en su sentido literal, a fin de revelar claramente la intención de los contratantes. En todo caso su interpretación sigue las siguientes normas:

(a) Cuando los términos estén definidos en, este Contrato, se atenderá a su tenor literal.

(b) Si no están definidos se estará a lo dispuesto en el Contrato en su sentido natural y obvio, de conformidad con el objeto contractual y la intención de los contratantes. De existir contradicciones entre el Contrato y los documentos del mismo, prevalecerán las normas del Contrato.

(c) El contexto servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía.

(d) En su falta o insuficiencia se aplicarán las normas contenidas en el Título XIII del Libro IV de la codificación del Código Civil de la República del Ecuador de la Interpretación de los Contratos".

B. Aplicación de los criterios de interpretación

a. La intención de las Partes (Cláusula 4.1 y Art. 1576 CC)

394.

La regla general de interpretación contractual recogida en el Art. 1576 del Código Civil establece la prevalencia de la voluntad real de las partes sobre lo expresado en los términos literales del contrato⁴⁰⁵:

"Art. 1576. Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras".

395.

A su vez, la Cláusula 4.1 del Contrato también recoge el principio de subordinación del criterio de interpretación literal a la intención de las Partes:

"Interpretación: Los términos del Contrato deben interpretarse en su sentido literal, a fin de revelar claramente la intención de los contratantes".

396.

Las Partes difieren sobre cuál fue la intención común al acordar la cláusula arbitral: para CELEC, la voluntad de las Partes era excluir el sometimiento a arbitraje las disputas relativas a la terminación anticipada y unilateral del Contrato; para Inter Rao, la intención de las Partes era su inclusión.

397.

El Tribunal acepta pro tem que la intención de las Partes no es "[c]onocida claramente", en vista de las posiciones sostenidas por cada Parte en este arbitraje, y debe recurrir a los demás criterios de interpretación del Contrato y del CC.

b. El sentido literal (Cláusula 4.1 y Art. 1576 CC)

398.

Cuando la intención de las Partes no es "[c]onocida claramente", el Tribunal debe acudir al criterio de interpretación literal de los términos.

399.

Para fundamentar sus respectivas interpretaciones, las Partes se han centrado en discutir el sentido literal de los siguientes términos de la cláusula arbitral⁴⁰⁶:

"Si se suscitaren divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente Contrato [...] deberán utilizar los métodos alternativos para la solución de controversias en Arbitraje [...]".

400.

CELEC sostiene que, mediante el uso de los términos "interpretación" y "ejecución", las Partes acordaron someter a arbitraje exclusivamente⁴⁰⁷:

- La determinación y alcance de las disposiciones contractuales; y

- El cumplimiento o incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

401.

Para CELEC, los términos "interpretación" y "ejecución" no comprenden la terminación unilateral del Contrato ni el reclamo de daños y perjuicios derivados de la terminación.

402.

Inter Rao no está de acuerdo: para las Demandantes, la terminación del Contrato forma parte intrínseca de su "ejecución", pues para declarar la terminación unilateral, CELEC debe establecer que Inter Rao ha incumplido sus obligaciones contractuales, es decir, si ha "ejecutado" debidamente el Contrato⁴⁰⁸.

403.

El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico de la Real Academia Española contiene 11 acepciones para el término "ejecución", de las cuales una está relacionada con el significado que las Partes discuten⁴⁰⁹:

"ejecución: [...] 5. cumplimiento voluntario de una sentencia, acto administrativo, contrato, laudo, etc".

404.

Para CELEC, la ejecución comprendería el "cumplimiento voluntario" de todas las obligaciones contractuales, con exclusión de la prerrogativa de la Demandada de poner fin unilateralmente al

Contrato. Para Inter Rao, el ejercicio de la terminación unilateral por parte de CELEC conllevaría el "cumplimiento voluntario" de una disposición contractual – la Cláusula 22.4 sobre terminación unilateral – por lo que entraría dentro del alcance de la cláusula arbitral.

Decisión del Tribunal

405.

El Tribunal se decanta por la interpretación de las Demandantes.

406.

El sentido literal del término "ejecución" comprende el "cumplimiento voluntario [...] del contrato", es decir, la observancia o puesta en práctica de cualquiera de sus disposiciones por las Partes; esto incluye el ejercicio de la Cláusula 22.4 que regula la terminación del Contrato:

"El Contrato termina:

[...]

22.4. Por declaración anticipada y unilateral de la CONTRATANTE en caso de incumplimiento por el CONTRATISTA de sus obligaciones, si tal incumplimiento sirve de base para la rescisión del Contrato".

407.

Por lo tanto, el ejercicio de esta prerrogativa contractual por parte de CELEC debe entenderse comprendida dentro del alcance de la Cláusula 29.3.1.

c. El sentido natural y obvio de conformidad con el objeto del Contrato (Cláusula 4.1(b) y Art. 1579 CC)

408.

La Cláusula 4.1(b) señala que, tratándose de términos no definidos en el Contrato, como los son las "divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente Contrato"⁴¹⁰:

"[...] se estará a lo dispuesto en el Contrato en su sentido natural y obvio, de conformidad con el objeto contractual y la intención de los contratantes [...]". [Subrayados del Tribunal]

409.

De forma similar, el Art. 1579 del CC señala que:

"En los casos en que no apareciere voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que más bien cuadre con la naturaleza del contrato".

410.

La Cláusula 5 del Contrato dispone que el "Objeto del Contrato" es el "Suministro de los equipos Electromecánicos e Hidromecánicos para el Proyecto"⁴¹¹ y el "montaje, pruebas en sitio, puesta en servicio y entrega en perfecto funcionamiento del Proyecto"⁴¹².

411.

Se trata de un Contrato entre una entidad rusa, como parte Contratista, y de la otra parte, la entidad estatal ecuatoriana CELEC, como parte Contratante⁴¹³, cuyo objeto es el "Suministro de los equipos Electromecánicos e Hidromecánicos para el Proyecto"⁴¹⁴ y el "montaje, pruebas en sitio, puesta en servicio y entrega en perfecto funcionamiento del Proyecto"⁴¹⁵. Las Partes

acordaron que su ejecución se realizara en "condiciones 'LLAVE EN MANO'"⁴¹⁶, por un precio fijo⁴¹⁷ y sujeto a plazo⁴¹⁸.

412.

La Cláusula 22 recoge las causales de terminación del Contrato, entre las que se encuentra la terminación:

"22.4. Por declaración anticipada y unilateral de la CONTRATANTE en caso de incumplimiento por el CONTRATISTA de sus obligaciones, si tal incumplimiento sirve de base para la rescisión del Contrato".

413.

Para CELEC, el sentido natural y obvio del convenio arbitral acordado en un contrato público es excluir las controversias sobre la terminación unilateral porque ese tipo de disputas no pueden someterse a arbitraje conforme al régimen de contratación pública del Ecuador⁴¹⁹.

414.

El Tribunal ya ha rechazado el argumento de que las disputas relativas a la terminación unilateral no son arbitrables; CELEC no ha demostrado que durante la negociación del Contrato las Partes tuvieran en mente que la terminación unilateral del Contrato no fuera arbitrable.

415.

Todo lo contrario: atendiendo al objeto del Contrato y su naturaleza, el Tribunal considera que el sentido natural y obvio del convenio arbitral es el de abarcar todas las controversias de naturaleza contractual, como lo es la terminación anticipada y unilateral, que no es más que la rescisión del Contrato por la Contratante por incumplimientos del Contratista.

416.

El Tribunal no concibe que las Partes tuvieran la intención de someter a arbitraje los incumplimientos contractuales de Inter Rao; y a la vez, someter a la jurisdicción contencioso-administrativa la terminación unilateral y anticipada fundamentada en incumplimientos contractuales de Inter Rao.

d. Interpretación sistemática (Cláusula 4.1(c) y Art. 1580 CC)

417.

El Art. 1580 del CC establece el criterio de interpretación sistemática:

"Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad".

418.

Este mismo principio está recogido en la Cláusula 4.1(c) del Contrato, que dispone que:

"El contexto servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía".

419.

La interpretación de que el convenio arbitral cubre las controversias sobre la terminación unilateral del Contrato también se deduce de la Cláusula 29.4.7 del Contrato, en la que las Partes manifiestan su intención de renunciar a cualquier otro foro de resolución de disputas – incluido el contencioso-administrativo:

"29.4.7. Las partes renuncian fuero, domicilio, privilegios diplomáticos, la jurisdicción ordinaria de sus respectivos países y se obligan a acatar el laudo que expida el Tribunal Arbitral".

420.

Para el Tribunal, la Cláusula 29.4.7 del Contrato establece una renuncia general, es decir, de cualquier controversia entre las partes, a las Cortes ecuatorianas.

421.

La interpretación de las Cláusulas 29.3.1 y 29.4.7 en su conjunto, llevan a la conclusión de que la intención de las Partes era establecer la jurisdicción exclusiva del Tribunal Arbitral para resolver sus controversias contractuales.

C. Interpretación de las cláusulas arbitrales por las Cortes ecuatorianas

422.

Las Partes han aportado al expediente numerosas sentencias de las Cortes ecuatorianas en las que se analiza e interpreta el convenio arbitral subyacente a controversias surgidas a raíz de los contratos públicos.

423.

Antes de entrar a analizar cada caso, el Tribunal toma nota de que la Corte Nacional de Justicia ha confirmado el principio pro arbitri, señalando que⁴²⁰:

"[...] los operadores jurídicos deben adoptar la interpretación que más favorezca al arbitraje al analizar disposiciones normativas y/o supuestos de hecho, y por tanto, cualquier duda debe ser resuelta favoreciendo el hecho de que la controversia suscitada sea resuelta mediante arbitraje".

424.

En el caso Ing. Marco Fidel Oyarvide c. Fondo de Inversión Social de Emergencia (FISE), la Corte Nacional analizó la cláusula arbitral del contrato público, cuyo literal señalaba⁴²¹:

"Arbitraje: De no existir entendimiento después de diez (10) días desde el inicio de las negociaciones directas [...] las partes acuerdan someter las controversias al sistema de arbitraje y al Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de la ciudad de Quito [...]".

425.

La Corte Nacional resolvió que⁴²²:

"Del texto transcrito se evidencia que en el contrato de consultoría mencionado no se realizó exclusión alguna respecto de que determinadas controversias no se sometían a arbitraje; por tanto, es evidente que todos los conflictos derivados de aspectos de naturaleza contractual, deberán resolverse a través del antes referido método alternativo de solución de conflictos".

426.

En este caso, la cláusula arbitral era amplia; si bien la Corte enfatizó que no habiendo "exclusión" expresa de determinadas controversias, no puede entenderse como hecha.

427.

En el caso Arq. Luis Ricardo Moreano c. Unidad Transitoria de Gestión Emergente para la Construcción y Puesta en Funcionamiento de los Centros de Rehabilitación Social, la cláusula en cuestión rezaba⁴²³:

"23.01. Si se suscitaren divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del presente contrato, las partes tratarán de llegar a un acuerdo que soluciones el problema. 23.02. De no obtenerse el acuerdo del caso, las partes acuerdan libre y voluntariamente que someterán el asunto controvertido a los procesos de mediación y arbitraje [...]". [Subrayado del Tribunal]

428.

Se trata de una cláusula arbitral idéntica en lo que aquí respecta a la Cláusula 29.3.1 del Contrato. Como se ha discutido antes, en el caso Arq. Luis Ricardo Moreano se discutía la competencia del tribunal arbitral para conocer una controversia relativa a la terminación unilateral del contrato público. Al interpretar la cláusula arbitral, la Corte Provincial de Pichincha concluyó que⁴²⁴:

"La terminación unilateral del contrato [...] se encuentra comprendida en la cláusula arbitral".

429.

El Tribunal por tanto confirma que su interpretación de la Cláusula 29.3.1 del Contrato es congruente con los principios y criterios interpretativos que las Cortes ecuatorianas emplean en la interpretación de cláusulas arbitrales en contratos públicos.

D. Argumentos adicionales de CELEC

430.

CELEC ha presentado dos argumentos ancilares para sustanciar su interpretación del alcance del convenio arbitral, que el Tribunal tratará a continuación.

a. El dictamen de la PGE

431.

El 19 de Octubre de 2010 la PGE emitió su informe favorable respecto al convenio arbitral del Contrato, sujeto a dos modificaciones, una de las cuales tenía como propósito precisar el alcance del acuerdo arbitral. La PGE señaló que⁴²⁵:

"Asimismo deberán eliminarse, en el inciso tercero de la cláusula 29.3.1, la frase: 'En caso de cualquier controversia futura relacionada directa o indirectamente con el presente contrato'; y, el texto completo de la cláusula 29.4.9 del Contrato, dado que generarían una confusión respecto de la voluntad de las partes de someter sus controversias relativas a la interpretación o ejecución del Contrato a arbitraje"⁴²⁶.

432.

CELEC argumenta que la PGE rechazó los términos originales del convenio arbitral, instando a las Partes a restringir su ámbito a las "controversias relativas a la interpretación o ejecución del Contrato"⁴²⁷.

433.

El Tribunal no está convencido de este argumento, por los siguientes motivos:

- Primero, el dictamen de la PGE no forma parte del Contrato⁴²⁸, por lo que carece de la fuerza probatoria que CELEC pretende adjudicarle para establecer la intención común de las Partes;

- Segundo, de los propios términos del dictamen no puede deducirse que la PGE deseara excluir las controversias sobre la terminación unilateral; como se ha señalado antes, el término

"ejecución" comprende la terminación del contrato, y no hay razón para entender que la PGE concibiese dicho término de otra forma;

- Tercero, la preocupación de la PGE se centra en la referencia a "cualquier controversia futura relacionada directa o indirectamente con el presente contrato"⁴²⁹. Para la PGE, lo relevante era excluir esta referencia a "controversias indirectas" – algo a lo que la Demandante se avino.

b. La vía diplomática

434.

La Cláusula 29.1 del Contrato establece lo siguiente:

"29.1. Ley Aplicable

La legislación aplicable a este Contrato es la Ecuatoriana. En consecuencia, el CONTRATISTA renuncia a utilizar la vía diplomática para todo reclamo relacionado con este Contrato. Si el CONTRATISTA incumpliere este compromiso, la CONTRATANTE podrá dar por terminado unilateralmente el Contrato y hacer efectiva[s] las garantías".

435.

CELEC alega que en 2018 Inter Rao acudió a la vía diplomática para solucionar la controversia relativa a la terminación unilateral del Contrato. Para CELEC, esta conducta refleja la noción de Inter Rao de que la terminación unilateral quedaba fuera del alcance del convenio arbitral⁴³⁰.

436.

El Tribunal no está de acuerdo con la Demandada.

437.

El 14 de mayo de 2018 tuvo lugar una reunión de la Comisión Intergubernamental Ruso-Ecuatoriana para la Cooperación Económica Comercial⁴³¹. En dicha reunión, los representantes de Rusia y Ecuador trataron una variedad de cuestiones comerciales y de cooperación de los Estados en los ámbitos de energía eléctrica, petróleo y gas, y energía nuclear. Entre los temas tratados se discutió la situación del Proyecto Toachi-Pilatón, respecto del cual⁴³²:

"[...] recomendaron a 'INTER RAO-Export S.R.L. y a CELEC P.P. hasta el fin del mes de mayo de 2018 aprobar y presentar al Centro de Mediación de la Procuraduría General del Estado las propuestas para dar solución a la situación actual [...]".

438.

El Tribunal considera perfectamente natural que la cuestión del Proyecto Toachi-Pilatón, que involucraba a dos empresas estatales, fuera un tema de discusión del grupo intergubernamental encargado de la cooperación económica entre los Estados.

439.

Los representantes de los Estados precisamente se limitaron a recomendar a CELEC e Inter Rao que acudieran a los cauces previstos en el propio Contrato para dar solución a la controversia: tomando en consideración que la "legislación aplicable a este Contrato es la Ecuatoriana" y que conforme a la Cláusula 29.3.1 el primer paso para resolver la disputa es la "Negociación", los Estados recomendaron a CELEC e Inter Rao acudir a la mediación de la Procuraduría General del Estado de Ecuador.

440.

La recomendación de los Estados de acudir a la mediación y el hecho de que las Partes efectivamente se sometieran a la mediación como paso previo para resolver la controversia sobre la terminación unilateral, confirma que se trataba de una controversia contractual cubierta por la cláusula 29.3.1 del Contrato.

E. La reconvencción de CELEC

441.

CELEC ha formulado una demanda reconvenccional, pidiendo al Tribunal que

"Declare que las Demandantes incumplieron el Contrato, y que en consecuencia condene solidariamente a las Demandantes a indemnizar los perjuicios ocasionados a CELEC EP [...]".

442.

En sus Memoriales, CELEC desarrolla su posición sobre el incumplimiento contractual de Inter Rao, aduciendo las mismas causales invocadas que fundamentaron la Resolución de Terminación (incumplimiento del plazo, falta de presentación y actualización de cronogramas, incumplimiento de la obligación de mantenimiento y reparación de equipos, falta de poder suficiente de los gerentes de Inter Rao, etc.); y solicita una indemnización sobre la base del Art. 95 de la LOSNCP y el Código Civil.

443.

La Demandada sostiene que no hay contradicción o incompatibilidad entre su reconvencción y su objeción jurisdiccional.

444.

El Tribunal no está de acuerdo.

445.

El escenario que CELEC defiende no es jurídica ni lógicamente admisible: el Tribunal no puede tener competencia para conocer la pretensión de CELEC consistente en una declaración de que Inter Rao incumplió el Contrato y a su vez no tener competencia para conocer la pretensión de las Demandantes de que Inter Rao sí cumplió el Contrato y que CELEC no tenía derecho a rescindirlo.

446.

Si el Tribunal tiene competencia para conocer los incumplimientos de Inter Rao que CELEC aduce, y determina que Inter Rao no incumplió sus obligaciones, el Tribunal también tiene competencia para determinar si la rescisión del Contrato por parte de CELEC estaba debida o indebidamente fundamentada en incumplimientos contractuales.

3.4 Conclusión

447.

El Tribunal ha analizado las dos objeciones jurisdiccionales de la Demandada:

- Que la controversia relativa a la terminación anticipada y unilateral del Contrato no es susceptible de ser sometida a arbitraje; y

- Que las Partes excluyeron las disputas sobre la terminación anticipada y unilateral del alcance del acuerdo arbitral de la cláusula 29.3 del Contrato.

448.

El Tribunal ha concluido que:

- La lex arbitri establece el principio de libre disposición, por el que cualquier disputa jurídica es susceptible de ser sometida a arbitraje, siempre que no haya una prohibición expresa de la ley; el ordenamiento jurídico chileno no sólo no prohíbe el arbitraje de disputas relativas a contratos públicos, sino que expresamente regula esta posibilidad, y permite a las entidades públicas someter a arbitraje las controversias relativas a la rescisión o terminación de los contratos públicos;

- El Derecho ecuatoriano – que es la ley aplicable al Contrato y al convenio arbitral – también permite someter a arbitraje las disputas de "naturaleza contractual"⁴³⁴ surgidas a raíz de contratos públicos; las Cortes ecuatorianas han confirmado en numerosas ocasiones que la terminación unilateral y anticipada de contratos públicos sujetos a la LOSNCP es arbitrable;

- El convenio arbitral de la Cláusula 29.3 del Contrato que recoge el acuerdo de las Partes de someter a arbitraje las "divergencias o controversias en la interpretación o ejecución del Contrato" comprende la terminación anticipada y unilateral declarada por la Contratante; esta interpretación es la misma que han empleado las Cortes ecuatorianas en casos que concernían contratos públicos sometidos a la LOSNCP con cláusulas arbitrales idénticas, en los que se discutía la terminación anticipada y unilateral del Contrato.

449.

En este caso, la controversia relativa a la terminación unilateral y anticipada del Contrato es de "naturaleza contractual". La pretensión de las Demandantes es que el Tribunal⁴³⁵ "Declare que la Demandada no tenía derecho a resolver el Contrato, y que al pretender hacerlo, incumplió el Contrato";

"Otorgue a las Demandantes una compensación por daños y perjuicios causados como consecuencia de la resolución contractual [...]".

450.

Por su parte, CELEC argumenta que sí tenía derecho a rescindir el Contrato por los reiterados incumplimientos de Inter Rao⁴³⁶, y solicita que el Tribunal⁴³⁷

"Declare que las Demandantes incumplieron el Contrato, y que en consecuencia condene solidariamente a las Demandantes a indemnizar los perjuicios ocasionados a CELEC EP [...]".

451.

El Tribunal, por tanto, tiene competencia para conocer las pretensiones de ambas Partes.

452.

Las Demandantes no han solicitado que el Tribunal revise la legalidad administrativa de la Resolución de Terminación, ni que revierta ese acto administrativo o restituya la vigencia del Contrato. El Tribunal por tanto no se pronunciará sobre la nulidad o invalidez de la Resolución de Terminación, sino que exclusivamente se sujetará a conocer los reclamos contractuales de las Partes.

VIII. LA TERMINACIÓN ANTICIPADA Y UNILATERAL DEL CONTRATO

453.

Los reclamos principales de las Partes en este arbitraje giran en torno a si Inter Rao incumplió sus obligaciones contractuales y si CELEC tenía derecho a declarar la terminación unilateral y anticipada del Contrato.

454.

Inter Rao solicita al Tribunal que⁴³⁸:

"Declare que la Demandada no tenía derecho a resolver el Contrato, y que al pretender hacerlo, incumplió el Contrato";

[...]

"Otorgue a las Demandantes una compensación por daños y perjuicios causados como consecuencia de la resolución contractual [...]".

455.

CELEC, en cambio, pide al Tribunal que⁴³⁹:

"Declare que las Demandantes incumplieron el Contrato, y que en consecuencia condene solidariamente a las Demandantes a indemnizar los perjuicios ocasionados a CELEC EP [...]".

456.

Por lo tanto, en esta Sección VIII. el Tribunal examinará en primer lugar si Inter Rao incumplió sus obligaciones contractuales y si CELEC tenía derecho a terminar unilateralmente el Contrato.

457.

En la Sección IX., el Tribunal tratará los distintos reclamos que las Partes derivan de la terminación unilateral del Contrato.

La declaración de terminación anticipada y unilateral del Contrato

458.

El 22 de marzo de 2017 CELEC emitió la Resolución de Terminación, declarando la terminación anticipada y unilateral del Contrato⁴⁴⁰, invocando que Inter Rao habría incurrido en seis incumplimientos [los "Seis Incumplimientos"]⁴⁴¹:

- Inter Rao habría incumplido su obligación de realizar la obra dentro del plazo pactado;

- Inter Rao habría incumplido su obligación de entregar los cronogramas;

- Inter Rao habría incumplido su obligación de entregar los equipos;

- Inter Rao habría incumplido las especificaciones técnicas;

- Inter Rao habría incumplido su obligación de mantener y reparar los equipos;

- el Gerente del Proyecto de Inter Rao carecería de poderes suficientes para la gestión de la obra.

459.

Para CELEC, estos incumplimientos contractuales permitían la rescisión del Contrato de conformidad con los Arts. 92 y 94 de la LOSNCP. En consecuencia, la empresa pública ecuatoriana adoptó, en su opinión válidamente, la siguiente decisión⁴⁴²:

"Declarar terminado anticipada y unilateralmente el [Contrato] [...], en virtud de que el Contratista ha incurrido en la[s] causales contempladas en el numeral 4, del artículo 92; y, numerales 1 y 3 del artículo 94 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y no ha justificado ni remediado los incumplimientos que le fueron debidamente notificados conforme lo señala la Ley".

460.

Las Demandantes niegan haber incurrido en ninguno de los Seis Incumplimientos y sostienen que fue CELEC la que incumplió gravemente el Contrato al pretender ponerle término sin justificación alguna; no piden el cumplimiento específico del Contrato, sino una declaración de que CELEC lo incumplió, más una indemnización por daños y perjuicios y el pago de ciertos reclamos a los que consideran tienen derecho (el Valor de Terminación y la devolución de las Garantías).

461.

CELEC reclama los daños y perjuicios que dice haber sufrido como consecuencia de los Seis Incumplimientos de Inter Rao.

La prelación de fuentes

462.

El Tribunal ya ha concluido que el Contrato está sometido al RECEPI del Art. 2.8 de la LOSNCP y del Art. 100 del Reglamento de la LOSNCP⁴⁴³, que prevé la siguiente prelación de fuentes:

- En primer lugar, se aplicarán los "acuerdos" alcanzados entre las partes (incluyendo los contratos e incluso las cartas de intención); en los casos en los que el Contrato haga referencia expresa a disposiciones de la LOSNCP y del Código Civil, éstas se aplican de forma directa (no supletoriamente);

- Subsidiariamente se aplica la LOSNCP, en virtud del Art. 34.3 de la Ley Orgánica de Empresas Públicas;

- En defecto de lo anterior, el Código Civil, en virtud del Art. 112 del Reglamento de la LOSNCP.

La regulación sobre la terminación anticipada y unilateral

463.

La Cláusula 22.4 del Contrato establece que la Contratante puede declarar anticipada y unilateralmente el Contrato

"[...] en caso de incumplimiento por el CONTRATISTA de sus obligaciones, si tal incumplimiento sirve de base para la rescisión del Contrato".

464.

El Contrato no clarifica qué tipo de incumplimiento permite la rescisión del Contrato, ni se remite a ninguna disposición de la LOSNCP o de su Reglamento – lo que es lógico, puesto que ninguna de las disposiciones de la LOSNCP ni de su Reglamento definen la clase de

incumplimientos que pueden justificar la terminación anticipada y unilateral. El Art. 94 de la LOSNCP, que enumera los motivos de terminación anticipada y unilateral, recoge entre sus causas⁴⁴⁴

"[el] incumplimiento del contratista"

sin ofrecer mayor detalle.

465.

El Art. 1505 del Código Civil recoge la condición resolutoria tácita de los contratos en caso de incumplimiento de las obligaciones de la contraparte:

"Art. 1505.- En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios".

466.

Los expertos jurídicos de las Partes coinciden en que, para que una parte pueda ejercer la facultad resolutoria unilateral, no basta cualquier incumplimiento de la contraparte. Para que opere la condición resolutoria tácita del Art. 1505 del Código Civil, el incumplimiento aducido ha de ser grave⁴⁴⁵.

467.

Este requisito también se debe aplicar en los contratos públicos, en los que la terminación anticipada y unilateral es una prerrogativa del Estado: para poder ejercer esta prerrogativa, es necesario que el contratista haya incurrido en un incumplimiento grave⁴⁴⁶ que afecte a una obligación esencial⁴⁴⁷. En la jurisprudencia ecuatoriana existe una amplia tipología de incumplimientos en contratos de obra pública que pueden justificar la terminación unilateral por la entidad contratante⁴⁴⁸:

- Incumplimiento del término estipulado, a pesar de haber recibido prórrogas;
- La imposición de multas que excedan la garantía de fiel cumplimiento;
- Ejecución de la obra con defectos y no conformidades;
- Falta de entrega de materiales o equipos.

468.

Así, por ejemplo, en una sentencia de 2018, la Corte Nacional de Justicia⁴⁴⁹ consideró que la terminación unilateral de un contrato de construcción fue ajustada a Derecho, al constatarse incumplimientos del avance de las obras conforme al cronograma y la ausencia de maquinaria y personal en el sitio para asegurar los trabajos⁴⁵⁰.

469.

Aparte de la exigencia material de que el incumplimiento del contratista sea grave y afecte a una obligación esencial, la terminación anticipada y unilateral está sujeta a ciertas exigencias

formales: la entidad contratante debe hacer un requerimiento previo al contratista, para que rectifique el incumplimiento dentro del plazo convenido⁴⁵¹. En el presente caso, el Contrato no establece un periodo específico y, en consecuencia, por aplicación supletoria de la LOSNCP, debe aplicarse el periodo de 10 días establecido en el Art. 95 de la LOSNCP.

Terminación anticipada y unilateral contraria a Derecho

470.

Si la entidad contratante declara la terminación anticipada y unilateral en violación de estos requisitos, incurre en una infracción contractual indemnizable⁴⁵².

471.

En el caso Aplitec c. Petroproducción, el tribunal arbitral conoció la controversia derivada de la terminación unilateral del contrato administrativo, y concluyó que la terminación había sido ilegal, pues la propia contratante había incumplido sus obligaciones. Aplicando la exceptio non adimpleti contractus, el tribunal determinó que al declarar terminado el contrato la entidad pública había incurrido en un incumplimiento, y ordenó el pago de daños y perjuicios y la devolución de las garantías⁴⁵³.

* * *

472.

En las siguientes secciones, el Tribunal analizará cada uno de los Seis Incumplimientos alegados por CELEC en la Resolución de Terminación, para comprobar si el incumplimiento efectivamente se ha producido y, si es así, si justifica la terminación anticipada y unilateral del Contrato.

VIII.1. ¿HA INCUMPLIDO INTER RAO EL PLAZO DE EJECUCIÓN DE LAS OBRAS?

473.

El principal incumplimiento que CELEC imputa a Inter Rao es el incumplimiento del plazo contractual para finalizar la ejecución de las obras – plazo que en opinión de CELEC era el pactado en la Adenda No. 5 y vencía el 12 de junio de 2016, conclusión con la que Inter Rao no está de acuerdo.

1. Hechos

474.

La Cláusula 13.1 del Contrato establecía un plazo de 44 meses desde la Fecha Programada de Inicio para que Inter Rao culminase las obras electromecánicas e hidromecánicas. La Fecha Programada de Inicio fue el 21 de septiembre de 2011, por lo que la fecha original para el cumplimiento del Contrato era el 21 de mayo de 2015⁴⁵⁴.

1.1 Las fallas geológicas obligan a cambiar el diseño original

475.

Entre julio de 2012 y agosto de 2013 se detectaron fallas geológicas que comprometían el diseño original del Proyecto, por lo que CELEC y los contratistas se vieron obligados a realizar una reconfiguración física de la obra, incluida la relocalización de la Casa de Máquinas Alluriquín y el rediseño de la Presa Toachi⁴⁵⁵.

476.

Como consecuencia de lo anterior, el 21 de julio de 2014 CELEC y los contratistas acordaron un nuevo cronograma y fijaron nuevos plazos para la finalización de los respectivos trabajos de construcción, que plasmaron en el Cronograma Maestro de Mitigación. En él, la fecha para la finalización de las labores de Inter Rao era el 12 de junio de 2016⁴⁵⁶.

477.

A pesar de este acuerdo, CELEC e Inter Rao no modificaron formalmente el plazo original del Contrato, sino hasta un año y tres meses después, mediante la Adenda No. 5, en octubre de 2015.

478.

La prueba presentada en este arbitraje evidencia que en el transcurso del año y tres meses entre la firma del Cronograma Maestro de Mitigación y la Adenda No. 5 el Proyecto incurrió en retrasos adicionales:

- El Informe de la Contraloría de septiembre de 2015 constata que – a febrero de 2015 – el Proyecto ya tenía una demora significativa respecto al Cronograma Maestro de Mitigación⁴⁵⁷;

- Las Partes habían empezado a negociar las OCs Nos. 2 y 3, ampliando el alcance de los trabajos y afectando al plazo de conclusión de las obras (estos trabajos adicionales no habían sido contemplados cuando se acordó el Cronograma Maestro de Mitigación);

- En noviembre de 2015 – un mes después de la firma de la Adenda No. 5 – CELEC preparó un Programa de Seguimiento, que era una versión del Cronograma Maestro de Mitigación actualizado a esa fecha y fijaba el fin de las labores de Inter Rao en febrero de 2017; (Inter Rao se negó a firmar este Programa de Seguimiento, por considerar que era demasiado optimista)⁴⁵⁸.

1.2 La Adenda No. 5

A. La negociación de la Adenda No. 5

479.

En agosto de 2015 Inter Rao pidió a CELEC que se otorgara una adenda para formalizar la prórroga del plazo. En el Cronograma Maestro de Mitigación las Partes habían pactado que la prórroga vencería el 12 de junio de 2016; pero, en agosto de 2015, ese plazo, acordado hacía un año y tres meses, ya estaba desfasado. La intención de Inter Rao era regularizar la situación⁴⁵⁹. La financiación de CELEC

480.

Existía una segunda preocupación: la línea de crédito que Roseximbank había extendido a CELEC para financiar las obras tenía una vigencia paralela a la del Contrato (con cuatro meses adicionales) y, por tanto, el periodo de disposición estaba a punto de expirar (el plazo original de finalización del Contrato era mayo de 2015 y el plazo de disposición de la línea de crédito vencía en septiembre de 2015)⁴⁶⁰.

481.

El avance del Proyecto dependía de que CELEC dispusiera de financiación suficiente para poder hacer los pagos contractuales a Inter Rao. Al haberse producido retrasos, CELEC estaba obligada a solicitar una modificación de la línea de crédito, que le permitiera seguir disponiendo de fondos con posterioridad a septiembre de 2015. Roseximbank, a su vez, sólo estaba dispuesta a extender el periodo de disposición si las Partes formalizaban una adenda al Contrato que reflejase "la fecha real de finalización del Proyecto"⁴⁶¹.

482.

Es en este contexto en que, el 12 de agosto de 2015, Inter Rao remitió un oficio a CELEC señalando que el plazo de finalización previsto en el Cronograma Maestro de Mitigación – el 12 de junio de 2016 – ya no era factible, debido a los constantes retrasos⁴⁶²:

- en la ejecución de la obra civil (que competía a CELEC) y

- en la suscripción de las OCs con el alcance de los nuevos equipos y trabajos adicionales.

Inter Rao estimaba que la fecha real de finalización del Proyecto era enero-febrero de 2017, pretendía que en la Adenda No. 5 se reflejase este nuevo plazo⁴⁶³ y sugería que CELEC solicitase a Roseximbank la extensión del plazo de disposición hasta julio de 2017 y un incremento en la cuantía del principal de USD 54 millones, para cubrir los equipos y trabajos adicionales⁴⁶⁴.

483.

El 25 de agosto de 2015 CELEC remitió a Inter Rao un borrador de Adenda No. 5⁴⁶⁵. El 1 y 2 de septiembre de 2015 Inter Rao contestó a CELEC, rechazando el borrador propuesto⁴⁶⁶. El 16 de septiembre de 2015 las Partes mantuvieron una reunión para discutir las modificaciones, y finalmente llegaron a un acuerdo⁴⁶⁷.

B. Los acuerdos de la Adenda No. 5

484.

El 25 de octubre de 2015 CELEC e Inter Rao firmaron la Adenda No. 5⁴⁶⁸, modificando el Contrato en tres aspectos:

- Primero, Inter Rao cedió parcialmente en su posición y las Partes formalizaron la ampliación de plazo con la fecha del Cronograma Maestro de Mitigación, es decir, el 12 de junio de 2016; sin embargo, en lugar de describir dicha fecha como "el nuevo plazo de cumplimiento del objeto contractual"⁴⁶⁹, las Partes se decantaron por otra terminología, definiendo la fecha como "el nuevo plazo estimado"⁴⁷⁰:

"Numeral 13.1.

Se modifica el plazo establecido en el numeral 13.1, incrementándose en trescientos ochenta y ocho (388 días), con lo cual el nuevo plazo estimado es hasta el 12 de junio de 2016".

[Subrayado del Tribunal]

- Segundo, se eliminó el límite a las extensiones de plazo, que hasta ese momento no podía exceder en ningún caso de 48 meses desde la Fecha Programada de Inicio⁴⁷¹;

- Tercero, se acordó una nueva Cláusula 13.3(c), que obligaba a CELEC a otorgar nuevas prórrogas siempre que se constataran retrasos en la obra civil⁴⁷²; la versión final acordada de esta nueva cláusula es significativamente distinta a la propuesta en el borrador de CELEC, pues elimina los informes previos de la Supervisión y de CELEC para la aplicación de la prórroga por retraso en la obra civil⁴⁷³; las únicas condiciones para la ampliación de plazo son:

- o Que se constaten las demoras en la obra civil que hubiesen afectado las labores de Inter Rao;

o Que Inter Rao remita a CELEC un Programa de Ejecución ajustado.

"Declaraciones"

485.

Junto con estas modificaciones las Partes formularon ciertas "DECLARACIONES", de las cuales se destacan tres⁴⁷⁴:

- Primero, CELEC declaró que la prórroga del plazo no era consecuencia de causas imputables a Inter Rao y, por ello, reconocía a la Contratista los costes indirectos de prolongación o mayor permanencia desde el plazo original (21 de mayo de 2015) hasta en nuevo plazo de 12 de junio de 2016, así como aquellos que se devengasen en el futuro como consecuencia de ampliaciones de plazo adicionales por causas no imputables a Inter Rao:

"6. Las Partes acuerdan que en virtud de la prórroga de plazo efectuada en el presente documento, así como en virtud de las futuras prórrogas de plazo concedidas por causas no imputables al CONTRATISTA, requeridas por la CONTRATISTA de conformidad con la Cláusula 13.3 del Contrato con las modificaciones convenidas en el presente documento, la Contratante reconocerá a la Contratista los costos indirectos correspondientes, los cuales serán conciliados mediante la firma del documento jurídico correspondiente, en el marco del contrato, durante 30 días posteriores a la suscripción del Addendum que contenga la prórroga de plazo".

[Subrayado del Tribunal]

- Segundo, CELEC se comprometía a solicitar a Roseximbank la ampliación del periodo de disponibilidad de la línea de crédito:

"7. CELEC EP solicitará al EXIMBANK de Rusia la extensión del período de desembolsos hasta el 30 de junio de 2017, en previsión a futuras prórrogas que puedan sobrevenir al contrato con INTER RAO".

- Tercero, las Partes se comprometían a actualizar el Programa de Ejecución⁴⁷⁵ cada seis meses desde la firma de la Adenda No. 5.

1.3 El vencimiento del Acuerdo de Financiación

486.

El Contrato preveía que la obligación de asegurar un acuerdo de financiación con Roseximbank, para financiar hasta el 85% del precio del Contrato, incumbía a CELEC⁴⁷⁶. En cumplimiento de esta obligación, el 12 de abril de 2011 CELEC y Roseximbank habían firmado el Acuerdo de Financiación, estableciendo una línea de crédito de USD 123 millones⁴⁷⁷, cuyo plazo de disposición debía correr en paralelo al plazo contractual (con unos meses adicionales de margen). El 19 de agosto de 2011 Roseximbank, tras varias prórrogas, finalmente había aprobado las condiciones precedentes⁴⁷⁸; y un mes después, el 20 de septiembre de 2011, CELEC finalmente pudo disponer del crédito y pagar el anticipo a Inter Rao⁴⁷⁹.

487.

Cumplidas las condiciones para el inicio de los trabajos, comenzó a correr el plazo de 44 meses para la ejecución del Proyecto, cuyo límite era el 21 de mayo de 2015⁴⁸⁰. Por su parte, el plazo de disposición de la línea de crédito se fijó con una vigencia hasta el 20 de septiembre de 2015⁴⁸¹. Dentro de ese plazo CELEC dispuso de USD 52.5 millones para financiar los pagos a Inter Rao⁴⁸². Pero a partir de septiembre de 2015, CELEC perdió el derecho a reclamar nuevas disposiciones de la línea de crédito. Por ello, en la Adenda No. 5 CELEC se comprometió a solicitar la extensión del plazo de disposición de la línea de crédito.

488.

Pero la renovación del acuerdo entre CELEC y Roseximbank se vio inmediatamente obstaculizado. El 25 de noviembre de 2015 Roseximbank comunicó a las Partes que⁴⁸³: "[...] una Condición para extender el plazo de utilización de la Línea de Crédito es un Acuerdo sobre la fecha real de finalización del Proyecto, confirmado por el Dictamen del Auditor técnico independiente".

489.

Es decir, Roseximbank era consciente de que el "nuevo plazo estimado" de 12 de junio de 2016, previsto en la Adenda No. 5, no era un plazo realista, sino que requería una actualización.

La carta de CELEC de 16 de diciembre de 2015

490.

El 16 de diciembre de 2015 CELEC reiteró a Roseximbank la necesidad de extender el plazo de la línea de crédito, y la imposibilidad de determinar la fecha real de conclusión del Proyecto, como consecuencia de los retrasos en la obra civil y los trabajos adicionales⁴⁸⁴:

"At the meeting we explained [to] you the impossibility of CELEC EP to sign another addendum with INTER RAO UES for an additional term to [the] officially granted until June 12, 2016, under which we can not specify a new date extension, because many factors such as the progress of civil works and additional works that may occur during the execution of the contract [...]"

[Subrayado del Tribunal]

491.

La carta de CELEC es de gran importancia: en ella la Demandada acepta que la causa que motiva la demora del Proyecto es el retraso en la obra civil y la necesidad de realizar trabajos adicionales.

Retrasos en el pago

492.

La ausencia de financiación ocasionó interrupciones significativas en el desarrollo del Proyecto. Entre octubre de 2015 y octubre de 2016 CELEC se retrasó en los pagos debidos a Inter Rao, dilatando los desembolsos debidos por más de 45 días en 26 ocasiones⁴⁸⁵ y llegando a deber hasta USD 12.7 millones⁴⁸⁶.

493.

Durante todo el año 2016, CELEC y Roseximbank mantuvieron conversaciones sobre la ampliación de la línea de crédito. El 13 de junio de 2016 CELEC propuso a Roseximbank extender la línea de crédito hasta el 30 de noviembre de 2017⁴⁸⁷. El 31 de octubre de 2016 Roseximbank aceptó la propuesta y el 28 de diciembre de 2016 reiteró a CELEC que la extensión

ya había sido acordada internamente y remitió los borradores de contratos para su firma⁴⁸⁸. Sin embargo, la renovación del Acuerdo de Financiación nunca llegó a firmarse. [Pro memoria, el 17 de diciembre de 2016 el Presidente de la República ya había anunciado la terminación unilateral del Contrato.]

1.4 La reunión del 15 de enero de 2016
494.

Volvamos a las negociaciones entre CELEC e Inter Rao tras la suscripción de la Adenda No 5 en octubre de 2015.

495.

El 15 de enero de 2016 altos funcionarios de CELEC e Inter Rao celebraron una reunión en Moscú, para tratar ciertas cuestiones que Inter Rao consideraba que requerían "solución urgente", y que incluían⁴⁸⁹:

- La extensión de la línea de crédito de Roseximbank;
- La aprobación de las OCs Nos. 2, 3 y 4, necesarias para finalizar el Proyecto;
- La actualización del cronograma de trabajo.

496.

Sobre la línea de crédito, CELEC informó a Inter Rao de que ya había solicitado a Roseximbank su extensión; e informaría del progreso de las negociaciones⁴⁹⁰.

497.

Sobre el cronograma, el acta de la reunión recoge que⁴⁹¹:

"A criterio de Inter Rao: las Partes acordaron que el Principal factor stagnante para la Puesta en Servicio de las Unidades CH Sarapullo y CH Alluriquín es la ausencia del Orden de Cambio No. 2, 3 y 4 formalizado y la falta del financiamiento respectivo".

498.

El acta de la reunión refleja que el principal factor que retrasaba las obras era la firma de las OCs No. 2, 3 y 4 – sobre las que en la reunión de Moscú no se pudo lograr un acuerdo.

1.5 La solicitud formal de ampliación de plazo de Inter Rao hasta 4 de noviembre de 2017

499.

Pro memoria, las Partes habían acordado en la Adenda No. 5 la nueva cláusula 13.3(c) que establecía dos requisitos para la extensión del plazo:

- Que se constatasen las demoras en la obra civil que hubiesen afectado las labores de Inter Rao;
- Que Inter Rao remitiese a CELEC el Programa de Ejecución ajustado para establecer un nuevo cronograma y la ampliación del plazo.

500.

Seis meses después de la reunión de Moscú, el 10 de junio de 2016 Inter Rao remitió un oficio a CELEC señalando que, como consecuencia del retraso en la ejecución de las obras civiles y la

falta de entrega de frentes de trabajo por parte de CELEC/CWE, la Contratista no tenía posibilidad de cumplir con el "plazo estimativo" de 12 de junio de 2016 acordado en el Cronograma Maestro de Mitigación y formalizado en la Adenda No. 5492.

501.

Inter Rao además sostenía que dos circunstancias adicionales también estaban afectando el desarrollo de la obra y por lo tanto el plazo de su finalización⁴⁹³:

- la imposibilidad de iniciar la procura y fabricación de equipos adicionales, por la falta de firma de las OCs Nos. 2 y 3, y el pago de los correspondientes anticipos; y

- la falta de información sobre la extensión de la línea de crédito con Roseximbank y los retrasos en los pagos que CELEC debía a Inter Rao.

502.

Inter Rao preparó un cronograma con la ruta crítica (de dos páginas), asumiendo el pago de las deudas pendientes de CELEC y la firma de las OCs antes del 30 de junio de 2016 (y la recepción de los correspondientes anticipos antes del 14 de julio de 2016); en tal caso las obras electromecánicas podrían finalizarse el 4 de noviembre de 2017. En base a este cronograma, solicitó una prórroga del plazo de ejecución de las obras hasta esa fecha⁴⁹⁴.

503.

Tras ello, CELEC solicitó a CPT que realizase una evaluación de la solicitud, en particular, respecto a si los retrasos en la obra civil habían afectado los trabajos de Inter Rao⁴⁹⁵.

504.

El 17 de junio de 2016 la Supervisión reconoció que el contratista civil (de cuya gestión CELEC era responsable) no había cumplido el programa de trabajo del Cronograma Maestro de Mitigación de julio de 2014 y que esto había impactado las labores de Inter Rao. Por lo tanto, en esta instancia la Supervisión constató el cumplimiento del primer requisito de la Cláusula 13.3(c): el retraso en las obras civiles que afectasen a las labores de Inter Rao. La conclusión anterior era sin perjuicio de la consideración de CPT de que, en su opinión, ciertos retrasos en el Proyecto eran imputables a Inter Rao, en particular, por la entrega tardía de los 496 equipos⁴⁹⁶.

505.

Respecto al segundo requisito, de que Inter Rao remitiese el Programa de Ejecución ajustado para establecer un nuevo cronograma, la Supervisión no lo consideró cumplido: Inter Rao no había presentado un cronograma con suficiente nivel de detalle para ser incorporado en el Cronograma Maestro. Para CPT, el cronograma de dos páginas presentado con la solicitud "es incipiente, carece del nivel de detalle adecuado, no presenta la totalidad de las actividades, debido a que no se basa en el cronograma maestro establecido". En base a esto, CPT instó a que Inter Rao presentase un Programa de Ejecución detallado⁴⁹⁷.

1.6 El Acta de Acuerdos de 5 de julio de 2016

506.

Mientras la solicitud de ampliación de plazo presentada por Inter Rao se estaba tramitando, las negociaciones sobre las OCs pendientes de otorgamiento continuaron y el 5 de julio de 2016 las Partes firmaron el Acta de Acuerdos, un documento suscrito por ambas Partes en el que - se formalizaron los pactos alcanzados respecto a las OC Nos. 2, 3 y 4 y

- se pactó una prórroga del plazo para la finalización del Proyecto al menos hasta el 5 de abril de 2017.

507.

En concreto⁴⁹⁸:

- La OC No. 2 tendría un valor de USD 10,8 millones e Inter Rao dispondría al menos hasta el 10 de diciembre de 2016 para ejecutar estos trabajos;

- La OC No. 3 tendría un valor de USD 13 millones y, para la ejecución de los trabajos, "[e]l plazo total de esta Orden de Cambio será de 270 días, contados desde el anticipo"; asumiendo que el anticipo se pagase ese mismo día, la prórroga correría hasta el 5 de abril de 2017⁴⁹⁹;

- Las Partes se comprometían a seguir negociando la OC No. 4, para lo cual Inter Rao debía proporcionar el detalle de costos desde mayo de 2015 a junio 2016.

508.

Las Partes asumieron el compromiso de firmar las OCs Nos. 2 y 3 en un plazo brevísimo (antes del 11 y 12 de julio de 2016, respectivamente)⁵⁰⁰.

1.7 La Supervisión extiende el plazo de ejecución del Contrato hasta el 1 de marzo de 2018

509.

Tras la firma del Acta de Acuerdos, la solicitud formal de Inter Rao de ampliación de plazo hasta 4 de noviembre de 2017 por retrasos en la obra civil seguía su curso. CPT había concluido que sí se habían constatado retrasos en la obra civil que habrían impactado en las labores de Inter Rao y que Inter Rao debía presentar un Programa de Ejecución detallado.

510.

El 4 de agosto de 2016 Inter Rao presentó a CELEC y a CPT, como complemento a su solicitud de prórroga, un "Programa de Ejecución correspondiente, para componer el Cronograma Maestro actual". Se trata de un cronograma de 16 páginas, con el detalle de las actividades, y la explicación de su retraso/suspensión, y la actividad necesaria para su reanudación (pago de deudas de CELEC, firma de las OCs, entrega de la obra civil)⁵⁰¹. Inter Rao señala que el Programa de Ejecución anexo refleja que⁵⁰²:

- El avance de los trabajos de Inter Rao se está viendo interrumpido por los retrasos en la obra civil y la correspondiente entrega de frentes de trabajo por parte de CWE/CELEC;

- Que Inter Rao ha suministrado el equipo al sitio de la obra mucho antes de recibir el frente de trabajo de CWE para la instalación de equipos;

- Que las demoras en el pago de las planillas por CELEC, cuya deuda total a agosto de 2016 asciende a USD 9,3 millones, también causan interrupciones de los trabajos.

El nuevo Cronograma Maestro Integrado

511.

El 22 de agosto de 2016 CELEC remitió un oficio a CPT solicitando que, para cumplimentar los trámites de aprobación de la extensión del plazo por parte de CELEC, CPT debía presentar un nuevo Cronograma Maestro Integrado⁵⁰³.

512.

Dos meses después, el 12 de octubre de 2016 CPT trasladó un oficio a CELEC en el que actualizaba el Cronograma Maestro, que ahora terminaba el 1 de marzo de 2018⁵⁰⁴. Es decir, CPT dio por cumplido el segundo requisito de la Cláusula 13.3(c): con el Programa de Ejecución que Inter Rao había provisto, CPT pudo actualizar el Cronograma Maestro Integrado y establecer un nuevo plazo de finalización, que excedía de la prórroga solicitada por Inter Rao (que solo alcanzaba hasta el 4 de noviembre de 2017).

513.

No consta en el expediente más documentación relativa a la solicitud formal de extensión de plazo de Inter Rao. En cualquier caso, CELEC no aprobó formalmente la prórroga solicitada ni las Partes llegaron a firmar el Cronograma Maestro Integrado de octubre de 2016.

1.8 Las Actas de Negociación de las OCs Nos. 2 y 3

514.

En el Acta de Acuerdos de 5 de julio de 2016 CELEC e Inter Rao habían convenido las características esenciales que debían reunir las OCs No. 2 y 3. Pero aún quedaba por negociar y firmar las condiciones particulares de estas dos OCs. Para facilitar el proceso, las Partes intercambiaron varios borradores de las Actas de Negociación de las OCs Nos. 2 y 3.

515.

Las Actas de Negociación son un precontrato de la respectiva OC, en el que las Partes acuerdan los principales términos (incluido el precio, la forma de pago, plazos de ejecución, detalle de las garantías, entre otros) y se comprometen a firmar la OC⁵⁰⁵.

516.

A principios de octubre de 2016 los borradores de Actas de Negociación intercambiados indicaban que las Partes estaban a punto de llegar a un acuerdo⁵⁰⁶. En vista del inminente acuerdo, CELEC solicitó a Inter Rao que presentase las garantías de cumplimiento y anticipo, con una vigencia hasta el 31 de diciembre de 2017⁵⁰⁷. El 5 de octubre de 2016 Inter Rao atendió el requerimiento y emitió⁵⁰⁸:

- las garantías de cumplimiento (USD 543.787,45, correspondiente al 5% del precio) y de anticipo (USD 2.175.149,79, correspondiente al 20% del precio) para la OC No. 2509; y

- las garantías de cumplimiento (USD 654.896,44, correspondiente al 5% del precio) y de anticipo (USD 2.619.585,76, correspondiente al 20% del precio) para la OC No. 3510.

