

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**FACULTAD DE DERECHO**



Informe jurídico sobre sentencia de anulación de laudo arbitral emitida por la Segunda Sala Comercial Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima (Expediente 583-2019 seguido por ENEL GENERACIÓN PERÚ S.A.A. contra EMPRESA DE ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A.)

Trabajo de suficiencia profesional para optar el título profesional de Abogado

Autor:

**Leonardo Daniel Valdez Castillo**

Asesor:

**Fabio Núñez del Prado Chaves**

Lima, 2022

## **Agradecimientos**

A mi asesor, Fabio Núñez del Prado, por ir siempre más allá.  
A Gustavo, con quien un día vimos partir de verdad los barcos de juguete.  
A mis padres, Walter y Suzanne, por absolutamente todo.  
A Diana, por su amor y paciencia.  
A quienes me enseñan a seguir aprendiendo:  
Giovanni, Marisol y Jhonatan.



(...)  
Poca gente me habla  
Hasta oí a alguien  
Preguntarme  
**¿De qué te defiendes?**  
Y yo hubiera respondido  
Si no silencioso fuera:  
Más bien te defiendo  
(...)

Luis Hernández  
*Vox Horrisona* (1978)



## RESUMEN

A partir del análisis de la sentencia que resuelve el recurso de anulación de laudo interpuesto por ENEL GENERACIÓN PERÚ S.A.A. contra EMPRESA DE ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A., emitida el 27 de abril de 2021 por la Segunda Sala Comercial de Lima en el expediente N° 583-2019, el presente informe analiza tres problemas jurídicos vinculados con el principio de congruencia en el arbitraje. En primer lugar, el autor se detiene en la exigibilidad y fuentes del principio de congruencia en sede arbitral. Como segundo punto, se presenta un análisis funcional de la congruencia; en particular, se destaca su importancia para definir el alcance del litigio y el marco sobre el cual las partes ejercerán su defensa. Finalmente, el informe evalúa si existió o no alguna vulneración del principio de congruencia y del derecho a la defensa en el laudo arbitral cuya validez fue confirmada en sede judicial.

**Palabras clave:** arbitraje, arbitraje comercial, principio de congruencia, derecho fundamental a la defensa, anulación de laudo.

## ABSTRACT

Based on the analysis of the sentence that resolves the recourse against arbitral award set by ENEL GENERACIÓN PERÚ S.A.A. against EMPRESA DE ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A., issued on April 27, 2021 by the Second Civil Chamber specialized in Commercial Matters of the Superior Court of Justice of Lima in Case No. 583-2019, this report analyzes three legal problems related to arbitral due process. In the first place, the author dwells on the enforceability and sources of the principle of congruence in arbitration. As a second point, a functional analysis of congruence is presented; In particular, its importance is highlighted to define the scope of the litigation and the framework within which the parties will act their defense. Finally, the report assesses whether or not the arbitral due process has been respected, in contrast to what was resolved about the arbitral award's validity.

**Keywords:** arbitration, commercial arbitration, principle of congruence, annulment of arbitration award, arbitral due process.

## ÍNDICE

<b>RESUMEN</b> .....	<b>IV</b>
<b>ABSTRACT</b> .....	<b>IV</b>
<b>ÍNDICE</b> .....	<b>V</b>
<b>FICHA RESUMEN DE SENTENCIA</b> .....	<b>VI</b>
<b>TABLA DE ABREVIATURAS</b> .....	<b>VII</b>
<b>I. INTRODUCCION</b> .....	<b>8</b>
<b>II. JUSTIFICACION DE LA ELECCION DE LA RESOLUCION</b> .....	<b>9</b>
<b>III. HECHOS SOBRE LOS QUE VERSA LA RESOLUCION</b> .....	<b>9</b>
3.1. ANTECEDENTES.....	9
3.2. EL ARBITRAJE SEGUIDO POR ELECTROPERÚ CONTRA ENEL .....	11
3.3. EL RECURSO DE ANULACIÓN PLANTEADO POR ENEL.....	15
<b>IV. IDENTIFICACION DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS</b> .....	<b>17</b>
<b>V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS</b> .....	<b>17</b>
5.1. PRIMER PROBLEMA JURÍDICO: ¿ES EXIGIBLE EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA AL ARBITRAJE?.....	17
5.2. SEGUNDO PROBLEMA JURÍDICO: ¿CUÁL ES LA FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN EL ARBITRAJE? .....	26
5.3. TERCER PROBLEMA JURÍDICO: ¿SE RESPETÓ EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN EL ARBITRAJE SEGUIDO ENTRE ENEL Y ELECTROPERÚ? .....	35
5.3.1. La correspondencia entre el objeto procesal y el fallo arbitral en el caso en concreto	35
5.3.2.El contradictorio y el ejercicio del derecho a la defensa en el arbitraje .....	48
<b>VI. POSICIÓN FRENTE A LA SENTENCIA BAJO ANÁLISIS</b> .....	<b>56</b>
<b>VII. CONCLUSIONES</b> .....	<b>63</b>
<b>VIII. BIBLIOGRAFIA</b> .....	<b>64</b>

