

**Expediente Arbitral N° 782-186-15-PUCP**

**Resolución N° 14**

Lima, 30 de diciembre de 2016

**VISTOS:**

1. El escrito 01 presentado con fecha 2 de febrero de 2016, por la Empresa de Generación Eléctrica Machupicchu S.A. (en adelante, EGEMSA), mediante el cual deduce excepción de transacción extrajudicial.
2. El escrito 3 presentado con fecha 7 de marzo de 2016, por GyM S.A. (en adelante, GyM) mediante el cual absuelve el traslado de la referida excepción.

**CONSIDERANDO**

**POSICIÓN DE EGEMSA**

1. Deduce excepción para que se declaren improcedentes todas las pretensiones contenidas en la demanda, salvo la cuarta pretensión principal.
2. Considera que la Ampliación de Plazo N° 30 (en adelante, AP 30) es improcedente porque GyM renunció a ampliaciones de plazo por hechos –sea o no consciente de los mismos- ocurridos con anterioridad al 24 de marzo de 2015, y la causa de la AP 30 serían supuestos defectos en las Bases, las que son de fecha 18 de septiembre de 2008.
3. Refiere que la cláusula séptima del Addendum al Contrato de Obra suscrito por las partes el 24 de marzo de 2015, expresamente otorga el carácter de transacción a los acuerdos y renunciaciones contenidos en dicho documento, por lo que estos tienen la calidad de cosa juzgada.
4. Advierte que GyM en la cláusula primera de dicha transacción renunció expresamente a las pretensiones contenidas en la demanda materia del presente proceso, en la medida que las partes se refieren a una extensión de plazo y mayores gastos generales, por hechos sucedidos a la fecha de esa transacción.
5. Observa que la AP 30 y sus mayores gastos generales se sustentan en hechos sucedidos con anterioridad al 24 de marzo de 2015 (fecha de celebración de dicha transacción).
6. Agrega que, en la medida que la tercera pretensión principal y su pretensión subordinada, ambas sobre “bonificación por menor plazo de ejecución de obra”,



dependen de la estimación de la primera pretensión principal, también deberán ser declaradas improcedentes por efecto de la transacción extrajudicial.

7. Resalta que la demanda se funda en hechos sucedidos con bastante anterioridad al 24 de marzo de 2015, como es la existencia de supuestos errores en las Bases Integradas (del 18 de septiembre de 2008, es decir, muchos años antes al 24 de marzo de 2015).

8. Aprecia que no tiene importancia si GyM comunicó o no los supuestos defectos antes, durante o después de la fecha de la transacción extrajudicial, pues basta que dichos hechos hayan ocurrido antes (esté o no consciente de los mismos) para que la renuncia alcance a la AP 30.

9. Afirma que los hechos de la demanda que sustentan las pretensiones de ampliación de plazo contractual N° 30 y el pago de mayores gastos generales son anteriores a la fecha de la transacción extrajudicial, pues los supuestos errores contenidos en lo dispuesto en los numerales 8.4.1 y 8.4.2 de las especificaciones técnicas del equipamiento mecánico de las Bases Integradas, se remontan al 18 de septiembre de 2008.

10. Añade que también la AP 30 estaría en el alcance de la renuncia efectuada por GyM con la transacción, en el supuesto que se considere como fecha de origen de las causas de las modificaciones del sistema HVAC, la aprobación de los equipos ofertados por la Contratista, no sólo dado que ésta asumió los costos derivados de dichas modificaciones, sino que esa aprobación fue anterior a la fecha de suscripción de la transacción.

11. Reitera que GyM ha renunciado a cualquier ampliación de plazo cuyas causas existan –más allá de que sea o no consciente de las mismas- desde antes de la fecha de la transacción (el 24 de marzo de 2015).

12. Sostiene que GyM confunde “causa” con “imputación”, pues ha afirmado que la causa de su solicitud de AP 30 no es un supuesto error en las Bases Integradas, sino una supuesta imputación que le habría hecho la Supervisión de Obra el día 12 de mayo de 2015.

13. Agrega que GyM confunde “causa” con “objeción” con la finalidad de eludir la aplicación y cumplimiento de la transacción extrajudicial, asumiendo que la causa de la AP 30 sería posterior al 24 de marzo de 2015.

14. Aclara que la anotación 6443 del Cuaderno de Obra de fecha 12 de mayo de 2015, hecha por la Supervisión, no es en sí misma la causa de la AP 30, sino una constatación de que el sistema HVAC no estaba funcionando de manera completa, como la propia GyM lo hizo saber mediante su Carta N° 344-15-GyM S.A.-1652/CSM2 del 6 de mayo de 2015.