517.

Cuando el acuerdo parecía inminente, en una reunión de 10 de octubre y en una comunicación de 20 de octubre de 2016, Inter Rao introdujo un nuevo elemento en las negociaciones, que hasta ahora no se había planteado. Asumía los nuevos plazos contractuales y se comprometía a acelerar los trabajos de la OC No. 3

"sólo a condición de optimización de las sanciones penales por parte de CELEC EP respecto al Proyecto Termogas Machala"⁵¹¹.

518.

El Proyecto Termogas Machala es una central térmica de ciclo combinado cuya ampliación y reequipamiento CELEC encargó a Inter Rao en julio de 2013⁵¹². Se trata de un contrato independiente y en absoluto relacionado con el Proyecto Toachi-Pilatón, en el que CELEC había impuesto sanciones penales a Inter Rao.

519.

CELEC rechazó este planteamiento, al considerar que reabría injustificadamente la negociación sobre las OCs⁵¹³ y parece que Inter Rao no insistió en su petición, porque las Partes continuaron acercando posiciones.

520.

El 12 y 21 de diciembre de 2016 CELEC envió a Inter Rao las versiones finales de las OCs Nos. 2 y 3⁵¹⁴.

521.

El 27 de diciembre de 2016 Inter Rao firmó las Actas de Negociación de las OCs Nos. 2 y 3, y las remitió a CELEC para su firma, con pequeñas modificaciones^{515/516}.

522.

CELEC nunca firmó estas Actas de Negociación, ni las correspondientes OCs Nos. 2 y 3.

523.

A pesar de que las OCs Nos. 2 y 3 nunca se llegaron a firmar, lo cierto es que Inter Rao llegó a ejecutar una serie de trabajos que formaban parte del alcance de las OCs Nos. 2 y 3. La propia CELEC reconoce que Inter Rao ejecutó el 84% de la obra a la que se refiere la OC No. 2517.

1.9 La terminación unilateral del Contrato

524.

A mediados de diciembre de 2016 la situación del Contrato tomó un giro inesperado.

525.

El 17 de diciembre de 2016, el Presidente de la República, en el espacio televisivo "Enlace Ciudadano", anunció públicamente que había ordenado rescindir el Contrato por los supuestos retrasos de Inter Rao⁵¹⁸.

526.

El 5 de enero de 2017 CELEC remitió a Inter Rao la Notificación de Incumplimientos⁵¹⁹, que incluía un Primer Informe de Terminación⁵²⁰, detallando los incumplimientos contractuales de Inter Rao que servirían de base para la rescisión del Contrato.

527.

El 19 de enero de 2017 Inter Rao presentó un extenso oficio de 48 páginas (y numerosos anexos), dando respuesta a la Notificación de Incumplimientos y al Primer Informe de Terminación, explicando por qué en su opinión no había fundamento para que CELEC rescindiese el Contrato unilateralmente⁵²¹.

528.

El 22 de marzo de 2017 CELEC emitió la Resolución de Terminación⁵²², junto con un Segundo Informe de Terminación⁵²³.

529.

En la Resolución de Terminación, CELEC reiteró los Seis Incumplimientos aducidos en la Notificación de Incumplimientos, declarando que Inter Rao no los había remediado ni justificado; y, por lo tanto, declaraba la terminación unilateral del Contrato.

2. Posición de las Partes

2.1 Posición de la Demandada en la Notificación de Incumplimientos

530.

En la Notificación de Incumplimientos, acompañada del Primer Informe de Terminación, CELEC informa a Inter Rao de que está incurso en un524:

"INCUMPLIMIENTO DE LA CLÁUSULA DECIMA TERCERA DEL CONTRATO". [Mayúsculas en el original]

531.

En el Primer Informe de Terminación, CELEC señala que525:

- A la fecha del informe (enero de 2017) la ejecución del Contrato tenía un avance global del 84,54%; por lo tanto, Inter Rao había incumplido el plazo para la finalización de las obras electromecánicas e hidromecánicas, que conforme a la Cláusula 13.1 del Contrato y la Cláusula 3 de la Adenda No. 5, era el 12 de junio de 2016526;

- En vista de lo anterior, habiendo transcurrido 191 días de retraso, CELEC debía aplicar las multas por retrasos de las Cláusulas 13.6 y 13.9 del Contrato, alcanzando el máximo aplicable de USD 7.268.957527;

- La Adenda No. 5 establecía la obligación de Inter Rao de actualizar el Programa de Ejecución el 15 de diciembre de 2015, y realizar actualizaciones periódicas cada seis meses (lo que incluía la presentación por Inter Rao de los cronogramas de fabricación, liberación y montaje de equipos); Inter Rao incumplió esta obligación – a pesar de varios requerimientos de CELEC entre noviembre de 2015 y enero de 2016; por lo que CELEC no pudo evaluar una posible ampliación del plazo528.

2.2 Posición de las Demandantes en la Respuesta sobre Terminación

532.

En su Respuesta sobre Terminación Inter Rao ofrece los siguientes argumentos para sostener que no ha incumplido el plazo contractual y que CELEC no tiene derecho a rescindir el Contrato529:

533.

Primero, las estipulaciones de la Adenda No. 5 evidencian que el plazo de 12 de junio de 2016 era de carácter indicativo y que existía la firme intención de las Partes de revisar ese plazo en el futuro. Precisamente, durante las negociaciones de la Adenda No. 5, Inter Rao había indicado que el plazo de 12 de junio de 2016 no era viable, pues no tenía en cuenta el retraso de la obra civil a esa fecha530. La propia Adenda No. 5 constata, en el numeral 8 de la cláusula primera, que la ampliación del plazo se debió a los retrasos en la entrega de la obra civil, y no por causas imputables a Inter Rao531.

534.

El carácter indicativo o estimado del plazo de la Adenda No. 5 también se deduce del compromiso de las Partes de actualizar el Programa de Ejecución para implementar posibles prórrogas del plazo contractual532.

535.

Segundo, la conducta de las Partes durante las negociaciones de las OCs Nos. 2 y 3 también confirma el entendimiento común de que el plazo de la Adenda No. 5 era indicativo. En estas negociaciones las Partes acordaron trabajos adicionales y un nuevo plazo de finalización del Proyecto hasta por lo menos noviembre de 2017. A pesar de la negativa de CELEC a firmar las OCs, Inter Rao ha ejecutado el 82,7% y 41% de los respectivos trabajos de las OCs Nos. 2 y 3 y ha presentado las garantías de fiel cumplimiento⁵³³.

536.

Tercero, sobre el Programa de Ejecución, Inter Rao sostiene que la obligación de actualizarlo corresponde a ambas Partes, y que la imposibilidad de hacerlo se debió exclusivamente a CELEC. Entre el 13 de agosto y el 1 de diciembre de 2015 la Contratista solicitó a CELEC cierta información necesaria para que Inter Rao pudiese actualizar el Programa de Ejecución, sin que la Contratante atendiese la petición. En la reunión de 15 de enero de 2016 la Contratista informó a CELEC de que el Proyecto no finalizaría antes de tercer trimestre de 2017. Tras la reunión, siguió solicitando la información necesaria, sin que CELEC la proveyese, por lo que la actualización del Programa de Ejecución no pudo realizarse⁵³⁴.

537.

Cuarto, Inter Rao también señala que la extensión de la Adenda No. 5 sólo tiene en cuenta los eventos anteriores al 21 de julio de 2014; pero tras esa fecha, CELEC incurrió en incumplimientos que impactaron el plazo de ejecución de la obra electromecánica e hidromecánica:

- Retrasó la entrega de los frentes de trabajo, por la demora en la obra civil;

- Demoró el pago de los hitos Nos. 3 a 6 en 41 días, 5 días, 876 días y 888 días respectivamente.

538.

Por estos motivos, Inter Rao tenía derecho a una extensión del plazo conforme a la Cláusula 13.3 del Contrato, como así lo solicitó el 10 de junio de 2016; y sin embargo, CELEC se negó a conceder la prórroga.

539.

En conclusión, Inter Rao sostiene que⁵³⁵:

"[las Partes] han estado realizando las actividades que claramente demuestran la intención de continuar con la ejecución de sus obligaciones contractuales, bajo el entendido que el nuevo plazo contractual es hasta el 29.11.2017 (si se cumplen las obligaciones de CELEC EP [...])

Por consiguiente, CELEC EP se encontraría imposibilitado de iniciar un proceso de terminación unilateral del Contrato porque a lo largo de la ejecución del Proyecto ha venido sosteniendo que es necesaria la modificación del plazo contractual por circunstancias no imputables a [Inter Rao [...]].

2.3 Posición de la Demandada en la Resolución de Terminación

540.

En la Resolución de Terminación CELEC ofrece la siguiente contestación a las justificaciones de Inter Rao:

541.

Primero, niega que el plazo de 12 de junio de 2016 fuese indicativo⁵³⁶.

542.

Segundo, mantiene que la falta de entrega de los cronogramas de fabricación, liberación, y especialmente los de montaje – que no dependen del avance de la obra civil – no es excusable; y que esto impidió a la Supervisión evaluar el cumplimiento de los plazos y la posible ampliación del plazo⁵³⁷.

543.

Tercero, sostiene que Inter Rao no puede aducir el retraso en los pagos por parte de CELEC para excusar sus retrasos, en virtud del Art. 95 de la LOSNCP, en tanto el anticipo no esté completamente amortizado⁵³⁸.

544.

Cuarto, rechaza que el retraso en la conclusión de las OCs Nos. 2 y 3 fuera atribuible a CELEC; y señala que fue Inter Rao la que se negó a formalizar estos acuerdos oponiendo pretextos injustificados de todo tipo⁵³⁹.

545.

Por estos motivos, CELEC concluye que Inter Rao⁵⁴⁰

"[...] no logró desvirtuar y/o justificar este incumplimiento, por lo que nos ratificamos en nuestro [Primer Informe Terminación]".

546.

La Resolución de Terminación viene acompañada del Segundo Informe de Terminación, preparado por CPT, en el que el Supervisor también ofrece una respuesta a las observaciones de Inter Rao:

547.

Primero, la caracterización del plazo como "indicativo" por parte de Inter Rao es una interpretación incorrecta del Contrato y de la Adenda No. 5541.

548.

Segundo, las Partes no llegaron a firmar las Actas de Negociación de las OCs Nos. 2 y 3, por lo que los supuestos acuerdos de extensión de plazo que aduce Inter Rao nunca entraron en vigor⁵⁴².

549.

Tercero, hace una remisión a un oficio de CELEC de 20 de enero de 2016, que transcribe literalmente, en el que la Contratante reitera que la entrega de los cronogramas de fabricación, liberación y montaje no dependía del avance de la obra civil, y que su falta de entrega se debe a que Inter Rao estaba retrasada en la fabricación de equipos sin justificación alguna; teniendo en cuenta que el plazo original del contrato era el 21 de mayo de 2015, los equipos deberían estar ya fabricados y en el sitio⁵⁴³.

550.

Por estas razones, CPT considera que Inter Rao ha incumplido la Cláusula 13 del Contrato⁵⁴⁴:

"[...] se ratifica en lo expresado en el numeral 3.1 'Incumplimiento de la cláusula DECIMA TERCERA del Contrato [...]".

2.4 Posición de las Demandantes en el arbitraje

551.

En este arbitraje las Demandantes sostienen que CELEC no tenía derecho a resolver el Contrato sobre la base del incumplimiento del plazo contractual, para lo cual ofrece cuatro argumentos⁵⁴⁵.

- El plazo de 12 de junio de 2016 acordado en la Adenda No. 5 era un plazo "estimado" (A.);

- Las Partes acordaron la extensión del plazo mediante el Acta de Acuerdos y las OCs Nos. 2 y 3 (B.);

- Inter Rao tenía derecho a extensiones de plazo conforme a la Cláusula 13.3 del Contrato (C.);

- Los retrasos son imputables a CELEC, por falta de coordinación de las labores con CWE, así como los propios retrasos de CWE (D.).

A. El plazo de 12 de junio era "estimado"

552.

Las Demandantes sostienen que el plazo de 12 de junio de 2016 acordado en la Adenda No. 5 era un plazo "estimado"⁵⁴⁶. Las Partes eran conscientes que la ampliación de plazo correspondía al retraso acumulado en el Proyecto hasta la fecha en que se acordó el Cronograma Maestro de Mitigación, es decir, hasta el 21 de julio de 2014; pero esa extensión no incluía los retrasos no imputables a Inter Rao desde julio de 2014 hasta octubre de 2015, ni los que ocurriesen tras la firma de la Adenda No. 5⁵⁴⁷.

553.

Inter Rao señala que la conducta de las Partes refleja su común intención de que el plazo era estimado y de que debían actualizar y ampliar ese plazo en el futuro⁵⁴⁸:

- Antes de la firma de la Adenda No. 5, Inter Rao comunicó a CELEC que el plazo de 12 de junio de 2016 no era realizable; y CELEC nunca objetó a esta ⁵⁴⁹comunicación⁵⁴⁹;

- Tras el vencimiento del plazo, CELEC no impuso las multas contractuales previstas⁵⁵⁰ y las Partes continuaron negociando las OC Nos. 2 y 3, que eran indispensables para la finalización del Proyecto, y necesarias por los cambios de la estructura física implementados por CELEC⁵⁵¹;

- Las Partes reconocieron en la Adenda No. 5 la necesidad de que CELEC extendiese la financiación con Roseximbank hasta el 30 de junio de 2017⁵⁵².

554.

Las Demandantes añaden que, incluso si el Tribunal llegase a la conclusión de que las Demandantes incumplieron el plazo del Contrato, este incumplimiento no comporta la gravedad suficiente como para justificar la terminación unilateral por parte de CELEC⁵⁵³, por dos razones:

- Primero, dado que el plazo era "estimado", no constituía una condición esencial del Contrato; de lo contrario, CELEC no hubiese firmado el Acta de Acuerdos ni continuado la negociación de las OCs Nos. 2 y 3, tras haber expirado dicho plazo⁵⁵⁴;

- Segundo, los supuestos retrasos de Inter Rao no tuvieron impacto en la puesta en servicio de la Central Toachi-Pilatón, pues a 12 de junio de 2016 las principales estructuras civiles del

Proyecto – que eran responsabilidad de CELEC – aún no habían finalizado; por lo tanto, Inter Rao no causó daño a CELEC. En estas circunstancias, la terminación del Contrato fue desproporcionada a las consecuencias del supuesto incumplimiento⁵⁵⁵.

B. Las Partes acordaron la extensión del plazo

555.

Inter Rao sostiene que las Partes acordaron la extensión del plazo en al menos tres instancias: 556.

Primero, Inter Rao sostiene que, mediante el Acta de Acuerdos, las Partes acordaron extender el plazo contractual, como consecuencia de los trabajos adicionales que se implementarían a través de las OCs Nos. 2 y 3 (que aún estaban negociando). El Acta de Acuerdos refleja un acuerdo inequívoco de que el Proyecto no se terminaría antes del 5 de abril de 2017⁵⁵⁶.

557.

CELEC minimiza los efectos jurídicos del Acta de Acuerdos por no haber sido firmada por el Apoderado General de Inter Rao. Las Demandantes responden a este argumento señalando que sí se trata de un acuerdo vinculante porque el representante legal de Inter Rao ratificó el Acta de Acuerdos mediante la Respuesta a la Notificación de Incumplimientos de 19 de enero de 2017⁵⁵⁷.

558.

Segundo, tras el Acta de Acuerdos, las Partes continuaron negociando los plazos para la implementación de las OCs Nos. 2 y 3 y, en este contexto, acordaron que las pruebas de puesta en servicio para la Unidad 1 de la Central Sarapullo tendrían lugar el 31 de marzo de 2017⁵⁵⁸. Para las Demandantes, el intercambio de comunicaciones sobre la extensión del plazo para las pruebas de puesta en servicio de la Unidad 1 de la Central Sarapullo constituye una oferta y aceptación vinculante sobre la extensión del plazo⁵⁵⁹.

559.

Tercero, Inter Rao sostiene que las Partes también acordaron la extensión del plazo a través de las Actas de Negociación de las OCs Nos 2 y 3, que preveían extensiones para esos trabajos adicionales hasta el 26 de mayo de 2017⁵⁶⁰ y el 31 de enero de 2018⁵⁶¹, respectivamente.

560.

Para Inter Rao, las OCs Nos. 2 y 3 entraron en vigor⁵⁶², pues las Partes habían acordado el alcance de los trabajos y el precio, tal como está reflejado en el Acta de Acuerdos; las negociaciones tras el 5 de julio de 2016 conciernen términos comerciales accesorios, que también se recogen en las Actas de Negociación de las OCs Nos. 2 y 3 de 27 de diciembre de 2016⁵⁶³. CELEC solicitó las garantías de anticipo y fiel cumplimiento para las OCs Nos. 2 y 3, que Inter Rao emitió y entregó, y las cuales CELEC aceptó sin objetar⁵⁶⁴, lo que implica que CELEC aceptó los términos de las OCs Nos. 2 y 3 y, por tanto, estas entraron en vigor⁵⁶⁵.

561.

Tras el vencimiento del plazo "estimado" de 12 de junio de 2016 CELEC continuó negociando las OCs, y no impuso penalidades. Sobre la base de esta conducta, Inter Rao siguió ejecutando el Contrato (incluidas las OCs Nos. 2 y 3), y hasta diciembre de 2016 nada sugería que CELEC pondría término de forma unilateral al Contrato. La terminación unilateral y sorpresiva por parte de CELEC es contraria al principio venire contra factum proprium⁵⁶⁶.

C. Inter Rao tenía derecho a una extensión de plazo conforme a la Cláusula 13.3 del Contrato

562.

Como argumento subsidiario al anterior, las Demandantes plantean que tenían derecho a una ampliación automática del plazo conforme a las causales previstas en la Cláusula 13.3 del Contrato⁵⁶⁷. Las Demandantes señalan que la Cláusula 13.3 debe interpretarse conforme a la exceptio non adimpleti contractus del Art. 1568 CC: los recurrentes retrasos en los pagos por parte de CELEC y la entrega tardía de las obras civiles en todos los frentes excusan a Inter Rao del cumplimiento del plazo de 12 de junio de 2016⁵⁶⁸, que quedó automáticamente extendido en virtud de la Cláusula 13.3 del Contrato⁵⁶⁹.

563.

Por lo tanto, la extensión de plazo no estaba supeditada a algún acto de aceptación por parte de CELEC; y aunque lo hubiese estado, Inter Rao formuló las correspondientes solicitudes y cumplió los requisitos⁵⁷⁰, y al no implementar las extensiones requeridas, la Demandada incurrió en un incumplimiento contractual o abuso de derecho, del que no puede ahora beneficiarse⁵⁷¹. Las Demandantes hacen especial hincapié en la solicitud de ampliación de plazo que Inter Rao formuló el 10 de junio de 2016 (y reiterada el 4 de agosto de 2016), que CELEC se negó a conceder injustificadamente⁵⁷².

564.

Para las Demandantes se dieron las condiciones para la extensión automática del plazo:

565.

Primero, el plazo se extendió conforme a la Cláusula 13.3(b) del Contrato porque⁵⁷³, a 12 de junio de 2016, la Contratista tenía derecho a una extensión de 995 días, ya que CELEC había retrasado el pago en más de 45 días hasta en 26 instancias⁵⁷⁴. Inter Rao sostiene que el Art. 95 LOSCNP – que impediría a la Contratista invocar la falta de pago para excusar sus obligaciones bajo el Contrato si el anticipo no está amortizado – no se aplica en este caso dado el régimen especial del Contrato⁵⁷⁵; o que, en todo caso, el valor de los trabajos de Inter Rao excedió con creces el anticipo, por lo que sí estaba amortizado⁵⁷⁶.

566.

Segundo, el plazo se extendió de forma automática de conformidad con la Cláusula 13.3(c) del Contrato, es decir, por el retraso acumulado en la obra civil⁵⁷⁷.

567.

CELEC argumenta que Inter Rao no facilitó los cronogramas y el Programa de Ejecución, pero Inter Rao rechaza esta aseveración. Las Partes intercambiaban cronogramas de trabajo mensuales en los que Inter Rao constantemente informaba a CELEC de la necesidad de reconfigurar los plazos de los hitos que eran de responsabilidad de Inter Rao, afectados por los retrasos en los trabajos de CWE⁵⁷⁸.

568.

Además, fue CELEC la que no facilitó a Inter Rao la información necesaria para actualizar el Programa de Ejecución⁵⁷⁹, por lo que la Demandada no puede excusarse en su falta de actualización para denegar la extensión, que Inter Rao considera ocurrió de forma automática⁵⁸⁰.

569.

Las Demandantes sostienen que el retraso en las obras civiles – imputable a CELEC – es de 368 días, lo que conlleva una extensión automática del plazo de Inter Rao hasta el 15 de junio de 2017⁵⁸¹ (o que, en cualquier caso, CELEC estaba obligada a conceder⁵⁸²).

570.

Tercero, el 26 de abril de 2016 tuvo lugar una inundación y deslizamiento de tierras en el sitio de la obra, que causó un corte del suministro eléctrico y una suspensión generalizada de los trabajos en todos los frentes y que ocasionó daños en la Unidad 1 de la Casa de Máquinas Alluriquín [la "Inundación de Alluriquín"]. Las Partes acordaron tratar este evento como uno de fuerza mayor, por lo que, de conformidad con las Cláusulas 13.3(a) y 23.1 del Contrato, Inter Rao también tenía derecho a una extensión por el tiempo necesario para la reparación de los equipos, que a la fecha de terminación del Contrato no había concluido⁵⁸³.

D. Los retrasos son imputables a CELEC

571.

El último argumento de las Demandantes es que fue CELEC quien causó un retraso crítico de 368 días, respecto al plazo estimado de 12 de junio de 2016, debido:

- Al retraso en la obra civil de CWE (cuya responsabilidad conforme al Contrato corresponde a CELEC); la mayor evidencia de ello es que a diciembre de 2019, la Contraloría General constató que CWE no había finalizado la obra civil, lo cual impedía la puesta en marcha de la Central Toachi-Pilatón⁵⁸⁴.

- A la negativa de CELEC a concluir las OCs Nos. 2 y 3, que eran necesarias para la finalización del Proyecto; Inter Rao rechaza el argumento de la Demandada que la Contratista dilatare intencionalmente la firma de las OCs, pues era Inter Rao la que más incentivo tenía respecto a la conclusión de estos, para así poder cobrar los USD 23 millones, por trabajos que ya había empezado a realizar y que había financiado con sus propios recursos⁵⁸⁵.

572.

Las Demandantes han presentado cuatro informes periciales del Ing. Karakoc para demostrar que los 368 días de retraso acumulado respecto al 12 de junio de 2016 son atribuibles a CELEC.
573.

El Ing. Karakoc presenta un análisis de los retrasos comparando el progreso de los trabajos de CWE e Inter Rao, tal como estaban concebidos en el Cronograma Maestro de 21 de julio de 2014, con la manera en la que efectivamente esos trabajos tuvieron lugar, sobre la base de la información "as-built" (As-planned vs. As-built Windows)⁵⁸⁶, es decir, la documentación del Proyecto que constata la finalización de trabajos y su fecha, tales como actas de entrega, correspondencia entre las Partes, informes de avance mensuales, actas de reuniones, cronogramas emitidos por Inter Rao y CPT, certificados de pago por trabajos, libros de obra, informes de avance de CPT y documentos fotográficos⁵⁸⁷.

2.5 Posición de la Demandada en el arbitraje

574.

En este arbitraje la Demandada ha ofrecido los siguientes argumentos:

A. El plazo de 12 de junio de 2016 era fijo

575.

En la Adenda No. 5 las Partes acordaron prorrogar el plazo de ejecución en 388 días, hasta el 12 de junio de 2016⁵⁸⁸. Este era un plazo obligatorio, no un término flotante o variable, y sólo podía modificarse previo acuerdo expreso y por escrito de las Partes⁵⁸⁹. Si las Partes hubiesen

acordado no establecer un plazo fijo, la estipulación habría sido inválida conforme al Derecho ecuatoriano⁵⁹⁰.

576.

El término "estimado" en la Adenda No. 5 ha de entenderse en su sentido natural y obvio, como "calculado" o "determinado"; es decir, las Partes calcularon o determinaron el nuevo plazo al añadir 388 días, fijándolo así el 12 de junio de 2016⁵⁹¹.

577.

Las Partes no modificaron la definición de "Plazo de Ejecución" de la Cláusula 4.2(hhh) ni las obligaciones de Inter Rao de la Cláusula 9, que debía culminar las obras "en las fechas indicadas en el Contrato"⁵⁹².

578.

La Adenda No. 5 estableció el procedimiento para la prórroga del plazo por causas justificadas, lo que indica que el plazo debía cumplirse, salvo que Inter Rao solicitase y obtuviese una prórroga conforme al procedimiento acordado⁵⁹³.

579.

Sobre el argumento de Inter Rao de que Roseximbank extendió el financiamiento para el Proyecto hasta el 30 de junio de 2017, CELEC sostiene que esto no era más que una previsión de las Partes para resguardarse ante posibles prórrogas del plazo contractual que nunca se materializaron⁵⁹⁴.

B. Las partes no acordaron la extensión del plazo a través del Acta de Acuerdos y las OCs Nos. 2 y 3

580.

CELEC sostiene que las Partes firmaron el Acta de Acuerdos para darle a Inter Rao una oportunidad adicional de completar los trabajos, a pesar de los retrasos, y para definir los términos de las OCs Nos. 2, 3 y 4; pero en ningún caso tenían las Partes la intención de modificar el plazo contractual mediante la firma del Acta de Acuerdos⁵⁹⁵.

581.

El Acta de Acuerdos debe concebirse como un contrato de promesa – en los términos del Art. 1570 del CC – por el que las Partes se comprometieron a negociar y concluir acuerdos futuros sobre las OCs. Nos 2, 3 y 4. El término del Acta de Acuerdos era el 11 y 12 de julio de 2016, para la firma de las OCs Nos. 2 y 3 respectivamente; y fue Inter Rao quien incumplió su promesa de firmar las OCs, por lo tanto, es a ella a quien es imputable la falta de acuerdo sobre la extensión de plazo⁵⁹⁶.

582.

Tal como dispone la Cláusula 4.1(b) del Contrato, éste prevalece sobre cualquier otro documento⁵⁹⁷. El Acta de Acuerdos contempla posibles plazos futuros de conclusión del Proyecto, sin que se deduzca la intención de las Partes de renunciar a los cauces contractuales para materializar las extensiones que puedan requerirse, es decir, los procedimientos de la Cláusula 13.3 del Contrato⁵⁹⁸.

583.

La propia Inter Rao incumplió los compromisos fijados en el Acta de Acuerdos⁵⁹⁹:

- No cumplió con el plazo "impostergable" para las pruebas de puesta en servicio de la Unidad 1 de la Central Sarapullo, que debía ocurrir el 10 de diciembre de 2016;

- Retrasó la firma de las OCs Nos. 2 y 3 injustificadamente, cambiando los términos que se habían acordado sobre las garantías bancarias y sujetando la firma de la OC No. 3 a que CELEC le extendiera concesiones en otro proyecto.

584.

La Demandada también cuestiona los efectos que Inter Rao pretende dar al Acta de Acuerdos señalando que el firmante por parte de Inter Rao es el Ing. Anatoly Bukhanov, en su condición de Gerente del Proyecto – no el Apoderado General de Inter Rao⁶⁰⁰.

C. Inter Rao no tenía derecho a una extensión de plazo conforme a la Cláusula 13.3 del Contrato 585.

El plazo de ejecución es una condición central del Contrato, que sólo puede modificarse mediante la suscripción de una adenda, conforme a la Cláusula 30.2 del Contrato o mediante una Orden de Cambio, conforme a la Cláusula 30.3 del Contrato⁶⁰¹. Iría en contra de la finalidad buscada por las Partes que el plazo se extendiese de forma automática – tal como sostiene Inter Rao⁶⁰².

586.

En ningún caso la Adenda No. 5 tuvo el efecto que pretende ahora hacer valer Inter Rao de que las prórrogas bajo la Cláusula 13.3 eran automáticas⁶⁰³. Inter Rao debía solicitar la prórroga, demostrar que el retraso no le era imputable, y probar que el retraso no imputable afectaba la ejecución de los trabajos de la Contratista⁶⁰⁴.

587.

CELEC rechaza que se cumplieran las condiciones para la extensión de plazo que Inter Rao aduce:

588.

Primero, CELEC sostiene que Inter Rao no tenía automáticamente derecho a una extensión conforme a la Cláusula 13.3(b) del Contrato⁶⁰⁵. Inter Rao debía solicitar por escrito la extensión, justificando que el retraso no le era imputable y que el retraso afectaba a la ruta crítica⁶⁰⁶, cosa que nunca hizo⁶⁰⁷.

589.

La Adenda No. 5 no modificó la Cláusula 13.3, que requiere que el Contratista "[...] solicite, por escrito, justificando los fundamentos de [la extensión]"⁶⁰⁸; e Inter Rao no acreditó la solicitud de prórrogas conforme al Contrato⁶⁰⁹.

590.

Sobre la alegación de retrasos en el pago por parte de CELEC, la Demandada sostiene que el Art. 95 de la LOSNCP establece que el Contratista no puede aducir la mora de las obligaciones económicas del Contratante para excusar su incumplimiento si no ha amortizado la totalidad del anticipo. Se trata de una excepción al Art. 1568 del CC expresamente recogida en la LOSNCP. En tanto que Inter Rao no amortizó completamente el anticipo, no podía oponer los retrasos en el pago por parte de CELEC⁶¹⁰.

591.

Sobre la solicitud de extensión de plazo de Inter Rao del 10 de junio de 2016, CELEC señala que se trata de un requerimiento de prórroga defectuoso, ya que no justifica apropiadamente el impacto de los supuestos retrasos alegados en la ruta crítica. En su análisis contemporáneo de

esta solicitud, el Supervisor CPT constató la falta de documentos justificativos y análisis contractual que sirvieran de base para la extensión solicitada⁶¹¹.

592.

Segundo, el plazo tampoco se extendió de forma automática conforme a la Cláusula 13.3(c) del Contrato⁶¹².

593.

La Adenda No. 5 establece en la Cláusula 13.3(c) que, como condición previa a la extensión de plazo por retraso en las obras civiles, Inter Rao debe proporcionar dentro de los 15 días siguientes a la entrega de las obras civiles un Programa de Ejecución ajustado. Si Inter Rao no entrega este documento, no se prorroga el plazo⁶¹³.

594.

Las Demandantes intentan evadir este requisito alegando que sí presentaron los informes de avances mensuales; pero esta es una exigencia contractual diferente, que nada tiene que ver con la entrega del Programa de Ejecución ajustado para la extensión de plazo, que Inter Rao nunca entregó⁶¹⁴.

595.

Tercero, la Demandada rechaza que Inter Rao tuviera derecho a una extensión por fuerza mayor conforme a la Cláusula 13.3(a) como consecuencia de la Inundación de Alluriquín. CELEC sostiene que Inter Rao se limitó a notificar el evento de fuerza mayor o caso fortuito, pero nunca solicitó una prórroga de plazo sobre esta base, ni cumplió los requisitos para eximir de responsabilidad a Inter Rao por este incidente⁶¹⁵.

596.

En cualquier caso, el evento de fuerza mayor o caso fortuito fue superado al iniciarse los trabajos en la Obra. El periodo que comprende la elaboración de los informes acerca de los equipos afectados no constituye fuerza mayor o caso fortuito, como sugiere Inter Rao⁶¹⁶.

D. Los retrasos son imputables a Inter Rao

597.

La Demandada también ha ofrecido dos análisis de retrasos que aduce para sostener que el retraso en la conclusión del Proyecto es atribuible a Inter Rao:

598.

Primero, en su Memorial de Contestación y Reconvención, la Demandada ofrece un recuento de los hitos del Cronograma Maestro que sufrieron retraso por culpa de Inter Rao, correspondientes al Aprovechamiento Pilatón-Sarapullo y aquellos relativos al Aprovechamiento Toachi-Alluriquín⁶¹⁷, ofreciendo para cada hito el retraso en días que le imputa a Inter Rao.

599.

Segundo, CELEC también ha presentado un informe pericial sobre los retrasos, en el que el perito concluye que Inter Rao incurrió en retrasos no excusables en la mayoría de los frentes de trabajo, por lo que no considera que tuviera derecho a una extensión de plazo ni a una compensación de costes de prolongación⁶¹⁸.

3. Regulación contractual

600.

La Cláusula 13.1 del Contrato establece el plazo para la ejecución de las obras electromecánicas e hidromecánicas a cargo de Inter Rao:

"13.1 Inicio y Desarrollo Conforme al Programa de Ejecución. El CONTRATISTA iniciará las Obras Electromecánicas e Hidromecánicas a partir de la Fecha Efectiva y la entrega del anticipo de conformidad con el Programa de Ejecución de manera que se cumpla con todas las Fechas contractualmente establecidas comprometiéndose a terminar y entregar las Obras, que son el objeto del Contrato, en el plazo de cuarenta y cuatro (44) Meses después de lo establecido en esta Cláusula (Fecha Programada de Inicio)". [Subrayado del Tribunal]

Las prórrogas del plazo
601.

La Cláusula 13.3 del Contrato recogía la regulación sobre las extensiones de plazo:

"13.3. La CONTRATANTE podrá prorrogar el plazo total o los plazos parciales, sólo en los siguientes casos, y siempre que el CONTRATISTA así lo solicite, por escrito, justificando los fundamentos de aquella, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas subsiguientes a la fecha de producido el hecho que motiva la solicitud. Sin perjuicio de lo anterior el plazo total de la ejecución del Contrato no puede exceder cuarenta y ocho (48) Meses desde la Fecha Programada de Inicio⁶¹⁹:

[...]

Se reconocerá prórroga de las fechas contractuales:

(a) Si el CONTRATISTA se encuentra impedido de alcanzar la fecha contractual como resultado de Caso Fortuito o Fuerza Mayor [...]

(b) Si el Contratista se encuentra impedido de alcanzar la fecha Contractual como resultado de cualquier acto u omisión de la CONTRATANTE [...]" [Cursiva del Tribunal para indicar que esta frase será posteriormente derogada]

La Adenda No. 5
602.

En la Adenda No. 5 las Partes acordaron tres modificaciones a esta Cláusula:

603.

Primero, las Partes acordaron extender el plazo de ejecución:

"Numeral 13.1.

Se modifica el plazo establecido en el numeral 13.1, incrementándose en trescientos ochenta y ocho (388 días), con lo cual el nuevo plazo estimado es hasta el 12 de junio de 2016".

604.

Segundo, eliminaron el límite máximo a las extensiones de plazo:

"Numeral 13.3

Eliminar del primer párrafo del numeral 13.3 la siguiente expresión: "Sin perjuicio de lo anterior el plazo total de la ejecución del Contrato no puede exceder de cuarenta y ocho (48) Meses desde la Fecha Programada de Inicio".

605.

Tercero, CELEC se comprometió a prorrogar el plazo, a petición de Inter Rao, siempre que la ejecución de las obras civiles (de las que era responsable CELEC) provocara un retraso; en tal caso, Inter Rao debía presentar un Programa de Ejecución ajustado:

"13.3 [...]

(c) Cuando se produzcan retardos en la ejecución de las obras civiles que afecten la ejecución del [Contrato], la CONTRATANTE ampliará el plazo a la CONTRATISTA por el número de días en que se haya afectado la ejecución de las OBRAS de este contrato, más los días necesarios para la movilización en caso de ser pertinente.

En forma previa al otorgamiento de la prórroga de plazo prevista en el párrafo anterior, el CONTRATISTA dentro de los 15 días siguientes a la fecha de entrega de las obras civiles, remitirá a la CONTRATANTE el Programa de Ejecución ajustado. El plazo de 15 días no significa suspensión o paralización de los trabajos por parte del CONTRATISTA, el cual se compromete a disponer la movilización de ser necesaria, y a proseguir de manera inmediata con la ejecución de los trabajos correspondientes". [Subrayado del Tribunal]

4. Decisión del Tribunal Arbitral

606.

En la Notificación de Incumplimientos y en la Resolución de Terminación CELEC alega que Inter Rao habría incumplido el plazo de ejecución de las obras, que según la Cláusula 13.1 del Contrato terminaría el 12 de junio de 2016; para CELEC éste era un plazo de cumplimiento obligatorio, que las Partes nunca llegaron a ampliar. En marzo de 2017, tras ocho meses del vencimiento del plazo contractual, Inter Rao tan sólo había alcanzado una ejecución global del Contrato del 85,2%. Por lo tanto, la Contratista habría incurrido en un grave incumplimiento, que permitió a CELEC resolver unilateralmente el Contrato el 22 de marzo de 2017⁶²⁰.

607.

Inter Rao rechaza este argumento: las Partes habían acordado en la Adenda No. 5 que el plazo de 12 de junio de 2016 era un plazo "estimado" con clara vocación de ser revisado y ampliado, para compensar los retrasos acumulados en la obra civil. Las Partes ampliaron ese plazo cuando en julio de 2016 concluyeron el Acta de Acuerdos, que fijó como plazo para la finalización de las obras al menos hasta abril de 2017; en consecuencia, cuando CELEC declaró la terminación del Contrato, el plazo de la ejecución de las obras aún no había vencido.

608.

El Tribunal se decanta por la posición de Inter Rao, por las razones que se explicarán en las siguientes secciones.

4.1 CELEC se comprometió a prorrogar el "plazo estimado" pactado en la Adenda No. 5

609.

Los numerales 13.1 y 13.3(c) de la Adenda No. 5, firmada el 25 de octubre de 2015, rezan así:

"Numeral 13.1.

Se modifica el plazo establecido en el numeral 13.1, incrementándose en trescientos ochenta y ocho (388 días), con lo cual el nuevo plazo estimado es hasta el 12 de junio de 2016".
[Subrayado del Tribunal]

Numeral 13.3.

"(c) Cuando se produzcan retardos en la ejecución de las obras civiles que afecten la ejecución del [Contrato], la CONTRATANTE ampliará el plazo a la CONTRATISTA por el número de días en que se haya afectado la ejecución de las OBRAS de este contrato, más los días necesarios para la movilización en caso de ser pertinente.

En forma previa al otorgamiento de la prórroga de plazo prevista en el párrafo anterior, el CONTRATISTA dentro de los 15 días siguientes a la fecha de entrega de las obras civiles, remitirá a la CONTRATANTE el Programa de Ejecución ajustado. El plazo de 15 días no significa suspensión o paralización de los trabajos por parte del CONTRATISTA, el cual se compromete a disponer la movilización de ser necesaria, y a proseguir de manera inmediata con la ejecución de los trabajos correspondientes". [Subrayado del Tribunal]

610.

Inter Rao sostiene que la intención de las Partes al firmar la Adenda No. 5 con estas cláusulas fue simplemente la de formalizar contractualmente el plazo acordado un año antes en el Cronograma Maestro de Mitigación; pero que, en octubre de 2015, las Partes eran conscientes de que ese "plazo estimado" de 12 de junio de 2016 ya estaba desfasado, y asumieron el compromiso de ampliarlo⁶²¹.

611.

CELEC considera que en la Adenda No. 5 las Partes acordaron que el plazo para la finalización del Proyecto era el 12 de junio de 2016; y que este era un plazo inamovible, salvo que Inter Rao realizase una solicitud de extensión de plazo formal, probando el retraso en la obra civil y proporcionando un Programa de Ejecución ajustado, que permitiese evaluar la solicitud – cosa que nunca hizo satisfactoriamente⁶²².

612.

El Tribunal se posiciona con Inter Rao.

613.

El Tribunal estima que las Partes, al otorgar la Adenda No. 5, se limitaron a formalizar un acuerdo ya alcanzado en el Cronograma Maestro de Mitigación, firmado por ambas Partes un año y tres meses antes y que preveía que los trabajos deberían estar concluidos antes del 12 de junio de 2016. En el momento de firmar la Adenda No. 5 las Partes eran conscientes de que ese plazo, al que definieron como "plazo estimado", había quedado desfasado y ya no era realizable, y por ello CELEC asumió un compromiso de ampliarlo en el futuro.

614.

Estas conclusiones se derivan de la recta interpretación de la Adenda No. 5, según los criterios establecidos en el Código Civil y en el propio Contrato.

A. La intención de las Partes (Art. 1576 CC y 4.1 del Contrato)

615.

La regla general de interpretación contractual recogida en el Art. 1576 CC establece la prevalencia de la voluntad real de las partes sobre lo expresado en los términos literales del contrato:

"Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras".

616.

A su vez, la Cláusula 4.1 del Contrato también recoge el principio de subordinación del criterio de interpretación literal a la intención de las Partes:

"Interpretación: Los términos del Contrato deben interpretarse en su sentido literal, a fin de revelar claramente la intención de los contratantes".

617.

La documentación contemporánea evidencia que las Partes, cuando estaban negociando la Adenda No. 5, eran conscientes del retraso acumulado desde la aprobación del Cronograma Maestro de Mitigación y que el plazo de 12 de junio de 2016, que estaban insertando en la Adenda, estaba ya completamente desfasado:

- Inter Rao informó a CELEC en numerosas ocasiones que el plazo más optimista para la conclusión de las obras electromecánicas e hidromecánicas era febrero de 2017⁶²³;

- En septiembre de 2015 la Contraloría emitió su informe sobre el Proyecto, constatando la existencia de retrasos en numerosos frentes⁶²⁴;

- El Programa de Seguimiento de 25 de noviembre de 2015 señalaba que los trabajos de Inter Rao no finalizarían hasta el 20 de febrero de 2017⁶²⁵;

- En un oficio de CELEC a Roseximbank de 16 de diciembre de 2015 la propia CELEC reconoció que la fecha de 12 de junio de 2016 de la Adenda No. 5 no era realista, y que no podía determinar con seguridad la fecha real de conclusión del Proyecto, debido a los retrasos acumulados de la obra civil y los trabajos adicionales requeridos en la obra electromecánica, cuyo alcance aún se estaba negociando⁶²⁶.

618.

El Tribunal no alberga duda de que la intención real de las Partes, cuando otorgaron la Adenda No. 5, era la de regularizar el acuerdo que habían alcanzado en julio de 2014 al aprobar el Cronograma Maestro de Mitigación, uniéndolo a un compromiso firme de extender, en un futuro cercano, el "plazo estimado" de 12 de junio de 2016, puesto que éste ya no reflejaba el estado real del Proyecto.

B. El sentido literal (Art. 1576 CC y 4.1 del Contrato) y el effet utile (Art. 1578 CC)

619.

Las Partes han discutido ampliamente qué interpretación ha de otorgarse a los términos "nuevo plazo estimado" utilizado en la Adenda No. 5.

620.

CELEC dice que el término "estimado" ha de entenderse en su sentido natural y obvio, como "calculado" o "determinado"; es decir, las Partes calcularon o determinaron el nuevo plazo al añadir 388 días al anterior, fijándolo así el 12 de junio de 2016⁶²⁷.

621.

Las Demandantes, por el contrario, aducen que la interpretación propuesta por CELEC privaría de efecto útil al término, en contra de las reglas de interpretación aplicables. Para Inter Rao, el uso del término "estimado" indica que se trata de un plazo indicativo, que las Partes se comprometían a actualizar una vez analizaran el impacto del retraso en la obra civil⁶²⁸.

622.

El Tribunal se decanta por la interpretación de las Demandantes.

623.

Es cierto que el Diccionario de la Real Academia Española define el término "estimar" como "calcular o determinar el valor de algo"⁶²⁹. Pero el Tribunal no coincide con la proposición de CELEC de atribuir exclusivamente este significado al término "estimado" de la Adenda No. 5: todos los plazos en los contratos de construcción son estimados, en el sentido literal de "calculados" o "determinados". El plazo original del Contrato, de 21 de mayo de 2015, también fue un plazo "calculado" o "determinado" en la acepción que propone CELEC y, sin embargo, en la versión original del Contrato las Partes no emplearon el adjetivo "estimado" para caracterizarlo.

624.

El sentido estrictamente literal debe ceder ante el criterio de interpretación que da prevalencia al *effet utile*, según prevé el Art. 1578 del CC:

"El sentido en que una cláusula puede surtir algún efecto deberá preferirse a aquél en que no sea capaz de surtir efecto alguno".

625.

Llama la atención que, durante las negociaciones de la Adenda No. 5, las Partes acordasen sustituir el término "plazo de cumplimiento del objeto contractual", utilizado en los borradores iniciales, por la expresión "nuevo plazo estimado" utilizada en la versión finalmente acordada⁶³⁰. La inclusión del término "estimado" no es baladí y debe surtir efectos: expresa la intención de las Partes de considerar el plazo de 12 de junio de 2016 como un plazo indicativo, que CELEC se compromete a actualizar de acuerdo con el procedimiento pactado en la Cláusula 13.3.(c).

C. La interpretación sistemática (Art. 1580 y 4.1(c) del Contrato)

626.

El Art. 1580 del CC establece el criterio de interpretación sistemática:

"Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad".

627.

Este mismo principio está recogido en la Cláusula 4.1(c) del Contrato, que dispone que:

"El contexto servirá para ilustrar el sentido de cada una de sus partes, de manera que haya entre todas ellas la debida correspondencia y armonía".

628.

La interpretación de las distintas cláusulas de la Adenda No. 5 refuerzan la conclusión del Tribunal:

629.

Primero, en la sección de "Declaraciones" las Partes reconocen que "[e]l plazo de prórroga de 388 días adicionales [hasta el 12 de junio de 2016] contemplado en la Cláusula Tercera del presente instrumento, reconoce los hechos producidos hasta el 21 de julio de 2014". [Subrayado del Tribunal]

630.

Las Partes reconocen pues que, los acontecimientos anteriores al 21 de julio de 2014 (es decir el cambio en la configuración física del Proyecto tras el descubrimiento de las fallas geológicas en 2012 y 2013) por sí solos justifican la extensión hasta el 12 de junio de 2016, y que este plazo no incorpora los retrasos en la obra civil posteriores al 21 de julio de 2014 ni tampoco los trabajos adicionales necesarios para la conclusión del Proyecto, que las Partes estaban negociando en las OCs Nos. 2 y 3.

631.

Conscientes de ello, en la misma sección de "Declaraciones", CELEC se compromete a pagar los costes de prolongación en los que pueda incurrir Inter Rao "[...] en virtud de las futuras prórrogas de plazo concedidas por causas no imputables al CONTRATISTA".

632.

Segundo, CELEC reconoce en la Sección de "Antecedentes" que, desde julio de 2014 hasta octubre de 2015, se han acreditado retrasos en la obra civil que no son imputables a Inter Rao⁶³¹:

"La Fiscalización y el Administrador del Contrato, a través de sus informes, presentaron el análisis detallado de las justificaciones técnicas para la ampliación del plazo total del Contrato principal, producida por el retraso en la entrega de las obras civiles (frentes de trabajo) de acuerdo con el Cronograma Maestro, indicando que estos retrasos en la entrega de las obras civiles no son imputables a PJSC Inter Rao". [Subrayado del Tribunal]

633.

Este "Antecedente" muestra que, cuando firmaron la Adenda No. 5, ambas Partes eran conscientes de que existían retrasos de la obra civil, que no eran imputables a Inter Rao, que exigirían una ampliación adicional, más allá del 12 de junio de 2016.

634.

Tercero, las Partes eran conscientes de que el Proyecto requeriría de financiación, y que el periodo de disposición se debía extender hasta junio de 2017:

"CELEC EP solicitará al EXIMBANK de Rusia la extensión del periodo de desembolsos hasta el 30 de junio de 2017, en previsión de futuras prórrogas que puedan sobrevenir al contrato con INTER RAO". [Subrayado del Tribunal]

635.

Pro memoria: la vigencia del Acuerdo de Financiación iba en paralelo a la vigencia del Contrato (el Acuerdo de Financiación original vencía a los cuatro meses del plazo original del Contrato). Un plazo de disposición hasta el 30 de junio de 2017 implicaba que las Partes eran conscientes de que el plazo real de finalización de las obras caía, como pronto, cuatro meses antes de esa fecha, es decir, 28 de febrero de 2017.

636.

En resumen: el concepto "nuevo plazo estimado" debe interpretarse de manera sistemática en conjunto con la nueva Cláusula 13.3(c), que regula la ampliación del plazo como consecuencia del retraso en la obra civil. Una interpretación sistemática del Contrato muestra que las Partes siempre tuvieron en mente que el "plazo estimado" de 12 de junio de 2016 iba a tener que ser prorrogado, puesto que, cuando se firmó la Adenda No. 5, ya se habían producido retrasos en la obra civil (imputables a CELEC) que no habían sido tenidos en cuenta.

637.

Y es por ello que las Partes añadieron la nueva Cláusula 13.3(c), en la que CELEC se comprometía a prorrogar el plazo siempre que:

- Inter Rao constatase el retraso adicional de las obras civiles que impactasen sus trabajos; y

- actualizase el Programa de Ejecución permitiendo la elaboración de un nuevo Cronograma Maestro Integrado.

4.2 En el Acta de Acuerdos las partes prorrogaron el plazo al menos hasta el 5 de abril de 2017
638.

Al otorgar la Adenda No. 5, las Partes se limitaron pues a formalizar como "plazo estimado" la fecha de ejecución ya acordada en el Cronograma Maestro de Mitigación, siendo ambas conscientes de que ese plazo de 12 de junio de 2016 era inalcanzable y, por tanto, con la firme intención de prorrogarlo en el futuro.

639.

Y así efectivamente ocurrió.

640.

Ocho meses más tarde, el 5 de julio de 2016, las Partes firmaron el Acta de Acuerdos, en la que pactaron que el plazo de ejecución de la OC No. 3 y con ello de la obra en su totalidad, se prorrogaba, desde el 12 de junio de 2016, al menos hasta el 5 de abril de 2017.

641.

Su tenor literal es el siguiente⁶³²:

"El presente Acta de Acuerdos se relaciona con las Ordenes de Cambio 02, 03, y 04, las cuales hasta la fecha no se firma y al respecto, las partes voluntariamente definen y acuerdan los siguientes temas básicos:

1. ORDEN DE CAMBIO 02

1.1. Valor estimado.- Se define que el valor de esta Orden de Cambio será de un máximo aproximado de hasta 10,876 millones de dólares.

1.2. Plazo acordado. El plazo máximo acordado por las partes será de 150 día[s] contado[s] desde el pago del anticipo.

1.3. Se aclara que en cualquier caso, la última fecha de plazo acordado por las partes será el 10 de [d]iciembre 2016.

1.4. Esta Orden de Cambio se firmará por las partes, a más tardar el 11 de julio de 2016.

2. ORDEN DE CAMBIO 03

2.1. Valor estimado.- Se define que el valor de esta Orden de Cambio será de un máximo aproximado de 13,098 millones de dólares. Se aclara que con este valor se reconocen todos los costos adicionales que Inter Rao plantea que se desprenden de los cambios que se realizaron a los equipos previstos, en los pliegos y documentos que sirvieron como base para la preparación de la oferta.

2.2. Plazo acordado.- El plazo total de esta Orden de Cambio será de 270 días, contados desde el pago del anticipo.

2.3. [...].

2.4. Esta Orden de Cambio se firmará por las partes a más tardar el 12 de julio de 2016.

[...]

4. CONCLUSIONES

[...]

Las partes dejan constancia de su conformidad y aceptación de cada uno de los puntos arriba indicados, para lo cual firman, en tres ejemplares, libre y voluntariamente la presente Acta de Acuerdo, en el Campamento La Palma el día martes 5 de julio de 2016". [Subrayado del Tribunal; negrilla en el original]

642.

