

***Tribunal Arbitral***

-----  
***Jorge Ramón Abásolo Adrianzén***

***Alberto Loayza Lazo***

***Patrick Hurtado Tueros***  
-----

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Laudo definitivo de Derecho que por unanimidad emite el Tribunal Arbitral Presidido por el doctor Jorge Ramón Abásolo Adrianzén e integrado por el doctor Alberto Loayza Lazo y por el doctor Patrick Hurtado Tueros, en la controversia seguida entre GyM S.A. y Electro Sur Este S.A.A.

Resolución No. 22

Lima, 23 de mayo de 2012

---

**VISTOS**

**I. ANTECEDENTES**

El Tribunal Arbitral procede a continuación a desarrollar un resumen de las actuaciones ocurridas en el presente proceso. El Tribunal Arbitral deja constancia que la relación de hechos y fundamentos de las partes, que a continuación se describen, es precisamente una relación sucinta de los que constan en el expediente, por lo que los señores árbitros al momento de resolver no lo han hecho en función al resumen que sigue a continuación, sino en mérito al conjunto íntegro de documentos que conforman el expediente arbitral y a las actuaciones realizadas en el presente proceso.

## **A. DE LA DEMANDA**

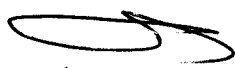
1. Con fecha 29 de enero de 2010, GyM S.A. (a quien en adelante también se le denominará "GyM S.A.", o "el Demandante", o "la Demandante" o el "Contratista") interpone Demanda Arbitral contra Electro Sur Este S.A.A. (a quien en adelante también se le denominará "ELSE", o "la Demandada", o el "Demandado", o la "Entidad") ante la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.
2. La Primera Pretensión Principal planteada por GyM S.A. consistió en que se ordene a ELSE pagarle el importe ascendente a US\$ 1,351,113.59 (Un Millón Trescientos Cincuenta y Un Mil Ciento Trece y 59/100 Dólares de los Estados Unidos de América) que, según indica GyM S.A., corresponden al valor (aprobado por la Supervisión de Obra a través del Presupuesto Adicional No. 3) del reactor en el nivel de tensión de 145 kV, con una potencia de 10 MVAR, ubicado en la Subestación Mazuko, incluyendo todos sus accesorios (que componen la denominada "Bahía del Reactor"), más los intereses de ley (en el presente laudo se les denominará, a todos los bienes indicados, como el "Reactor").
3. GyM S.A. señala que a la fecha de presentación de su demanda, el Reactor había sido ejecutado en beneficio de ELSE, a fin de atender los requerimientos técnicos del COES-SINAC, habiendo GyM S.A. asumido íntegramente su costo sin que aún exista el pago de la retribución correspondiente de ELSE.



4. La Pretensión Accesorio a la Pretensión Principal presentada por GyM S.A. consiste en que, de conformidad con el Artículo 1237º del Código Civil, al haber ELSE retardado el abono de su obligación, se otorgue al Demandante la facultad de exigir, a su elección, que el pago en moneda nacional objeto de la Pretensión Principal, se realice al tipo de cambio venta de la fecha de vencimiento de la obligación, o el que rija en el día de pago.
5. GyM S.A. indica que dicha facultad es indispensable a fin de no ocasionarle un perjuicio debido a la devaluación del dólar de los Estados Unidos de América, por lo que GyM S.A. fija como fecha de vencimiento de la obligación el día 31 de octubre de 2008, de acuerdo a la regla fijada en la Cláusula 8.3.3 del Contrato No. 049-2007 suscrito con ELSE (denominado también en el presente laudo, simplemente, como el "Contrato"), en tanto la Supervisión y GyM S.A. suscribieron el documento denominado "Acta de Conciliación de Precios No. 2" de fecha 14 de setiembre de 2008, que forma parte del Anexo 1-I de la Demanda presentada por GyM S.A.
6. GyM S.A. resalta que en la fecha indicada el tipo de cambio venta, conforme a la Superintendencia de Banca y Seguros, era igual a S/. 3.090.

**B. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE LA DEMANDA**

7. GyM S.A. indica que ELSE, mediante la Resolución de Gerencia General No. G-306-2006 del 29 de diciembre de 2006, aprobó en segunda convocatoria las Bases de la Licitación Pública para la ejecución de la obra denominada "Línea de Transmisión en 138 kV San Gabán - Mazuko - Puerto Maldonado y Subestaciones", la cual fue aprobada por sesión de Directorio No. 481, de fecha 27 de enero de 2006.
8. El Demandante declara que con fecha 29 de diciembre de 2006, el Comité Especial de ELSE convocó a través del sistema Electrónico de Adquisiciones y Contrataciones del Estado a la Licitación Pública No. LP-008-2006-ELSE (Segunda Convocatoria), para la ejecución de la obra, "Línea de Transmisión en 138 kV San Gabán - Mazuko - Puerto Maldonado y Subestaciones".
9. El Contratista manifiesta que el día 5 de febrero de 2007 se realizó la Recepción de Propuestas y Apertura de los primeros sobres, y el 7 de febrero de 2007 se llevó a cabo la Apertura de los segundos sobres y otorgamiento de la Buena Pro, la cual le fue comunicada mediante Carta AL-084-2007 del día 8 de marzo de 2007.
10. GyM S.A. señala que el día 22 de marzo de 2007 suscribió el Contrato de Construcción No. 049-2007 con ELSE, bajo la modalidad de Llave en Mano a Precios Unitarios.
11. El Demandante señala que la obra debía ejecutarse conforme con los alcances definidos en las Bases Integradas de la Licitación Pública Nº LP-008-2006-ELSE, Expediente Técnico,



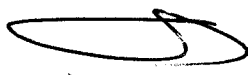
Presupuesto y demás documentos parte del Concurso; que debidamente suscritos por GyM S.A. formaban parte integrante del Contrato; asimismo, la obra debía ser realizada de acuerdo a la Propuesta Técnica y Económica del postor ganador.

- 12.** El Contratista señala que, en función a dichos documentos contractuales, presupuestó la ejecución del proyecto y presentó su Propuesta Técnica y Económica.
- 13.** GyM S.A. indica que el alcance de la obra no incluía la ejecución del Reactor, y que en el supuesto negado de interpretarse que dicha facilidad estaba incluida en el alcance, entonces su ejecución de todas formas le debería haber sido remunerada, al tratarse un Contrato a precios unitarios.
- 14.** El Demandante argumenta que para la integración de la Línea de Transmisión 138 kV San Gabán-Mazuko-Puerto Maldonado y Subestación al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SINAC) se debía cumplir con los requerimientos técnicos mínimos exigidos por el COES-SINAC referidos al equipamiento de la Línea, para lo cual se debía determinar la compensación de energía reactiva inductiva asociada al Proyecto, de tal forma que no se altere la calidad de operación del SEIN.
- 15.** GyM S.A. señala que debido a lo anterior, ELSE le solicitó elaborar un Estudio de Pre Operatividad mediante Oficio GP-015-2007 del 27 de julio de 2008, para que le permitiese solicitar ante el COES, la autorización correspondiente para dar inicio a la ejecución de la obra.

- 16.** Sostiene el Contratista que elaboró el Estudio de Pre Operatividad del Proyecto y lo presentó a la Supervisión para su conformidad, quien posteriormente lo alcanzó a ELSE para que lo sometiera al COES-SINAC, lo que realizó mediante el Oficio N° 1169-2007 del 15 de octubre de 2007. Agrega GyM S.A., que el COES-SINAC, luego de revisar dicho estudio, alcanzó a ELSE con documento D-1435-007, las observaciones encontradas y solicitó que se subsanen las mismas.
- 17.** GyM S.A. sostiene que mediante Carta LT San Gabán – 11/08 del 23 de enero de 2008 alcanzó a la Supervisión, para su revisión, el Resumen Ejecutivo del Estudio de Pre Operatividad del Proyecto, incluyendo el levantamiento de las observaciones formuladas por el COES-SINAC.
- 18.** Argumenta el Demandante que la Supervisión mediante Carta EN.(075000).108.08 del 31 de enero de 2008 aprobó el Resumen Ejecutivo del Estudio de Pre Operatividad del Proyecto elaborado por GyM S.A., dicho documento fue aprobado posteriormente por el COES-SINAC.
- 19.** Señala GyM S.A. que el estudio, a fin de atender las observaciones formuladas, contempló la implementación de una celda de compensación reactiva en 145 KV en la Subestación de Mazuko, constituida principalmente por un reactor de 10 MVar en 145 kV, incluyendo el equipamiento complementario correspondiente, es decir el Reactor.



- 20.** El Demandante señala que el Reactor surgió como un hecho imprevisible ante la observación del COES-SINAC y resultó un equipamiento indispensable para asegurar la viabilidad comercial y/o técnica de la línea de acuerdo a los criterios del referido organismo.
- 21.** El Contratista sostiene que, tal como declara la Supervisión en el Anexo 1-I, la implementación de una celda de compensación reactiva en 145 kV no estaba contemplada en el Expediente Técnico del Contrato ni en el Presupuesto del mismo; sin embargo, para cumplir con las exigencias del COES-SINAC para la interconexión de la L.T. San Gabán-Mazuko-Puerto Maldonado y Subestación al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN), resultó necesario aprobar el Suministro, Montaje y Puesta en servicio del Reactor de 10 MV Ar en 138 kV.
- 22.** GyM S.A. señala que cumplió con todas las prestaciones necesarias para la implementación del Reactor e integración a la Línea de Transmisión.
- 23.** Indica el Contratista que pese al tiempo transcurrido desde que ELSE y la Supervisión le instruyeron la ejecución del Reactor, desde que se ejecutó el mismo, y desde que fue aprobado el Presupuesto Adicional, aún no se ha producido el pago del valor de dicha facilidad.



- 24.** GyM S.A. argumenta que conforme al Numeral 11.1 de la Cláusula Primera del Contrato de Obra, es perfectamente legítimo modificar el Metrado Referencial del Proyecto.
- 25.** El Demandante explica que conforme a las cláusulas 13.3, 23.1 g. y 22.6 del Contrato de Obra, se encontraba obligada a cumplir con las instrucciones de la Supervisión y las de ELSE. Es así que, tanto ELSE como la Supervisión, instruyeron y participaron activamente en la ejecución del Reactor.
- 26.** El Contratista también expresa que el no pago del Reactor a GyM S.A., generaría un supuesto de enriquecimiento indebido o sin causa de ELSE.
- 27.** GyM S.A. entiende que la ejecución del Reactor puede ser interpretada, por ELSE, bajo múltiples enfoques. Se puede entender que todo parte de una situación imprevista o de fuerza mayor, generada por el requerimiento del COES. Asimismo, también se podría asegurar que se está ante una situación de emergencia debido al surgimiento de un requisito insalvable para asegurar la viabilidad comercial y/o técnica de la línea. Además, el asunto también puede enfocarse bajo el esquema de una contratación complementaria. Incluso, se podría decir que se está ante un simple caso de mayores metrados, que no genera variación o adicional de obra.
- 28.** Según el Contratista, cualquiera sea la calificación del evento, le corresponde a ELSE definirla y adecuar sus procedimientos para asegurar el pago de la retribución al Contratista.



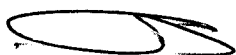
- 29.** El Demandante asegura acreditar, con los medios probatorios ofrecidos, que fueron, tanto la Supervisión como ELSE, quienes impulsaron la ejecución del Reactor e intervinieron en todo su proceso de implementación, por lo que la demora en definir, calificar y atender sus propios procedimientos internos no puede generar un perjuicio al Contratista, quien ejecutó el Reactor con Buena Fe.
- 30.** GyM S.A. sostiene que el Reactor se encuentra en plena operación y es causa de lucro que percibe ELSE por su titularidad sobre la línea de transmisión.
- 31.** El Contratista dice que la situación descrita sería contraria al Derecho porque objetivamente existe una facilidad técnica, cuya ejecución ha sido instruida y verificada por ELSE, que la beneficia económicamente, pero que aun no ha sido remunerada al Contratista, pese a que éste ha asumido su costo.
- 32.** Considera el Demandante que es necesario precisar que no es que haya existido una negativa o contradicción de ELSE a abonar al Contratista el valor del Reactor (por lo que resultaría impracticable determinar el inicio de plazo de quince días fijado en el Tercer Párrafo de la Cláusula Vigésima Séptima del Contrato); lo que existe es una omisión o silencio respecto de dicho pago. Esto obliga a GyM S.A. a acudir a la vía arbitral.
- 33.** GyM S.A. solicita, en lo que se refiere a su Pretensión Accesorio a la Pretensión Principal, tener presente el último párrafo del Artículo 1237º del Código Civil, el cual dispone: *"(...) el acreedor puede exigir, a su elección, que el pago en moneda*

*nacional se haga al tipo de cambio de venta en la fecha de vencimiento de la obligación, o al que rija el día de pago'.*

- 34.** Asimismo requiere el Demandante que se le conceda la facultad de elegir entre las opciones del Artículo 1237º, debido al perjuicio que le causa la continua devaluación del dólar derivado de la demora de ELSE. Asimismo, GyM S.A. señala que la fecha de vencimiento de la obligación es el día 31 de octubre de 2008, en aplicación de la Cláusula 8.3.3 del Contrato (*"El pago de cada Valorización Mensual de Avance de Obra, será cancelado con recursos provistos por ELSE, en fecha no posterior al último día del mes siguiente al que corresponde la valorización, luego de su aprobación por parte del SUPERVISOR"*).
- 35.** GyM S.A. asegura que la Supervisión de ELSE, aprobó el Presupuesto Adicional mediante el Acta de Conciliación de Precios Nº 2 de fecha 14 de setiembre de 2008, que forma parte del Anexo 1-I de su escrito de demanda. Por lo tanto, el plazo de ELSE para realizar el pago venció el día 31 de octubre de 2008.
- 36.** El Contratista agrega que la demora de ELSE en llevar a cabo los procedimientos necesarios para viabilizar el pago no puede perjudicarlo.

#### **C. MEDIOS PROBATORIOS DE LA DEMANDA**

- 37.** GyM S.A. presenta los siguientes medios probatorios, que acreditarían a su juicio que la ejecución del Reactor fue



instruida por la Supervisión y ELSE: (a) El Contrato N° 049-2007, incluyendo la Cláusula Vigésima Séptima, que establece las reglas del Procedimiento Arbitral (b) Dos (2) Fotografías que acreditan la infraestructura visible referida al Reactor (c) Carta EN (07500).052.07 de CESEL Ingenieros, dirigida a GyM S.A. en la que solicita alternativas técnicas para la ejecución de reactores, a fin de atender la respuesta del COES acerca del Estudio de Pre-Operatividad. (d) Carta del Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional COES-SINAC/D-1435-2007, de fecha 22 de noviembre de 2007, en la que transmite a Electro Sur Este S.A.A el "Estudio de Pre Operatividad Interconexión Eléctrica 138 KV San Gabán-Mazuko-Puerto Maldonado", incluyendo la Revisión de Estudio de Operatividad, en el que se admite la instalación del Reactor. (e) Correo electrónico de 8 de enero de 2008, cursado por ELSE (Sr. Freddy Gonzales de la Vega), instruyendo a la Supervisión (Sr. Carlos Valdivieso) a fin de llevar adelante la compra del Reactor. (f) Carta de CESEL Ingenieros EN.(075000).103.08, de fecha 28 de enero de 2008, que remite a GyM S.A. los planos del Reactor 10MVA-145kV de la Subestación Mazuko (g) Protocolo de prueba #1506-08, realizado sobre el Reactor por el laboratorio propio de TRENCH Brasil Ltda. El Demandante indica que los resultados del examen fueron satisfactorios y con resultados aprobatorios. Participaron en las pruebas funcionarios de ELSE, de GyM S.A., de Electro Werke S.A y de TRENCH Brasil Ltda. (h) Presupuesto adicional N° 3 emitido por la Supervisión de Obra, CESEL Ingenieros, que recomienda aprobar el Presupuesto Adicional N° 3 ascendente a la suma de US\$ 1,351,113.59 incluido el IGV, por Suministro, Montaje y Puesta en Servicio del Reactor de 10 MVAr en 145kV asociado a la Subestación Mazuko de octubre de 2008. (i) Acta de entrega

de Protocolos de Pruebas de Equipos del Patio de Llaves, suscrita en Cusco el 30 de diciembre de 2008, en donde se da cuenta del traslado a ELSE de los protocolos referidos al Reactor (Bahía del Reactor) (j) Manual de Instalación y Mantenimiento para Reactores de Núcleo de Aire, Tipo Seco, de la empresa TRENCH Brasil Ltda.

- 38.** GyM S.A. se remite al Convenio Arbitral, a la Cláusula Vigésimo Séptima (Arbitraje) del Contrato N° 049-2007, en la que se han establecido las reglas del procedimiento arbitral.

#### **D. CONTESTACION DE LA DEMANDA**

- 39.** La Demandada sostiene que con posterioridad a la suscripción del Contrato se publicó el Decreto Supremo N° 27-2007-EM, que aprobó el Reglamento de Transmisión y Modifica el Reglamento de Concesiones Eléctricas.

