

**CÁMARA DE COMERCIO DE CUSCO
CENTRO DE ARBITRAJE**

Caso Arbitral N° 045-2019-PA-CA-CCC

ELECTRO SUR ESTE S.A.A.
vs.

EPS SEDACUSCO S.A.

LAUDO DE DERECHO

Tribunal Arbitral
Ricardo Rodríguez Ardiles (Presidente)
Juan Francisco Rojas Leo
Carlos Alberto Soto Coaguila

Secretaria Arbitral
Yllari Pachacuteq Salas Ccacho
Lima, 21 de setiembre de 2021.

ÍNDICE

I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES.....	4
II. CONVENIO ARBITRAL	4
III. TIPO DE ARBITRAJE	5
IV. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y LA FIJACIÓN DE LAS REGLAS PROCESALES	5
V. LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA	5
VI. DE LA DEMANDA: PRETENSIONES Y FUNDAMENTOS	5
VII. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.....	8
VIII. PUNTOS CONTROVERTIDOS.....	9
IX. OTRAS ACTUACIONES DEL PROCESO ARBITRAL	9
X. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES.....	10
XI. DECISIÓN.....	31

GLOSARIO DE TÉRMINOS

Demandante/ELSE/Contratista:	ELECTRO SUR ESTE S.A.A.
Demandada/SEDACUSCO/Entidad:	EPS SEDACUSCO S.A.
Las partes	ELECTRO SUR ESTE S.A.A. y EPS SEDACUSCO S.A.
Arbitraje:	Derecho e Institucional.
Contrato:	Contrato N° 496-2017-GG-EPS. SEDACUSCO S.A. – Contrato de suministro de energía eléctrica para el sistema Vilcanota de la E.P.S. SEDACUSCO S.A.
Ley/LE:	Ley N° 30225 - Ley de Contrataciones del Estado modificado por el Decreto Legislativo N° 1341.
Reglamento/RLCE:	Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF.
Ley de Arbitraje	Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el arbitraje.
Centro:	Cámara de Comercio de Cusco.
OSCE:	Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.
OSINERGMIN:	Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería

Orden Procesal N° 21

En Cusco, a los 21 días del mes de setiembre del año dos mil veintiuno, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, actuados los medios probatorios, escuchado los argumentos expuestos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación, dicta el laudo siguiente:

I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES

1. Son partes del arbitraje:

DEMANDANTE	DEMANDADA
ELECTRO SUR ESTE S.A.A. Representante legal: Amilcar Tello Álvarez. Abogado: Héctor Mujica Acurio.	EPS SEDACUSCO S.A. Representante: Juan Luis Zapata León. Abogado: Raúl Barrientos Paredes.

II. CONVENIO ARBITRAL

2. Con fecha 4 de setiembre de 2017, ELSE y SEDACUSCO suscribieron el Contrato. En la Cláusula Vigésimo Segunda de dicho contrato se señaló lo siguiente:

CLÁUSULA VIGÉSIMO SEGUNDA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.
Las controversias que se deriven sobre la ejecución, interpretación, ineficacia, nulidad o invalidez del presente contrato, serán sometidas, en primer lugar, a conciliación entre las partes para lo cual se establece que cualquiera de las partes deberá presentar la solicitud de conciliación ante cualquier Centro de Conciliación Público o acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos y que tenga sede, indefectiblemente, en la ciudad de Cusco.
Para los efectos de la Conciliación, se aplicarán los plazos previstos en la normativa de Contrataciones del Estado.
Las controversias que no pudieran resolverse a través de conciliación o las que se resolvieran de manera parcial, respecto de la parte que se mantiene la controversia, se someterán a un arbitraje institucional.
Cualquier de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los Artículos 122º, 137º, 140º, 143º, 146º, 147º y 149º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el Inciso 45.2 del Artículo 45º de la Ley de Contrataciones del Estado.
El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el inciso 45.8 del Artículo 45º de la Ley de Contrataciones del Estado.
El Arbitraje será resuelto por un Árbitro Único cuando el monto indicado en la solicitud de arbitraje sea menor a treinta (30) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), y por un Tribunal Arbitral compuesto por tres (03) árbitros en los demás supuestos.
Todas las controversias derivadas o relacionadas con este acto jurídico, será resuelto mediante arbitraje, de conformidad con los Reglamentos Arbitrales del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Cusco, a cuyas normas, administración y decisión se someten las partes en forma incondicional, declarando conocerlas y aceptarlas en su integridad.

3. De lo anterior queda establecida la competencia arbitral, al haberse verificado el convenio arbitral suscrito entre las partes e inserto en el Contrato.

III. TIPO DE ARBITRAJE

4. El arbitraje es de derecho.

IV. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y LA FIJACIÓN DE LAS REGLAS PROCESALES

5. Los miembros del Tribunal Arbitral declaran que han sido debidamente designados de acuerdo a Ley y al Convenio Arbitral celebrado entre las partes, manifestando que no tienen ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes.
6. En la Resolución N° 10 de fecha 19 de octubre de 2020 se fijaron las reglas del proceso arbitral.

V. LEY APPLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

7. La Cláusula Vigésimo Primera del Contrato establece la ley aplicable al presente caso:

CLÁUSULA VIGÉSIMO PRIMERA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO

Sólo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda, y demás normas de derecho privado.

VI. DE LA DEMANDA: PRETENSIONES Y FUNDAMENTOS

8. ELSE mediante escrito de fecha 9 de noviembre de 2018 presentó su demanda arbitral estableciendo como Petitorio lo siguiente:

Primera Pretensión Principal: Se reconozca el derecho de ELSE a cobrar por concepto de energía activa por el consumo de energía correspondiente a los “Precios Libres” aplicables al Contrato durante todo el período de vigencia del mismo.

Segunda Pretensión Principal: Se ordene a la Demandada hacer el pago de S/ 345,933.30 (Trescientos cuarenta y cinco mil novecientos treinta y tres con 30/100 Soles) por concepto de energía activa por el consumo de energía correspondiente al período comprendido entre el mes de marzo de 2018 hasta agosto de 2020, más los intereses previstos en el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.

Tercera Pretensión Principal: Se ordene a la Entidad hacer el pago de S/ 73,524.46 (Setenta y tres mil quinientos veinticuatro con 46/100 Soles) por concepto de intereses generados por la demora del pago del monto no controvertido de la facturación por consumos de energía eléctrica en el período marzo 2018 a marzo 2019.

Cuarta Pretensión Principal: Se ordene a la Demandada hacer el pago de S/ 73,043.93 (Setenta y tres mil cuarenta y tres con 93/100 Soles) por la refacturación debido a la actualización de la tarifa de peaje secundario.

9. El 4 de setiembre de 2017, las partes suscribieron el Contrato por un plazo de cinco (5) años a ser computados desde el 01 de octubre de 2017.
10. El Demandante se remite al numeral 10.2.1 de los Términos de referencia que señala que: “(...) podrán ser ajustados según la metodología establecida por OSINERGMIN en el numeral 1.2 del artículo 2º de la resolución OSINERGMIN 074-2016-OS/CD Tarifas para BRG (...)”. Asimismo, a la Cláusula Sexta del Contrato y al Anexo N° 5 – Precio de su oferta para afirmar que la Entidad tuvo pleno conocimiento que los Precios Libres referidos a la Energía Activa están sujetos a actualización de acuerdo a la metodología establecida en el numeral 1.2 del artículo 2 de la Resolución OSINERGMIN N° 074-2016-OS/CD de Tarifas para BRG o la Resolución que la sustituya.
11. Precisa que las tarifas son revisadas anualmente por OSINERGMIN conforme el siguiente detalle:
 - Resolución N° 060-2017-OS/CD para el período May-2017-Abr-2018.
 - Resolución N° 056-2018-OS/CD para el período May-2018-Abr-2019.
 - Resolución N° 061-2019-OS/CD para el período May-2019-Jun-2020.
 - Resolución N° 068-2020-OS/CD para el período Jul-2020-Abr-2018.
12. En atención a ello el Demandante considera que su actuación se ajusta al Contrato, refiere que el reajuste no estaba sujeto a condición alguna para su procedencia, sino más bien hubo una remisión y acuerdo expreso de sometimiento de las partes al reajuste tarifario que aprueba el organismo regulador, precisan do que el reajuste no sea aplicado todos los meses sino sólo en aquellos que de acuerdo a la regulación tarifaria corresponde a cuyo efecto, lista los meses donde se facturó pero que la Entidad no pagó el total cobrado.
13. En esa línea, agrega que emitió la factura N° F101-2991 correspondiente a marzo 2018, donde aplicó la fórmula de reajuste contenida en la norma tarifaria aprobada por OSINERGMIN; sin embargo, aquella fue rechazada por SEDACUSCO mediante Oficio N° 238.2018/GG.EPS.SEDACUSCO S.A. de fecha 03 de mayo de 2018, debido a que la consideraron “no conforme”. Explica que la Entidad señaló que en dicho período de facturación se consideró como valor en hora fuera de punta el equivalente a 15.43 ctm S / Kw/h, lo que no se ajustaría al valor de 14.75 ctm S / Kw/h del Contrato.
14. Esta conducta de la Entidad se repitió, lo que dio origen a un adeudo por la suma ascendente a S/ 345,933.30 (Trescientos cuarenta y cinco mil novecientos treinta y tres con 30/100 Soles).
15. De otro lado, indica que en la Cláusula Sexta del Contrato se pactó una serie de precios de conformidad con la Ley de Concesiones Eléctricas tales, como el peaje por el sistema de transmisión era en 33Kv al Precio Libre en Barra Quencoro.
16. Sobre este concepto, informa que, en los meses de octubre, noviembre y diciembre de 2017 y en enero, febrero, marzo y abril de 2018, ELSE consideró por error en la facturación emitida a la Entidad un peaje por el Sistema Secundario de Transmisión de 138 Kv.

17. Refiere que cuando advirtieron el error, emitieron la refacturación de dichos meses por el monto de S/ 73,043.93 (Setenta y tres mil cuarenta y tres con 93/100 Soles) que fueron reclamados mediante el Oficio N° C-2208-2018 de fecha 13 de agosto de 2018, sin que SEDACUSCO haya cumplido con pagarlos, pese a que el Contrato establece expresamente el peaje del sistema de transmisión aplicable.
18. Agrega que la tarifa de transmisión es un precio regulado, así reconocido en el punto 10.2 Especificaciones Comerciales de los Términos de Referencia de las Bases; asimismo, refiere que dicho concepto le corresponde a la concesionaria de transmisión (ETESUR), sin embargo, hasta la fecha la Demandada no paga la refacturación.
19. Con relación a la Primera Pretensión Principal de la demanda, considera que está claro que en el Contrato se encuentra la posibilidad de hacer reajuste en la facturación y que conforme al artículo 116.1 del Reglamento, SEDACUSCO se encuentra obligada a pagar los reajustes.
20. Respecto a la Segunda Pretensión Principal de la demanda, refiere que la Entidad no pagó el total facturado, por lo que solicita se ordene a la Entidad pague la suma de S/ 345,933.30 (Trescientos cuarenta y cinco mil novecientos treinta y tres con 30/100 Soles) más los intereses conforme el artículo 176¹ del Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas aplicable al presente Contrato.
21. Con relación a la Tercera Pretensión Principal de la demanda, afirma que la Entidad pagó con retraso conforme el siguiente detalle:
 - Las facturas por los períodos de marzo, abril y mayo de 2018 fueron pagados por la EPS SEDACUSCO a ELSE en fecha 22 de marzo de 2019.
 - La factura por el período enero 2019 fue pagada en fecha 09 de marzo de 2019.
 - La factura por el período febrero de 2019 fue pagada en fecha 12 de abril de 2019.
 - La factura por el período marzo 2019 fue pagada en fecha 16 de mayo de 2019.
22. Explica que mediante Carta N° 005-2019-GAF.EPS.SEDACUSCO de fecha 4 de abril de 2019, la Entidad les informó del pago de los períodos de marzo, abril y noviembre de 2018 por lo que solicita se ordene a la Demandada pague S/ 73,524.46 (Setenta y tres mil quinientos veinticuatro con 46/100 Soles) por concepto de intereses generados por la demora del pago del monto no controvertido de la facturación por consumos de energía eléctrica en el período marzo 2018 a marzo 2019.