En resumen, el Acta de Acuerdos es un documento firmado por ambas Partes, que contiene determinadas declaraciones de voluntad. En lo que hace a los plazos para concluir la obra, el Acta de Acuerdos contiene dos pactos:

- El plazo para finalizar los trabajos de la OC No. 2 será de 150 días desde el pago del correspondiente anticipo por CELEC, mientras que

- El plazo para la OC No. 3 será de 270 días, también desde el pago del anticipo correspondiente.

643.

Asumiendo que CELEC pagara el anticipo en la propia fecha del Acta de Acuerdos (5 de julio de 2016), el plazo contractual para ejecutar la totalidad de las obras, incluyendo las OCs Nos. 2 y 3, quedaba pues prorrogado al menos hasta el 5 de abril de 2017 (270 días desde el 5 de julio de 2016)633.

A. Posición de las Partes

644.

Para Inter Rao, el Acta de Acuerdos constituye un compromiso inequívoco de las Partes por el que extienden el plazo contractual al menos hasta el 5 de abril de 2017634.

645.

CELEC sostiene que el Acta de Acuerdos no tiene carácter vinculante, pues se trataría de una simple promesa de celebrar un contrato futuro al amparo del Art. 1570 del CC: las Partes únicamente habrían asumido el compromiso de negociar y concluir las OCs Nos. 2 y 3. En la interpretación de CELEC, las Partes no se comprometieron a prorrogar el plazo, sino que asumieron una promesa de seguir negociando los términos de las OCs y de hacer sus mejores esfuerzos para firmarlas. Según CELEC, de conformidad con el Art. 1570 del CC, dicha promesa no produce obligación alguna.

646.

CELEC sostiene que fue Inter Rao quien incumplió su promesa de firmar las OCs y, por lo tanto, es a ella a quien es imputable la falta de acuerdo sobre la extensión de plazo635.

B. Análisis del Tribunal

647.

El Tribunal se posiciona de nuevo con las Demandantes.

648.

En lo que atañe a la prórroga del plazo para la ejecución de la obra, el Acta de Acuerdos no es una simple promesa de celebrar un contrato futuro, sino que constituye un verdadero acuerdo, por el que el plazo se prorroga, con fuerza vinculante.

649.

Para razonar esta conclusión, el Tribunal

- en primer lugar, expondrá la regulación sobre los requisitos del contrato y de la promesa de contrato, tal como están establecidos en el CC (a.);

- posteriormente, concluirá que el acuerdo alcanzado por las Partes implicaba la prórroga del plazo de ejecución al menos hasta el 5 de abril de 2017 (b.);

- a continuación, el Tribunal rechazará ciertos argumentos adicionales presentados por CELEC (c.).

a. La normativa del CC

650.

Los Arts. 1454, 1461 y 1570 del CC rezan así:

"Art. 1454: Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas".

"Art. 1461: Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario:

Que sea legalmente capaz;

Que consienta en dicho acto o declaración, y su consentimiento no adolezca de vicio;

Que recaiga sobre un objeto lícito; y,

Que tenga una causa lícita.

La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, y sin el ministerio o la autorización de otra".

"Art. 1570: La promesa de celebrar un contrato no produce obligación alguna; salvo que concurren las circunstancias siguientes:

1. Que la promesa conste por escrito; y por escritura pública, cuando fuere de celebrar un contrato para cuya validez se necesita de tal solemnidad, conforme a las disposiciones de este Código;

2. Que el contrato prometido no sea de los que las leyes declaran ineficaces;

3. Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época de la celebración del contrato; y,

4. Que en ella se especifique de tal manera el contrato prometido, que sólo falten, para que sea perfecto, la tradición de la cosa, o las solemnidades que las leyes prescriban.

Concurriendo estas circunstancias habrá lugar a lo prevenido en el artículo precedente[636]".

651.

El Art. 1461 define los tres elementos esenciales que conforman el concepto de contrato, esquematizado en el Art. 1454: el consentimiento, el objeto y una causa lícita.

652.

Y el Art. 1570 establece que, para que la promesa de celebrar un contrato resulte vinculante, se requiere que:

- Se haga por escrito y con las formalidades que requiera el contrato futuro;

- Que el contrato futuro no sea ineficaz conforme a la ley;

- Que la promesa contenga un plazo o condición que señale el momento de celebración del contrato futuro;

- Que la promesa contenga las especificidades del contrato.

b. Las partes convinieron en prorrogar el plazo de ejecución
653.

Las Partes discuten si la naturaleza del Acta de Acuerdos, en lo que atañe a la prórroga del plazo, es la de un contrato (y por lo tanto vinculante) o la de una promesa de contrato (de carácter no vinculante).

654.

El texto del Acta de Acuerdos da contestación a esta duda.

655.

El preámbulo define con precisión el alcance del consentimiento de las Partes:

"El presente Acta de Acuerdos se relaciona con las Ordenes de Cambio 02, 03, y 04, las cuales hasta la fecha no se firma y al respecto, las partes voluntariamente definen y acuerdan los siguientes temas básicos". [subrayado del Tribunal]

656.

Entre los "temas básicos" que se acuerdan está la ampliación del plazo para la ejecución del Proyecto, como consecuencia de los trabajos adicionales previstos en las OCs No. 2 y 3:

"1.2. Plazo acordado. El plazo máximo acordado por las partes [para la ejecución de los trabajos de la OC No. 2] será de 150 día[s] contado[s] desde el pago del anticipo.

[...]

2.2. Plazo acordado. El plazo total de esta Orden de Cambio [No. 3] será de 270 días, contados desde el pago del anticipo".

Las OCs Nos. 2 y 3

657.

Las OCs Nos. 2 y 3 eran indispensables para la finalización del Proyecto – la finalización de la obra por Inter Rao nunca podría tener lugar antes de haber concluido la ejecución de las OCs Nos. 2 y 3.

El alcance del Acta de Acuerdos

658.

Cuando se firmó el Acta de Acuerdos, Inter Rao ya había comenzado con la ejecución de los trabajos adicionales - a pesar de que el precio aún estaba pendiente de la firma de las OCs correspondientes. La finalidad del Acta de Acuerdos era poner fin a esta situación anómala por dos vías:

- En primer lugar, con respecto al plazo, el Acta formaliza el acuerdo de las Partes de conceder una prórroga de 270 días desde el pago del anticipo por CELEC;

- En segundo lugar, con respecto a la formalización de las OCs, el Acta de Acuerdos contiene una promesa de firmar los documentos en un plazo de días.

659.

Así se deduce del texto de las cláusulas 1.2 y 2.2: en ellas las Partes no se comprometen simplemente a conceder en el futuro una prórroga, sino que efectivamente la otorgan: el sustantivo elegido es "Plazo acordado" y la forma verbal se expresa como el futuro del verbo ser ("Plazo acordado. - El plazo total [...] será de 270 días, contados desde el pago del anticipo"). La utilización del participio pasado ("acordado") y del futuro imperativo del verbo ser ("será") muestran que el acuerdo ya se ha alcanzado.

660.

Y ese acuerdo consiste en otorgar a Inter Rao 270 días adicionales (desde el pago por CELEC del último anticipo), para finalizar los trabajos adicionales de la OC No. 3. Asumiendo que el anticipo se realizara en la propia fecha del Acta de Acuerdos, el plazo para finalizar los trabajos incorporados a la OC No. 3 se prorrogan pues al menos hasta el 5 de abril de 2017; con la necesaria consecuencia de que Inter Rao dispondrá al menos hasta esa fecha para finalizar la totalidad de sus trabajos en el Proyecto.

661.

Una comparación de las cláusulas 1.2 y 2.2 (referentes a la prórroga del plazo) con las cláusulas 1.4 y 2.4 (referentes a la firma de las OCs) refuerza las conclusiones del Tribunal. La terminología usada en las cláusulas 1.4 y 2.4 ("Esta Orden de Cambio se firmará por las partes, a más tardar el [11 ó 12] de julio de 2016") difiere sustancialmente de la adoptada en las cláusulas 1.2 y 2.2 y muestra que en el primer caso nos encontramos ante una simple promesa de firmar documentos en un plazo muy breve, mientras que en el segundo existe un acuerdo vinculante.

662.

En resumen: El Tribunal concluye que, en materia de prórroga de plazos para la ejecución de las obras, el Acta de Acuerdos formaliza el consentimiento de las Partes de prorrogar el plazo otorgado a Inter Rao para finalizar los trabajos que constituyen la OC No. 3, al menos hasta el 5 de abril de 2017. Existiendo consentimiento, objeto y causa, dicho convenio es vinculante de conformidad con el Art. 1461 del CC.

663.

La necesaria consecuencia de esta prórroga es que Inter Rao disponía al menos hasta esa fecha para finalizar los trabajos que CELEC le había encargado en el Contrato; lo que a su vez implica que, cuando el 22 de marzo de 2017 CELEC emitió la Resolución de Terminación y declaró la terminación del Contrato, el plazo del cual disponía Inter Rao para finalizar la ejecución de las obras aún no había vencido.

c. Contraargumentos de CELEC

664.

CELEC plantea tres contraargumentos:

(i) La supuesta culpa de Inter Rao

665.

CELEC sostiene que las Partes no llegaron a firmar las OCs Nos. 2 y 3 por culpa de Inter Rao, que supuestamente habría continuado dilatando las negociaciones para la finalización de los documentos⁶³⁷.

666.

El Tribunal no está de acuerdo.

667.

A finales de diciembre de 2016 la firma de las Actas de Negociación de las OCs Nos. 2 y 3 era inminente y su falta de conclusión se debió al giro inesperado por parte de CELEC de dar por terminado de forma unilateral el Contrato:

- Entre agosto y diciembre de 2016 las Partes intercambiaron varios borradores de las Actas de Negociación, que recogían los términos acordados en el Acta de Acuerdos, y en la que sólo faltaba ultimar detalles accesorios⁶³⁸;

- En octubre de 2016 CELEC solicitó a Inter Rao que presentase las garantías de fiel cumplimiento y anticipo de las OCs, a lo que Inter Rao accedió de forma inmediata, entregando las garantías requeridas⁶³⁹;

- Los días 12 y 21 de diciembre de 2016 CELEC envió a Inter Rao las versiones finales de las Actas de Negociación de las OCs Nos. 2 y 3 para su firma⁶⁴⁰, que Inter Rao devolvió firmadas el 29 de diciembre de 2016⁶⁴¹;

- Sin embargo, CELEC nunca firmó los documentos, y en cambio, optó por emitir la Notificación de Incumplimientos el 5 de enero de 2017⁶⁴².

(ii) La supuesta ausencia de las formalidades
668.

CELEC señala que el Acta de Acuerdos no pudo haber extendido el plazo contractual, porque no constituye una adenda formal, de conformidad con la Cláusula 30.2 del Contrato.

669.

El Tribunal no comparte esta posición.

670.

El Derecho ecuatoriano contempla tres tipos de contratos según los requisitos que se exigen para su perfeccionamiento. El Art. 1459 del CC⁶⁴³ distingue:

- los contratos "reales" que exigen la tradición de la cosa;

- los contratos "solemnes", para los cuales se exige la observancia de ciertas formalidades especiales (como por ejemplo la escritura pública⁶⁴⁴);

- los contratos "consensuales", que se perfeccionan con el solo consentimiento.

671.

El contrato de obra es, con carácter general, un contrato de carácter consensual, en el que el concurso de voluntades es suficiente para su perfeccionamiento y su novación. En este caso, ni las Partes pactaron, ni el régimen de contratación pública ecuatoriano prevé un régimen distinto del previsto en el Código Civil.

672.

La Cláusula 30.2 del Contrato señala que⁶⁴⁵:

"Cualquier cambio en el Contrato o cualquiera de sus disposiciones se realizará sólo mediante la suscripción de un Adendum adicional entre ambas Partes".

673.

El término "Adendum" no está definido en el Contrato⁶⁴⁶. Se trata del singular del término latino "adenda", definido en el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico como "conjunto de adiciones al final de un escrito". En los contratos, las adendas tienen como fin modificar, ampliar o especificar los términos originales del contrato. La Cláusula 30.2, por lo tanto, no establece requisito alguno de forma para el perfeccionamiento de una modificación contractual.

674.

El Art. 113 del Reglamento de la LOSNCP, por su parte, exige como única formalidad que los contratos se realicen por escrito⁶⁴⁷:

"Forma y suscripción del contrato.- En todos los casos en que la ley exija la suscripción de contrato, éste se otorgará por escrito; y, en los contratos de tracto sucesivo, en caso de prórroga, para que sea válida, deberá convenirse, también de manera expresa y por escrito.

La entidad contratante verificará la aptitud legal del contratista en el momento de la suscripción del contrato, sin que ello signifique un trámite adicional para el contratista. Luego de la suscripción y cumplidas las formalidades del caso, la Entidad entregará un ejemplar del contrato al contratista [...]"

675.

Y el Art. 69 de la LOSCNP, tampoco establece formalidades o solemnidades para la perfección de los contratos. Se limita a señalar que⁶⁴⁸

"Los contratos que por su naturaleza o expreso mandato de la Ley lo requieran se formalizarán en escritura pública [...]"

676.

El contrato de obra, por su naturaleza, no exige la solemnidad de escritura pública para su perfeccionamiento.

677.

En conclusión, el Tribunal rechaza el argumento de CELEC de que el Acta de Acuerdos careciese de eficacia por no haber sido documentado en una adenda formal al Contrato.

(iii) El poder del Gerente de Proyecto de Inter Rao

678.

CELEC también señala que fue el Gerente de Proyecto de Inter Rao quien firmó el Acta de Acuerdos; y que para que este documento fuese vinculante para las Partes, debía en todo caso haber sido firmado por el representante legal de las Demandantes.

679.

El Tribunal no concuerda con esta proposición por dos razones:

680.

Primero, el Gerente de Proyecto, por el hecho de serlo, es el representante legal de Inter Rao y tiene por ley unos poderes, dimanantes de su propia designación, que le autorizan a realizar actos del giro o tráfico ordinario en nombre y representación del principal. Así se deduce del Art. 52 del Código de Comercio:

"El acto desarrollado en el establecimiento del comerciante o empresario, por quien, atendidas las circunstancias, de forma aparente se comporta como apoderado general o especial de aquel,

o por aquel a quien el comerciante o empresario ha dado a conocer como persona autorizada, se reputa acto del comerciante o empresario, a menos que se demuestre que el destinatario de la declaración actuó con conocimiento de la falta de representación". [Subrayado del Tribunal]

681.

Los requisitos exigidos por esta norma se cumplen: Inter Rao tiene un establecimiento permanente en Ecuador, que es precisamente la obra para la construcción del Proyecto, y nombró, con la aprobación de CELEC, al Ing. Anatoly Bukhanov como Gerente del Proyecto, un puesto equivalente al de "apoderado general" en la terminología del Código de Comercio. El gerente tomó posesión de su cargo en marzo de 2014649 y desde entonces ha sido la máxima autoridad del Contratista en la gestión de la obra, y ha estado en continua comunicación con el Administrador del Contrato de CELEC.

682.

Durante todo este periodo, CELEC ha considerado al Gerente de Proyecto como representante válido de Inter Rao, negociando con él todas las cuestiones que surgieron relacionadas con el Contrato y el Proyecto, sin que en ningún momento argumentara que carecía de los poderes necesarios⁶⁵⁰. No hay prueba alguna de que in tempore insuspecto, antes del comienzo del presente arbitraje, CELEC haya puesto en entredicho las facultades del Ing. Bukhanov para vincular a Inter Rao.

683.

Segundo, todo mandante tiene la facultad de ratificar ex post, incluso mediante "aquiescencia tácita", los acuerdos celebrados por un mandatario carente de poder⁶⁵¹. Así lo señala el Art. 2027 del CC:

"Art. 2027.- El encargo que es objeto del mandato puede hacerse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente o de cualquier otro modo inteligible, y aún por la aquiescencia tácita de una persona a la gestión de sus negocios por otra; pero no se admitirá en juicio la prueba testimonial sino en conformidad a las reglas generales, ni la escritura privada cuando las leyes requieran un instrumento auténtico". [Subrayado del Tribunal]

684.

Aun asumiendo arguyendo que el Gerente del Proyecto hubiera carecido de poder para vincular a Inter Rao, lo cierto es que Inter Rao en ningún momento ha alegado que el Ing. Bukhanov, al firmar el Acta de Acuerdos, se había excedido de sus facultades, sino que en todo momento ha exigido a CELEC que cumpliera con los compromisos asumidos. Inter Rao ha prestado pues su aquiescencia tácita a la actuación de su Gerente y de esta forma la ha ratificado, con anterioridad a que CELEC alegara por primera vez, en el presente arbitraje, que carecía de poder de representación. Cualquier hipotética falta de poder de representación (que no ha existido) ha quedado sanada.

685.

En resumen, el Ing. Bukhanov - el Gerente del Proyecto - tenía poderes suficientes para suscribir el Acta de Acuerdos en nombre de Inter Rao, y ésta en todo caso ha ratificado su actuación.

4.3 Los actos posteriores de las Partes confirman su acuerdo de extender el plazo contractual

686.

Hasta aquí el Tribunal ha concluido que en la Adenda No. 5 las Partes se limitaron a formalizar el "plazo estimado" de ejecución ya acordado en el Cronograma Maestro de Mitigación, que vencía el 12 de junio de 2016, a sabiendas de que era inalcanzable y comprometiéndose a prorrogarlo en el futuro. En cumplimiento de ese compromiso, ocho meses después, en el Acta de Acuerdos, las Partes efectivamente extendieron el plazo de ejecución al menos hasta el 5 de abril de 2017.

687.

Los actos posteriores de las Partes confirman este acuerdo.

688.

Aunque el "plazo estimado" venció el 12 de junio de 2016, Inter Rao continuó con sus trabajos y dio comienzo a la ejecución de las OCs Nos. 2 y 3 (para lo que tuvo que utilizar sus propios fondos, ya que CELEC, a la espera de un acuerdo con Roseximbank, carecía de recursos para hacer los pagos debidos)⁶⁵²; en el caso de la OC No. 2, Inter Rao ejecutó trabajos adicionales comprendidos por un valor aproximado de USD 8,3 millones (equivalente a un 80% del total) – cosa que CELEC incluso reconoce en la Resolución de Terminación⁶⁵³.

689.

Pero no es solo que Inter Rao voluntariamente comenzara a ejecutar las OCs Nos. 2 y 3; es que la propia CELEC se lo exigió. En efecto, CELEC solicitó a Inter Rao que presentase las garantías de fiel cumplimiento de las OCs Nos. 2 y 3⁶⁵⁴; y, en octubre de 2016, la Contratista cumplió cabalmente con ese requerimiento, emitiendo sendas garantías de cumplimiento y de anticipo (por un importe conjunto de casi USD 6 millones)⁶⁵⁵.

690.

Además, a finales de 2016, las Partes estaban discutiendo sobre el avance del Proyecto, y barajando la logística para llevar a cabo las pruebas de puesta en servicio de la Unidad 1 de la Central Sarapullo, que tenían previsto realizar el 31 de marzo de 2017⁶⁵⁶.

La postura de CELEC

691.

En su Notificación de Incumplimientos, CELEC imputa a Inter Rao un incumplimiento grave del Contrato, por no haber finalizado la obra dentro del "plazo estimado" inicial que vencía el 12 de junio de 2016, y desconociendo que en el Acta de Acuerdos este plazo se prorrogó al menos hasta el 5 de abril de 2017. La misma postura se reitera en el presente arbitraje.

692.

La pretensión de CELEC es contraria a sus propios actos y al principio de buena fe en la ejecución de los contratos⁶⁵⁷. Lo que CELEC pretende es contradictorio: por un lado, CELEC reconoce que Inter Rao comenzó la ejecución de las OCs Nos. 2 y 3 (y, en el caso de la OC No. 2, realizó el 80% de los trabajos), e incluso le exigió la constitución de las garantías correspondientes; pero, por otro, pretende desconocer lo pactado en el Acta de Acuerdos: que el plazo quedaba prorrogado al menos hasta el 5 de abril de 2017, precisamente para permitir que Inter Rao finalizase los trabajos adicionales que constituyen esas OCs.

693.

En resumen: La conducta de las Partes, tras la firma del Acta de Acuerdos, confirma su entendimiento de que el plazo de ejecución de la obra estaba prorrogado al menos hasta el 5 de abril de 2017.

4.4 CELEC estaba obligada a prorrogar el plazo más allá del 5 de abril de 2017

694.

En la Adenda No. 5 las Partes introdujeron una nueva cláusula, la 13.3.(c), en la que CELEC se comprometía a ampliar el plazo de ejecución de los trabajos "cuando se produzcan retardos en la ejecución de las obras civiles que afecten la ejecución del [Contrato], [...] por el número de días en que se haya afectado la ejecución de las OBRAS de este contrato, más los días necesarios para la movilización en caso de ser pertinente".

695.

El otorgamiento de la prórroga estaba condicionado a dos únicos hechos:

- Que se hubieran producido retrasos en la ejecución de las obras civiles, que afectaran a Inter Rao y

- Que Inter Rao presentara un Programa de Ejecución ajustado.

696.

El 10 de junio de 2016 Inter Rao efectivamente presentó una solicitud de prórroga, solicitando que el plazo de ejecución se prolongara hasta el 4 de noviembre de 2017⁶⁵⁸. A petición del Supervisor, entre agosto y octubre de 2016 Inter Rao complementó esta solicitud presentando varios Programas de Ejecución detallados⁶⁵⁹.

697.

En un examen realizado en junio de 2016, el Supervisor CPT concluyó que efectivamente⁶⁶⁰: "se han establecido periodos de obstaculización de los trabajos civiles sobre los trabajos electromecánicos, consistentes principalmente en desfases en la liberación de las áreas de trabajo por parte del contratista de obras civiles".

698.

Y en octubre CPT emitió un nuevo Cronograma Maestro Integrado, que incorporaba los Programas de Ejecución detallados que Inter Rao había enviado entre agosto y octubre⁶⁶¹. De acuerdo con ese Cronograma Maestro Integrado, la construcción del Proyecto concluiría el 1 de marzo de 2018. En otras palabras: el Cronograma Maestro oficial preparado por el supervisor nombrado por CELEC señalaba que el Proyecto no podría terminar hasta marzo de 2018 - ¡cuatro meses después de la prórroga solicitada por Inter Rao!

699.

Constatado que el retraso sufrido por Inter Rao había sido causado por las obstaculizaciones en las obras civiles (que caían bajo la responsabilidad de CELEC), y que Inter Rao había presentado un Programa de Ejecución correcto, que a su vez permitió a la supervisión revisar el Cronograma Maestro Integrado, la Cláusula 13.3.(c) del Contrato (introducida en la Adenda No. 5) exigía que CELEC otorgara una ulterior prórroga, más allá de la ya reconocida en el Acta de Acuerdos.

700.

CELEC incumplió esta obligación y, en vez de otorgar la prórroga, el 17 de diciembre de 2016 el Presidente de la República ordenó terminar unilateralmente el Contrato, proceso que culminó el 22 de marzo de 2017 con la Resolución de Terminación.

VIII.2. ¿HA INCUMPLIDO INTER RAO SU OBLIGACIÓN DE ENTREGAR LOS CRONOGRAMAS Y ACTUALIZAR EL PROGRAMA DE EJECUCIÓN?

701.

El segundo incumplimiento que CELEC atribuye a Inter Rao concierne las obligaciones de programación de las Partes. Antes de analizar el alegado incumplimiento, es necesario detallar en qué consistían los principales documentos de programación que manejaron las Partes durante la ejecución del Proyecto:

- Cronogramas de Detalle: se trata de programas de actividades en formato diagrama de Gantt, con el inicio y fin de las tareas relativas al diseño, fabricación, liberación para despacho y montaje del equipo electromecánico. Los Cronogramas de Detalle tenían el mayor nivel de detalle de programación. Inter Rao elaboraba estos Cronogramas de Detalle de forma individualizada respecto a un frente de trabajo o tipo de trabajo muy concreto, por ejemplo, la fabricación de una turbina o el transporte de cierto equipo⁶⁶².

- Programa de Ejecución: este es el programa de trabajo con el detalle de las labores de Inter Rao, que incluye todas las tareas relacionadas con las obras electromecánicas e hidromecánicas, por frentes y subfrentes de trabajo⁶⁶³, incluyendo el diseño, fabricación, despacho y montaje de equipos. También está elaborado conforme a un diagrama de Gantt, con inicio y fin de cada una de las tareas, hasta la Recepción Provisional⁶⁶⁴. El Programa de Ejecución debía ser acordado por las Partes sobre la base del Programa de Ejecución de la Obra Civil⁶⁶⁵, que CELEC debía compartir con la Contratista⁶⁶⁶. El Programa de Ejecución se elaboraba en un proceso iterativo de intercambio de información de programación entre las Partes.

- Cronograma Maestro Integrado: se trata del cronograma general de todo el Proyecto Toachi-Pilatón, elaborado por CPT, que contiene en un diagrama de Gantt el inicio y fin de las tareas principales de Inter Rao y CWE, y la interfase entre los dos contratistas, hasta la finalización del Proyecto. El Contrato no hace referencia a este documento, pero no está en disputa que su elaboración correspondía a CPT, sobre la base de los Programas de Ejecución de los contratistas Inter Rao y CWE⁶⁶⁷. En julio de 2014 CPT elaboró lo que se ha denominado Cronograma Maestro de Mitigación, esto es, el Cronograma Maestro Integrado vigente desde julio de 2014.

- Programas Base: estos son los dos documentos relativos a la programación del Proyecto que las Partes adjuntaron al Contrato como anexos:

El Anexo No. 1-2, denominado "Programa General Electromecánico"⁶⁶⁸, de fecha 24 de junio de 2010, preparado por Inter Rao para su oferta técnica en la fase precontractual. Se trata de la versión primitiva del Programa de Ejecución⁶⁶⁹. Era el modelo sobre el cual Inter Rao prepararía el Programa de Ejecución vigente para la obra, ya que establece los días totales de trabajo para cada actividad de Inter Rao, desde el diseño hasta la Recepción Provisional, pero aún sin establecer las fechas concretas de finalización de cada trabajo (esto debía realizarse en un momento posterior, tras la "Fecha Programada de Inicio de las Obras", que a la firma del Contrato no estaba aún definida⁶⁷⁰).

El Anexo No. 3 es la "Matriz Interfase", que detalla las actividades de Inter Rao y aquellas relativas a la obra civil que son responsabilidad de CELEC. La Matriz Interfase no es un diagrama de Gantt con inicio, fin y duración de las actividades. Es un documento que establece un listado

de las labores electromecánicas y las de la obra civil, y de manera general y provisional, la relación o interdependencia de ambos grupos de actividades⁶⁷¹.

- Reportes de Avance Mensual: son los informes periódicos que Inter Rao debía presentar cada mes, relativos al avance de la obra electromecánica, incluyendo información relativa al avance en la fabricación y montaje de equipos, retrasos incurridos de haberlos, y las medidas para superar dichas demoras y la indicación de aquellas labores que CELEC debe realizar en el mes siguiente que estén relacionadas con la obra electromecánica en curso⁶⁷².

1. Hechos

1.1 La programación inicial

702.

La Fecha Programada de Inicio de las Obras fue el 21 de septiembre de 2011⁶⁷³.

703.

Por aquel entonces, la única información sobre programación vigente eran el Programa General Electromecánico y la Matriz Interfase, ambos de carácter general y provisional. Las Partes aun debían, por tanto, acordar el Programa de Ejecución de las obras electromecánicas con fechas concretas de las labores de Inter Rao y el plazo contractual con la Recepción Provisional.

704.

El 18 de noviembre de 2011 CELEC remitió una comunicación a Inter Rao, pidiendo a Inter Rao que empezase a elaborar el Programa de Ejecución⁶⁷⁴. Inter Rao se puso manos a la obra y, el 24 de noviembre de 2011, remitió a CELEC un primer proyecto de Programa de Ejecución, señalando que⁶⁷⁵:

- "El plazo total de ejecución de obras según el contrato ascenderá más de 48 meses";

- Inter Rao necesitaba que CELEC le informase de los "puntos de entrega de los frentes de cronograma de obras civiles [...] porque [a]l cronograma presentado por [CWE] les falta";

- Inter Rao consideraba la necesidad de firmar una adenda al Contrato, para incorporar los nuevos plazos previstos en el Programa de Ejecución actualizado, que sólo entraría en vigor una vez que las Partes firmasen una adenda al Contrato.

705.

No consta que CELEC e Inter Rao finalmente alcanzasen un acuerdo con respecto al Programa de Ejecución de la obra electromecánica – lo más probable es que nunca se llegase a emitir.

1.2 El Cronograma Maestro de Mitigación

706.

Las Partes también han ofrecido poca información sobre el Cronograma Maestro Integrado en la fase inicial del Proyecto. De la documentación que consta en el expediente parece que CELEC y la Supervisión manejaron un Cronograma Maestro Integrado de 15 de marzo de 2012, pero éste debió ser actualizado debido a los retrasos iniciales⁶⁷⁶. La actualización fue un largo proceso que comenzó en septiembre de 2013⁶⁷⁷ y, tras meses de negociación, culminó el 21 de julio de 2014 en el Cronograma Maestro de Mitigación, firmado por CELEC, Inter Rao, CWE y CPT⁶⁷⁸. En

él se estableció como fecha de finalización de las labores de Inter Rao el 12 de junio de 2016679.

707.

El orden de los trabajos electromecánicos e hidromecánicos en el Cronograma Maestro de Mitigación era totalmente distinto al inicialmente previsto en los Programas Base del Contrato, que preveían en primer lugar la finalización de la primera Unidad de la Central Alluriquín, y después la de Sarapullo680. El Cronograma Maestro de Mitigación dio prioridad a la Central Sarapullo, ya que la reconfiguración física del Proyecto obligó a CELEC a rediseñar la Central de Alluriquín.

708.

Por otro lado, el Cronograma Maestro de Mitigación no incluía las actividades de diseño, fabricación y despacho de los equipos por Inter Rao681; y, en ese momento, no existía un Programa de Ejecución acordado entre CELEC e Inter Rao que señalase las fechas de diseño, fabricación y despacho de los equipos y que fuese congruente con el Cronograma Maestro de Mitigación.

709.

A pesar de los esfuerzos, CELEC y los contratistas no consiguieron implementar debidamente el Cronograma Maestro de Mitigación, que quedó desfasado casi de forma inmediata.

1.3 Los Cronogramas de Detalle

710.

Tras la firma del Cronograma Maestro de Mitigación, en septiembre y octubre de 2014, CELEC solicitó en varias ocasiones a Inter Rao que presentase ciertos Cronogramas de Detalle, relativos a la fabricación, liberación y despacho de equipos, para "mantener un mejor control sobre las actividades y planificación del flujo de desembolsos por avances en el cumplimiento de los hitos 5 y 6 [fabricación y liberación para despacho de las turbinas]"682.

711.

No consta en la documentación que estas solicitudes tuvieran como fin último que las Partes elaborasen un Programa de Ejecución actualizado y coherente con el Cronograma Maestro de Mitigación.

712.

En noviembre y diciembre de 2014 Inter Rao respondió, señalando que no le era posible facilitar Cronogramas de Detalle completos por tres razones683:

- El estado de retraso en la obra civil, que le impedía programar sus actividades;
- La aprobación de diseños de varios de los equipos principales por parte de CPT, cuyo cambio había ordenado CELEC tras la reconfiguración del Proyecto, y que aún estaba pendiente;
- La indeterminación sobre el alcance de los equipos adicionales que CELEC había ordenado como consecuencia de la reconfiguración del Proyecto.

713.

El 9 de enero de 2015 CELEC insistió en su pedido de que Inter RAO presentase los Cronogramas, indicando que los cambios de diseños requeridos por CELEC en el equipo no debían afectar a su preparación y entrega⁶⁸⁴.

714.

El 11 de febrero de 2015 Inter Rao remitió a CELEC los Cronogramas de Detalle de fabricación y despacho de los equipos de las Casas de Máquinas Sarapullo y Alluriquín, y de la Presa Toachi, especificando que los plazos de fabricación y despacho de los equipos adicionales eran estimativos, ya que aún no había un acuerdo final sobre su alcance y precio⁶⁸⁵.

715.

En los días siguientes las Partes discutirían sobre si estos Cronogramas estaban debidamente actualizados: CELEC entendía que no lo estaban y no servían para monitorizar correctamente el desarrollo del Proyecto⁶⁸⁶; mientras que Inter Rao sostenía que contenían toda la información relevante hasta la fecha⁶⁸⁷.

716.

En los siguientes meses, entre marzo y junio de 2015, Inter Rao continuaría enviando más Cronogramas de Detalle sobre fabricación y despacho de equipos, indicando que algunos plazos de entrega eran estimativos, ya que dependían de la firma de las OCs correspondientes⁶⁸⁸.

1.4 La actualización del Programa de Ejecución

717.

El 25 de octubre de 2015 las Partes firmaron la Adenda No. 5.

718.

Conscientes de que a esa fecha no había un Programa de Ejecución vigente, las Partes declararon que⁶⁸⁹:

"[...] ratifican el Cronograma Maestro [de Mitigación] suscrito el 21 de julio de 2014, que contiene el Programa de Ejecución estimado del Contrato". [Subrayado del Tribunal]

719.

Asimismo, las Partes se comprometieron a actualizar el Programa de Ejecución hasta el 15 de diciembre de 2015; y en caso de ser necesario, revisarlo y actualizarlo cada seis meses⁶⁹⁰. Con una antelación de 30 días a la fecha de actualización, es decir, el 15 de noviembre de 2015, Inter Rao debía presentar los Cronogramas de Detalle recogiendo la información sobre fabricación, despacho y montaje de los equipos, para poder actualizar el Programa de Ejecución⁶⁹¹.

720.

A 30 de noviembre de 2015 Inter Rao aún no había remitido los Cronogramas de Detalle, por lo que CELEC le requirió de forma urgente su presentación⁶⁹². Hasta el 20 de enero de 2016 CELEC continuó pidiendo a Inter Rao la actualización del Programa de Ejecución, señalando que la elaboración de los Cronogramas de Detalle por parte de Inter Rao no dependía del avance de la obra civil⁶⁹³.

721.

La posición de Inter Rao, reflejada en sendos oficios de 11 y 18 de enero de 2016, era que le era imposible preparar los Cronogramas de Detalle para actualizar el Programa de Ejecución debido a la indeterminación en la que se encontraba el Proyecto⁶⁹⁴:

- Los Cronogramas de Detalle dependían de la obra civil, que estaba totalmente retrasada; a Inter Rao le era imposible establecer fechas concretas de fabricación y despacho de equipos sin

saber las fechas estimadas de entrega de los frentes de trabajo de la obra civil; de hecho, el Programa de Ejecución de la Obra Civil de CWE sobre el que Inter Rao preparaba su Programa de Ejecución aún era un borrador de proyecto, ya que no tenía fechas concretas para las actividades de la obra civil;

- CELEC tenía una deuda de USD 10 millones con Inter Rao, y la mora en algunas planillas era mayor a 45 días, lo que permitía a Inter Rao, según la Cláusula 13.3(b) del Contrato, suspender los trabajos; sin información concreta sobre la fecha estimada de pago de la deuda, y sin acuerdo de financiación con Roseximbank, Inter Rao no podía elaborar un Programa de Ejecución confiable;

- Las OCs Nos. 2 y 3 aún sin firmar, contemplaban un gran volumen de equipo adicional, cuya fabricación Inter Rao no podía programar, al no tener certeza de las firmas de las OCs ni de los fondos para cubrir estos nuevos equipos.

La actualización del Programa de Ejecución tras el Acta de Acuerdos

722.

Entre enero y julio de 2016 las Partes no lograron llegar a un acuerdo para alcanzar una actualización útil y confiable del Programa de Ejecución.

723.

Tras la firma del Acta de Acuerdos, habiendo ya convenido la extensión de plazo para el Proyecto, y el precio y alcance de las OCs Nos. 2 y 3, las Partes se encontraban en mejor situación para acordar la actualización del Programa de Ejecución, que a su vez permitiera a CPT preparar un nuevo Cronograma Maestro Integrado.

724.

El 4 de agosto de 2016 Inter Rao presentó a CELEC y a CPT, como complemento a su solicitud formal de prórroga, dos documentos "para para componer el Cronograma Maestro actual"⁶⁹⁵:

- Un Programa de Ejecución correspondiente a la Casa de Máquinas de Alluriquín;

- Un documento denominado "Justificación de la prórroga de los plazos del Contrato", que es un documento de 16 páginas con una relación detallada de numerosas actividades del Cronograma Maestro de Mitigación y la explicación de su retraso o suspensión y los pasos necesarios para su reanudación (pago de deudas de CELEC, firma de las OC, entrega de obra civil).

725.

Entre agosto y octubre de 2016, Inter Rao continuaría remitiendo a CPT varios Programas de Ejecución, elaborados para cada uno de los frentes de trabajo⁶⁹⁶, sobre la base de los cuales CPT pudo actualizar el Cronograma Maestro Integrado⁶⁹⁷.

2. Posición de las Partes

2.1 Posición de la Demandada en la Notificación de Incumplimientos

726.

En la Notificación de Incumplimientos, acompañada del Primer Informe de Terminación, CELEC informa a Inter Rao de que está incurso en dos incumplimientos relativos a la entrega de la información de programación:

727.

Primero, señala que Inter Rao está incurso en un698:

"INCUMPLIMIENTO EN PRESENTACIÓN DE CRONOGRAMAS DE FABRICACIÓN, LIBERACIÓN Y DESPACHO DE LOS EQUIPOS". [Mayúsculas en el original]

728.

En el Primer Informe de Terminación CELEC señala que:

- En reiteradas ocasiones, desde que las Partes acordasen el Cronograma Maestro de Mitigación, CELEC y la Supervisión requirieron a Inter Rao que presentase los Cronogramas de Detalle; pero Inter Rao incumplió permanentemente esta obligación699;

- Las pocas veces que Inter Rao presentó los Cronogramas de Detalle, lo hizo de manera deficiente, con información insuficiente, lo que hacía imposible realizar la coordinación necesaria con el contratista de la obra civil700.

729.

Segundo, CELEC también sostuvo que Inter Rao incumplió su obligación establecida en la Adenda No. 5 de actualizar el Programa de Ejecución el 15 de diciembre de 2015, y realizar actualizaciones periódicas cada seis meses701.

2.2 Posición de las Demandantes en la Respuesta sobre Terminación

730.

En su Respuesta sobre Terminación, Inter Rao ofrece los siguientes argumentos para sostener que no incumplió su obligación de entregar los Cronogramas de Detalle ni de actualizar el Programa de Ejecución702:

731.

Primero, Inter Rao envió un total de seis Programas de Ejecución a lo largo del Proyecto, el último de ellos el 18 de octubre de 2016; todos ellos contenían información sobre las fases de fabricación, transporte y montaje.

732.

Segundo, la Contratista también presentó los Cronogramas de Detalle cuando fue requerida; a partir de noviembre de 2014 Inter Rao enviaba "Cronogramas Preliminares para Obras Electromecánicas" con los trabajos de montaje previstos para cada mes.

733.

Cuarto, CELEC no explica en su Notificación de Incumplimientos por qué considera que la información provista no era lo suficientemente clara o detallada, al no hacer referencia específica a ninguno de los Cronogramas de Detalle o Programas de Ejecución entregados.

2.3 Posición de la Demandada en la Resolución de Terminación

734.

En la Resolución de Terminación y en el Segundo Informe de Terminación, CPT señala sumariamente que703:

- Inter Rao no presentó los Cronogramas de Detalle en tiempo y forma convenidos, y las pocas veces que lo hizo, no contenían la información suficiente como para que CPT los aprobase;

- La ausencia de Cronogramas de Detalle impidió la actualización del Programa de Ejecución conforme a la Adenda No. 5, por lo que CELEC no pudo evaluar la solicitud de ampliación de plazo.

2.4 Posición de las Demandantes en el arbitraje

735.

Inter Rao niega que hubiese incumplido sus obligaciones de entregar los Cronogramas de Detalle y de actualizar el Programa de Ejecución.

Los Cronogramas de Detalle

736.

Las Demandantes sostienen que no existe una obligación específica de Inter Rao de entregar los Cronogramas de Detalle que se deduzca del clausulado del Contrato704.

737.

Para las Demandantes, la única obligación de Inter Rao con respecto a los Cronogramas de Detalle se encuentra en la Cláusula 16.1, y consistía en proveer un "Programa Complementario al Programa de Ejecución", que incluyese información relativa a la fabricación y entrega de equipos, a más tardar a los 90 días de la fecha de inicio de las obras. La Fecha Programada de Inicio fue el 21 de septiembre de 2011, por lo que Inter Rao debía entregar el Programa Complementario a más tardar el 21 de diciembre de 2011. Las Demandantes sostienen que descargaron su obligación con la entrega del Programa Complementario el 24 de noviembre de 2011 (el primer proyecto de Programa de Ejecución), con un mes de antelación705.

738.

Además, Inter Rao suministró a CELEC y a CPT de forma sistemática durante la vida del Contrato numerosa información relativa a su avance en el Proyecto. La práctica establecida entre las Partes era que Inter Rao y CWE presentasen la información de su avance a CPT y CELEC, a través de los Reportes de Avance Mensuales, Cronogramas de Detalle, correspondencia y reuniones del personal. Las Demandantes señalan que entre noviembre de 2011 y la terminación del Contrato, Inter Rao proporcionó a CELEC y a la Supervisión 61 informes mensuales y aproximadamente 30 Cronogramas de Detalle, con independencia de toda la correspondencia y reuniones de personal, todas ellas para permitir a CPT y CELEC coordinar las actividades de todos los intervinientes del Proyecto706. Las Demandantes señalan que cualquier deficiencia en los Cronogramas de Detalle provistos por Inter Rao tras el Cronograma Maestro de Mitigación, se debe fundamentalmente a los continuos cambios que CELEC realizaba en las especificaciones y requerimientos del equipo, los retrasos de CWE en la entrega de los frentes de trabajo, y la falta de finalización de las OCs Nos. 2 y 3707.

739.

En cualquier caso, Inter Rao alega que este supuesto incumplimiento no reviste la gravedad suficiente como para justificar la terminación unilateral del Contrato. El Contrato no prevé multas o sanciones por la falta de entrega de Cronogramas de Detalle, por lo que las Partes no debieron considerar esta obligación como una de carácter esencial para el objeto contractual. El propósito de los Cronogramas de Detalle y los Reportes de Avance Mensual era asistir a CPT y a CELEC en la coordinación de los trabajos del Proyecto. Es incontrovertido que CPT preparaba informes de avance sobre la base de la información proporcionada por los contratistas. Cualquier defecto en la información suministrada por Inter Rao en este aspecto, no puede haber

frustrado el objetivo principal de CELEC que era la recepción del Proyecto Toachi-Pilatón para su entrada en operación708.

740.

Inter Rao también señala que CELEC se basó y estuvo satisfecha durante años con los Cronogramas de Detalle y toda la información que Inter Rao proveía en los primeros años del Contrato, y nunca formuló objeciones en este sentido; por esta razón, la Demandada no puede ahora invocar un defecto en la provisión de cronogramas para justificar la terminación unilateral del Contrato709.

El Programa de Ejecución

741.

Las Demandantes sostienen que, a través de la Adenda No. 5, las Partes acordaron la responsabilidad compartida de actualizar el Programa de Ejecución710; y que la entrega de información por parte de Inter Rao para este efecto dependía, a su vez, del pronto pago de las planillas por parte de CELEC, de la información sobre el progreso de la obra civil y las aprobaciones de CELEC sobre las OCs Nos. 2 y 3711. Bajo estas circunstancias, Inter Rao suministró la información para mantener el Programa de Ejecución lo más actualizado posible. En octubre de 2016 CPT emitió un Programa Maestro de Ejecución, sobre la base de los Programas de Ejecución suministrados por Inter Rao y CWE712.

2.5 Posición de la Demandada en el arbitraje

742.

La Demandada sostiene que Inter Rao incumplió dos obligaciones relativas a la entrega de información, los Cronogramas de Detalle y la actualización del Programa de Ejecución.
Cronogramas de Detalle

743.

CELEC sostiene que, de conformidad con la Cláusula 16.1 del Contrato, Inter Rao tenía la obligación de proveer Cronogramas de Detalle, complementarios y adicionales al Programa de Ejecución, en los que detallase la programación de los trabajos de diseño, fabricación, pruebas en fábrica y suministro de los equipos713. La obligación de entregar dicha información también forma parte, según la Demandada, de la obligación general de Inter Rao sobre el diseño, suministro y montaje del equipo, de conformidad con las Cláusulas 9.1(c) y (h)714. La obligación sobre la entrega de Cronogramas de Detalle también se deduce de los Términos de Referencia (Anexo 2 del Contrato, Especificaciones Técnicas)715. Además, la Cláusula 13.3 obliga a Inter Rao a notificar cualquier evento que pueda causar un retraso en la ejecución de la Obra conforme al plazo previsto; y cualquier cambio en los plazos como consecuencia de una Orden de Cambio debe quedar debidamente registrado en un Programa de Ejecución actualizado716. CELEC también aduce al compromiso de Inter Rao en la Cláusula 9.2 del Contrato, de desarrollar la Obra conforme a "Los Estándares de la Industria" que, a su vez, exigen la planificación y control de las actividades que estén a su cargo, a través de cronogramas debidamente actualizados717.

744.

La Demandada sostiene que, tras la firma del Cronograma Maestro de Mitigación, Inter Rao incumplió en numerosas ocasiones la obligación de entregar los Cronogramas de Detalle que CPT y CELEC le solicitaban718. Por ejemplo, Inter Rao tardaría hasta seis meses – desde la solicitud de CPT – en entregar un Cronograma de Detalle incompleto para la fabricación y

suministro de los equipos de Sarapullo y Alluriquín719. A lo largo de 2015, CELEC requeriría en numerosas ocasiones a Inter Rao la entrega de Cronogramas de Detalle actualizados sin que las Demandantes atendiesen de forma satisfactoria el requerimiento720.

745.

Inter Rao no puede excusarse alegando que entregaba los Reportes de Avance Mensual. La Demandada señala que la obligación de entregar estos informes mensuales (de la Cláusula 13.4 del Contrato) nada tiene que ver con la entrega de los Cronogramas de Detalle (de la Cláusula 16.1 del Contrato)721.

Programa de Ejecución

746.

La Demandada también argumenta que, de conformidad con la Cláusula 4.2 de la Adenda No. 5, las Partes se comprometieron a actualizar el "Programa de Ejecución" cada seis meses722.

747.

CELEC sostiene que Inter Rao incumplió su compromiso, pues a 15 días de la fecha estipulada para la primera revisión del Programa de Ejecución (30 de noviembre de 2015), Inter Rao no había informado a CELEC sobre sus plazos para la fabricación, liberación de despachos y montaje para los equipos de la Obra723. A pesar de las reiteradas peticiones de CELEC para que Inter Rao facilitase la información necesaria para la actualización del Programa de Ejecución, las Demandantes se negaron a hacerlo excusándose de forma injustificada en que no tenían obligación de suministrar tal información, que CELEC debía informar antes sobre los avances de la obra civil y concluir las OCs Nos. 2 y 3, y falta de pago724.

748.

El 10 de junio de 2016, junto con su solicitud de ampliación de plazo, Inter Rao no presentó un Programa de Ejecución, tal como constató CPT. Entre agosto y octubre de 2016 Inter Rao siguió remitiendo información parcial sobre la programación de sus actividades, hasta que finalmente, el 12 de octubre de 2016, CPT pudo elaborar una propuesta de Cronograma Maestro Integrado, que indicaba como conclusión del Proyecto el 1 de marzo de 2018. Para la Demandada, la correspondencia entre las Partes y CPT anterior al 12 de octubre de 2016 confirma que Inter Rao se retrasó injustificadamente en proveer la información necesaria para actualizar el Programa de Ejecución725.

3. Decisión del Tribunal Arbitral

749.

CELEC sostiene que Inter Rao incumplió sus obligaciones por dos razones:

- No facilitó en tiempo y forma los Cronogramas de Detalle;

- No actualizó en tiempo y forma el Programa de Ejecución.

750.

Inter Rao rechaza estas aseveraciones, asegurando que sí facilitó a CELEC esta información; y que cualquier retraso o defecto en la información que facilitaba, se debió exclusivamente a que CELEC tampoco le proveía la información necesaria. En cualquier caso, Inter Rao señala que no incurrió en un incumplimiento grave que sirviese de base para la terminación unilateral del Contrato.

751.

El Tribunal se posiciona con Inter Rao.

752.

Para resolver esta cuestión, el Tribunal:

- Resumirá el alcance de las obligaciones de las Partes relativas a la entrega de Cronogramas y aquellas relativas a la actualización del Programa de Ejecución (3.1.);

- Examinará si Inter Rao incumplió gravemente su obligación de proveer los Cronogramas (3.2.);
y

- Analizará si Inter Rao incumplió gravemente sus obligaciones respecto a la actualización del Programa de Ejecución (3.3.).

3.1 Las obligaciones de Inter Rao relativas a la programación

753.

De conformidad con las Cláusula 9.1, 13.2 y 16.1 del Contrato, Inter Rao debía entregar a CELEC:

- El Programa de Ejecución;

- Los Cronogramas de Detalle.

754.

La Cláusula 16.1 del Contrato señala que Inter Rao debía entregar esta información dentro de los 90 días siguientes a la fecha de inicio de las Obras.

755.

El Contrato no establece plazos adicionales para la entrega del Programa de Ejecución o de los Cronogramas de Detalle, en caso de que deban ser actualizados. Pero esto no implica – en contra de lo defendido por Inter Rao⁷²⁶ - que la Contratista no tuviera una obligación continuada de adaptar dichos documentos, a medida que se modificara el alcance del Proyecto y los programas de trabajo.

756.

En este caso el Contrato es un contrato de obra por el que la Contratista se obliga frente a la Contratante a ejecutar una obra por un precio cierto en un plazo determinado. Estos son los elementos esenciales del contrato de obra.

757.

Además, las Partes establecieron la obligación de Inter Rao de presentar los Programas de Ejecución y Cronogramas de Detalle, para el correcto seguimiento del Proyecto por la Contratante. De la propia naturaleza del Contrato se deriva que esta es una obligación continua, por la que Inter Rao está obligada a mantener actualizados los programas de trabajo, para así garantizar el monitoreo del avance y el cumplimiento de los plazos.

758.

En este caso, el Proyecto sufrió modificaciones sustanciales en su programación. El 21 de julio de 2014 las Partes acordaron la reconfiguración de los trabajos en un Cronograma Maestro de Mitigación, y es perfectamente consistente con las prácticas de la industria que Inter Rao debiese proveer información detallada para la monitorización del Cronograma Maestro, incluidos la actualización del Programa de Ejecución y de los Cronogramas de Detalle.

Las obligaciones de CELEC

759.

El Tribunal ya ha detallado que, si bien era Inter Rao el que debía entregar a CELEC el Programa de Ejecución y los Cronogramas detallando sus labores, no podía hacerlo sin la participación de CELEC, que debía aprobar diseños, y proveer el Programa de Ejecución de la Obra Civil, para que Inter Rao pudiese generar sus Programas de Ejecución y Cronogramas de Detalle de manera fiable.

760.

El Art. 1568 del CC dispone que:

"En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora, dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos".

761.

El Tribunal analizará a continuación en qué medida Inter Rao cumplió su obligación de proveer los Programas de Ejecución y los Cronogramas de Detalle y, asumiendo que hubiera incurrido en mora, si ésta es excusable debido al incumplimiento recíproco de CELEC.

3.2 ¿Incumplió Inter Rao su obligación de entregar los Cronogramas de Detalle?

762.

En la Resolución de Terminación 727, CELEC hace referencia a varios de sus oficios emitidos entre septiembre de 2014 y enero de 2015 – recogidos en el Primer y Segundo Informe de Terminación 728 – en los que solicita a Inter Rao los Cronogramas de Detalle, oficios que la Contratista habría dejado de atender, faltando así a su obligación de entregar los Cronogramas.

763.