- 40.** ELSE indica que el Artículo 10° del Decreto Supremo N° 027-2007-EM dispone que se requiere la conformidad previa del COES para las instalaciones del SCT.- 10.1, por lo que el interesado en ejecutar un proyecto del SCT, solicitará al COES un certificado de conformidad de acuerdo a lo establecido en el literal a) del numeral 27.2 de la Ley, sustentado con un Estudio de Pre Operatividad.

- 41.** Señala ELSE que dicha certificación permite garantizar la incorporación de la Línea de Transmisión Eléctrica al SEIN en

forma confiable y permite que la Entidad cumpla con las obligaciones de interconexión con el SEIN, por lo que con la finalidad de obtener la conformidad del COES, ELSE encomendó a GyM S.A, el "Estudio de Pre Operatividad".

**42.** La Entidad indica que GyM S.A. se ocupó de realizar el Estudio de Pre Operatividad, el mismo que incluyó el Reactor de la demanda, pues el objetivo del estudio era definir el tamaño y ubicación adecuada de reactores que debían ser instalados. El mencionado estudio fue remitido al COES quien, mediante informe N° 281-2007 del 21 de noviembre de 2007, que se adjuntó a la Carta COES-SINAC/D-1435-2007 del 22 de noviembre de 2007, formuló sus observaciones.

**43.** La Demandada señala que si bien las observaciones del COES SINAC no hacen referencia al Reactor, considera que al haberse mencionado en el Estudio, queda claro que el COES prestó su consentimiento

**44.** ELSE, señala que la obra debía ser ejecutada incluyendo el Reactor por lo que se trataba de un bien no previsto en las Bases de la Licitación ni en el Contrato respectivo; y, en el mejor de los casos, se debía asumir que se trataba de un adicional de obra.

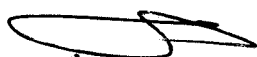
**45.** La Entidad señala que el Artículo 231° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (D.S. 84-2004-

PCM) permite que, para alcanzar la finalidad del Contrato y mediante resolución previa, el Titular o la máxima autoridad administrativa de la Entidad, según corresponda, disponga la ejecución de prestaciones adicionales, para lo cual deberán contar con la asignación presupuestal necesaria.

**46.** Consecuentemente, alega ELSE que, si el Estudio de Pre Operatividad fue aprobado, incluyendo el Reactor y considerando que su objetivo era determinar y evaluar el impacto de una nueva instalación en la operación del SEIN en la capacidad del Sistema de Transmisión, así como la fiabilidad y calidad de las operaciones; la calificación más adecuada de esta figura jurídica es la de una prestación adicional indispensable para alcanzar la finalidad del Contrato de Construcción N° 049-2007.

**47.** La Demandada sostiene que la naturaleza adicional de la prestación es innegable, tanto que el Presupuesto Adicional N° 3 emitido por la Supervisión de la Obra, dice que la implementación de una celda de compensación reactiva en 145 kV no estaba contemplada en el Expediente Técnico del Contrato ni en el Presupuesto del Contrato.

**48.** Indica ELSE que la prestación adicional forma parte del *ius variandi* con que cuenta la Administración y que se ubica entre los poderes de acción unilateral para decidir en cada caso lo que sea más conveniente al interés público, que tiene el deber de salvaguardar. Se trata del ejercicio de su poder y cuyo



fundamento es la necesidad de imponer prestaciones adicionales al contratista, para lograr la finalidad pública que pretende a través del Contrato.

**49.** La Entidad manifiesta, también, que el CONSUCODE en la Opinión 099-2005/GTN expresamente señala, respecto del artículo 42º de la LCAE, que: "En principio, debemos señalar que la norma citada se enmarca dentro de las denominadas "cláusulas exorbitantes" que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de Derecho Público, como es el que subyace a las contrataciones y adquisiciones del Estado, en las que la Administración pública ocupa un lugar privilegiado frente a su co-contratante, a diferencia de la contratación privada, en la que las partes tienen una posición de igualdad una frente a otra. El Contrato administrativo propiamente dicho supone, esencialmente, dos (2) contratantes que se reconocen en pie de desigualdad: uno representa al interés general, el servicio público; el otro, el interés privado del contratante".

**50.** Otro argumento invocado por ELSE radica en la potestad que tiene la Administración Pública de modificar unilateralmente un Contrato Administrativo. Señala ELSE que en el orden material no existen límites al *ius variandi*: el poder de modificar unilateralmente el objeto y contenido del Contrato es ilimitado en su extensión y densidad, dentro de las exigencias que el interés público imponga; pero sólo resulta de aceptación obligatoria para el Contratista dentro de los márgenes que la propia ley prevé.



**51.** La Demandada sostiene que el ejercicio del *ius variandi*, implica además que la Entidad procederá a contratar sin haber realizado previamente un proceso de selección en el marco de lo previsto en la Ley y su Reglamento e incluso omitiendo los procedimientos requeridos en el caso de exoneración del proceso de selección. Debido a ello, su ejercicio se condiciona a una serie de autorizaciones que no son necesarias para el caso de las contrataciones realizadas a través de los mecanismos previstos por la ley.

**52.** En efecto, ELSE señala que la contratación a través de una adicional de obra de conformidad con lo previsto en la Quinta Disposición Final de la Ley 28411, se debe encontrar sujeta a (a) disponibilidad presupuestal, (b) Autorización con Acuerdo de Directorio de la empresa, y (c) En los casos en que el monto a contratar sea superior al 10% del Contrato original, con la autorización expresa de la Contraloría General de la República.

**53.** La Entidad considera que la prestación adicional es una excepción reconocida en la LCAE para el caso de que el contratista deba realizar una obra o parte de una prestación no establecida originalmente en las Bases ni en el Contrato.

**54.** ELSE fundamenta este punto, haciendo mención a la Resolución de Contraloría N° 369-2007-CG, que aprueba la directiva "Autorización previa a la ejecución y al pago de presupuestos adicionales de obra" y que establece:

*"3. Competencia para aprobación de presupuestos adicionales.-*



*La aprobación de los presupuestos adicionales de obra debe efectuarse mediante resolución del titular de la Entidad o instancia competente, según la normativa correspondiente. Tal decisión origina el reconocimiento de la necesidad de efectuar prestaciones adicionales de obra por un valor determinado, debiendo ser previa a la ejecución de las mismas, sin perjuicio de la liquidación final.*

*Cuando el monto supere el 10% del monto total del Contrato original, requerirá contar adicionalmente con la autorización previa de la CGR.*

*Para el caso de las prestaciones adicionales de obra, mayores al 10% del monto contractual original, ejecutadas sin cumplir con los requisitos antes señalados la CGR no emitirá la autorización que establece la Ley, sin perjuicio de las responsabilidades que correspondan”.*

**55.** En ese sentido, ELSE sostiene que no es posible que el Demandante exija el pago del monto al que se refiere el petitorio de la demanda, por concepto de una prestación adicional, cuando para la aprobación de la misma, no ha mediado la autorización de su Directorio ni mucho menos la resolución previa a que hacen referencia las normas citadas.

**56.** La Demandada argumenta, que en su caso, es de advertir que existiendo prestaciones adicionales ejecutadas con anterioridad, sumados al pretendido valor de la prestación adicional consistente en el Reactor y su instalación, no sólo superaban el 10% del monto contractual original, sino que el porcentaje de incidencia acumulada era del 15.44%, lo que hacía necesaria inclusive antes de su ejecución y pago la autorización de la

Contraloría General de la República; ello se desprendería, a juicio de ELSE, del contenido del Presupuesto Adicional N° 3 emitido por la Supervisión de la Obra y que fue ofrecido como prueba por la demandante

- 57.** ELSE sostiene que GyM S.A. fue requerida a fin de sustentar el valor de los adicionales para su oportuna aprobación, lo cual no hizo, y por consiguiente ELSE no se encontraba en la posibilidad legal de someter tal adicional a la aprobación de los órganos competentes y siendo mucho menos posible su pago, ya que tampoco fue autorizado por la Contraloría.
- 58.** En cuanto al valor de la prestación, ELSE sostiene que en el caso el Tribunal acceda al pago que tenga que realizar a GyM S.A., el monto demandado resulta excesivo, pues no corresponde al valor de compra del Reactor.
- 59.** Al respecto, ELSE sostiene que ha quedado establecido que la naturaleza de adicional de la prestación consiste en el suministro e instalación del Reactor. Señala ELSE que no obstante de tratarse de un adicional, se efectuó sin contar la autorización previa a la ejecución y pago por parte del Directorio de ELSE y que tampoco se ha contado con la autorización previa a la ejecución y pago por parte de la Contraloría General de la República.



**60.** La Entidad considera que ante el incumplimiento de las condiciones antes descritas, se tiene que la ejecución de la prestación adicional ha sido irregular, pues no cuenta con título válido.

**61.** ELSE manifiesta que el OSCE en una reciente opinión, que resulta aplicable al caso, ha establecido que se trataría de la ejecución de una prestación carente de título válido. La opinión a que hace referencia ELSE señala que a una empresa bajo el ámbito de FONAFE como ELSE, sólo la vinculan válidamente los Contratos en los que el acuerdo de voluntades se ha formado conforme a los procedimientos establecidos legalmente. Caso contrario, no resulta pertinente hablar de prestaciones o cumplimiento de obligaciones, ya que no es propiamente una relación contractual la que surge cuando la Administración Pública no observa los procedimientos señalados. La misma opinión vertida por el OSCE da cuenta que ante semejante escenario como máximo, y para evitar un supuesto enriquecimiento sin causa, sólo puede dar lugar al pago del costo de lo efectivamente ejecutado sin incluir la utilidad por no existir título válido.

**62.** De acuerdo con ello, ELSE sostiene que para establecer el valor de adquisición del Reactor, el Contratista deberá exhibir el comprobante de pago respectivo.

**63.** Adicionalmente, en cuanto al interés de la Pretensión Principal, ELSE señala que no es posible sostener que se haya producido

o generado interés alguno derivado de la supuesta falta de pago de una prestación que tiene la naturaleza de adicional, toda vez que la obligación de pago nacerá cuando se haya observado el procedimiento y las formalidades necesarias para el pago de adicionales, entre las cuales se cuenta con la aprobación previa del Directorio de ELSE y de la Contraloría General de la República.

**64.** En cuanto a la pretensión accesorio, ELSE sostiene que al no existir obligación alguna de pago de adicionales, tampoco corresponde el pago por la pretensión accesorio. Asimismo, señala que ésta constituye un exceso por parte de GyM S.A., ya que no sólo pretende el pago de los intereses de ley, sino que también pretende beneficiarse del tipo de cambio que le resulte más conveniente, invocando para el efecto lo previsto por el Artículo 1237º del Código Civil, hecho que también constituiría una doble indemnización por el mismo fundamento.

**65.** Argumenta ELSE que el supuesto del Artículo 1237º del Código Civil es el cumplimiento de obligaciones en moneda extranjera que se tenga que realizar en moneda nacional; sin embargo, tal supuesto no sucederá puesto que ELSE tiene el derecho expedito de hacer el pago en moneda extranjera, moneda en la que se pactaron las pretensiones.

**66.** Asimismo, señala la Demandada que frente a la ejecución no autorizada legalmente de un adicional, no puede haber

referencia a la existencia de un pacto respecto del pago del mismo, tampoco a la moneda a emplearse.

- 67.** ELSE sostiene que la posibilidad de elección a la que se refiere GyM S.A. sólo se presenta en el caso de que ELSE en su posición de deudora, hiciera el pago en moneda nacional cuando se hubiera pactado en moneda extranjera.
- 68.** La Entidad manifiesta que es necesario que el Tribunal advierta que si GyM S.A. se viera afectada por una diferencia de cambio, dicha circunstancia califica como una "diferencia de tipo de cambio" que de conformidad al artículo 61º incisos b) y c) de la Ley del Impuesto a la Renta constituye una pérdida compensable del ejercicio, con lo cual se contrarresta cualquier efecto negativo.
- 69.** ELSE sostiene que el Reactor no estaba incluido en el Expediente Técnico de la Obra. Ello corrobora el hecho, según ELSE, de que se trataba de un adicional de obra, que por consiguiente requería para su pago una autorización previa por parte del Directorio de ELSE y del la Contraloría, por lo que no debía ser ejecutado sin ellas por el Contratista.
- 70.** La Entidad señala que GyM S.A.no puede afirmar que dichas obligaciones o prestaciones le hayan sido impuestas o aprobadas por ELSE, a través de la Supervisión, conforme a las cláusulas 13.3., 23.1.g. y 22.6. del Contrato de Obra, pues el

ejercicio de la potestad de dirección de la Supervisión no puede de ninguna manera exceder los términos del Contrato.

- 71.** Sostiene ELSE que la única prestación por su parte, con efectos jurídicos y legales, en la instalación del Reactor, hubiera sido autorizada previamente por parte del Directorio.
- 72.** La Demandada reconoce que no ha efectuado el pago por el Reactor, pues ello contravendría normas legales imperativas y Directivas de la Contraloría General de la República.
- 73.** Por otro lado, ELSE señala que es cierto que es posible modificar el metrado referencial del proyecto, pero no es cierto que ello haya ocurrido en el presente caso, pues tal modificación debería constar en una adenda, previa aprobación del Directorio y de la Contraloría General de la República.
- 74.** La Entidad argumenta que no se ha negado ningún pago a GyM S.A., sino que la autorización previa y posterior pago de un adicional de obra, no es un acto sujeto a petición o solicitud, sino que es potestad de la entidad aprobar y ordenar la ejecución de adicionales y pagarlos con la autorización de la Contraloría, por lo que de no existir tales aprobaciones no existe la posibilidad de pedir ningún pago.

75. ELSE solicita al Tribunal Arbitral, de acuerdo a lo expuesto, que se sirva tener por contestada la demanda y oportunamente declararla infundada en todos sus extremos.

**E. MEDIOS PROBATORIOS OFRECIDOS POR ELSE**

76. ELSE ofrece como medios probatorios el mérito de: (a) Contrato N° 49-2007; (b) Presupuesto N° 3, emitido por la Supervisión de Obra, CESEL Ingenieros, y sus anexos, en el que aparece el adicional acumulado, que alcanza a 15.44% del monto original del Contrato, corroborando de acuerdo a lo expresado por ELSE la naturaleza de adicional del Reactor, y el hecho de que el mismo no se implementó a raíz de observaciones por el COES.

**F. ESCRITO N° 3 DE ELSE PRESENTADO EL 29 DE ABRIL DE 2010**

77. Mediante Escrito N° 3 de la Entidad, presentado el 29 de abril de 2010, ELSE comunicó la variación de su domicilio procesal a efectos de ejercer de manera adecuada su derecho de defensa.

**G. ACTA DE INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS**

78. Con fecha 15 de junio de 2010, en la sede institucional del Organismo Superior de las Contrataciones con el Estado, se reunieron el doctor Jorge Ramón Abásolo Adrianzén como Presidente del Tribunal Arbitral, el doctor Alberto Loayza Lazo




(Árbitro), y el doctor Patrick Hurtado Tueros (Árbitro), con la asistencia de los representantes legales de GyM S.A. y de ELECTRO SUR ESTE S.A. con el propósito de llevar a cabo la Audiencia de Instalación y Determinación de Puntos Controvertidos, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 44º del Texto Único Ordenado del Reglamento del Sistema Nacional de Conciliación y Arbitraje del CONSUCODE (ahora OSCE) .

**79.** El Tribunal Arbitral ratificó su aceptación al cargo y declaró, bajo juramento, no tener incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes, obligaciones a ejercer el encargo con imparcialidad e independencia. Las partes asistentes manifestaron su conformidad con la designación realizada, y expresaron que al momento de la suscripción de la mencionada Acta, no tenían conocimiento de causa de recusación en su contra.

**80.** El Tribunal Arbitral luego de revisar lo expuesto por las partes en sus escritos de demanda, apersonamiento, contestación de la demanda, oposición al arbitraje y reconvención, así como contestación de la reconvención, considera que los puntos controvertidos en el presente arbitraje son los que se detallan a continuación.