¹ INTERESES SOBRE ACRENCIAS Artículo 176°.-

Los concesionarios podrán aplicar a sus acreencias relacionadas con la prestación del Servicio Público de Electricidad un interés compensatorio y un recargo por mora.

El interés compensatorio será aplicable desde la fecha de vencimiento del comprobante de pago hasta su cancelación. A partir del décimo día se aplicará en adición a dicho interés, un recargo por mora equivalente al 15% de la tasa del referido interés compensatorio hasta que la obligación sea cancelada.

La tasa máxima de interés compensatorio aplicable será el promedio aritmético entre la tasa activa promedio en moneda nacional (TAMN) y la tasa pasiva promedio en moneda nacional (TIPMN), que publica diariamente la Superintendencia de Banca y Seguros.

El concesionario informará al cliente que lo solicite el tipo de interés y los plazos aplicados.

23. ELSE requirió el pago de los intereses a SEDACUSCO mediante Oficio N° G-901-2019 de fecha 27 de mayo de 2019, y reiteró mediante Oficio N° C-1143-2019 de fecha 25 de junio del mismo año, sin que haya cumplido con reconocer este pago establecido en el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas que es aplicable al presente Contrato, pese a que con Carta N° 005-2019-GAF.EPS.SEDACUSCO, de fecha 04 de abril de 2019, reconoció su retraso en el pago, obviando pronunciarse sobre los intereses generados por su demora.
24. Respecto a la Cuarta Pretensión Principal, refiere que, desde los Términos de Referencia contenidos en las Bases, la Entidad conocía perfectamente que debía pagar un peaje por un sistema de transmisión en 33Kv.
25. Agrega que, si ELSE cometió un error al aplicar de manera incorrecta el peaje de transmisión, ello no genera un beneficio para que SEDACUSCO no pague. En razón a ello, su representada emitió las respectivas notas de débito a efectos de reclamar por este concepto la suma de S/ 73,043.93 (Setenta y tres mil cuarenta y tres con 93/100 Soles).
26. Concluye ofreciendo sus medios probatorios.

VII. CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

27. SEDACUSCO mediante escrito del 3 de diciembre de 2020, contestó la demanda solicitando que la misma sea declarada infundada.
28. Afirma que, ni en las bases ni en el Contrato se reconoció el reajuste de pago conforme el artículo 17 del Reglamento, así como tampoco se estableció fórmula de reajuste. Es más, se remite a la página veinticinco (25) de las Bases Integradas que señala que no corresponde el reajuste de pagos.
29. En esa línea, refiere que las Bases Integradas no pueden ser modificadas y considera que la oferta del Demandante no puede alterar el sentido de las mismas, por lo que debe dejarse sin efecto.
30. Asimismo, se remite a diversa doctrina respecto a la naturaleza del Contrato Administrativo para sostener que el Contrato se funda en los términos establecidos por la Entidad y no, por el Contratista.
31. Asimismo, indica que los usuarios libres no se encuentran sometidos a regulación de precios y que los concesionarios como ELSE negocian y pactan precios con sus usuarios, como en el presente caso, donde se someten a las Bases Integradas bajo la normativa de compra pública.
32. Respecto a la Primera Pretensión Principal, refiere que, en el marco de competencia, convocó y llevó a cabo un procedimiento de selección donde eligió a un ganador de la Buena Pro que bajo los alcances de las Bases Integradas no se reconoce ajuste de precios.
33. Con relación a la Segunda Pretensión Principal, expresa que no corresponde aplicar la normativa eléctrica, sino más bien, la normativa de compra pública conforme la Cláusula Vigésima Primera del Contrato.

34. Respecto a la Tercera Pretensión Principal, expresa que no corresponde aplicar la normativa eléctrica y que no se tiene el cálculo de los intereses, por lo que se encuentra limitado su análisis.
35. Con relación a la Cuarta Pretensión Principal, acota que se trata de un error imputable al Contratista y que no se evidencia detalle del cálculo, por lo que se encuentra limitado su análisis.
36. Concluye ofreciendo sus medios probatorios.

VIII. PUNTOS CONTROVERTIDOS

37. En la Resolución N° 13 de fecha 14 de diciembre de 2020, se fijaron los puntos controvertidos:

Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que se reconozca el derecho de ELSE a cobrar por concepto de energía activa por el consumo de energía correspondiente a los “Precios Libres” aplicables al Contrato durante todo el período de vigencia del mismo.

Segundo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar a la Demandada que pague S/ 345,933.30 (Trescientos cuarenta y cinco mil novecientos treinta y tres con 30/100 Soles) por concepto de energía activa por consumo de energía correspondiente al período comprendido entre el mes de marzo de 2018 hasta agosto de 2020, más los intereses previstos en el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.

Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar a la demandada a hacer el pago de S/ 73,524.46 (Setenta y tres mil quinientos veinticuatro con 46/100 Soles) por concepto de intereses generados por la demora del pago del monto no controvertido de la facturación por consumos de energía eléctrica en el período marzo 2018 a marzo 2019.

Cuarto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar a la demandada al pago de S/ 73,043.93 (Setenta y tres mil cuarenta y tres con 93/100 Soles) por la refacturación debido a la actualización de la tarifa de peaje secundario.

IX. OTRAS ACTUACIONES DEL PROCESO ARBITRAL

1. Con la Resolución N° 10 de fecha 19 de octubre de 2020 se fijaron las reglas del proceso arbitral.
2. El 23 de febrero de 2021 se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos y Pruebas con la participación de ambas partes.
3. Con el escrito N° 7 presentado el 1 de marzo de 2021, el Demandante presentó medios probatorios adicionales.

4. Mediante Resolución N° 16 se corrió traslado del escrito N° 7 presentado por ELSE, concediéndole a la Demandada plazo de cinco (5) días hábiles de notificada, para que exprese lo conveniente a su derecho.
5. El 11 de marzo de 2021, con el escrito N° 9, la Demandada absolvio el traslado conferido con la Resolución N° 16.
6. El 12 de abril de 2021, las partes presentaron sus alegatos escritos.
7. El 28 de junio de 2021 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la asistencia del Tribunal Arbitral y la participación de las partes, otorgándoles un plazo de diez (10) días para que presenten sus conclusiones finales.
8. El 9 de julio de 2021, las partes presentaron sus conclusiones finales.
9. Con el escrito N° 13 de fecha 12 de julio de 2021, la Demandante remite la Opinión N° 211-2017/DTN.
10. Con la Resolución N° 20 de fecha 26 de julio de 2020 se declaró el cierre de la instrucción del presente proceso arbitral y se fijó plazo para emitir el Laudo Arbitral dentro de treinta (30) días hábiles, los mismos que son prorrogados en este acto en quince (15) días hábiles desde el día siguiente de notificada la referida resolución.

X. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES

1. Antes de analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente: (i) el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con lo pactado por las partes; (ii) no se le ha recusado, no se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en las reglas del presente proceso arbitral; (iii) **ELECTRO SUR ESTE S.A.A.** presentó su demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) **E.P.S. SEDACUSCO S.A.** fue debidamente emplazada con la demanda, cumpliendo con contestarla en el plazo acordado(v) las partes han tenido la oportunidad para ofrecer y actuar todas sus pruebas, presentar sus alegatos escritos y presentar sus correspondientes informes orales; y, (vi) el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro del plazo fijado.
2. En aplicación del Principio de Comunidad de la Prueba, los medios probatorios presentados y admitidos pertenecen al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que las ofreció.
3. Asimismo, el Tribunal Arbitral considera que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza, respecto de los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba, necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba.
4. En esa línea, el Tribunal Arbitral declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde, aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o al valor probatorio asignado.

5. De igual manera, el Tribunal Arbitral conforme a sus atribuciones establecidas en la Ley de Arbitraje y a los puntos controvertidos por las partes, se declara competente y en la facultad legal de laudar respecto de todos los puntos sometidos a su decisión.
6. El Tribunal Arbitral deja constancia que se reserva el derecho de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere más conveniente a fin de resolver la controversia y no necesariamente en el orden establecido en el apartado VIII de este laudo.
7. A su vez, deja constancia también de que si el Tribunal Arbitral, al resolver alguno de los puntos controvertidos, llegase a la conclusión de que carece de objeto pronunciarse sobre otro u otros, podrá omitir pronunciarse sobre ellos.
8. Siendo este el estado de las cosas se procede a laudar dentro del plazo establecido.
9. Dicho ello, el Tribunal Arbitral decide analizar el siguiente punto controvertido:

Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que se reconozca el derecho de ELSE a cobrar por concepto de energía activa por el consumo de energía correspondiente a los “Precios Libres” aplicables al Contrato durante todo el período de vigencia del mismo.

10. SEDACUSCO sostiene que el Contrato no reconoce el reajuste de pagos. Ello debido a que, no se encuentra formula de reajuste, conforme lo estipula el artículo 17 del Reglamento; en esa línea, se remite al numeral 2.9 de la Sección Específica de las Bases Integradas que señala de forma expresa que no corresponde reajuste de los pagos, conforme se transcribe a continuación:



11. Por su parte, el Demandante se remite al numeral 10.2.1 de los Términos de Referencia conforme se detalla a continuación:

ENTIDAD MUNICIPAL PRESTADORA DE SERVICIOS DE SANEAMIENTO DEL CUSCO EPS SEDACUSCO S.A.
AS N° 042-2017 "SUMINISTRO DE SERVICIO ELECTRICO PARA EL SISTEMA VILCANOTA DE LA EPS SEDACUSCO S.A."

10.2.1 PRECIOS LIBRES Y REGULADOS

Precios Libres

Los precios de generación de energía activa en hora fuera punta y punta, son materia de competencia (libres) para el presente concurso y están referidas al consumo de electricidad en el punto de suministro (Barra Quencoro 33 KV) y a la barra de referencia de generación. Estos precios podrán ser ajustados según la metodología establecida por OSINERGMIN en el numeral 1.2 del artículo 2º de la resolución OSINERGMIN 074-2016-OS7CD Tarifas para BRG, o la que la sustituya.