La lectura aislada de los Informes de Terminación efectivamente genera la impresión de que Inter Rao no atendió las solicitudes de la Contratante: hacen una referencia selectiva a los oficios enviados por CELEC, sin ofrecer el contexto en el que fueron emitidos ni las respuestas que ofreció Inter Rao.

Las justificaciones de Inter Rao

764.

La prueba en el expediente refleja que Inter Rao sí atendió a dichos requerimientos, aunque no lo hiciera de manera inmediata. El 5 de noviembre de 2014 Inter Rao contestó al requerimiento, señalando que la solicitud 729

"[está] siendo analizado por nosotros y por los subcontratistas para verificar la concordancia del Cronograma Maestro de Obra Mitigación Integrada del 21.07.2014 con la capacidad de fabricación real, la carga corriente de producción y estado de disponibilidad en que se encuentra la parte civil.

Como todavía no están coordinadas las fechas de embarques y montaje con todos los subcontratistas, los cronogramas detallados de embarques de equipos serán entregados a la brevedad. Ese proceso se obstaculiza también por la recepción inoportuna por nosotros de las observaciones a la documentación del diseño.

Queremos hacer notar que las fechas de embarque de equipos modificados por la Contratante (por ejemplo Equipos hidromecánicos de presa Toachi, tuberías de presión), así como de equipos que no son parte del alcance de Obras de la Contratista por Contrato del 25.10.2010 serán definidas en el proceso de acuerdo de respectivas Ordenes de Cambio [...]". [Subrayado del Tribunal]

765.

En otro oficio de 12 de diciembre de 2014, Inter Rao manifiesta a CELEC la dificultad de preparar los Cronogramas de Detalle, debido a la indeterminación de los trabajos adicionales de las OCs Nos. 2 y 3730:

"Los cambios significativos incluidos por la Contratante en el diseño de los equipos hidro y electromecánicos, la indeterminación en los plazos de formalización de trabajos adicionales para el cumplimiento de estos cambios, y la indeterminación de los plazos de formalización de trabajos adicionales [...] no dan la posibilidad a la Contratista de elaborar un cronograma determinado de cumplimiento de trabajos (cronograma valorado de trabajos definitivos)".

766.

Finalmente, el 11 de febrero de 2015 Inter Rao remitió a CELEC los primeros Cronogramas de Detalle sobre fabricación y despacho de los equipos de las Casas de Máquinas Sarapullo y Alluriquín, y de la Presa Toachi, con el siguiente caveat⁷³¹:

"Al mismo tiempo queremos llamar su atención a que algunos ítems son necesarios para la exitosa puesta en marcha de las unidades, sin embargo, estos no forman parte del alcance de nuestros trabajos por Contrato [...] (por ejemplo, sistemas eléctricos auxiliares, revestimiento del desagüe de fondo), y algunos fueron modificados por decisión de la Contratante (por ejemplo equipos hidromecánicos Toachi), por eso los plazos de fabricación y/o despacho de estos ítems están indicados convencionalmente y pueden sufrir cambios, en vista de que para su fabricación y/o despacho se requiere de acordar y firmar las correspondientes Ordenes de cambio".

767.

Entre marzo y junio de 2015, Inter Rao continuó enviando más Cronogramas de Detalle, indicando que algunos plazos de entrega eran estimativos, ya que dependían de la firma de las OCs correspondientes⁷³².

768.

En definitiva, las razones por las que Inter Rao no proveyó a CELEC de Cronogramas definitivos fueron las siguientes:

- El retraso en la obra civil, que según Inter Rao también impactaba en la programación de la fabricación, despacho y montaje de los equipos;
- La demora en la aprobación de los nuevos diseños de los equipos por CELEC o por el supervisor;
- La indefinición con respecto a los trabajos adicionales requeridos.

Análisis de los peritos

769.

Los peritos de las Partes han ofrecido su visión sobre la programación del Proyecto.

770.

El perito de CELEC sólo analiza si la preparación de los Cronogramas de Detalle se vio impactada por el retraso en la obra civil⁷³³. En su opinión, éste no fue el caso, ya que Inter Rao tenía la obligación de fabricar y despachar al sitio de la obra todos los equipos, con independencia del retraso de la obra civil. Por lo tanto, la preparación de los Cronogramas de Detalle sobre fabricación y despacho no guardaba relación alguna con el retraso de la obra civil (no así los de montaje, que sí podrían verse afectados).

771.

El perito de CELEC, sin embargo, no ha tratado la cuestión de si la aprobación de diseños de equipos nuevos, o la reconfiguración del orden de trabajo tras el Cronograma Maestro de Mitigación, tuvo un impacto en la preparación de los Cronogramas de Detalle.

772.

El perito de las Demandantes, el Ing. Karakoc, ha hecho énfasis en que, en cualquier proyecto de construcción, la programación es un proceso iterativo, que requiere los insumos constantes y secuenciales entre los distintos participantes del Proyecto⁷³⁴. El Ing. Karakoc recalca que la responsabilidad sobre la programación es compartida y que, en todo caso, la coordinación de este proceso recaía sobre CPT, no sobre Inter Rao⁷³⁵.

773.

Por último, el Ing. Karakoc considera que Inter Rao facilitó la información de programación sobre fabricación, despacho y montaje, que habría permitido a CPT realizar un control adecuado del avance del Proyecto y programar adecuadamente⁷³⁶:

- Cronogramas de Detalle mensuales, que incluían las actividades del mes, desde enero de 2015 a marzo de 2016;

- El Cronograma de Detalle de fabricación y despacho de los equipos principales de Alluriquín, Sarapullo y la Presa Toachi, que envió el 11 de febrero de 2015;

- Un Cronograma de Detalle de despacho de equipos, de 6 de mayo de 2015;

- Un total de 60 Reportes de Avance Mensual, desde noviembre de 2011 a noviembre de 2016, con información relativa al progreso en la fabricación y despacho de equipos.

Análisis del Tribunal Arbitral

774.

CELEC no sostiene que Inter Rao no entregase los Cronogramas de Detalle, sino que alega que lo hizo tarde y de manera deficiente, pues no contenían la información mínima para que CPT pudiese monitorizar correctamente el avance del Proyecto.

775.

La cuestión planteada es si la deficiencia en los Cronogramas de Detalle que aduce CELEC estaba justificada por las circunstancias que atravesaba el Proyecto, como sostiene Inter Rao, o si, por

el contrario, Inter Rao sí tenía la capacidad de elaborar Cronogramas definitivos, tal como defiende la Demandada.

776.

El Tribunal ha revisado los Reportes de Avance Mensual, desde octubre a febrero de 2015, y constata que, en ellos Inter Rao da cuenta a CELEC y a CPT de los equipos que ya están fabricados, los que están en proceso de fabricación, y aquellos cuya fabricación no ha comenzado, a causa de los cambios en los diseños originales y la indefinición de los trabajos adicionales necesarios, por falta en la firma de las OCs737.

777.

CELEC formuló sus requerimientos de Cronogramas de Detalle mientras estaba en vigor el Cronograma Maestro de Mitigación, en el que las Partes habían acordado reprogramar las actividades y plazos como consecuencia de la reconfiguración física del Proyecto. Esto tuvo dos consecuencias:

- Primero, el alcance de los trabajos de Inter Rao ya no era el mismo que en el Contrato original; a partir de ese momento, las Partes empezaron a negociar la OC No. 1 (llegando a un acuerdo) y las OCs Nos. 2 y 3 (cuyas negociaciones se dilataron hasta finales de 2016, y que nunca se llegaron a firmar), que preveían cambios sustanciales; en tanto no hubiese certeza sobre los equipos adicionales y diseños definitivos, cualquier cronograma sobre la fabricación, liberación, despacho y montaje por naturaleza tenía que ser provisional;

- Segundo, la reconfiguración física del Proyecto ocasionó una completa alteración en el orden de trabajos (y, por tanto, de fabricación de equipos); el cronograma de trabajo original, incluido en los Programas Base (el Programa General Electromecánico del Anexo 1-2 y la Matriz Interfase del Anexo 3 del Contrato), preveía en primer lugar la finalización de la primera Unidad de la Central Alluriquín, y después la de Sarapullo738; tras el Cronograma Maestro de Mitigación, Inter Rao tuvo que replanificar sus labores, para realizar primero los trabajos de Sarapullo y luego los de Alluriquín739 - causando una profunda disrupción en la programación de fabricación que había previsto Inter Rao.

778.

El Tribunal concluye que Inter Rao sí entregó los Cronogramas de Detalle solicitados, y lo hizo de la manera más adecuada que pudo, atendiendo a las circunstancias que atravesaba la obra: CELEC había ordenado la reconfiguración del Proyecto, solicitando el rediseño de algunos equipos originales y el suministro de equipos adicionales no contemplados en el alcance original y había trastocado profundamente la programación de fabricación – impactando en la reprogramación de las actividades de Inter Rao y justificando retrasos en la preparación de nuevos Cronogramas de Detalle.

779.

En resumen, incluso si Inter Rao incurrió en cierta mora en la presentación de los Cronogramas, al no presentarlos de manera inmediata y completa, esa mora es excusable, ya que CELEC había introducido profundos cambios en el Proyecto y aún debía definir el nuevo alcance de los equipos adicionales requeridos.

3.3 ¿Incumplió Inter Rao su obligación de actualizar el Programa de Ejecución?

780.

CELEC no pone en duda que el 24 de noviembre de 2011, cuando el Proyecto estaba en sus inicios, Inter Rao entregó a CELEC la información para elaborar el primer Programa de Ejecución y lo hizo dentro de los 90 días siguientes a la fecha de inicio de las obras, cumpliendo así con su obligación al amparo de la Cláusula 16.1 del Contrato. Lo que CELEC imputa a Inter Rao es que, tras la Adenda No. 5 de octubre de 2015, Inter Rao no actualizase el Programa de Ejecución.
781.

En la Resolución de Terminación, la Demandada también hace referencia a dos oficios en los que CELEC y/o CPT habrían pedido la actualización del Programa de Ejecución y que Inter Rao habría dejado de atender⁷⁴⁰:

- El oficio de 21 de junio de 2016 en el que CELEC imputa a Inter Rao no haber presentado un Programa de Ejecución detallado⁷⁴¹;

- Un oficio de CPT de 1 de septiembre de 2016, en el que la Supervisión señala que la información provista por Inter Rao es incompleta y⁷⁴²

"[...] lastimosamente con fallas que tornan imposible completar un Cronograma Integrado para el Proyecto".

782.

El Tribunal considera que estos oficios no reflejan fielmente lo acaecido: omiten información relevante que demuestra que Inter Rao sí suministró los Programas de Ejecución actualizados.
783.

La Adenda No. 5 recogía un compromiso conjunto de las Partes de actualizar el Programa de Ejecución a más tardar el 15 de diciembre de 2015 y, desde entonces, a revisarlo cada seis meses. En realidad, las Partes no lograron actualizar el Programa de Ejecución ni lograrían aprobar el Programa de Ejecución hasta octubre de 2016.

784.

CELEC atribuye toda la responsabilidad de esta demora a Inter Rao; mientras que las Demandantes sostienen que, a la luz de la indefinición en varios frentes por la que atravesaba el Proyecto, eran incapaces de elaborar un Programa de Ejecución fiable.

785.

El Tribunal se posiciona de nuevo con Inter Rao.

786.

La prueba constata que, a finales de 2015, no le era posible a Inter Rao elaborar un Programa de Ejecución realista y fiable, que sirviese para reformular el Cronograma Maestro Integrado:

787.

Primero, en enero de 2016 Inter Rao informó a CELEC de que la actualización del Programa de Ejecución era imposible, porque no contaba con un Programa de Ejecución de la Obra Civil, que reflejase las fechas concretas en las que CWE finalizaría sus trabajos de CWE y liberase los frentes para que Inter Rao pudiese comenzar el montaje del equipo⁷⁴³.

788.

Existe prueba que confirma la veracidad de la aseveración de Inter Rao. En un oficio contemporáneo de CPT a CWE, la Supervisión manifiesta su descontento con la información de programación suministrada por el contratista civil⁷⁴⁴:

"[...] CWE no presenta correspondencia de los impactos mencionados con las actividades constructivas del cronograma contractual vigente, tampoco se refiere a las fechas reales de inicio y terminación de las actividades. La consecuencia es: superposición de períodos, superposición de impagos, errores de contabilización de días, errores de interpretación y malentendidos y pérdida de tiempo tanto de CWE como de la Fiscalización en la evaluación y justificación de los retrasos [...]".

789.

Segundo, CELEC adeudaba a Inter Rao una cantidad superior a los USD 10 millones, y aún no había concreción sobre cómo se iban a financiar los trabajos adicionales de las OCs Nos. 2 y 3; pro memoria, el plazo de disposición de la línea de crédito con Roseximbank había vencido el 20 de septiembre de 2015, y no había perspectiva sobre cuándo se firmaría un nuevo acuerdo de financiación.

790.

La Cláusula 13.3(b) del Contrato faculta a la Contratista a la prórroga de sus obligaciones contractuales si la Contratante se demora en el pago de las planillas por un tiempo mayor a 45 días.

791.

Las Demandantes han presentado un peritaje certificando que CELEC se demoró en el pago de planillas en más de 45 días hasta en 26 ocasiones⁷⁴⁵. A principios de 2016, Inter Rao estaba financiando con sus propios recursos la fabricación y montaje de los equipos, por un valor en exceso de USD 10 millones, sin una previsión razonable de cuándo CELEC podría cubrir esos costes.

792.

Sin certeza alguna sobre la financiación del Proyecto, Inter Rao no podía programar de forma adecuada la fabricación y montaje de equipos, ni mucho menos ofrecer los plazos para su conclusión.

793.

Tercero, con independencia de la financiación, el alcance de los trabajos adicionales de las OCs Nos. 2 y 3 aún no estaba definido ni acordado. Sin tener seguridad sobre los equipos adicionales requeridos, ni concreción de diseños, la programación sobre la fabricación y montaje de estos equipos en un Programa de Ejecución hubiera sido una quimera.

794.

Es cierto que, con la solicitud de prórroga de 10 de junio de 2016 Inter Rao no adjuntó un Programa de Ejecución con toda la información relevante para que CPT pudiese elaborar un nuevo Cronograma Maestro Integrado, tal como se refleja en la Resolución de Terminación y los Informes de Terminación.

795.

Pero la Resolución de Terminación no menciona el posterior intercambio de información entre Inter Rao y CPT. El 4 de agosto Inter Rao presentó un Programa de Ejecución correspondiente a la Casa de Máquinas de Alluriquín y un justificativo de 16 páginas con una relación detallada de numerosas actividades del Cronograma Maestro de Mitigación y la explicación de su retraso o suspensión y los pasos necesarios para su reanudación (pago de deudas de CELEC, firma de las OCs, entrega de la obra civil)⁷⁴⁶.

796.

Además de esta documentación, entre el 24 de agosto y 1 de septiembre de 2016 Inter Rao presentó cuatro Programas de Ejecución adicionales para cada frente de trabajo747:

- El Programa de Ejecución CH Alluriquín Rev7;

- El Programa de Ejecución Presa Toachi Rev3;

- El Programa de Ejecución CH Sarapullo Rev5;

- El Cronograma de Ejecución Desagüe de Fondo 00 #2 + Obra Civil OWL Rev2.

797.

Tal como señaló la Supervisión748:

"Los cronogramas electromecánicos de referencia presentan fechas de inicio y fin de las etapas de diseño, fabricación, transporte y montaje de los componentes indicados en las Ordenes de cambio #2 y #3, las cuales, según el contratista debieron suscribirse el 1 de septiembre de 2016".

798.

El 12 de octubre de 2016 Inter Rao también presentó un Programa de Ejecución específico para ciertos trabajos relativos a la OC No. 2749.

799.

Entre el 10 y el 14 de octubre de 2016 las Partes se reunieron para seguir trabajando conjuntamente en la elaboración del Programa de Ejecución, y fruto de estas reuniones, el 18 de octubre Inter Rao remitió tres Programas de Ejecución actualizados para los frentes de Alluriquín, Sarapullo y Presa Toachi750.

800.

Usando como base la información provista por Inter Rao, CPT pudo elaborar un Cronograma Maestro Actualizado, de 12 de octubre de 2016, que compartió con CELEC. CPT señalaba que el Proyecto terminaría el 1 de marzo de 2018, siempre y cuando Inter Rao y CELEC finalizasen las OCs Nos. 2 y 3751.

801.

En vista de lo anterior, el Tribunal concluye que Inter Rao sí cumplió con su obligación de actualizar el Programa de Ejecución; cualquier retraso en su actualización respecto a las fechas previstas en la Adenda No. 5 se debió a las numerosas indefiniciones de las que adolecía el Proyecto, que no son imputables a Inter Rao.

VIII.3. ¿HA INCUMPLIDO INTER RAO SU OBLIGACIÓN DE ENTREGAR LOS EQUIPOS?

1. Hechos

802.

Pro memoria: En julio de 2014, tras la reconfiguración del Proyecto, las Partes acordaron, junto a CWE y la Supervisión, establecer el Cronograma Maestro de Mitigación con un nuevo plazo para la finalización del Proyecto el 12 de junio de 2016.

803.

La información que Inter Rao había provisto a CELEC en 2011 para elaborar el Primer Programa de Ejecución había quedado del todo desfasada y, por lo tanto, las Partes no contaban con un Programa de Ejecución vigente para la obra electromecánica que estableciese las fechas de fabricación y entrega de los 752 equipos752.

804.

El Cronograma Maestro de Mitigación tampoco establecía las fechas en las que Inter Rao debía iniciar la fabricación de los distintos equipos ni cuándo correspondía realizar su despacho al sitio de la obra753 - únicamente establecía al detalle las fechas y tiempo necesario para el montaje de los equipos electromecánicos e hidromecánicos.

805.

Entre septiembre 2014 y enero 2015 CELEC solicitó a Inter Rao que elaborase los Cronogramas de Detalle que recogiesen las fechas de fabricación y despacho; sin embargo, Inter Rao no pudo elaborar estos Cronogramas de Detalle por754:

- El retraso en la obra civil,

- La falta de aprobación por CPT del diseño de varios de los equipos principales, cuyo cambio CELEC había ordenado, y

- La falta de determinación de los equipos adicionales ordenados por CELEC.

806.

En los siguientes meses, Inter Rao proporcionó cronogramas parciales e información puntual sobre la fabricación y despacho de equipos, siempre de carácter provisional, ofreciendo sólo fechas estimativas, al estar aún pendiente de aprobación los diseños de nuevos equipos y la firma de las OCs755.

807.

En resumen, las Partes no pudieron acordar un Programa de Ejecución, por lo que el único documento de programación vigente era el Cronograma Maestro de Mitigación de julio de 2014.

Embarques y entrega de equipos

808.

Desde el Cronograma Maestro de Mitigación hasta octubre de 2015, Inter Rao realizó numerosos embarques para transportar al sitio de la obra 80 equipos, cuyo diseño ya era definitivo y cuyo montaje podía realizarse al estar liberado el correspondiente frente de obra civil756.

809.

En el periodo comprendido entre octubre de 2015 y julio de 2016 Inter Rao continuó despachando un total de 47 equipos al sitio de la obra; incluyendo equipo no comprendido en el alcance original del Contrato, sino en las OCs Nos. 2 y 3 (a pesar de que éstas aun no estaban firmadas)757.

810.

Entre agosto y octubre de 2016, tras la firma del Acta de Acuerdos, Inter Rao remitió a CPT varios Programas de Ejecución, con los cronogramas de fabricación y despacho de los equipos restantes, basados en fechas estimativas, sujetas a la formalización de las OCs Nos. 2 y 3 y al

pago por CELEC de los anticipos correspondientes⁷⁵⁸. A pesar de lo anterior, CELEC e Inter Rao nunca llegaron a aprobar un Programa de Ejecución con fechas definitivas de fabricación y embarque de los equipos.

811.

En el periodo comprendido entre julio de 2016 y la terminación del Contrato en marzo de 2017, Inter Rao continuó despachando al sitio de la obra un total de 81 equipos, la mayoría correspondiente a los sistemas eléctricos auxiliares⁷⁵⁹.

2. Posición de las Partes

2.1 Posición de la Demandada en la Notificación de Incumplimientos

812.

En la Notificación de Incumplimientos, acompañada del Primer Informe de Terminación, CELEC informa a Inter Rao de que está incurso en dos incumplimientos relativos a su obligación de suministrar los equipos electromecánicos e hidromecánicos del Proyecto⁷⁶⁰:

"3. INCUMPLIMIENTO Y ATRASO INJUSTIFICADO EN LA FABRICACIÓN, LIBERACIÓN PARA DESPACHO Y MONTAJE DE LOS EQUIPOS [Mayúsculas en el original] [el Tribunal se referirá a este incumplimiento como "Retraso en la Entrega de Equipos"]

4. INCUMPLIMIENTO DEL OBJETO DEL CONTRATO EN LO CONCERNIENTE AL SUMINISTRO DE MATERIALES Y EQUIPOS" [Mayúsculas en el original] [el Tribunal se referirá a este incumplimiento como "Falta de Entrega de Equipos"].

813.

En este arbitraje las Partes han tratado conjuntamente ambos incumplimientos, al estar íntimamente ligados.

A. Retraso en la Entrega de Equipos

814.

En el Primer Informe de Terminación, CELEC imputa a Inter Rao el Retraso en la Entrega de Equipos, al entender que la Contratista no cumplió con los plazos de entrega de los equipos. Para la Demandada, Inter Rao debía haber fabricado y despachado al sitio de la obra los equipos antes de las fechas de montaje previstas en el Cronograma Maestro de Mitigación⁷⁶¹.

815.

CELEC sostiene que la fabricación y el despacho de equipos no dependía del avance de la obra civil, por lo que no se justifica que Inter Rao no hubiese provisto los equipos conforme al Cronograma Maestro de Mitigación⁷⁶².

816.

En el Primer Informe de Terminación, CELEC proporciona un resumen del estado de fabricación y despacho de los equipos para el año 2016⁷⁶³:

SITUACION DEL DESPACHO DEL SUMINISTRO CONTRACTUAL UBICACION DEL EQUIPO EN EL 2016

MES	EN OBRA	EN VIAJE	EN DESPACHAR	EN PRUEBAS	EN FABRICACION	TOTAL
Enero	42,86%	0%	24,08%	11,54%	21,52%	100,00%
Junio	56,39%	6,51%	18,77%	0,30%	18,03%	100,00%
Dic	76,71%	2,57%	12,55%	0%	8,17%	100,00%

B. Falta de Entrega de Equipos

817.

El otro incumplimiento que aduce CELEC es que Inter Rao no cumplió764 "[...] con la totalidad del objeto del contrato al haber entregado parcialmente Materiales y Equipos necesarios para la culminación de las Obras Electromecánicas e Hidromecánicas".

818.

Es decir, con independencia del retraso en la fabricación y despacho, Inter Rao no entregó el 100% de los equipos.

2.2 Posición de las Demandantes en la Respuesta sobre Terminación

819.

En su Respuesta sobre Terminación, Inter Rao ofrece los siguientes argumentos para sostener que no ha incumplido sus obligaciones respecto a la fabricación, liberación para despacho, montaje y entrega de equipos:

A. Retraso en la Entrega de Equipos

820.

Inter Rao señala que CELEC proporcionó a la Contratista una superficie limitada para el depósito de los equipos fabricados y despachados al sitio de la obra, a la espera de su montaje tras la entrega del frente de trabajo por el contratista civil. El retraso en la entrega de los frentes y el limitado espacio de depósito impidió a Inter Rao entregar ciertos equipos conforme al Cronograma Maestro de Mitigación. Por esta razón, Inter Rao se vio obligada a enviar los equipos fabricados en la medida en que los frentes de la obra civil se iban liberando765.

821.

Inter Rao logró fabricar y despachar al sitio de la obra los equipos principales de generación, esto es, las turbinas y los generadores, que son los que tienen ciclos de fabricación más largos; y lo hizo antes de la entrega del correspondiente frente de la obra civil, por lo que CELEC no puede aducir que el retraso en el Proyecto fuese causado por la demora en la fabricación y entrega de los equipos. Inter Rao proporciona un resumen de esta información766:

Denominación Fecha real de entrega al sitio Fecha de inicio de montaje conforme al Cronograma Maestro del 21.07.2014 Fecha real de entrega del frente por la Contratante

Retraso en la parte civil, días

Turbinas CH Sarapullo	07.07.2015	20.05.2015	27.10.2015	160	
	21.08.2015	19.06.2015		130	
	26.11.2015	19.07.2015		100	
Turbinas CH Alluriquin		29.02.2016	14.07.2015	15.08.2016	32
	13.05.2016	05.10.2015	No se ha entregado		466
	12.08.2016	24.11.2015	No se ha entregado		416

822.

Además, Inter Rao también entregó los diseños de los equipos auxiliares mecánicos y eléctricos, pero CPT se demoró injustificadamente en revisarlos y aprobarlos, lo que ocasionó los retrasos en su fabricación en el periodo 2015-2016767

823.

Inter Rao también señala que, pese a la falta de firma de la OC No. 2, Inter Rao inició la fabricación de los equipos hidromecánicos de la Presa Toachi, evitando así mayores retrasos768.

824.

En el periodo 2015-2016, tras las modificaciones del Proyecto y requerimientos de equipos auxiliares adicionales por parte de CELEC, Inter Rao inició la fabricación de los principales equipos eléctricos pese a la ausencia de financiación y falta de firma de la OC No. 3. Inter Rao también destaca que una parte importante de estos equipos no pudo despacharse porque, sin la OC No. 3 firmada, resulta imposible realizar los trámites de aduana⁷⁶⁹.

B. Falta de Entrega de Equipos

825.

Inter Rao señala que su obligación de fabricación, despacho, montaje y entrega de equipos está ligada al plazo contractual, que las Partes acordaron extender como consecuencia de los retrasos de la obra civil⁷⁷⁰.

826.

La Contratista sostiene que, a 20 de noviembre de 2016, el diseño, fabricación y transporte de equipos en el marco del Contrato se habían ejecutado en un 95%; el 5% restante correspondía al suministro de equipos modificados relacionados con la OC No. 3771.

827.

A 1 de enero de 2017 se había entregado en el sitio de la obra aproximadamente el 77% de los equipos objeto del Contrato, el 82,7% de los equipos objeto de la OC No. 2 y el 44,4 % de equipos de la OC No. 3.

2.3 Posición de la Demandada en la Resolución de Terminación

828.

En una primera sección introductoria de la Resolución de Terminación, CELEC detalla el estado en la fabricación y liberación para despacho de los equipos del siguiente modo⁷⁷²:

"Al 20 de marzo [de 2017]. – En obra 81,38% del total, incluidos los de suministro local, en viaje el 0%, listo para embarcar, o sea sin documentos de embarque, Bill of Lading (BL), 11,76% y en pruebas: 0%. Pendiente de fabricación 6.86% del total del suministro".

A. Retraso en la Entrega de Equipos

829.

La Demandada rechaza el argumento de que el limitado espacio de depósitos de equipo en el sitio de la obra sirva para justificar la entrega tardía del equipo. Señala que Inter Rao nunca planteó esta cuestión a CELEC y que la Contratante nunca autorizó diferir la entrega de los equipos por esta causa⁷⁷³.

830.

También desecha la justificación de que el montaje se retrasase por la supuesta entrega tardía de la obra civil⁷⁷⁴.

831.

Respecto al supuesto retraso de CPT en la revisión y aprobación de los diseños de los equipos auxiliares, CELEC sostiene que Inter Rao debió presentar estos diseños en 2013 y no en el periodo 2015-2016, por lo que el retraso es imputable a Inter Rao.

832.

Por estos motivos, CELEC concluye que Inter Rao no logró desvirtuar este incumplimiento⁷⁷⁵.

B. Falta de Entrega de Equipos

833.

Sobre la ausencia del 100% del equipo en el sitio de la obra, CELEC se limita a señalar que: "Nos ratificamos en el cuadro presentado en el informe anterior, el que resume la 'Situación del despacho del Suministro Contractual' donde se evidencia que, a enero 2016 teníamos en obra apenas el 42,86% y que aún a diciembre 2016 el porcentaje de equipos en obra es apenas el 76,71%.

[...]

Por lo comentado, y dado que Inter Rao no pudo demostrar lo contrario, consideramos que el contratista con su [Respuesta sobre Terminación] no logró desvirtuar y/o justificar este incumplimiento y nos ratificamos".

834.

En el Segundo Informe de Terminación de CPT que acompaña a la Resolución de Terminación, el Supervisor rechaza la aseveración de Inter Rao de que hubiese fabricado el 95% de los equipos. El cómputo de CPT, sobre la base de documentos de embarque y facturas comerciales, es que a la fecha se había fabricado el 81,12% del equipo776.

2.4 Posición de las Demandantes en el arbitraje

835.

Inter Rao sostiene que CELEC no tenía derecho a terminar el Contrato sobre la base de falta de suministro de los equipos electromecánico e hidromecánicos o su supuesta entrega tardía. Para las Demandantes, estas alegaciones constituyen una reformulación de la alegación sobre incumplimiento del plazo contractual777.

836.

El Contrato no establece fechas concretas para la fabricación y entrega en el sitio de la Obra de los distintos equipos que Inter Rao debía proveer778. El equipo debía entregarse en el plazo contractual que, según las Demandantes, se extendió hasta al menos el 5 de abril de 2017. Teniendo en cuenta los retrasos de CELEC en la entrega de los frentes de trabajo, así como la falta de pago de numerosas planillas, es irrazonable concluir que Inter Rao debía haber fabricado y entregado en el sitio de la Obra todos los equipos y materiales con antelación a la fecha en la que lo hizo779.

837.

Por esta razón (y en general, por el retraso en la obra civil imputable a CELEC), Inter Rao no tenía la obligación de entregar todos los equipos y materiales en el sitio de la obra a 12 de junio de 2016780. Esto es aún más patente teniendo en cuenta el evento de fuerza mayor de la Inundación de Alluriquín, que causó daños en el equipo principal; CELEC era plenamente consciente de que estas reparaciones no concluirían antes del 12 de junio de 2016781.

838.

Las Demandantes sostienen que, con carácter general, Inter Rao entregó los equipos en plazo, en la medida en que CWE y CELEC liberaban los distintos frentes de trabajo para que Inter Rao procediera con su instalación. Cualquier supuesto retraso en la fabricación de los equipos y entrega en el sitio de la obra no tuvo un impacto material sobre el comienzo de los trabajos de instalación de Inter Rao. La desviación en los trabajos de montaje e instalación de los equipos

respecto a lo programado en el Cronograma Maestro de Mitigación se debió exclusivamente a la entrega tardía de los frentes de obra por parte de CELEC782.

839.

En cualquier caso, Inter Rao no incurrió en un incumplimiento grave que pudiese justificar la terminación, ya que Inter Rao entregó los equipos más importantes para las estructuras clave (la Central Alluriquín, la Central Sarapullo y la Presa Toachi) a más tardar en agosto de 2016, siendo la última unidad entregada la Unidad 3 de la Central Alluriquín783. Inter Rao señala que la propia Resolución de Terminación constató que Inter Rao había fabricado el 93,14% del equipo y entregado en el sitio de la obra el 81,37%784.

840.

Por lo anterior, la falta de entrega de una parte pequeña de los equipos no constituye un incumplimiento grave que amerite la terminación del Contrato785.

841.

Inter Rao también sostiene que CELEC aceptó la entrega de equipos hasta marzo de 2017; en el momento en que CELEC invocó la falta de entrega como justificante para la terminación del Contrato, habían transcurrido al menos siete meses desde la entrega de los equipos principales. Por lo tanto, el tiempo razonable para objetar a la entrega tardía de los equipos había transcurrido, y aceptar la terminación del Contrato sobre esta base iría contra la doctrina de los actos propios786.

2.5 Posición de la Demandada en el arbitraje

842.

CELEC sostiene que Inter Rao tenía la obligación de fabricar y entregar los equipos antes del vencimiento del plazo787, y dicha obligación no dependía de la entrega de la obra civil, tal como sugieren las Demandantes788.

843.

Al vencimiento del plazo del 12 de junio de 2016, Inter Rao no había entregado una parte sustancial de los equipos principales789.

844.

CELEC señala que, a la fecha de terminación del Contrato, sólo el 81,38% de los equipos que Inter Rao debía suministrar estaban en el sitio de la obra. Otros equipos – por valor de USD 15 millones – estaban aún pendientes de embarque, y el 6,86% de los equipos aún no se habían fabricado790. CELEC también aduce al Informe de Terminación de CPT de 17 de julio de 2017, que constata la falta de suministros auxiliares en distintas áreas de la obra791.

3. Decisión del Tribunal Arbitral

845.

En la Resolución de Terminación, CELEC invoca dos incumplimientos de Inter Rao relativos a la entrega de equipos, que facultarían al propietario a resolver unilateralmente el Contrato.

Falta de Entrega de los Equipos

846.

El primero de ellos es la Falta de Entrega de Equipos. CELEC sostiene que a la finalización del plazo contractual de 12 de junio de 2016 Inter Rao no había suministrado el 100% de los equipos, y esto le da derecho a rescindir unilateralmente el Contrato792.

847.

Inter Rao responde que no tenía la obligación de entregar el 100% de los equipos antes del 12 de junio de 2016, ya que las Partes acordaron extender el plazo contractual; Inter Rao entregó la última unidad de los equipos principales en agosto de 2016, por lo que no se le puede imputar un grave incumplimiento contractual que justifique la terminación del Contrato793.

848.

El Tribunal se posiciona con Inter Rao.

849.

Según las Cláusulas 5 y 13.1 del Contrato, Inter Rao se comprometió a suministrar los equipos electromecánicos e hidromecánicos para el Proyecto Toachi-Pilatón, su montaje, pruebas y puesta en servicio y entrega en perfecto funcionamiento, en condiciones llave en mano, en el plazo contractual acordado.

850.

Como se ha señalado en la Sección VIII.1., el plazo inicial del Proyecto era el 21 de mayo de 2015, que posteriormente las Partes acordaron extender hasta el 12 de junio de 2016, a través del Cronograma Maestro de Mitigación y la Adenda No. 5, y después al 5 de abril de 2017, mediante el Acta de Acuerdos794; además, CELEC tenía la obligación de extender el plazo contractual de conformidad con la Cláusula 13.3(c) del Contrato, hasta marzo de 2018, ya que la Supervisión había constatado el retraso en la obra civil que habían obstaculizado las labores de Inter Rao795.

851.

Por lo tanto, en marzo de 2017, cuando CELEC emitió la Resolución de Terminación, Inter Rao aún estaba en plazo para entregar los equipos. En ese momento, CELEC reconoció que la Contratista había entregado el 81,38% del alcance, había fabricado un 11,76% adicional, que estaba listo para embarcar, sólo estando pendiente de fabricación el 6,86%796.

852.

La decisión de resolver el Contrato por no haber entregado el 100% de los equipos fue, por tanto, prematura y no puede justificar la terminación unilateral del Contrato.

Retraso en la Entrega de Equipos

853.

El segundo argumento que invoca CELEC en la Resolución de Terminación es el retraso en la entrega de los equipos. La Demandada dice que Inter Rao habría incumplido los plazos para fabricar y entregar los equipos, reflejados en el Cronograma Maestro de Mitigación797.

854.

Inter Rao responde que el Contrato no contiene una obligación de entregar los equipos en fechas intermedias; en cualquier caso, el retraso en la entrega de los equipos es imputable a CELEC y a la demora generalizada de la obra civil, que impidió a Inter Rao cumplir con el Cronograma Maestro de Mitigación798.

855.

El Tribunal se posiciona de nuevo con Inter Rao por los siguientes motivos:

- El Contrato establece un único plazo contractual (3.1.);

- El Cronograma Maestro de Mitigación no establecía fechas concretas para la fabricación y entrega de equipos (3.2.);

- Incluso si Inter Rao entregó los equipos después de la fecha prevista para el montaje en el Cronograma Maestro de Mitigación, esto no causó un retraso crítico en el Proyecto (3.3.).

3.1 El Contrato establece un único plazo para la entrega del Proyecto en su conjunto
856.

Las Cláusulas 5 y 13.1 del Contrato disponen que Inter Rao debe entregar el Proyecto en perfecto funcionamiento, en condiciones llave en mano, en el plazo contractualmente establecido.

857.

El plazo de la Cláusula 13.1 coincide con la Recepción Provisional de la última unidad de generación799.

858.

El Contrato no especifica cuál de las seis unidades (tres de la Central Alluriquín y tres de la Central Sarapullo) será la última en instalarse y ponerse a prueba para la Recepción Provisional. Ello indica que las Partes acordaron otorgar cierta flexibilidad a la Contratista, respecto al orden de suministros y trabajos de montaje: las Partes no consideraron esencial primar la instalación de cierto equipo; lo exigido era que el Proyecto en su conjunto estuviera finalizado en el plazo contractual.

859.

Por esta razón, el Contrato no establece fechas intermedias para la fabricación, liberación para despacho o entrega en el sitio de la obra de los equipos; y menos aún, contempla multas o penalidades relacionados con retrasos en la fabricación o el suministro de equipos.

860.

La única disposición sobre penalidades por retraso es la Cláusula 13.6 del Contrato, que regula la imposición de multas con referencia exclusiva al retraso del plazo contractual, es decir, la Recepción Provisional de la última Unidad:

"Multas por Retrasos. Si la Recepción Provisional de la última Unidad no ocurre en la Fecha Programada de Recepción Provisional correspondiente en términos del Contrato por causas imputables al CONTRATISTA, y siempre que dicho retraso no se deba a actos u omisiones de la CONTRATANTE o a un evento de incumplimiento de la CONTRATANTE, a Caso Fortuito o Fuerza Mayor, el CONTRATISTA deberá pagar a la CONTRATANTE, como multa por el retraso, el 1 por 1.000 del valor total del contrato por cada día de retraso sin exceder el límite máximo acumulado del cinco por ciento (5%)".

861.

En definitiva, Inter Rao no tenía una obligación contractual de fabricar y entregar los equipos en fechas intermedias anteriores al plazo contractual de la Cláusula 13.1 del Contrato.

La Cláusula 9.1

862.

La conclusión del Tribunal no se ve desvirtuada por la Cláusula 9.1 del Contrato, que establece que Inter Rao debía ejecutar el Proyecto conforme al Programa de Ejecución acordado por las Partes y que, en principio, debía reflejar las fechas de fabricación y entrega de equipos800:

"Obligaciones Básicas. El CONTRATISTA deberá realizar todos los trabajos necesarios o adecuados para desarrollar las Obras Electromecánicas e Hidromecánicas del Proyecto, de

conformidad con las Especificaciones Técnicas del Contrato, el Programa de Ejecución que se acordará de acuerdo con la Cláusula 16.1 [...]"

863.

El Tribunal no considera que Inter Rao haya incurrido en un incumplimiento de la Cláusula 9.1: lo que ocurrió es que no se pudo acordar un Programa de Ejecución, por causas no imputables a Inter Rao.

864.

Tras el inicio de la obra en septiembre de 2011, Inter Rao presentó a CELEC la información para preparar el primer Programa de Ejecución para la fase inicial del Proyecto.

865.

Sin embargo, este Programa de Ejecución inicial quedó obsoleto a mediados de 2013. Las fallas geológicas obligaron a CELEC a reconfigurar el orden y los plazos de trabajo; y ante esa situación, en julio de 2014 las Partes acordaron el Cronograma Maestro de Mitigación, que sustituyó provisionalmente al Programa de Ejecución como guía del orden de trabajo y plazos de ejecución de las labores de Inter Rao.

866.

El Cronograma Maestro de Mitigación sólo establecía las fechas para el montaje de los equipos electromecánicos, pero no así las fechas concretas para la fabricación y suministro de los equipos.

867.

En octubre de 2015, al firmar la Adenda No. 5, las Partes se comprometieron a actualizar el Programa de Ejecución. Sin embargo, ello no fue posible debido a las indefiniciones que atravesaba el Proyecto, como el retraso en la obra civil, la falta de concreción sobre los trabajos adicionales y la ausencia de financiación⁸⁰¹.

868.

La posibilidad de concretar un Programa de Ejecución fiable sólo surgió tras la firma del Acta de Acuerdos en julio de 2016, en la que las Partes acordaron el alcance y precio del equipo adicional. Entre agosto y octubre de 2016 Inter Rao pudo preparar un proyecto de Programa de Ejecución, que remitió a CPT y a CELEC para su aprobación. CELEC nunca llegó a aprobar dicho proyecto de Programa de Ejecución y, en diciembre de 2016, tomó la decisión de rescindir unilateralmente el Contrato.

869.

En vista de que las Partes no acordaron un Programa de Ejecución que vinculara a Inter Rao a fabricar y entregar los equipos en fechas determinadas, el Tribunal concluye que Inter Rao no incumplió la Cláusula 9.1 del Contrato.

3.2 Primer contraargumento de CELEC: el Cronograma Maestro de Mitigación

870.

CELEC ha planteado que, en ausencia del Programa de Ejecución, Inter Rao debía de haber fabricado y entregado los equipos con anterioridad a las fechas previstas para su montaje, tal como estaban reflejadas en el Cronograma Maestro de Mitigación. Es decir, CELEC propone que la Cláusula 9.1 se interprete como si dispusiese que Inter Rao debe ejecutar el Proyecto "conforme al Cronograma Maestro de Mitigación" y no conforme al Programa de Ejecución⁸⁰².

871.

El Tribunal no comparte esta interpretación, al ser claramente contradictoria con la voluntad de las Partes.

872.

La regla general de interpretación contractual recogida en el Art. 1576 del CC señala que: "Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras".

873.

En la interpretación contractual, se presume que la literalidad de los términos refleja la intención de las Partes al suscribir un contrato. La interpretación literal únicamente cede ante otros criterios de interpretación, cuando la intención no es claramente conocida.

874.

En este caso, las Partes acordaron otorgar a los términos definidos del Contrato especial relevancia interpretativa. La Cláusula 4.1(a) del Contrato establece que: "Cuando los términos estén definidos en, este Contrato, se atenderá su tenor literal".

La definición de Programa de Ejecución

875.

El Contrato únicamente define un tipo de programa: el Programa de Ejecución definido en la cláusula 4.2(kkk):

"'Programa de Ejecución' significa el programa de actividades a detalle por estructura y subestructura dividido en frentes y subfrentes de trabajo, con la finalidad de llevar un seguimiento del avance del Proyecto en lo que a las Obras Electromecánicas e Hidromecánicas se refiere".

876.

A su vez, las Cláusulas 9.1 y 16 del Contrato exigen que el Programa de Ejecución sea acordado por las Partes.

El Cronograma Maestro de Mitigación

877.

El Contrato no tiene referencia alguna a un "Cronograma Maestro" (y menos a un "Cronograma Maestro de Mitigación"). El concepto se utiliza por primera vez en un documento contractual en la Adenda No. 5, en cuya primera "Declaración":

"[...] las Partes ratifican el Cronograma Maestro suscrito el 21 de julio de 2014, que contiene el Programa de Ejecución estimado del Contrato". [Subrayado del Tribunal]

878.

En el momento de la firma de la Adenda No. 5 las Partes se guiaban por el Cronograma Maestro de Mitigación – que no contenía fechas de fabricación y entrega. Por eso la Adenda No. 5 se limita a decir que el Cronograma Maestro contiene el "Programa de Ejecución estimado". El Programa de Ejecución definitivo, del que sí se derivarían obligaciones para Inter Rao, tenía que ser acordado en el futuro – cosa que no ocurrió, por motivos imputables a CELEC.

879.

Al no haberse convenido nunca un Programa de Ejecución, el contraargumento de la Demandada requiere que el Tribunal establezca fechas hipotéticas, en las que Inter Rao debía haber fabricado y entregado el equipo, con anterioridad a la fecha prevista para el montaje – fechas que no constan en ningún documento contractual, y que in tempore insuspecto las Partes nunca acordaron.

880.

En todo caso, el Tribunal no considera que Inter Rao haya incumplido gravemente sus obligaciones por retraso en la fabricación y entrega de equipos. El Tribunal ya ha constatado que, poco después de la firma del Cronograma Maestro de Mitigación, el Proyecto sufrió una demora generalizada, principalmente por dos razones, ninguna de las cuales es atribuible a Inter Rao:

- La demora en la entrega de los frentes de trabajo por el contratista civil CWE; y

- La ampliación del alcance de los equipos y la necesidad de realizar trabajos adicionales, que no llegaron a definirse hasta mediados de 2016, y que las Partes no pudieron tener en cuenta al elaborar el Cronograma Maestro de Mitigación dos años antes.

881.

Esto ha quedado evidenciado por la documentación que obra en el expediente, como el Informe de la Contraloría de septiembre de 2015 y el Programa de Seguimiento de noviembre de 2015 que manejaba CELEC803.

882.

Más aún, la propia CELEC ha reconocido que el retraso generalizado no era imputable a Inter Rao. En la carta de CELEC a Roseximbank de 16 de diciembre de 2015, la Demandada admite que el retraso en la obra civil y la necesidad de equipos y trabajos adicionales son las causas de la demora del Proyecto. Conforme al Contrato con Inter Rao estas cuestiones son de entera responsabilidad de la Contratante804.

883.

En estas circunstancias, sería del todo irrazonable exigir que Inter Rao fabricase y entregase los equipos con meses (e incluso años) de antelación al momento en que se liberase el frente de trabajo por CWE, ya que Inter Rao disponía de un espacio limitado en el sitio de la obra y no podía almacenar la totalidad del equipo a la espera de una fecha indeterminada en la que pudiese realizar el montaje. Además, el almacenamiento de los equipos por periodos prolongados incrementa costes y riesgos; un buen ejemplo de ello fue la inundación de la Casa de Máquinas de Alluriquín, que ocasionó cuantiosos daños en los equipos almacenados805.

3.3 Segundo contraargumento de CELEC: la entrega tardía de equipos retrasó el Proyecto

884.

CELEC también ha argumentado que, con independencia del retraso en la obra civil en algunos frentes, el retraso del Proyecto también se debió a que, en ciertas instancias, el contratista civil ya había finalizado sus trabajos y liberado el frente para el montaje de los equipos, e Inter Rao no pudo comenzar, porque aún no había entregado los equipos correspondientes806.

885.

Inter Rao, por su parte, niega que la ausencia de equipos fuese causa del retraso crítico del Proyecto807.

886.

El Tribunal coincide con la premisa de CELEC: si la entrega tardía de cierto equipo causó un retraso en la ruta crítica, postergando así el plazo contractual de la Cláusula 13.1 del Contrato, Inter Rao podría haber incurrido en un incumplimiento contractual.

887.

Los peritos de las Partes han presentado sus respectivos análisis sobre el momento en que Inter Rao entregó los equipos y el impacto que esto tuvo en la fecha de finalización del Proyecto, llegando a conclusiones distintas:

- El perito de CELEC sostiene que en varias ocasiones Inter Rao demoró la fabricación y entrega de equipos, y esto sí causó un retraso generalizado del Proyecto;

- El perito de Inter Rao sostiene que Inter Rao entregó los equipos conforme avanzaba la obra civil, que era la que dictaba la ruta crítica; en ningún momento el progreso de la obra se retrasó por la ausencia de los equipos en el sitio de la obra.

888.

El Tribunal ha analizado con detenimiento ambos informes periciales y se decanta por la pericia de las Demandantes.

A. El peritaje de Four-C

889.

El peritaje de Four-C, presentado por CELEC, no determina con certeza si Inter Rao entregó tarde ciertos equipos y si dicha demora afectó a la ruta crítica del Proyecto, con el resultado de postergar el plazo contractual de la Cláusula 13.1.

890.

Primero, el perito de la Demandada no realiza un análisis de la ruta crítica del Proyecto. La Demandada instruyó a su perito Four-C a responder a dos preguntas⁸⁰⁸:

- "¿Cuáles eran los retrasos de I-Rao no excusables en la ejecución del Proyecto?"; y

- "¿Cuáles de los retrasos excusables de I-Rao ha demostrado que son retrasos compensables?".

891.

Al responder estas preguntas, Four-C trata la cuestión de la entrega tardía de equipos; sin embargo, el perito de la Demandada sostiene que⁸⁰⁹:

"[...] no considera la necesidad de identificar el camino crítico del Proyecto, puesto que no es necesario para responder a las preguntas de CELEC ni para evaluar los informes de Inter Rao".

892.

El análisis de ruta crítica es una metodología universalmente aceptada para el análisis de retrasos en la construcción. La ausencia de este análisis en el peritaje de Four-C impide distinguir aquellos eventos que demoraron la conclusión de las obras, de aquellos que no tuvieron dicho impacto. Four-C se limita a realizar un análisis aislado de los frentes de trabajo y computar los retrasos acaecidos sin identificar fielmente sus causas y consecuencias⁸¹⁰. Solo señala aquellas instancias en las que considera que el equipo se entregó de forma tardía, sin especificar si dicho retraso impactó la fecha de finalización del Proyecto.

893.

Segundo, para establecer si Inter Rao se retrasó en la entrega de los equipos, Four-C se limita a comparar dos documentos:

- El Cronograma Maestro de Mitigación: de aquí extrae las fechas en las que los distintos componentes del equipo deberían haber llegado al sitio de la obra, por referencia a la fecha prevista para su montaje;

- El Programa de Seguimiento de 25 de noviembre de 2015⁸¹¹, que supuestamente registraba el avance del Proyecto hasta esa fecha, incluidos los hitos de obra civil y electromecánica completados.

894.

El Programa de Seguimiento de 25 de noviembre de 2015 es un Cronograma Maestro Integrado que preparó CPT, pero que no contó con la aprobación de Inter Rao. Este Programa de Seguimiento no recogía información veraz, ya que, por ejemplo, registraba hasta 650 hitos de trabajo y construcción de Inter Rao y CWE como finalizados, cuando en realidad no lo estaban⁸¹². Inter Rao se negó a firmar este Programa de Seguimiento por considerar que no se ajustaba al avance real del Proyecto.

895.

El uso del Programa de Seguimiento, por lo tanto, no arroja un resultado fiable. Esto es fácilmente corroborable con la información as-built que consta en el expediente.

896.

Por ejemplo, en su análisis del frente de trabajo en la Central Sarapullo, Four-C señala lo siguiente:

- Conforme al Cronograma Maestro de Mitigación, Inter Rao debía iniciar las labores de montaje del codo de la tubería el 18 de noviembre de 2014⁸¹³;

- Según el Programa de Seguimiento, Inter Rao inició las labores de montaje del codo de la tubería el 6 de enero de 2015, con 49 días de retraso⁸¹⁴.

897.

Sobre la base de esta información Four-C concluye que⁸¹⁵

"[...] I-RAO debía de haber estado listo para iniciar el montaje, habiendo cumplido sus compromisos de diseño y suministro de piezas fijas.

De acuerdo al seguimiento de 25 de noviembre de 2015 I-RAO incumplió ambas cosas, puesto que sólo comenzó con la instalación del codo, actividad que sólo dependía de sí mismo, en fecha 6 de enero de 2015, 49 días después de lo planificado" [Subrayado del Tribunal].

898.

Es decir, Four-C concluye que Inter Rao suministró las piezas del codo de tubería el 6 de enero de 2015.

899.

La conclusión del perito no se ajusta a lo que de verdad ocurrió⁸¹⁶:

- Inter Rao suministró las piezas del codo de tubería el 9 de noviembre de 2014, tal como consta en el libro de pedidos, que certifica la llegada de los equipos mecánicos del despacho No. 6, que incluía el codo de tubería817;

- La razón por la que Inter Rao inició las labores de montaje del codo de tubería con retraso fue que CWE no finalizó la obra civil sino hasta el 6 de enero de 2015, fecha en la que CPT emitió el acta de entrega, certificando que CWE había liberado el área para que Inter Rao pudiese montar el codo de tubería818; ese mismo día Inter Rao inició las labores de montaje.

900.

El patrón de análisis de Four-C – y las inexactas conclusiones – se reproduce a lo largo de sus informes. El perito de las Demandantes recoge una relación de estas inconsistencias en sus informes Karakoc III y IV819.