**81.** Respecto a las cuestiones previas el Tribunal fija los siguientes puntos controvertidos: (a) Determinar si la adquisición e instalación del reactor nivel de tensión 145 KV por la suma de US\$ 1,315,113.59 (Un Millón Trescientos Quince Mil Ciento





Trece y 59/100 Dólares de los Estados Unidos de América), constituye un hecho con base en el Contrato y sus alcances, y por consiguiente, si se encuentra dentro del ámbito del convenio arbitral contenido en la Cláusula Vigésimo Sétima del Contrato, y por lo tanto, si constituye materia arbitrable; y, (b) Determinar si corresponde o no declarar fundada la excepción de representación insuficiente de ELSE, interpuesta por GyM S.A. en su escrito de contestación a la reconvencción

- 82.** Respecto a los puntos controvertidos: (a) Determinar si la adquisición e instalación del Reactor en el nivel de tensión de 145 KV con potencia de 10 MVar, ubicado en la Subestación de Mazuko constituye o no un adicional de obra. (b) Como consecuencia de lo anterior, determinar si para la aprobación y pago se siguió el procedimiento establecido en las normas especiales. (c) Determinar si corresponde o no ordenar que Electro Sur Este S.A.A pague a GyM S.A. por la adquisición e instalación del referido reactor. (d) Determinar cuál es el costo real de la adquisición e instalación del Reactor, si el valor del reactor corresponde al importe de US\$ 1,315,113.59 (Un Millón Trescientos Quince Mil Ciento Trece y 59/100 Dólares de los Estados Unidos de América) incluyendo todos sus accesorios, y si corresponde a GyM S.A. una utilidad dentro de dicho valor. (e) Determinar si como consecuencia de los puntos anteriores corresponde o no ordenar a Electro Sur Este S.A.A. cumpla con pagar intereses, y de ser el caso qué tipo de intereses serían estos y desde cuándo. (f) Determinar si el importe a pagarse por la adquisición e instalación del reactor puede realizarse en moneda nacional. (g) En caso el pago pueda efectuarse en moneda nacional, determinar si corresponde o no ordenar que

GyM S.A. tenga la facultad de exigir a su elección, que el pago objeto de la pretensión principal se realice al tipo de cambio de venta de fecha de vencimiento de la obligación, o el que rija en el día de pago. (h) Determinar si está acreditado o no que Electro Sur Este S.A.A. ha sufrido daño debido a la falla del Transformador de Potencia 138/22.9/10 KV. (i) En caso sea afirmativo el punto anterior, determinar si dicho daño es atribuible a GyM S.A. (j) Como consecuencia de lo anterior, determinar si corresponde o no ordenar que GyM S.A. cumpla con pagar a favor de Electro Sur Este S.A.A. una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por la suma de S/ 1,634,393.00 (Un Millón Seiscientos Treinta y Cuatro Mil Trescientos Noventa y Tres y 00/100 Nuevos Soles) derivado del arrendamiento de grupos electrógenos, que permitieron atender la demanda de energía durante la inoperatividad de la LT San Gabán, por desperfectos en el transformador de potencia, sobrecostos por generar energía térmica, compensaciones que tendría que pagar ELSE conforme a la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento; y, (k) Determinar a quién y en qué proporción le corresponde asumir las costas y costos que genere la tramitación del presente proceso arbitral.

- 83.** En este acto, el Tribunal Arbitral dejó constancia de que al momento de resolver podrá analizar los puntos controvertidos no necesariamente en el orden en que están enunciados. Asimismo, las partes facultaron al Tribunal Arbitral para que al momento de laudar, pueda hacer referencia a cualquier otro extremo que encuentre controvertido entre la partes.

- 84.** El Tribunal Arbitral consideró, atendiendo a las cuestiones probatorias deducidas por la parte demandada en el Segundo Otrosí de su escrito, presentado el 19 de marzo de 2010, que los medios probatorios cuestionados serían actuados en el presente proceso, sin perjuicio de que su pertinencia o no sea valorada al momento de emitirse el laudo respectivo.
- 85.** Seguidamente el Tribunal Arbitral admitió los medios probatorios ofrecidos por GyM S.A. en su demanda. Asimismo, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por Electro Sur Este S.A.A. en su escrito de apersonamiento, oposición al arbitraje, contestación y reconvención a la demanda. También se admitieron los medios probatorios presentados en su escrito de fecha 19 de marzo de 2010.
- 86.** El Tribunal Arbitral del mismo modo admitió la exhibición a cargo de GyM S.A. de los comprobantes de pago que acrediten el valor de adquisición del Reactor, para lo cual el Tribunal Arbitral otorgó un plazo de diez (10) días hábiles a fin de que el Demandante pueda presentarlos. Asimismo, se admitió la pericia ofrecida por la parte Demandada, siendo que la forma de su actuación sería precisada posteriormente.
- 87.** En cuanto al informe que debía emitir ABB Perú, se admitió dicha prueba ofrecida por ambas partes, debiendo ABB Perú informar al Tribunal Arbitral lo siguiente: (a) Respecto de los desperfectos presentados por el Transformador de Potencia de la SE Puerto Maldonado y el tiempo en que dichos desperfectos

fueron superados; y (b) Respecto al incidente que afectó el Transformador de Potencia de la SE Puerto Maldonado, debiendo precisarse las probables causas de dicho incidente.

88. El Tribunal Arbitral consideró pertinente que teniendo en consideración las pretensiones postuladas por las partes y los abundantes medios probatorios ofrecidos, convocar a las partes a la Audiencia de Ilustración de Puntos Controvertidos.

**H. ESCRITO Nº 7 DE GyM S.A PRESENTADO EL 30 DE JUNIO DE 2010**

89. Mediante Escrito Nº 7 presentado el 30 de junio de 2010, GyM S.A., en cumplimiento de lo dispuesto en el segundo párrafo del Numeral 4.2 del Acta de Instalación, cumplió con presentar copias legalizadas de las siguientes facturas de ELECTROWERKE S.A. que acreditarían la adquisición del Reactor por parte de GyM S.A.: (a) Factura 0001-001414, por el valor de US\$ 210,638.93 (Doscientos Diez Mil Seiscientos Treinta y Ocho y 93/100 Dólares de los Estados Unidos de América) correspondiente al primer adelanto por la compra del Reactor. (b) Factura 0001-001466, por el valor de US\$ 210,638.93 (Doscientos Diez Mil Seiscientos Treinta y Ocho y 93/100 Dólares de los Estados Unidos de América). (c) Factura 0001-001518, por el valor de US\$ 280,851.90 (Doscientos Ochenta Mil Ochocientos Cincuenta y Uno y 90/100 Dólares de los Estados Unidos de América), correspondiente al saldo del precio de compra.

90. El Contratista solicitó tener en cuenta que el presupuesto adicional aprobado por la Supervisión de Obra fue uno a suma alzada en donde le corresponde el riesgo del valor final de la prestación.

91. Asimismo, GyM S.A. sostiene que la compra del Reactor en sí mismo, cuyas facturas solicitadas en exhibición por la otra parte, sólo se refiere a una porción de los costos totales del suministro e instalación de la mencionada facilidad.

92. De acuerdo a ello, el Demandante deja constancia de que en dicho presupuesto adicional se aplicó para todos los ítems que ya contaban con precios contractuales, precisamente los valores del propio Contrato.

#### **I. ACTA DE AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS**

93. Con fecha 5 de julio de 2010, se llevó a cabo la audiencia de ilustración de puntos controvertidos con la asistencia de los miembros del Tribunal Arbitral, de los representantes legales de las partes y de sus abogados.



94. En ese acto, el Tribunal Arbitral puso en conocimiento de GyM S.A. el escrito presentado por ELSE el 25 de junio de 2010; y a ELSE el escrito presentado por GyM S.A. el 30 de junio de 2010.
95. Consecutivamente se dio inicio a la audiencia de Ilustración de Puntos Controvertidos en la que el Tribunal Arbitral otorgó el uso de la palabra por veinte (20) minutos a cada una de las partes para que expusieran sus puntos de vista sobre los puntos controvertidos.
96. Seguidamente, el Tribunal Arbitral consideró necesario realizar determinadas preguntas, las mismas que fueron absueltas por las partes.
97. Finalmente, se redactó el acta la misma que fue suscrita por las partes en señal de su conformidad, por el Tribunal Arbitral y por la Directora de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE.

**J. ESCRITO N° 8 DE GyM S.A. PRESENTADO EL 5 DE JULIO DE 2010**

98. Mediante Escrito N° 8, presentado el 5 de julio de 2010, GyM S.A. presentó copia legalizada de la Factura 001-004272 de Transvirginia S.A.C. en donde señala que acredita el servicio de transporte de los correspondientes equipos del Reactor.



99. De acuerdo a ello, GyM S.A. solicita al Tribunal Arbitral que admita como prueba el documento mencionado dado que complementa la información proporcionada con su Escrito N° 7 y porque atiende a la finalidad del presente arbitraje.

**K. ESCRITO N° 9 DE GyM S.A. PRESENTADO EL 5 DE JULIO DE 2010**

100. Con fecha 5 de julio de 2010 GyM S.A. presentó su Escrito N° 9, en el que solicita al Tribunal Arbitral tener en cuenta, sobre la oposición al arbitraje presentada por ELSE, que el Contrato firmado con ELSE es uno de precios unitarios llave en mano, conforme a ello, su alcance incluye todo lo necesario hasta la puesta en funcionamiento; que ELSE ha reconocido que el Reactor fue una facilidad indispensable para cumplir con la finalidad del Contrato y lograr la puesta en funcionamiento de la línea. De acuerdo a ello, sería evidente, a criterio del Demandante, que el Reactor formó parte del marco contractual y no puede haber foro más pertinente, señala GyM S.A., que el presente arbitraje para discutir acerca de la procedencia de su pago.

101. Indica el Demandante que en el marco de Contrato de la obra, ELSE admitió el Informe de pre Operatividad realizado por GyM S.A. hacia el COES-SINAC, que contemplaba el Reactor. En el marco del mismo Contrato de obra, ELSE conoció, consistió y



promovió la implementación del Reactor. Es más, ELSE participó en las pruebas en fábrica del Reactor (Brasil).

**102.** Concluye GyM S.A. que no se entiende la oposición deducida por ELSE, dado que su propio comportamiento revela que nos encontramos ante una controversia de alcance contractual respecto a la cual es plenamente competente este proceso arbitral.

**L. ESCRITO Nº 10 DE GyM S.A. PRESENTADO EL 23 DE JULIO DE 2010**

**103.** Mediante su escrito Nº 10 presentado el 23 de julio de 2010, GyM S.A. adjuntó las diapositivas que utilizó en su Audiencia de Instalación y Determinación de Puntos Controvertidos.

**M. ESCRITO Nº 11 DE GyM S.A. PRESENTADO EL 23 DE JULIO DE 2010**

**104.** Mediante Escrito Nº 11, presentado el 23 de julio de 2010, GyM S.A. comentó los argumentos expuestos por ELSE en la audiencia de Instalación y Determinación de Puntos Controvertidos del día 5 de julio de 2010, con los argumentos que a continuación se desarrollan.



**105.** GyM S.A. sostiene que el presupuesto adicional no fue elaborado por el Contratista sino directamente por la Supervisión contratada por ELSE, para lo cual remite al Anexo 1-I de su escrito de demanda.

**106.** El Contratista añade que la oportunidad de emisión de dicho presupuesto, y el eventual cuestionamiento que pudiese hacer ELSE sobre ella, corresponde exclusivamente a la relación contractual entre la demandada y su Supervisión, respecto a la cual GyM S.A. es absolutamente ajena.

**107.** GyM S.A. indica que conforme a las Cláusulas 13.1, 13.2 y 13.3 del Contrato, el control económico de la obra competía al Supervisor, debiendo el Contratista someterse a sus instrucciones.

**108.** El Demandante agrega que ha acreditado en los medios probatorios que la ejecución del Reactor fue del pleno conocimiento de la Supervisión y del Demandado, quienes participaron desde el inicio de su planeamiento hasta la culminación de su ejecución.

**N. RESOLUCIÓN N° 1 DEL 22 DE JUNIO DE 2010,  
RESOLUCIÓN N° 2 DE FECHA 8 DE JULIO DE 2010 Y  
RESOLUCIÓN N° 3 DE FECHA 30 DE SETEIMBRE DE  
2010**

**109.** Mediante Resolución N° 1 de 22 de junio de 2010, el Tribunal Arbitral resolvió otorgar a ABB Perú un plazo de diez (10) días hábiles contados desde la notificación de la misma Resolución para que cumpla con presentar por escrito el informe señalado en el Acta de la Audiencia de Instalación y Fijación de Puntos Controvertidos.

**110.** Del mismo modo, mediante Resolución N° 2 de fecha 8 de julio de 2010, el Tribunal Arbitral tuvo por efectuado el pago de los gastos arbitrales por ambas partes, y puso en conocimiento de las mismas los escritos presentados por ellas.

**111.** A su vez, mediante Resolución N° 3, del 30 de setiembre de 2010, el Tribunal Arbitral tuvo por presente los argumentos señalados en el Escrito N° 11 de GyM S.A.; puso en conocimiento de las partes los escritos de vistos; y, otorgó a la Entidad un plazo de diez (10) días hábiles para la presentación del Informe Pericial.

**Ñ. ESCRITO N° 7 DE ELSE DE FECHA 18 DE OCTUBRE DE 2010**

**112.** ELSE solicita, a través de su Escrito N° 7 de fecha 18 de octubre de 2010, que se efectúe el saneamiento del Acta de Instalación y fijación de Puntos Controvertidos, efectuada el 15 de junio de 2010. Para el Demandado requiere que se incluya, dentro de los puntos controvertidos, su pretensión referida al lucro cesante derivado de la pérdida de suministrar menos



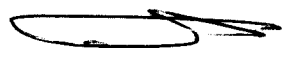
energía debido al siniestro ocurrido con el transformador de potencia en la SE de Puerto Maldonado.

**113.** Asimismo la Entidad solicita al Tribunal Arbitral que le otorgue un plazo adicional de cinco (5) días hábiles para la presentación del peritaje admitido como prueba de su reconvención.

**O. ESCRITO Nº 8 DE ELSE PRESENTADO EL 25 DE OCTUBRE DE 2010**

**114.** Mediante su Escrito Nº 8, presentado el 25 de octubre de 2010, ELSE presenta el peritaje ofrecido como prueba de su pretensión reconvencional, el mismo que fue llevado a cabo por el Ing. Miguel Huaranca Bautista de fecha 18 de octubre de 2010 del que se desprende la información que a continuación se resume.

**115.** El objeto del peritaje fue la Valorización de los Perjuicios económicos generados a la empresa ELECTRO SUR ESTE S.A.A. por la situación de emergencia del servicio público de electricidad de la ciudad de Puerto Maldonado, ocasionado por la salida de servicio del Transformador de Potencia de la "SET" Puerto Maldonado, el día 18 de octubre del 2009; en período de Garantía, de acuerdo a lo indicado por el perito, a cargo de la empresa GyM S.A., y las restricciones operativas de generación



térmica que limitaron la oferta de producción con el consecuente racionamiento del servicio de suministro eléctrico.

**116.** La valoración de los perjuicios económicos generados a la empresa Electro Sur Este S.A.A., presentados en la pericia, son los siguientes: (a) Contrato de alquiler de Grupos Electrógenos: S/. 286,885.20 (Doscientos Ochenta y Seis Mil Ochocientos Ochenta y Cinco y 20/100 Nuevos Soles); (b) Sobrecostos de producción de Energía Térmica: S/. 793,133.00 (Setecientos Noventa y Tres Mil Ciento Treinta y Tres y 00/100 Nuevos Soles); (c) Compensaciones pagadas conforme a la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento: S/. 694,211.04 (Seiscientos Noventa y Cuatro Mil Doscientos Once y 04/100 Nuevos Soles); y, (d) Pérdidas de Energía dejada de suministrar S/. 21,103.21 (Veintiún Mil Ciento Tres y 21/100 Nuevos Soles).

**117.** Los anexos presentados con la pericia de oficio son los siguientes: (a) Anexo 1 sobre el arrendamiento de grupos electrógenos; (b) Anexo 2 sobre los sobrecostos de producción de energía térmica; (c) ANEXO 3 sobre las compensaciones pagadas, conforme a la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento.

**P. RESOLUCIÓN N° 4 DE FECHA 27 DE OCTUBRE DE 2010**

**118.** Mediante la Resolución N° 4 el Tribunal Arbitral admitió el Informe Pericial presentado por la ELSE, otorgando a la parte

demandante, GyM S.A., un plazo de diez (10) días hábiles para que pueda manifestar lo conveniente a su derecho.

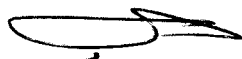
**119.** Se otorgó a GyM S.A. un plazo de diez (10) días hábiles para que pueda manifestar lo conveniente a su derecho sobre el segundo punto del escrito N° 8 presentado por ELSE.

**Q. ESCRITO N° 12 DE GyM S.A. PRESENTADO EL 22 DE NOVIEMBRE DE 2010 Y RESOLUCIÓN N° 5**

**120.** Mediante Escrito N° 12 de GyM S.A., presentado el 22 de noviembre de 2010, el Contratista absuelve el traslado del Informe Pericial en los términos que se indican a continuación.

**121.** Señala el Contratista que acuerdo con el Contrato de Obra sobre Renovación de Redes MT Cusco 2008, participaron en él Electro Sur Este S.A.A. y la empresa SEINCO S.A.C Servicios de Ingeniería y Contratistas Generales S.A.C, sociedad que es representada por el Ing. Miguel Huaraca Bautista (es decir, la misma persona a la que Electro Sur Este S.A.A encargó la elaboración del informe) a título de ser su Gerente General.