12. Asimismo, el Demandante expresa que el reajuste del concepto de energía activa correspondiente a los Precios Libres se encuentra en la Oferta que presentó en el proceso de selección, así como en la Cláusula Sexta del Contrato:

ANEXO N° 05
PRECIO DE LA OFERTA

Señores
COMITÉ DE SELECCIÓN
ADJUDICACIÓN SELECTIVA N° 042-2017-EPS SEDACUSCO S.A.

Presente.-

Estimados Señores:

Es grato dirigirme a usted, para hacer de su conocimiento que, de acuerdo con las bases, mi oferta es la siguiente:

CONCEPTO	PRECIO UNITARIO ²¹ (Incluye IGV)	PRECIO TOTAL (Incluye IGV)
PRECIO DE ENERGÍA ACTIVA	0.1778 S/. / kWh	S/. 20,264,292.72
TOTAL		

El precio unitario ofertado debe contemplar el precio unitario de la energía activa más el IGV.

El precio total ofertado debe contemplar el precio unitario de la energía activa más el IGV, multiplicado por el volumen de energía estimado en las bases.

Cabe indicar que el precio unitario ofertado de la energía activa es a Ago-2017, el cual incluye IGV. El Precio Total considera el precio unitario solo de la energía activa con IGV multiplicado por el volumen de energía estimado para los 60 meses. Todos los demás cargos regulados establecidos por Osinergmin y de Ley, más sus impuestos, no están incluidos y deberán ser establecidos en el contrato. La actualización del precio de la energía activa, el precio de la potencia contratada y los demás cargos regulados están sujetos a la metodología establecida por el ente regulador Osinergmin, tal como se indica en el numeral 10.2 de los términos de referencia.

Cusco, 16 de Agosto del 2017.

CLÁUSULA SEXTA: PRECIOS DEL CONTRATO

Los precios aplicables, considerando lo establecido en el Artículo 8º de la Ley de Concesiones Eléctricas D. Ley N° 25844, serán los siguientes:

CONCEPTO	UNIDAD	PRECIO
Potencia	S./kW-mes	Según Regulación de OSINERGMIN en Barra Quencoro 33kV
Energía Activa	S./kWh	0.1778
		Precio Libre en Barra Quencoro 33kV(*), incluye IGV.
Energía Reactiva	S./kVArh	Según Regulación de OSINERGMIN en Barra Quencoro 33kV
Sistemas de Transmisión		Según Regulación de OSINERGMIN en Barra Quencoro 33kV

²¹ Precio Libre Base a la fecha de presentación de Oferta: Agosto de 2017

Precios Libres

Los precios de generación de energía activa en hora punta y punta, son materia de competencia (libres) para el presente contrato y están referidas al consumo de energía eléctrica en el Punto de Suministro Barra Quencoro 33 KV (Barra de Referencia de Generación Quencoro 138 KV) y están sujetas a

reajustes según la metodología establecida en el Numeral 1.2 del Artículo 2º de la Resolución OSINERGMIN N° 074-2016-OS/C de Tarifas para BRG o la resolución que la sustituya.

Precios Regulados

Los precios regulados, es decir los cargos de potencia en horas punta, compensaciones al sistema principal de transmisión y al sistema secundario de transmisión y los cargos por energía reactiva están fijados en moneda nacional; la metodología de aplicación y sus fórmulas de reajuste son los establecidos en la Resolución OSINERGMIN N° 074-2016-OS/C de Tarifas para BRG o la resolución que la sustituya.

Cualquier nuevo cargo regulado que pudiera surgir en el transcurso de la ejecución contractual, deberá aplicarse de acuerdo a lo establecido por el OSINERGMIN o ente normativo correspondiente.

13. Al respecto, el artículo 116 del Reglamento dispone lo siguiente:

“Artículo 116.- Contenido del Contrato

116.1. El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes

14. De la lectura del artículo 116 del Reglamento, se establece que el Contrato – a diferencia de un contrato civil –se encuentra conformado por: i) El Documento que lo contiene, ii) Los documentos del procedimiento de selección (Bases Integradas), iii) La oferta ganadora y iv) Documentos derivados del procedimiento de selección que se establezcan obligaciones.

15. Ahora bien, por un lado, en la sección específica de las Bases Integradas se encuentra la disposición referida a que no hay reajuste de pago y, por ende, los precios de generación de energía activa no podrán ser ajustados; y por otro, en los Términos de Referencia, la Oferta y en el Contrato mismo se encuentra la declaración de que los precios de generación de energía activa podrán ser ajustado conforme a la metodología de OSINERGMIN.

16. Ante ello, la aseveración de la Entidad referida a que el reajuste no se encuentra en el Contrato no resulta exacta toda vez que, en los documentos que lo integran como son los Términos de Referencia se establece la posibilidad del reajuste.

17. Lo que se advierte en el presente caso, es que existe una disonancia contractual, ya que como se ha referido en párrafos precedentes, simultáneamente se estipula la posibilidad e imposibilidad de reajuste, con lo cual, corresponde determinar si las bases integradas tienen prevalencia sobre los términos de referencia, toda vez que el artículo 116 del Reglamento no establece un orden de prelación, al considerar todos como parte integrante del mismo contrato.

18. Ante ello, el Colegiado estima pertinente en primer término, tener en cuenta la definición de Contrato; para ello, el Anexo Único – Anexo de Definiciones del Reglamento señala que el “Contrato es el acuerdo para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica dentro de los alcances de la Ley y del presente Reglamento”, en esa línea, cabe preguntarse ¿Cuándo se forma el acuerdo de voluntades?

19. Una primera respuesta podría ser lo que señala el artículo 115.1 del Reglamento que dispone que: “El Contrato se perfecciona con la suscripción de documento que lo contiene (...)”; no obstante, adviértase que este artículo no señala que el Contrato o acuerdo de voluntades se forme con la suscripción del documento que lo contiene sino únicamente, refiere que se perfecciona y ello, es importante relevar porque el perfeccionamiento no equivale al acuerdo de voluntades.

-
20. En segundo término, es pertinente recordar que todo proceso de contratación se desarrolla en tres (3) fases²: i) Fase de programación y actos preparatorios, ii) Fase de selección, y iii) Fase de ejecución contractual.
21. Así, la fase de programación y actos preparatorios corresponde al “orden interno de la Administración Pública y es la que se refiere (...) a la decisión de contratar en sí misma y a la forma y condiciones de esa contratación³” y la fase de selección corresponde al “conjunto de las relaciones de la Administración con los particulares, y es la que se refiere a la formación del contrato como tal y a las formas y modalidades de selección del contratante particular⁴”. Es decir, mediante un procedimiento de selección, la Entidad manifiesta su voluntad para contratar con la elección de la oferta de un particular, sobre un conjunto de ofertas siendo que dicha elección constituye la formación del acuerdo de voluntad.
22. Entonces, mientras el Contratista manifiesta su voluntad de contratar con la Entidad mediante la oferta que formula; la Entidad lo hace mediante el otorgamiento de la Buena Pro. Así las cosas, es en el otorgamiento de la Buena Pro en que ambas partes exteriorizan su voluntad de contratar, la misma que se perfecciona con la suscripción de un documento denominado Contrato, tal como lo regula el artículo 115.1 del Reglamento.
23. Es importante hacer notar que el documento que contiene el Contrato, en buena cuenta, refleja exclusivamente el acuerdo de voluntades correspondiente al otorgamiento de la Buena Pro (Bases Integradas y la oferta del ganador de la Buena Pro). Por lo que, asumir una tesis distinta, implicaría que las partes puedan estar habilitadas a introducir en el documento que contiene el Contrato, elementos que no formaron parte de las Bases Integradas o de la Oferta ganadora de la Buena Pro, propósito que la norma no busca.
24. En tercer término, es pertinente precisar que las Bases Estandarizadas de una Adjudicación Simplificada se encuentra conformada por una sección general (que no puede ser modificada por la Entidad) y una sección específica, esta última a su vez, está integrada por los siguientes capítulos:

- Capítulo I: Generalidades.
Capítulo II: Del Procedimiento de Selección.
Capítulo III: Requerimiento y requisitos de calificación.
Capítulo IV: Factores de evaluación.

² Dichas fases se desarrollan conforme a lo siguiente:

- Fase de programación y actos preparatorios, comprende, a modo general, las siguientes actuaciones: i) definición de necesidades y aprobación del Plan Anual de Contrataciones; ii) realización de la indagación de mercado, iii) la aprobación del expediente de contratación; iv) designación del Comité Especial; v) elaboración y aprobación de las Bases, entre otros actos.
- Fase de selección, se desarrolla en las siguientes etapas principales: i) convocatoria; ii) registro de participantes; iii) formulación de consultas y observaciones; iv) absolución de consultas y observaciones e integración de Bases; vi) presentación de ofertas; vii) evaluación de ofertas; viii) calificación de ofertas y, ix) otorgamiento de la Buena Pro, hasta antes del perfeccionamiento del contrato.
- Ejecución contractual, inicia una vez suscrito el contrato y culmina una vez efectuado el pago final y/o ejecutadas todas las obligaciones contractuales.

³ Escola citado por Germán Vallejo Almeida en “El procedimiento de formación de la voluntad de la administración y su responsabilidad patrimonial en el marco de la contratación estatal”. Ver: https://repository.ucatolica.edu.co/bitstream/10983/18784/1/Fundamentos-contemporaneos-der-publico_Capo2.pdf (revisado el 9 de agosto de 2021).

⁴ Escola *ibidem*.

Capítulo V: Proforma del Contrato
Anexos.

25. En el presente caso, tenemos que en el Capítulo II (Del procedimiento de selección) se establece que no es posible el reajuste; mientras que en el Capítulo III (Requerimiento) se dispone, bajo el numeral 10.2.1, la posibilidad de reajuste.

2.9. REAJUSTE DE LOS PAGOS

NO CORRESPONDE

Imagen del Capítulo II (Del procedimiento de selección)

Precios regulados

Los precios regulados, es decir los cargos de potencia en horas punta, compensaciones al sistema principal de transmisión y al sistema secundario de transmisión y los cargos por energía reactiva están fijados en moneda nacional y por OSINERGMIN; la metodología de aplicación y sus formulas de **reajuste** son los establecidos por OSINERGMIN en la resolución OSINERGMIN N° 057-2012-OS/C de tarifas para BRG o la resolución que lo sustituya.

Si como resultado de la actualización o modificación de los precios regulados por el OSINERGMIN, hubiese más de un precio aplicable durante el mes, la facturación de ese mes se hará sobre la base de los precios ponderados tomando en cuenta el número de días de vigencia de cada precio.

La facturación de la potencia será a máxima demanda coincidente con la demanda del SEIN multiplicado por el precio unitario de potencia regulado.

Los consumos de los días domingos y feriados en horas de punta serán considerados como fuera de punta.

Imagen del Capítulo III (Requerimiento)

26. El artículo 8.1 del Reglamento señala que: “las especificaciones técnicas, los términos de referencia o el expediente técnico, que contiene el requerimiento, contienen la descripción objetiva y precisa de las características”. (Énfasis agregado).
27. Asimismo, el artículo 8.7 del Reglamento indica que: “el área usuaria es responsable de la adecuada formulación del requerimiento, debiendo asegurar la calidad técnica y reducir la necesidad de su reformulación por errores o deficiencias técnicas que repercutan en el proceso de contratación”.
28. En esa línea, la Guía Práctica N° 5 del OSCE señala que: “El requerimiento es la solicitud formulada para contratar un bien, servicio u obra que satisfaga las necesidades de una

Entidad. La formulación del requerimiento da inicio al proceso de contratación y determina, en gran medida, el éxito del mismo⁵.