901.

El Tribunal no puede, por lo tanto, otorgarle a esta pericia el valor probatorio que pretende adjudicarle la Demandada.

B. La pericia del Ing. Karakoc

902.

El perito de Inter Rao, el Ing. Karakoc, sí ha ofrecido un análisis de ruta crítica y ha concluido que, desde el 21 de julio de 2014 al 12 de junio de 2016, el Proyecto sufrió un retraso crítico acumulado de 381 días820, atribuibles con carácter general a:

- los retrasos en la obra civil821;

- los cambios de diseño de la obra civil de la Casa de Máquinas de Alluriquín y falta de coordinación de CPT en la entrega de frentes de trabajo822;

- la demora en definir el alcance y precio de parte de los equipos de la OC No. 3823.

903.

Ninguno de estos motivos de retraso es atribuible a Inter Rao.

904.

El perito de las Demandantes ha hecho un análisis específico sobre la entrega de los equipos principales – basado en información as-built – y si el momento de la entrega afectó a la ruta crítica.

905.

Las Centrales Sarapullo y Alluriquín tienen los siguientes equipos principales:

- El puente de grúa;

- Los elementos soterrados, como los conos, codos y espiral;

- Las turbinas y generadores de cada Unidad.

906.

Para la Presa Toachi el perito identifica ciertos equipos de la mini-Central Toachi y las compuertas radiales y planas.

907.

Sus conclusiones son las siguientes:

Central Sarapullo

908.

Inter Rao entregó los equipos del puente de grúa y los elementos soterrados antes de la fecha prevista para el montaje en el Cronograma Maestro de Mitigación y antes de que CWE entregara el área de trabajo, por lo que la procura de equipos no causó retraso crítico⁸²⁴.

909.

Inter Rao entregó las turbinas y generadores de las Unidades 1 y 2 con tres y dos meses de retraso respectivamente, con relación a la fecha prevista para su montaje conforme al Cronograma Maestro de Mitigación. Sin embargo, dicho retraso no fue crítico, ya que CWE tardó más de cuatro meses en entregar el área de trabajo para el montaje de estas Unidades⁸²⁵.

910.

Con respecto a la Unidad 3, la Contratista entregó la turbina con cuatro meses de retraso y el generador con ocho meses de retraso (en marzo de 2016), respecto a la fecha prevista para su montaje conforme al Cronograma Maestro de Mitigación. Sin embargo, el área de trabajo para la instalación de la Unidad 3 no estaba habilitada aún, y no consta la documentación cuándo liberó CWE el área para los trabajos de instalación de la Unidad 3⁸²⁶.

Central Alluriquín

911.

En el caso de la Central Alluriquín, Inter Rao entregó el puente de grúa antes de la fecha prevista para el montaje⁸²⁷; y entregó los elementos soterrados con 20 días de retraso; pero CWE no terminó sus trabajos hasta cinco meses después de la fecha prevista para el montaje⁸²⁸.

912.

Inter Rao entregó las turbinas y generadores de las Unidades 1, 2 y 3, con siete, siete y diez meses de retraso respecto a la fecha de montaje del Cronograma Maestro de Mitigación; en ninguna de estas instancias el área de trabajo estaba habilitada para la instalación, ya que CWE no terminaría sus trabajos, para la Unidad 1, hasta cinco meses después de la entrega de las turbinas y generadores de dicha Unidad; y hasta nueve y diez meses desde la entrega de las turbinas y generadores de las Unidades 2 y 3, ya en febrero y marzo de 2017⁸²⁹.

Presa Toachi

913.

Por último, el Ing. Karakoc señala que Inter Rao entregó los equipos de la Presa Toachi con desfase respecto al montaje programado, pero en ningún caso antes de que el correspondiente frente de trabajo de la obra civil hubiese estado disponible para la instalación de los equipos⁸³⁰.

914.

Con respecto a las turbinas y generadores:

- Inter Rao entregó la turbina y generador de la Unidad 1 tres meses después de lo previsto para su montaje en el sitio; sin embargo, dicho retraso no fue crítico ya que CWE tardó más de cuatro meses en entregar el área de trabajo para el montaje del equipo.

- Inter Rao entregó la turbina y generador de la Unidad 2 dos meses después de lo previsto para su montaje en el Cronograma Maestro de Mitigación; sin embargo, dicho retraso no fue crítico ya que CWE tardó más de cuatro meses en entregar el área de trabajo para el montaje del equipo.

El Incidente del Puente de Grúa
915.

La única instancia en la que el Ing. Karakoc certifica un evento que causó retraso crítico y que puede ser atribuible a Inter Rao es el Incidente del Puente de Grúa, en la que la ruptura del sistema auxiliar de izaje del puente de grúa de Sarapullo ocasionó daños en la playa de montaje y causó una ligera interrupción en los trabajos de ese frente. Este retraso crítico no está relacionado con la entrega tardía de equipos y, en cualquier caso, su impacto máximo habría sido de 19 días. El Tribunal tratará la cuestión del Incidente del Puente de Grúa en la Sección VIII.5 infra relativa al mantenimiento y reparación de equipos.

VIII.4. ¿HA INCUMPLIDO INTER RAO LAS ESPECIFICACIONES TÉCNICAS?
916.

El cuarto incumplimiento que CELEC atribuye a Inter Rao concierne a las obligaciones de la Contratista de ejecutar el Proyecto conforme a las Especificaciones Técnicas⁸³¹. Antes de analizar el alegado incumplimiento es necesario clarificar ciertos conceptos que las Partes manejan en esta discusión:

917.

No Conformidad: no es un concepto definido en el Contrato, pero sí está recogido en los Sistemas de Gestión de Calidad ISO 9001 V2008, (aplicables por constituir estándares internacionales, de conformidad con la Cláusula 9.10 del Contrato)⁸³²:

"Non-conforming product [...] product that does not conform to customer requirements, applicable regulatory requirements or your own organization requirements".

918.

Durante la ejecución del Proyecto CPT notificó a Inter Rao numerosas No Conformidades, señalando que la instalación no se adecuaba a las Especificaciones Técnicas o estándares de la industria, y que, por tanto, la Contratista debía implementar medidas para remediar o corregir la instalación. Tal como recoge el Segundo Informe de Terminación, a la terminación del Contrato había 56 No Conformidades pendientes⁸³³.

919.

Deficiencias Menores: según la Cláusula 18.3 del Contrato son

"[...] aquellas que no afectan negativamente la seguridad, confiabilidad y operación del Proyecto; las mismas no necesitarán ser corregidas como condición para la emisión del acta de Recepción Provisional [...] Sin embargo, el CONTRATISTA corregirá a su costo dichas deficiencias menores [...] tan pronto como sea posible, pero en ningún caso después de ciento ochenta (180) Días siguientes a la Fecha de Recepción Provisional".

920.

Defecto, según la Cláusula 4.2(q) del Contrato, significa

"[...] carencia de alguna cualidad propia de los Equipos objeto del Contrato, falla de Ingeniería, falla del material".

921.

Desperfecto, según la Cláusula 4.2(r) del Contrato: significa

" [...] un evento que limita, total o parcialmente, la capacidad de generación, la eficiencia o la seguridad operativa del Proyecto, respecto de las Especificaciones del Contrato y el cual, si no es remediado, puede afectar la condición óptima del Proyecto".

1. Hechos

922.

Como Supervisor del Proyecto, una de las labores de CPT era la de verificar que Inter Rao realizase el montaje de los equipos adecuadamente, de conformidad con las Especificaciones Técnicas y los estándares de la industria. Para hacer esta labor, CPT llevaba un registro de "No Conformidades", que recogía aquellas instancias en las que, a su parecer, la instalación que había efectuado la Contratista no era del todo adecuada⁸³⁴. CPT notificaba a Inter Rao cada No Conformidad y le instaba a que corrigiese los defectos⁸³⁵.

923.

Para cada No Conformidad,

- Inter Rao preparaba un plan de remediación, que sometía a la aprobación de CPT;

- Si obtenía la aprobación, Inter Rao lo implementaba;

- Tras la corrección, CPT "cerraba" la No Conformidad del registro.

924.

Durante toda la ejecución del Proyecto y hasta la Resolución de Terminación, CPT abrió un total de 108 No Conformidades⁸³⁶. A la fecha de la terminación del Contrato quedaban 56 pendientes⁸³⁷.

2. Posición de las Partes

2.1 Posición de la Demandada en la Notificación de Incumplimientos

925.

En la Notificación de Incumplimientos, CELEC sostiene que Inter Rao ha incurrido en un⁸³⁸: "INCUMPLIMIENTO DE ESPECIFICACIONES TÉCNICAS EN EL MONTAJE DE EQUIPO".

926.

En el Primer Informe de Terminación, CELEC señala que⁸³⁹:

- La Contratista no atiende las observaciones de la Supervisión para corregir las No Conformidades relativas al montaje electromecánico, la seguridad física y las obligaciones relacionadas con el personal de la Contratista; e

- Inter Rao no presenta, dentro del término contractual, los reportes mensuales; y algunos de los que presenta – como los informes de seguridad y ambiente – no reúnen los requisitos mínimos para ser aprobados por la Supervisión.

927.

El Primer Informe de Terminación no contiene referencias específicas a las No Conformidades y se remite a un informe de la Supervisión en el que las No Conformidades estarían detalladas.

928.

El informe al que hace referencia es el "Informe Técnico CPT-R-91-2016" de 30 de diciembre de 2016 ["Informe Técnico CPT"]⁸⁴⁰. CPT elaboró este Informe a instancia de CELEC.

929.

El Informe Técnico CPT recoge una lista de las No Conformidades pendientes de cierre, es decir, instancias en las que CPT ha requerido a Inter Rao la corrección del equipo para cumplir con las Especificaciones Técnicas, que la Contratista aún no ha resuelto⁸⁴¹.

2.2 Posición de las Demandantes en la Respuesta sobre Terminación

930.

En la Respuesta sobre Terminación, Inter Rao señala en primer lugar que la Demandada no ofrece referencias específicas al equipo que supuestamente no ha sido entregado conforme a las Especificaciones Técnicas⁸⁴².

931.

En cualquier caso, las Demandantes señalan que⁸⁴³:

- Inter Rao ha atendido oportunamente las observaciones que se han realizado sobre el montaje de equipos; el 85% de los reclamos obedecían a un carácter operativo y fueron debidamente subsanados en el sitio de montaje y no causaron demoras en el montaje de equipos;

- Las No Conformidades que ha notificado la Supervisión durante la ejecución del Contrato se han realizado durante la fase de operaciones preparativas o de montaje, por lo que no constituyen defectos del equipo o de la instalación;

- Varias de las sugerencias de CPT requieren la notificación o mejora de las estructuras, lo que lleva tiempo acordar con los diseñadores e ingenieros de los equipos;

- Las observaciones con respecto a la seguridad están relacionadas con la soldadura, que son solucionadas en el sitio de la obra directamente por los operarios tras recibir las instrucciones de los ingenieros de seguridad.

932.

Inter Rao señala que continúa trabajando para remediar las No Conformidades, para lo cual presenta un análisis detallado del estado de cada una de ellas y las medidas que se están implementando⁸⁴⁴.

2.3 Posición de la Demandada en la Resolución de Terminación

933.

En la Resolución de Terminación, CELEC señala que el elevado número de No Conformidades en el montaje de equipos responde a la falta de adecuación técnica del personal de Inter Rao, que no ha conseguido remediar los defectos señalados por la Supervisión⁸⁴⁵.

934.

La Demandada insiste en que Inter Rao no atiende oportunamente los avisos de la Supervisión, por lo que considera que el Contratista no ha desvirtuado el incumplimiento⁸⁴⁶.

2.4 Posición de las Demandantes en el arbitraje

A. Argumentos jurídicos

a. Sobre la regulación contractual

935.

Las Demandantes sostienen que el Contrato establece tres situaciones que se refieren al incumplimiento de las Especificaciones Técnicas, y que tienen dos tratamientos distintos⁸⁴⁷:

- "Defectos" de la Cláusula 4.2(q), que comprende las situaciones en las que los equipos carecen de las cualidades requeridas por el Contrato, o fallos en la ingeniería o el material suministrado;

- "Desperfectos" de la Cláusula 4.2(r), que limitan total o parcialmente la capacidad de generación, la eficiencia o la seguridad operativa del Proyecto, y que afectan a su condición óptima.

936.

Para las Demandantes, el Contratista debe corregir los "Defectos" y "Desperfectos" durante la ejecución del Proyecto o dentro de los 24 meses siguientes a la Recepción Provisional de cada Unidad (lo que se conoce como la "Garantía Técnica", conforme a las Cláusulas 8.3(c) y Cláusula 9.1(m)⁸⁴⁸.

937.

El tercer supuesto comprende las "Deficiencias Menores" de la Cláusula 18.3, que son aquellas que no afectan a la seguridad, confiabilidad y operación del Proyecto. Estas "Deficiencias Menores" no afectan a la Recepción Provisional, y el Contratista debe corregirlas dentro de los 180 días siguientes a la Recepción Provisional⁸⁴⁹.

938.

Las Demandantes discrepan de la interpretación que hace el perito de la Demandada de que el Contrato incluya implícitamente el concepto de "Deficiencias Mayores". El perito de la Demandada reconoció en la Audiencia que este concepto no está recogido en el Contrato⁸⁵⁰.

b. Sobre la falta de justificación para la terminación unilateral

939.

A la terminación del Contrato, quedaban pendientes 56 No Conformidades – tal como se recoge en la Resolución de Terminación y el Segundo Informe Terminación⁸⁵¹. Ninguna de estas No Conformidades revestía la gravedad suficiente como para justificar la terminación unilateral del Contrato⁸⁵².

940.

Inter Rao sostiene que el término "No Conformidad" no está definido en el Contrato y, en el momento de la terminación, CELEC no adujo que estas No Conformidades constituyeran "Defectos", "Desperfectos" o "Deficiencias Menores". Sólo ha sido en este arbitraje que la Demandada ha alegado que 29 No Conformidades eran, según su experto, "críticas", otro concepto que el Contrato no recoge⁸⁵³.

941.

En cualquier caso, incluso si CELEC hubiese justificado al momento de la terminación contractual que se trataba de "Deficiencias Menores", la Demandada no podría haber

justificado la resolución contractual ya que en ese momento no había tenido lugar la Recepción Provisional y, por tanto, ni siquiera había empezado a correr el plazo de 180 días para que la Contratista corrigiese cualquier "Deficiencia Menor" pendiente⁸⁵⁴.

B. Argumentos técnicos

942.

Las Demandantes han presentado dos informes periciales del Ing. Alain Aramburu ["Aramburu I y II"] para sustentar sus argumentos de carácter técnico. El Ing. Aramburu considera que el 97% de las No Conformidades detectadas por CPT corresponden a desperfectos menores o tareas correspondientes a la lista de trabajos pendientes (punch list)⁸⁵⁵.

943.

Inter Rao resalta que los peritos de ambas Partes concuerdan en que, en un proyecto de esta envergadura, las 56 No Conformidades pendientes a la terminación del Contrato no constituyen un número excesivo⁸⁵⁶. Las Demandantes además sostienen que las No Conformidades no revestían la gravedad suficiente como para justificar la terminación unilateral del Contrato⁸⁵⁷.

944.

Las Demandantes rechazan los argumentos esgrimidos por el perito Four-C, al no tener base técnica ni contractual:

945.

Primero, Four-C sostiene que 29 de las 56 No Conformidades son de carácter "crítico". Las Demandantes contraargumentan señalando que el perito de la Demandada no realizó una evaluación independiente⁸⁵⁸, y que, en cualquier caso, el concepto de "No Conformidad de carácter crítico" no está regulado en el Contrato. El perito de las Demandantes, el Ing. Aramburu, considera que 55 No Conformidades eran de carácter menor, y sólo una podía afectar a la seguridad del Proyecto, si no se corregía antes de la puesta en servicio. Además, el Ing. Aramburu señaló que, antes de la terminación, Inter Rao había presentado un plan de remediación para corregir todas las No Conformidades⁸⁵⁹.

946.

Segundo, Four-C realiza un análisis del tiempo de respuesta de Inter Rao a las notificaciones que hacían CELEC o CPT sobre las No Conformidades, concluyendo que la reacción del Contratista era, con carácter general, lenta o muy lenta. Las Demandantes insisten en que el Contrato no requería que Inter Rao corrigiera las No Conformidades en un tiempo establecido; sólo debía corregir las "deficiencias" más importantes antes de la Recepción Provisional; y los defectos menores podían ser corregidos en una etapa posterior⁸⁶⁰.

2.5 Posición de la Demandada en el arbitraje

A. Argumentos jurídicos

a. Sobre la regulación contractual

947.

La Demandada coincide con Inter Rao en que el Contrato recoge tres instancias relativas al incumplimiento de las Especificaciones Técnicas, esto es, "Defectos", "Desperfectos" y "Deficiencias Menores"; pero además, CELEC sostiene que debe entenderse incluido un concepto adicional de "Deficiencias Mayores" que, a sensu contrario de las "Deficiencias Menores", son aquellas que sí afectan a la seguridad, operabilidad y mantenibilidad del Proyecto, y deben corregirse antes de la Recepción Provisional⁸⁶¹.

948.

CELEC arguye que las "Deficiencias Mayores" son aquellas que el perito Four-C ha calificado como "críticas" para el Proyecto⁸⁶².

b. Sobre la justificación para la terminación unilateral
949.

La Resolución de Terminación justificó debidamente como una causal de terminación el "elevado número" de No Conformidades que Inter Rao no atendió⁸⁶³.

B. Argumentos técnicos
950.

La Demandada y su perito Four-C presentan dos argumentos principales sobre el incumplimiento de las Especificaciones Técnicas. Four-C adjuntó a su tercer informe el anexo que recoge el desglose de las No Conformidades pendientes a la terminación del Contrato⁸⁶⁴.
951.

Primero, 29865 de las 56 No Conformidades pendientes a la terminación del Contrato eran de carácter "crítico", es decir, deben calificarse como "Deficiencias Mayores", es decir, aquellas que comprometen la seguridad, operabilidad y mantenibilidad del Proyecto, y que debían corregirse antes de la Recepción Provisional⁸⁶⁶. El criterio adoptado por Four-C para determinar la criticidad se basa en la percepción de CELEC para cada No Conformidad observada en la obra⁸⁶⁷. Además, Four-C no concuerda con el Ing. Aramburu en que el número de No Conformidades para este Proyecto sea excepcionalmente bajo⁸⁶⁸.

952.

Segundo, Inter Rao dedicó un tiempo excesivo en responder y atender a las No Conformidades⁸⁶⁹; el análisis del Ing. Aramburo sobre el tiempo de respuesta se centra en las propuestas de solución ofrecidas por Inter Rao para cada No Conformidad, cuando el análisis correcto debe centrarse en la corrección efectiva del defecto⁸⁷⁰; además, el perito de las Demandantes admite que Inter Rao incluso ignoró algunas de las No Conformidades que CELEC o CPT le notificaron a la Contratista⁸⁷¹.

3. Decisión del Tribunal Arbitral

953.

CELEC sostiene que tenía derecho a terminar el Contrato por el hecho de que Inter Rao no hubiese solucionado las No Conformidades que la Supervisión le había reportado. Para CELEC, gran parte de las No Conformidades comprometían la seguridad, operabilidad y mantenibilidad del Proyecto, por lo que, al no solucionarlas, Inter Rao cometió un grave incumplimiento contractual⁸⁷².

954.

Inter Rao se defiende señalando que, conforme al Contrato, aún estaba en plazo para corregirlas. Si Inter Rao no llegó a finalizar el Proyecto y remediar las No Conformidades, fue como consecuencia de la prematura terminación unilateral del Contrato por CELEC⁸⁷³.

955.

El Tribunal se posiciona con Inter Rao.

956.

Para resolver esta cuestión el Tribunal:

- Resumirá la regulación contractual con respecto al cumplimiento de las Especificaciones Técnicas (3.1.);

- Determinará si Inter Rao incumplió sus obligaciones (3.2.).

3.1 Regulación contractual

957.

Como se ha señalado antes, el Contrato es un contrato de obra llave en mano por el que el Contratista se obliga a la entrega del Proyecto en perfecto funcionamiento en el plazo contractualmente acordado⁸⁷⁴. Para la exitosa conclusión del Proyecto, Inter Rao debe:

- Ejecutar las obras conforme a las Especificaciones Técnicas (A.); y

- Reparar y reemplazar los "Desperfectos" y "Defectos" en el equipo (B.).

958.

El Contrato no establece un plazo específico para la revisión sobre la conformidad del equipo con las Especificaciones Técnicas, ni para corregir los "Desperfectos" y "Defectos".

959.

A continuación, se detalla la manera en que las Partes preveían la revisión de las Especificaciones Técnicas y la corrección de los "Desperfectos" y "Defectos" hasta la entrega definitiva del Proyecto [la "Recepción Definitiva"]⁸⁷⁵.

A. Las Especificaciones Técnicas

960.

De conformidad con las Cláusulas 9.1(b), 9.2, 9.4 y 16.1 del Contrato, el Contratista debe ejecutar las obras de conformidad con las Especificaciones Técnicas⁸⁷⁶, que se encuentran en el Anexo No. 2, Sección 17877.

961.

Antes de la Recepción Definitiva⁸⁷⁸, el Contrato prevé dos etapas para la comprobación de que los equipos cumplen con las Especificaciones Técnicas⁸⁷⁹:

- Las Pruebas de Puesta en Servicio⁸⁸⁰ y Pruebas de Operación⁸⁸¹ [las "Pruebas"]; y

- La Recepción Provisional.

Las Pruebas

962.

La realización de las Pruebas de cada unidad, que forman parte de los trabajos del Hito 7882, es el último de los trabajos de la Contratista y el paso previo a la Recepción Provisional (el plazo de ejecución contractual establecido en la Cláusula 13.1 coincide con la Recepción Provisional de la última unidad⁸⁸³).

963.

La realización de las Pruebas es el primer filtro para comprobar que los equipos cumplen con las Especificaciones Técnicas: si son insatisfactorias, Inter Rao debe reparar y realizar los ajustes necesarios en el equipo, y volver a realizar las Pruebas hasta obtener resultados satisfactorios – según prevé la Cláusula 17.5 del Contrato.

La Recepción Provisional

964.

Una vez que Inter Rao ha realizado las Pruebas para la correspondiente unidad de forma satisfactoria, CELEC remitirá el Acta de Recepción Provisional, junto con un "[...] listado de las deficiencias menores"884.

965.

La Cláusula 18.3 señala que las "Deficiencias Menores" son "aquellas que no afectan negativamente la seguridad, confiabilidad y operación del Proyecto". Inter Rao dispone de 180 días desde la emisión del Acta de Recepción Provisional para corregir a su costo las Deficiencias Menores885.

966.

El perito de la Demandada sugiere que, de una interpretación a sensu contrario de la Cláusula 18.3, se deduce que antes de la Recepción Provisional, Inter Rao debe haber corregido todas las "Deficiencias Mayores" o "No Conformidades Críticas", es decir, aquellas que sí afectan negativamente la seguridad, confiabilidad y operación del Proyecto886.

967.

Aunque el Contrato no establezca este concepto, la interpretación del perito parece acorde a la intención de las Partes y a las buenas prácticas de la industria. El perito de Inter Rao también ha sugerido que las "No Conformidades Críticas" sí deben corregirse antes de la puesta en marcha de la Central887.

B. Los "Defectos" y "Desperfectos"

968.

La Cláusula 9.1(m) del Contrato establece que Inter Rao debe reparar y/o reemplazar el equipo que tenga algún "Desperfecto" o "Defecto". Las Cláusulas 4.2(q) y (r) definen

- Defectos como la

"carencia de alguna cualidad propia de los Equipos objeto del Contrato, falla de ingeniería, falla del material"; y

- Desperfectos como

"un evento que limita, total o parcialmente, la capacidad de generación, la eficiencia, o la seguridad operativa del Proyecto, respecto de las

Especificaciones del Contrato y el cual, si no es remediado, puede afectar la condición óptima en el Proyecto".

969.

El concepto "Desperfectos" es el equivalente al de "Deficiencias Mayores", manejado por el perito de la Demandada, y al de "No Conformidad Crítica", usado por el perito de las Demandantes.

970.

Las Cláusulas 9.1(m) y 8.3 especifican que Inter Rao debe reemplazar los Desperfectos o Defectos:

- durante la ejecución del Proyecto, es decir, antes de las Pruebas y de la Recepción Provisional;

- o durante el Periodo de Garantía Técnica, tras la Recepción Provisional.

3.2 ¿Incumplió Inter Rao sus obligaciones relativas a las especificaciones técnicas?

971.

En la Resolución de Terminación, CELEC invoca que existían 56 No Conformidades registradas por CPT, que estaban pendientes de corregir a la fecha de la terminación unilateral⁸⁸⁸.

972.

En su registro, CPT no especifica, para cada No Conformidad, si se trata de una "Deficiencia Menor", un "Desperfecto" o un "Defecto".

973.

Los peritos de las Partes han sugerido que, con carácter general, las No Conformidades pueden clasificarse en dos grandes grupos⁸⁸⁹:

- Críticas: son aquellas que pueden afectar a la operatividad y funcionalidad de la Central y, por lo tanto, deben corregirse antes de la puesta en marcha de la Central.

Éstas serían lo que el Contrato llama "Desperfecto", es decir, aquellas que "[...] limita[n], total o parcialmente, la capacidad de generación, la eficiencia, o la seguridad operativa del Proyecto".

- No Críticas: se trata de defectos de carácter menor (a los que en la práctica frecuentemente se hace referencia usando el anglicismo punch list items), que no tienen un impacto relevante en la ejecución del Proyecto y su corrección no es de carácter urgente; normalmente se dejan para después de la Recepción Provisional⁸⁹⁰; estas últimas serían las que el Contrato llama "Deficiencias Menores" de la Cláusula 18.3.

974.

El perito de CELEC sostiene que, de las 56 No Conformidades pendientes, 29 eran Críticas y que Inter Rao tardó un tiempo excesivo en resolverlas⁸⁹¹.

975.

El perito de las Demandantes no está de acuerdo. Sostiene que todas - a excepción de una - eran No Críticas; y para aquella que era Crítica, Inter Rao propuso un plan de remediación, que CPT aceptó en febrero de 2017, justo antes de la terminación del Contrato⁸⁹².

976.

El Tribunal considera que la discusión sobre la criticidad de las No Conformidades es irrelevante.⁹⁷⁷

A la fecha de la terminación del Contrato, las Partes habían acordado extender el plazo de ejecución contractual – es decir la Recepción Provisional de la última Unidad – hasta el 5 de abril de 2017; e Inter Rao tenía derecho a una extensión adicional hasta marzo de 2018⁸⁹³. Por lo tanto, el Contratista aún se encontraba en una fase intermedia del Proyecto, realizando el montaje y la instalación de los equipos, anterior a la realización de las primeras Pruebas. A finales de 2016 las Partes estaban contemplando hacer la primera Prueba (la de la primera Unidad de la Central Sarapullo) el 31 de marzo de 2017⁸⁹⁴.

978.

Hasta ese momento, CPT había registrado 108 No Conformidades e Inter Rao ya había resuelto casi la mitad. Para la otra mitad que quedaba pendiente, Inter Rao aún estaba en plazo – pues

aun asumiendo (en el caso más desfavorable para el Contratista) que todas las No Conformidades fueran Críticas, disponía hasta el comienzo de las Pruebas para resolverlas (las No Conformidades No Críticas podían ser sanadas incluso después de efectuadas las Pruebas).
979.

Todos los grandes proyectos de construcción presentan durante su ejecución No Conformidades⁸⁹⁵. Los peritos de las Partes coinciden en que las 108 No Conformidades registradas durante la vida del Contrato no es un número excesivamente alto para una obra de la envergadura de la Central Toachi Pilatón⁸⁹⁶. El perito de la Demandada precisó que⁸⁹⁷: "[...] es atendible lo señalado por el perito de I-RAO que no es necesariamente excesiva la cantidad total de la NCs levantadas por CELEC EP [...]".

980.

El perito de la Demandada añade que el periodo normal para la detección y corrección de las No Conformidades es tras la instalación, durante la realización de las Pruebas e incluso tras la Recepción Provisional⁸⁹⁸.

981.

La prematura decisión de CELEC de declarar la terminación anticipada y unilateral del Contrato impidió que Inter Rao pudiese finalizar la resolución de todas las No Conformidades Críticas, antes de comenzar las Pruebas para cada una de las Unidades (disponiendo de tiempo al menos hasta la Recepción Provisional para sanar las No Conformidades No Críticas).

982.

El Contratista podría haber incurrido en un incumplimiento de sus obligaciones contractuales si no hubiese remediado las No Conformidades antes del plazo para la Recepción Provisional de la última Unidad; podría haber incumplido gravemente sus obligaciones, si la entrega del Proyecto se hubiese retrasado precisamente por no cumplir las Especificaciones Técnicas o corregir los Defectos y Desperfectos pendientes.

983.

Pero esto nunca llegó a ocurrir, por la sencilla razón que CELEC decidió terminar anticipadamente el Contrato, privando a Inter Rao del derecho (del que contractualmente disponía) de sanar las No Conformidades antes de la Recepción Provisional.

Contraargumento de CELEC

984.

La Demandada y su perito también han alegado que Inter Rao tardaba un tiempo excesivo en solventar las No Conformidades que le iba notificando CPT.

985.

El perito de las Demandantes, en cambio, señala que la Contratista invertía un tiempo razonable en resolver las No Conformidades: el intercambio de información, la aprobación de los planes de remediación y su ejecución requerían una media de cuatro meses⁸⁹⁹.

986.

La explicación parece razonable. Existía un procedimiento complejo de remediación, que lógicamente llevaba meses.

987.

Hay un segundo argumento. El perito de la Demandada no ha demostrado que la demora en atender una No Conformidad haya causado un retraso crítico en el Proyecto, impidiendo el

avance de las obras civiles y electromecánicas. Lo anterior es coherente con la posición que ha defendido el Ing. Aramburu, el perito de la Demandante, que señala que el 97% de las No Conformidades correspondían a Deficiencias Menores⁹⁰⁰.

988.

En resumen, el Tribunal concluye que Inter Rao no ha incumplido su obligación de sujetarse a las Especificaciones Técnicas; y, por lo tanto, CELEC no tenía base legítima para declarar la terminación del Contrato apoyándose en este presunto incumplimiento.

VIII.5. ¿HA CUMPLIDO INTER RAO SU OBLIGACIÓN DE MANTENIMIENTO Y REPARACIÓN?

1. Hechos

1.1 La Inundación de Alluriquín

989.

El 26 de abril de 2016 tuvo lugar una inundación y deslizamiento de tierras en el sitio de la obra que ocasionó daños sustanciales a 129 cajas con los equipos correspondientes a la turbina y generador de la Unidad 1 de la Casa de Máquinas Alluriquín [a lo que el Tribunal se ha referido como la "Inundación de Alluriquín"]⁹⁰¹.

990.

Al día siguiente Inter Rao remitió un oficio a CELEC, invocando la Cláusula 23 del Contrato, para la calificación de este incidente como uno de fuerza mayor⁹⁰².

991.

El 5 de mayo de 2016 CELEC requirió a Inter Rao que empezase a realizar la inspección de los daños ocasionados para remitirla a la aseguradora del Proyecto [la "Aseguradora"], y formular así una reclamación⁹⁰³. Entre mayo y octubre de 2016 Inter Rao realizó las labores de inspección⁹⁰⁴; y, desde octubre a marzo de 2017, remitió a CELEC informes de inspección con los daños ocasionados y costes de reparación⁹⁰⁵.

992.

En marzo de 2017 CELEC emitió su Resolución de Terminación, en la que señalaba que la inspección de daños, que Inter Rao estaba realizando, aún no había finalizado⁹⁰⁶. Es decir, CELEC resolvió el Contrato antes de que Inter Rao hubiese finalizado el diagnóstico y pudiese empezar la reparación y/o reemplazo del equipo dañado.

La indemnización de la Aseguradora

993.

La Demandada formuló un reclamo a la Aseguradora, que se opuso a cubrir los daños de la Inundación de Alluriquín, lo que llevó a CELEC a plantear un reclamo ante la Intendencia Nacional de Seguros. El 1 de junio de 2018 la Intendencia le dio la razón a CELEC y ordenó a la Aseguradora satisfacer la cantidad de USD 3.561.116,20⁹⁰⁷, resolución que fue convalidada en instancia superior por la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros el 1 de octubre de 2018⁹⁰⁸.

994.

El 17 de octubre de 2018 la Aseguradora pagó la cantidad ordenada en la instancia administrativa⁹⁰⁹. Sin embargo, la Aseguradora apeló la resolución administrativa en la instancia judicial y dicho procedimiento sigue en curso⁹¹⁰.

La reparación y reemplazo de equipos

995.

Tras la terminación del Contrato, el 24 de abril de 2016 Inter Rao entregó a CELEC el informe final – revisado y aprobado por CPT – con el cálculo económico para la reparación de los equipos, por valor de USD 3.426.406,10; el tiempo estimado para la fabricación, transporte y reemplazo de los equipos era de 10-11 meses⁹¹¹.

996.

Durante el proceso de negociación del nuevo Contrato con Tyazhmash, ésta remitió un presupuesto para el nuevo contrato electromecánico, en el que se incluía una partida de USD 3.561.000 para la reparación de la turbina, generador y demás equipos dañados por la Inundación de Alluriquín⁹¹².

1.2 El Incidente del Puente de Grúa

997.

El 24 de mayo de 2016, durante las pruebas del guinche auxiliar del puente de grúa de la Casa de Máquinas Alluriquín, se rompió el cable de izaje del guinche auxiliar, lo que ocasionó que el peso de prueba (22 toneladas), que estaba en su punto más alto, cayese desde una altura de cuatro metros sobre la losa de la playa de montaje, provocando daños considerables⁹¹³. La causa del accidente fue el cable de izaje defectuoso entregado por el fabricante de la grúa, defecto que cae bajo la responsabilidad de Inter Rao⁹¹⁴.

998.

El 30 de mayo de 2016 CPT instó a Inter Rao a presentar un informe sobre las causas del accidente y las medidas de corrección y haciendo una valoración preliminar de los daños.

Además, CPT concluyó que⁹¹⁵:

"Bajo las condiciones actuales de la losa y las vigas, es conveniente por precaución que no sea expuesta a ningún tipo de carga. Este daño además impide que la propia contratista electromecánica utilice este sitio para realizar pre montajes, lo cual generará aún más retrasos a ambas contratistas".

999.

El 1 de junio de 2016 Inter Rao remitió a CELEC la información, proponiendo un procedimiento para poder continuar los trabajos sin necesidad del mecanismo auxiliar⁹¹⁶. El 8 de junio de 2016 el diseñador del puente grúa señaló que el fallo del mecanismo auxiliar no afectaba la operabilidad del mecanismo principal de izaje⁹¹⁷, lo que, en opinión de Inter Rao, permitiría continuar con la instalación de las turbinas y generadores en la Casa de Máquinas Alluriquín⁹¹⁸.

1000.

El 15 de junio de 2016 CPT realizó una evaluación del puente de grúa, certificando su adecuación a las normas de diseño y operatividad⁹¹⁹. Sin embargo, al día siguiente, CPT emitió un oficio a CELEC señalando que las operaciones de montaje no se podían reanudar⁹²⁰:

"[...] el daño ocasionado afecta a la consecución de los trabajos de este frente, por la imposibilidad de colocar cargas en el área afectada, que impide tanto al contratista civil la realización de los hormigonados de primera y segunda etapa de las unidades, como al contratista electromecánico para realizar los premontajes de rotor y el estator de las unidades [...]".

1001.

El 22 de junio de 2016 Inter Rao manifestó su queja por la negativa verbal de un ingeniero de CPT a darles acceso al frente de trabajo para la instalación de las cámaras espirales⁹²¹.
1002.

El 7 de julio de 2016 CPT emitió un oficio decretando la restricción de parte del área afectada en la Casa de Máquinas Alluriquín, en la que no podrían realizarse trabajos por Inter Rao o CWE hasta su reparación, para no causar mayores afectaciones⁹²². Ante la insistencia de Inter Rao para reanudar los trabajos de montaje, CPT reiteró la restricción de acceso el 5 de septiembre⁹²³ y 12 de octubre de 2016⁹²⁴. Pero al día siguiente, con la avenencia de CELEC, y sujetando cualquier consecuencia a la entera responsabilidad de Inter Rao, CPT cambió de opinión y autorizó la reanudación de los trabajos⁹²⁵.

1003.

Entre la fecha del accidente y octubre de 2016 las Partes, así como CPT y CWE, discutieron extensamente sobre quién debía encargarse de la reparación de la losa de la playa de montaje, llegando a la conclusión que debía ser CWE⁹²⁶; ésta finalizó los trabajos el 12 de diciembre de 2016⁹²⁷, con un coste de USD 81.709,04⁹²⁸.

1004.

Desde la ocurrencia del accidente, Inter Rao viene defendiendo que el Incidente del Puente de Grúa está cubierto por la póliza de seguro de CELEC y remitió la documentación para que CELEC formulase el reclamo a la Aseguradora⁹²⁹. Sin embargo, no hay constancia de que CELEC lo formulase.

1005.

En febrero de 2017 Inter Rao reparó el mecanismo auxiliar del puente de grúa⁹³⁰.

2. Posición de las Partes

2.1 Posición de la Demandada en la Notificación de Incumplimientos

1006.

En la Notificación de Incumplimientos y Primer Informe de Terminación, CELEC informa a Inter Rao de que ha incurrido en⁹³¹:

"5. INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL POR FALTA DE MANTENIMIENTO Y REPARACIÓN DE EQUIPOS". [Mayúsculas en el original]

1007.

La Demandada hace alusión a dos siniestros que afectaron los equipos: la Inundación de Alluriquín y el Incidente del Puente de Grúa.

A. Inundación de Alluriquín

1008.

CELEC reconoce que la Inundación de Alluriquín del 26 de abril de 2016 fue ajena a la responsabilidad de las Partes. Lo que atribuye a Inter Rao es la demora excesiva de ocho meses en los que Inter Rao ha tardado en tomar las acciones necesarias para remediar los daños ocasionados en el equipo. La Demandada sostiene que la Contratista dificultó el proceso de reclamo a la Aseguradora, dilatando así la reparación y/o sustitución del equipo dañado⁹³².

1009.

CELEC sostiene que, a 20 de diciembre de 2016, Inter Rao aún no había presentado un informe final que evaluase el estado de los equipos y determinase cuáles debían ser reemplazados, así

como tampoco había informado con exactitud del monto total que CELEC debía reclamar a la Aseguradora⁹³³.

B. Incidente del Puente de Grúa

1010.

En este caso, CELEC sí atribuye la responsabilidad a Inter Rao por el Incidente del Puente de Grúa, que ocasionó daños sobre la playa de montaje de la Casa de Máquinas de Alluriquín, pues, en definitiva, el siniestro ocurrió por la rotura del cable de izaje auxiliar del puente grúa que Inter Rao había suministrado⁹³⁴.

1011.

Este accidente también ocasionó que los trabajos previstos de Inter Rao y CWE en la Casa de Máquinas de Alluriquín se interrumpieran⁹³⁵.

1012.

Tras la evaluación de los daños sobre la losa de la playa de montaje y la aprobación de las medidas correctivas por parte de CPT, CWE concluyó su reparación el 8 de diciembre de 2016⁹³⁶.

1013.

La Demandada también señala que, a 20 de diciembre de 2016, Inter Rao aún no había facilitado a CELEC la información completa sobre el remplazo del cable de izaje auxiliar⁹³⁷.

2.2 Posición de las Demandantes en la Respuesta sobre Terminación

1014.

En su Respuesta sobre Terminación señala lo siguiente respecto a cada siniestro:

A. La Inundación de Alluriquín

1015.

Las Demandantes no consideran que hubiesen excedido del tiempo indispensable para elaborar los informes de daños ocasionados por la Inundación de Alluriquín, para que CELEC pudiese formular el reclamo a la Aseguradora. Inter Rao realizó todas las gestiones que estaban en su mano y fue CELEC la que se demoró hasta tres meses en proveer la información del seguro y en confirmar si la presencia de un representante de la Aseguradora en la evaluación de los daños era un requisito necesario para formular la reclamación⁹³⁸.

1016.

Sin certeza sobre si la presencia del representante de la Aseguradora era indispensable, pero apremiada por la demora que la inacción respecto a este incidente podía ocasionar, la Contratista realizó su propio análisis de daños del siniestro, el cual remitió a CPT en diciembre de 2016 para su análisis⁹³⁹.

1017.

El prolongado tiempo de análisis de daños se debió a la entidad del siniestro. Inter Rao tuvo que contratar a profesionales independientes para examinar cada una de las 129 cajas, lo cual requirió 240 días; el resultado del análisis fue que la reparación costaría unos USD 3 millones⁹⁴⁰.

B. El Incidente del Puente de Grúa

1018.

Sobre el Incidente del Puente de Grúa en la Casa de Máquinas Alluriquín, Inter Rao señala que llevó a cabo la investigación inmediata para remediar los daños ocasionados por el siniestro, y fue CELEC la que obstaculizó la reparación de la losa de playa⁹⁴¹.

1019.

En cualquier caso, este evento no produjo afectación a los plazos de montaje de la Unidad 2 de la Central Alluriquín, ni a los trabajos de CWE942.

2.3 POSICIÓN DE LA DEMANDADA EN LA RESOLUCIÓN DE TERMINACIÓN

1020.

En su Resolución de Terminación, CELEC señaló que943:

A. El Incidente Alluriquín

1021.

CELEC dice que, a marzo de 2017, tras casi nueve meses del siniestro, Inter Rao aún no había presentado todos los informes de daños para todas las cajas que contenían el equipo afectado. A esa fecha, de las 129 cajas afectadas, Inter Rao sólo había presentado informes para 95 cajas, de los cuales CPT aún no había aprobado 46; y que la Contratista aún estaba pendiente de presentar los 34 informes restantes. La Demandada también se queja de que, en los informes, Inter Rao no proporciona costes ciertos sobre la reparación, sino estimaciones carentes de soporte944.

B. El Incidente del Puente de Grúa

1022.

Sobre el segundo siniestro, la Demandada señala que el propio fabricante de Inter Rao reconoció el defecto de diseño del mecanismo de izaje auxiliar, por lo que Inter Rao debe correr con el coste de reparación de la losa de playa, para lo cual CELEC lo incorpora como adeudo de Inter Rao en el Valor de Terminación945.

* * *

1023.

En vista de lo anterior, CELEC se ratifica en su conclusión de que Inter Rao ha incumplido su obligación de reparación y mantenimiento de equipos.

2.4 Posición de las Demandantes en el arbitraje

A. La Inundación de Alluriquín

1024.

Las Demandantes rechazan la imputación de responsabilidad por supuestamente haber incumplido su obligación de reparar los equipos dañados como consecuencia de la Inundación de Alluriquín del 26 de abril de 2016. Para las Demandantes, este fue un evento de fuerza mayor, conforme a la Cláusula 2.4(j) y 23.1 del Contrato, por lo que los daños generados no pueden atribuirse a Inter Rao946.

1025.

Las Demandantes disputan las aseveraciones de CELEC en la Resolución de Terminación947:

- El 2 de marzo de 2017 Inter Rao remitió a CELEC un cálculo detallado del coste de restauración de los equipos948;

- Desde mayo de 2016 Inter Rao inspeccionó las cajas de equipos afectadas por la Inundación de Alluriquín y, a partir de octubre de 2016 y hasta la terminación del Contrato, remitió información sobre su estado. Cuando CELEC rescindió el Contrato, sólo faltaban reportes de inspección de 14 de las 129 cajas potencialmente dañadas (no de 34 como sostiene CELEC)949. El tiempo de inspección fue razonable y en línea con lo previsto por CPT en junio de 2016950.

1026.

Además, CELEC era consciente de que el incidente había causado cierto retraso en los trabajos de la Casa de Máquinas Alluriquín por que el análisis de daños aún no había finalizado. En el Acta de Negociación de la OC No. 3, las Partes acuerdan que el análisis sobre las medidas correctivas de los equipos dañados continuaría hasta el 31 de enero de 2017951.

1027.

Inter Rao asegura que CELEC no ha sido transparente con respecto a su reclamo relativo a la Inundación de Alluriquín, y debe ser sancionada en costas por su comportamiento. Desde el inicio del arbitraje, CELEC reclamó que Inter Rao debía cubrir el coste de reparación de los equipos dañados por la Inundación de Alluriquín, sin revelar que la Aseguradora ya había cubierto este coste por valor de USD 3.561.116,20. Tras conocer el hecho de que la Aseguradora cubrió el coste, el perito de la Demandada aceptó que la deducción de USD 3,5 millones que CELEC realizó en el Valor de Terminación no es correcta⁹⁵².

B. El Incidente del Puente de Grúa

1028.

Inter Rao rechaza que haya incumplido su obligación de reparar los equipos dañados en el Incidente del Puente de Grúa en la Casa de Máquinas de Alluriquín:

- Inter Rao reparó el mecanismo auxiliar del puente de grúa en febrero de 2017953;

- Inter Rao no tenía la obligación de reparar la losa de la playa de montaje – que correspondía a CWE, como especialista en obra civil. En cualquier caso, CWE reparó los daños a la losa el 8 de diciembre de 2016, por lo que esta cuestión está resuelta. Los daños que reclama CELEC (USD 81.709,04954) no suponen el 0,06% del precio del Contrato, por lo que no se trata de un incumplimiento grave que justifique la rescisión del Contrato⁹⁵⁵.

1029.

Las Demandantes adicionalmente sostienen que el Incidente del Puente de Grúa fue un accidente que está cubierto por el seguro que CELEC debía mantener para este tipo de eventos, conforme a la Cláusula 20 del Contrato. A estos efectos, Inter Rao proporcionó a CELEC toda la información relativa al incidente para su traslado a la Aseguradora. A pesar de los numerosos requerimientos de Inter Rao, CELEC no ha revelado si formuló el reclamo a la Aseguradora o el resultado del reclamo. Ante el silencio de CELEC, el Tribunal debe considerar que CELEC recibió el cobro por parte de la Aseguradora o que no formuló la reclamación que debía realizar⁹⁵⁶.

2.5 Posición de la Demandada en el arbitraje

A. La Inundación de Alluriquín

1030.

La Demandada sostiene que Inter Rao incumplió su exigencia contractual de mantener y reparar los equipos afectados por la Inundación de Alluriquín de forma diligente, puntual y oportuna⁹⁵⁷.

1031.

Inter Rao tardó hasta diciembre de 2016 en completar (de manera defectuosa) los primeros informes sobre el estado de los equipos dañados y las medidas para su corrección, lo que dificultó a CELEC formular el reclamo con la Aseguradora⁹⁵⁸. Por lo tanto, la demora en el

proceso de reparación y remplazo de los equipos dañados corresponde exclusivamente a Inter Rao.

1032.

En su escrito de conclusiones, la Demandada aceptó que la Aseguradora cubrió el coste de USD 3.561.116,20 para cubrir los daños ocasionados por la Inundación de Alluriquín; sin embargo, la Aseguradora ha impugnado en la vía judicial su obligación de asumir esta cobertura. Por lo tanto, si los jueces determinan que la Aseguradora no debe asumir este coste, debe ser Inter Rao quien se haga cargo⁹⁵⁹.

1033.

En cualquier caso, el perito de la Demandada confirmó en la Audiencia que CELEC excluyó de sus cálculos del Valor de Terminación el coste de reparación de la Inundación de Alluriquín; y tampoco se incluyó como parte del reclamo reconvenicional de CELEC⁹⁶⁰.

B. El Incidente del Puente de Grúa

1034.

CELEC sostiene que Inter Rao es responsable de los daños ocasionados por el Incidente del Puente de Grúa, ya que el accidente ocurrió como consecuencia de defectos de fabricación del cable de izaje, que era responsabilidad de Inter Rao, tal como las Demandantes reconocen⁹⁶¹.

1035.

Inter Rao no sólo ocasionó daños económicos soportados por CELEC, por valor de USD 81.709,04962, sino que además el incidente causó retrasos en los trabajos de Inter Rao y en la obra civil⁹⁶³.

1036.

La Demandada sostiene que advirtió a Inter Rao sobre la falta de seguridad del montaje del puente grúa dos meses antes de accidente causado por la ruptura del cable de izaje del guinche auxiliar. La instalación del puente grúa era responsabilidad de Inter Rao; sin embargo, la reparación de los daños corrió a cargo de CELEC. Por consiguiente, tanto los daños directamente incurridos por CELEC, como los retrasos ocasionados por este incidente, son imputables a Inter Rao⁹⁶⁴.

3. Decisión del Tribunal Arbitral

1037.

El Tribunal tratará a continuación cada uno de los incidentes y determinará si Inter Rao incumplió gravemente sus obligaciones contractuales.

3.1 Inundación de Alluriquín

A. Regulación contractual

1038.

El Contrato es de tipo llave en mano por precio a suma alzada y, como tal, recoge en su Cláusula 4.2(b) el principio general de que el Contratista asume el riesgo sobre los equipos que debe suministrar hasta la recepción definitiva del Proyecto⁹⁶⁵.

1039.

En línea con este principio, las Cláusulas 9.1(m)⁹⁶⁶ y 15.19⁶⁷ del Contrato establecen que Inter Rao debe reparar o sustituir el equipo dañado en el transporte, almacenamiento o durante la ejecución del Proyecto⁹⁶⁸, sin perjuicio de que el coste pueda estar cubierto por el seguro correspondiente. La Cláusula 15.1 en efecto especifica que

"[...] Cualquier Material o Equipo Principal perdido o dañado durante su transporte o almacenamiento, o durante el desarrollo de las Obras Electromecánicas e Hidromecánicas, será reparado o substituido por el CONTRATISTA, previsto que dicha pérdida o daño esté cubierta por los seguros que deberán contratarse de conformidad con la Cláusula respectiva [...]". [Subrayado del Tribunal]

1040.

La Cláusula 20.1 del Contrato establece que CELEC deberá contratar un seguro para cubrir los riesgos del Proyecto y la indemnización que reciba del seguro deberá usarse para reparar o reemplazar los equipos dañados. El seguro debe cubrir, entre otros, los "riesgos derivados de todos los eventos de Caso Fortuito o Fuerza Mayor"⁹⁶⁹.

1041.

Es decir, si cierta parte del equipo se daña por un evento de "Caso Fortuito" o "Fuerza Mayor", Inter Rao tiene la obligación de repararlo o reemplazarlo, pero será la Aseguradora de CELEC quien cubrirá dicho coste. CELEC deberá transferir la indemnización que reciba de la Aseguradora para que Inter Rao pueda cubrir el coste adicional de remplazo o reparación.

1042.

En este proceso, Inter Rao debe presentar toda la documentación relativa al siniestro, para que CELEC pueda formular el reclamo a la Aseguradora⁹⁷⁰.

Fuerza Mayor o Caso Fortuito

1043.

La Cláusula 4.2(j) del Contrato establece la definición de "Caso Fortuito" o "Fuerza Mayor"⁹⁷¹ por referencia al Art. 30 del CC, que reza así⁹⁷²:

"Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc".

1044.

La Cláusula 4.2(j) complementa esta definición añadiendo ciertas causales, entre los que se encuentran los:

"[...] (a) fenómenos de la naturaleza, tales como tormentas, inundaciones [...]".

1045.

Los términos "Fuerza Mayor" y "Caso Fortuito" describen el mismo concepto jurídico, tanto en la Cláusula 4.2(j) como en el Art. 30 CC, por lo que el Tribunal sólo empleará el término Fuerza Mayor.

Efectos de la Fuerza Mayor sobre el plazo contractual

1046.