**122.** Es así que el Demandante sostiene que la empresa contratista a la cual gerencia y representa el Ing. Miguel Huaraca Bautista tiene una relación contractual y comercial con el Demandado, razón que restaría toda objetividad al informe presentado



**123.** Sobre los supuestos sobrecostos de producción de energía eléctrica, GyM S.A. señala que existen errores en el informe presentado por ELSE. Los errores se advierten en la multiplicación del número de días con el número de MWH, en la sumatoria del total de MWH/Mes y, adicionalmente, en la multiplicación del monto final de MWH/mes con la diferencia de los Precios Medio Unitarios, arrojando un error en el total del supuesto Monto Compensable.

**124.** Adicionalmente, GyM S.A. señala que se tiene que la cantidad consignada de S/. 0.17 como el supuesto costo de compra de energía (SEIN) es una que no es demostrada ni sustentada con ningún documento a fin de poder verificar qué criterios ha tenido el Señor Perito para establecerla, y si esta misma cantidad corresponde al periodo de emergencia de catorce (14) días.

**125.** Por otro lado el Contratista indica que según la información proporcionada por ELSE, ésta asumiría los gastos de sobrecostos en generar energía desde el primer día del periodo de emergencia (periodo en que no hubo energía eléctrica), lo cual no es real. En efecto, la gestión logística para obtener los grupos electrógenos, combustible y demás equipos, en los que asegura haber incurrido ELSE, deberían haber tomado un lapso considerable dentro del periodo total de catorce (14) días.

**126.** Por lo tanto, según GyM S.A., se tiene que el supuesto daño generado por el sobrecosto de producción de energía eléctrica no está sustentado y resulta arbitrario pretender asignarlo al

periodo completo de interrupción de la línea de catorce (14) días.

**127.** Manifiesta el Contratista que, en relación a los comprobantes de pago que sustentarían los sobrecostos de producción, ELSE ha presentado los siguientes documentos: (a) Comprobante de Caja N° 00121000333 emitido con fecha 07/01/2010 por el concepto de alquiler de grupo electrógeno por un monto de S/. 286,885.20 (Doscientos Ochenta y Seis Mil Ochocientos Ochenta y Cinco y 20/100 Nuevos Soles); (b) Factura N° 0125554 emitida con fecha 7 de enero de 2010 y cuyo respectivo vencimiento de pago sería el 6 de febrero de 2010, por el supuesto concepto de alquiler de dos grupos electrógenos para la central Térmica Puerto Maldonado, por un monto de US\$ 99,960.00 (Noventa y Nueve Mil Novecientos Sesenta y 00/100 Dólares de los Estados Unidos de América).

**128.** El Demandante argumenta que la fecha de emisión de estos documentos corresponde a enero de 2010; es decir, no coinciden con el periodo en que se habría producido el corte del servicio (del 18 de octubre de 2009 al 2 de noviembre de 2009).

**129.** Señala GyM S.A que de acuerdo al Artículo 5° del Reglamento de Comprobantes de Pago, aprobado por Resolución de Superintendencia N°007-99-SUNAT de fecha 24-01-1991, la fecha de emisión de la Factura N° 0125554 no corresponde a las fechas del periodo de corte, por lo que se concluye que este



documento no es idóneo para demostrar que se habría generado un gasto como sobrecosto en un determinado periodo de tiempo (durante el periodo de emergencia indicado por ELSE)

**130.** Asimismo señala el Contratista, que en cuanto a los requisitos que deben figurar en la Factura N°0125554, no se describe de manera precisa lo establecido en el Art. 8° del Reglamento de Comprobantes de Pago, que exige que se consignen los siguientes datos: (a) Número de serie de Motor de los grupos de electrógenos arrendados; (b) Marca y Modelo; (c) Potencia de generación eléctrica; (d) Lugar de ubicación, y (e) El tiempo de alquiler debiendo especificarse si es por hora, días, semanas o meses.

**131.** GyM S.A. resalta que ELSE omitió intencionalmente la presentación del Contrato de Alquiler N° 240-2009, factura, no pudiendo verificarse el plazo exacto del Contrato de alquiler.

**132.** Con relación a otros documentos de pago que sustentan los sobrecostos de producción, GyM S.A. sostiene que el supuesto sustento de los montos que generan los supuestos sobrecostos tiene como origen un Informe de Indicadores de Gestión de Diciembre de 2009, emitido por Electro Sur Este S.A.A. Estos fueron elaborados por la propia Entidad por lo cual carecen de toda objetividad. Además no se ha logrado comprobar el origen del documento porque no se encuentra registrado en algún acceso público.

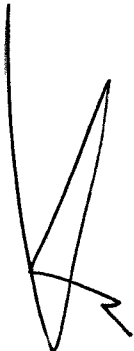




**133.** Con relación a las supuestas compensaciones realizadas por ELSE de acuerdo a la Ley de Concesiones Eléctricas y su Reglamento, GyM S.A., argumenta lo siguiente: La Entidad afirma haber realizado el pago por el concepto de compensación a favor de 13,596 (Trece Mil Quinientos Noventa y Seis) clientes por un monto de S/. 694,211.04 (Seiscientos Noventa y Cuatro Mil Doscientos Once y 04/100 Nuevos Soles), con fecha 31 de enero de 2010. Sin embargo, ELSE no ha demostrado mediante documento alguno que haya realizado una sola compensación real.

**134.** El Contratista argumenta que estas compensaciones de efectuarse en la realidad, se hubieran realizado al mes siguiente del corte del servicio, como está establecido en el Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas Decreto Supremo N° 009-93-EM, Artículo 168°. Sin embargo, ELSE no ha acreditado que las realizó.

**135.** Además señala GyM S.A. que existe contradicción entre los conceptos "compensaciones" y "sobrecostos de generación de energía eléctrica". No es posible, manifiesta el Demandante, que ELSE pretenda trasladar el costo a GyM S.A. por haber generado, supuestamente, y de manera ininterrumpida, energía durante los catorce (14) días de salida de servicio de la línea, y, al mismo tiempo, pretenda que el Contratista le restituya las "compensaciones" que habría pagado a los usuarios por el corte. Si ELSE hubiese generado energía por el periodo que ella indica, no estaría sometida al pago de ninguna compensación.



**136.**El Demandante acompaña la copia simple del Contrato de Obra sobre renovación de Redes MT Cusco 2008 que se realiza en la modalidad de adjudicación Directiva Selectiva signado con el N° ADS-0034-2008ELSE de fecha 01 de setiembre del 2008. Con este documento, a criterio de GyM S.A., se acreditaría la relación comercial entre la persona que realizó el informe para ELSE y esta última.

**137.**Mediante Resolución N° 5, de fecha 26 de noviembre de 2010, el Tribunal Arbitral tuvo presente el Escrito N° 12 presentado por GyM S.A.

**138.**Del mismo modo, en la mencionado Resolución N° 5 el Tribunal Arbitral citó a las partes a una Audiencia Especial de Sustentación del Informe Pericial.

**R. ESCRITO N° 13 DE GyM S.A PRESENTADO EL 11 DE ENERO DE 2011**

**139.**GyM S.A. solicita, a través de su Escrito N° 13, que la audiencia respecto al informe pericial presentado por la Entidad, que se llevaría a cabo el 12 de enero de 2011, sea reprogramada.

**S. ESCRITO N° 09 DE ELSE PRESENTADO EL 12 DE ENERO DE 2011**



**140.**ELSE solicita, mediante su Escrito N° 9, que la Audiencia Especial de Sustentación de Informe Pericial, sea reprogramada porque dos (2) días hábiles de plazo no son suficientes para el desplazamiento de sus peritos desde la ciudad de Cusco.

**141.**La Entidad además, solicita que se tenga presente la solicitud de su Escrito N° 5.

**T. RESOLUCIÓN N° 6 DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

**142.**Mediante Resolución N° 6 del Tribunal Arbitral, se resolvió citar a las partes para el día 27 de enero de 2011 en la sede arbitral para la Audiencia Especial.

**143.**El día 27 de enero de 2011 se llevó a cabo la Audiencia de Sustentación de Pericia, donde el Tribunal Arbitral puso en conocimiento de GyM S.A. el Escrito N°5 presentado por ELSE el 12 de enero de 2011, para los fines correspondientes. Seguidamente se dio inicio a la audiencia para que las partes puedan sustentar sus posiciones técnicas respecto a la pericia de parte actuado en el proceso en donde luego del informe del perito Ing. Miguel Huaraca Bautista; ambas partes manifestaron lo conveniente respecto del informe pericial.



**144.** El Tribunal Arbitral también dejó constancia de que mediante Resolución N°4 dio providencia al escrito de ELSE de fecha 12 de enero de 2011.

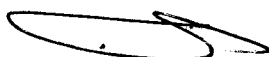
**U. RESOLUCIÓN N° 7 DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

**145.** Mediante Resolución N° 7 de fecha 31 de enero de 2011, el Tribunal Arbitral resolvió disponer la realización de la pericia de oficio referida a la valorización de los supuestos perjuicios económicos que se habrían generado a ELSE por la situación de emergencia del servicio público de electricidad, que se habría ocasionado por la salida de servicio del Transformador de potencia de la SET Puerto Maldonado en periodo de garantía a cargo de GyM S.A y las restricciones operativas del servicio de suministro eléctrico.

**V. ESCRITO 14° DE GyM S.A. PRESENTADO EL 16 DE FEBRERO DE 2011**

**146.** A través de éste escrito GyM S.A. formula los alcances técnicos que considera pertinentes a incorporar en la pericia ordenada por el Tribunal Arbitral.

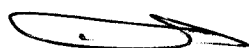
**147.** Así GyM S.A. solicita que la pericia verifique y se pronuncie sobre el régimen de seguros con que cuenta Electro Sur Este S.A.A. para atender siniestros tales como el corte de suministro



eléctrico. Asimismo, se solicita que la pericia verifique si ELSE activó alguna póliza de seguro por el siniestro ocurrido el 18 de octubre de 2009 y el 2 de noviembre de 2009 (corte de suministro), y establezca si ELSE mantiene en trámite el cobro de alguna indemnización ante cualquier entidad aseguradora respecto a daños o consecuencias derivadas del siniestro en mención.

**148.** El Contratista pide que la pericia verifique y se pronuncie, de manera fehaciente, sobre el periodo de tiempo en que estuvieron operativos los dos (2) grupos electrógenos, que ELSE sostiene arrendó a KOMATSU MITSUI MAQUINARIAS S.A. para atender la demanda de energía, entre el 18 de octubre de 2009 al 2 de noviembre de 2009. Asimismo, se solicita que la pericia se pronuncie de la existencia o no de otros grupos electrógenos en la central térmica de Electro Sur Este S.A.A

**149.** GyM S.A. solicita que la pericia verifique y se pronuncie sobre el alegado "sobrecosto" de producción de energía eléctrica por parte de ELSE, entre el 18 de octubre de 2009 y el 2 de noviembre de 2009, examinando para ello cuál era la capacidad instalada de generación de ELSE, a través de sus plantas térmicas u otras facilidades con las que contase, que no fueron afectadas por el incidente del transformador ocurrido el día 18 de octubre de 2009 (facilidades que al ya existir y estar operativas lógicamente no implicaban un sobrecosto, a criterio de GyM S.A.). En este examen, solicita el Contratista se deberá tomar en cuenta el real y acreditado sobrecosto de generación para ELSE (de existir), sin asumir costos teóricos que no estén



refrendados por un desembolso efectivamente realizado por dicha empresa.

**150.** El Demandante solicita que la pericia verifique y se pronuncie, de manera fehaciente, sobre las compensaciones que ELSE alega haber pagado efectivamente a los usuarios del servicio de electricidad por la energía específicamente dejada de proveerles durante el periodo comprendido entre el 18 octubre de 2009 y el 2 de noviembre de 2009. Se pide, por parte de GyM S.A., que la verificación se efectúe en función a los montos realmente pagados a personas plenamente identificadas, mediante documentos fehacientes, y por importes y conceptos que claramente puedan referirse al periodo comprendido entre el 18 de octubre de 2009 y el 2 de noviembre de 2009.

**151.** GyM S.A. pide que la pericia determine, analizando los registros históricos de ELSE y la facturación emitida directamente a los usuarios del servicio de electricidad, entre otros documentos fehacientes; si existió una pérdida para dicha empresa por energía dejada de suministrar por el periodo comprendido entre el 18 de octubre de 2009 y el 2 de noviembre de 2009, así como el volumen de la misma.

**W. RESOLUCIÓN N° 8 DEL 29 DE MARZO DE 2011**

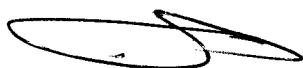
**152.** Mediante la Resolución N° 8 del 29 de marzo de 2011, el Tribunal Arbitral dispuso que la pericia de oficio versara sobre

la valorización de los supuestos perjuicios económicos que se habrían generado a ELSE por la situación de emergencia del servicio público de electricidad en la ciudad de Puerto Maldonado; asimismo el Colegiado designó al Ing. Electricista Francisco Efraín Delgado Rosa como perito y dispuso la reliquidación de los gastos arbitrales.

**X. ESCRITO N° 7 DE ELSE PRESENTADO EL 29 DE ABRIL DE 2011**

**153.** Mediante Escrito N° 7 presentado el 29 de abril de 2011, ELSE solicita que se aclare el alcance de la pericia a realizarse. Es así que ELSE sostiene que el Considerando 3 y el Punto Resolutivo N° 1 de la Resolución N° 7, la misma que se encuentra consentida por las partes, fijó de manera adecuada el objeto del peritaje de oficio y tales términos fueron recogidos en el Considerando 2 de la Resolución N° 8, en donde se determinó que el mencionado peritaje versaría sobre la valorización de los perjuicios económicos que ha sufrido ELSE por la salida de servicio del Transformador de Potencia de la SET Puerto Maldonado dentro del periodo de garantía.

**154.** Señala ELSE, que si bien las partes podían formular alcances técnicos, ello no implicaba que las partes pudiesen pretender la modificación del objeto de la pericia, más aún si dicho objeto ya fue debidamente fijado en la Resolución N° 7.



**155.** La Entidad menciona, respecto al Considerando 1 de la Resolución N° 8, en donde dispone el Tribunal acogerse a lo expuesto en el escrito presentado por GyM S.A. S el 16 de febrero de 2011, que la única interpretación posible al término "acoger" empleado por el Tribunal en su considerando, es la de tener por presentado el escrito del GyM S.A. ya que es imposible jurídicamente que en la valorización pudiera incluirse considerandos de hecho como las referidas por GyM S.A. en su escrito.

**156.** La Demandada afirma que el objeto de la pericia es acreditar la cuantía de los daños alegados, así como los demás elementos de la responsabilidad y que estos son elementos de hecho y derecho cuya probanza y fundamento serán analizados en el laudo arbitral con base a los hechos y pruebas planteados en la etapa postulatoria.

**157.** Señala ELSE que sería evidente que no podría considerarse dentro del objeto del peritaje contable o de valorización la verificación y pronunciamiento sobre hechos no alegados ni probados oportunamente por GyM S.A al contestar la reconvención, que además son ajenos a la controversia, como es el régimen de seguros o la existencia de pólizas, que no tienen relación con la materia de la reconvención.

**158.** Argumenta la Entidad que tampoco puede ser verificado ni puede ser parte del pronunciamiento de un peritaje de valorización, el tiempo de interrupción del servicio, el tiempo de





operación de los grupos electrógenos arrendados o la existencia de grupos electrógenos en la central térmica de ELSE.

**159.** ELSE manifiesta que una pericia de valorización no estaría en la posibilidad jurídica, ni fáctica de verificar y pronunciarse sobre la capacidad instalada de las plantas térmicas de ELSE a octubre de 2009.

**160.** La Demandada sostiene que el peritaje podrá valorizar los desembolsos efectivamente realizados o que efectivamente se han devengado para éstas, de manera extraordinaria en razón a las fallas del Transformador de Potencia, así como las compensaciones que efectuó a sus usuarios por el servicio dejado de proveerles durante el periodo de fallas del indicado transformador y las pérdidas por energía dejada de suministrar.

**161.** ELSE alega que, de acuerdo a lo señalado, sería incompatible con los términos de la propia resolución que se hubieran "acogido" las inverosímiles peticiones contenidas en el escrito de GyM S.A., puesto que no son alcances técnicos, sino peticiones de incorporación de puntos adicionales al peritaje que buscan incorporar hechos no alegados ni probados oportunamente, para después ponerlas en conocimiento de ELSE.

**162.** La Entidad, por lo señalado, solicita que se precisen los términos empleados en el considerando 1 de la Resolución N°




8, en el entendido que si el Tribunal ha reiterado el objeto de la pericia, aclarándose que el perito designado deberá ceñirse al objeto de la pericia y no incorporar los puntos ajenos a ella que ha sugerido GyM S.A., por ser incompatibles con el objeto de la misma, así como con el estado del Arbitraje.

**Y. RESOLUCIÓN Nº 10 DE FECHA 6 DE MAYO DE 2011**

**163.** Mediante la Resolución Nº 10 de fecha 6 de mayo de 2011, el Tribunal Arbitral resolvió poner en conocimiento de GyM S.A. el escrito presentado por ELSE, para que en plazo de cinco (5) días hábiles pueda manifestar lo conveniente a su derecho.