2

15. Nota que la referida anotación 6443 no fue un hito ni causal para la AP 30, pues no fue sino la respuesta a una declaración de la propia GyM de que el sistema aún no se encontraba funcionando completamente.
16. Precisa que no existe incumplimiento de EGEMSA pues solicitó que el sistema HVAC se pusiera en funcionamiento, y antes el 6 de mayo de 2015 GyM decidió unilateralmente que no encendería dicho sistema porque sus equipos no estaban diseñados para los valores de temperatura verificados.
17. Considera falso que haya formulado solicitudes extracontractuales y que haya incumplimiento por no haber aprobado un adicional presentado de manera unilateral, pues no es un derecho del Contratista.
18. Alega que el solo hecho que GyM haya modificado sus argumentos, al punto de contradecirse, demuestra que los supuestos errores en las Bases Integradas (que sustentaron tanto su Solicitud de AP 30 como su Escrito de Demanda) están comprendidos dentro de los alcances de la Transacción Extrajudicial.
19. Interpreta que por "hechos sucedidos a la fecha" según la transacción, debe entenderse a hechos "causales" del problema alegado y no a "consecuencias" o "síntomas" del mismo.
20. Afirma que en el presente caso, de acuerdo a la propia demanda, los supuestos errores en las bases son la "causa" del problema, que habría derivado en la constancia del "mal funcionamiento" del sistema HVAC. Dicha constancia refleja un "síntoma" del problema, pero la causa —como lo dice la demanda— está en las Bases (asumiendo hipotéticamente la posición de fondo de GyM).
21. Sostiene que una interpretación literal, conforme al artículo 168 del Código Civil, lleva a interpretar el texto de la transacción, en el siguiente sentido: *"GyM renuncia a las extensiones de plazo que se prolonguen más allá del día 15 de agosto de 2015, por hechos sucedidos a la fecha esté o no consciente de los mismos"*. 
22. Asume que *"por hechos sucedidos a la fecha"* es una frase que equivale lingüísticamente a *"hechos causantes ocurridos hasta la fecha de la transacción (24 de marzo de 2015)"*. Es decir, se refiere a los hechos que causaron las extensiones de plazo, de ahí que lo que importa es la fecha de la causa.
23. Añade que mediante una interpretación sistemática, conforme al artículo 169 del Código Civil, se debe tener en cuenta que la transacción establece que la fecha del fin de la obra será el 15 de agosto de 2015, independientemente de lo que haya ocurrido hasta ese momento, sean procesos arbitrales en trámite o cualquier cuestión ocurrida antes de la transacción, estén o no conscientes las partes de ello. En ese sentido, considera que la idea era que la modificación del plazo sólo podría ocurrir por un hecho posterior a la transacción (en base a un criterio elemental de justicia: GyM no podía quedar desprotegida si por una causa 

sobrevenida imputable a EGEMSA, esto es, posterior a la transacción, era necesario ampliar el plazo del Contrato).

24. Entiende que la voluntad común de las partes fue fijar límites, de manera que sólo se admita una ampliación de plazo que empiece o se cause luego de la transacción.

25. Aclara que el asiento en el cuaderno de obra no es un inicio o una causa, sino que es un síntoma de que algo estaba mal con el sistema HVAC. GyM responsabiliza a EGEMSA por sus Bases supuestamente erróneas, y éstas son anteriores a la transacción.

26. También invoca la aplicación de una interpretación funcional o teleológica, conforme al artículo 170 del Código Civil, señalando que la finalidad principal de la transacción fue la de fijar una fecha determinada para la conclusión de la obra o Proyecto, como fue el 15 de agosto de 2015, que debía ser inamovible, salvo por causa posterior que justifique lo contrario. Destaca que para respetar dicho objeto, las partes pactaron que, aún en el caso que la ampliación de plazo N° 29 (la más larga) sea fundada (con lo cual el plazo se extendería –teóricamente- hasta el 14 de septiembre de 2015), la fecha de conclusión de la obra siempre sería el 15 de agosto de 2015. Es decir, ni siquiera un laudo podía mover la fecha. Por esa razón, sostiene que para evitar cualquier modificación de dicho plazo, se pactó que sólo procedería si la ampliación de plazo se basara en un hecho (causa) posterior a la transacción.

## POSICIÓN DE GyM

1. Resalta que en la cláusula primera del Addendum al Contrato de Obra, de fecha 24 de marzo de 2015, GyM renunció a ampliaciones de plazo y gastos generales bajo dos condiciones: (i) que se traten de ampliaciones y gastos generales por hechos sucedidos antes del 25 de marzo de 2015; y, además que, (ii) dichos hechos, siempre sucedidos antes del 25 de marzo de 2015, generen una ampliación de plazo que se prolongue más allá del 15 de agosto de 2015.

2. Destaca que GyM no ha renunciado y por lo tanto el asunto materia de la controversia no constituye una materia transigida conforme al Addendum, por hechos sucedidos luego del 24 de marzo de 2015.

3. Advierte que la parte final del primer párrafo de la cláusula primera del Addendum contempla la posibilidad de nuevas ampliaciones de plazo a favor de GyM, por “hechos ocurridos” luego del 24 de marzo de 2015.

4. Añade que la parte final de la cláusula cuarta del Addendum es explícita en extraer del alcance del Addendum (esto es, de la renuncia de GyM y de las materias transigidas), a los reclamos por “variaciones” de obra. Incluso dichos

reclamos por variaciones de obra pueden referirse a hechos sucedidos antes del 25 de marzo de 2015.

5. Alega que el Addendum no contiene ninguna restricción para reclamos por GyM por "variaciones", cualesquiera sean las fechas de los hechos que las originen (incluso se señala que GyM deberá presentar sus reclamos en la vía contractual); y, el Addendum admite las solicitudes de ampliación de plazo por hechos sucedidos luego del 24 de marzo de 2015.

6. Precisa que el hecho que genera todas las pretensiones de su demanda consiste en la imputación realizada por la Supervisión y EGEMSA, a través del Asiento del Cuaderno de Obra N° 6443 de fecha 12 de mayo de 2015 y ratificada a través de actos posteriores, en el sentido que el sistema HVAC para ventilación y climatización estaría operando con limitaciones.

7. Nota que su posición fue señalar que no existía ninguna desviación en el referido sistema de su responsabilidad y que, si la Supervisión y EGEMSA insistían en observar su operación, entonces debían aprobar una "variación" (adicional) por los mayores suministros y actividades que demandaría a GyM atender lo solicitado por la Entidad, desde que esto se encontraba fuera del marco contractual.

8. Refiere que la Supervisión y EGEMSA insistieron en su observación y denegaron la ejecución de la variación consistente en el presupuesto adicional por mayores suministros del sistema de ventilación y climatización.