La existencia de Fuerza Mayor no sólo determina quién debe sufrir el coste de reparación de los equipos dañados, sino que también causa una prórroga en el plazo contractual previsto en la Cláusula 13.1 del Contrato. En efecto: la Cláusula 13.3 otorga al Contratista una extensión del plazo por un tiempo equivalente a la duración de la Fuerza Mayor⁹⁷³.

Procedimiento de determinación de la Fuerza Mayor

1047.

De conformidad con la Cláusula 23.1 del Contrato, para establecer que un evento constituye Fuerza Mayor, la Parte que lo alega debe⁹⁷⁴:

- Avisar por escrito a la otra Parte, dentro de las 48 horas siguientes a la ocurrencia del evento, especificando los detalles y el tiempo aproximado de su duración [la "Primera Notificación"]; y

- Presentar un segundo escrito en el momento en que deje de estar impedida para desempeñar sus obligaciones contractuales como resultado de la Fuerza Mayor [la "Segunda Notificación"].

* * *

1048.

En resumen, ante un evento de Fuerza Mayor el Contrato establece que:

- Con respecto a los equipos dañados como consecuencia del evento de Fuerza Mayor, Inter Rao debe repararlos y/o reemplazarlos; pero su coste debe ser cubierto por el seguro que CELEC haya contratado;

- Con respecto al plazo contractual, Inter Rao tendrá derecho a una extensión por el tiempo equivalente al del evento de Fuerza Mayor; la duración de Fuerza Mayor se establece desde la Primera Notificación, en la que Inter Rao notifique a CELEC la ocurrencia del evento, hasta la Segunda Notificación, en la que informe a la Contratante de que ya no está impedida de cumplir sus obligaciones por dicho evento.

B. ¿Incumplió Inter Rao sus obligaciones de mantenimiento y reparación?

1049.

CELEC reconoce que, al día siguiente de la Inundación de Alluriquín, Inter Rao remitió la Primera Notificación, comunicándole que un evento de Fuerza Mayor había dañado cierto equipo⁹⁷⁵.

Tras la notificación, entiende CELEC que Inter Rao incumplió sus obligaciones ya que:

- La Contratista habría tardado un tiempo excesivo, de nueve meses, en proporcionar una valoración de los equipos dañados;

- Inter Rao se habría demorado excesivamente en remitir a CELEC la Segunda Notificación, pretendiendo dilatar ad eternum un supuesto escenario de Fuerza Mayor, para poder excusarse de sus obligaciones.

1050.

Lo anterior, en opinión de CELEC, habría provocado dos consecuencias:

- Inter Rao habría dificultado el proceso de reclamo de la indemnización a la Aseguradora;

- La demora en el diagnóstico de los equipos y la falta de reemplazo/reparación, habría ocasionado un retraso adicional en los trabajos de la Casa de Máquinas Alluriquín, que es imputable a Inter Rao.

1051.

Inter Rao sostiene que empleó la diligencia debida y el tiempo indispensable para la revisión del equipo dañado. En marzo de 2017, cuando CELEC emitió la Resolución de Terminación, Inter Rao casi había finalizado el proceso de revisión de las cajas; si no pudo remitir la Segunda Notificación, fue porque CELEC puso fin al Contrato; hasta ese momento había perdurado un evento de Fuerza Mayor, por lo que el retraso que este incidente haya podido causar en el Proyecto no le es imputable a Inter Rao.

Análisis del Tribunal

1052.

El Tribunal se posiciona con las Demandantes.

1053.

La Demandada se queja del tiempo excesivo que tardó Inter Rao en evaluar el daño causado por la Inundación de Alluriquín; sin embargo, no señala el periodo razonable que un constructor diligente hubiera empleado en solucionar este incidente. Su perito Four-C tampoco realiza un análisis técnico sobre el tiempo razonable en que Inter Rao podría haber solucionado la tarea; se limita a señalar que Inter Rao se demoró, citando exclusivamente los oficios de CELEC contemporáneos al incidente, en los que ésta se queja de la demora (omitiendo las respuestas de Inter Rao o las valoraciones de CPT)976.

1054.

En su tercer informe Four-C señala que977:

"En relación con el tiempo no excusable debido a la demora de I-RAO en la revisión, el diagnóstico y la emisión de los informes y estimación de valores para el reclamo ante la aseguradora, esta cuestión y su impacto en el análisis de los retrasos del Proyecto se analizan en la sección 4.0.2 del presente informe".

1055.

La sección 4.0.2 del informe Four-C III, consiste en una página que contiene "Observaciones Generales Relacionadas con el Programa", que nada señala respecto a la Inundación de Alluriquín. La sección 4.0.3 incluye un apartado "Sobre la inundación de la bodega de I-RAO en el frente de la Casa de Máquinas Alluriquín". Aquí el perito se limita a resumir las conclusiones de un oficio de CPT de abril de 2016 – es decir, inmediatamente posterior al incidente – en el que sólo se describe la afectación de la inundación y las lluvias en el área de trabajo; nada dice sobre el tiempo en que Inter Rao tardó en evaluar los daños del equipo978.

1056.

Por su parte, Inter Rao sí ha probado, de forma detallada, que actuó de manera razonable y dentro del tiempo estimado por la propia Supervisión, teniendo en cuenta la magnitud del siniestro:

- El 27 de abril de 2016, al día siguiente de la inundación, Inter Rao remitió a la Demandada la Primera Notificación invocando la Cláusula 23 del Contrato, calificando el evento como uno de Fuerza Mayor, y requiriendo la colaboración de CELEC para

"[...] cumplir con todas las obligaciones de [la Cláusula 23], incluyendo las acciones de la Contratante de participar en la definición del grado de daño de los equipos, con la ayuda de la compañía de seguros"979;

- El 29 de abril Inter Rao realizó una inspección preliminar, junto a representantes de CPT y de la Aseguradora⁹⁸⁰;

- El 4 de mayo Inter Rao finalizó las labores de limpieza de escombros y de adecuación del área afectada; al día siguiente CELEC informó a Inter Rao de que la Aseguradora había autorizado la apertura de las cajas para la revisión y determinación del nivel de afectación y daños⁹⁸¹;

- Por esas fechas Inter Rao empezó la inspección e informó a CELEC de que el limitado espacio en el sitio de la obra sólo permitiría a Inter Rao examinar el 30% de las cajas con el equipo afectado; y requería que CELEC habilitase una superficie adicional, sin la cual la inspección no podría avanzar⁹⁸².

1057.

A medida que avanzaba la inspección, quedó patente que el proceso llevaría tiempo. El 17 de junio de 2016 CPT informó a CELEC de que⁹⁸³:

"Como es de su conocimiento, la inspección de los bultos afectados por la inundación de la bodega del frente Alluriquín está siendo acompañada por personal de CPT [...]"

Para los fines consiguientes se informa que el tiempo de inspección de una caja, tarda entre 16 a 20 horas de trabajo para la verificación y limpieza de las piezas que contiene la caja, lo que considerando que los bultos afectados son 106, y se está empleando de dos a tres días por cada caja verificada y limpiada, se podría estimar fácilmente que terminar con esta actividad, tendrá una duración de 9 a 15 meses [...]"

1058.

Es decir, ya en junio de 2016 la Supervisión informó a CELEC que el proceso de inspección de las cajas y valoración total de la afectación no terminaría sino hasta como mínimo abril de 2017 y máximo octubre de 2017.

1059.

Entre octubre de 2016 y marzo de 2017 Inter Rao remitió a CELEC los informes provisionales que iba realizando (uno por cada una de las 129 cajas afectadas), cada uno de los cuales debía ser aprobado por CPT⁹⁸⁴.

1060.

En diciembre de 2016 CELEC era plenamente consciente que, debido a la magnitud de la Inundación de Alluriquín, el proceso de revisión aún requería tiempo adicional. En la versión final del Acta de Negociación de la OC No. 3 – que las Partes estaban a punto de firmar – se reconocía que el proceso de revisión aún estaba en curso, por lo que se acordaba que la fecha para las pruebas de puesta en servicio de la unidad afectada sería determinada en un momento posterior, una vez el diagnóstico hubiese concluido⁹⁸⁵.

1061.

El 2 de marzo y el 18 de abril de 2017 Inter Rao remitió a CELEC los borradores de los informes consolidados sobre las medidas de remediación para las turbinas y los generadores, con el detalle de los costes de reparación⁹⁸⁶.

1062.

Es resumen, Inter Rao empleó el tiempo mínimo que CPT había estimado (9 meses) para la inspección y valoración del daño a los equipos.

1063.

En marzo de 2017 CELEC emitió la Resolución de Terminación, sin que los efectos del evento de Fuerza Mayor hubiesen cesado; Inter Rao había finalizado las labores de inspección y determinación del daño resultante, pero aún quedaba la fabricación y reemplazo de los equipos dañados. Sin embargo, debido a la terminación anticipada y unilateral del Contrato, Inter Rao no llevó a cabo este proceso, y nunca llegó a emitir la Segunda Notificación, poniendo así fin al periodo de Fuerza Mayor.

1064.

En conclusión, el Tribunal no considera que Inter Rao haya incumplido sus obligaciones de mantenimiento y reparación; al contrario, actuó diligentemente en el proceso, empleando el tiempo mínimo que CPT había anticipado; y tampoco incumplió su obligación de emitir la Segunda Notificación, ya que el evento de Fuerza Mayor aún no había concluido cuando CELEC emitió la Resolución de Terminación.

La Inundación de Alluriquín no afectó significativamente a la ruta crítica

1065.

Incluso asumiendo la posición infundada de CELEC, de que Inter Rao demoró más de lo necesario en la inspección de los equipos dañados, incumpliendo así su obligación de mantenimiento y reparación, no hay prueba de que este supuesto incumplimiento hubiese causado un retraso en el Proyecto, tal como sostiene CELEC.

1066.

El Tribunal ya ha establecido que el perito de CELEC no ofrece un análisis de la ruta crítica; y tampoco realiza un análisis técnico del retraso de Inter Rao en las labores de inspección.

1067.

El perito de las Demandantes, por su parte, señala lo siguiente:

1068.

Primero, el Ing. Karakoc dice que el fenómeno natural de la inundación y el deslizamiento de tierras tuvo un impacto en la ruta crítica de tres días, en los que el área de trabajo quedó completamente inoperativa y se suspendieron los trabajos de todos los contratistas⁹⁸⁷.

1069.

Al tratarse de un evento de Fuerza Mayor, tal como reconoció CELEC, el retraso no es imputable a Inter Rao, que tiene derecho a una extensión de tres días.

1070.

Segundo, el proceso de inspección no afectó a los trabajos de instalación de la Unidad 1 de la Central Alluriquín ni a la ruta crítica, ya que Inter Rao pudo continuar con las actividades que estaban previstas:

1071.

El 15 de agosto de 2016 CWE finalizó la obra civil y liberó el área para la instalación de la Unidad 1 de la Central Alluriquín. La Inundación de Alluriquín había afectado a estos equipos, por lo que no podían utilizarse; en su lugar, Inter Rao utilizó los equipos previstos para la Unidad 2, que no habían sido afectados, y estaban ya en el sitio de la obra, por lo que pudo iniciar las labores de montaje en octubre de 2016⁹⁸⁸. Esta reconfiguración del uso de equipos de las Unidades no tuvo impacto crítico: CWE no liberaría la obra civil en el área correspondiente a la Unidad 2

hasta el 21 de febrero de 2017, y en esa fecha Inter Rao comenzó el montaje electromecánico, usando los equipos originalmente previstos de la Unidad 3; Inter Rao preveía usar los nuevos equipos, construidos para sustituir los dañados de la Inundación, en la Unidad 3. CWE no liberaría el frente de trabajo de la Unidad 3 hasta después de la Resolución de Terminación⁹⁸⁹.
1072.

En definitiva, el Tribunal concluye que el proceso de inspección no afectó a la ruta crítica. El coste de reparación y replazo del equipo
1073.

Si el Contrato hubiese seguido su curso, correspondía a Inter Rao reemplazar los equipos; y a CELEC transferir a Inter Rao la indemnización recibida de la Aseguradora para cubrir dicho coste. Sin embargo, CELEC terminó unilateralmente el Contrato antes de que esto ocurriera y en la Resolución de Terminación, CELEC dedujo la cantidad de USD 3.255.000 de los valores reconocidos a Inter Rao, por entender que la Contratista no había cumplido con reparar los equipos dañados⁹⁹⁰.
1074.

En 2018 CELEC recibió de la Aseguradora una compensación de USD 3.561.116,20 (aunque la Aseguradora esté intentando anular en vía judicial la orden de pago)⁹⁹¹. Y en el Contrato TM, CELEC y Tyazhmash acordaron una partida de USD 3.561.000 para la reparación y/o sustitución de los equipos dañados en la Inundación de Alluriquín⁹⁹².

3.2 El incidente del Puente de Grúa

1075.

CELEC sostiene que Inter Rao también incumplió su obligación de mantenimiento y reparación con ocasión del Incidente del Puente de Grúa.

1076.

Inter Rao no comparte esta postura, ya que reparó el equipo dañado y no causó retraso. En todo caso, no se trataría de un incumplimiento grave que justifique la terminación unilateral.

1077.

El Tribunal se posiciona de nuevo con Inter Rao.

1078.

El Tribunal considera que el Incidente del Puente de Grúa es un suceso menor, y de carácter más bien corriente en una obra de gran envergadura como es el Proyecto Toachi-Pilatón, que no es inmune a la ocurrencia de accidentes o siniestros durante la ejecución de las obras.

1079.

Es incontrovertido que el siniestro tuvo lugar por un defecto en el cable de izaje defectuoso suministrado por el fabricante de Inter Rao⁹⁹³; y que Inter Rao sustituyó el equipo defectuoso⁹⁹⁴.

1080.

Lo que CELEC plantea es que el accidente también tuvo dos consecuencias por las que Inter Rao no ha respondido:

- El coste de reparación de la losa de playa, por valor de USD 81.709,04995;

- Los retrasos adicionales causados por el accidente.

Posición del Tribunal

1081.

Primero, el Tribunal coincide con CELEC en que Inter Rao debe cubrir el coste de reparación de la losa de playa por valor de USD 81.709,04, al ser la ruptura de la losa de playa una consecuencia directa de que Inter Rao hubiese suministrado un mecanismo de izaje auxiliar defectuoso.

1082.

Las Demandantes sostienen que los daños derivados del accidente debían ser cubiertos por la Aseguradora. Inter Rao sostiene que facilitó a CELEC toda la información necesaria para que la Demandada formulase la reclamación, pero no ha revelado en este arbitraje si formuló el reclamo a la Aseguradora o si recibió indemnización; y sugiere que, ante el silencio de CELEC, el Tribunal debe considerar que la Demandada sí cobró la indemnización.

1083.

El Tribunal no está de acuerdo.

1084.

El Tribunal no puede hacer la inferencia que sugieren las Demandantes. La Demandada ha revelado, para el caso del Incidente de Alluriquín, que efectivamente formuló un reclamo y la Aseguradora pagó la correspondiente indemnización. No hay prueba indiciaria que indique que la Demandada haya recibido una compensación de la Aseguradora para cubrir el coste de la losa de playa.

1085.

Por lo tanto, las Demandantes deben hacerse cargo de este coste adicional.

1086.

Segundo, CELEC sostiene que el Incidente del Puente de Grúa también ocasionó retrasos atribuibles a Inter Rao.

1087.

En este punto, el Tribunal coincide con la Demandada en que efectivamente el siniestro causó un retraso crítico, atribuible a Inter Rao.

1088.

El perito de la Demandada no ha cuantificado dicho retraso crítico, limitándose a referenciar los informes de la Supervisión, que señalarían que la reparación de la playa habría llevado desde mayo hasta diciembre de 2016:

"A través del análisis de los programas no se identifica, ni se puede cuantificar el impacto de [el Incidente del Puente de Grúa] en los trabajos de I-RAO y CWE, pero sí se evidencia el impacto de este evento responsabilidad de I-RAO a través de los informes mensuales CPT.

Dichos informes indican que la reparación de la playa de montaje tomó desde que se produjo este evento, en mayo de 2016, hasta diciembre de 2016, tal y como se menciona en el informe correspondiente [...]. [Subrayado del Tribunal]

1089.

Nótese que el perito señala que se produjo un retraso, pero no que ese retraso haya sido crítico.

1090.

El perito de las Demandantes sí ha efectuado el análisis de ruta crítica, y concluye que el retraso crítico atribuible a este evento es de 19 días, porque la reparación de la playa de montaje en

sí no estaba en el camino crítico; la afectación al camino crítico surge por la utilización del puente grúa para el montaje de la espiral de la Unidad 2 de la Central Alluriquín⁹⁹⁸. La rotura del cable ocasionó la suspensión de este trabajo por 19 días, durante los que Inter Rao y CPT valoraron si todo el sistema de izaje había quedado afectado; al final de los 19 días, quedó patente que el sistema principal de izaje estaba operativo, por lo que Inter Rao pudo proceder con el montaje de la espiral de la Unidad 2⁹⁹⁹.

1091.

En resumen, el Tribunal concluye que el Incidente del Puente de Grúa sí ocasionó un retraso crítico de 19 días atribuible a Inter Rao.

1092.

Este retraso, sin embargo, no puede constituir un grave incumplimiento que otorgue a CELEC el derecho a terminar el Contrato de forma unilateral, porque, tras el incidente, ocurrido en mayo de 2016, las Partes acordaron la extensión del plazo hasta por lo menos el 5 de abril de 2017; y además CELEC tenía la obligación de extender el plazo hasta marzo de 2018. Por lo tanto, Inter Rao aún estaba dentro de plazo y tenía un amplio margen para implementar medidas de aceleración para curar su retraso crítico de 19 días.

VIII.6. ¿TENÍA EL GERENTE DE INTER RAO PODERES SUFICIENTES?

1. Hechos

1093.

En la Cláusula 12.3 del Contrato la Contratista se comprometió a designar un Gerente del Proyecto, encargado directamente de la dirección de la obra. El 30 de septiembre de 2011, una semana tras la Fecha Programada de Inicio de las obras¹⁰⁰⁰, CELEC pidió a Inter Rao que cumpliera con esta obligación¹⁰⁰¹.

1094.

El 19 de octubre de 2011 Inter Rao pidió a CELEC que, dado que la Cláusula 12.3 se refería a que el Gerente del Proyecto debía contar con "[...] un poder general [...] en forma razonablemente satisfactoria para la CONTRATANTE"¹⁰⁰², le facilitase un borrador de poder general con el que CELEC estuviese conforme¹⁰⁰³. Ese mismo día CELEC remitió un borrador de poder general, en el que las Partes aún debían especificar los "actos jurídicos y técnicos" que constituirían las facultades del Gerente del Proyecto¹⁰⁰⁴.

1095.

En el primer Reporte de Avance del Proyecto que preparó Inter Rao, de 11 de noviembre de 2011, consta como Gerente del Proyecto el Ing. Sergey Rodionov¹⁰⁰⁵, que continuaría hasta febrero de 2014, emitiendo un total de 28 Reportes de Avance de Proyecto, sin que CELEC pusiese en duda su capacidad de representación.

Cambio de Gerente de Proyecto

1096.

A finales de 2013 Inter Rao optó por hacer un cambio en la gerencia del Proyecto, sustituyendo al Ing. Rodionov por el Ing. Anatoly Bukhanov. El 13 de octubre de 2013 CELEC emitió su aprobación a la designación del Ing. Anatoly Bukhanov, solicitando a Inter Rao que remitiese los poderes correspondientes. En dicha comunicación, CELEC resalta la importancia de que el Gerente del Proyecto esté físicamente en el sitio de la obra para resolver en persona los temas pendientes, ya que, hasta ese momento, el Ing. Rodionov había permanecido la mayor parte del

tiempo en Rusia, lo que en opinión de CELEC dificultaba la conclusión de acuerdos entre las Partes1006. En marzo de 2014 el Ing. Anatoly Bukhanov tomaría posesión del cargo1007. 1097.

No consta que Inter Rao remitiese a CELEC el poder general del nuevo Gerente de Proyecto.

2. Posición de las Partes

2.1 Posición de la Demandada en la Notificación de Incumplimientos

1098.

En la Notificación de Incumplimientos y Primer Informe de Terminación, CELEC informa a Inter Rao de que ha incurrido en1008:

"7. INCUMPLIMIENTO DE LA CLÁUSULA 12.3 EN LO QUE TIENE QUE VER CON EL OTORGAMIENTO DE PODER GENERAL PARA EL GERENTE DEL PROYECTO". [Mayúsculas en el original]

1099.

La Demandada señala que, a pesar de varios requerimientos, Inter Rao no ha otorgado el poder general al Gerente del Proyecto, lo que, en su opinión, ha causado los retrasos en el Proyecto, por la falta de capacidad y oportunidad en la toma de decisiones1009.

2.2 Posición de las Demandantes en la Respuesta sobre Terminación

1100.

En la Respuesta sobre Terminación, Inter Rao no reconoce la reclamación presentada y sostiene que esta no puede servir de base para la rescisión unilateral del Contrato1010.

1101.

Inter Rao asegura que, durante toda la vigencia del Proyecto, el Gerente del Proyecto tuvo poder suficiente de conformidad con el Contrato, tal como informó el Presidente del Directorio de Inter Rao a CELEC en septiembre de 20161011.

1102.

Además, Inter Rao señaló que había otorgado un nuevo poder general (de fecha 13 de enero de 2017) para el año 2017, en favor del Ing. Anatoly Bukhanov, y que adjuntaba a la Respuesta de Terminación como "Anexo I.4-06"1012.

2.3 Posición de la Demandada en la Resolución de Terminación

1103.

En la Resolución de Terminación, CELEC se limita a señalar que, en su Respuesta sobre Terminación, Inter Rao no ha justificado o desvirtuado el incumplimiento aducido, ya que desde el inicio del Proyecto hasta diciembre de 2016 el Gerente de Proyecto de Inter Rao no contaba con el poder general requerido contractualmente1013.

2.4 Posición de las Demandantes en el arbitraje

1104.

Inter Rao sostiene que la Cláusula 12.3 del Contrato no establece un requisito de forma ni requiere que Inter Rao emita un poder general específico; simplemente requiere que Inter Rao mantenga en el sitio "a un representante que actúe como Gerente del Proyecto" en representación de Inter Rao para realizar "actos administrativos y técnicos" y "recibir notificaciones". Esta Cláusula no establece forma alguna, tiempo o procedimiento, limitándose a establecer que debe realizarse "de manera razonablemente satisfactoria"1014.

1105.

Al momento de la terminación del Contrato el Gerente de Inter Rao contaba con poder general suficiente (de fecha 13 de enero de 20171015). Además, las Demandantes sostienen que, desde el inicio del Proyecto, Inter Rao otorgó poderes generales a sus representantes para tratar con CELEC:

- Primero, Inter Rao nombró como Apoderados Generales al Sr. Córdova y luego al Sr. Vasilenkov, los cuales fueron aprobados por la Superintendencia y debidamente inscritos en el Registro Mercantil de Quito1016;

- Segundo, Inter Rao nombró sucesivamente a los ingenieros Ings. Sergey Rodionov y Anatoly Bukhanov como Gerentes del Proyecto, con la expresa aprobación de CELEC1017;

- Finalmente, tras la Notificación de Terminación, Inter emitió un poder general adicional en favor del Ing. Bukhanov.

1106.

Por lo tanto, este alegado incumplimiento no podía servir de base para la terminación del Contrato1018.

1107.

En cualquier caso, incluso si Inter Rao hubiese incumplido esta obligación, su entidad no es de una gravedad suficiente para justificar la terminación unilateral del Contrato; no se trata de un incumplimiento esencial del Contrato, cuya inobservancia impidiese a CELEC el uso de los equipos una vez estos hubiesen sido entregados e instalados. La obligación de Inter Rao de contar con un Gerente del Proyecto con poder suficiente es accesoria y distinta de las obligaciones principales del Contratista1019. La terminación unilateral del Contrato no sería proporcional al supuesto incumplimiento1020.

1108.

CELEC no ha probado que la supuesta ausencia de facultades del Gerente del Proyecto ocasionase retrasos o complicaciones en la ejecución del Proyecto. De hecho, no fue hasta el 16 de agosto de 2016 que CELEC formuló una queja relacionada con los procedimientos de toma de decisiones de Inter Rao1021.

1109.

Y, hasta la fecha de terminación del Contrato, CELEC había estado satisfecha con el poder otorgado al Gerente del Proyecto. Los representantes de CELEC e Inter Rao firmaron los documentos más relevantes durante la vigencia del Contrato (Adendas, OC No. 1, Cronograma Maestro de Mitigación, libro de pedidos, actas de trabajo completado, Acta de Acuerdos, entre otros) sin manifestar falta de facultades por parte de los representantes de Inter Rao1022.

2.5 Posición de la Demandada en el arbitraje

1110.

La Demandada sostiene que Inter Rao incumplió la obligación de mantener en el sitio de la obra un Gerente del Proyecto con poder suficiente durante toda la vigencia del Contrato, en violación de la Cláusula 12.3 del Contrato1023. El personal en el sitio de la obra que asistía a las negociaciones no tenía poder de decisión, que se ejercía por el personal que permanecía en Moscú1024.

1111.

Inter Rao aduce al poder de representación que ostentaba el Sr. Vasilenkov, pero el Sr. Vasilenkov no era el Gerente del Proyecto1025.

1112.

CELCE señala numerosas instancias en las que comunicó a Inter Rao la falta de autorización suficiente del Gerente del Proyecto que ocasionaba retrasos e interrupciones en el Proyecto1026:

1113.

Desde enero de 2016 CELEC formuló su protesta a Inter Rao por la ausencia de facultades de su Gerente del Proyecto, que dilataban aún más las negociaciones sobre las OCs pendientes1027.

1114.

El poder general que supuestamente presentó Inter Rao en enero de 20171028 – tras la Notificación de Incumplimientos – no es un poder extendido por el Contratista – sino por un tercero, Inter Rao Export S.L. Por lo tanto, no puede ser concebido como el poder general otorgado a efectos de dar cumplimiento a la Cláusula 12.3 del Contrato1029. En cualquier caso, no entregó la documentación en enero de 2017 con su respuesta a la Notificación de Incumplimientos; lo hizo por primera vez en este arbitraje1030.

3. Decisión del Tribunal Arbitral

3.1 Las obligaciones de Inter Rao relativas al Gerente de Proyecto

1115.

La Cláusula 12.3 del Contrato exige que Inter Rao designe un Gerente de Proyecto:

"12.3. Gerente de Proyecto del CONTRATISTA y Superintendente de Montaje. El CONTRATISTA deberá contar, en todo momento durante la ejecución de las Obras Electromecánicas e Hidromecánicas, con un representante quien actuará como Gerente de Proyecto. El Gerente de Proyecto deberá contar con las facultades necesarias para actuar en nombre y representación del CONTRATISTA, conforme a un poder general para actos de administración, y técnicos, otorgado por el CONTRATISTA en forma razonablemente satisfactoria para la CONTRATANTE, y para recibir notificaciones de la CONTRATANTE. Cualquier notificación así efectuada se considerará recibida por el CONTRATISTA a que se refiera. Previo al inicio de los trabajos de montaje, el CONTRATISTA deberá designar al Superintendente de Montaje. Los Gerentes de Proyecto y el Superintendente de Montaje deberán tener toda la experiencia necesaria para el manejo y supervisión de la ejecución de las Obras Electromecánicas e Hidromecánicas que les corresponda. Los Gerentes de Proyecto y el Superintendente de Montaje deberán dominar el idioma español y dedicarán todo su tiempo a la supervisión de las Obras".

1116.

El Gerente de Proyecto debe contar con un "poder general para actos de administración, y técnicos", otorgado por el Contratista "en forma razonablemente satisfactoria" para CELEC.

3.2 ¿Incumplió Inter Rao su obligación de otorgar un poder general al Gerente de Proyecto?

1117.

En la Resolución de Terminación, CELEC señala que, durante la vigencia del Contrato, Inter Rao nunca otorgó un poder general por escrito a su Gerente de Proyecto, en violación de la Cláusula 12.3 del Contrato; en su opinión, este incumplimiento justifica la rescisión unilateral del Contrato.

1118.

Inter Rao sostiene que la Cláusula 12.3 establece una obligación accesorio, que no es esencial al objeto del Contrato, y cuya inobservancia no puede resultar en el derecho de la Contratante a terminar unilateralmente el Contrato. Inter Rao designó a los Gerentes de Proyecto – primero el Ing. Rodionov y luego el Ing. Bukhanov – con la expresa aprobación de CELEC, sin que la falta de otorgamiento de un poder formal invalidase dichas designaciones. En cualquier caso, Inter Rao remedió el supuesto incumplimiento, al emitir un poder general en favor del Ing. Bukhanov para el año 2017.

1119.

El Tribunal se posiciona con las Demandantes por los siguientes motivos:

- Inter Rao designó al Gerente de Proyecto como su representante para la gestión de la obra, y éste fungió como tal de conformidad con las reglas de representación del Derecho ecuatoriano (A.);

- Asumiendo arguyendo que la Contratista hubiese incumplido la Cláusula 12.3 del Contrato, dicho incumplimiento no sería lo suficientemente grave como para justificar la terminación unilateral del Contrato (B.).

A. El Gerente de Proyecto ejerció la representación de Inter Rao conforme a Derecho

1120.

La Cláusula 12.3 del Contrato tiene como fin velar por la eficiente gestión del Proyecto, de forma que el Gerente de Proyecto de Inter Rao pueda vincular a la Contratista en la ejecución del Contrato, obligándola respecto a CELEC en la determinación de cuantas cuestiones administrativas y técnicas surjan a lo largo del Proyecto.

1121.

En marzo de 2014 la Contratista designó al Ing. Bukhanov como Gerente de Proyecto, con la aprobación de CELEC1031, y no hay constancia de que Inter Rao le otorgara un poder escrito, describiendo sus facultades.

1122.

La Cláusula 12.3 del Contrato exige que

"el Gerente de Proyecto deberá contar con las facultades necesarias para actuar en nombre y representación del CONTRATISTA, conforme a un poder general para actos de administración, y técnicos".

1123.

Inter Rao no llegó a otorgar un poder escrito a sus sucesivos Gerentes de Proyecto hasta el año 2017, y únicamente lo hizo ante la insistencia de CELEC de que esto constituía un incumplimiento. Pero en realidad, aplicando estrictamente el Derecho ecuatoriano, el otorgamiento de ese poder escrito nunca constituyó un requisito indispensable para que el Gerente estuviera debidamente apoderado. En Derecho ecuatoriano, el Gerente del Proyecto, por el solo hecho de su nombramiento, estaba autorizado ex lege para realizar, en nombre y representación de su principal, cualquier clase de actos que formen parte del giro o tráfico ordinario de la empresa. Así se desprende del Art. 52 del Código de Comercio, que reza así:

"El acto desarrollado en el establecimiento del comerciante o empresario, por quien, atendidas las circunstancias, de forma aparente se comporta como apoderado general o especial de aquel, o por aquel a quien el comerciante o empresario ha dado a conocer como persona autorizada, se reputa acto del comerciante o empresario, a menos que se demuestre que el destinatario de la declaración actuó con conocimiento de la falta de representación". [Subrayado del Tribunal]

1124.

Inter Rao tenía un establecimiento permanente en Ecuador, la obra para la construcción del Proyecto, y el Gerente de Proyecto "atendidas las circunstancias, de forma aparente se comport[ó] como apoderado general", por lo que, independientemente de que su empresa le hubiera dado o no un poder explícito, sus actos, por mandato de la ley ecuatoriana, "se reputa[n] actos del comerciante o empresario".

1125.

La actuación de las partes confirma que ambas asumieron implícitamente que el Gerente estaba debidamente apoderado: desde su designación, el Gerente del Proyecto fue la máxima autoridad del Contratista en la gestión de la obra, y estuvo en continua comunicación con el Administrador del Contrato de CELEC, negociando con él todas las cuestiones que surgieron en la ejecución del Proyecto. El hecho de que Inter Rao no hubiese otorgado un poder general por escrito no fue obstáculo para que, durante toda la vigencia del Contrato, el Administrador del Contrato de CELEC y el Gerente del Proyecto de Inter Rao actuaran vinculando a sus representadas en todo lo relativo a la gestión del Contrato y de la obra, cumpliendo así la finalidad perseguida en la Cláusula 12.3 del Contrato.

B. El supuesto incumplimiento de la Cláusula 12.3 no justifica la resolución del Contrato

1126.

Incluso asumiendo arguyendo, que Inter Rao incumplió la Cláusula 12.3 del Contrato, al no otorgar en favor del Gerente de Proyecto un poder general por escrito, este incumplimiento no comportaría la gravedad suficiente como para justificar la terminación unilateral del Contrato, por dos razones:

1127.

Primero, el deber de Inter Rao de otorgar un poder general a su Gerente de Proyecto de la Cláusula 12.3 no forma parte de las obligaciones esenciales del contrato de obra, en los términos del Art. 1460 del CC:

"Se distingue en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no surte efecto alguno, o degenera en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que, no siendo esenciales en él se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales". [Subrayado del Tribunal]

1128.

Se trata de una obligación "accidental", ajena al objeto del Contrato, ya que su inobservancia no impide por sí sola que las Partes puedan alcanzar el fin perseguido con el negocio¹⁰³², que es, en definitiva, la entrega llave en mano del Proyecto en un plazo determinado.

1129.

Por lo tanto, el incumplimiento de esta cláusula no puede, per se, constituir base legal que justifique el ejercicio de la condición resolutoria tácita del Art. 1505 del Código Civil.

1130.

Segundo, CELEC no ha demostrado que la ausencia de un poder general por escrito le haya causado perjuicio alguno. Inter Rao nunca ha puesto en duda los actos que el Gerente de Proyecto realizaba en su nombre frente a CELEC; al contrario, Inter Rao en repetidas ocasiones los ratificó, haciendo imposible que CELEC haya sufrido daño alguno¹⁰³³.

Contraargumento de CELEC

1131.

En la Resolución de Terminación, CELEC se refiere a dos ocasiones en las que habría informado a Inter Rao de que el Gerente del Proyecto carecía de la autorización suficiente para administrar el Proyecto.

1132.

El Tribunal no comparte esa apreciación.

1133.

El primer oficio que cita CELEC es de 28 de abril de 2016¹⁰³⁴, en el que no hay mención alguna al Gerente de Proyecto, ni a su supuesta falta de representación. La única queja que CELEC formula en este oficio es relativa al personal técnico de montaje¹⁰³⁵.

1134.

El segundo oficio es de 16 de agosto de 2016¹⁰³⁶, en el que la Contratante señala que¹⁰³⁷: "[...] Ing. Anatoly Bukhanov as its Project Manager, however we find that Engineer Bukhanov really cannot take decisions, and it seems to us that all decisions are centralized and handled directly from Russia, with the additional fact that several of the agreements we reached with your executive staff located in Ecuador are again reviewed and modified by Engineer M. Sergei from his offices in Moscow.

Given this lack of timely decision making, damages are evident in the effective implementation of contractual obligations, which include delays of activities for reasons attributable to Inter Rao UES.

We consider inefficient and not suitable to follow the Project by telephone, without the physical presence of those who actually make the decisions and also with Russian personnel in Ecuador with little or poor decision-making capacity

A clear example is the inability to realize agreements reached (Ordenes de Cambio Nos. 2 y 3), since the information is reprocessed again and again [...]"

As indicated, we express our disagreement that staff is not present at the site of the works and that barely knows the Project, precisely M. Sergei, continue to take the most important contractual decisions. We appreciate your immediate intervention to ensure that the contractual agreement number 12.3 is fulfilled from Inter RAO UES, and consequently the Project Manager (Ecuador) is empowered and trained for making contractual decisions".

1135.

El 19 de septiembre de 2016 el Presidente de la Junta de Inter Rao Rusia contestó señalando que1038:

"En lo que se refiere a las observaciones de CELEC [...] respectivas a la Administración del Proyecto, quiero resaltar que el Grupo de Trabajo de Proyectos de PJSC 'Inter RAO' siendo un equipo de profesionales capacitados y adiestrados está orientado a la exitosa ejecución del Proyecto Toachi-Pilatón, pero al mismo tiempo, y que es bastante natural y lógico, defienden los intereses de nuestra Compañía. A pesar de algunas discrepancias que acompañan la ejecución de cualquier contrato, hago notar que para PJSC 'Inter RAO' es importante mantener y reforzar las buenas relaciones de cooperación con CELEC EP; por tanto, le pido gentilmente impartir las indicaciones a la Administración del Contrato de CELEC EP de tomar decisiones de la misma forma rápida y positiva en lo que se refiere a las cuestiones relacionadas con la ejecución del Proyecto".

1136.

En este intercambio de comunicaciones CELEC no pone en duda que el Gerente de Proyecto represente a Inter Rao; de lo que se queja es del hecho de que las Partes no hayan logrado formalizar las OCs Nos. 2 y 3. En la respuesta, el Presidente del Directorio de Inter Rao confirma que el personal de Inter Rao en Ecuador – incluido el Gerente de Proyecto – están perfectamente capacitados para negociar y concluir los acuerdos con CELEC; pero que es lógico que los representantes de Inter Rao defiendan los intereses de su principal en la formalización de las OCs Nos. 2 y 3.

1137.

En vista de todo lo anterior, el Tribunal concluye que Inter Rao no incurrió en un grave incumplimiento del Contrato que habilitase a CELEC a declarar la terminación unilateral y anticipada del Contrato.

VIII.7. RESUMEN

1138.

El Tribunal Arbitral ha analizado los Seis Incumplimientos que CELEC invocó en la Resolución de Terminación y ha llegado a la conclusión de que en ningún caso Inter Rao incumplió sus obligaciones gravemente, de forma que legitimase a CELEC para declarar la terminación anticipada y unilateral del Contrato.

1139.

El Tribunal Arbitral resume a continuación sus principales conclusiones:

1140.

Primero, Inter Rao no incumplió el plazo de ejecución de la Cláusula 13.1 del Contrato. En la Adenda No. 5 las Partes formalizaron el plazo de 12 de junio de 2016, ya acordado en el Cronograma Maestro de Mitigación, como el "nuevo plazo estimado". Conscientes de que era un objetivo inalcanzable, las Partes asumieron el compromiso de extender dicho término; y así lo hicieron mediante el Acta de Acuerdos, otorgando una prórroga a Inter Rao hasta el 5 de abril de 2017.

1141.

Cuando CELEC emitió la Resolución de Terminación del 22 de marzo de 2017, Inter Rao aún estaba en plazo para cumplir con el objeto del Contrato.

1142.

Además, el Tribunal también ha concluido que Inter Rao tenía derecho a una extensión del plazo contractual hasta marzo de 2018, de conformidad con la Cláusula 13.3.(c) del Contrato, al haber constatado la Supervisión retrasos en la obra civil que impactaron las labores de Inter Rao. CELEC se negó injustificadamente a conceder la prórroga y, en su lugar, optó por declarar la terminación unilateral y anticipada del Contrato.

1143.

Por todo ello, el Tribunal ha concluido que Inter Rao no incumplió su obligación de ejecutar la obra dentro del plazo pactado en el Contrato; y, por tanto, CELEC no tenía causal legítima para declarar la terminación unilateral del Contrato.

1144.

Segundo, Inter Rao no incumplió su obligación de entregar los Cronogramas de Detalle y de actualizar el Programa de Ejecución.

1145.

El Tribunal ha concluido que Inter Rao no podía cumplir con sus obligaciones de programación sin la colaboración de CELEC, que debía, a su vez, proveer el Programa de Ejecución de la Obra Civil, y aprobar el equipo electromecánico e hidromecánico adicional, necesario para la finalización del Proyecto tras su reconfiguración física en julio de 2014.

1146.

Inter Rao actualizó gradualmente los Cronogramas de Detalle y el Programa de Ejecución, a medida en que CELEC aprobaba los nuevos diseños y equipos adicionales y la contratista civil facilitaba información más precisa sobre el avance de la obra civil.

1147.

Por lo tanto, cualquier demora en la entrega de Cronogramas de Detalle o en la actualización del Programa de Ejecución por parte de Inter Rao no es a ella atribuible.

1148.

En vista de lo anterior, el Tribunal ha concluido que Inter Rao no incumplió sus obligaciones, y en ningún caso lo hizo gravemente, de manera que ello pudiese justificar la terminación del Contrato por CELEC.

1149.

Tercero, Inter Rao no incumplió su obligación respecto a la entrega de equipos.

1150.

El Tribunal ha determinado que el Contrato establece una única fecha para la entrega llave en mano del Proyecto electromecánico e hidromecánico en su conjunto, que las Partes acordaron extender hasta el 5 de abril de 2017; y el cual CELEC debía aún ampliar hasta marzo de 2018.

1151.

Por lo tanto, Inter Rao aún estaba en plazo para entregar todos los equipos electromecánicos e hidromecánicos del Proyecto.

1152.

El Contrato preveía que las Partes acordasen un Programa de Ejecución con fechas intermedias en las que Inter Rao debía fabricar y entregar el equipo. Sin embargo, no se alcanzó un acuerdo sobre dicho Programa de Ejecución, debido al retraso en la obra civil, que impedía programar debidamente la cadena de trabajo electromecánica, y la indefinición del equipo adicional no contemplado en el alcance original, que las Partes no lograron definir hasta mediados de 2016. Todo ello impidió a Inter Rao programar sus actividades de fabricación y suministro.

1153.

El Cronograma Maestro de Mitigación tampoco pudo servir de base para la programación de las actividades, ya que quedó rápidamente desfasado, y las fechas de montaje previstas debieron prorrogarse por el retraso en la obra civil.

1154.

El Tribunal ha concluido que Inter Rao fabricó y entregó los equipos una vez que contratista civil había liberado las áreas de trabajo y que fue capaz de entregar todo el equipo electromecánico e hidromecánico principal del Proyecto (las turbinas y generadores de todas las Unidades de ambas Centrales).

1155.

En unas pocas instancias Inter Rao entregó el equipo con retraso respecto a la fecha de montaje prevista en el Cronograma Maestro de Mitigación, pero estas entregas no afectaron a la ruta crítica, puesto que el equipo se suministró antes de que CWE hubiese finalizado las correspondientes obras civiles.

1156.

En vista de lo anterior, el Tribunal ha concluido que Inter Rao no incumplió sus obligaciones relativas a la entrega de los equipos y, por lo tanto, CELEC no tenía derecho a declarar la terminación del Contrato.

1157.

Cuarto, Inter Rao no incumplió su obligación de ejecutar el Proyecto conforme a las Especificaciones Técnicas.

1158.

El Tribunal ha concluido que el cumplimiento de las Especificaciones Técnicas está ligado al cumplimiento del plazo contractual. Inter Rao debía entregar el Proyecto electromecánico e hidromecánico en perfecto funcionamiento y conforme a las Especificaciones Técnicas, antes del plazo contractualmente previsto.

1159.

Hasta que no venciese el plazo contractual – en el que Inter Rao debía lograr la Recepción Provisional de la última Unidad – Inter Rao estaba en plazo para corregir cualquier Defecto o Desperfecto que comprometiese la seguridad, funcionalidad u operatividad de las Centrales; y tras la Recepción Provisional, Inter Rao tenía hasta 180 días para corregir las Deficiencias Menores.

1160.

Cuando CELEC emitió la Resolución de Terminación, Inter Rao aún estaba en plazo para finalizar el Proyecto y tenía derecho a una ampliación mayor, hasta marzo de 2018. En ese momento, Inter Rao aún estaba finalizando las labores de instalación del equipo, y aún no había empezado las Pruebas de las Unidades para constatar que los equipos cumplían cabalmente con las Especificaciones Técnicas y que las Centrales podían operar de manera segura y funcional.

1161.

La terminación anticipada del Contrato impidió a Inter Rao poner su equipo a prueba.

1162.

Por lo tanto, el hecho de que existiesen 56 No Conformidades pendientes a la fecha de la terminación, no implica que Inter Rao hubiese incumplido su obligación de ejecutar las obras

conforme a las Especificaciones Técnicas, ya que la Contratista aún estaba en plazo para corregir esas deficiencias.

1163.

Por ello, CELEC tampoco tenía derecho a declarar la terminación del Contrato sobre esta base.

1164.

Quinto, Inter Rao no incumplió su obligación de mantener y reparar los equipos.

1165.

Con respecto a la Inundación de Alluriquín, el Tribunal ha establecido que fue un evento de Fuerza Mayor, que ocasionó severos daños en el equipo de la Unidad 1 de Alluriquín y cuya duración se prolongó hasta después de la terminación del Contrato.

1166.

El Tribunal ha concluido que Inter Rao inspeccionó los daños y formuló la propuesta para la sustitución del equipo dentro del margen de tiempo mínimo necesario para hacerlo. Además, la información suministrada permitió a CELEC formular exitosamente el reclamo para que la Aseguradora cubriese los daños ocasionados.

1167.

Por lo tanto, la conducta de Inter Rao en relación con la Inundación de Alluriquín no constituye un incumplimiento contractual que sirva de base para la terminación unilateral del Contrato.

1168.

Con relación al Incidente del Puente de Grúa, el Tribunal ha concluido que Inter Rao sí es responsable de este accidente y de sus consecuencias, por haber suministrado equipo defectuoso. Este siniestro ocasionó:

- Un retraso crítico en el Proyecto de 19 días atribuible a Inter Rao; este retraso, sin embargo, no tuvo consecuencias materiales, ya que, tras el incidente, las Partes acordaron extender el plazo hasta el 5 de abril de 2017; e Inter Rao tenía derecho a una extensión adicional hasta el 1 de marzo de 2018;

- Un coste adicional de USD 81.709,04 en el que CELEC tuvo que incurrir para que CWE reparase la losa de la playa de montaje dañada por el accidente; el Tribunal ha concluido que Inter Rao debe hacerse cargo de este coste.

1169.

El Tribunal ha concluido que las consecuencias del Incidente del Puente de Grúa son responsabilidad de Inter Rao; pero no constituyen un incumplimiento contractual grave de la Contratista que habilite a CELEC a terminar el Contrato de forma unilateral.

1170.

Sexto, Inter Rao no incumplió su obligación de otorgar poderes suficientes a su Gerente de Proyecto.

1171.

El Tribunal ha establecido que el Gerente de Proyecto de Inter Rao ejerció válidamente la representación de la Contratista frente a CELEC conforme a las reglas de representación del Derecho ecuatoriano. Todos sus actos frente a la Contratante han sido ratificados por el representante legal de Inter Rao Rusia, e incluso por el Presidente de la Junta de Inter Rao Rusia.

1172.

El hecho de que la Contratista no hubiese otorgado un poder general escrito hasta enero de 2017 no constituye un incumplimiento grave del Contrato que hubiese impedido a las Partes alcanzar el objeto contractual de la entrega llave en mano del Proyecto. La razón por la que las Partes no alcanzaron a finalizar la obra fue por la indefinición en los trabajos adicionales que estaban fuera del alcance original del Contrato, los retrasos de la obra civil y la falta de financiación para el Proyecto.

* * *

1173.

La terminación anticipada y unilateral del Contrato por CELEC requiere la constatación de que Inter Rao ha incurrido en un incumplimiento contractual grave de una obligación esencial del Contrato. La Demandada ha sido incapaz de probar este extremo y el Tribunal ha concluido que Inter Rao no incurrió en ninguno de los Seis Incumplimientos que CELEC adujo en la Resolución de Terminación.

1174.

Por lo tanto, al terminar el Contrato de forma unilateral sin legítima causa, CELEC incurrió en un incumplimiento contractual y debe, en su caso, indemnizar a Inter Rao el daño ocasionado.

1175.

En las siguientes secciones el Tribunal tratará los reclamos de las Partes derivados de la terminación del Contrato.

IX. CONSECUENCIAS DE LA TERMINACIÓN NO AJUSTADA A DERECHO

1176.

Al finalizar la Audiencia, el Tribunal solicitó a las Partes que clarificasen en sus Escritos de Conclusiones sus posiciones respecto a cada uno de los reclamos de demanda y reconvencción, para el supuesto de que la terminación hubiese sido conforme a Derecho; y también bajo la asunción de que hubiese sido contraria a Derecho¹⁰³⁹.

1177.

En la Sección VIII. el Tribunal Arbitral ha determinado que la terminación unilateral y anticipada del Contrato por CELEC no fue ajustada a Derecho. En esta Sección analizará las consecuencias jurídicas que se derivan de esta conclusión.

Posición de Inter Rao

1178.

Inter Rao no solicita el cumplimiento específico del Contrato, ni su reinstauración como contratista del Proyecto, sino que se conforma con la terminación decretada por CELEC. Sus pretensiones son exclusivamente de carácter monetario y corresponden a las siguientes rúbricas¹⁰⁴⁰:

- En primer lugar, Inter Rao sostiene que tiene derecho a un Valor de Terminación de USD 43.041.158,65;

- En segundo lugar, Inter Rao pide que CELEC restituya las Garantías que ejecutó indebidamente¹⁰⁴¹:

o Garantía de Fiel Cumplimiento por valor de USD 7.268.956,90;

o Garantía de Anticipo por valor de USD 7.249.941,48;

- En tercer lugar, Inter Rao reclama ciertos daños y perjuicios, por un valor de USD 8.039.019,28, que se subdividen en Costes Post-Terminación y Costes TM.

1179.

En cuanto a los reclamos reconventionales de CELEC, entiende Inter Rao que todos ellos decaen, con excepción de la reclamación por la mayor permanencia del contratista de diseño C&C (con un importe de USD 94.761,18)1042.

Posición de CELEC

1180.

CELEC defiende que, aun habiendo el Tribunal decidido que la terminación unilateral no estaba ajustada a Derecho, el Contrato ha quedado en todo caso rescindido, lo que conlleva la extinción de sus obligaciones, con independencia de la responsabilidad contractual de las Partes1043.

1181.

En cuanto a la liquidación económica del Contrato, la posición de CELEC es la siguiente:

- En primer lugar, CELEC reconoce a favor de Inter Rao un Valor de Terminación de USD 23.458.153,641044;

- En segundo lugar,

o CELEC argumenta que, salvo que Inter Rao tuviera derecho a una prórroga de al menos 282 días, CELEC sí estaba autorizada a ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento por valor de USD 7.268.956,901045;

o CELEC sostiene que Inter Rao está obligado a devolver el anticipo no amortizado de USD 7.249.941,48 y que en consecuencia no procede la devolución de la Garantía de Anticipo cobrada por CELEC1046;

- En tercer lugar, CELEC rechaza en su totalidad la reclamación por daños y perjuicios presentada por Inter Rao;

- Finalmente, CELEC mantiene sus reclamos reconventionales.

* * *

1182.

El Tribunal ha concluido que CELEC incumplió el Contrato y las consecuencias del incumplimiento se hallan reguladas en el Art. 1505 del Código Civil, que reza así:

"Art. 1505.- En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado.

Pero, en tal caso, podrá el otro contratante pedir, a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios". [Subrayado del Tribunal]

1183.

Es decir, de acuerdo con este precepto Inter Rao tendría derecho a solicitar:

- el cumplimiento del Contrato o su resolución; más en todo caso

- la indemnización de perjuicios.

1184.

En el presente arbitraje, Inter Rao se ha decantado por no pedir el cumplimiento del Contrato, sino en aceptar su terminación; CELEC, por su parte, también está de acuerdo en que el Contrato ha quedado rescindido. En consecuencia, el Tribunal confirma la terminación del Contrato.

1185.

Lo que queda por hacer es determinar las consecuencias económicas de la terminación.

1186.

Inter Rao solicita el reconocimiento de ciertos montos en su favor por la liquidación del Contrato y una indemnización por los daños sufridos como consecuencia de la prematura e injustificada terminación del Contrato. Inter Rao ha pedido que la condena al pago de estos valores se realice en favor de ambas Demandantes (Inter Rao UES y Sociedad Anónima Abierta Inter Rao UES)¹⁰⁴⁷, a lo que CELEC no se ha opuesto. Por su parte, CELEC formula su reconvención contra ambos Demandantes, ya que, de conformidad con la Cláusula 25 del Contrato, Inter Rao UES y Sociedad Anónima Abierta Inter Rao UES son responsables solidarios¹⁰⁴⁸. En consecuencia, cualquier monto reconocido en este Laudo Final en favor o en contra de las Demandantes se realiza como acreedores o deudores solidarios.