**Z. ESCRITO Nº 15 DE GyM S.A. PRESENTADO EL 16 DE JUNIO DE 2011**

**164.** Mediante el Escrito Nº 15 de fecha 16 de junio de 2011, de absolución de requerimiento, decretado por Resolución Nº 10, GyM S.A. solicita, que en relación al Escrito Nº 7 de ELSE y al pedido de aclaración o precisión del contenido respecto a lo dispuesto en la Resolución Nº 8, tener en cuenta que los términos de la Resolución Nº 8 son claros, es así que el Tribunal ha aceptado como parte integrante del alcance de la pericia de oficio, los elementos detallados en el Escrito Nº 14 de GyM S.A.



**165.** En ese sentido el Demandante sostiene que no existe nada que aclarar o precisar respecto de la Resolución Nº 8.

**166.** Sin perjuicio de lo señalado, GyM S.A. propuso los alcances de la pericia al amparo de lo dispuesto en el Punto 4 de la Resolución Nº 7, que otorgó un plazo de 10 días hábiles a las partes.

**167.** Señala GyM S.A que la Resolución Nº 7 ha sido consentida por ELSE por lo que no tiene sentido su pedido de proponer los alcances de la pericia.

**168.** El Demandante argumenta que ELSE desatendió lo requerido por el Tribunal en el punto 4 de la Resolución Nº 7 (efectuar una propuesta de alcances), no siendo legítimo trasladar esa desatención a GyM S.A.

**169.** GyM S.A. manifiesta que ELSE se opondría a que la verdad sea conocida por este Tribunal, y a que éste tenga toda la información relevante para decidir el caso; y así poder constatar el daño que esa parte alega haber sufrido sea efectivamente cierto y necesario. Añade que la oposición de ELSE a que se examine debidamente la existencia del daño que alega, faltaría al deber de colaboración que se debe al Tribunal y demostraría que preferiría mantener oculta importante información.



**170.**El Contratista señala que el alcance propuesto fluye naturalmente de las observaciones que formuló sobre la pericia de parte presentada por ELSE y por tanto es absolutamente lógico y prudente que esta nueva pericia de oficio, que no es de parte, evalúe los elementos siempre técnicos que a su juicio deslegitimarían la alegación del daño cierto efectuada por ELSE.

**171.** Consecuentemente, GyM S.A. indica, que el alcance definido en su escrito N° 14 era completamente previsible y necesario, desde que versa sobre las observaciones no absueltas por la pericia de parte de ELSE.

**172.**GyM S.A. afirma que, conforme a las reglas del arbitraje, este Tribunal tiene amplia libertad para decidir el alcance y contenido de las pruebas, incluso sobre aquellas que se practicarán de oficio.

**173.**El Demandante argumenta que resulta beneficioso para las partes, para el proceso y para el servicio a la verdad y a la justicia, que actuar de manera transparente en la rendición de la información y que la parte que expresa temor y oposición a que se conozcan los hechos en realidad está reconociendo lo débil de su postura.

**174.**Finalmente GyM S.A. solicita al Tribunal que ratifique que el alcance de la pericia incluya los elementos expuestos en su Escrito N° 14, tal como fue consignado en la Resolución N° 8.



**A.1. RESOLUCIÓN Nº 11 DE FECHA 4 DE JULIO DE 2011**

**175.** Mediante Resolución Nº 11 de fecha 4 de julio de 2011, el Tribunal Arbitral resolvió reiterar el objeto de la pericia; esto es: La valorización de los supuestos perjuicios económicos que se habrían generado a la empresa Electro Sur Este S.A.A por la situación de emergencia del servicio público de electricidad en la ciudad de Puerto Maldonado, que se habría ocasionado por la salida de Servicio del Transformador de Potencia de la SET Puerto Maldonado (18/19/2009) en periodo de garantía a cargo de la empresa GyM S.A. y las restricciones operativas del servicio suministro eléctrico.

**B.1. RESOLUCIÓN Nº 12 DE FECHA 4 DE JULIO DE 2011**

**176.** Mediante Resolución Nº 12, de fecha 4 de julio de 2011, el Tribunal Arbitral resolvió que se incorpore como punto controvertido adicional al presente proceso arbitral, lo siguiente: Determinar si corresponde o no ordenar que GyM S.A. que cumpla con pagar a Electro Sur Este S.A.A una indemnización por los daños y perjuicios relativos al lucro cesante, ocasionados como consecuencia de la pérdida, al suministrar menos energía debido al racionamiento, cuyo monto, de ser el caso, será definido a través de la pericia dispuesta a actuar.



**C.1. ESCRITO N° 17 DE GYM S.A. PRESENTADO EL 22 DE AGOSTO DE 2011**

**177.** Mediante Escrito N° 17 presentado el 22 de agosto de 2011, GYM S.A. solicita el diligenciamiento pericia.

**D.1. RESOLUCIÓN N° 13 DE FECHA 8 DE SETIEMBRE DE 2011 Y RESOLUCIÓN N° 14 DE FECHA 8 DE SETIEMBRE DE 2011**

**178.** Mediante resolución N° 13 de fecha 8 de setiembre de 2011, el Tribunal Arbitral resuelve fijar los honorarios profesionales del perito, ordenando que el pago de los honorarios profesionales al perito será de cuenta de ambas partes y otorga un plazo de cinco (5) días hábiles para que el perito manifieste su aceptación al encargo.

**179.** Del mismo modo, mediante Resolución N° 14 de fecha 8 de setiembre de 2011, el Tribunal Arbitral tuvo por efectuados los pagos de los gastos arbitrales re-liquidados a cargo de ambas partes.

**E.1. RESOLUCIÓN N° 15 DE FECHA 11 DE ENERO DE 2012**

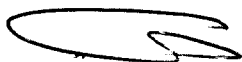
**180.** Mediante Resolución N° 15 de fecha 11 de enero de 2012, el Tribunal Arbitral resolvió: (a) Suspender la actuación de la

pericia de oficio dispuesta mediante Resolución N° 7, la misma que se reanudará de ser el caso, una vez emitido el laudo parcial que resuelva, entre otros aspectos, la controversia en cuanto al daño pretendido, que se pudo haber generado a ELSE. (b) Declarar cerrada la etapa probatoria respecto de todos los temas en controversia, excepto sobre el perjuicio económico que se habría generado a ELSE por la situación de emergencia del servicio público de electricidad en la ciudad de Puerto Maldonado. (c) Otorgar a las partes un plazo de cinco (5) días para que presenten sus alegatos escritos, excepto sobre el perjuicio económico que se habría generado en ELSE por lo señalado en el punto anterior. (d) Citar a las partes a la audiencia de Informes Orales para el día 26 de enero de 2012 que versará sobre todos los puntos controvertidos del presente arbitraje, salvo por lo señalado en el punto precedente.

#### **F.1. RESOLUCIÓN N° 16**

**181.** Mediante resolución N° 16, el Tribunal Arbitral resolvió respecto a la solicitud de GyM S.A. para que se continúe con la pericia de oficio, se adhiera al contenido de la Resolución N° 15, y se tenga por variado el domicilio procesal de ELSE, tal como fue requerido por la Entidad en su escrito de fecha 10 de enero de 2012.

#### **G.1. ESCRITO N° 18 DE GyM S.A. PRESENTADO EL 24 DE ENERO DE 2012**



**182.** Mediante Escrito N° 18 presentado el 24 de enero de 2012, GyM S.A. presentó sus alegatos señalando que los mismos se desarrollan en atención a lo establecido en la Resolución N° 15 que ha determinado el objeto del laudo a emitir, consecuentemente, señala que además de demostrar la procedencia de su demanda, acredita que no ha ocurrido un daño a ELSE respecto de los hechos invocados en su reconvención, por lo que el laudo parcial a ser emitido deberá resolver de manera definitiva las controversias entre las partes. Para ello señala lo siguiente:

**183.** GyM S.A. manifiesta que, respecto a la determinación sobre si la adquisición e instalación del Reactor (nivel de tensión 145 KV) por la suma de US\$ 1,351,113.59 (Un Millón Trescientos Cincuenta y Uno Mil Ciento Trece con 59/100 Dólares de los Estados Unidos de América), esto constituye un hecho con base en el Contrato y sus alcances, y por consiguiente sí se encuentra dentro del ámbito del convenio arbitral contenido en la Cláusula Vigésimo Séptima del Contrato y constituye, por tanto, materia arbitrable; GyM S.A manifiesta que había acuerdo por ambas partes en la instalación del Reactor; este resultó ser indispensable para asegurar la viabilidad comercial y técnica de la línea de transmisión objeto del Contrato. También hay acuerdo por ambas partes, indica GyM S.A., respecto a que ELSE fue informado y participó activamente en el diseño del Reactor, viajando sus funcionarios a Brasil para las pruebas de fábrica.

**184.** GyM S.A sostiene que está demostrado que las instrucciones para la ejecución del Reactor fueron expedidas por la



Supervisión en el marco del Contrato y también, en el marco de éste, se elaboró el expediente del adicional de obra

**185.** El Contratista indica que se ha comprobado que el Reactor fue entregado por GyM S.A. y recepcionado por ELSE como un componente más de la obra.

**186.** GyM S.A. sostiene que todas las acciones vinculadas al Reactor tienen como causa el Contrato de Obra, ejecutándose a través del mismo.

**187.** El Demandante indica que la negativa de ELSE a proceder con el pago del Reactor constituye una falta a los deberes propios del Contrato, siendo la controversia estrictamente contractual

**188.** GyM S.A. señala que la inclusión del Reactor obedeció no sólo a una necesidad técnica, sino que tuvo su título en el cumplimiento del Contrato. El Contratista sostiene que la Cláusula 13.3 del Contrato establece: *"...13.3 El CONTRATISTA deberá someterse al control del SUPERVISOR en todo lo concerniente al aspecto técnico, económico y administrativo de la ejecución de la OBRA. En tal virtud, el CONTRATISTA aceptará las instrucciones, órdenes e indicaciones dadas por el SUPERVISOR con la relación a la buena ejecución de los trabajos, calidad de los materiales utilizados y la suficiencia del personal y equipo para el desarrollo de la obra"*

**189.** Por otro lado GyM S.A. argumenta que el Contrato establece en la Cláusula Séptima la intervención de terceros como es el caso del COES, con lo que se demuestra que la participación de esta entidad operó en el marco del Contrato

**190.** GyM S.A. señala que actuó dentro del marco contractual, cumpliendo con lo ordenado por la Supervisión. Asimismo, se admitía la intervención del COES.

**191.** El Demandante sostiene que ELSE en su contestación a la demanda reconoce que la adquisición y montaje del Reactor "...se trataba de un bien no previsto en las Bases de Licitación ni en el Contrato por lo que nos encontramos ante un adicional de obra" (punto 3.1 del escrito de contestación a la demanda).

**192.** La oposición planteada por ELSE, según GyM S.A., implica un error conceptual, porque se asume que cualquier variación del alcance, consentida por las partes en el marco del Contrato, sería de naturaleza extracontractual; lo cual no tiene asidero jurídico.

**193.** GyM S.A. sostiene que la demandada reconoce que el adicional de obra forma parte del ejercicio de la facultad *ius variandi* y, en el caso, se pactó que el COES podía realizar ciertas exigencias dentro del marco del Contrato

**194.** El Contratista señala que frente al reconocimiento de ELSE que se está ante un adicional de obra, no procede oposición arbitral alguna.

**195.** GyM S.A. manifiesta que, respecto al punto de determinar si corresponde declarar fundada o no la Excepción de Representación Insuficiente del Demandado, se debe tener presente que el representante de ELSE carece de facultades para demandar o reconvenir en la vía arbitral; sus poderes



están limitados, respecto a esos actos, a las acciones de representación judicial.

**196.** Asimismo, GyM S.A. señala que ELSE en su Escrito N° 2 propone que se realice una interpretación de sus poderes que no es admitida legalmente.

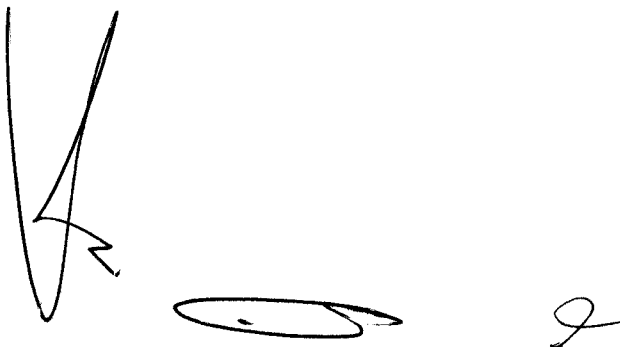
**197.** Por lo tanto, según el Demandante su excepción deducida debe ser declarada fundada.

**198.** Respecto al punto de determinar si la Adquisición e instalación del Reactor constituyó un adicional de obra; si se siguió el procedimiento para su aprobación y si corresponde a favor de GyM S.A. el pago por dicha infraestructura; GyM S.A. indica que se debe tener presente que ELSE ha declarado expresamente que el Reactor constituyó un adicional de obra.

**199.** Señala el Contratista que está acreditado que la ejecución del Reactor fue monitoreada por ELSE, quien participó activamente en dicho proceso, incluso en la definición de su fabricación. Como lo dijo expresamente ELSE, fue él mismo quien omitió un procedimiento interno, al no haber expedido el acuerdo de directorio.

**200.** Es decir, según GyM S.A., ELSE está invocando su propio incumplimiento para así pretender exonerarse de sus obligaciones contractuales y ocasionar un daño a GyM S.A.

**201.** El Demandante señala que a nadie le es lícito hacer valer su derecho en contradicción con su conducta anterior.

Handwritten signature and initials in black ink. The signature is a large, stylized 'V' with a small 'A' and 'R' inside. Below it are two smaller, circular marks and a small, stylized 'J'.

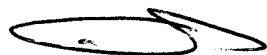
**202.** GyM S.A. sostiene que como el precepto legal dice: *Venire contra factum proprium non valet*, a nadie le es lícito volver sobre su propia conducta, cuando esta conducta es jurídicamente relevante y puede suscitar en otra persona una legítima confianza de que se mantendrá aquella.

**203.** Respecto al punto de determinar cuál es el Costo Real de la Adquisición e Instalación del Reactor, si el valor del Reactor corresponde al Importe de US\$ 1,351,113.59 (Un Millón Trescientos Cincuenta y Un Mil Ciento Trece y 59/100 Dólares de los Estados Unidos de América), incluyendo todos sus accesorios, y si corresponde a una utilidad dentro de dicho valor, GyM S.A. manifiesta que se debe tener presente que el costo del Reactor ha sido determinado por la Supervisión conforme al Presupuesto del Adicional.

**204.** El Contratista sostiene que conforme a las facturas presentadas, se demuestra el valor de los componentes extranjeros del Reactor, así como del servicio de transporte a la obra.

**205.** Además, según GyM S.A., las labores de instalación o montaje se han valorizado conforme a los precios contractuales, como se desprende del Presupuesto Adicional. Por lo tanto, no existe ninguna razón para desestimar el pago del Presupuesto Adicional a favor de GyM S.A.

**206.** GyM S.A. sostiene que ELSE no ha rechazado el precio del Presupuesto Adicional, únicamente ha operado un silencio de su parte, que debería asumirse como aceptación de su contenido.



**207.** El Demandante señala que en el Presupuesto Adicional N° 3, emitido por la Supervisión de Obra (CESEL), se recomendó aprobar el Presupuesto Adicional N° 3 ascendente a la suma de US\$ 1,351,113.59, por concepto de Suministro, Montaje y Puesta en Servicio del Reactor, con lo cual se acredita que el monto de la pretensión de GyM S.A. es producto de un Presupuesto debidamente sometido a consideración de la Supervisión de ELSE (respecto al cual la Entidad no ha formulado ninguna observación sustentada)

**208.** Asimismo, según GyM S.A., el Artículo 231° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (D.S 084-2004-PCM) establece que el costo de los adicionales se determina sobre la base de las especificaciones técnicas del bien, o servicio y de las condiciones o precio pactado en el Contrato.

**209.** El Contratista sostiene que: (a) Las decisiones del COES SINAC son de cumplimiento obligatorio, siendo su principal función planificar el desarrollo del sistema. La intervención contractual del COES está regulada por las partes en la Clausula Séptima del Contrato. (b) ELSE presentó al COES el estudio de Pre-Operatividad que incluía la ejecución del Reactor (Oficio G-1169-2007 del 15 de Octubre de 2007). (c) ELSE, a través de su Gerente General, levantó las observaciones del COES, ratificando la ejecución del Reactor (Oficio G-052-20088 del 16 de enero de 2008) (d) ELSE recibió de la Supervisión el Presupuesto Adicional N° 3, con la recomendación de esta ultima de aprobarlo. (e) ELSE fue notificada de la carta de aprobación del Supervisor de los planos para la ejecución del



Reactor. (f) ELSE participó en las inspecciones de fábrica en Brasil en las que se realizaron pruebas sobre el Reactor. (g) ELSE recibió el Reactor como parte de la obra ejecutada. (h) El desconocimiento de ELSE del pago del Reactor conforme al presupuesto Adicional N° 3 es una evidente violación a la doctrina de los actos propios. (i) ELSE ha reconocido que la adquisición y montaje del Reactor es un Adicional de Obra, por lo que resulta procedente el pago al Contratista. Fue responsabilidad de ELSE, a juicio del Contratista, realizar los procedimientos internos para que se configure la procedencia administrativa del reconocimiento del Presupuesto Adicional N° 3.