29. Conforme a los artículos 8.1 y 8.7 y la Guía Práctica N° 5, el requerimiento – que se encuentra, en el Capítulo III de la Sección Específica de las Bases Integradas – constituye la descripción objetiva y precisa de las características de la necesidad de la Entidad, esto es, lo que efectivamente requiere la Entidad.
30. En este punto, debemos tener en cuenta la Opinión N° 018-2018-DTN de fecha 8 de febrero de 2018 señala que: “sobre la base de la información técnica y económica contenida en el expediente de contratación⁶ y empleando las Bases Estándar aprobadas por OSCE, el Comité de Selección elabora las Bases del respectivo procedimiento de selección, debiendo consignar en estas las especificaciones técnicas, términos de referencia o expediente técnico de obra, contenidos en el expediente de contratación recibido”⁷. (Énfasis agregado).
31. De acuerdo a la Opinión, el Comité de Selección elabora las Bases Integradas, entre ellas, el Capítulo II correspondiente al procedimiento de selección. Sin embargo, respecto al requerimiento, esto es, la descripción de la necesidad de la Entidad (área usuaria) lo consigna en el Capítulo III. Esto quiere decir que, el Comité de Selección no elabora el requerimiento sino lo traslada a las Bases Integradas, acotándose además que tal requerimiento es, como hemos expresado, la necesidad de la Entidad.
32. Por lo que, si bien existe disposiciones no unificadas en las Bases Integradas se advierte que el Capítulo II de las Bases Integradas fue elaborado por el Comité de Selección a diferencia del Capítulo III que contiene el requerimiento; esto es, la descripción exacta de la necesidad formulada por el área usuaria. Por ello, el Colegiado concluye que el numeral 10.2.1 de los Términos de Referencia del Capítulo III constituye en efecto, el requerimiento que formuló la Entidad respecto a la posibilidad de reajuste y por ende, la voluntad de la Entidad que derivó en el otorgamiento de la Buena Pro.
33. En esa línea, podemos inferir que la imposibilidad de reajuste de pago contenido en la Sección Específica de las Bases Integradas soslayó el requerimiento de la Entidad que reconoce el mencionado reajuste de la energía activa.
34. Como muestra la doctrina⁸, el principio básico de interpretación de un contrato es la regla de la voluntad declarada y de la común intención de las partes⁹. Y es universalmente

⁵Ver:

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/355632/Gu%C3%ADa_Pr%C3%A1ctica_N_5_C%C3%B3mo_se_fo rmula_el_requerimiento_20190826-2102-13cqhrd.pdf

⁶ De conformidad con el artículo 26 del Reglamento.

⁷ De conformidad con el artículo 27 del Reglamento, es parte del contenido mínimo de las Bases, “Las Especificaciones Técnicas, los Términos de Referencia, la Ficha de Homologación, la Ficha Técnica o el Expediente Técnico de Obra, según corresponda”.

⁸ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano*. En: LEÓN HILARIO, Leysser (Comp.). *Estudios sobre el contrato en general*. Lima, 2003, pp. 723-777.

⁹ Artículo 168 del Código Civil.- El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

aceptado que el intérprete debe aproximarse a la "común intención de las partes" a través de la valoración del comportamiento integral de éstas, evidentemente, bajo el principio de la buena fe. Dicho con otros términos, a efectos de alcanzar una cabal comprensión sobre el significado del contrato según cómo las partes han entendido el mismo, resulta indispensable analizar la conducta desplegada por éstas durante todo el íter contractual.

35. La Entidad, mediante el numeral 10.2.1 de los términos de referencia (requerimiento) correspondiente al Capítulo III, estableció el reajuste y el Contratista mediante su oferta consideró el reajuste, con lo cual, el Colegiado concluye que la común intención de las partes fue establecer un reajuste del concepto de energía activa correspondiente a los Precios Libres.
36. Ahora bien, la Entidad ha acotado que en las Bases Integradas no se encuentra las fórmulas de reajuste conforme al artículo 17 del Reglamento por lo que a su consideración evidencian, que las Bases Integradas no permiten el reajuste de pagos.
37. Al respecto, en el artículo 17.1 del Reglamento se indica que: "En los casos de contrato de ejecución periódica (...) pactados en moneda nacional, los documentos del procedimiento de selección pueden considerar fórmulas de reajuste de los pagos que corresponden, así como la oportunidad en la cual, se debe hacer efectivo el pago, conforme a la variación del Índice de Precios al Consumidor que establece el (...) INEI".
38. Sobre ello, la Entidad soslaya que, las partes entendieron que el reajuste se realizaría con la metodología establecida en la Resolución OSINERGMIN N° 074-2016-OS/CD – Tarifas para BRG o las que la sustituya; lo que, en buena cuenta, implica que nos encontramos ante un reajuste dispuesto por una normativa específica correspondiente a la Resolución de OSINERGMIN razón por la cual, el argumento de la Entidad no genera mayor convicción en el Tribunal Arbitral para amparar su posición.
39. En efecto, en la relación contractual entre SEDACUSCO y ELSE existe un conjunto de obligaciones que rigen tanto para la parte Contratista como también para la Entidad. Manuel de la Puente y Lavalle¹⁰ expresa sobre el particular que la obligatoriedad del contrato es la fuerza que obliga a tal cumplimiento, siendo que el contrato como categoría general es obligatorio sea un contrato de derecho privado o público, pues en ambos casos ocurre exactamente lo mismo: "un acuerdo de declaraciones de voluntad para crear, regular, modificar o extinguir entre las partes una relación obligacional de carácter patrimonial. Asimismo, en uno y otro Derechos (público y privado) el contrato es obligatorio en cuanto se haya expresado en él".
40. Asimismo, el artículo 1361 del Código Civil establece que: "los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla". Lo que la doctrina denomina *pacta sunt servanda*, característica inherente también a los contratos que suscribe el Estado con los particulares.

Artículo 1362 del Código Civil.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

¹⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El Contrato en General. Vol. XI, Primera Parte, Tomo I, Lima, 1991, pág. 360.

41. Como consecuencia de ello, se desprende que, celebrado un contrato, las partes comprometidas deben adoptar la conducta para el cumplimiento de las responsabilidades que en él se impongan, como fuente de obligaciones y derechos para ambas. En esa línea, una consecuencia del *pacta sunt servanda*¹¹ es la intangibilidad o irrevocabilidad del contrato. Que el contrato sea intangible implica que una vez celebrado el contrato válidamente no podrá ser modificado o dejado sin efecto. La única forma de privar de efectos jurídicos al contrato será por un nuevo acuerdo¹²; en consecuencia, el contrato válidamente celebrado no puede ser alterado por un tercero o, unilateralmente, por una de las partes, tampoco por el juez o árbitro que se avoque a solucionar un conflicto.

42. En ese sentido, la interpretación de los diversos documentos que conforman el Contrato no puede ser otra que aquello que se encuentre dentro de los alcances que las partes pusieron de manifiesto, lo que incluyó el reajuste del concepto de energía actividad correspondiente a los Precios Libre. Una interpretación en contrario, implicaría la transgresión de la Buena Fe puesto que nos trasladaría a un supuesto en que el Tribunal Arbitral asuma los roles de las partes a efectos que no se reconozca dicho concepto, sin que exista voluntad de partes, ya que sólo la Entidad ha negado dicho concepto en razón a un extremo de las Bases Integradas que no forma parte del requerimiento como se ha acreditado y sustentado precedentemente.

43. Por último, la Entidad presentó la Opinión N° 211-2017/DTN de fecha 26 de septiembre de 2017 que concluye:

“3.1 La anterior normativa de contrataciones del Estado -vigente hasta el 8 de enero de 2016- establecía, de forma expresa, que las opiniones emitidas por el OSCE tenían carácter vinculante mientras no fueran modificadas por otra opinión posterior -debidamente sustentada- o norma legal.

3.2 No resulta necesario que la normativa de contrataciones del Estado -vigente desde el 9 de enero de 2016- establezca de forma expresa que las opiniones emitidas por el OSCE tienen carácter vinculante, puesto que al ser -su emisión- una competencia exclusiva del Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública, los criterios emitidos en dichas opiniones deben ser observados por los operadores de la citada normativa, al momento de su aplicación.

44. La Opinión glosada establece que las Opiniones tienen carácter vinculante. Sobre ello, la Entidad ha hecho referencia a una serie de Opiniones en su contestación de demanda que establecen que no es posible modificar las Bases Integradas y que se debe respetar el Contrato.

45. En el presente Laudo Arbitral se ha analizado en detalle que, en los Términos de Referencia que forman parte de las Bases Integradas y a su vez, del Contrato, se encuentra el reajuste; no obstante, la Entidad limita y aísla la integridad del Contrato teniendo en cuenta únicamente la Sección Específica de las Bases Integradas, sin reparar

¹¹ El *pacta sunt servanda* se encuentra recogido en el artículo 1361 del Código Civil que señala:

“Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”.

¹² **SOTO COAGUILA**, Carlos. *El Pacta Sunt Servanda y la Revisión del Contrato*. P. 6. <http://www.jusdem.org.pe/webhechos/No10/elpactasun.pdf>

que son sus propios Términos de Referencia que recogen la posibilidad de reajuste, siendo estos, la descripción exacta de la necesidad de la Entidad, como se ha explicado. En ese sentido, el Colegiado no advierte que la conclusión a la que arriba constituya una modificación de las Bases Integradas o el Contrato, sino más bien, el análisis recoge que las partes deben respetar el contenido del Contrato en su concepción integral en el que se consideró el reajuste permitiéndose así una ejecución acorde al pacto y a las conductas desplegadas por aquellas desde el inicio y hasta su perfeccionamiento.

46. Conforme a lo expuesto, el Tribunal Arbitral asume convicción que corresponde reconocer que las partes dispusieron el reajuste de precios por concepto de energía y, en consecuencia, corresponde reconocer el derecho de ELSE a cobrar por concepto de energía activa por el consumo de energía correspondiente a los “Precios Libres” durante la ejecución del Contrato.

47. A continuación, el Colegiado decide analizar el siguiente punto controvertido:

Tercer Punto Controvertido derivado de la tercera pretensión principal: Determinar si corresponde o no ordenar a la demandada a hacer el pago de S/ 73,524.46 (Setenta y tres mil quinientos veinticuatro con 46/100 Soles) por concepto de intereses generados por la demora del pago del monto no controvertido de la facturación por consumos de energía eléctrica en el período marzo 2018 a marzo 2019.

48. El Demandante afirma que las facturas de los siguientes meses que se indican fueron pagadas con atraso y en razón a ello, solicita el pago de los intereses compensatorios y moratorios conforme al Reglamento de la Ley de Concesiones.