1187.

A continuación, el Tribunal analizará

- el Valor de Terminación, previsto en el propio Contrato (IX.1.);

- la devolución (o no) de las Garantías (IX.2.);

- los daños y perjuicios que reclama Inter Rao (IX.3.);

- los daños y perjuicios que reclama CELEC en vía reconvencional (IX.4.) y

- los intereses (IX.5.).

IX.1. EL VALOR DE TERMINACIÓN

1188.

El Contrato establece que, una vez terminado, una Parte pagará a la otra el Valor de Terminación¹⁰⁴⁹ - definido en la Cláusula 4.2 como la cantidad neta que debe una Parte a la otra por concepto de prestaciones mutuas a la fecha de terminación del Contrato¹⁰⁵⁰:

"Valor de Terminación' significa la cantidad complementaria que deba ser pagada respecto a los anticipos de pago hechos por la CONTRATANTE al CONTRATISTA en caso de terminación del Contrato con la CONTRATANTE o las devoluciones a ser hechas por el CONTRATISTA a la CONTRATANTE de conformidad con las Cláusulas del Contrato".

1189.

Las Partes coinciden en que el Valor de Terminación arroja un saldo favorable a las Demandantes; sin embargo, discuten varios de los conceptos que lo componen: Inter Rao reclama la cantidad de USD 43.041.158,651051; CELEC por su parte considera que la cuantía correcta es USD 23.458.153,641052. Las diferencias entre las Partes son las siguientes:

Conceptos reclamados	Inter Rao	CELEC
1. Trabajos de montaje o instalación pendientes de pago	5.960.803,70	5.960.803,70
2. Equipos pendientes de pago	3.725.216,12	0
3. Orden de Cambio No. 2	8.293.667,23	8.293.667,23
4. Orden de Cambio No. 3	5.369.854,96	0
5. Costos de prolongación (22 de mayo de 2015 a 12 de junio de 2016)		10.358.666,10
9.099.877,71		
6. Costos de prolongación (13 de junio de 2016 a 23 de marzo de 2017)		7.609.949,19
0		
7. Interés por demoras en pago de Hitos 1 a 6	1.441.799,32	95.999,00
8. Otros costos por obras y gastos adicionales	281.202,03	7.806,00
TOTAL	43.041.158,65	23.458.153,64

1190.

El Tribunal Arbitral pasará a analizar cada una de las diferencias en mayor detalle:

1. Trabajos de montaje o instalación pendientes de pago

1191.

Inter Rao reclama el precio acordado por ciertos trabajos de montaje del equipo, que CELEC no llegó a pagar1053.

1192.

En la Resolución de Terminación CELEC señaló que la Contratista había alcanzado un avance del montaje del equipo del 32.7%, y sobre esta base, reconoció un valor económico en favor de Inter Rao de USD 3.667.317,661054. Pero al día siguiente, CELEC e Inter Rao, junto con CPT y Tyazhmash, se reunieron para establecer con mayor precisión el avance del montaje, y formalizaron un informe conjunto, firmado por todas las Partes, en el que acordaron que en realidad el progreso físico del montaje que Inter Rao había alcanzado a la fecha de la terminación del Contrato había sido el 38.21%1055.

1193.

Las Partes y sus peritos coinciden en que, sobre la base de un avance del 38.21%, y aplicando los precios por los trabajos de montaje que las Partes acordaron en el Anexo I al Contrato, la cantidad que CELEC adeuda a Inter Rao es de USD 5.960.803,70 por trabajos de montaje que la Contratista ejecutó, pero que están pendientes de pago1056.

1194.

El Tribunal Arbitral por lo tanto valida la cifra USD 5.960.803,70 en favor de Inter Rao por los trabajos de montaje ejecutados.

2. Equipos pendientes de pago
1195.

Inter Rao reclama USD 3.725.216,12 por el saldo de equipos pendientes de pago, alegando que, durante la vida del Contrato, entregó y fabricó equipo, por valor de USD 119.724.248,12, cifra que incluye equipos fabricados y equipos en proceso de fabricación, que no se llegaron a entregar por causa de la terminación unilateral; pero que CELEC únicamente habría pagado USD 115.999.032. Inter Rao alega que, de conformidad con el Art. 125 del Reglamento de la LOSNCP, tiene derecho a recibir el pago por los equipos no entregados, con el argumento de que, si CELEC no hubiese terminado el Contrato de forma indebida, Inter Rao los habría entregado1057.

1196.

Inter Rao desglosa sus cálculos como sigue1058:

Concepto	Cuantía (USD)
1	Equipo principal entregado en 45 embarques 99.694.397,34
2	Equipo ancilar entregado origen Ecuador 5.189.855,00
3	Equipo ancilar fabricado fuera de Ecuador y listo para embarque 13.176.097,38
4	Equipo ancilar fabricado en Ecuador y listo para embarque 554.448,40
5	Equipo ancilar en proceso de fabricación 1.109.450,00
Total	119.724.248,12
Pagado por CELEC	115.999.032,00
Diferencia	3.725.216,12

Posición de la Demandada

1197.

CELEC se opone a este reclamo por tres motivos:

1198.

Primero, señala que Inter Rao pretende cobrar el precio de equipos que nunca ha entregado; y en opinión de CELEC, la Contratista no tiene derecho al pago de equipos no entregados en el sitio de la obra, ni en aplicación del Contrato ni de la LOSNCP1059.

1199.

Segundo, las Demandantes no han demostrado haber pagado a los subcontratistas cantidad alguna por los equipos no entregados (ni tampoco haber incurrido en pasivos por esta causa) – por lo que Inter Rao no ha sufrido daño alguno1060.

1200.

Tercero, CELEC alega que después de la terminación tuvo que adquirir a Tyazhmash los equipos no entregados por Inter Rao; si se le condenara a pagar los equipos no entregados, estaría pagando dos veces por el mismo material1061.

1201.

En vista de lo anterior, CELEC concluye que el valor de esta pretensión es cero1062.

Análisis del Tribunal

1202.

Para resolver este reclamo, es preciso recordar que Inter Rao no era el fabricante del equipo que formaba el objeto del Contrato: el equipo era fabricado por Tyazhmash (y otros subcontratistas menores), que se lo vendían a Inter Rao, y que ésta a su vez transmitía a CELEC en cumplimiento del Contrato.

1203.

Inter Rao reclama USD 3.725.216,12 por el precio de equipos cuya fabricación Inter Rao dice haber encargado a Tyazhmash, pero que Tyazhmash nunca entregó a Inter Rao y que ésta a su vez nunca llegó a transmitir a CELEC.

1204.

CELEC arguye que no tiene que pagar por equipos que no llegaron a entregarse, pues Inter Rao no ha demostrado haber pagado a Tyazhmash y a los otros subcontratistas (o incurrido en pasivos por esta causa). La Demandada añade que después de la terminación del Contrato tuvo que adquirir estos equipos a Tyazhmash, por lo que si el Tribunal computase este valor en el haber de Inter Rao CELEC estaría pagando dos veces por el mismo equipo¹⁰⁶³.

1205.

El Tribunal se posiciona nítidamente con CELEC.

1206.

La postura de Inter Rao, arguyendo que tiene derecho al precio total de los equipos – con independencia de que los haya entregado o no – carece de lógica sinalagmática: Inter Rao reclama que CELEC pague el precio de estos bienes, a pesar de que no los ha entregado (y sin ni siquiera ofrecer su entrega). La pretensión de las Demandantes generaría un enriquecimiento injusto, pues Inter Rao recibiría el precio total de los equipos, sin haber cumplido con su parte del sinalagma.

1207.

Inter Rao únicamente dispone de una acción para reclamar a CELEC cualquier daño que pueda haber sufrido, o beneficio dejado de obtener, en sus relaciones con los subcontratistas, siempre que la causa se derive de la terminación unilateral y antijurídica del Contrato. Así se desprende del Art. 1572 del CC:

"La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento".

1208.

Inter Rao no ha probado (ni siquiera ha intentado probar) el daño emergente que hipotéticamente podría haber sufrido, ni el lucro cesante que habría dejado de ganar en su relación con Tyazhmash (y los otros subcontratistas). La única prueba que Inter Rao ha facilitado han sido las listas de embalaje y preembarque, las pruebas de calidad realizadas en fábrica, y los protocolos finales de inspección de calidad¹⁰⁶⁴. Pero no ha presentado prueba de haber realizado pago alguno a los subcontratistas, de haber incurrido en pasivo alguno frente a ellos o de haber sido privada de un lucro cesante.

1209.

Inter Rao invoca el Art. 125 del Reglamento de la LOSNCP, para sostener que tiene derecho a la totalidad del precio de los equipos, con independencia de que no los hubiera entregado. La disposición que aducen las Demandantes no señala lo que sugieren¹⁰⁶⁵:

"En la liquidación económico contable del contrato se dejará constancia de lo ejecutado, se determinarán los valores recibidos por el contratista, los pendientes de pago o los que deban deducirse o deba devolver por cualquier concepto, aplicando los reajustes correspondientes.

Podrá también procederse a las compensaciones a que hubiere lugar. La liquidación final será parte del acta de recepción definitiva". [Subrayado del Tribunal]

1210.

El precepto se limita a señalar que en la liquidación del Contrato debe establecerse el valor económico de lo "ejecutado"; pero el precepto no cubre lo "parcialmente ejecutado", tal como pretende Inter Rao.

1211.

El Tribunal por lo tanto rechaza esta pretensión de Inter Rao.

3. OC No. 2

1212.

A la fecha de terminación, Inter Rao ya había entregado equipos y realizado ciertos trabajos que forman parte de la OC No. 2 – cosa que CELEC reconoció en la Resolución de Terminación. Por consiguiente, Inter Rao reclama el pago de USD 8.293.667,23 por esta causa¹⁰⁶⁶.

1213.

La Demandada reconoce que el pago solicitado por Inter Rao es debido¹⁰⁶⁷.

1214.

El Tribunal Arbitral por lo tanto valida la cifra de USD 8.293.667,23 en favor de Inter Rao por los trabajos ejecutados de la OC No. 2.

4. OC No. 3

1215.

Inter Rao reclama un total de USD 5.369.854,96 en relación con los trabajos de la OC No. 3, de los cuales¹⁰⁶⁸:

- USD 1.680.161,78 corresponden a equipos entregados¹⁰⁶⁹; y

- USD 3.689.693,18 corresponden a equipos que no llegaron a entregarse a raíz de la terminación anticipada¹⁰⁷⁰.

1216.

Inter Rao dice que los equipos que formaban parte de la OC No. 3 no estaban incluidos en el alcance original ni cubiertos por el precio original del Contrato, que estos equipos fueron entregados o estaban en vías de ser entregados, y que su precio no ha sido satisfecho por CELEC¹⁰⁷¹.

1217.

La Demandada, por su parte, niega deber cantidad alguna por esta rúbrica¹⁰⁷². CELEC señala que parte de los equipos cubiertos por la OC No. 3 formaban parte del alcance original del Contrato o estaban implícitamente incluidos en la propuesta comercial final o en las especificaciones técnicas del Contrato¹⁰⁷³. Por tanto, con el apoyo de su experto¹⁰⁷⁴, la Demandada concluye que el monto solicitado bajo la OC No. 3 es totalmente improcedente¹⁰⁷⁵.

Análisis

1218.

El Tribunal Arbitral se posiciona parcialmente con Inter Rao, y parcialmente con CELEC.

1219.

El Tribunal ya ha determinado que la conducta de CELEC, al no formalizar los acuerdos alcanzados sobre la OC No. 3, fue contraria a los actos propios y al principio de buena fe contractual. Las Partes habían acordado el precio, alcance y plazo de ejecución de los trabajos de la OC No. 3; y, en lugar de firmar el Acta de Negociación, CELEC optó por poner término al Contrato en su conjunto, sin justificación legítima.

1220.

Los sistemas auxiliares comprendidos en la OC No. 3 no formaban parte del alcance original del Contrato, pues CELEC ordenó la construcción de nuevos equipos auxiliares e introdujo modificaciones en los ya contratados, a raíz de las alteraciones de que el Proyecto había sufrido desde 2014. El Anexo "Tabla de Equipos y Sistemas con Precios Acordados" del Acta de Negociación de la OC No. 3 contiene el detalle individualizado de los equipos que las Partes acordaron añadir al alcance original del Contrato¹⁰⁷⁶.

1221.

En lo que respecta al monto reclamado, es preciso distinguir entre el equipo entregado y el pendiente de entrega:

Equipo entregado

1222.

Inter Rao reclama USD 1.680.161,78 por este concepto, y para justificar su reclamación ha presentado la documentación de embarque, incluyendo la factura comercial, la lista de embarque, las especificaciones de embarque y los certificados de calidad. El perito de las Demandantes, el Ing. Linares, ha elaborado una comprobación individualizada de todos los equipos, y ha certificado que efectivamente Inter Rao entregó equipos auxiliares de la OC No. 3 por valor de USD 1.680.161,78¹⁰⁷⁷.

1223.

Four-C, el perito de CELEC, no disputa que los equipos se hayan entregado. Lo único que señala es que los transformadores auxiliares, por valor de USD 195.073, ya estaban incluidos en el alcance original, por lo que su reclamo no es procedente¹⁰⁷⁸.

1224.

El Tribunal no está de acuerdo con la posición de Four-C: el perito de la Demandada no toma en consideración que las Partes habían acordado que estos transformadores debían ser modificados y que en la OC No. 3 habían pactado el precio de estos trabajos; posteriormente Inter Rao efectivamente ejecutó esas modificaciones, pero CELEC nunca ha satisfecho el precio correspondiente¹⁰⁷⁹.

1225.

El Tribunal por lo tanto acepta el reclamo de Inter Rao en su totalidad.

Equipo no entregado

1226.

Inter Rao también reclama USD 3.689.693,18, suma que corresponde a equipos que a raíz de la terminación anticipada nunca llegaron a entregar a CELEC.

1227.

El Tribunal no puede acoger la pretensión de Inter Rao tal como está formulada.

1228.

En la Sección 2. supra, el Tribunal ya ha señalado, que Inter Rao no tiene derecho a reclamar el precio íntegro de los equipos no entregados, sino que únicamente puede reclamar el daño emergente y el lucro cesante causados.

1229.

En este caso, Inter Rao nuevamente está reclamando el precio total del equipo, sin ofrecer a su vez la entrega, o especificar que está en disposición de entregar este equipo auxiliar. El único soporte documental que Inter Rao ha presentado para sustentar su reclamo de USD 3.689.693,18 son los contratos entre Tyazhmash y sus proveedores para adquirir y fabricar los equipos auxiliares¹⁰⁸⁰. Sin embargo, no ha ofrecido prueba alguna de que Inter Rao haya pagado a Tyazhmash el precio de estos equipos (o de haber asumido la obligación de pagarlos).

1230.

En definitiva, Inter Rao no ha probado haber sufrido ningún daño con respecto a los equipos no entregados correspondientes a la OC No. 3, por lo que el Tribunal rechaza esta parte del reclamo.

1231.

En resumen, el Tribunal:

- Acepta el reclamo de USD 1.680.161,78 correspondiente al equipo auxiliar de la OC No. 3 entregado;

- Desestima el reclamo de USD 3.689.693,18 correspondiente al equipo auxiliar de la OC No. 3 no entregado.

5. Costes de prolongación (22 de mayo de 2015 a 12 de junio de 2016)

1232.

Inter Rao reclama costes de prolongación entre el 22 de mayo de 2015 y el 12 junio de 2016¹⁰⁸¹, que corresponden a los 388 días de prórroga de plazo pactados en la Adenda No. 5 al Contrato. Las Demandantes reclaman USD 10.358.666,10, aplicando una tasa mensual de USD 815.643 al periodo correspondiente. Esta tasa es la que las Partes negociaron y que consta en el borrador del Acta de Negociación de la OC No. 41082.

1233.

Existe una metodología alternativa para calcular estos costes, basada en la información contable de Inter Rao¹⁰⁸³ y de Tyazhmash¹⁰⁸⁴, metodología que arroja un resultado algo inferior de USD 9.099.877,71¹⁰⁸⁵, y que distingue entre los costes de prolongación incurridos por Inter Rao y por Tyazhmash:

- Costes de prolongación de Inter Rao: el auditor independiente de Inter Rao, el Sr. Korolev, realizó una verificación de los costes para el mantenimiento de la filial ecuatoriana de Inter Rao y de las Garantías¹⁰⁸⁶, que ascienden USD 978.140,49¹⁰⁸⁷;

- Costes de prolongación de Tyazhmash: Inter Rao también ha presentado un informe contable de un auditor independiente que certifica ciertos costos en los que incurrió Tyazhmash en el periodo de 22 de mayo de 2015 y el 12 junio de 2016, y que Tyazhmash reclamó a Inter Rao¹⁰⁸⁸. Estos costes ascienden a USD 8.121.737,22¹⁰⁸⁹ y se desglosan en las siguientes partidas:

o Costes de viaje del personal técnico;

o Costes financieros de garantías;

o Costes generales de negocio;

o Traducciones;

o Remuneración de personal;

o Costes de seguros.

Posición de CELEC

1234.

CELEC acepta esta metodología alternativa y reconoce que Inter Rao tiene derecho a recibir USD 9.099.877,71 por este concepto¹⁰⁹⁰.

Decisión del Tribunal

1235.

El Tribunal se decanta por valorar el daño sufrido por Inter Rao como consecuencia de la extensión de la obra hasta el 12 de junio de 2016, utilizando la segunda metodología propuesta por Inter Rao y aceptada por CELEC.

1236.

Por lo tanto, el Tribunal Arbitral acepta el reclamo de USD 9.099.877,71 por los costes de prolongación entre el 22 de mayo de 2015 y el 12 de junio de 2016.

6. Costes de prolongación (13 de junio de 2016 a 23 de marzo de 2017)

1237.

Las Demandantes dicen que, de conformidad con la Cláusula 4.6 de la Adenda No. 5, CELEC estaría obligada a pagar los costes incurridos debido a las prórrogas sufridas por el Proyecto con posterioridad al 13 de junio de 2016, toda vez que Inter Rao no habría sido el responsable de tal retraso¹⁰⁹¹. Inter Rao reclama USD 7.609.949,19 por costes de prolongación del 13 de junio de 2016 al 23 de marzo de 2017 (fecha de la terminación), aplicando la tasa mensual contemplada durante las negociaciones de la OC No. 4.

1238.

Por su parte, CELEC rechaza la partida en su totalidad, alegando que Inter Rao no ha justificado una prórroga más allá del 12 de junio de 2016 y, por tanto, CELEC no es responsable por el tiempo adicional que Inter Rao tuvo que permanecer en la obra¹⁰⁹².

1239.

El Tribunal Arbitral se posiciona con las Demandantes.

1240.

En la Cláusula 4.6 de la Adenda No. 5¹⁰⁹³, CELEC se había obligado a compensar a Inter Rao no solo los costos de prolongación hasta el 12 de junio de 2016, sino también los que se pudieran causar por cualquier prórroga adicional, siempre que la extensión del plazo no fuera por causa imputable a Inter Rao. La Cláusula reza así:

"Las Partes acuerdan que en virtud de la prórroga de plazo efectuada en el presente documento, así como en virtud de las futuras prórrogas de plazo concedidas por causas no imputables al CONTRATISTA, requeridas por la CONTRATISTA de conformidad con la Cláusula 13.3 del Contrato con las modificaciones convenidas en el presente documento, la Contratante reconocerá a la Contratista los costos indirectos correspondientes, los cuales serán conciliados mediante la firma del documento jurídico correspondiente, en el marco del contrato, durante 30 días posteriores a la suscripción del Addendum que contenga la prórroga de plazo" [Subrayado del Tribunal].

1241.

En la Sección VIII.1. supra, el Tribunal ya ha determinado que la prórroga de plazo del 13 de junio de 2016 al 23 de marzo de 2017 no es imputable a Inter Rao, pues las Partes acordaron extender el plazo al menos hasta el 5 de abril de 2017. Por consiguiente, CELEC debe hacerse cargo de los costes de prolongación hasta el 23 de marzo de 2017, fecha en la que puso término al Contrato.

1242.

Para el cálculo del monto total, la Demandante

- aplica la tasa mensual que las Partes contemplaron durante la negociación de la OC No. 4, es decir, USD 815.643 por mes,

- al periodo comprendido entre el 13 de junio de 2016 y el 23 de marzo de 2017,

- lo que arroja la cifra de USD 7.609.949,191094.

1243.

El perito Linares, por el contrario, utiliza la misma metodología ya aplicada para los costes de prolongación entre el 22 de mayo de 2015 y el 12 junio de 2016, es decir, la verificación contable de los costes efectivamente incurridos por Inter Rao (que arrojan un saldo de USD 673.752,78) y los de Tyazhmash repercutidos a Inter Rao (cuya cuantía es de USD 5.953.106,41), y llega a la cifra de USD 6.626.859,191095.

1244.

Por las razones expresadas en la Sección precedente, el Tribunal prefiere el cálculo del perito Linares (que arroja USD 6.626.859,19) al propuesto por las Demandantes (que asciende a USD 7.609.949,19).

Contra-argumento del perito Four-C

1245.

El perito de la Demandada arguye que de la cifra de USD 6.626.859,19 debería descontarse los costos indirectos previstos en las OCs No. 2 y 3 (de USD 1.270.741,82 y USD 2.279.052, respectivamente), debido a la simultaneidad temporal entre el periodo de prolongación de 13 de junio de 2016 al 23 de marzo de 2017 y la ejecución de las OCs Nos. 2 y 31096.

1246.

En este punto el Tribunal Arbitral le da la razón a la Demandada y a su perito.

1247.

Los trabajos de ejecución de las OCs No. 2 y 3 (que tuvieron lugar desde junio de 2016 hasta la terminación del Contrato) coinciden temporalmente con el periodo del 13 de junio de 2016 al 23 de marzo de 2017 cuyos costes de prolongación se están analizando. Las Actas de Negociación de las OCs No. 2 y 3 ya integraban un concepto de "costos indirectos"1097. Por consiguiente, a fin de evitar una doble compensación, el Tribunal Arbitral entiende que los costes indirectos incluidos en los montos validados en las Secciones 3. y 4. supra deben deducirse.

1248.

El cálculo preciso para las OC No. 2 y No. 3 es el siguiente:

1249.

(i) La OC No. 2 tenía un valor total acordado de USD 10.875.748,96, de los cuales, USD 1.137.594,62, correspondían a costes indirectos1098, es decir, un 10,46%. De acuerdo con lo decidido por el Tribunal en la Sección 3. supra, CELEC adeuda a Inter Rao USD 8.293.667,23 por la OC No. 2. Esta cifra incluye un 10,46% de costes indirectos; es decir, el Tribunal ya ha reconocido en la Sección 3. supra USD 867.510,94 como costes indirectos, que deberán deducirse del total de los costes de prolongación para evitar doble compensación.

1250.

(ii) La OC No. 3 tenía un valor total acordado de USD 13.097.928,821099, de los cuales el 17,4% correspondían a costes indirectos1100. En la Sección 4. supra, el Tribunal ha reconocido que CELEC adeuda a Inter Rao la cantidad de USD 1.680.161,78 por esta rúbrica. De este monto, el 17,4%, es decir, USD 292.348,15, se corresponden con costes indirectos, que deberán deducirse del total de los costes de prolongación para evitar doble compensación.

1251.

En resumen, de la cifra total de USD 6.626.859,19 (correspondiente a costes de prolongación para el periodo de 13 de junio de 2016 a 23 de marzo de 2017), el Tribunal debe deducir USD 867.510,94 y USD 292.348,15, en concepto de costes indirectos de las OCs Nos 2 y 3 ya reconocidos en favor de Inter Rao en las Secciones 3. y 4. supra, lo que arroja una compensación final de USD 5.467.000,10.

7. Interés por demoras en el pago de Hitos 1 a 6

1252.

Inter Rao señala que, de conformidad con la Cláusula 7.3 del Contrato, la Demandada debe pagar intereses por los pagos atrasados relacionados con los Hitos 1 a 6, a la tasa máxima establecida por el Banco Central del Ecuador (la Tasa Máxima Convencional que, durante el período relevante, se situó en el 9.33% anual). El perito de las Demandantes señala que CELEC se retrasó en 36 ocasiones al realizar el pago de las planillas (en un total de 2,264 días). El Sr. Linares ha ofrecido para estas 36 instancias los siguientes detalles1101:

- La fecha de emisión del "Acta de avance correspondiente", que certificaba el avance en la ejecución del Proyecto;

- La fecha contractual de pago, conforme a la Cláusula 7 del Contrato1102, es decir, 20 días desde la entrega del Acta;

- La fecha de pago efectiva por parte de CELEC, que el perito ha comprobado con la documentación relativa a las transferencias bancarias.

1253.

Aplicando la tasa de interés de la Cláusula 7.3 del Contrato vigente al momento de la deuda, el Sr. Linares calcula unos intereses de demora de USD 1.441.799,321103.

1254.

La Demandada, por el contrario, sostiene que la Cláusula 7.3 del Contrato es expresa, al disponer que el Contratista "deberá requerir por escrito" el pago de intereses. El perito de la Demandada Four-C, tras analizar la documentación, concluye que las únicas actas que cumplieron con dicho requisito fueron las numeradas del 18 a 21, y que, por lo tanto, son las únicas que están sujetas al cálculo y al pago de intereses por mora¹¹⁰⁴.

1255.

De acuerdo con la opinión de su perito, CELEC acepta el pago de USD 95.999,00 en concepto de intereses¹¹⁰⁵.

Decisión del Tribunal Arbitral

1256.

CELEC no disputa que incurrió en numerosos retrasos en el pago de los Hitos 1 a 6; la razón por la que se opone al pago de intereses, salvo con respecto a cuatro retrasos¹¹⁰⁶, es que Inter Rao no habría solicitado el pago por escrito, en contravención de la Cláusula 7.3 del Contrato.

1257.

La Cláusula 7.3 del Contrato reza así:

"Pagos por Mora. Salvo lo dispuesto en el presente Contrato, en caso de que cualquier monto, pagadero de conformidad con el presente Contrato, no sea pagado, la CONTRATANTE en incumplimiento deberá pagar intereses a la máxima tasa por mora establecida por el Banco Central del Ecuador sobre cualquier monto vencido y no pagado. Dichos pagos se calcularán sobre las cantidades no pagadas y se computarán por Días desde que venció el plazo hasta la fecha en que se realice la transferencia a la CONTRATISTA. El CONTRATISTA deberá requerir por escrito a la CONTRATANTE este pago". [Subrayado del Tribunal]

1258.

De acuerdo con la literalidad de la cláusula, los intereses empiezan a devengarse "desde que venció el plazo" del pago (dies a quo) "hasta la fecha en la que se realice la transferencia a la Contratista (dies ad quem). El "pago" de los intereses de demora, sin embargo, queda sujeto a una condición: "el Contratista deberá requerir por escrito a la Contratante este pago". ¿Cuándo debe realizarse ese requerimiento? Nótese que la cláusula 7.3 no establece ningún límite temporal para que Inter Rao cumpla con esa carga – la solicitud por escrito se puede hacer en cualquier momento y no tiene que preceder al comienzo del devengo.

1259.

Inter Rao solicitó por escrito el pago de intereses en varias ocasiones:

- Primero, el 2 de octubre de 2015, cuando Inter Rao señaló que

"[...] les hacemos recordar que de conformidad con el ítem 7.3 del Contrato [...] la Contratante debe pagar los intereses del monto no pagado (4.941.560,13 USD) a la máxima tasa establecida por el Banco Central de Ecuador [...]"¹¹⁰⁷;

- Segundo, Inter Rao realizaría solicitudes similares los días 15 de octubre y 18 de noviembre de 20151108;

- Tercero, el 4 de abril de 2017, unos días después de la terminación del Contrato, Inter Rao remitió a CELEC su propio cálculo de los trabajos realizados y valores que la Contratista consideraba se le adeudaban, incluyendo los intereses por el retraso en el pago1109;

- Finalmente, Inter Rao también ha reiterado en este arbitraje el pago de estos intereses de demora.

1260.

El Tribunal considera, por tanto, que el requisito exigido en la Cláusula 7.3 del Contrato se ha cumplido.

1261.

El Tribunal también considera que el monto de USD 1.441.799,32, calculado por el perito de las Demandantes, es correcto y que CELEC adeuda esta cantidad a Inter Rao.

8. Otros costos por obras y gastos adicionales

1262.

Inter Rao sostiene que, durante la vigencia del Contrato, CELEC incumplió reiteradamente sus obligaciones contractuales y, al hacerlo, le generó un perjuicio; añade que estos perjuicios deben reflejarse en el Valor de Terminación, de conformidad con las Cláusulas 11.14 y 4.2 (dddd) del Contrato. A esos efectos, Inter Rao reclama USD 281.202,03 por los siguientes conceptos1110:

- (i) USD 145.022,75 por gastos de limpieza del polvo en los equipos electromecánicos de la Casa de Máquinas Sarapullo, ocasionados por falta de coordinación adecuada de los trabajos de reparación de paredes realizados sin aviso previo por CWE1111;

- (ii) USD 20.662,20 por gastos de reparación de la tubería de drenaje y el codo de succión de la Unidad 1 de la Casa de Máquinas Alluriquín1112;

- (iii) USD 107.711,08 por gastos adicionales debidos a la falta de campamento, que según la Cláusula 11.5 del Contrato CELEC estaba obligada 1113 proporcionar1113; y

- (iv) USD 7.806,00 por gastos del agente de aduanas1114.

1263.

CELEC sólo reconoce el último ítem1115. Según la Demandada, el resto de los reclamos carece de fundamento1116:

- Primero, el Contrato obliga a Inter Rao a proteger contra el polvo los equipos electromecánicos y, por tanto, el precio ya cubre los USD 145.022,75 que Inter Rao ahora reclama1117;

- Segundo, la documentación y la cuantificación de los USD 20.662,20 requeridos por las reparaciones no autorizadas son inciertas y carentes de valor probatorio1118;

- Tercero, los gastos adicionales causados por la falta de campamento no están debidamente sustentados ni son razonables¹¹¹⁹.

1264.

El Tribunal Arbitral analizará, a continuación, los cuatro incumplimientos que Inter Rao imputa a CELEC.

8.1 Gastos de limpieza del polvo en los equipos

1265.

Inter Rao reclama USD 145.022,75 por gastos de limpieza del polvo en los equipos electromecánicos de la Casa de Máquinas Sarapullo, ocasionados por falta de coordinación adecuada de los trabajos de reparación de paredes realizados sin aviso previo por CWE.

1266.

El Anexo II del Contrato requiere que Inter Rao proteja los equipos frente al polvo u otros factores externos¹¹²⁰:

"Las maquinas o superficies terminadas de todos los equipos, repuestos y accesorios sujetos a daño por la humedad, por la luz solar, polvo, y otros factores externos, deberán recibir protección, a satisfacción de la Fiscalización" [Subrayado del Tribunal].

1267.

Asimismo, el Anexo II requiere que Inter Rao contemple costos de "control de la contaminación con polvo" en su oferta. Inter Rao tenía el deber de proteger los equipos de contaminación con polvo¹¹²¹.

1268.

A la vista de lo anterior, Inter Rao no puede reclamar costos por una contaminación que ocurrió debido al incumplimiento de sus propias obligaciones. Por tanto, es Inter Rao quien debe soportar las consecuencias de no haber protegido debidamente los equipos.

8.2 Gastos de reparación de la tubería de drenaje y codo de la succión de la Unidad 1

1269.

El perito Linares, designado por las Demandantes, revisó la documentación de soporte, incluyendo facturas y comprobantes de pago y validó el monto de USD 20.662,20 (por concepto de los materiales y mano de obra)¹¹²², un monto inferior al solicitado por Inter Rao en su carta de 21 de septiembre de 2015¹¹²³.

1270.

CELEC no niega su obligación de indemnizar Inter Rao por los gastos de reparación de la tubería de drenaje y codo de la succión de la Unidad ¹¹²⁴. La crítica de CELEC se centra en que el valor reclamado es un cálculo estimativo, "cuyo componente principal, los salarios o tarifas de la mano de obra" no tienen comprobación o no son cálculos reales¹¹²⁵.

1271.

El Tribunal Arbitral ha revisado el análisis del perito de las Demandantes y considera que el monto validado es razonable y está respaldado por la documentación de soporte¹¹²⁶.

8.3 Falta de alojamiento

1272.

La Cláusula 11.5 del Contrato establece que¹¹²⁷

"La CONTRATANTE y tal como ya fuera acordado entre las partes, dará el servicio de alojamiento al personal obrero del CONTRATISTA en las mismas condiciones que al propio y hasta una cantidad de 20 ejecutivos, 40 administrativos, 560 obreros y 50 ayudantes. [...]".

1273.

Asimismo, las Cláusulas 6.3.1 y 6.3.3 excluyen expresamente del precio del Contrato "la construcción de las oficinas del personal de Inter Rao" y la "construcción de las viviendas para el personal permanente de Inter Rao"1128.

1274.

CELEC reconoce que, hasta el 14 de mayo de 2014, incumplió su obligación de proporcionar servicio de alojamiento al personal obrero de Inter Rao1129, pero se defiende, advirtiendo que Inter Rao no se esforzó en mitigar los daños y que los montos reclamados no corresponden a precios de mercado1130.

1275.

El Tribunal no está de acuerdo con CELEC.

1276.

El perito de las Demandantes Sr. Linares ha analizado en detalle la documentación de soporte de los costos y concluyó que ascienden a USD 107.711,081131. En cambio, el perito de la Demandada reconoció no haber verificado dicha documentación1132. En consecuencia, el Tribunal no tiene por qué dudar de las conclusiones alcanzadas por el Sr. Linares. La carga de la prueba de que Inter Rao no mitigó sus daños incumbe a CELEC – que no ha presentado prueba alguna confirmando su aseveración.

1277.

En consecuencia, el Tribunal reconoce USD 107.711,08 en favor de las Demandantes en concepto de indemnización por falta de alojamiento imputable a CELEC.

8.4 Agente de aduanas

1278.

Inter Rao reclama USD 7.806,00 por gastos del agente de aduanas1133 - pretensión a la que CELEC no se opone1134. En consecuencia, el Tribunal reconoce USD 7.806,00 en favor de Inter Rao en concepto de pago de los honorarios incurridos por el agente de aduanas.

* * *

1279.

El Tribunal Arbitral considera que, a la vista de las pruebas disponibles, el monto de USD 136.179,281135 por obras y gastos adicionales ha quedado comprobado.

9. Conclusión

1280.

En resumen, el Tribunal Arbitral considera que el monto total del Valor de Terminación en favor de Inter Rao asciende a USD 32.079.489,11, que incluye los siguientes conceptos:

- USD 5.960.803,70 por trabajos de montaje pendientes de pago;
- USD 8.293.667,23 relacionado con los equipos y trabajos realizados bajo la OC No. 2;
- USD 1.680.161,78, relacionado con los equipos y trabajos cubiertos por la OC No. 3;

- USD 9.099.877,71 por los costos de prolongación entre el 22 de mayo de 2015 y el 12 junio de 2016;
- USD 5.467.000,10 por los costos de prolongación entre el 13 de junio de 2016 y el 23 de marzo de 2017;
- USD 1.441.799,32, en intereses de demora;
- USD 136.179,28 relacionado con otros costos por obras y gastos adicionales.

1281.

De este monto total el Tribunal debe deducir la cantidad de USD 81.709,04 por el coste de reparación de la losa de playa dañada por causas imputables a Inter Rao1136.

1282.

Es decir, el Valor de Terminación asciende a USD 31.997.780,07.

IX.2. LAS GARANTÍAS

1. Posición de las Demandantes

1283.

Inter Rao alega que, de conformidad con la Cláusula 8.3.1(a)(ii), CELEC únicamente puede ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento si decide terminar unilateralmente el Contrato por causa imputable a Inter Rao1137. Dado que la terminación unilateral decretada por CELEC no se ajusta a derecho, no tenía derecho a ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento por valor de USD 7.268.956,90, y debe devolver este importe1138.

1284.

Inter Rao añade que, a la terminación del Contrato, CELEC calculó de forma errónea el Valor de Terminación, estableciendo un crédito en su favor de USD 9 millones; y sobre esta base, CELEC ejecutó la Garantía de Anticipo, por valor de USD 7.249.941,50, ignorando que, en realidad, el Valor de Terminación arrojaba un saldo a favor de Inter Rao1139.

2. Posición de la Demandada

1285.

La Demandada señala que, de acuerdo con la Cláusula 8.3(a), la Garantía de Fiel Cumplimiento sirve para asegurar "el cumplimiento de las responsabilidades" de la Contratista1140. Según CELEC, la Cláusula 8.3.1(a)(i) del Contrato permitió a CELEC ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento, al haberse producido una terminación unilateral anticipada por causas imputables a Inter Rao1141.

1286.

Además, el art. 74 de la LOSNCP también permite a CELEC ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento para "efectivizar las multas que le fueran impuestas al contratista"1142. A la fecha de la terminación, Inter Rao había incurrido el monto máximo de las multas1143. Por tanto, CELEC estaba autorizada a ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento por valor de USD 7.268.956,90 – excepto si el Tribunal concluyera que Inter Rao tenía un derecho a prórroga de al menos de 282 días (entre el 13 de junio de 2016, cuando vencía el plazo contractual y 22 de marzo de 2017, fecha de la terminación contractual)1144.

1287.

Por otra parte, CELEC sostiene que la Cláusula 8.3.1(b)(ii) del Contrato le permite ejecutar la Garantía de Anticipo

"[e]n caso de terminación unilateral del Contrato y que el CONTRATISTA no pague a la CONTRATANTE el saldo adeudado del anticipo, después de diez días de notificado con la liquidación del Contrato"1145.

1288.

En este caso, CELEC estaba facultada para terminar el Contrato e Inter Rao se negó a reintegrar el monto no amortizado del anticipo, de USD 7.249.941,501146, que Four-C ha calculado1147 y que ha sido confirmado por el Ing. Linares1148.

3. Decisión del Tribunal Arbitral

1289.

La Cláusula 4.2 del Contrato define la Garantía de Fiel Cumplimiento y la Garantía de Anticipo en los siguientes términos:

"(ff): 'Garantía de Fiel Cumplimiento' tendrá el significado que se le asigna en la Cláusula 8.3 de este Contrato con plazo establecido de 44 Meses desde su otorgamiento hasta la Fecha de Recepción Provisional con posibilidad de disminuir la suma de la garantía en proporción al precio de cada Unidad puesta en marcha.

[...]

(gg) 'Garantía de Anticipo' tendrá el significado que se le asigna en la Cláusula 8.3 de este Contrato con plazo establecido de 44 Meses a partir de su otorgamiento con posibilidad de disminuir la suma de garantía en proporción al precio de las Obras realizadas".

1290.

A su vez, la Cláusula 8.3 del Contrato establece que:

"8.3. De conformidad con lo dispuesto en los artículos 74, 75 y 76 de la LOSNCP. Para seguridad del cumplimiento de sus responsabilidades previstos [sic] en el presente Contrato el CONTRATISTA está obligado a rendir las siguientes garantías:

a) De fiel cumplimiento.- El CONTRATISTA, en el plazo no mayor a 10 (diez) Días hábiles a partir de la Fecha Efectiva, para seguridad del cumplimiento de éste y para responder de las obligaciones que contrajera frente a terceros, relacionadas con el contrato, rendirá a favor de la CONTRATANTE, una garantía de las señaladas en los numerales 1, 2 y 5 del artículo 73 de la LOSNCP, por un monto equivalente al (5%) cinco por ciento del valor total del Contrato, que estará vigente hasta la Entrega Recepción Provisional de cada Unidad, la cual disminuirá con la Entrega Recepción Provisional de cada Unidad.

b) De anticipo. En garantía del buen uso del anticipo el CONTRATISTA entregará a la CONTRATANTE, en el plazo no mayor a (15) quince Días hábiles a partir de la Fecha Efectiva una garantía de las señaladas en el Artículo 73 de la LOSNCP por un monto equivalente al (100%) cien por ciento del valor entregado por dicho concepto. Esta garantía se reducirá gradualmente

a medida que se amortice el anticipo; quedando vigente sin embargo por un (5%) cinco por ciento de su valor hasta la Entrega Recepción Provisional de cada Unidad".

1291.

Finalmente, la Cláusula 8.3.1 del Contrato establece los casos en los que surge el derecho de CELEC a ejecutar las Garantías, de la que se destaca lo siguiente¹¹⁴⁹:

"a) La de fiel cumplimiento del Contrato:

(i) Cuando la CONTRATANTE declare anticipada y unilateralmente terminado el contrato por causas imputables al CONTRATISTA;

(ii) [...].

b) La de anticipo:

(i) [...]; y

(ii) En caso de terminación unilateral del contrato que el CONTRATISTA no pague a la CONTRATANTE el saldo adeudado del anticipo, después de diez días de notificado con la liquidación del contrato". [Subrayado del Tribunal]

3.1 Hechos

1292.

Para garantizar sus obligaciones contractuales Inter Rao proporcionó las siguientes Garantías:

- Garantía de Fiel Cumplimiento por importe de USD 7.249,941,50, equivalente al 5% del precio del Contrato¹¹⁵⁰, que vencía el 10 de abril de 2015¹¹⁵¹;

- Garantía de Anticipo de USD 28.999.766, equivalente al 100% del anticipo recibido¹¹⁵², que vencía el 10 de abril de 2015¹¹⁵³.

1293.

Las Garantías debían ser renovadas periódicamente; y, en dichas renovaciones, la Garantía de Anticipo se reducía proporcionalmente a la ejecución del Contrato, debiendo mantenerse el nivel del 5% hasta la Recepción Provisional¹¹⁵⁴.

1294.

Al momento de la terminación, las Demandantes habían renovado las Garantías en dos ocasiones:

- Primero, las Garantías fueron renovadas el 24 de septiembre de 2015 por el monto de USD 7.249,941,50 (Garantía de Fiel Cumplimiento) y USD 24.857.946,09 (Garantía de Anticipo)¹¹⁵⁵;

- Posteriormente, el 20 de septiembre de 2016 las Demandantes renovaron nuevamente las Garantías hasta el 16 de diciembre de 2017, por el monto de USD 7.268.956,90¹¹⁵⁶ (Garantía de Fiel Cumplimiento) y USD 11.032.336,30 (Garantía de Anticipo)¹¹⁵⁷.

La Resolución de Terminación
1295.

El 22 de marzo de 2017 CELEC emitió la Resolución de Terminación 1158. En la Resolución de Terminación, CELEC calculó el Valor de Terminación en su favor, por un total de USD 9.781.379,69 1159. Asimismo, en el numeral séptimo de la Resolución de Terminación, CELEC resolvió

"Ejecutar las garantías rendidas por [Inter Rao], de 17 de junio de 2015, a favor de [CELEC], al amparo de lo previsto en el artículo 95 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública y 146 de su Reglamento General, para lo cual se oficiará al Citibank N.A. Sucursal Ecuador, con el contenido de la presente Resolución y el detalle de las mismas" 1160.

1296.

El 11 de abril de 2017 CELEC remitió un oficio a Inter Rao señalando que la Contratista "[...] ha incumplido su obligación de devolver el valor del anticipo no amortizado [...] valor que corresponde a US\$ 7.249.941,50" 1161.

1297.

El 5 de mayo de 2017 las Demandantes manifestaron su desacuerdo con el cálculo del anticipo no amortizado. Para Inter Rao, considerando la liquidación económica realizada por la propia CELEC en la Resolución de Terminación, la diferencia entre el precio recibido y la prestación realizada arrojaba un valor de USD 2.408.826,77 1162, que se correspondería con el valor del anticipo no amortizado. Por lo tanto, la Garantía de Anticipo en ese momento no debía superar los USD 2.408.826,77 1163.

1298.

Además, Inter Rao recordó que las Partes se encontraban en medio de un proceso de mediación, donde se analizaría, inter alia, la liquidación económica del Contrato. Por consiguiente, Inter Rao solicitó que CELEC se abstuviese de solicitar la ejecución de la totalidad de la Garantía de Anticipo hasta que se concluyera el análisis de la documentación presentada dentro del proceso de mediación 1164.

1299.

Sin embargo, el mismo día CELEC solicitó a la institución garante la ejecución de la Garantía de Fiel Cumplimiento por el monto de USD 7.268.956,90 1165; y el 15 de mayo de 2017 Inter Rao pagó esta cantidad 1166.

1300.

Asimismo, el 16 de mayo de 2017 CELEC ejecutó la Garantía de Anticipo por valor de USD 7.249.941,50, al considerar que Inter Rao había incumplido su "obligación de devolver el anticipo no amortizado" 1167. El 25 de mayo de 2017 Inter Rao satisfizo esta cantidad 1168.

3.2 Garantía de Fiel Cumplimiento

1301.

Inter Rao pide que CELEC restituya la Garantía de Fiel Cumplimiento que ejecutó indebidamente 1169. Según las Demandantes, dado que CELEC no tenía derecho a resolver el Contrato, no estaba facultada para ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento.

1302.

CELEC ha argumentado que tenía derecho a ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento por dos motivos:

- En primer lugar, porque, ante el incumplimiento de Inter Rao, CELEC estaba facultada para terminar el Contrato anticipada y unilateralmente, y hacer efectiva la Garantía de Fiel Cumplimiento;

- y alternativamente, aun en el caso de que la terminación unilateral fuera ilícita, Inter Rao habría incurrido en un retraso no excusable y, por lo tanto, la Demandada tendría derecho a aplicar la multa igual al 5% del Contrato (USD 7.268.956,90) y ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento.

1303.

El Tribunal Arbitral se posiciona con las Demandantes.

1304.

Como ya se ha señalado repetidamente, el Tribunal ha establecido que Inter Rao no incumplió sus obligaciones contractuales, de forma que habilitase a CELEC a terminar el Contrato anticipada y unilateralmente. Por lo tanto, la Demandada no estaba facultada para ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento por esta causa.

1305.

El Tribunal también ha concluido que las Partes acordaron extender el plazo contractual hasta el 5 de abril de 2017 y, por tanto, Inter Rao no incurrió en un retraso no excusable que permitiese a CELEC aplicar la multa correspondiente y ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento para hacerla efectiva.

1306.

De lo anterior se deduce que CELEC debe restituir el monto de USD 7.268.956,90 pagado por Inter Rao.

3.3 Garantía de Anticipo

1307.

Inter Rao también pide que CELEC restituya la Garantía de Anticipo que ejecutó1170. Según las Demandantes, dado que el Valor de Terminación acredita un saldo en favor de Inter Rao, CELEC no tenía derecho a cobrarse la Garantía de Anticipo por valor de USD 7.249.941,50. CELEC, en cambio, considera que Inter Rao se negó a reintegrar el monto no amortizado del anticipo, lo que permitía a CELEC a ejecutar la Garantía de Anticipo1171.

1308.

El Tribunal Arbitral se posiciona con la Demandada.

1309.

El anticipo constituye un avance de fondos por parte de CELEC, hecho antes de que el Contratista haya realizado aún ninguna prestación. El Contratista va haciendo suyo el anticipo (lo "amortiza"), a medida que cumple con sus obligaciones contractuales. Por consiguiente, si el Contratista no llega a realizar el Proyecto en su integridad debe devolver la parte del anticipo que aún no haya sido amortizada con sus cumplimientos parciales.

1310.

CELEC pagó USD 28.999.766 en concepto de anticipo. En paralelo, Inter Rao proporcionó la Garantía de Anticipo, por un monto igual.

1311.

El Ing. Linares, perito de las Demandantes, ha explicado que el anticipo pagado por CELEC se fue amortizando con la ejecución del Contrato, de forma que a la fecha de la Resolución aún quedaba por amortizar la cantidad de USD 7.249.941,501172 -la misma cifra por la que CELEC ejecutó la Garantía de Anticipo. El anticipo pendiente de amortización correspondía a los trabajos del Hito 7 (montaje), según se desprende de esta tabla:

Table 13 Summary of the amounts invoiced and payments in the Project

Payment scheme / Stage (Hito) per the Aetas Advance payment	Amount in USD	% of Price, as per Aetas	20% Adv. payment	% as per Clause 7	Invoiced, as Net paid to the Claimants
28,999,766.00	20.00%	0.00%	0.00%	28,999,766.00	28,999,734.00
Stage (Hito) J- Design of the Turbine & Generator	7,249,941.50	5.00%	9,062,426.88	6.25%	-1,812,485.38
Stage (Hito) 2- Provision of model tests	7,249,941.50	5.00%	9,062,426.88	6.25%	-1,812,485.38
Stage (Hito) 3- Procurement of materials	7,249,941.50	5.00%	9,062,426.88	6.25%	-1,812,485.38
Stage (Hito) 4- Upon arrival of material to the factory	7,249,941.50	5.00%	9,062,426.88	6.25%	-1,812,485,38
Stage (Hito) 5- Manufacturing of Turbine & Generator	28,999,766.00	20.00%	36,249,707.50	25.00%	-7,249,941.50
Stage (Hito) 6- End of manufacturing Turbine & Generator	28,999,766.00	20.00%	36,249,707.50	25.00%	-7,249,941.50
Stage (Hito) 7- Installation & commissioning	28,999,766.00	20.00%	0.00	25.00%	0.00
Total (as of 22 March 2017)	144,998,830.00	100.00%	108,749,122.50	100.00%	-7,249,941.50
					115,999,032.00

Source: Annexes FTI-TL-008 Aetas issued CELEC, and FTI-TL-011 Proofs of payments.

Análisis

1312.

Una vez terminado el Contrato, ¿tenía CELEC derecho a ejecutar la Garantía de Anticipo por el saldo adeudado del anticipo?

1313.

La cláusula relevante del Contrato es la 8.3.1(b)(ii) que reza así1173:

"b) La de anticipo:

[...]

(ii) En caso de terminación unilateral del contrato que el CONTRATISTA no pague a la CONTRATANTE el saldo adeudado del anticipo, después de diez días de notificado con la liquidación del contrato". [Subrayado del Tribunal]

1314.

De acuerdo con esta Cláusula, en caso de terminación unilateral del Contrato, CELEC estaba facultada para ejecutar la Garantía de Anticipo, siempre que "el Contratista no pague a la Contratante el saldo adeudado del anticipo" dentro de los diez días siguientes al reclamo. Es

decir, para tener por cumplida la Cláusula 8.3.1(b)(ii), basta con que ante la terminación unilateral (sin diferenciar el Contrato a qué parte se deba imputar el incumplimiento), Inter Rao no pague a CELEC el saldo adeudado del anticipo, en un plazo de diez días desde la notificación. 1315.

El Ing. Linares, el perito de las Demandantes, ha analizado la cuantía del anticipo que estaba pendiente a la fecha de la terminación, y ha establecido que ascendía a USD 7.249.941,501174; en consecuencia, CELEC estaba autorizada a reclamar a Inter Rao la devolución de esta cantidad, pues terminado el Contrato no había posibilidad que Inter Rao amortizara importes adicionales. Transcurrido un plazo de 10 días desde la reclamación, sin que Inter Rao efectuase el pago, CELEC estaba en su derecho de ejecutar la Garantía de Anticipo – cosa que efectivamente hizo por una cuantía de USD 7.249.941,50.

1316.

El Tribunal Arbitral considera, por tanto, que CELEC no tiene la obligación de restituir los USD 7.249.941,50 cobrados en concepto de Garantía de Anticipo.

1317.