9. Señala que siguió el procedimiento contractual para presentar el reconocimiento del adicional (variación) vinculado al sistema de climatización, a fin de atender las solicitudes extracontractuales de la Supervisión y EGEMSA. Considera que no existe ninguna restricción ni transacción que haya impedido a GyM ejercer su derecho contractual y legal a fin que EGEMSA otorgue la variación a la que se encontraba obligada.

10. Reitera que el problema jurídico del presente caso se origina por la observación de EGEMSA sobre la operación del Sistema HVAC y, a su vez, en su denegatoria a aprobar la "variación" que atendía sus requerimientos extracontractuales.

11. Entiende que los hechos que impactan en el desenvolvimiento del proyecto, y que generan la AP 30 sucedieron a partir del 12 de mayo de 2015, fecha en que la Supervisión objetó la operación del Sistema HVAC (pese a haber sido ejecutado por GyM conforme a los parámetros contractuales), tal como consta en el Asiento del Cuaderno de Obra N° 6443. Dichos hechos, que impactan en el desenvolvimiento del proyecto, se prolongan hasta el 3 de julio de 2015, día en que la Supervisión rechazó el presupuesto adicional (variación) por mayores suministros para el sistema de ventilación y climatización presentado por el Contratista, impactando esta denegatoria en el desenvolvimiento del proyecto.

12. Asume que los hechos que impactan el desarrollo del proyecto, y que generan su solicitud de ampliación de plazo, corresponden exclusivamente a la decisión de EGEMSA de objetar el funcionamiento del Sistema HVAC expresada a través de la Supervisión desde el mes de mayo de 2015, y ratificada por EGEMSA el 3 de julio de 2015 al rechazar la "variación" presentada por GyM.
13. Explica que EGEMSA en sus cartas del 3 de junio de 2015 y 23 de junio de 2015 (ambas muy posteriores al 24 de marzo de 2015) se opuso a los fundamentos técnicos que demostraban la corrección del Sistema HVAC ejecutado por el Contratista.
14. Nota que la observación de EGEMSA se expresó incluso luego de efectuadas las pruebas de comisionamiento del Sistema HVAC.
15. Destaca que las fechas antes indicadas (que corresponden a los hechos de EGEMSA –sobre los que GyM no tiene ningún control- que generan la solicitud de AP30) son posteriores al 24 de marzo de 2015, fecha del Addendum.
16. Considera que la interpretación de EGEMSA sobre los términos del Addendum pretende hacer creer que la transacción incluye una renuncia de GyM a reclamar sobre incumplimientos contractuales de EGEMSA ocurridos luego del 24 de marzo de 2015.
17. Advierte dos incumplimientos imputables a EGEMSA: (i) la observación del Sistema HVAC a pesar que éste cumplía con los parámetros contractuales; y, (ii) la denegatoria a la "variación" presentada por GyM para atender precisamente las solicitudes extracontractuales de la Entidad.
18. Sostiene que son dichos incumplimientos, incurridos por EGEMSA luego de la suscripción del Addendum, los que generan la demanda de GyM en el presente caso arbitral.
19. Aclara que no plantea una ampliación de plazo por la información contenida en las Bases, sino que la solicita debido a que EGEMSA a través de sus observaciones infundadas sobre el Sistema HVAC (a pesar de haber sido ejecutado conforme a las Bases), obligó a modificarlo (con posterioridad al 24 de marzo de 2015), denegando la correspondiente "variación" a favor de GyM.
20. Asume que EGEMSA es la única responsable de exigir una variación respecto a la información contenida en las Bases. Por tanto no puede interpretarse, en extremo alguno, que haya existido una renuncia de GyM, en el Addendum, sobre posiciones o requerimientos infundados de EGEMSA luego del 24 de marzo de 2015.
21. Puntualiza que no existe renuncia alguna aplicable de GyM en relación a la Bonificación por Menor Plazo de Ejecución de Obra (Tercera Pretensión Principal

de la Demanda), en tanto se presenta en el marco de incumplimientos contractuales de EGEMSA, que claramente se encuentran fuera de cualquier limitación de derechos de GyM en el Addendum.

22. Reitera que los hechos que generan este caso arbitral son: la injustificada objeción de EGEMSA sobre el Sistema HVAC, pese a haber sido diseñado dicho sistema por el Contratista conforme a las especificaciones técnicas de las Bases (y haber sido aprobado dicho diseño en reiteradas ocasiones por la Supervisión con conocimiento de EGEMSA); y, además los cambios que EGEMSA impuso al Contratista sobre dicho Sistema.

23. Advierte que el hecho que genera la demanda de GyM no es la diferencia de temperatura, sino que es en realidad la negativa de EGEMSA de solucionar un problema que competía exclusivamente a ella.

24. Considera una falacia de EGEMSA remitir la oportunidad "del hecho" a aquél en el que EGEMSA alega se pudo haber tenido conocimiento sobre las temperaturas de ingreso de agua al sistema.

25. Entiende que que la situación de hecho y jurídica al 24 de marzo de 2015 estaba dada por el cumplimiento de GyM de las especificaciones de EGEMSA, habiendo sido aprobados los diseños del Contratista.

26. Concluye que si EGEMSA hubiese asumido su responsabilidad, no habría sido necesaria ampliación de plazo alguna para GyM, dado que se trataba de un alcance (la solución del problema) ajeno al Contratista.

#### **POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

El Tribunal Arbitral entiende, luego de revisados los escritos del caso y de escuchados los argumentos de las partes en la audiencia de informe oral del 28 de abril de 2016, que el propósito de la excepción formulada por la Demandada es que se reconozca que la primera, segunda, tercera pretensión principal de la Demanda, así como la pretensión subordinada a la tercer pretensión principal, configuran reclamos sobre las materias que resultan bajo el alcance de la transacción extrajudicial acordada por las partes con el Addendum al Contrato de Obra N° 09-2009-PROYECTO "OBRAS DE REHABILITACIÓN SEGUNDA FASE CENTRAL HIDROELÉCTRICA MACHUPICCHU, suscrito el 24 de marzo de 2015.