- Facturas por los períodos de marzo, abril y mayo de 2018 fueron pagados por la EPS SEDACUSCO a ELSE en fecha 22 de marzo de 2019.
- La factura por el período enero 2019 fue pagada en fecha 09 de marzo de 2019.
- La factura por el período febrero de 2019 fue pagada en fecha 12 de abril de 2019.
- La factura por el período marzo 2019 fue pagada en fecha 16 de mayo de 2019.

49. El Contratista refiere que por la especialidad de la norma corresponde aplicar el Reglamento de la Ley de Concesiones que reconoce los intereses compensatorios y moratorios y no, la Ley de Contrataciones del Estado. En específico, el demandante hace referencia al siguiente artículo:

INTERESES SOBRE ACRENCIAS Artículo 176.-

Los concesionarios podrán aplicar a sus acreencias relacionadas con la prestación del Servicio Público de Electricidad un interés compensatorio y un recargo por mora.

El interés compensatorio será aplicable desde la fecha de vencimiento del comprobante de pago hasta su cancelación. A partir del décimo día se aplicará en adición a dicho interés, un recargo por mora equivalente al 15% de la tasa del referido interés compensatorio hasta que la obligación sea cancelada.

La tasa máxima de interés compensatorio aplicable será el promedio aritmético entre la tasa activa promedio en moneda nacional (TAMN) y la tasa pasiva promedio en moneda nacional (TIPMN), que publica diariamente la Superintendencia de Banca y Seguros.

El concesionario informará al cliente que lo solicite el tipo de interés y los plazos aplicados. (Énfasis agregado)

50. Ahora bien, de la lectura del artículo en referencia se aprecia que la aplicación de un interés compensatorio y un recargo por mora, se realizaría facultativamente por el concesionario. No obstante, el Demandante sostiene que en el Capítulo V¹³ de las Bases Integradas se encuentra la proforma del Contrato cuya Cláusula Cuarta dispone lo siguiente:

CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO¹⁷

LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en [INDICAR MONEDA], en [INDICAR SI SE TRATA DE PAGOS MENSUALES O PAGOS PERIÓDICOS], luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente [INDICAR CONTRATO]

Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días de producida la recepción.

LA ENTIDAD debe efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la conformidad de los servicios, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello.

En caso de retraso en el pago por parte de LA ENTIDAD, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, EL CONTRATISTA tendrá derecho al pago de intereses legales conforme a lo establecido en el Artículo 39º de la Ley de Contrataciones del Estado y en el Artículo 149º de su Reglamento, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

51. En razón de ello, en el Contrato (documento que contiene el acuerdo de voluntades) suscrito por el Demandante, se encuentra la Cláusula Quinta que dispone:

CLÁUSULA QUINTA: DEL PAGO

LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación al CONTRATISTA en moneda nacional (Soles), en PAGOS MENSUALES, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el Artículo 149º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días de producida la recepción.

LA ENTIDAD debe efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la conformidad de los bienes, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello.

En caso de retraso en el pago por parte de LA ENTIDAD, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, EL CONTRATISTA tendrá derecho al pago de intereses legales conforme a lo establecido en el Artículo 39º de la Ley de Contrataciones del Estado y en el Artículo 149º de su Reglamento, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

52. Es decir, el Demandante consideró que, dentro del acuerdo de voluntades, el atraso en el pago se reconocía el interés legal, no encontrándose dentro de aquél, disposición alguna relativa al

¹³ Anexo 1-D de la demanda.

reconocimiento de los intereses compensatorios y moratorios del Reglamento de la Ley de Concesiones.

53. En esa línea, la pretendida argumentación del Contratista relativo a la especialidad de la norma y su aplicación no tiene mayor injerencia toda vez que, las partes dentro del alcance de sus voluntades no han previsto regulación adicional con relación a otro tipo de interés que no sea de alcance legal con lo cual, se constata que el Demandante pretende incorporar nuevos conceptos que no formaron parte del acuerdo de voluntades razón por la cual, el Colegiado concluye que no corresponde reconocer la suma de S/ 73,524.46 (Setenta y tres mil quinientos veinticuatro con 46/100 Soles) por los intereses compensatorios y moratorios conforme al Reglamento de la Ley de Concesiones.

54. A continuación, el Colegiado decide analizar el siguiente punto controvertido:

Segundo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar a la Demandada que pague S/ 345,933.30 (Trescientos cuarenta y cinco mil novecientos treinta y tres con 30/100 Soles) por concepto de energía activa por el consumo de energía correspondiente al período comprendido entre el mes de marzo de 2018 hasta agosto de 2020, más los intereses previstos en el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.

55. En el presente caso, el Demandante solicita el pago de la suma de S/ 345,933.30 (Trescientos cuarenta y cinco mil novecientos treinta y tres con 30/100 Soles) por concepto de energía activa por el consumo de energía correspondiente al período comprendido entre el mes de marzo de 2018 hasta agosto de 2020. En esa línea, en su demanda presentó el siguiente cuadro Excel:

PERIODO	SERIE	NUMERO	MONTO FACTURADO	F. EMISIÓN	F. VENCIMIENTO	F. DEPOSITO	MONTO DEPOSITADO	SALDO IMPAGO
201710	101	1952	365,804.49	10/11/2017	30/11/2017	14/12/2017	365,804.49	0.00
201711	101	2168	365,373.29	11/12/2017	01/01/2018	05/01/2018	365,373.29	0.00
201712	101	2344	381,666.14	10/01/2018	29/01/2018	23/01/2018	381,666.14	0.00
201801	101	2537	368,476.52	09/02/2018	28/02/2018	22/02/2018	368,476.52	0.00
201802	101	2789	317,024.78	12/03/2018	30/03/2018	11/04/2018	317,024.78	0.00
201803	101	2991	347,994.74	11/04/2018	30/04/2018	22/03/2019	334,456.82	13,537.92
201804	101	3194	357,705.06	10/05/2018	31/05/2018	22/03/2019	342,355.93	15,349.13
201805	101	3435	376,830.07	11/06/2018	30/06/2018	06/07/2018	376,830.07	0.00
201806	101	3690	375,535.54	11/07/2018	31/07/2018	09/08/2018	375,535.54	0.00
201807	101	3932	386,319.44	13/08/2018	31/08/2018	06/09/2018	386,319.44	0.00
201808	101	4133	534,927.78	11/09/2018	30/09/2018	11/10/2018	534,927.78	0.00
201809	101	4349	370,345.43	10/10/2018	31/10/2018	27/11/2018	370,345.43	0.00

201810	101	4536	383,763.06	12/11/2018	30/11/2018	28/11/2018	383,763.06	0.00
201811	101	4848	385,746.62	11/12/2018	31/12/2018	22/03/2019	379,751.95	5,994.67
201812	101	5033	388,019.97	11/01/2019	31/01/2019	28/01/2019	388,019.97	0.00
201901	101	5244	395,193.59	11/02/2019	28/02/2019	08/03/2019	387,752.87	7,440.72
201902	101	5431	355,306.39	11/03/2019	31/03/2019	12/04/2019	348,633.40	6,672.99
201903	101	5630	392,881.46	11/04/2019	30/04/2019	16/05/2019	384,951.07	7,930.39
201904	101	5793	383,153.36	10/05/2019	31/05/2019	06/06/2019	383,153.36	0.00
201905	101	6037	422,476.72	10/06/2019	30/06/2019	10/07/2019	396,883.07	25,593.65
201906	101	6226	425,469.99	10/07/2019	31/07/2019	14/08/2019	415,015.12	10,454.87
201907	101	6477	414,138.42	12/08/2019	31/08/2019	06/09/2019	396,253.56	17,884.86
201908	101	6624	427,227.85	10/09/2019	30/09/2019	03/10/2019	408,783.69	18,444.16
201909	101	6816	420,267.94	11/10/2019	31/10/2019	08/11/2019	402,214.11	18,053.83
201910	101	7079	427,646.15	13/11/2019	30/11/2019	19/12/2019	409,245.66	18,400.49
201911	101	7372	411,565.48	12/12/2019	31/12/2019	10/01/2020	393,670.25	17,895.23
201912	101	7574	423,773.50	10/01/2020	31/01/2020	31/01/2020	408,334.10	15,439.40
202001	101	7737	438,009.88	10/02/2020	29/02/2020	06/03/2020	427,425.40	10,584.48
202002	101	7904	464,783.51	11/03/2020	31/03/2020	11/05/2020	427,815.11	36,968.40
202003	101	7995	467,545.29	10/04/2020	30/04/2020	05/05/2020	456,995.74	10,549.55
202004	101	8079	278,352.94	14/05/2020	29/05/2020	10/07/2020	268,313.09	10,039.85
202005	101	8236	291,117.94	17/06/2020	17/06/2020	10/07/2020	280,355.85	10,762.09
202006	101	8400	300,994.19	21/07/2020	06/08/2020	25/09/2020	290,095.13	10,899.06
202007	101	8557	346,464.59	20/08/2020	07/09/2020	25/09/2020	317,551.58	28,913.01
202008	101	8681	358,307.24	10/09/2020	30/09/2020	16/10/2020	330,182.69	28,124.55
202009	101	8961	381,433.87	15/10/2020	31/10/2020			
								345,933.30

56. Asimismo, mediante el escrito N° 7, el Demandante señaló: “alcanzamos a manera de ejemplo la facturación remitida a Seda Cusco por el período comprendido entre agosto 2018 a febrero 2020, en los cuales se podrá apreciar que los meses de agosto, setiembre y octubre de 2019, así como el período de diciembre de 2018 y abril de 2019 nuestra empresa no aplicó un mayor cargo por concepto de energía activa, sin embargo en los demás meses del período señalado si se aplicó; cabe señalar que en todos los meses se remitió a SEDACUSCO la facturación detallada”.

57. Agrega que: “Cabe referir que el resumen de la facturación emitida por ELSE a SEDACUSCO está contenido en el cuadro del punto 9 de nuestro escrito de demanda, el mismo cuyas cifras pueden ser cotejadas con las facturas que se remiten mediante el presente escrito.
58. En adición, en el escrito N° 8, el Demandante expresó que: “sin perjuicio de la corroboración para todos los períodos bajo controversia, nos permitimos citar extractos de la facturación por el **mes de noviembre de 2018** en el cual Sí existe un monto pendiente de pago. Como se advierte, de la misma forma que en el caso anterior, ELSE especificó todos los detalles en la facturación”:

Cantidad	Código	Descripción	Unidad	Prec Unit	Valor de venta
		Total Compensación por Transmisión	SI		21,774.63
		Total Compensación por Distribución	SI		-
2,801.62	FEPB2	Facturación por Energía en Hora Punto	Clms S / kWh	16.31	456.94
1,751,802.42	FEFPB2	Facturación por Energía en Hora Fuera de Punto	Clms S / kWh	15.34	268,726.49
38.09	FPPB2	Facturación por Potencia en Hora Punto	S / kW	20.90	796.08
-	ExFPPB2	Facturación por Exceso Potencia en Hora Punto	S / kW	-	-
-	FPFPB2	Facturación por Potencia en Hora Fuera de Punto	S / kW	-	-
-	ExFPFPB2	Facturación por Exceso de Potencia en Hora FP	S / kW	-	-
38.09	PCSP12	Facturación por Conexión al Sistema Principal	S / kW	34.252	1,304.66
161,756.28	FPERB	Facturación por Energía Reactiva	Clms S / kVARh	4.35	7,036.40
SUB TOTAL FACTURACION DE COMPENSACIONES, ENERGIA Y POTENCIA					300,095.20
		Cargo Fijo	SI		6.72
		Alumbrado Público	SI		2,490.00
		Interes Compensatorio	SI		2,129.31
		Variacion Tarifaria *	SI		-
		Otros	SI		-

59. Ahora bien, de la lectura del cuadro Excel se advierte que el Contratista reclama determinados “saldos” por meses así, por ejemplo, en el mes de noviembre de 2018 habría un saldo de S/ 5,994.67 (Cinco mil novecientos noventa y cuatro con 67/100 Soles); en esa línea, cada uno de estos saldos hacen un total de S/ 345,933.30 (Trescientos cuarenta y cinco mil novecientos treinta y tres con 30/100 Soles); sin embargo, de la revisión de la documentación presentada por el Contratista correspondiente a las facturas y los denominados “detalle de facturación” no se encuentra evidencia del cálculo seguido por el Demandante a efectos de imputar como monto pendiente la suma de cada uno de los saldos y por ende, el monto pretendido de su Segunda Pretensión Principal.