**210.** Respecto al punto de determinar si el importe a pagarse por el Reactor se puede realizar en moneda adicional y el tipo de cambio aplicable, GyM S.A. manifiesta que se debe tener presente el último párrafo del Artículo 1237° del Código Civil. Esta norma establece que el acreedor puede exigir, a su elección, que el pago en moneda nacional se haga al tipo de cambio de venta en la fecha de vencimiento de la obligación, o el que rija el día de pago.

**211.** Según GyM S.A. procede que el pago se realice a su favor en moneda nacional, al tipo de cambio del día de vencimiento de la obligación de ELSE, porque si no se ocasionaría un daño ilegítimo al Contratista en función de la devaluación del Dólar de los Estados Unidos de América.

**212.** Respecto al punto de determinar si el daño que alega ELSE, por el incidente del Transformador, es atribuible al Contratista; GyM S.A. manifiesta que se debe tener presente que ELSE no ha



demostrado ningún incumplimiento contractual por parte del Contratista.

**213.** Asimismo, el Contratista señala que la Entidad equipara el incidente del transformador a un incumplimiento contractual *per se* de GyM S.A., cuando el incidente pudo deberse a otras causas, como la vinculada con la correcta operación y mantenimiento de la línea de transmisión por parte de ELSE.

**214.** GyM S.A. sostiene que como el propio fabricante ABB ha dejado constancia, el evento vinculado con el transformador se originó por una sobretensión, producida por concentraciones de descargas atmosféricas o por un comportamiento atípico en las líneas de alta tensión. Es así que ningún componente del transformador originó la sobretensión.

**215.** El Demandante indica que ELSE no ha objetado ni observado las conclusiones de ABB

**216.** Según GyM S.A., la Entidad no ha acreditado que su actuación de en el suministro y montaje del Reactor haya mediado culpa o dolo.

**217.** El Contratista señala que ELSE se ha limitado a imputarle una responsabilidad objetiva, la cual no es aplicable de acuerdo al Contrato.

**218.** El Demandante explica que ha actuado en aplicación del Artículo 1314º del Código Civil, el que establece que quien actúa con la diligencia ordinaria no es imputable por la

inejecución de la obligación, por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

**219.**GyM S.A. sostiene que en la fecha en que ocurrió el acontecimiento, el transformador se encontraba en periodo de garantía, ya que el mismo había sido entregado a ELSE con anterioridad, conforme consta en las Actas de Entregas tanto del Transformador como del Manual de Operación y Mantenimiento del mismo (Anexo 3-A y 3B del escrito N° 3) por lo que ELSE tenía el riesgo y operación de dicho equipo desde su recepción

**220.**El Contratista argumenta que es relevante el valor probatorio del correo de ELSE del 18 de octubre de 2009, (Anexo 3-C del escrito N° 3) mediante el cual, la Entidad comunica al proveedor del equipo ABB el incidente del transformador, pero no a GyM S.A.

**221.**GyM S.A señala que para determinar la existencia de responsabilidad, se debe señalar cuál es la obligación incumplida en el Contrato

**222.**El Demandante señala que el Contrato establece en la Cláusula 4.2.2, entre las prestaciones del Contratista, las siguientes: Verificar las características de los equipos y materiales que suministre sin perjuicio de las verificaciones que realice ELSE. A tal efecto, el Contratista deberá entregar los folletos técnicos de los equipos que suministra, especificando su tipo y sus características mecánicas y eléctricas. Asimismo, entregar los protocolos de pruebas de tipo y pruebas individuales para los equipos y materiales que suministre.





**223.** GyM S.A. sostiene que cumplió con sus obligaciones, contratando al mejor fabricante del mercado y asegurando que le equipo fuese sometido a los protocolos de pruebas exigibles.

**224.** El Contratista señala que la responsabilidad objetiva no se admite en el presente Contrato, ya que la responsabilidad es siempre subjetiva (a no ser que las partes hayan pactado en contrario, lo que no ha ocurrido en el caso).

**225.** La reconvencción de la Entidad no debe proceder, según GyM S.A., porque no se vincula con la controversia contractual; ya que la materia sometida a arbitraje no ha sido planteada en el marco de la ejecución del Contrato.

**226.** En mérito a lo expuesto GyM S.A., concluye que con relación a la reconvencción de ELSE: (a) No existiría incumplimiento contractual por parte de GyM S.A. La Entidad habría incurrido en un error legal, al considerar que el evento del día 18 de octubre de 2009, es un incumplimiento contractual, confundiendo los conceptos de garantía legal con garantía comercial. (b) En la imputación de incumplimiento que realiza ELSE, no se ha acreditado haber cumplido con los presupuestos del Artículo 1428º del Código Civil; es decir, que la parte perjudicada solicite el cumplimiento de la prestación. (c) ELSE no ha acreditado la causa que originó el incidente del día 18 de octubre de 2009. (d) No existe nexo causal entre el supuesto incumplimiento de GyM S.A. y el daño que ELSE alega. (e) Conforme al Artículo 1762º, el Contratista sólo responde en caso de dolo o culpa inexcusable, sin embargo, ELSE no ha acreditado dolo o culpa inexcusable por parte de GyM S.A. (f)



GyM S.A. cumplió con elegir a un proveedor idóneo, siendo su elección conocida por ELSE sin que esta se haya opuesto. Antes bien, se ha acreditado que ELSE recurrió a ABB en primer lugar, cuando se suscitaron los hechos del 18 de octubre de 2009. (g) La reconvención de ELSE debe ser considerada infundada, dado que GyM S.A. ha actuado con toda diligencia en el cumplimiento del Contrato.

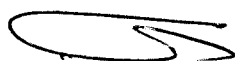
#### **H.1. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES DE FECHA 26 DE ENERO DE 2012**

**227.** El día 26 de enero de 2012 se llevó a cabo la audiencia de informes orales en la sede institucional del Organismo Supervisor de la Contrataciones del Estado.

**228.** Tribunal Arbitral concedió el uso de la palabra por diez (10) minutos a cada una de las partes para que informen; asimismo el Tribunal concedió el derecho a la réplica y dúplica correspondientes, y finalmente el Tribunal procedió a formular las preguntas que consideró pertinentes, las mismas que fueron absueltas por las partes; con lo que concluyó la diligencia; y redactada el acta, fue suscrita por el Tribunal y las partes dando su conformidad y aceptación de lo en ella señalado.

#### **I.1. RESOLUCIÓN N° 17 DE FECHA 3 DE FEBRERO DE 2012**

**229.** Mediante la resolución N° 17 de fecha 3 de febrero de 2012, el Tribunal Arbitral resolvió que se tenga presente el escrito presentado por GyM S.A. del 24 de enero de 2012.



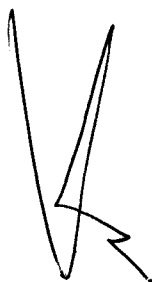
**230.** Asimismo, el Tribunal Arbitral resolvió que se tenga presente que Electro Sur Este S.A.A no ha ejercido su derecho a presentar alegatos, pese a que fue debidamente notificado.

**J.1. ESCRITO N° 19 DE GyM S.A. PRESENTADO EL 8 DE FEBRERO DE 2012**

**231.** Mediante Escrito N° 19, presentado al Tribunal Arbitral el día 8 de febrero de 2012, GyM S.A. comenta determinadas expresiones formuladas por Electro Sur Este S.A.A. durante la audiencia de informes orales. Respecto al Presupuesto Adicional, sobre el cual ELSE ha expresado que no estaría obligada efectuar el pago por el Reactor (incluyendo la "Bahía del Reactor"), en tanto dicha prestación consistiría un adicional que no ha sido aprobado, GyM S.A. señala que el problema a resolverse en el presente arbitraje no es el que ha planteado ELSE, ya que se asumiría que existe una prohibición legal explícita que restringe su capacidad de pago a favor de GyM S.A.

**232.** GyM S.A. indica que no existe ninguna norma que prohíba el pago al Contratista en el caso que haya sido la Entidad la que inequívocamente instruyó la ejecución de una prestación contractual por el Contratista, y menos aún cuando dicha Entidad ha sido la que ha incumplido los procedimientos a su cargo para formalizar lo que ella declara que es un adicional.

**233.** El Demandante afirma que el problema jurídico que deberá resolver el Tribunal Arbitral es si es legítimo que la Entidad se exonere del pago de una prestación necesaria para el proyecto, respecto a la cual consintió y supervisó todo el proceso de su



ejecución, en función a alegaciones que se refieren al incumplimiento de obligaciones formales a cargo de la propia Entidad.

**234.** El Contratista sostiene que el problema jurídico planteado se resuelve según el principio *"Nemo auditur qui propriam turpitudinem allegans"*

**235.** Por otra parte, GyM S.A. alega que la Entidad yerra al asumir que, al tratarse de un adicional, entonces se estaría ante una prestación (la Bahía del Reactor) ajena al Contrato.

**236.** GyM S.A explica que la Clausula Sétima del Contrato reconoce la intervención del COES (que definió como necesaria la ejecución de la Bahía del Reactor, lo que fue aceptado por ELSE en el marco del Contrato). Del mismo modo, el inciso n) de la Cláusula 4.2.2 del Contrato establece, de manera amplia, que son parte de las prestaciones contractuales a ser ejecutadas por el Contratista, "las demás actividades necesarias para la puesta en funcionamiento de las obras materia del contrato"

**237.** El Demandante indica que no cabe duda de que la ejecución de la Bahía del Reactor constituía una prestación contractual, como siempre fue aceptado por las partes. GyM S.A. señala que el hecho que su pago demande un presupuesto adicional por parte de la Entidad, no convierte a los trabajos ejecutados por GyM S.A. en carente de causa ni los independiza del Contrato.

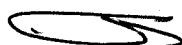
**238.** Señala GyM S.A. que ELSE confunde lo que es un presupuesto adicional (que puede generarse por prestaciones incluso dentro del alcance contractual, pero cuyo monto hace superar un valor

referencial, lo que es típico en un contrato a precios unitarios); y lo que es una obra adicional (que no se refiere al aspecto económico de la prestación sino a su naturaleza; es decir fuera del alcance original de proyecto). GyM S.A. indica que la Bahía del Reactor es una prestación contractual, que significó un mayor metrado y respecto a la cual la Supervisión y ELSE instruyeron su ejecución, todo para que luego ELSE se abstuviese de emitir su aprobación final.

**239.** El Contratista manifiesta que el Contrato es uno a precios unitarios, y en virtud a ello, la Entidad debe pagar al Contratista la remuneración que corresponde en función de los metrados realmente ejecutados.

**240.** GyM S.A. sostiene que ELSE reconoce los metrados ejecutados por el Contratista para realizar el montaje de la Bahía del Reactor, por lo que tiene que pagarlos conforme al Artículo 56º del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (D.S 84-2004-PCM), que es la norma aplicable al caso: *"en el sistema de precios unitarios, tarifas o porcentajes, el postor formula su propuesta ofertando precios, tarifas o porcentajes en función de las partidas o cantidades referenciales contenidas en las Bases, y que se valorizan en relación a su ejecución real..."*

**241.** Indica GyM S.A. que la misma regla se encuentra en el Artículo 1781º del Código Civil: *"El que se obliga a hacer una obra por pieza o medida, tiene derecho a la verificación por partes y, en tal caso, a que se le pague en proporción a la obra realizada"*.



**242.**El Demandante expresa que el hecho que ELSE no se ha pronunciado (por su propia decisión) respecto a la ejecución de la Bahía del Reactor, no la exonera en absoluto de cumplir con su pago en mérito a la constatación de la ejecución real por el Contratista, de acuerdo a las normas citadas.

**243.**Respecto a lo manifestado por ELSE, según lo cual sería GyM S.A. quien no habría elaborado la solicitud del adicional ni habría realizado los trámites respectivos ante la Contraloría General de la República, impidiendo su aprobación; GyM S.A señala que lo expresado por ELSE es falso.

**244.**GyM S.A. indica que no existe norma contractual ni legal alguna que determine que la solicitud del adicional y la elaboración técnica del mismo, tenga que ser realizada por el Contratista; no habiendo señalado ELSE ninguna disposición legal.

**245.**Expone el Contratista que al tratarse, precisamente, a propio juicio de la Entidad de un adicional, entonces quien debió preparar y de hecho preparó el expediente adicional fue la Supervisión de ELSE, conforme consta en el Anexo 1-I de la demanda.

**246.**GyM S.A. señala que quien elaboró el Expediente Técnico del "Presupuesto Adicional N° 3" fue el Supervisor de ELSE (CESEL Ingenieros), al amparo del Contrato de Consultoría entre dichas partes. Lo anterior explica que el diseño del Reactor fue elaborado por la Supervisión de ELSE, tal como se declara en el Presupuesto Adicional N° 3.



**247.** El Demandante declara que es ajena a la relación contractual entre ELSE y su Supervisión, y que fue al amparo de dicha relación que la Supervisión elaboró el Presupuesto Adicional N° 3

**248.** Alega GyM S.A. que cuando ELSE señala una demora del Contratista en la elaboración del presupuesto adicional, en realidad está declarando un incumplimiento de la Supervisión quien a su vez dependía de ELSE en el marco de su contrato de servicios de consultoría.

**249.** El Contratista se pregunta si es legítimo que la Entidad traslade responsabilidad a GyM S.A. por hechos referidos exclusivamente al campo de acción de la Supervisión de ELSE y de la propia Demandada.

**250.** Resalta GyM S.A. que ella actuó como contractualmente le correspondía, ejecutando la Bahía del Reactor ante el requerimiento explícito de la Supervisión y de ELSE.

**251.** El Contratista señala que en relación a la supuesta resolución de gerencia general que ELSE debía emitir, la demora es exclusivamente responsabilidad de ELSE.

**252.** GyM S.A., en relación a los trámites ante la Contraloría General de la República (CGC), se remite al Numeral 10 del Título VI de la Resolución de Contraloría General N° 369-2007-CG ("Autorización Previa a la Ejecución y Pago de Presupuestos Adicionales de Obra"), que de manera expresa establece que quién debe realizar la gestión de la aprobación ante la Contraloría es la propia Entidad.



**253.** Sobre lo expresado por ELSE, respecto a que el Tribunal no puede resolver el caso en mérito del alegado Enriquecimiento sin Causa de ELSE y lucro cesante del Contratista, porque no forma parte de las pretensiones de GyM S.A; el Demandante indica que ha invocado al enriquecimiento indebido en el Numeral 19 de su demanda (en el título: "Fundamentos de Hecho y de Derecho que Sustentan las Pretensiones).

**254.** GyM S.A señala que su pretensión es que ELSE cumpla con pagar la cuantía determinada en su Pretensión Principal, siendo el Tribunal Arbitral el que establecerá el fundamento jurídico preciso que ampara dicho pago, en aplicación al principio "*Iura Novit Curia*".

**255.** El Demandado expone que si el Tribunal Arbitral decide que la institución del Enriquecimiento sin Causa es aplicable, de acuerdo al Artículo 1954º del Código Civil que dispone que quien se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo, entonces la indemnización tiene que ser equivalente al valor del enriquecimiento ilegítimo de la parte obligada a indemnizar. GyM S.A. indica que dicho valor incluye el monto de la utilidad que correspondería a la parte empobrecida. En efecto, señala el Demandante, objetivamente las reglas de valorización de bienes obligan a considerar su costo de producción más el factor de utilidad de su ejecutor, siendo esos dos (2) componentes los que determinan el valor de mercado de la prestación.

**256.** GyM S.A. agrega que la "obligación de indemnizar" a favor de éste debe alcanzar todo el daño sufrido ilegítimamente y dentro



de él se encuentra el lucro que debió haber percibido por su prestación; no existiendo duda respecto a que el lucro cesante es uno de los componentes del daño que deben ser necesariamente resarcidos (Artículo 1321º del Código Civil)

**257.** En relación a la cita de la Entidad, respecto a la Opinión 059-2009/DTN del 30 de junio de 2009, según la cual solo correspondería que se reconozca al Contratista los costos incurridos, GyM S.A. sostiene que las opiniones de la Antigua Dirección Técnica Normativa no tienen transcendencia legal.

**258.** GyM S.A. manifiesta que la opinión en mención corresponde a un caso absolutamente diferente al discutido, donde las prestaciones sin causa son ejecutadas luego de vencido un contrato público y sin precio fijado. En el presente caso se trata de una prestación ejecutada en el marco de un contrato, dentro de los trabajos previstos y aplicando, en el Presupuesto Adicional N° 3, los precios preestablecidos por las partes para las partidas contractuales.