#### **"ACUERDOS**

*Las Partes a través el presente instrumento formalizan los acuerdos obligatorios que se detallan a continuación.*

(...)



*SÉTIMO.- Las partes declaran expresamente que el presente Addendum contiene también la calidad de transacción extrajudicial, conforme al Artículo 1302° y siguientes del Código Civil. En consecuencia las renunciaciones y concesiones de cada una de las partes, descritas específicamente en este instrumento, ponen término a las controversias suscitadas entre ellas que son objeto de regulación en el presente Addendum, renunciando las partes a proseguir cualquier acción o a entablar cualquier nueva acción sobre ellas. Asimismo, la calidad de transacción del presente instrumento otorga a los acuerdos aquí contenidos la calidad de cosa juzgada. En consecuencia, sin perjuicio de la obligación de las partes de proceder con el desistimiento y/o retiro de todas las pretensiones a que se refieren los Incisos (i) y (iii) de la Cláusula Cuarta del presente documento, cualquiera de las partes podrá presentar este documento, que es a la vez una transacción, ante los tribunales arbitrales y/u órganos jurisdiccionales a los que se refieren los Incisos (i) y (iii) de la Cláusula Cuarta de este documento, a fin que dichos tribunales u órganos jurisdiccionales declaren la conclusión por transacción de los procesos señalados en los mencionados Incisos (i) y (iii) de la Cláusula Cuarta, debiendo cada parte asumir sus propios costos. Del mismo modo, las partes podrán presentar este instrumento ante cualquier autoridad arbitral, judicial o administrativa, en caso cualquiera de ellas pretenda accionar o presentar un reclamo sobre las materias que han sido acordadas y constituyen cosa juzgada conforme a esta transacción extrajudicial, a fin que la respectiva autoridad u órgano declare la conclusión del respectivo proceso (a través de una excepción por transacción u otro medio)”.*

Específicamente, para la excepcionante las referidas pretensiones configuran reclamos sobre materia que constituye renuncia de GyM en los términos del acuerdo primero del Addendum.

**“ACUERDOS**

*Las Partes a través el presente instrumento formalizan los acuerdos obligatorios que se detallan a continuación.*

*PRIMERO.- GyM renuncia, por hechos sucedidos a la fecha esté o no consciente de los mismos, a las extensiones de plazo que se prolonguen más allá del 15 de agosto de 2015 (fecha que las partes acuerdan deberá ser de término de la operación experimental del Proyecto, conforme se indica en el párrafo siguiente). Asimismo, GyM renuncia al reclamo de mayores gastos generales por extensiones de plazo, por hechos sucedidos a la fecha esté o no consciente de los mismos, que se prolonguen más allá de la fecha antes indicada. Del mismo modo, las partes declaran y aceptan que, respecto a eventuales reclamos de GyM por gastos generales por extensiones de plazo, por hechos ocurridos luego de la suscripción del presente documento y que prolonguen el plazo más allá del 15 de agosto de 2015, el reconocimiento de dichos gastos generales, de proceder, deberá consistir, por el período que exceda del 15 de agosto de 2015, en el importe de los gastos generales sustentados por GyM.  
(...)”.*

Para EGEMSA, la AP30 y sus mayores gastos generales corresponde a hechos sucedidos a la fecha de suscripción del Addendum. Por el contrario, para GyM se

trata de pretensiones derivadas por hechos ocurridos luego de la suscripción de dicho documento.

Esto es, mientras la Entidad invoca la primera parte del primer párrafo del Acuerdo Primero, la Contratista invoca la segunda parte del primer párrafo citado.

Es así que, la controversia materia de la excepción se centra en determinar si la AP 30 se funda en un "hecho sucedido" antes del 25 de marzo de 2015, o más bien por hechos ocurridos luego del 24 de marzo de 2015.

Por ello, es evidente que la solución de este extremo de la controversia involucra un ejercicio de interpretación del Acuerdo Primero del Addendum, puntualmente qué se entiende por "hechos".

Como define JORGE MOSSET ITURRAPE<sup>1</sup>, "*interpretar un contrato es observar las manifestaciones negociales, las cláusulas o estipulaciones para determinar su sentido y alcance*". A este efecto, tal como explica LUIS DÍEZ -PICAZO Y ANTONIO GULLÓN<sup>2</sup> la doctrina reconoce dos caminos, "*la búsqueda de <sentido> enfrenta a dos poderosas corrientes doctrinales. Una de ellas estima que lo que el intérprete ha de indagar es la voluntad de los contratantes (interpretación subjetiva), o, en otras palabras, su intención; otra, por el contrario, cree que el intérprete cumple su misión dando a la declaración el significado que tiene en el tráfico, en la vida social (interpretación objetiva)*".

EGEMSA postula una interpretación del mencionado acuerdo en el sentido que la referencia a "hechos" debe entenderse equivalente lingüísticamente a "hechos causantes", es decir, a los "hechos que causaron las extensiones de plazo".

Resulta evidente que la presente controversia se presenta en relación con la interpretación del mencionado término "hechos", específicamente con respecto al presupuesto fáctico bajo el cual ocurre la renuncia formulada por GyM a reclamar ciertas extensiones del plazo y sus mayores gastos generales.