60. Cabe anotar que las partes tienen el derecho a probar el cual, constituye un derecho básico de los justiciables que los *faculta a producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa*. Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que éstos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia¹⁴.

¹⁴ LANDA, César. «El arbitraje en la Constitución de 1993 y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional». En Thémis. Lima, diciembre 2007, n.º 3, pp. 40-42.

61. Este derecho implica también una responsabilidad de las partes a efectos de generar certeza y convicción en el Tribunal Arbitral respecto a sus pretensiones. En ese sentido, la labor del Colegiado implica el análisis de los argumentos de las partes valoradas con cada uno de los medios probatorios presentados, sin embargo, si los argumentos de aquellas no encuentran asidero o sustento en los medios probatorios, el Tribunal Arbitral no puede ampararlas caso contrario, implicaría un alejamiento al Estado de Derecho, así como la afectación a los derechos de su contraparte.
62. Conforme a lo descrito, el Contratista no ha podido acreditar que la suma de S/ 345,933.30 (Trescientos cuarenta y cinco mil novecientos treinta y tres con 30/100 Soles) en efecto, corresponda al concepto de energía activa por el consumo de energía relativo al período comprendido entre el mes de marzo de 2018 hasta agosto de 2020 toda vez, que no se encuentra cálculo que evidencia que efectivamente, corresponde inferir la suma señalada.
63. En esa línea, si bien se reconoce el derecho del Demandante de cobrar por el concepto de energía activa, sin embargo, éste no ha efectuado ejercicio alguno que permita comprobar la metodología seguida por el Contratista a efectos de considerar válida la suma solicitada.
64. Es más, el propio Demandante señaló en el numeral 28 del escrito N° 8 que: “nos reservamos el derecho a explicar, de considerarlo necesario el Tribunal Arbitral el detalle de cada concepto a considerar en la fórmula de actuación de los precios bases...”. Sobre ello, se debe precisar que corresponde a las partes, generar certeza sobre sus pretensiones, no obstante, pareciera que el Demandante pretende trasladar al Tribunal Arbitral la carga de la prueba respecto al cálculo de los saldos, aspecto que ciertamente implica que el Tribunal Arbitral se sustituya en el papel del Demandante.
65. En consecuencia, el Tribunal Arbitral concluye que no corresponde ordenar el pago de la suma S/ 345,933.30 (Trescientos cuarenta y cinco mil novecientos treinta y tres con 30/100 Soles) por concepto de energía activa por el consumo de energía correspondiente al período comprendido entre el mes de marzo de 2018 hasta agosto de 2020 toda vez, que no se encuentra acreditado dicho monto, y en consecuencia, improcedente la Segunda Pretensión respecto al pago de la suma de S/ 345,933.30 (Trescientos cuarenta y cinco mil novecientos treinta y tres con 30/100 Soles).
66. Sin perjuicio de lo anterior, el Tribunal Arbitral puede verificar de la revisión de los medios probatorios presentados, que el cálculo respecto de la energía activa se debería hacer conforme a la metodología del ente regulador, OSINERGMIN, quien mediante sus resoluciones ¹⁵ establece la fórmula a seguir en cuenta para el cálculo de reajuste de energía activa, en el presente contrato.
67. Al respecto el Tribunal Arbitral conviene señalar que el arbitraje, a diferencia de otros medios de resolución de controversias, se encuentra dentro del sistema adversarial, el mismo que tiene por característica, su nacimiento a partir de la decisión de las partes de renunciar a las cortes o tribunales estatales y acudir al arbitraje para resolver sus

¹⁵ Tal como se aprecia del punto 10.2 de las Bases Integradas y del medio probatorio 1-D de la demanda “Anexo N° 05 precio de la oferta”.

controversias; en ese sentido, al ser un mecanismo adversarial no busca impartir justicia; sino, resolver una controversia de forma definitiva¹⁶.

68. Ahora bien, en cuanto a la actividad probatoria de las partes y el ofrecimiento de pruebas es sabido que al encontrarnos en un sistema de Derecho Civil las partes tengan que soportar la carga y derecho de aportar cualquier elemento de prueba relevante y admisible.
69. En esa misma línea, en los procesos donde la actividad significa libertad entre privados (como el arbitraje) la consecuencia obvia es que el Tribunal Arbitral no tenga que desempeñar un papel activo en la aportación de pruebas. Siendo que el Tribunal Arbitral decidirá sobre los hechos tomando únicamente como base las pruebas ofrecidas por las partes; siendo aquella la idea fundamental de un proceso de tradición adversarial, como el arbitraje.
70. De obviar lo anterior y realizar un cálculo de los montos del saldo por reajuste por cuenta propia, el Tribunal Arbitral se estaría subrogando en la actividad probatoria de parte, toda vez que realizaría actos tendientes a probar la postura de una de ellas, lo cual es inadmisible bajo los estándares de un debido proceso; y lo cual devendría en perjudicial para el proceso.
71. De otro lado, el Demandante solicita el reconocimiento de los intereses, no obstante, dado que en el presente caso no se encuentra acreditado el supuesto monto adeudado, el Colegiado concluye que no corresponde reconocerlos y, en consecuencia, infundado respecto a este extremo.
72. Por último, el Colegiado decide analizar el siguiente punto controvertido:

Cuarto Punto Controvertido derivado de la cuarta pretensión principal: Determinar si corresponde o no ordenar a la demandada al pago de S/ 73,043.93 (Setenta y tres mil cuarenta y tres con 93/100 Soles) por la refacturación debido a la actualización de la tarifa de peaje secundario.

73. En el presente caso, el Demandante sostiene que cometió error al aplicar el concepto de redes de transmisión de 138 Kv en lugar de 33 Kv, en esa línea, refiere que través del Oficio N° C-2208-2018¹⁷, remitió a SEDACUSCO siete (7) Notas de Débito por un total que asciende a S/ 73,043.93 (Setenta y tres mil cuarenta y tres con 43/100 Soles) por el pago de la refacturación debido a la actualización de tarifa del peaje secundario de transmisión. Por su parte, la Entidad considera que no corresponde reconocerlos.
74. Al respecto, en el numeral 10.2.1 de los Términos de Referencia se encuentra el acápite de Precios Regulados, que recoge el concepto de “sistema secundario de transmisión” conforme a lo siguiente:

¹⁶ TREVIÑO, Francisco. *Medios Alternativos de Resolución de Controversias*. SERIE: Documentos Técnicos en Megaproyectos, 2019, pg.11. Disponible en: https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Medios_alternativos_para_la_soluci%C3%B3n_de_controversias_es_es.pdf

¹⁷ Anexo 1-P de la demanda.

Precios regulados

Los precios regulados, es decir los cargos de potencia en horas punta, compensaciones al sistema principal de transmisión y al sistema secundario de transmisión y los cargos por energía reactiva están fijados en moneda nacional y por OSINERGMIN; la metodología de aplicación y sus fórmulas de reajuste son los establecidos por OSINERGMIN en la resolución OSINERGMIN N° 057-2012-OS/C de tarifas para BRG o la resolución que lo sustituya.

75. En esa línea, en la Cláusula Sexta del Contrato se recogió como concepto de pago el Sistema de Transmisión a cuyo efecto, se encuentra conforme a la regulación de OSINERGMIN en Barra Quencoro 33 Kv.

CLÁUSULA SEXTA: PRECIOS DEL CONTRATO		
Los precios aplicables, considerando lo establecido en el Artículo 8º de la Ley de Concesiones Eléctricas D. Ley N° 25844, serán los siguientes:		
CONCEPTO	UNIDAD	PRECIO
Potencia	S/. /kW-mes	Según Regulación de OSINERGMIN en Barra Quencoro 33kV
Energía Activa	S/. /kWh	0.1778
		Precio Libre en Barra Quencoro 33kV(*), incluye IGV.
Energía Reactiva	S/. /kVArh	Según Regulación de OSINERGMIN en Barra Quencoro 33kV
Sistemas de Transmisión		Según Regulación de OSINERGMIN en Barra Quencoro 33kV

(*) Precio Libre Base a la fecha de presentación de Oferta: Agosto de 2017

Precios Libres
Los precios de generación de energía activa en hora fuera de punta y punta, son materia de competencia (libres) para el presente contrato y están referidas al consumo de energía eléctrica en el Punto de Suministro Barra Quencoro 33 kV (Barra de Referencia de Generación Quencoro 138 KV) y están sujetas a

reajustes según la metodología establecida en el Numeral 1.2 del Artículo 2º de la Resolución OSINERGMIN N° 074-2016-OS/C de Tarifas para BRG o la resolución que la sustituya.

Precios Regulados
Los precios regulados, es decir los cargos de potencia en horas punta, compensaciones al sistema principal de transmisión y al sistema secundario de transmisión y los cargos por energía reactiva están fijados en moneda nacional; la metodología de aplicación y sus fórmulas de reajuste son los establecidos en la Resolución OSINERGMIN N° 074-2016-OS/C de Tarifas para BRG o la resolución que la sustituya.
Cualquier nuevo cargo regulado que pudiera surgir en el transcurso de la ejecución contractual, deberá aplicarse de acuerdo a lo establecido por el OSINERGMIN o ente normativo correspondiente.

76. De la lectura se advierte que las partes pactaron que el sistema secundario de transmisión estaría sujeta a la regulación de OSINERGMIN en Barra Quencoro de 33 Kv y no, de 168 Kv,

con lo cual, corresponde que se reconozca dicho concepto conforme lo reconoce los términos de referencia y, en consecuencia, el Contrato.