**259.** Sostiene el Demandante que la opinión en mención carece de fundamento jurídico (lo que trasgrede abiertamente lo establecido en el Artículo 1954º del Código Civil) y que no debe ser utilizada como precedente o declaración jurisprudencial

**260.** Respecto a lo manifestado por la Entidad en su reconvención, según la cual ELSE insiste en tratar, al hecho consistente en la salida del servicio del transformador, como si se tratara *a priori* de un incumplimiento contractual del Contratista; GyM S.A. señala que se ha demostrado que la salida del transformador no se debió *per se* a una falla de éste; sino a un evento de

Handwritten signature and initials in black ink, consisting of a large stylized 'K' and a circular mark.Handwritten signature in black ink, appearing as a stylized 'J' or 'I'.

sobretensión que afectó la línea de transmisión, durante la operación y responsabilidad de ELSE, lo cual ha sido acreditado por el informe de ABB Perú que la propia ELSE ofreció como medio de prueba.

**261.** El Demandado expone que no se ha demostrado que exista nexo causal entre el hecho que ELSE identifica como dañoso y un evento imputable a GyM S.A. Entonces, al no existir nexo causal, indica GyM S.A., no puede existir responsabilidad del Contratista.

**262.** GyM S.A. manifiesta que ha acreditado que dio pleno cumplimiento a sus obligaciones contractuales, incluyendo las especificaciones técnicas de fabricación del transformador y protocolos de prueba. GyM S.A. señala que ELSE no ha podido identificar incumplimiento alguno respecto a sus obligaciones contractuales.

**263.** El Contratista explica que cumplió con todas sus obligaciones y contrató al mejor proveedor del mercado internacional en la fabricación de equipos electromecánicos, esto es ABB (con aceptación previa y expresa de ELSE, al haberse identificado a ABB en la oferta de GyM S.A.). De esta forma se verificaría que GyM S.A. actuó con la diligencia ordinaria debida, por lo que conforme al Artículo 1314º del Código Civil no se le puede imputar responsabilidad.

**264.** El Demandante expresa que la responsabilidad de un contrato de obra es siempre subjetiva; la Entidad incurre en un error al asumir una responsabilidad objetiva del Contratista.



**265.** GyM S.A declara que al margen de que no existe incumplimiento, ni nexo causal, ni factor de atribución; también resulta aplicable al caso, el Artículo 1762º del Código Civil, el cual señala: "*Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable*". Es el caso que la fabricación de un equipo electromecánico complejo, como un transformador, únicamente puede ser competencia de una empresa altamente especializada en esa actividad (ABB); la labor de GyM S.A solo se puede circunscribir, materialmente, a verificar con diligencia la satisfacción de las pruebas y cumplimiento de especificaciones, actividades que el Contratista cumplió en realizar. El Contratista indica que, por lo tanto, se descarta la presencia de dolo o culpa inexcusable por su parte.

**266.** Finalmente, GyM S.A solicita que, en tanto el laudo a ser dictado, debe concluir en la inexistencia de responsabilidad contractual (en relación a la reconvencción de ELSE); dicho laudo sea el final y definitivo de la presente causa, declarándose esto en un mismo laudo y estableciéndose que ya no será necesario emitir un nuevo laudo parcial, en tanto que carecería de objeto jurídico pronunciarse sobre la cuantía del daño que ELSE alega haber sufrido.

#### **K.1. RESOLUCIÓN Nº 19**

**267.** Mediante la resolución Nº 19 de fecha 29 de marzo de 2012, el Tribunal Arbitral emitió el Laudo parcial **(i) Declarando INFUNDADA** la oposición al arbitraje formulada por ELSE en el Primer Otrosí Digo de su Escrito Nº 01; **(ii) Declarando**

Handwritten signature and initials in black ink, consisting of a large 'V' shape and a circular mark.Handwritten signature in black ink, appearing as a stylized 'J' or 'G'.

**INFUNDADA** la excepción de representación insuficiente formulada por GyM S.A. en el Título I de su Escrito N° 3; **(iii) Declarando INFUNDADA** la impugnación formulada por ELSE, en el Segundo Otrosí Digo de su Escrito N° 02, respecto de dos (2) pruebas ofrecidas por GyM S.A; **(iv) Declarando INFUNDADA** la pretensión de pago contenida en la reconvencción de ELSE, que incluye tanto la indemnización por daño emergente como el resarcimiento por lucro cesante; y, **(v) Dejando SIN EFECTO** la actuación del **PERITAJE DE OFICIO** dispuesto mediante Resolución N° 7.

## **L. CONSIDERANDOS**

### **L.1. DEL ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DEMANDA - PRETENSIÓN PRINCIPAL**

**268.** A continuación el Tribunal Arbitral procede a realizar el análisis y consideraciones de los puntos controvertidos dejando constancia, tal como está expresado en el Acta de la Audiencia de fecha 15 de junio de 2010, que dicho análisis no tiene que ser realizado necesariamente en el orden en que fueron enunciados en la respectiva acta.

**269.** El Primer Punto Controvertido consiste en determinar si la adquisición e instalación del reactor en el nivel de tensión de 145 kV, con una potencia de 10MVA<sub>r</sub>, ubicado en la Subestación de Mazuko, constituye un adicional de obra.



**270.** Al respecto, es relevante para el Tribunal Arbitral constatar que las partes han convenido que el alcance de la ejecución de la obra convocada por ELSE (Línea de Transmisión en 138kV San Gabán - Mazuko - Puerto Maldonado y subestaciones) no contenía explícitamente, como parte de los equipos a suministrar, la ejecución del Reactor en el nivel de tensión 145 kV, con potencia de 10MVAR, ubicado en la Sub estación de Mazuko.

**271.** Así, ambas partes han reconocido que el Reactor fue requerido para que la Obra cumpliera con los requerimientos técnicos mínimos exigidos por el COES-SINAC referidos al equipamiento de la línea.

**272.** En efecto, el Contrato N° 049-2007 suscrito entre ambas partes, denominado "Contrato de Construcción Llave en mano a Precios Unitarios correspondiente a la Línea de Transmisión en 138 Kv. San Gabán - Mazuko y en 66Kv Mazuko - Puerto Maldonado y Subestaciones", establece en la Cláusula 4.2.3, como una obligación del contratista (GyM S.A.), que el equipo y material a suministrar que realice, será el detallado en las Bases Integradas de Licitación Pública y en su Propuesta (Anexos 1 y 2). Ahora bien, esta misma cláusula deja expresamente abierta la posibilidad de que el Contratista pueda suministrar cualquier otro material o equipo menor o complementario necesario para la correcta operación de las obras materia del referido Contrato.

**273.** La cláusula bajo análisis, prescribe también, la posibilidad de realizar trabajos adicionales a través del equipamiento y material nuevo.

**274.** El Tribunal Arbitral considera también de especial relevancia la Cláusula Novena del Contrato, mediante la cual se establece la forma de cálculo de los metrados vigentes, estableciéndose que las obras deben medirse por partidas completas, siendo los metrados vigentes los resultantes del replanteo de obra y de ingeniería de detalle cuyos presupuestos adicionales y deductivos deben ser aprobados por ELSE.

**275.** Dicho esto, se debe analizar entonces, si la instalación del reactor de nivel de tensión 145 KV constituye o no un adicional de obra para lo cual, el Tribunal Arbitral recurre a lo previsto en el artículo 42 de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aplicable al caso (D.S.083-2004-PCM), que señala expresamente la condición necesaria para la configuración de un adicional de obra.

**276.** La norma señala que las prestaciones adicionales se dan siempre que sean necesarias para alcanzar la finalidad del Contrato y por errores en el expediente técnico o situaciones imprevisibles. Se constata en ese sentido que el requerimiento del COES fue una situación no prevista por las partes posterior a la suscripción del contrato.

**277.** Por lo tanto, se debe concluir que el Reactor constituyó por su naturaleza una prestación adicional para la ejecución de la Obra, en tanto fue indispensable para cumplir con la finalidad de la misma, y cuya ejecución se realizó en el marco del propio contrato y bajo la actuación de las partes en el marco de dicha relación jurídica obligatoria.



**278.** Ahora bien, la determinación de la condición de "adicional" del Reactor no responde por sí misma la pregunta consistente en si su valor debe ser pagado al Contratista. Para ello el Tribunal Arbitral prosigue con el análisis de los puntos controvertidos, siendo el segundo el determinar si para la aprobación y pago del adicional se siguió el procedimiento establecido en las normas especiales sobre la materia.

**279.** El artículo 42° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establece las formalidades que se deben cumplir en el marco de los adicionales de obra, constatándose que dichas formalidades competen estrictamente a actos a ser emitidos o solicitados por la propia Entidad.

**280.** Desde luego, la autorización de la máxima autoridad de la Entidad era un acto que correspondía necesariamente a la propia ELSE, como es lógico, mientras que el pronunciamiento de la Contraloría General debía ser requerido también por la Entidad, conforme establecía la Resolución de Contraloría General N° 369-2007-CG, en la Disposición N° 10 del Título VI.

**281.** Es así como este Tribunal Arbitral considera que la obtención de la autorización tanto de la máxima autoridad de la Entidad como la de la Contraloría General de la República eran actos de administración interna de la Entidad que escapaban de las obligaciones de GyM S.A. en su calidad de Contratista.

**282.** Nótese que en este punto es completamente relevante que se tome en consideración que tanto ELSE como su Supervisión, de

Handwritten signature and initials at the bottom of the page. The signature is a large, stylized 'V' with a horizontal stroke. To its right are two sets of initials: one is a circular mark with a horizontal line through it, and the other is a simple 'J' or 'Z' shape.

acuerdo con lo acreditado en autos, tuvieron pleno conocimiento de la ejecución del Reactor, habiendo participado en la instrucción de su ejecución y control de fabricación.

**283.** En ese sentido, este Colegiado ha constatado que la instalación del Reactor no fue un acto unilateral y sin fundamento realizado *motu proprio* por GyM S.A., sino que obedeció a un requerimiento de ELSE y de la Supervisión, que GyM S.A. cumplió mediante la elaboración del Informe Pre Operativo que obra como medio probatorio y que literalmente incluía la instalación del reactor de nivel de tensión 145 KV.

**284.** La manifestación de voluntad de ELSE, a través de la Supervisión y de ella misma en cuanto participó en las pruebas del reactor e incluso asumió la operación de la línea con el Reactor en operación y no manifestó su oposición a la instalación del mismo sino hasta que GyM S.A. demandó su pago, evidencian el claro y expreso consentimiento de ELSE, independientemente al procedimiento interno que debió haber seguido.

**285.** Ha quedado evidenciado asimismo, por el dicho de ambas partes, que el referido informe obedeció a un requerimiento expreso de ELSE a través de su Supervisión, por lo que este Tribunal Arbitral considera que GyM S.A. actuó siguiendo las indicaciones expresas de la Supervisión.

**286.** Por lo demás, la Cláusula 13.3 del Contrato señala expresamente que "*el CONTRATISTA deberá someterse al control del SUPERVISOR en todo lo concerniente al aspecto*

Handwritten signature and initials in black ink, located at the bottom left of the page. The signature is a large, stylized 'K' with a horizontal line through it. To its right are several smaller, less distinct marks, including what appears to be a circular stamp or another signature.



*técnico, económico y administrativo de la ejecución de la obra. En tal virtud, el CONTRATISTA aceptará las instrucciones, órdenes e indicaciones dadas por el SUPERVISOR con relación a la buena ejecución de los trabajos, calidad de los materiales utilizados y suficiencia y eficiencia del personal y equipo para el desarrollo de la obra”.*

**287.** Se evidencia entonces que GyM S.A. estaba supeditada a las directivas, entiéndase éstas por instrucciones, órdenes e indicaciones de la Supervisión, por lo que el consentimiento de ELSE en la instalación del reactor, debe interpretarse también a través de los actos de la Supervisión. Es así que, obra como medio probatorio el correo electrónico de fecha 8 de enero de 2008, mediante el cual, ELSE instruye a la Supervisión respecto de la instalación del reactor y la participación de ELSE en los exámenes de Prueba realizados en el Laboratorio TRENCH Brasil Ltda., hecho que dio origen al documento denominado Protocolo de Prueba # 1506-08 ofrecido por GyM S.A. como medio probatorio en su escrito de demanda y que no ha sido cuestionado ni desvirtuado por ELSE.

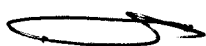
**288.** En ese sentido, las partes a lo largo de sus actuaciones procesales han reconocido en forma coincidente, que la implementación del reactor se debió a un requerimiento de adecuación a las normas del COES SINAC, por lo que no ha mediado discusión técnica respecto a la efectividad de su instalación para el correcto funcionamiento de la Línea de Transmisión.

**289.** Es así como GyM S.A. procede a elaborar un estudio de Pre Operatividad como un requisito previo de la Emisión del Certificado de conformidad regulado por el citado cuerpo normativo, el mismo que es de aplicación inmediata por no consignar excepciones a su aplicación.

**290.** ELSE reconoce que la inclusión del Reactor y la elaboración del Informe Pre Operativo fueron necesarios para el asentimiento que otorgó el COES. No existe discrepancia alguna tampoco, en torno a la Emisión del Presupuesto Adicional de Obra N° 3, al considerar ELSE que el mismo formaba parte del ejercicio de su facultad de *ius variandi*.

**291.** GyM S.A. por su parte sostiene que su actuación se ha debido al cumplimiento del Contrato dentro del marco de la buena fe contractual, que debe primar entre las partes contratantes, siendo que la buena fe se desprende de las acciones y manifestaciones de voluntad de la otra parte contratante en el sentido que la misma está dada por la lealtad, lealtad de las partes hacia el Contrato, a fin de que este culmine exitosamente.

**292.** Asimismo es importante considerar como una categoría dentro del Principio de la buena fe, a la buena fe que debe primar en la interpretación del acto, en el sentido que las partes deben creer y confiar en que una declaración de voluntad surtirá en un caso concreto sus efectos usuales, los mismos efectos que ordinaria y normalmente ha producido en casos iguales.

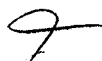


**293.** Siendo el Código Civil de aplicación supletoria en el presente caso, resulta apropiada la aplicación de los artículos 168° y 170° del citado cuerpo normativo, en tanto señalan que los actos jurídicos deben ser interpretados de acuerdo con lo que se haya expresado en ellos y según el principio de la buena fe. Es así que el Tribunal Arbitral considera que en la etapa de ejecución contractual del Contrato, el análisis de los actos jurídicos de la Supervisión y del propio ELSE son relevantes para determinar si la provisión e instalación del reactor obedeció al cumplimiento de una prestación dentro del ámbito de la buena fe y no como consecuencia de una acción unilateral de GyM S.A.

**294.** El Tribunal Arbitral procede a resaltar el valor probatorio del correo electrónico de fecha 8 de Enero de 2008, mediante el cual se instruye la compra del Reactor y el Presupuesto N° 3 aprobado por la Supervisión.

**295.** Asimismo, obra en autos el Acta de Conciliación de Precios mediante las cuales la Supervisión y GyM S.A. determinaron el valor del Reactor.

**296.** Es así entonces que, si bien se constata que no se han agotado los actos para la aprobación formal del Reactor, dichos actos correspondían estrictamente a ELSE quien conocía la ejecución del Reactor y consintió con el desenvolvimiento de dicha prestación por parte del Contratista, sin objetar que se trataba de un adicional de obra por su naturaleza.



**297.** En consecuencia, el Tribunal Arbitral considera que no puede ampararse jurídicamente la posición de ELSE, consistente en que debe exonerársele del pago de un adicional (que esa misma parte reconoce bajo dicha calidad de "adicional"), debido a que la misma ELSE no agotó los procedimientos formales que se encontraban dentro de su ámbito (y de su Supervisión) realizar.

**298.** En efecto, lo particular de este caso, como ya se ha señalado, es que ELSE reconoce en este arbitraje, así como confirmó a través de su consentimiento durante la ejecución del Contrato, la condición de adicional de la prestación de GyM S.A. (el Reactor); por ello el Tribunal Arbitral considera que también correspondía a la responsabilidad de ELSE el instruir la no ejecución de dicha prestación si es que luego iba a objetar su pago.

**299.** De igual forma, el Tribunal Arbitral considera que es una efectiva obligación de las partes proceder de acuerdo a las reglas de la buena fe, y por ello no sería admisible o legítimo que una parte, que era la principal responsable en realizar determinados actos formales, omita la realización de estos últimos, pero a la vez haya impulsado a la otra a continuar con la ejecución de la prestación, para ulteriormente negar la contraprestación fundándose en la omisión expresada.