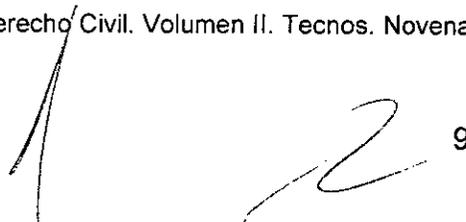
Es indispensable entonces, como primer paso para resolver la presente controversia, llevar a cabo una labor de interpretación del Primer Acuerdo, siguiendo para tal efecto las normas contenidas en el Código Civil.

#### *Reglas para la interpretación de los contratos*

El artículo 168° del Código Civil señala que los actos jurídicos se interpretan de acuerdo a lo expresado en ellos y en virtud del principio de la buena fe. Esta

<sup>1</sup> MOSSET ITURRASPE, Jorge. Interpretación del Contrato. Sentido y Alcance. En Tratado de la Interpretación del Contrato en América Latina. Carlos Soto Director. Tomo I. Grijley. Primera edición. Lima, 2007, p. 29.

<sup>2</sup> DÍEZ -PICAZO, Luis y GULLÓN Antonio. Sistema de Derecho Civil. Volumen II. Tecnos. Novena edición. Madrid, 2001, p. 79.

 9

norma recoge el principio de literalidad (además del de buena fe) para la interpretación de las normas. Como indica LUIS DíEZ –PICAZO Y ANTONIO GULLÓN<sup>3</sup> el criterio de la buena fe asume la dirección de un método de interpretación objetivo.

Sobre este principio, el artículo 1361º del Código Civil señala: *“Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”*.

Es importante señalar que estas normas exigen guiarse por el principio de la buena fe al momento de determinar el significado del acto jurídico respectivo, lo que es reforzado por el artículo 1362º del mismo cuerpo legal, según el cual: *“Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”*.

Así, *“el método literal suele actuar, implícita o explícitamente ligado a otros métodos para dar verdadero sentido a las interpretaciones y, en muchos casos, es incapaz de dar una respuesta interpretativa adecuada”*<sup>4</sup>.

El Tribunal Arbitral considera que para desentrañar indubitablemente el completo significado del Acuerdo Primero del Addendum de fecha 24 de marzo de 2015 no basta con una lectura de su texto.

En efecto, para que se presente una ampliación de plazo o como se menciona en el acuerdo bajo análisis, una extensión de plazo, concurren varios “hechos”:

- Un atraso y/o paralización de los trabajos de ejecución de la Obra.
- Un evento que causa el retraso o paralización (ya sea Caso Fortuito, Fuerza Mayor, un Adicional o Variación de Obra, una conducta imputable a la Entidad o Terceros).

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el significado de hecho es “cosa que sucede”. Pues bien, cuando acontece una ampliación o extensión de plazo suceden diversas cosas, como son la paralización y/o retraso de los trabajos, así como el evento o hecho que motiva, genera o causa tal atraso y/o paralización.

Así las cosas, en términos literales por “hechos”, en el Acuerdo Primero las partes pueden haber aludido:

- bien al “hecho de la paralización y/o atraso”,
- bien al “hecho que lo causa”,
- o bien a ambos.

<sup>3</sup> Op. Cit., p. 79.

<sup>4</sup> RUBIO CORREA, Marcial. El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Sétima edición. Lima, 1996, p. 259.

Aunque no lo ha formulado en esos términos literalmente, el Colegiado aprecia que para GyM por "hechos" el referido acuerdo hace mención a la paralización y/o atraso, de manera que para efecto de determinar si está comprendida en la renuncia que efectuó y por tanto parte de la transacción que acordó, debe apreciarse cuándo se materializa, esto es, si ocurre o no luego de la suscripción del Addendum.

En la medida que el término "hecho" resulta ambivalente, al poderse referir a distintas cosas que se presentan en una extensión de plazo, no es suficiente, para el Tribunal Arbitral, aplicar una interpretación literal, sino que deben aplicarse otros métodos de interpretación que conlleven otros elementos de juicio.

A tales elementos de juicio se refiere el artículo 169° del Código Civil, que establece: "*Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas*".

De acuerdo con este principio, toda cláusula dudosa o poco clara debe ser interpretada de manera tal que guarde consistencia con todo el conjunto del contrato. Así, se busca eliminar cualquier duda o contradicción que pudiera presentarse, solucionándola para que el contrato no pierda su finalidad.

Debe preferirse aquellas interpretaciones que den coherencia a todas las cláusulas contractuales y no aquellas que nos lleven a interpretaciones absurdas, contradictorias, o a calificar de innecesarias o "duplicadas" algunas de ellas.

Este criterio no es subsidiario, pues "*no es un criterio al cual se deba recurrir cuando resulte dudoso el significado de la cláusula en concreto. En realidad, la interpretación de la cláusula en concreto que no tenga en cuenta el texto en conjunto, arriesga de confundir el significado, en cuanto también una cláusula aparentemente clara debe ser vista y entendida en el unitario conjunto del contrato*"<sup>5</sup>.

Además de los criterios de interpretación literal y sistemática, el Código Civil regula el criterio de interpretación teleológica, recogido en el artículo 170°: "*Las expresiones que tengan varios sentidos deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto*".

De acuerdo con este criterio, en toda labor de interpretación se debe buscar o preferir, entre varias interpretaciones posibles, aquella que guarde coherencia con el objeto o la finalidad del contrato.

---

<sup>5</sup> BIANCA, Massima. Citado por: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Acto Jurídico Negocial. Gaceta Jurídica. Lima, p. 237.