77. Ahora bien, el Demandante solicita se le reconozca la suma de S/ 73,043.93 (Setenta y tres mil cuarenta y tres con 93/100 Soles) por la refacturación debido a la actualización de la tarifa de peaje secundaria esto es, al sistema secundario de transmisión; no obstante, el Colegiado no tiene certeza si la suma señalada por el Contratista corresponde en efecto, al recálculo toda vez que, el Excel presentado por el Demandante, que a continuación se transcribe, no tiene mayor elemento de cálculo que permita evidenciar la metodología o fórmula seguida por el Demandante:

FACTURACION INICIAL						
Datos	Nombre Concepto	Oct-17	Nov-17	Dic-17	Ene-18	Feb-18
	FACTURA N°	101-1952	101-2168	101-2344	101-2537	101-2
	MONTO DE FACTURADO	365,804.49	365,373.29	381,666.14	368,4	
RECALCULO ADICIONAL						
5577	PEAJE AREA DEMANDA 10 ENERGIA ACTIVA	8,590.37				
5578	PEAJE AREA DEMANDA 15 ENERGIA ACTIVA					
	Sub total afecto a IGV					
6246	RECARGO LEY 29852 FISE (No afecto a IGV)					
	TOTAL - Nota de A					

78. Así, por ejemplo, el monto facturado del mes de octubre de 2017 por la suma S/ 365,804.49 cuyo recálculo alcanza una suma de S/ 10,836.94 no tiene mayor detalle de cómo se obtiene dicha suma, así como tampoco se acompaña mayor referencia sobre el mismo, que permita evidenciar la procedencia de dicho monto.

79. En consecuencia, el Colegiado, si bien, reconoce el concepto de derecho de transmisión del sistema secundario de transmisión que está sujeta a la regulación de OSINERGMIN en Barra Quencoro de 33 Kv, sin embargo, el Demandante no ha cumplido con acreditar el cálculo seguido para la suma de S/ 73,043.93 (Setenta y tres mil cuarenta y tres con 93/100 Soles) a efectos que se genere convicción sobre el mismo, por lo que corresponde declarar improcedente la Cuarta Pretensión Principal.

Con relación a los costos y costas

80. Al no existir en el convenio arbitral celebrado entre las partes disposición alguna en torno a los costos y costas, corresponde recurrir a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje. Sobre este particular, el artículo 73 de la Ley de Arbitraje establece que los “costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso”.

81. Es así que, en el presente análisis, el Tribunal Arbitral deberá pronunciarse sobre los costos y costas derivados del presente proceso arbitral, de conformidad con los artículos anteriormente referidos.

82. De igual manera, el Tribunal Arbitral tiene en consideración lo señalado por De Trazegnies Thorne, comentando el artículo 70º de la Ley de Arbitraje:

“Los costos del arbitraje pueden ser clasificados en dos grandes categorías generales. En primer lugar, los costos del procedimiento arbitral o los costos del arbitraje “propriamente dichos”. Estos incluyen los honorarios y gastos de los árbitros, los costos administrativos de la institución arbitral u honorarios del secretario, los costos de la Entidad nominadora, si la hubiera, y los costos de los peritos designados de oficio por el Tribunal Arbitral. En segundo lugar, pueden identificarse los gastos de defensa de las partes, es decir, los gastos en que cada parte tuvo que incurrir para presentar su caso ante el Tribunal Arbitral.

Mediante este listado, el artículo 70 ha incorporado como costos del arbitraje, sujetos a las reglas contenidas en el artículo 73, a ambas categorías. Los conceptos contemplados en los incisos (a) (b) (c) y (d) constituyen costos del procedimiento arbitral o costos del arbitraje “propriamente dichos”, mientras que el inciso (e) se refiere a los gastos de defensa incurridos por las partes (...).¹⁸

83. En ese sentido, el Tribunal Arbitral precisa que el artículo 57º del Reglamento Procesal de Arbitraje del Centro, aplicable al presente caso, establece lo siguiente:

Condena de costos:

Artículo 570.-

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

El término costos comprende:

- Los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral determinados por el Centro.
 - Los gastos administrativos del Centro.
 - Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje, de haber sido debidamente solicitados.
 - El costo del asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal Arbitral conforme a este Reglamento.
 - Los demás gastos originados en las actuaciones arbitrales.
2. Para los efectos de la condena correspondiente se tomará en consideración el resultado o sentido del laudo, así como la actitud que hubiesen tenido las partes durante el arbitraje, pudiendo penalizar el entorpecimiento o dilación manifiesto practicado por cualquiera de las partes. También se podrá tomar en

¹⁸ DE TRAZEGNIES THORNE, Carolina. «Comentario al artículo 70º de la Ley Peruana de Arbitraje». En: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (Coordinadores). Tomo II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2010, p. 788.

consideración la pertinencia y cuantía de las pretensiones y si su monto incidió sustancialmente en el incremento de los costos.

3. Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones, entendiéndose como comunes los honorarios y los gastos del Tribunal Arbitral, los honorarios de los peritos designados por dicho colegiado por propia iniciativa y los gastos administrativos del Centro.

84. Respecto al artículo 73º de la Ley de Arbitraje, EZCURRA RIVERO indica lo siguiente:

*“Existe en la norma actual un énfasis muy claro en el sentido de que el que perdió el arbitraje, en principio, pagará los costos del arbitraje. Y los costos del arbitraje comprenden la obligación de la parte vencida de devolver a la parte vencedora todo lo que ella gastó con motivo del proceso arbitral; lo que en ocasiones podría ser un monto considerable (...)”.*¹⁹

85. Asimismo, continuando con sus comentarios al referido artículo, Ezcurra Rivero señala:

*“Entonces, en lo que a la aplicación de la regla contenida en el artículo 73º de la Ley, si una demanda es solamente parcialmente exitosa, los árbitros deberían preferir distribuir los costos del arbitraje entre las partes, en lugar de seguir la presunción de que la parte perdedora debe pagar dichos costos. Ver, por ejemplo, el trabajo del Profesor Pieter Sanders, cuando señala que: “Los costos pueden ser distribuidos entre las partes si el Tribunal Arbitral determina que la distribución es razonable, considerando las circunstancias del caso. El Tribunal Arbitral goza de amplia libertad al respecto”.*²⁰

86. La Ley de Arbitraje considera también que se debe tener en cuenta la buena fe, el comportamiento procesal y la colaboración de cada una de las Partes durante todo el proceso arbitral.

87. En el presente caso, tal como se advierte del contenido del laudo y de los actuados en el proceso, ambas partes han actuado teniendo expectativas razonables respecto de las posiciones que han esgrimido, con buena fe y contribuyendo al esclarecimiento de los hechos. En tal sentido, el Colegiado dispone que cada parte deberá asumir las costas y costos en que ha incurrido en el presente proceso arbitral y en consecuencia, corresponde ordenar a la Demandada que cumpla con restituir al Demandante los honorarios en subrogación del Tribunal Arbitral por la suma de S/ 11,298.99 (Once mil doscientos noventa y ocho con 99/100 Soles) incluido IGV y los honorarios en subrogación de la Secretaría Arbitral por la suma de S/ 3,899.46 (Tres mil ochocientos noventa y nueve con 46/100 Soles) incluido IGV.

¹⁹ EZCURRA RIVERO, Huáscar. “Comentario al artículo 73º de la Ley Peruana de Arbitraje». En: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (Coordinadores). Tomo II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2010, p. 810.

²⁰ EZCURRA RIVERO, Huáscar. Ob. Cit.; p. 815.

88. Por las consideraciones que preceden, de conformidad con las disposiciones legales que han sido citadas y de acuerdo con lo establecido por la Ley General de Arbitraje, **EL TRIBUNAL ARBITRAL LAUDA EN DERECHO:**

XI. DECISIÓN

89. El Tribunal Arbitral de manera previa a resolver la controversia sometida a este presente arbitraje, declara que ha realizado el análisis de las materias controvertidas en el presente arbitraje, en función a la valoración de todos los medios probatorios presentados por las partes; en consecuencia, el Tribunal Arbitral declara:
- Que el Tribunal Arbitral fue designado de conformidad con el convenio arbitral contenido en el Contrato.
 - Que en ningún momento se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en las Reglas del proceso.
 - Que el ELSE presentó su demanda dentro del plazo otorgado para tales efectos y que SEDACUSCO la contestó oportunamente.
 - Que SEDACUSCO fue debidamente emplazada con la demanda y que ejerció plenamente su derecho de defensa, lo mismo que ELSE, quien también ejerció plenamente su derecho de defensa.
 - Que las partes han tenido plena oportunidad y amplitud para ofrecer y actuar las pruebas aportadas al proceso.
 - Que las partes no han presentado objeción o reclamo alguno por alguna vulneración al debido proceso o limitación al derecho de defensa.
 - Que las partes han presentado sus alegatos e informando oralmente.
 - Que el presente Laudo Arbitral se dicta dentro del plazo establecido para ello.
 - Que durante todo el proceso las partes no han objetado el incumplimiento de alguna disposición normativa o de alguna regla procesal fijada por el Tribunal Arbitral.
90. Asimismo, el Tribunal Arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado todas las pruebas presentadas por estas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de la libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje, y que el sentido de su decisión es el resultado de este análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente Laudo Arbitral. Por lo tanto, el

Tribunal Arbitral ha analizado y valorado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por ambas partes para la emisión del presente Laudo de Derecho.

91. De igual manera, el Tribunal Arbitral deja constancia que el presente Laudo Arbitral cumple con lo dispuesto en el artículo 56.1 y 56.2 de la Ley de Arbitraje que señala que todo laudo debe ser motivado.
92. Respecto de la motivación de los laudos arbitrales se debe tener en consideración este derecho forma parte del derecho al debido proceso que se encuentra recogido en el artículo 139²¹ de la Constitución Política del Perú en el que se establece de manera expresa que el debido proceso es un principio y un derecho.
93. Asimismo, se debe tener en consideración que el Tribunal Constitucional ha señalado que: “el derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo; entre estos derechos constitucionales, especial relevancia para el presente caso adquiere el derecho a la motivación de las resoluciones (...).”²² En tal sentido, la debida motivación forma parte del contenido del derecho fundamental que tienen las partes a un debido proceso.
94. No debemos perder de vista que, en la misma sentencia, el Tribunal Constitucional ha señalado de manera expresa que el derecho al debido proceso (por ende, motivación) se debe aplicar no sólo a nivel judicial sino también en sede administrativa e incluso entre particulares (arbitraje).
95. En ese sentido, la motivación que es una garantía constitucional y un deber no está pensada solo para el proceso judicial sino también para el arbitraje. En consecuencia, la motivación en el arbitraje también es un derecho fundamental, una garantía constitucional y un deber.
96. Para tener una resolución motivada, esta debe contar con estándares mínimos de motivación, que permitan a las partes conocer las razones por las cuales su pretensión ha sido aceptada o denegada.

²¹ Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación.

²² Como ha tenido oportunidad de establecer este Tribunal en más de una oportunidad, el derecho al debido proceso previsto por el artículo 139.3º de la Constitución Política del Perú, aplicable no sólo a nivel judicial sino también en sede administrativa e incluso entre particulares, supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos, incluidos los administrativos y conflictos entre privados, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos.

(...)

En ese sentido, y cómo también ha sido precisado por este Tribunal, el derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derechos que forman parte de su estándar mínimo; entre estos derechos constitucionales, especial relevancia para el presente caso adquiere el derecho a la motivación de las resoluciones (...)