**300.** En lo que se refiere a la alegada demora de GyM S.A. en preparar el presupuesto adicional de obra, alegada por ELSE, se debe dejar constancia de que ni el Contrato ni la norma aplicable atribuyen exclusivamente al Contratista la elaboración



de dicho expediente; es más, en este caso se constata que el Presupuesto Adicional N° 3 fue elaborado por la Supervisión, quien participa en la Obra a través de un contrato particular con ELSE (mas no con GyM S.A.). En cualquier caso se trataría entonces de una demora de la Supervisión que dependía de ELSE en su relación contractual. Del mismo, conforme a las reglas del Contrato de Obra y a las prerrogativas de la propia Supervisión y de ELSE, hubiese correspondido a ellas el disponer que no se ejecute el Reactor si es que a su juicio no se habían agotado todas las formalidades requeridas, ya que son precisamente la Supervisión y ELSE en este caso las competentes para emitirlas y velar por ellas.

**301.** Es así como queda desvirtuada a criterio de este Tribunal Arbitral la posición en el sentido de que no puede proceder el reconocimiento de una prestación adicional ejecutada con el consentimiento de la Supervisión y de ELSE, ya que bajo esa interpretación se quebrantaría el principio de la buena contractual y de seguridad jurídica.

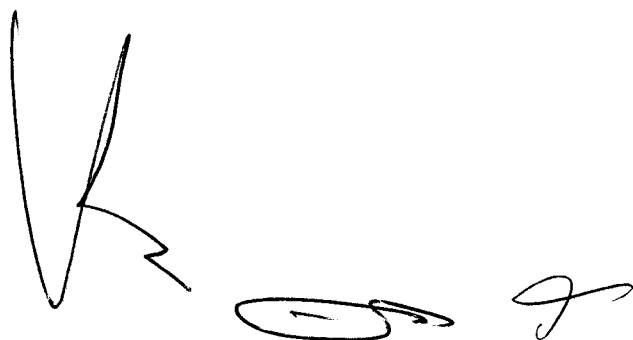
**302.** Por lo tanto, el no cumplimiento del procedimiento previsto en el Artículo 42° de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, por razones que son imputables a ELSE y a su Supervisión, no puede limitar el derecho a cobro de las prestaciones adicionales efectivamente realizadas por GyM S.A., si las mismas fueron consecuencia de la actuación y actos propios de ELSE y de la Supervisión, siendo a criterio del Tribunal Arbitral, obligación de ELSE el obtener las autorizaciones requeridas, ya que en su calidad de Entidad contratante la norma bajo comentario le ha impuesto ciertas



obligaciones previas, a fin de que se cuente con los recursos necesarios para su pago.

**303.** Por lo antes expuesto, en tanto ELSE ha reconocido que ha recibido el Reactor ejecutado por GyM S.A. y que lo aprovecha como parte integrante de la Obra (y que el mismo le procura un lucro), y que el mismo no ha sido remunerado a GyM S.A., entonces necesariamente debe concluirse que corresponde ordenar a Electro Sur Este S.A.A. que pague a GyM S.A. por la adquisición e instalación del referido Reactor. Esto último fluye de la naturaleza de adicional de obra de dicha prestación, así como de la propia naturaleza del Contrato a precios unitarios, que establece el derecho del Contratista a ser remunerado por la ejecución real efectuada.

**304.** Dicha obligación de pago a cargo de ELSE fluye a partir de la Cláusula 8.3.1 del Contrato N° 049-2007, que establece que las valorizaciones se pagarán al Contratista a partir de los metros ejecutados por éste; así como por la aplicación del artículo 56° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (Decreto Supremo 84-2004-PCM), que establece que en el sistema de precios unitario las prestaciones del Contratista se valorizan en relación a su ejecución real. Del mismo modo resulta pertinente el 1781° del Código Civil, que regula el derecho del Contratista a que se verifiquen los componentes de la obra ejecutada y a ser remunerado conforme a ellos, en el caso de contratos equivalentes al de precios unitarios.

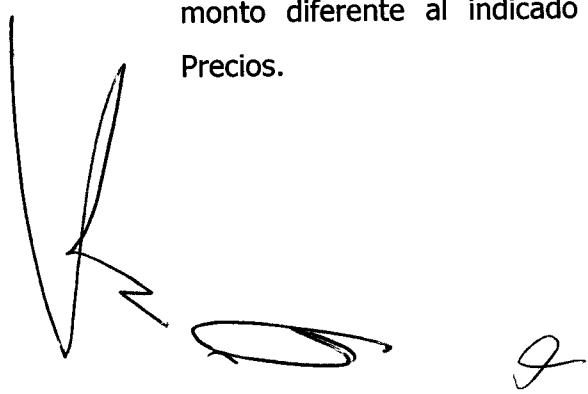
The image shows three handwritten marks at the bottom of the page. On the left is a large, stylized signature that appears to be 'K'. In the center is a circular stamp or seal, possibly an official stamp, with some illegible text inside. On the right is a smaller, cursive signature.

**305.** Dilucidado lo anterior corresponde que el Tribunal Arbitral determine cuál es el costo real de la adquisición e instalación del reactor, si el valor del reactor corresponde al importe de US\$ 1,351,113.59 (Un Millón Trescientos Cincuenta y Un Mil Ciento Trece y 59/100 Dólares de los Estados Unidos de América) incluyendo todos sus accesorios, y si corresponde a GyM S.A. una utilidad dentro de dicho valor.

**306.** En este punto se debe tomar en consideración el Presupuesto Adicional N° 3 ascendente a la US\$ 1,351,113.59 (Un Millón Trescientos Cincuenta y Un Mil Ciento Trece y 59/100 Dólares de los Estados Unidos de América), tal como se desprende del Anexo 1-I de la demanda presentada por GyM S.A., sin embargo, es labor del Tribunal Arbitral determinar si, de los medios probatorios obrantes en el expediente, el monto señalado en el Presupuesto Adicional N° 3 está sustentado.

**307.** Al respecto, se tiene que considerar que el Acta de Conciliación de Precios de fecha 14 de setiembre de 2008 permite desagregar el contenido del Presupuesto Adicional N° 3 en los siguientes items: Suministro de Equipos y Materiales; transporte a obra; montaje electromecánico; obras civiles; gastos generales y utilidad.

**308.** Y al cotejar la información obrante en el expediente con la información desagregada en el Acta de Conciliación de Precios, encontramos que el monto solicitado se encuentra parcialmente acreditado, puesto que, en algunos casos, los documentos que sirven de sustento para establecer el precio unitario señalan un monto diferente al indicado en el Acta de Conciliación de Precios.

Handwritten signature and initials in black ink, located at the bottom left of the page. The signature is a large, stylized 'V' shape, and the initials are a smaller, more complex mark.

**309.** En ese sentido tenemos que la comparación general de los montos solicitados con los montos debidamente acreditados son los siguientes:

	Descripción	Total \$	Monto Acreditado + IGV
Sección 1	Suministro de Equipos y Materiales - Transporte a obra		
	Reactor 10 MVAR (Lado 145 kV)		
	Reactor 10 MVAR (Lado 145 kV)	858,019.75	728,309.76
	Equipos	134,183.29	123,120.25
	Control, Protección y Medición	42,581.19	42,581.19
	Red de Tierra superficial	1,713.08	1,713.08
	Barras y Apantallamiento	6,215.74	5,977.75
	Cables de Control y Energía	7,147.14	10,010.00
Sección 2	Montaje Electromagnético		
	Reactor 10 MVAR (Lado 145 kV)	5,815.99	5,815.99
	Celda de Reactor	7,021.18	3,938.77
	Control, Protección y Medición	1,709.72	1,709.72
	Cables de Control y Energía	1,239.63	1,239.63
	Barras y Apantallamiento	5,227.53	5,227.52
	Red de Tierra superficial	7,894.27	7,894.27
Sección 3	Obras Civiles		
	Trabajos preliminares	46.11	4633.68
	Cimentaciones de equipos		
	Base Seccionador en 138 kV	3,655.64	2,066.82
	Bases de interruptor de potencia en 138	1,379.26	2,345.14

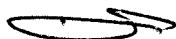


	kV		
	Base Transformador corriente en 138 kV	3,572.27	1,585.35
	Base Pararrayos en 138 kV	1,786.21	1,042.76
	Bases de Aislador de Soporte en 138 kV	2,435.97	0
	Cimentación del Reactor en 138 kV	13,906.51	3,262.12
	Cerco Perimétrico del reactor en 138 kV	8,402.49	0
Sección 4:	Gastos Generales (8.95%)	99698.79	85,246.41
Sección 5:	Utilidades (12.34%)	137461.80	117,535.27
Total		1'135,389.59	1'155,255.48

**310.** Cabe señalar que, para la realización del cuadro comparativo graficado en el párrafo anterior, se utilizaron las facturas, las órdenes de compras y demás documentos obrantes en el expediente.

**311.** Finalmente, cabe precisar que la Entidad no ha formulado ningún cuestionamiento ni haya objetado ni determinado por sí mismo cuál sería el valor del Reactor que asumiría como real.

**312.** Por todo lo expuesto el Tribunal Arbitral considera que se debe declarar fundada en parte la Pretensión Principal de GyM S.A., por lo que el monto que ELSE debe pagar a GyM S.A. es igual a US\$ 1'155,255.48 (Un Millón Ciento Cincuenta y Cinco Mil Doscientos Cincuenta y Cinco y 48/100 Dólares de los Estados Unidos de América), incluyendo el IGV con una tasa del 19%.


**313.** Sin perjuicio de todo lo expuesto el Tribunal Arbitral también considera pertinente evaluar la figura del enriquecimiento indevido, invocada por GyM S.A. en su demanda y contemplada en el Artículo 1954° del Código Civil.

**314.** En efecto, el artículo 1954 del Código Civil establece que aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro, está obligado a indemnizarlo, siendo uno de los presupuestos para su configuración la realización de un daño, la correlación entre el daño y el enriquecimiento y la ausencia de justa causa. Además, la reiterada jurisprudencia ha establecido que para que se configure esta figura jurídica es necesario que se acredite el empobrecimiento del que la invoca, el enriquecimiento de la otra parte y la relación de causalidad entre el empobrecimiento y el enriquecimiento.

**315.** Resulta claro, a criterio del Tribunal Arbitral que la figura del enriquecimiento sin causa no es de aplicación al caso bajo análisis, ya que su solución ha sido determinada en los considerandos previos conforme a las propias reglas contractuales y a las normas aplicables a las mismas.

**316.** No obstante lo anterior, es importante que el Tribunal Arbitral deje constancia de que, aún aceptándose la posición de ELSE respecto a que el Reactor sería una prestación ajena al alcance del contrato, implicando ello que debería ser remunerada conforme a las reglas del enriquecimiento indevido o sin causa como se colige de determinadas opiniones de la Dirección Técnico Normativa del antiguo CONSUCODE, en cualquier caso la indemnización siempre debería ser calculada al valor objetivo

Handwritten signature and initials in black ink, consisting of a large 'V' shape, a circular mark, and a stylized 'A'.

de mercado del beneficio que ha sido injustificadamente gozado por el sujeto responsable.

**317.** Es así como el Tribunal Arbitral considera, que aún bajo la figura jurídica del enriquecimiento indebido, la determinación de la indemnización debe tener en cuenta la ganancia perdida (lucro cesante) del sujeto tutelado, dado que el objeto de la restitución está constituido por la suma de dinero que el sujeto responsable habría debido pagar por obtener la prestación que lo enriquece, suma que necesariamente conforme a las reglas de mercado debe incluir la utilidad del prestador.

**318.** La conclusión a la que arriba el Tribunal Arbitral entonces, respecto al enriquecimiento indebido, si bien es exclusivamente teórica, no deja de ser importante para confirmar que bajo cualquier interpretación el resultado debe ser el mismo: Remunerar al Contratista por el valor de la prestación efectivamente ejecutada, que ha beneficiado a ELSE.

**319.** En relación al abono de intereses, por parte de ELSE, el Tribunal Arbitral considera que ellos deberán ser los intereses legales (al no haberse determinado una tasa específica para el interés moratorio), y deberán computarse desde la fecha de interposición de la demanda por GyM S.A., esto es, el 29 de enero de 2010, de conformidad con los Artículos 1333° y 1242° del Código Civil.

#### **M.1. DEL ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DEMANDA - PRETENSIÓN ACCESORIA**

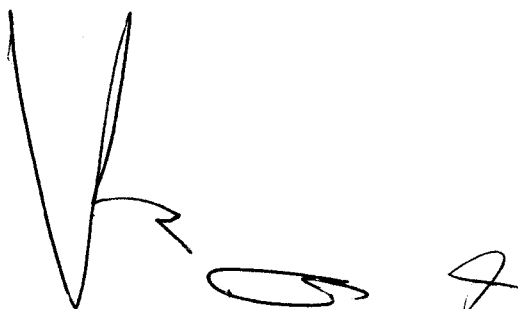
**320.** GyM S.A. ha planteado, como Pretensión Accesorio a la Pretensión Principal de la demanda, que de conformidad con el Artículo 1237° del Código Civil, al haber ELSE retardado el abono de su obligación, se le otorgue al Demandante la facultad de exigir, a su elección, que el pago en moneda nacional objeto de la Pretensión Principal se realice al tipo de cambio venta de la fecha de vencimiento de la obligación, o el que rija en el día de pago.

**321.** Es de notarse que la Cláusula Octava del Contrato establece que el pago se realizará en Nuevos Soles al tipo de cambio venta publicado en el diario oficial El Peruano. Esta disposición fue acordada por las partes a pesar que el monto del Contrato es definido en Dólares de los Estados Unidos de América, conforme se define en la Cláusula Sexta de dicho instrumento.

**322.** Por lo anterior (monto del contrato en Dólares de los Estados Unidos de América y pago en Nuevos Soles) el Tribunal Arbitral considera que es aplicable al presente caso lo previsto en el último párrafo del Artículo 1237° del Código Civil.

**323.** Ahora bien, GyM S.A. considera que la fecha de vencimiento de la obligación es el día 31 de octubre de 2008, de acuerdo a la regla fijada en la Cláusula 8.3.3 del Contrato, en tanto la Supervisión y GyM S.A. suscribieron en dicha fecha el Acta de Conciliación de Precios N° 2 de fecha 14 de setiembre de 2008, que forma parte del Anexo 1 - I de la demanda presentada.

**324.** En ese sentido, este Tribunal Arbitral considera válida la aplicación del documento denominado Acta de Conciliación de

Handwritten signature and initials in black ink. The signature is a large, stylized 'V' with a long vertical stroke. To its right are two smaller, more compact signatures or initials, one of which appears to be a stylized 'S' or 'Z'.

Precios N° 2, de fecha 14 de septiembre de 2008, en tanto constituye una aprobación por el Supervisor del presupuesto contractual para el pago de las valorizaciones.

**325.** Por lo antes expuesto, resulta procedente la pretensión de GyM S.A. en el sentido de que se le pague la prestación adicional al tipo de cambio que resultaba aplicable a la fecha de vencimiento de la obligación, por ser una facultad propia de todo acreedor, prevista en el último párrafo del Artículo 1237° del Código Civil, frente a un supuesto de retardo en el pago por parte del deudor.

### **III. RESOLUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

Por las razones expuestas y de acuerdo con lo establecido en el Acta de Instalación, este Tribunal Arbitral, en Derecho, **LAUDA** por **UNANIMIDAD** en los siguientes términos:

**PRIMERO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE** la Primera Pretensión Principal de la Demanda, y en consecuencia se ordena que ELSE pague a GyM S.A. el importe de US\$ 1,155,255.48 (Un Millón Ciento Cincuenta y Cinco Mil Doscientos Cincuenta y Cinco y 48/100 Dólares de los Estados Unidos de América), suma que incluye el IGV. El monto indicado devenga intereses legales desde el día 29 de enero de 2010.

**SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA** la Pretensión Accesorio a la Pretensión Principal de la Demanda y, en consecuencia, se establece que GyM S.A. tiene la facultad de exigir, a su elección, que el pago por parte de ELSE en Nuevos Soles, objeto de la Pretensión Principal se realice al tipo de cambio venta de la fecha de vencimiento de la obligación (esto es, el 31 de octubre de 2008, fecha en que el mencionado tipo de cambio ascendía a S/. 3.090) o al tipo

de cambio venta que rija en el día de pago; ELSE se encuentra obligada a acatar dicha elección.

**TERCERO:** En tanto ambas partes han contado con razones fundadas para acudir a la vía arbitral, el Tribunal Arbitral decide que cada una de ellas asuma los gastos arbitrales en que haya incurrido.

**CUARTO:** Se deja constancia de que el presente laudo resuelve de manera definitiva e integral las controversias entre las partes, no siendo necesaria la emisión de ningún otro laudo adicional o parcial.

El presente Laudo Arbitral de Derecho es vinculante para las partes, siendo inapelable de acuerdo con el Convenio Arbitral, contenido en la Cláusula Vigésimo Séptima del Contrato N° 049-2007.



**Jorge Ramón Abásolo Adrianzén**

Presidente del Tribunal Arbitral



**Patrick Hurtado Tueros**

Árbitro



**Alberto Loayza Lazo**

Árbitro



**Fabiola Paulet Monteagudo**

Directora de la Dirección de Arbitraje Administrativo