*“Ahora, si la lectura de la declaración nos genera dudas, quizás valga la pena hacer el esfuerzo para tratar de descubrir cuál de todas las posibles interpretaciones refleja tal voluntad real. Para ello puede ser interesante revisar la correspondencia previa, los proyectos de contrato, los informes internos de evaluación de las partes, la forma como ejecutaron sus obligaciones, y en general cualquier elemento probatorio que nos acerque a saber qué es lo que realmente querían”<sup>6</sup>.*

Cabe tener presente la recomendación de LUÍS DIÉZ –PICAZO Y ANTONIO GULLÓN<sup>7</sup>, respecto a optar por una interpretación subjetiva y una objetiva:

*“La interpretación negocial es tarea de gran amplitud. Sería totalmente arbitrario fijar el contenido negocial, su relevancia jurídica, de acuerdo con el significado que adquiere la declaración de voluntad para el ambiente y la conciencia social (interpretación objetiva), prescindiendo precisamente de la consideración de que el negocio es regla de una determinada situación (compraventa, arrendamiento, etc.) entre las partes, normativa de sus intereses. Al negocio, en consecuencia, habrá que atribuir el significado correspondiente a la intención común de aquéllas en el momento en que se concluye (interpretación subjetiva). El método de interpretación objetivo es complementario o subsidiario del subjetivo.*

*Otras veces, la interpretación objetiva cumple misiones principales: suplir las lagunas de la declaración, corregirla para darle eficacia y hasta imponer un significado distinto del que parece querido cuando lo exige el principio de la responsabilidad negocial (DE CASTRO)”.*

Ello es precisamente lo que corresponde hacer al Tribunal Arbitral para llevar a cabo la labor de interpretación que conlleva resolver este extremo de la controversia entre las partes.

Por ello, el Colegiado debe buscar atribuir el alcance del término hecho *“correspondiente a la intención común de aquéllas en el momento en que se concluye”*.

A este efecto, además de revisar los términos utilizados en el Acuerdo Primero, el Colegiado va a tener en cuenta los Antecedentes que las propias partes han incorporado como parte integrante del Addendum.

Precisamente por ello, el Tribunal Arbitral debe hacer referencia a continuación al tenor de los numerales 5 y 6 de dichos Antecedentes:

**“ANTECEDENTES**  
(...)

<sup>6</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales. Palestra Editores. Lima, 2010, pp. 422-423.

<sup>7</sup> Op. Cit. P.79.

5. Conforme a los casos arbitrales arriba indicados se verifica que la pretensión total de extensión de plazo de GyM se extiende hasta el 14 de setiembre de 2015, así como también se constata la pretensión de GyM de requerir el pago de mayores gastos generales hasta dicha fecha (14 de setiembre de 2015).

6. Ahora bien, es intención de las Partes arribar a un acuerdo a fin de privilegiar el aseguramiento de la conclusión del Proyecto en una fecha determinada y, además, limitando el monto en disputa de gastos generales por extensiones de plazo, salvaguardando los intereses públicos y los de EGEMSA. En función a lo anterior las Partes deciden formalizar, a través de este instrumento, los acuerdos que a continuación se detallan”.

Como puede apreciarse, las partes eran conscientes que GyM tenía unas pretensiones ya formuladas de pago de mayores gastos generales, y la intención común era arribar a un acuerdo que “limite el monto en disputa de gastos generales por extensiones de plazo”.

También se identifica claramente del tenor del Acuerdo Tercero, que la renuncia a extensiones de plazo y mayores gastos generales que se consagra en el Acuerdo Primero tiene por finalidad viabilizar la culminación de la Obra.

“TERCERO

(...)

Así entonces, las Partes dejan expresa constancia que, al haber pactado en la Cláusula Primera, en beneficio del proyecto y a fin de superar la incertidumbre sobre su culminación, la fecha de culminación de la operación experimental y de conclusión del plazo de ejecución de obra (sin perjuicio del procedimiento de recepción de obra), pero sin que las Partes se hayan pronunciado específicamente sobre la causal que genera dicha fecha, entonces corresponderá a los Tribunales Arbitrales determinar si la causal invocada por GyM S.A. en cada uno de los Casos Arbitrales Vigentes fue procedente (correcta) en función a los hechos ocurridos en el proyecto y vinculados a la causal; si dicha causal fue correctamente invocada por GyM S.A. en los Casos Arbitrales Vigentes, entonces los respectivos Tribunales Arbitrales establecerán y cuantificarán los mayores gastos generales aplicables a favor de GyM S.A., ordenando a EGEMSA su pago a favor de GyM S.A. de ser el caso. (...). ”

Asimismo, en el último párrafo del Cuarto Acuerdo, las partes dejaron constancia que el objeto del Addendum no alcanza a regular las reclamaciones monetarias por concepto de adicionales, que sean distintos a los mayores gastos generales. Es así, que fueron cuidadosas al distinguir las reclamaciones vinculadas a extensiones de plazo y mayores gastos generales de los adicionales:

“CUARTO

(...)



*Por último, las Partes dejan constancia que, exceptuando el proceso arbitral indicado en el Inciso (iii) que antecede (Caso Arbitral 631-35-15, por concepto de Disrupción), este Addendum no tiene por objeto regular otros reclamos monetarios por determinados adicionales, variaciones de obra u otros de GyM (reclamos por "Variaciones"), que sean distintos de los mayores gastos generales expresamente regulados en este Addendum. Por tanto, los reclamos de GyM por "Variaciones" deberán ser planteados por GyM (o han sido planteados por GyM), en la vía contractual y legal que corresponda, sin que este Addendum implique un consentimiento de EGEMSA sobre ellos ni una renuncia de GyM sobre ellos".*

Es así que, resulta evidente que una interpretación sistemática y teleológica de la renuncia contenida en el Acuerdo Primero lleva a concluir que se trata de un mecanismo de cierre de las controversias o reclamaciones entre las partes sobre extensiones de plazo y mayores gastos generales.