Existe un segundo argumento: la decisión del Tribunal evita un enriquecimiento injusto en beneficio de Inter Rao. El Tribunal ya ha concluido en la Sección IX.1.1. que CELEC debe satisfacer a Inter Rao USD 5.960.803,70 por los trabajos de montaje ya realizados, que corresponden al Hito 7. Si acogiese también la pretensión de Inter Rao de que CELEC le restituya el anticipo de USD 7.249.941,50 por estos trabajos, las Demandantes obtendrían un enriquecimiento injusto:

- Inter Rao recibiría una doble compensación por los trabajos de montaje que llegó a ejecutar; y
- Además, recibiría USD 1.289.137,80 por trabajos de montaje que nunca llegó a ejecutar.

Contraargumento de las Demandantes

1318.

Inter Rao sostiene que la Cláusula 8.3.1 del Contrato sólo se aplicaría en el caso de finalización del Proyecto en condiciones normales, tras la construcción del Proyecto en su totalidad, no para casos de terminación anticipada, en los que prevalecerían las cláusulas 4.2(dddd) y 11.14, que regulan el Valor de Terminación. Y si el Valor de Terminación resultara ser favorable a la Contratista, en tal caso CELEC no tendría derecho a la devolución del anticipo, que habría quedado totalmente amortizado1175.

1319.

El Tribunal Arbitral no está de acuerdo.

1320.

La solución que plantean las Demandantes generaría un enriquecimiento injusto. En la Sección IX.1.9. supra el Tribunal Arbitral ya reconoció que el Valor de Terminación es favorable a Inter Rao, asciende a USD 31.997.780,07 y que CELEC es deudora por esta cantidad. Nótese que en el cálculo del Valor de Terminación no se ha descontado ningún monto por concepto de anticipo no amortizado. Si el Tribunal Arbitral, al tiempo que reconoce un Valor de Terminación en favor de Inter Rao, ordenara a CELEC restituir la Garantía de Anticipo, Inter Rao estaría recibiendo más de lo debido.

IX.3. DAÑOS Y PERJUICIOS DE INTER RAO

1. Posición de las Demandantes

1321.

Las Demandantes sostienen que Inter Rao tiene derecho a los daños y perjuicios ocasionados, por un valor de USD 8.039.019,281176, que se subdividen en Costes Post-Terminación y Costes TM1177.

1.1 Costes Post -Terminación

1322.

Los Costes Post-Terminación se dividen en los costes de mantener las Garantías y de financiar la filial local.

A. Coste de mantener las Garantías

1323.

Inter Rao reclama USD 41.010,62 por el coste de mantener las Garantías, desde la terminación del Contrato hasta la ejecución de las Garantías, en mayo de 20171178.

1324.

Las Demandantes reconocen que el coste de mantener las Garantías se originó en Octubre de 2016, cuando fueron renovadas; pero la terminación unilateral del Contrato causó que estos costes fuesen a fondo perdido, por lo que deben ser compensados1179.

B. Coste de financiación de la filial local

1325.

Las Demandantes piden USD 759.040,02 por el coste incurrido para mantener la filial ecuatoriana tras la terminación del Contrato y hasta noviembre de 20181180. Tras la terminación del Contrato Inter Rao tuvo que mantener personal en Ecuador para recopilar información necesaria para su defensa1181. Además, la legislación Ecuatoriana impide disolver y liquidar empresas en tanto haya disputas pendientes1182.

1326.

Las Demandantes han presentado los informes de sus expertos Sr. Linares y Korolev para sustentar el coste de financiación de la filial1183.

1.2 Costes TM

1327.

Los Costes TM son aquellos costes de mayor permanencia, incurridos entre marzo de 2017 y junio de 20191184, que Tyazhmash reclama a Inter Rao en cumplimiento del contrato que unía a Inter Rao como contratista con Tyazhmash como subcontratista. Inter Rao dice deber a Tyazhmash ciertas cantidades, y por este concepto pretende repercutir USD 7.238.968,65 a CELEC1185.

1328.

Inter Rao añade que estos daños eran previsibles. En la Carta de Intención, las Partes acordaron que Inter Rao podía superar el límite de contratación del 30%, fijado en el Art. 79 LOSNCP, y CELEC por lo tanto era consciente de que Inter Rao había subcontratado el Proyecto a Tyazhmash. Por lo tanto, CELEC podía prever que un incumplimiento por terminación unilateral injustificada causaría un reclamo del subcontratista1186.

1329.

En cuanto al riesgo de la doble compensación que pudiese recibir Tyazhmash, las Demandantes alegan lo siguiente1187:

- El riesgo de doble compensación en favor de Tyazhmash no puede provocar la extinción de la responsabilidad de CELEC por los daños causados a Inter Rao;

- Algunos de los reclamos de Inter Rao (como el pago del equipo no entregado), se corresponde a deudas de Inter Rao con Tyazhmash;

- En cualquier caso, es imposible para Inter Rao verificar si existe algún solapamiento entre los valores que Inter Rao reclama conforme al Contrato y valores o trabajos conforme al Contrato TM, ya que CELEC se negó a revelar los precios desglosados del Contrato TM.

2. Posición de la Demandada

2.1 Costes Post-Terminación

A. Costes de mantener las Garantías

1330.

CELEC sostiene que el coste de mantener las Garantías nada tiene que ver con la terminación del Contrato. Inter Rao renovó las Garantías el 23 de octubre de 2016, conforme a su obligación contractual 1188, mucho antes de la terminación unilateral. La prórroga de las Garantías (y el incremento de su coste) no es una consecuencia de la terminación, sino de la prolongación del Proyecto, por causa imputable a Inter Rao, por lo que no cabe el reclamo 1189.

B. Coste de financiación de la filial local

1331.

La Demandada sostiene que Inter Rao no tiene derecho a este concepto de daños, pues no ha demostrado que el mantenimiento de la filial local fuese necesario para ejercer sus derechos. La sede del arbitraje es Chile, no Ecuador y, por tanto, no había necesidad alguna de mantener al personal de Inter Rao en Ecuador más allá de la terminación del Contrato 1190.

1332.

No es cierto, tal como señalan las Demandantes, que la legislación ecuatoriana le impidiera a Inter Rao cerrar su filial antes de noviembre de 2018. La Ley de Compañías del Ecuador sólo requiere la supervisión de la Superintendencia de Compañías, en un proceso de disolución y liquidación que dista de ser complejo 1191. Inter Rao habría incurrido en el coste de liquidación en todo caso, incluso si el Contrato se hubiese llevado a término de forma satisfactoria 1192.

1333.

La Demandada también considera que los costes no están debidamente acreditados, pues Inter Rao sólo presenta transferencias bancarias entre la matriz rusa y la filial ecuatoriana, sin que pueda verificarse el concepto 1193; Inter Rao incurrió en costes innecesarios, como si el Proyecto siguiera en marcha, y, por tanto, incurrió en estos costes por su cuenta y riesgo 1194.

1334.

Por último, si el Tribunal aceptase el reclamo, CELEC solicita que el Tribunal minore la cantidad reclamada, ya que Inter Rao no mitigó los daños generados por este incidente, al cerrar la filial mucho tiempo después de lo estrictamente necesario 1195.

2.2 Costes TM

1335.

CELEC señala que el reclamo de USD 7.238.968,65, en concepto de Costes de TM debe ser desestimado por varias razones:

1336.

Primero, el reclamo es irrazonable, pues cubre una extensión de 27 meses desde la terminación del Contrato1196.

1337.

Segundo, la relación jurídica entre Inter Rao y Tyazhmash es inoponible frente a CELEC, por falta de consentimiento. Tyazhmash es un tercero ajeno a la relación jurídica de las Partes, por lo que sus costes no pueden impactar en CELEC1197.

1338.

Tercero, son daños imprevisibles y, por tanto, contrarios al Art. 1574 del CC. El daño indemnizable sólo es aquel que las partes pudieron prever y que se incluyen en la propuesta económica de Inter Rao. Los daños de los subcontratistas no se encuentran en esta esfera de protección1198.

1339.

Cuarto, el perito Four-C comprobó que la cifra que pide Inter Rao está sustentada en un informe de auditoría de la propia TM1199, que el perito de la Demandada no ha podido revisar o verificar1200.

3. Decisión del Tribunal Arbitral

1340.

Inter Rao reclama dos conceptos de daño emergente como consecuencia de la terminación unilateral del Contrato:

- Los Costes Post-Terminación, que comprenden los de mantener en vigor las Garantías desde la terminación hasta su ejecución en mayo de 2017 y los costes de mantener la filial ecuatoriana hasta noviembre de 2018;

- Los Costes TM, que son los costes de prolongación de Tyazhmash entre marzo de 2017 y junio de 20191201, y que Tyazhmash reclama a Inter Rao.

1341.

El Tribunal ya ha establecido que CELEC incurrió en un incumplimiento contractual indemnizable al terminar el Contrato anticipada y unilateralmente sin concurrir causa legítima para ello. El Art. 1572 del CC establece que:

"La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provengan de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento".

Los requisitos del daño en Derecho ecuatoriano

1342.

Para reconocer pretensiones indemnizatorias por incumplimiento del Contrato, se deben cumplir los siguientes requisitos:

- El daño debe ser cierto, es decir, la demandante debe probar la pérdida patrimonial que haya sufrido1202;

- El daño ha de ser directo, por existir un nexo causal, de forma que los perjuicios ocasionados sean consecuencia lógica e inmediata del incumplimiento contractual1203.

1343.

A continuación, el Tribunal analizará si se cumplen los requisitos para reconocer la indemnización por los daños que reclama Inter Rao.

3.1 Costes Post-Terminación

1344.

Inter Rao reclama:

- USD 41.010,62 por el coste de mantener las Garantías tras la terminación del Contrato hasta que CELEC las ejecutara, en mayo de 2017; y

- USD 759.040,02 correspondiente al coste incurrido para mantener la filial ecuatoriana tras la terminación del Contrato y hasta noviembre de 2018.

1345.

En este caso, el Tribunal constata que se dan los dos requisitos para reconocer la pretensión indemnizatoria:

1346.

Primero, Inter Rao ha ofrecido prueba suficiente de haber incurrido en estos costes en el periodo señalado, a través de la auditoría independiente del Sr. Korolev1204.

1347.

Segundo, el Tribunal considera que se trata de un daño directo y conectado causalmente con el incumplimiento de la Demandada. El Tribunal ya ha concluido que Inter Rao tenía derecho a una extensión de plazo para ejecutar el Proyecto hasta marzo de 2018 – véase Sección VIII.1. supra; CELEC debió concederla, con la consecuencia, de conformidad con la Adenda No. 5, de tener que reconocer a la Contratista estos conceptos como costes de prolongación. Al haber terminado anticipadamente el Contrato, CELEC ha privado a Inter Rao de estos derechos y le ha causado un daño emergente que debe indemnizar.

1348.

El Tribunal, sin embargo, debe hacer una corrección respecto al coste incurrido para mantener la filial ecuatoriana tras la terminación del Contrato, ya que la Demandante incluye los costes incurridos hasta noviembre de 2018; pero en el escenario contrafáctico, el Tribunal únicamente ha reconocido a Inter Rao una prórroga hasta marzo de 2018. Excluyendo los costes incurridos entre abril y noviembre de 2018, el monto total compensable es de USD 473.477,791205.

1349.

En resumen, el Tribunal decide que CELEC debe indemnizar a Inter Rao

- en la cantidad de USD 41.010,62 por el coste de mantener las Garantías tras la terminación del Contrato hasta mayo de 2017 y

- el monto de USD 473.477,79 correspondiente al coste incurrido para mantener la filial ecuatoriana tras la terminación del Contrato y hasta marzo de 2018.

1350.

El Tribunal por lo tanto reconoce el reclamo indemnizatorio por valor de USD 514.488,411206.

3.2 Costes TM

1351.

Inter Rao también pide USD 7.238.968,65 por los costes de prolongación en los que supuestamente incurrió Tyazhmash entre marzo de 2017 y junio de 2019, y que la subcontratista le estaría reclamando a Inter Rao.

1352.

En este caso, el Tribunal considera que el reclamo indemnizatorio Inter Rao no cumple con el requisito de certeza del daño. La única prueba que ha aportado Inter Rao es una carta de 15 de noviembre de 2019, en la que Tyazhmash hace una reclamación a Inter Rao1207. Pero Inter Rao no ha aportado más información de qué sucedió con esa reclamación, formulada ya hace casi cuatro años, ni si Tyazhmash ha insistido en el pago o reclamado judicialmente este concepto.

1353.

La carta no prueba que Tyazhmash haya iniciado un procedimiento judicial o arbitral contra Inter Rao, ni que Inter Rao haya llegado a satisfacer alguna cantidad.

1354.

Ante la falta de prueba aportada por Inter Rao, el Tribunal considera que la situación más probable es que Tyazhmash haya desistido del reclamo y que haya preferido recuperar esos costes de prolongación a través del Contrato TM, incorporándolos al precio de USD 124 millones, que acordó con CELEC para la finalización de los trabajos conforme al nuevo Contrato TM.

1355.

En vista de lo anterior, el Tribunal desestima este reclamo indemnizatorio.

IX.4. RECLAMACIONES RECONVENCIONALES DE CELEC

1. Los reclamos reconvencionales (1), (3), (4), (5) y (6)

1356.

En vía reconvencional, CELEC reclama a Inter Rao un total de USD 153.5 millones en concepto de indemnización de los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de los incumplimientos contractuales de Inter Rao1208:

- (1) USD 38.014.957,02 por la no entrada en operación de la Central Toachi-Pilatón a tiempo;

- (2) USD 94.761,18 por la mayor permanencia del contratista de diseño C&C;

- (3) USD 1.190.264,85 por la mayor permanencia del contratista supervisor, CPT, y por la contratación de Duero Ingeniería;

- (4) USD 17.302.660,91 por los costes del personal de CELEC y otros recursos internos por la mayor duración del Proyecto;

- (5) USD 69.687.308,52 por la finalización de las obras electromecánicas e hidromecánicas del Proyecto; y

- (6) USD 27.202.397,33 por los costes de financiamiento por la mayor duración del Proyecto.

1357.

Inter Rao dice que el Tribunal debe desestimar las pretensiones reconventionales de CELEC en su totalidad, pues cada una de ellas en el fondo carece de mérito.

1358.

Las Demandantes añaden un argumento previo: si el Tribunal concluyera que la terminación unilateral y anticipada del Contrato no se ajustó a Derecho, todos los reclamos reconventionales de CELEC decaerían por esta sola causa, con una única excepción: la reclamación (2) por mayor permanencia del contratista de diseño C&C, cuyo importe es de USD 94.761,181209.

Consecuencias de la terminación no ajustada a Derecho

1359.

El Tribunal efectivamente ha concluido que la terminación unilateral y anticipada del Contrato no se ajustó a Derecho, por lo que procede analizar en primer lugar el argumento previo de las Demandantes: que como consecuencia de esta decisión han decaído todas las reclamaciones reconventionales (con excepción de la (2)).

1360.

El Tribunal comparte el argumento de las Demandantes: los reclamos reconventionales (1)1210, (3)1211, (4)1212, (5)1213 y (6)1214 están basados en una asunción previa: que Inter Rao hubiera incumplido sus obligaciones contractuales, en particular, las relacionadas con el plazo de ejecución del Contrato y, en consecuencia, que CELEC estuviera facultada a terminar anticipada y unilateralmente el Contrato. El Tribunal ha llegado a la conclusión contraria: ha decidido (en la Sección VIII. supra) que Inter Rao no incurrió en incumplimiento de sus obligaciones contractuales, y que CELEC no estaba legitimada a terminar el Contrato anticipada y unilateralmente. En particular, el Tribunal ha concluido que las Partes acordaron extender el plazo contractual hasta el 5 de abril de 2017 y, por tanto, que Inter Rao no incurrió en un retraso no excusable.

1361.

A la vista de lo anterior, los reclamos reconventionales (1), (3), (4), (5) y (6) decaen, por no haberse confirmado los presupuestos fáctico y jurídico sobre los que estaban articulados.

1362.

Queda únicamente por analizar el reclamo reconvenicional (2), por la mayor permanencia del contratista de diseño C&C.

2. El reclamo reconvenicional (2)

2.1 Posición de la Demandada

1363.

CELEC reclama USD 94.761,18 por la mayor permanencia del contratista de diseño C&C, que tuvo que rediseñar 144 planos de diseño que originalmente estaban a cargo de Inter Rao1215.

1364.

CELEC explica que, conforme a la adenda al Contrato de Diseño de 10 de marzo de 2014, C&C debía elaborar diseños para las estructuras principales de la obra. El cronograma integrado establecía la previa entrega de insumos por parte de Inter Rao, para que C&C pudiese realizar los diseños1216.

1365.

En febrero de 2015 C&C notificó a CPT que, a causa de la entrega tardía de información por parte de Inter Rao, había tenido que rediseñar algunos de estos planos, incurriendo en costes adicionales1217. Four-C revisó los justificativos para acreditar las modificaciones y concluyó que

144 planos, de un total de 456, fueron modificados por culpa de la alegada entrega tardía de información por Inter Rao¹²¹⁸.

1366.

CELEC invoca el Art. 1569 del CC, que permite al acreedor la ejecución forzosa de la obligación a expensas del deudor; y el Art. 95 de la LOSNCP, que permite la contratación directa tras la terminación unilateral. Para CELEC, la ejecución forzosa de la obligación no es una indemnización por responsabilidad civil y, por lo tanto, no está sujeta al límite de responsabilidad contractual del 10% del Anexo 1 del Contrato¹²¹⁹.

2.2 Posición de las Demandantes

1367.

Las Demandantes rechazan la pretensión sobre la base de tres argumentos:

1368.

Primero, Inter Rao dice que el rediseño de los planos fue necesario debido a la información incompleta que CELEC suministró a C&C en la fase precontractual y por los cambios de diseño en las estructuras, particularmente la Casa de Máquinas Sarapullo¹²²⁰. En opinión de las Demandantes, CELEC no habría logrado probar que la necesidad de que C&C rediseñara los planos sea atribuible a un incumplimiento por parte de Inter Rao - es decir, no habría probado la necesaria causalidad entre el supuesto incumplimiento y el daño sufrido¹²²¹.

1369.

Segundo, Inter Rao añade que la Demandada no ha probado el daño, pues no ha proporcionado la información de las horas adicionales que C&C efectivamente tuvo que invertir para rediseñar los planos, limitándose a proporcionar una estimación del tiempo empleado, que Four-C no ha verificado de forma independiente¹²²².

1370.

Tercero, CELEC no habría mitigado los daños, pues si efectivamente faltaba cierta información, C&C debió abstenerse de preparar diseños incompletos y CELEC no debió haber aceptado esos diseños, sino extender el plazo hasta que C&C tuviera toda la información necesaria¹²²³.

2.3 Decisión del Tribunal

1371.

CELEC reclama los costos adicionales incurridos por el contratista de diseño C&C, que tuvo que rediseñar 144 planos, por haberse retrasado Inter Rao en proporcionar la información que estaba obligada a entregar. Inter Rao se opone, arguyendo que CELEC no ha logrado probar un incumplimiento contractual, ni tampoco la causalidad o el daño sufrido.

1372.

El Tribunal Arbitral se posiciona con las Demandantes.

1373.

El 1 de marzo de 2011 CELEC firmó con C&C el Contrato de Diseño. Según dicho Contrato, C&C debía preparar el diseño de ingeniería sobre la base de los diseños iniciales preparados por CELEC y entregados a los contratistas en la fase precontractual; el plazo de entrega original era el 17 de abril de 2013. No obstante, en julio de 2012 se detectaron unas fallas geológicas, que comprometían la estructura de la Casa de Máquinas Alluriquín. Por otro lado, en agosto de 2012, y "por razones ajenas a Inter Rao"¹²²⁴, CELEC requirió el rediseño de las compuertas de mantenimiento del vertedero Pilatón y de las tuberías de presión para las Centrales Sarapullo y

Alluriquín (que fueron objeto de las OCs Nos. 1 y 2), lo que a su vez ocasionó el rediseño de ciertos equipos electromecánicos e hidromecánicos¹²²⁵.

1374.

Como consecuencia de lo anterior, el Contrato de Diseño con C&C se tuvo que prorrogar en dos ocasiones y el plazo final para la ingeniería de detalle quedó fijado el 26 de enero de 2015 (un día después del plazo original para la finalización de las obras civiles)¹²²⁶. La mayoría de los rediseños mencionados por CELEC se relacionan con la Casa de Máquinas Sarapullo, que fue precisamente objeto de las modificaciones recogidas en las OCs Nos. 1 y 2 y solicitadas por la propia CELEC¹²²⁷.

1375.

CELEC no ha demostrado que C&C se viera forzada a rediseñar 144 planos de diseño por causas atribuibles a Inter Rao. Por el contrario, la prueba muestra que los cambios en los diseños se debieron a causas ajenas a Inter Rao, y fueron solicitados por la propia Demandada.

1376.

Por otra parte, CELEC tampoco ha demostrado que, a raíz de la alegada entrega tardía de información por parte de Inter Rao, había tenido que rediseñar algunos de estos planos, incurriendo en costes adicionales.

1377.

En consecuencia, el Tribunal desestima el reclamo reconvenzional (2) de CELEC.

IX.5. INTERESES

1. Posición de las Demandantes

1378.

Inter Rao reclama intereses por los tres conceptos principales:

- El Valor de Terminación: por este concepto las Demandantes reclaman el interés devengado desde la fecha de la terminación del Contrato, hasta la fecha de pago efectivo, a la tasa prevista en la Cláusula 7.3 del Contrato, es decir, la tasa máxima por mora establecida por el Banco Central de Ecuador¹²²⁸.

- Las Garantías: por este concepto las Demandantes reclaman el interés devengado desde el día siguiente al que Inter Rao pagó al banco las sumas de las Garantías – el 16 y 26 de mayo de 2017 – hasta la fecha de pago efectivo¹²²⁹; Inter Rao sostiene que los intereses se devengan a la tasa media ponderada de los préstamos a corto plazo a entidades no financieras, denominada en USD, publicada por el Banco Central de Rusia¹²³⁰.

- Los daños y perjuicios: las Demandantes reclaman el interés devengado sobre los daños y perjuicios, desde que incurrieron en esos costes hasta el pago efectivo; el interés para estos conceptos también lo calcula sobre la base de la tasa media ponderada de los préstamos a corto plazo a entidades no financieras, denominada en USD, publicada por el Banco Central de Rusia¹²³¹.

1379.

En opinión de las Demandantes, el Contrato no establece la tasa de interés aplicable al daño por incumplimiento de Contrato (es decir, para las Garantías y los daños y perjuicios), por lo que sugiere la aplicación de la tasa prevista en la legislación personal del acreedor, en este caso, el

Art. 395 del Código Civil Ruso, que es la tasa media ponderada de los préstamos a corto plazo a entidades no financieras, denominada en USD, publicada por el Banco Central de Rusia¹²³².
1380.

Las Demandantes proponen para todos los conceptos un cálculo de intereses simple¹²³³.

2. Posición de la Demandada

1381.

La Demandada coincide con Inter Rao en la forma de cálculo de interés simple, el dies a quo y dies ad quem, para cada uno de los conceptos¹²³⁴.

1382.

En lo que la Demandada no coincide, es en aplicar la tasa media ponderada de los préstamos a corto plazo a entidades no financieras, denominada en USD, publicada por el Banco Central de Rusia para las cantidades debidas por la ejecución de las Garantías y por los daños y perjuicios que Inter Rao reclama¹²³⁵.

1383.

CELEC sostiene que a estos montos debe aplicarse la tasa de la Cláusula 7.3 del Contrato, es decir, la tasa máxima por mora establecida por el Banco Central de Ecuador¹²³⁶.

3. Decisión del Tribunal Arbitral

1384.

El Art. 1575 del Código Civil establece que:

"Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes:

1. Se siguen debiendo los intereses convencionales, si se ha pactado un interés superior al legal, o empiezan a deberse los intereses legales, en el caso contrario; quedando, sin embargo, en su fuerza las disposiciones especiales que autoricen el cobro de los intereses corrientes, en ciertos casos;
2. El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses. En tal caso basta el hecho del retardo;
3. Los intereses atrasados no producen interés [...]"

1385.

Es decir, los intereses por mora se devengan conforme a las siguientes reglas:

- Se aplica la tasa convenida, o en ausencia de ella, el interés legal;

- Los intereses no se capitalizan; es decir, se aplica el interés simple, no el compuesto.

1386.

En la Cláusula 7.3 del Contrato las Partes pactaron la tasa y la forma de devengo de intereses para las deudas en mora:

"Pagos por Mora. Salvo lo dispuesto en el presente Contrato, en caso de que cualquier monto, pagadero de conformidad con el presente Contrato, no sea pagado, la CONTRATANTE en incumplimiento deberá pagar intereses a la máxima tasa por mora establecida por el Banco

Central del Ecuador sobre cualquier monto vencido y no pagado. Dichos pagos se calcularán sobre las cantidades no pagadas y se computarán por Días desde que venció el plazo hasta la fecha en que se realice la transferencia a la CONTRATISTA. El CONTRATISTA deberá requerir por escrito a la CONTRATANTE este pago".

1387.

Las Partes pactaron todos los elementos necesarios para el cálculo de los intereses:

- La tasa convenida, que se define como la "máxima tasa por mora fijada por el Banco Central del Ecuador"; se trata de una tasa que puede variar, según la determinación que el Banco Central del Ecuador haga en cada momento¹²³⁷;

- El dies a quo, que es aquel en el que "venció el plazo" para satisfacer la deuda;

- El dies ad quem, que es hasta la fecha de pago efectivo ("hasta la fecha en que se realice la transferencia a la CONTRATISTA").

1388.

Las Partes además coinciden en que, de conformidad con el Art. 1575.3 del Código Civil, los intereses se calculan de forma simple, sin que los devengados y no satisfechos devenguen a su vez mayores intereses.

3.1 El Valor de Terminación

1389.

Las Partes coinciden en que la Cláusula 7.3 se debe aplicar para calcular el interés devengado por el monto que CELEC adeuda a Inter Rao en concepto de Valor de Terminación.

1390.

El Tribunal ha establecido que el Valor de Terminación en favor de Inter Rao asciende a USD 31.997.780,07¹²³⁸. Esta cifra ya incluye el monto de USD 1.441.799,32, en intereses de demora por el retraso en el pago de los Hitos 1 a 6. Por lo tanto, el Tribunal debe deducir este monto a efecto del cálculo de intereses, para no contravenir el Art. 1575.3 del Código Civil, que estipula que los intereses atrasados no devengan intereses – como hace el perito de las Demandantes al calcular los intereses de demora¹²³⁹.

1391.

Por lo tanto, el Tribunal determina que CELEC debe pagar el interés simple devengado sobre la cantidad de USD 30.555.980,75¹²⁴⁰, desde el 23 de marzo de 2017, la fecha en que ocurrió la terminación, hasta la fecha del pago efectivo, a la máxima tasa por mora fijada por el Banco Central del Ecuador.

3.2 Garantía de Fiel Cumplimiento

1392.

Las Partes también coinciden en los elementos principales para el cálculo de los intereses devengados por las cantidades debidas por la ejecución irregular de la Garantía de Fiel Cumplimiento:

- El dies a quo, es el 15 de mayo de 2017, fecha en la que Inter Rao pagó al banco emisor¹²⁴¹;

- El dies ad quem, que sería la fecha de pago efectivo; y

- La forma de cálculo es interés simple.

1393.

En lo que las Partes no coinciden es en la tasa aplicable:

- Inter Rao propone la tasa media ponderada de los préstamos a corto plazo a entidades no financieras, denominada en USD, publicada por el Banco Central de Rusia;

- CELEC se decanta por la indicada en la Cláusula 7.3 del Contrato, es decir, la "máxima tasa por mora fijada por el Banco Central del Ecuador".

1394.

El Tribunal se posiciona con la Demandada.

1395.

La Cláusula 7.3 del Contrato es clara y no ofrece margen de duda: la "máxima tasa por mora establecida por el Banco Central del Ecuador" se debe aplicar sobre "cualquier monto vencido y no pagado", "pagadero de conformidad con el presente Contrato".

1396.

La obligación de devolver las cantidades indebidamente ejecutadas de la Garantía de Fiel Cumplimiento constituye un "monto vencido y no pagado" "de conformidad con el presente Contrato", y por lo tanto se le debe aplicar la tasa por mora prevista en dicha cláusula.

1397.

El Tribunal por lo tanto determina que CELEC debe pagar el interés simple devengado sobre la cantidad de USD 7.268.956,901242 (el monto ejecutado de la Garantía de Fiel Cumplimiento), desde el 16 de mayo de 2017 hasta la fecha del pago efectivo, a la máxima tasa por mora fijada por el Banco Central del Ecuador.

3.3 Daños y perjuicios

1398.

El Tribunal ha decidido que CELEC debe indemnizar a Inter Rao por dos conceptos:

- USD 41.010,62 por los costes de mantener las Garantías, tras la terminación del Contrato hasta mayo de 2017; esta cantidad devengará interés simple desde el 1 de junio de 2017 hasta la fecha de pago efectivo, a la "máxima tasa por mora fijada por el Banco Central del Ecuador" (por ser esta la tasa convencional pactada en la Cláusula 7.3 del Contrato);

- USD 473.477,79 por los costes incurridos para mantener la filial ecuatoriana hasta marzo de 2018; esta cantidad devengará interés simple desde el 1 de abril de 2018 hasta la fecha de pago efectivo, nuevamente a la "máxima tasa por mora fijada por el Banco Central del Ecuador" y convenida en la Cláusula 7.3 del Contrato.

X. COSTAS

1399.

El art. 36(2) del Reglamento CAM Santiago establece que en el laudo definitivo el Tribunal Arbitral fijará los gastos y las costas del arbitraje ["Costas del Arbitraje"]. Según el art. 36(1) del Reglamento CAM Santiago, las Costas del Arbitraje comprenden los siguientes conceptos:

- "a. Los honorarios del tribunal arbitral, indicados en forma separada para cada árbitro;
- b. Los gastos de viaje o de otra naturaleza incurridos por el tribunal arbitral, indicados en forma separada para cada árbitro;
- c. En su caso, los honorarios y gastos del perito nombrado por el tribunal arbitral;
- d. En su caso, los honorarios y gastos de los testigos aprobados por el tribunal arbitral;
- e. Otros gastos determinados por el tribunal arbitral en que razonablemente hubiere incurrido la parte vencedora y que se hayan reclamado en el procedimiento arbitral; y,
- f. La tasa u otros cargos del CAM Santiago por concepto de servicios administrativos o de otra naturaleza prestados al tribunal arbitral o a las partes en relación con el procedimiento arbitral".

1400.

Resulta de lo anterior que las Costas del Arbitraje incluyen:

- los honorarios y los gastos de los árbitros, los gastos administrativos del CAM Santiago, así como otros gastos comunes relacionados con el procedimiento arbitral [los "Costes del Procedimiento"], y

- los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje [los "Gastos de Defensa"].

1401.

(En el presente procedimiento no se han incurrido honorarios o gastos de peritos nombrados por el Tribunal Arbitral, ni honorarios o gastos de testigos aprobados por el Tribunal Arbitral).

1402.

Ambas Partes han solicitado al Tribunal Arbitral que su contraparte sea condenada al pago de las Costas del Arbitraje¹²⁴³ y, tras la invitación del Tribunal Arbitral¹²⁴⁴, cada Parte presentó su escrito de costas.

1403.

El Tribunal Arbitral resumirá brevemente las posiciones de las Partes (1.) y luego tomará su decisión (2.).

1. Posición de las Partes

Demandantes

1404.

Inter Rao señala que, si las Demandantes tienen éxito, no hay motivo para apartarse de la regla de que CELEC (la parte perdedora) pague todas las Costas del Arbitraje¹²⁴⁵.

1405.

Inter Rao subraya, además, que la condena en costas solicitada se justifica por el comportamiento de CELEC en el procedimiento, ya que:

- Incumplió sus obligaciones de exhibición documental y no tuvo éxito en sus solicitudes, en comparación con las Demandantes¹²⁴⁶;

- Presentó varias demandas reconventionales carentes de mérito y extemporáneas, incrementando artificialmente el monto en disputa (y los costos correspondientes)1247;
- Presentó memoriales vagos, ambiguos y sin relación con los reclamos, argumentos y posiciones fácticas específicas de las Demandantes (en particular, CELEC no ofreció ningún análisis propio de ruta crítica, ni participó en el análisis de demora de las Demandantes)1248;
- Esperó hasta su última presentación antes de la Audiencia para plantear nuevos argumentos y revelar hechos críticos1249;
- Incumplió las instrucciones del Tribunal Arbitral respecto a los escritos de costas1250.

1406.

Por lo tanto, las Demandantes concluyen que el Tribunal Arbitral deberá ordenar a la Demandada que asuma todas las Costas del Arbitraje incurridas por las Demandantes, que ascienden a 7.071.193,92, cifra que incluye1251:

- Costes del Procedimiento: anticipos solicitados por CAM Santiago de USD 417.2721252.
- Gastos de Defensa: por un total de USD 6.653.921,92 que comprende los siguientes rubros:

Gastos de Defensa (USD)

INTER RAO

Honorarios y Gastos Legales	3.517.256,90
Honorarios legales FBD	3.097.866,601253
Gastos FBD	78.169,84
Honorarios legales PBP	300.000,00
Gastos PBP	2.125,76
Asesoría legal FCA	21.094,70
Asesoría legal PBP	18.000,00
Opiniones Legales	207.151,90
Peritaje Pérez Loose	125.238,40
Peritaje Schwenzer	81.913,501254
Periciales Daños	844.417,99
Peritaje Linares	743.017,99
Peritaje Korolev	101.4001255
Periciales Técnicas	1.541.133,01
Peritaje Karakoc	1.015.583,69
Peritaje Karakoc bis	156.855
Peritaje Aramburu	368.694,32
Exhibición documental	543.962,12
TOTAL	6.653.921,92

Demandada

1407.

Por su parte, CELEC sostiene que es Inter Rao quien debe ser condenada a pagar la totalidad de las Costas de Arbitraje en las que CELEC se ha visto obligada a incurrir¹²⁵⁶, más intereses¹²⁵⁷.
1408.

CELEC asevera que la conducta de Inter Rao en la fase de exhibición de documentos no fue razonable,

- al hacer solicitudes de exhibición de documentos prematuras y generales¹²⁵⁸, excesivas e injustificadas (llegando a ser abusivas)¹²⁵⁹,

- al objetar solicitudes de exhibición de documentos de CELEC sin fundamento¹²⁶⁰ y

- al presentar documentos incorrectos en diversas ocasiones y demorar en corregir sus errores, obligando CELEC a incurrir costos significativos¹²⁶¹.

1409.

Además, CELEC señala que las circunstancias del caso justifican un prorratio de costas a su favor, toda vez que:

- El Tribunal Arbitral rechazó el pedido de medidas cautelares de Inter Rao¹²⁶²;

- Inter Rao presentó, con su Memorial de Contestación a la Reconvención y a las Objeciones Jurisdiccionales [C II], documentos de la mediación entre las Partes que nunca debió haber compartido con el Tribunal¹²⁶³;

- Inter Rao envió a CELEC el índice del Electronic Hearing Bundle pocas horas antes del comienzo de la Audiencia y con errores sustanciales¹²⁶⁴.

1410.

En consecuencia, CELEC sostiene que las Demandantes deberán asumir todas las Costas del Arbitraje incurridas por la Demandada en este arbitraje, por el monto total de USD 8.272.862,62, que incluye:

- Costes del procedimiento: pagos efectuados a CAM Santiago USD 417.272¹²⁶⁵;

- Gastos de Defensa: por un total de USD 7.855.590,62, que comprende los siguientes conceptos:

Gastos de Defensa

CELEC

1. Honorarios y Gastos Legales 6.260.241,82

Honorarios legales Baker Botts 5.831.075,20

Gastos Baker Botts 112.986,66

Costes internos CELEC 316.179,96

2. Opiniones Legales 122.875,00

Peritaje Vidal Olivares 122.875,00

3. Periciales Daños 235.865,83

Peritos Four-C Daños 235.865,83¹²⁶⁶

4. Periciales Técnicas 526.607,97
Peritos Four-C Técnico y Retrasos 471.731,671267
Perito Altran 54.876,30
5. Exhibición documental 710.000,00
TOTAL 7.855.590,62

2. Decisión del Tribunal Arbitral
1411.

El art. 37 del Reglamento CAM Santiago señala que:

"1. Sujeto a lo establecido en el párrafo 2 siguiente, los gastos y las costas del arbitraje serán de cargo de la parte vencida a menos que el tribunal arbitral decida prorratearlas entre las partes teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2. El Tribunal arbitral determinará qué parte deberá cubrir los gastos y las costas señaladas en el artículo 36 párrafo 1 letra e. [i.e., los Gastos de Defensa] del presente Reglamento, o si deberán prorratearse entre ambas, teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

1412.

Es decir, el Reglamento CAM Santiago dispone que

- Los Costes del Procedimiento serán, en principio, de cargo de la parte "vencida", a menos que el tribunal arbitral "decida prorratearlas entre las partes teniendo en cuenta las circunstancias del caso";

- En los Gastos de Defensa, en cambio, no existe una regla general, sino que se deja a la discreción del Tribunal cómo se han de distribuir entre las Partes, "teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

2.1 Costes del Procedimiento

1413.

De conformidad con el Art. 37(1) del Reglamento CAM Santiago el Tribunal aplicará el principio de vencimiento para adjudicar los Costes del Procedimiento.

1414.

En este caso, los Costes del Procedimiento incluyen los siguientes conceptos:

Concepto	USD
Gastos administrativos (Arts. 36(1)(e) y (f))	
Tasa Administrativa CAM	70.6231268
Intérprete Primera Sesión	620
Servicios FTI Audiencia	26.870
Esteno-Transcripción e interpretación Audiencia	30.201
Honorarios del Tribunal Arbitral (Art. 36(1)(a))	706.230
Juan Fernández-Armesto	282.492
Guido S. Tawil	211.869
Alexis Mourre	211.869
Total	834.544

1415.

El CAM Santiago solicitó a las Partes tres anticipos por un total de USD 834.544, que las Partes han pagado por mitades¹²⁶⁹. Los Costes del Procedimiento se han costado con cargo a dicho anticipo. Es decir, cada Parte ha contribuido USD 417.272 a sufragar los Costes del Procedimiento.

1416.

Cada Parte reclama que la otra se haga cargo de todos los Costes del Procedimiento.

1417.

En este caso, la Demandante ha tenido éxito en el resultado global del procedimiento: el Tribunal ha acogido la pretensión principal de Inter Rao de que CELEC no estaba legitimada para terminar anticipada y unilateralmente el Contrato, y ha otorgado parte de la compensación que las Demandantes reclamaron en este arbitraje.

1418.

El Tribunal, por consiguiente, considera que CELEC deberá reembolsar a Inter Rao los Costes del Procedimiento pagados por las Demandantes, es decir, USD 417.272.

2.2 Gastos de Defensa

1419.

Las Partes han presentado una relación de los Gastos de Defensa incurridos subdivididos en cinco conceptos principales:

Gastos de Defensa

CELEC INTER RAO

1.	Honorarios y Gastos Legales	6.260.241,82	Honorarios y Gastos Legales	3.517.256,90
	Honorarios legales BB	5.831.075,20	Honorarios legales FBD	3.097.866,60
	Gastos	112.986,66	Gastos FBD	78.169,84
	Costes internos	316.179,96	Honorarios legales PBP	300.000,00
	Gastos PBP	2.125,76		
	Asesoría legal FCA	21.094,70		
	Asesoría legal PBP	18.000,00		
2.	Opiniones Legales	122.875,00	Opiniones Legales	207.151,90
	Peritaje Vidal Olivares	122.875,00	Peritaje Pérez Loose	125.238,40
	Peritaje Schwenzer	81.913,50		
3.	Periciales Daños	235.865,83	Periciales Daños	844.417,99
	Peritos Four-C Daños	235.865,83	Peritaje Linares	743.017,99
	Peritaje Korolev	101.400,00		
4.	Periciales Técnicas	526.607,97	Periciales Técnicas	1.541.133,01
	Peritos Four-C Técnico y Retrasos	471.731,67	Peritaje Karakoc	1.015.583,69
	Perito Altran	54.876,30	Peritaje Karakoc bis	156.855,00
	Peritaje Aramburu	368.694,32		
5.	Exhibición documental	710.000,00	Exhibición documental	543.962,12
	TOTAL	7.855.590,62	TOTAL	6.653.921,92

1420.

El Art. 37 del Reglamento CAM Santiago no establece el criterio del vencimiento para decidir cómo deben asignarse los Gastos de Defensa; en su lugar, otorga una amplia discreción al Tribunal para decidir cómo adjudicar esta porción de los Costes del Arbitraje.

1421.

Las Demandantes consideran que el Tribunal debe aplicar el mismo criterio de vencimiento para los Gastos de Defensa¹²⁷⁰. La Demandada, por su parte, sugiere que el Tribunal además aplique otros criterios, como el de la razonabilidad o la valoración de la conducta procesal¹²⁷¹.
1422.

El Tribunal se decanta por aplicar un principio de vencimiento relativo, valorando el éxito relativo en cada una de las cuestiones disputadas.

1423.

Además, para los costes relacionados con la exhibición documental, el Tribunal tendrá en cuenta lo establecido en la OP No. 31272:

"En su decisión sobre costas, el Tribunal realizará una distribución especial de costas en relación con la exhibición documental, tomando en consideración la razonabilidad de las Solicitudes y Objeciones, la voluntad de cada Parte a la hora de exhibir los Documentos bajo su control y el éxito relativo de cada Parte".

1424.

En consecuencia, para determinar la distribución de los Gastos de Defensa, el Tribunal actuará de la siguiente forma:

- Primero, determinará las principales cuestiones que se han decidido, y para cada una de ellas, establecerá los costes aproximados incurridos; y

- Segundo, sobre la base del éxito relativo de cada Parte en cada una de las cuestiones disputadas, establecerá qué Parte debe correr con los Gastos de Defensa.

1425.

En este arbitraje, el Tribunal ha tenido que decidir tres cuestiones:

- Dos cuestiones preliminares sobre ley aplicable y jurisdicción; el Tribunal imputa a estos incidentes los costes de las Opiniones Legales y el 25% de los Honorarios y Gastos Legales;

- Si la terminación unilateral y anticipada del Contrato fue acorde a Derecho, para lo cual el Tribunal ha resuelto también controversias de carácter técnico; este apartado incluye los costes de las Periciales Técnicas y el 50% de los Honorarios y Gastos Legales;

- Las consecuencias económicas de la terminación unilateral y anticipada del Contrato; a esta cuestión se imputa el coste de las Periciales Económicas y el 25% de los Honorarios y Gastos Legales.

1426.

Además, el Tribunal debe pronunciarse sobre los costes generados por la exhibición documental, para la cual las Partes han informado del coste en que cada una de ellas ha incurrido.

Las cuestiones preliminares

1427.

El Tribunal resolvió dos cuestiones preliminares:

- El Derecho aplicable: en esta cuestión, las Demandantes arguyeron que el Derecho aplicable a la controversia era la CCIM, y aportaron las Opiniones Legales de la Prof. Schwenzer y del Prof. Pérez Loose; CELEC contrargumentó que esto no era correcto, y presentó la Opinión Legal del Prof. Vidal.

El Tribunal finalmente resolvió a favor de CELEC, rechazando la posición de las Demandantes, y estableciendo que el Derecho aplicable era el RECEPI del Art. 2.8 LOSNCP y del Art. 100 del Reglamento de la LOSNCP.

- La objeción jurisdiccional de CELEC: la Demandada planteó que la controversia estaba excluida de la competencia del Tribunal, por no ser arbitrable y por no estar comprendida en el alcance de la cláusula arbitral del Contrato; Inter Rao presentó contraargumentos ante estas objeciones, para lo cual se apoyó también en la Opinión Legal del Dr. Pérez Loose.

El Tribunal resolvió a favor de Inter Rao, desestimando la objeción jurisdiccional de CELEC.

1428.

En vista de que cada Parte resultó victoriosa en una de las dos cuestiones preliminares, el Tribunal estima que cada parte debe correr con los Gastos de Defensa que ha generado, es decir, el coste de sus Opiniones Legales y del 25% de sus propios Honorarios y Gastos Legales. La terminación unilateral y anticipada

1429.

Para resolver si la terminación unilateral y anticipada efectuada por CELEC fue o no conforme a Derecho, el Tribunal tuvo que analizar varias cuestiones técnicas previas.

1430.

En efecto: las Partes presentaron peritajes técnicos y análisis de retrasos, para respaldar sus argumentos jurídicos sobre cada uno de los Seis Incumplimientos que CELEC había aducido en la Resolución de Terminación. Inter Rao presentó los peritajes de los Ings. Karakoc y Aramburu; mientras que CELEC exhibió las pericias de Four-C y Altran.

1431.

El Tribunal acogió la posición de Inter Rao de que la terminación unilateral y anticipada del Contrato fue contraria a Derecho, acogiendo los argumentos jurídicos y técnicos ofrecidos por las Demandantes. En lo relativo a la cuestión de los cronogramas¹²⁷³ y al análisis de retrasos, el Tribunal dio la razón al Ing. Karakoc¹²⁷⁴; y al Ing. Aramburu en relación con las cuestiones relativas a las especificaciones técnicas¹²⁷⁵.

1432.

La victoria de las Demandantes es relativa, porque el Tribunal no siempre acogió su posición jurídica y/o técnica; por ejemplo, en las cuestiones relacionadas con el Incidente del Puente de Grúa, o en las conclusiones sobre el retraso atribuible a Inter Rao, el Tribunal no siempre se posicionó con el Ing. Karakoc¹²⁷⁶.

1433.

En vista de lo anterior, el Tribunal considera que CELEC debe correr con sus Gastos de Defensa relativos a la terminación unilateral y anticipada; y debe cubrir el 90% de los Gastos de Defensa de las Demandante generados para tratar estas cuestiones:

- El 90% del coste de las Periciales Técnicas de Inter Rao, es decir USD 1.387.019,711277;

- El 90% de los Honorarios y Gastos Legales correspondientes a la discusión de la terminación unilateral y anticipada, es decir, USD 1.582.765,611278.

Las consecuencias económicas de la terminación unilateral y anticipada
1434.

Inter Rao formuló una pretensión económica por valor de USD 85 millones¹²⁷⁹, apoyándose en las Periciales de Daños del Ing. Linares y del Sr. Korolev; mientras que CELEC presentó una reconvencción por la suma de USD 130 millones¹²⁸⁰, apoyada en la Pericial de Daños de Four-C.
1435.

El Tribunal determinó que CELEC término al Contrato sin causa legítima, y que, al hacerlo, incumplió el Contrato, por lo que el Tribunal resolvió lo siguiente sobre las consecuencias económicas de la terminación del Contrato:

- Acogió parcialmente los valores que Inter Rao reclamaba por el Valor de Terminación, por valor total de USD 31.997.780,07;

- Acogió la petición de Inter Rao sobre la devolución de la Garantía de Fiel Cumplimiento por valor de USD 7.268.956,90, pero no así el reintegro de la Garantía de Anticipo;

- Otorgó los daños y perjuicios de las Demandantes derivados de la terminación ilícita por valor de USD 514.488,411281;

- Desestimó la reconvencción de CELEC en su totalidad.

1436.

En vista de lo anterior, las Demandantes resultaron victoriosas con carácter general, si bien el Tribunal sólo acogió la mitad de su reclamo económico.

1437.

Por lo anterior, el Tribunal considera que CELEC debe correr con sus Gastos de Defensa relativos a la determinación de las consecuencias económicas de la terminación; y debe cubrir el 50% de los Gastos de Defensa de las Demandante generados para tratar esta cuestión:

- El 50% de las Periciales de Daños de Inter Rao, es decir USD 422.2091282.

- El 50% de los Honorarios y Gastos Legales correspondientes a la parte de daños, es decir, USD 439.6571283.

Exhibición documental

1438.

Ambas Partes han solicitado la condena de la Parte contraria a cubrir las costas generadas por la exhibición documental.

1439.

El Tribunal Arbitral considera que el trámite de exhibición documental se desarrolló con razonable normalidad y de buena fe, habiendo ambas Partes realizado un número de solicitudes

similares (131 de Inter Rao y 98 de CELEC) con una tasa de éxito similar1284. Además, las dos Partes exhibieron voluntariamente gran parte de los documentos solicitados por la contraparte y la totalidad de aquellos ordenados por el Tribunal Arbitral.

1440.

En consecuencia, el Tribunal estima que cada Parte deberá correr con sus propios costes generados por el ejercicio de exhibición documental.

* * *

1441.

En conclusión, CELEC debe abonar a Inter Rao USD 4.248.923,42 en concepto de Costas del Arbitraje, que comprenden:

- USD 417.272 de Costes del Procedimiento; y

- USD 3.831.651,421285 de Gastos de Defensa.

XI. DECISIÓN

1442.

Por las razones expuestas el Tribunal Arbitral adopta las siguientes decisiones:

Declarativas respecto a la jurisdicción y el Derecho aplicable

1. Desestimando las objeciones jurisdiccionales planteadas por la "Empresa Pública estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP", declara que tiene competencia para conocer de las pretensiones formuladas por ambas Partes en el presente procedimiento.

2. Declara que el Contrato está sometido al "Régimen Especial para las contrataciones con empresas públicas internacionales", previsto en el Art. 2.8 de la "Ley Orgánica del Servicio de Contratación Pública" y en el Art. 100 de su Reglamento, y subsidiariamente al Código Civil del Ecuador.

Declarativas respecto a las pretensiones de Inter Rao

3. Declara que la "Empresa Pública estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP", no tenía derecho a terminar anticipada y unilateralmente el Contrato, y al hacerlo ha incurrido en un incumplimiento contractual.

4. Declara que la "Empresa Pública estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP" no tenía derecho a ejecutar la Garantía de Fiel Cumplimiento.

Declarativas respecto a las pretensiones de CELEC

5. Desestima la pretensión declarativa de la "Empresa Pública estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP" de que las Demandantes incumplieron el Contrato y de que la "Empresa Pública estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP" tenía derecho a terminar

anticipada y unilateralmente el Contrato; y, por lo tanto, también desestima su pretensión indemnizatoria.

Condenatorias respecto a pretensiones de Inter Rao

6. Ordena a la "Empresa Pública estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP" pagar a "Inter Rao UES" o a "Sociedad Anónima Abierta Inter Rao UES" las siguientes cantidades:

a. USD 30.555.980,75 en concepto del Valor de Terminación, más interés simple devengado sobre esta cantidad, desde el 23 de marzo de 2017 hasta la fecha del pago efectivo, a la "tasa máxima por mora fijada por el Banco Central del Ecuador";

b. USD 1.441.799,32 en concepto de intereses de demora por el retraso en el pago de los Hitos 1 a 6;

c. USD 7.268.956,90 por el cobro indebido de la Garantía de Fiel Cumplimiento, más interés simple devengado sobre esta cantidad, desde el 16 de mayo de 2017 hasta la fecha del pago efectivo, a la "tasa máxima por mora fijada por el Banco Central del Ecuador";

d. USD 41.010,62 por los costes de mantener las Garantías tras la terminación del Contrato, más interés simple desde el 1 de junio de 2017 hasta la fecha de pago efectivo, a la "tasa máxima por mora fijada por el Banco Central del Ecuador";

e. USD 473.477,79 por los costes incurridos para mantener la filial ecuatoriana hasta marzo de 2018; esta cantidad devengará interés simple desde el 1 de abril de 2018 hasta la fecha de pago efectivo, a la "tasa máxima por mora fijada por el Banco Central del Ecuador".

Comunes

7. Ordena a la "Empresa Pública estratégica Corporación Eléctrica del Ecuador CELEC EP" pagar a "Inter Rao UES" o a "Sociedad Anónima Abierta Inter Rao UES" USD 4.248.923,42 en concepto de Costas del Arbitraje.

8. Desestima cualesquiera otras pretensiones de ambas Partes.

* * *

El presente Laudo Final se emite en seis ejemplares.

Fecha: 29 de mayo de 2023

Lugar del Arbitraje: Santiago de Chile, Chile.