97. Para Fernando Mantilla-Serrano²³ el laudo debe ser:

- a) Congruente: debe existir coherencia entre los fundamentos y la decisión.
 - b) Suficiente: debe haber explicación adecuada y solvente de los motivos que han llevado a la decisión.
 - c) Claro: comprensible para quien lo lea, especialmente para las partes.
 - d) integral: debe pronunciarse sobre todas las pretensiones, asunto que está directamente vinculado a la tutela jurisdiccional.
 - e) Extenso: pero sólo hasta el punto de explicar de manera lógicamente razonada los hechos, la valoración (positiva o negativa) de los medios probatorios admitidos y actuados y el derecho aplicable al caso concreto. No se trata de redactar un tratado o de demostrar innecesariamente cuan leído es el árbitro o cuanto sabe de la materia en controversia.
98. En este contexto, en el presente Laudo Arbitral se han analizado las pretensiones de la parte demandante, la contradicción y excepciones de la parte demandada, y el Tribunal Arbitral ha decidido motivadamente a fin de resolver la controversia con arreglo a la Ley aplicable, valorando todos los medios probatorios presentados por las partes pese a que no se haya hecho mención expresa a algunos en el presente Laudo Arbitral y para resolver la controversia se ha planteado una línea de razonamiento en razón de los hechos y pruebas presentadas en el presente proceso arbitral.

Por las consideraciones que proceden, de acuerdo con lo establecido por el Reglamento y la Ley de Arbitraje, el **TRIBUNAL ARBITRAL LAUDA** en derecho de la siguiente manera

PRIMERO: POR UNANIMIDAD, FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la demanda y, en consecuencia, se reconoce que la empresa **ELECTRO SUR ESTE S.A.A.** tiene derecho a cobrar por concepto de energía activa por el consumo de energía correspondiente a los “Precios Libres” durante la ejecución del Contrato conforme a las consideraciones expuestas en el presente Laudo Arbitral.

SEGUNDO: POR UNANIMIDAD, INFUNDADA la Tercera Pretensión Principal y, en consecuencia, no corresponde reconocer la suma de S/ 73,524.46 (Setenta y tres mil quinientos veinticuatro con 46/100 Soles) por los intereses compensatorios y moratorios

²³ GUERINONI ROMERO, Mariela. La Motivación del LAUDO ARBITRAL EN MAYORÍA, Revista Arbitraje PUCP, número 6, año 2016. En: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/17030>

conforme al Reglamento de la Ley de Concesiones conforme a las consideraciones expuestas en el presente Laudo Arbitral.

TERCERO: POR MAYORIA, IMPROCEDENTE la Segunda Pretensión Principal de la demanda y en consecuencia, no corresponde ordenar a **EPS SEDACUSCO S.A.** que pague la suma S/ 345,933.30 (Trescientos cuarenta y cinco mil novecientos treinta y tres con 30/100 Soles) por concepto de energía activa por el consumo de energía correspondiente al período comprendido entre el mes de marzo de 2018 hasta agosto de 2020 e **INFUNDADA** respecto al reconocimiento de intereses conforme a las consideraciones expuestas en el presente Laudo Arbitral.

CUARTO: POR MAYORIA, IMPROCEDENTE la Cuarta Pretensión Principal de la demanda y, en consecuencia, no corresponde ordenar a **EPS SEDACUSCO S.A.** que pague la suma de S/ 73,043.93 (Setenta y tres mil cuarenta y tres con 93/100 Soles) por la refacturación debido a la actualización de la tarifa de peaje secundario conforme a las consideraciones previamente expuestas en el presente Laudo Arbitral.

QUINTO: POR UNANIMIDAD, FIJAR los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, en los montos previamente cancelados debiendo cada parte asumir el 50% de los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, así como los propios costos en los que haya incurrido y en consecuencia, corresponde ordenar a **EPS SEDACUSCO S.A.** que cumpla con restituir a **ELECTRO SUR ESTE S.A.A.** los honorarios en subrogación del Tribunal Arbitral por la suma de S/ 11,298.99 (Once mil doscientos noventa y ocho con 99/100 Soles) incluido IGV y los honorarios en subrogación de la Secretaría Arbitral por la suma de S/ 3,899.46 (Tres mil ochocientos noventa y nueve con 46/100 Soles) incluido IGV.

SEXTO: REGISTRAR el presente Laudo Arbitral en el SEACE conforme el Reglamento.

El presente Laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes. En consecuencia, firmado, notifíquese para su cumplimiento a las partes.

Notifíquese a las partes,



RICARDO RODRÍGUEZ ARDILES
PRESIDENTE



JUAN FRANCISCO ROJAS LEO
ÁRBITRO



CARLOS ALBERTO SOTO COAGUILA
ÁRBITRO

VOTO EN DISCORDIA

En mi condición de árbitro en este caso y dado que no coincido con lo laudado por mis respetados colegas, únicamente en los artículos tercero y cuarto de la decisión adoptada por ellos, emito el siguiente pronunciamiento discordante:

PREMBULO:

El laudo por unanimidad ha definido que, según los términos del contrato suscrito entre las partes en litigio, **ELECTRO SUR ESTE S.A.A.** tiene derecho a cobrar a **EPS SEDACUSCO S.A.** por el suministro de electricidad –energía activa- que es objeto de la relación contractual, el concepto de los denominados “Precios Libres” y, que se debe aplicar a dichos precios también su reajuste de valor en el tiempo, de conformidad con la metodología definida por el OSINERGMIN. Asimismo, el laudo por unanimidad ha definido que, el marco legal para el cálculo de cualquier mora atribuible a **EPS SEDACUSCO S.A.** en el pago de sus obligaciones contractuales, debe ser calculado mediante la aplicación de intereses legales, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento.

Así, el laudo emitido por unanimidad, define dos (2) aspectos sustanciales de la relación contractual, en los que las partes tenían posiciones divergentes y conflicto. En el primer caso, precios libres sujetos a reajuste para energía activa, donde resulta vencedora la posición defendida **ELECTRO SUR ESTE S.A.A.**, mientras que en el segundo caso, mora a tasa de interés legal, donde resulta vencedora la posición defendida por **EPS SEDACUSCO S.A.**.

La definición de estos aspectos contractuales es sustancial para la monetización de las relaciones entre las partes y la pacificación del conflicto, sea que se encuentren pendientes de ejecución los cálculos de la energía ya entregada o que se alegue la existencia de alguna mora en el cumplimiento de obligaciones; esta definición será aplicable también hasta la culminación del contrato.

DISCORDIA CON EL LAUDO:

En función a lo señalado en el preámbulo, es evidente que el laudo por unanimidad ha definido la manera en que deben ser calculadas las entregas de energía activa que la demandante **ELECTRO SUR ESTE S.A.A.** ha hecho y sigue haciendo a **EPS SEDACUSCO S.A.** en el marco del contrato que las vincula; y, también el cálculo de cualquier mora en que esta última hubiera ocurrido en el cumplimiento de sus obligaciones de pago.

En el proceso arbitral **ELECTRO SUR ESTE S.A.A.** al formular sus pretensiones dos, tres y cuatro de la demanda ha monetizado lo que consideraba era lo adeudado a su favor y de cargo de **EPS SEDACUSCO S.A.**, además ha emitido y ha entregado las correspondientes facturas. Por su parte, **EPS SEDACUSCO S.A.** ha manifestado desconocer el detalle de los conceptos contenidos en las facturas recibidas, pero no ha mostrado ni acreditado la devolución o rechazo de las mismas.

En el mundo empresarial, y particularmente en los contratos de suministro de bienes, la emisión y recepción de una factura, sin que se produzca su inmediato rechazo y devolución, es un indicio de la conformidad inicial con el monto adeudado en dichos documentos por su destinatario. La emisión de facturas conlleva una serie de responsabilidades de tipo tributario en la contabilidad de las empresas, lo que abona a la seriedad con la que se debe proceder cuando se trata de crear estos documentos de pago tributarios.

En ese sentido, discrepo con la posición de mis colegas en el sentido de que la actividad probatoria de **ELECTRO SUR ESTE S.A.A.** en el proceso arbitral no haya sido la suficiente para orden un pago a su favor. Por el contrario, considero que **EPS SEDACUSCO S.A.** no ha podido acreditar el fundamento de su posición de rechazo a las facturas emitidas. Lo anterior, teniendo en consideración –además- que el cálculo que presentan los documentos presentados por **ELECTRO SUR ESTE S.A.A.** incorpora su posición vencedora en cuanto al precio reajustable de la energía activa que suministra. Es verdad, que también incorpora su pretensión vencida de tasas moratorias más altas, pero ello bien podía ordenarse que se excluyera en un recálculo en ejecución del laudo.

Los pronunciamientos arbitrales tienen que ser los suficientemente directos para solucionar el conflicto planteado por la partes. En este caso, mi posición es que al haber resultado vencedora la posición de **ELECTRO SUR ESTE S.A.A.**, correspondía ordenar el pago de todos aquellos concepto de reajuste de precio contenidos en las facturas emitidas y disponer un recálculo de los intereses moratorios, ahora a tasa legal, desde el momento en que dichos conceptos debieron ser pagados por su deudor y hasta su efectiva cancelación, como consecuencia del pronunciamiento arbitral. En materia de cálculo posterior o recálculo el Tribunal Arbitral era competente para descartar el monto alegado por la demandante **ELECTRO SUR ESTE S.A.A.** y, en ejecución, definir la manera cómo tenía que hacerse el recálculo de lo adeudado. Es importante tener en consideración que el Tribunal Arbitral se ha pronunciado por la existencia de un derecho a mayor cobro de **ELECTRO SUR ESTE S.A.A.**

Por lo señalado, es evidente para mí que **EPS SEDACUSCO S.A.** mantiene un adeudo a favor de la demandante y que su posición de desconocer lo que el contrato efectivamente contemplaba desde el inicio como un derecho al pago de un mayor precio a favor de la demandante **ELECTRO SUR ESTE S.A.A.** conlleva también la existencia indiscutible de una mora en el cumplimiento de sus obligaciones que necesariamente tendría que ser cuantificada. A partir de este hecho cierto, y atendiendo a que las pretensiones segunda y cuarta de la demanda aspiraban a que se ordene a favor de la demandante el pago de un monto dinerario mayor al que finalmente tendría que ser determinado, ello por efecto de la tasa de interés legal aplicable, el Tribunal Arbitral pudo pronunciarse ordenando el recálculo y la efectiva determinación de las obligaciones pendientes de **EPS SEDACUSCO S.A.** y no por la improcedencia como ha contemplado el Laudo.

En consecuencia, mi voto es porque se declaren fundadas parcialmente la segunda y cuarta pretensiones de la demanda, ordenándose el recálculo de las obligaciones pendientes de pago a cargo de **EPS SEDACUSCO S.A.**, ello en ejecución de Laudo Arbitral. Para tal efecto, mi voto es por el establecimiento de un mecanismo para que **ELECTRO SUR ESTE S.A.A.** pueda efectuar el recálculo y que **EPS SEDACUSCO S.A.** pueda formular sus observaciones en el plazo de diez días hábiles para cada actuación.

Finalmente, coincidó con el reparto equitativo de los gastos y honorarios, pues ambas partes han defendido posiciones lógicas y coherentes en el proceso arbitral.

Lima, 21 de setiembre de 2021

JUAN FRANCISCO ROJAS LEO
Arbitro