Si esa es la finalidad buscada, es lógico interpretar que la alusión a "hechos" está referida a "causas" que originan paralización y/o atraso (y no a estos últimos) que sean anteriores al 25 de marzo de 2015.

Por tanto, se puede interpretar válidamente que las partes también tuvieron la intención común de mantener contractualmente la discusión sobre dichas materias (extensiones de plazo y mayores gastos generales) únicamente cuando éstas se originen o sean causadas por hechos sobrevinientes a dicha fecha.

En ese sentido, el Tribunal comparte la línea de argumentación propuesta por EGEMSA, en el sentido que al hacer mención el Acuerdo Primero a que "GyM renuncia, por hechos sucedidos a la fecha esté o no consciente de los mismos, a las extensiones de plazo que se prolonguen más allá del día 15 de agosto de 2015 (fecha que las partes acuerdan deberá ser de término de la operación experimental del Proyecto, conforme se indica en el párrafo siguiente", se debe interpretar que la renuncia a reclamar una ampliación de plazo y sus mayores gastos generales alcanza a aquellas originadas, causadas o fundadas por hechos que han ocurrido antes del 25 de marzo de 2015.

De esta forma, para identificar si una reclamación o solicitud sobre ampliación de plazo y mayores gastos generales le alcanza o no la renuncia consagrada en texto del primer párrafo del Acuerdo Primero del Addendum, no importa cuándo se materializa la paralización y/o atraso en la ejecución de la obra.

En efecto, lo que importa es verificar la causal o evento que origina o produce la paralización y/o atraso, es decir, el hecho causante del reclamo de extensión de plazo y mayores gastos generales. Luego de ello, se debe determinar, si dicho hecho causante (la causal o evento) es anterior o no al 25 de marzo de 2015.

Es más, la declaración de las partes contenida en el Addendum no termina allí; en otras palabras, para las partes no solo fue relevante fijar claramente una fecha de

corte, sino que además, teniendo en consideración el evidente interés en poner fin a todas sus controversias, dejaron en claro que éstas terminarían si se originaron antes de dicha fecha, lo hayan sabido o no las partes.

En efecto, las partes entendieron que la transacción comprende hechos sucedidos antes de la fecha de corte, aunque GyM no haya estado consciente de ellos.

El Tribunal estima que esta declaración –que la transacción comprenda hechos de los que GyM no hubiera estado consciente- no es gratuita, sino que es coherente con el contexto en el cual las partes expresaron la necesidad de poner fin a las numerosas controversias que les conciernen.

Dicho ello, el Tribunal entiende que las partes discrepan sobre el hecho que causa o genera la AP N° 30, en los términos que siguen.

Así, para EGEMSA el hecho causal es la imputación de un supuesto defecto en la información de las Bases Integradas, por lo que el hecho causante ocurrió o sucedió el 18 de septiembre de 2008. A este efecto, invoca los términos de la demanda de GyM (Numeral 4.1, 4.3, 5.1, 8.1.2), la carta N° 094-15 del 14 de junio de 2015 y la carta N° 482-15 del 28 de junio de 2015.

En cambio, para GyM el hecho causal es la imputación realizada por la Supervisión y EGEMSA, a través del Asiento del Cuaderno de Obra N° 6443 de fecha 12 de mayo de 2015 y ratificada a través de actos posteriores, en el sentido que el sistema HVAC para ventilación y climatización estaría operando con limitaciones. Es decir, para la Demandante la causal de la extensión de plazo y mayores gastos generales es la injustificada objeción de EGEMSA sobre el Sistema HVAC, pese a haber sido diseñado dicho sistema por el Contratista conforme a las especificaciones técnicas de las Bases (y haber sido aprobado dicho diseño en reiteradas ocasiones por la Supervisión con conocimiento de EGEMSA), y, además los cambios que EGEMSA impuso al Contratista sobre dicho Sistema.

Para identificar el hecho generador, esto es la causal, el Tribunal debe acudir al Expediente de Solicitud de Ampliación de Plazo N° 30 presentado por GyM y que obra Anexo 2-A de la Demanda:

#### *“4. IDENTIFICACIÓN DE LA CAUSAL*

*4.1. Se identifica como causal de la presente Ampliación de Plazo, lo previsto en el numeral 2) del artículo 258° del RLCAE. “Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad”,*

*Al respecto, debemos indicar que la presente ampliación de plazo se da como consecuencia de la imposibilidad del Contratista para la ejecución de pruebas y puesta en marcha del sistema de ventilación y climatización, debido a defectos de información contenidos en las especificaciones técnicas de bases integradas – “Parte V del*

**Equipamiento Mecánico – punto 8.4.1 Características del circuito de agua primaria y 8.4.2. Características del circuito de agua secundario**, debidamente comunicados, conforme a los términos del artículo 210 del RLCAE, mediante carta N° 399-15-GyM S.A. – 1652/CSM2 y carta N° 094-2015-GyM S.A. 1652/EGEMSA.

4.2. Al respecto debemos indicar que con fecha 17 de mayo del 2015, el Contratista culminó el proceso de montaje, instalación y pruebas de los equipos y accesorios del sistema HVAC, con lo cual quedó listo el sistema para el inicio al proceso de comisionamiento.

Sin embargo, previo al inicio del proceso de comisionamiento, el Contratista tomó las temperaturas del agua a utilizarse para el sistema, registrando 14°C en la entrada en el circuito de agua primario y 21.9° C en la entrada del circuito de agua secundario, **valores que no coinciden con la información especificada y ratificada por la Entidad en sus bases integradas, en donde el acápite 8.4.1 y 8.4.2 – Parte V “Equipamiento Mecánico” – define los valores de temperatura del agua para cada circuito, en 22° C y 33° C respectivamente, tal como se detalla a continuación:**

(...)

4.3. **Como consecuencia del incumplimiento de los valores, entre los registrados en los circuitos de agua y los indicados en las Bases Integradas,** es que los Chillers del sistema HVAC; cuyo diseño e instalación fueron debidamente verificados y aprobados por Supervisión, en la fecha, no pueden ser encendidos. Ello debido, a que el fabricante del compresor de cada equipo, requiere, de acuerdo a diseño, un ingreso de agua con una temperatura definida en un rango de 24° C a 35° C, **valores que actualmente no se viene registrando, de acuerdo a la información entregada por EGEMSA.**

En ese sentido, el sistema de Climatización tampoco puede ser encendido, hasta que dichos parámetros de temperatura de agua sean garantizados por la Entidad, Caso contrario, el proveedor del sistema instalado (SAEG) procederá a retirar la garantía del servicio brindado.

Es importante advertir que **debido a la deficiencia en la información contenida en el acápite 8.4.1 y 8.4.2 – Parte V “Equipamiento Mecánico” – de las Bases Integradas hasta la fecha, el sistema de climatización no puede ser comisionado y puesto en marcha; no pudiendo el Contratista dar cumplimiento a sus prestaciones, por causas atribuibles a EGEMSA.** Ello, como se comprenderá, pone en riesgo la integridad de todos los equipos eléctricos y electrónicos ubicados en Casa de Máquinas y en la Subestación por deterioro prematuro, como se indica en las comunicaciones de la referencia.

4.6. Por lo expuesto, **procedemos a presentar nuestra Trigésima Solicitud de Ampliación de Plazo – Primer Parcial: Atrasos en el**

**cumplimiento de las prestaciones del contratista debido a la existencia de defectos de información contenidos en las Especificaciones Técnicas de las Bases Integradas "Parte V del Equipamiento Mecánico – punto 8.4.1 características del circuito de agua primario y 8.4.2. características del circuito de agua secundario"** y la falta de respuesta de EGEMSA que dé solución a la comunicación de la existencia de defectos de información, así como no aceptación de Supervisión de revisión del Presupuesto Adicional por Mayores Suministros del Sistema de Climatización y Ventilación, que han generado la imposibilidad de ejecución del comisionamiento y puesta en marcha del Sistema de Ventilación y Climatización, por causas atribuibles a la empresa de generación eléctrica Machupicchu S.A. – EGEMSA".

(Folio 036 a 039)

(Resaltado y subrayado nuestro)

No cabe duda que GyM expresamente identifica la imputación de la existencia de defectos de la información contenida en las Bases Integradas como la causal que motiva su solicitud de extensión de plazo y mayores gastos generales.

Es evidente que GyM parte de la existencia de un error en las indicadas especificaciones técnicas, al punto que considera que correspondía a la Entidad dar solución a la existencia de defectos de información y aceptar el Presupuesto Adicional por Mayores Suministros generados por la imposibilidad derivada de la deficiencia de la información.

Ante la propia calificación del Contratista, este tribunal tiene la convicción racional que el hecho invocado como causante de la extensión solicitada es la supuesta existencia de defectos de información contenida en las "Especificaciones Técnicas de las Bases Integradas "Parte V del Equipamiento Mecánico – punto 8.4.1 características del circuito de agua primario y 8.4.2. características del circuito de agua secundario".

Siendo ello así, en la medida que los hechos se originan en una Bases de junio de 2008, está probado que la extensión de plazo N° 30 y sus mayores gastos generales configuran reclamaciones por un hecho sucedido en junio de 2008, esto es, con anterioridad al 24 de marzo de 2015, esto es, antes de la suscripción del Addendum.

Atendiendo a lo anterior, el reclamo referido a la ampliación de plazo N° 30 y sus mayores gastos generales resulta una materia que está bajo el alcance de la renuncia contenida en el Acuerdo Primero del Addendum suscrito por las partes el 24 de marzo de 2015. Por tanto, siendo una materia transigida con calidad de cosa juzgada, resulta FUNDADA LA EXCEPCIÓN DE TRANSACCIÓN EXTRAJUDICIAL deducida por EGEMSA respecto de la Primera y Segunda Pretensión Principal de la Demanda.

Asimismo, se advierte que conforme al escrito de Demanda, la Tercera Pretensión Principal de la Demanda, así como su Subordinada, referidas a la bonificación por menor plazo de ejecución de obra, guardan directa relación a la ampliación de plazo objeto de la Primera Pretensión Principal.

En efecto, la bonificación calculada por GyM es el resultado de multiplicar la suma de US\$ 9,000.00 por 46 días de la ampliación de plazo N° 30.

Al devenir la AP 30 en improcedente como consecuencia de ampararse la excepción, la Tercera Pretensión Principal de la Demanda, así como su Subordinada, que dependen del pronunciamiento que recae sobre la Primera Pretensión Principal, debe declararse INFUNDADA.

**RESUELVE:**

**PRIMERO:** Declarar **FUNDADA** la **EXCEPCIÓN DE TRANSACCIÓN EXTRAJUDICIAL** deducida por **EGEMSA** y, como consecuencia de su estimación, se declaran **IMPROCEDENTES** la **PRIMERA** y **SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la **DEMANDA**.

**SEGUNDO:** Declarar **INFUNDADAS** la **TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** y su **PRETENSIÓN SUBORDINADA** de la **DEMANDA**

**TERCERO:** Declarar la continuación de las actuaciones arbitrales respecto de la **CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL** de la **DEMANDA**.



**ROLANDO EYZAGUIRRE MACCAN**  
**PRESIDENTE DEL TRIBUNAL ARBITRAL**



**CECILIA O'NEILL DE LA FUENTE**  
**ÁRBITRO**



**JORGE VEGA SOYER**  
**ÁRBITRO**