## FICHA RESUMEN DE SENTENCIA

Nº de la Resolución / sentencia	Resolución Nº 13 – sentencia Expediente Nº 583-2019-0-1817-SP-CO-02
Área (s) del Derecho sobre las cuales versa el contenido de la Resolución / sentencia	Derecho Procesal Arbitraje
Demandante	ENEL GENERACIÓN PERÚ S.A.A. (ENEL)
Demandado	EMPRESA DE ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. (ELECTROPERU)
Órgano jurisdiccional	Segunda Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima
Materia	Anulación de laudo arbitral



## TABLA DE ABREVIATURAS

Sentencia	Resolución N° 13 que contiene la sentencia emitida por la Segunda Sala Comercial de Lima, en expediente N° 583-2019-0-1817-SP-CO-02, de fecha 27 de abril de 2021
Arbitraje	Arbitraje Ad Hoc (Caso 357-2016-D) administrado por la Cámara de Comercio de Lima
Tribunal Arbitral	Tribunal Arbitral conformado por Horacio A. Grigera Naón (Presidente), Katherine González Arrocha y Andrés Jana Linetzky
Laudo Arbitral	Laudo Arbitral expedido por el Tribunal Arbitral en mayoría, con los votos de los árbitros Horacio A. Grigera Naón y Katherine González Arrocha, el 19 de agosto de 2019
Voto disidente	Voto disidente emitido por el árbitro Andrés Jana Linetzky el 19 de agosto de 2019
Recurso de anulación	Recurso de anulación contra laudo arbitral interpuesto por ENEL el 6 de noviembre de 2019
Convenio Arbitral	Convenio Arbitral contenido en la Cláusula 16.5. del Contrato de Suministro de Energía
Demandante / ENEL	ENEL GENERACIÓN PERÚ S.A.A. (ENEL)
Demandado / ELECTROPERÚ	EMPRESA DE ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. (ELECTROPERÚ)
Segunda Sala Comercial	Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima
COES	Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (COES SINAC)
Ley de Arbitraje	Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje
Reglamento	Reglamento de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) del 2010, aplicable al arbitraje.
Contrato de Suministro	Contrato de Suministro de Energía Eléctrica celebrado el 1 de agosto de 2003 entre Electroperú S.A. y ENEL.
Contrato de Gas Natural	Contrato de Suministro de Gas Natural suscrito entre el Productor del Lote 88 y Electroperú de fecha 14 de enero de 2000, el cual fue cedido a Etevensa como resultado de la Licitación del Contrato Take or Pay.
PGTN	Planta Térmica a Gas Natural, a cuya implementación se comprometió ENEL mediante el Compromiso de Inversión asumido con el Estado peruano suscrito entre ENEL y Proinversión de fecha 1 de agosto de 2003 como resultado de la Licitación del Contrato de Gas Natural.

## I. INTRODUCCIÓN

1. El presente informe jurídico versa sobre la sentencia de anulación de laudo expedida por la Segunda Sala Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en Expediente N° 00583-2019-0-1817-SP-CO-02 (en adelante, la sentencia).
2. La sentencia resolvió el recurso de anulación interpuesto por ENEL GENERACIÓN PERÚ S.A.A. (en adelante, ENEL) contra EMPRESA DE ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A. (en adelante, ELECTROPERÚ), a raíz de un laudo arbitral expedido en mayoría que ordenó el pago de US\$ 45'347,115.38 dólares y S/133,069.68 soles más intereses en favor de la empresa estatal.
3. El recurso se fundamentó en una presunta vulneración al principio de congruencia. De acuerdo con la tesis de ENEL, esta se habría producido en la medida en que el Tribunal Arbitral decidió otorgar un remedio jurídico diferente al solicitado por ELECTROPERÚ en su pretensión arbitral.
4. La controversia en el arbitraje derivó del Contrato de Suministro de Energía Eléctrica celebrado el 1 de agosto de 2003 entre ELECTROPERÚ y ENEL<sup>1</sup>. Si bien el presente informe se centra en el análisis de la sentencia, será inevitable referirnos a determinados aspectos de discusión material y al procedimiento arbitral.
5. El recurso de anulación fue declarado infundado por la Sala Superior, la cual confirmó la validez del laudo arbitral. Por los motivos que expondré más adelante, sostengo una posición discrepante frente a lo resuelto por la Segunda Sala Comercial de Lima, y en favor de la anulación del laudo.
6. Los problemas jurídicos procesales identificados en la sentencia materia de análisis se condensan en las preguntas: ¿Es exigible el principio de congruencia al arbitraje? ¿Cuál es la función del principio de congruencia? ¿Se respetó el principio de congruencia en el

---

<sup>1</sup> Si bien el Contrato de Suministro fue firmado por Empresa de Generación Termoeléctrica Ventanilla S.A. (ETEVENSA), esta sociedad fue absorbida por EDEGEL el 1 de junio del 2006, la cual asumió, a título universal y en bloque, el patrimonio de ETEVENSA. Con posterioridad, en el año 2016, la Junta General de Accionistas de EDEGEL acordó modificar su denominación social a ENEL GENERACIÓN PERÚ (ENEL). De este punto en adelante, y para efectos prácticos, uniformizaremos la denominación de estas empresas y optaremos por referirla como ENEL, indistintamente del periodo específico al cual correspondan los hechos.

arbitraje seguido entre ENEL y ELECTROPERÚ? ¿qué causales de anulación se presentan en caso examinado?

## **II. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LA RESOLUCIÓN**

7. La resolución judicial que motiva el presente informe se trata de una sentencia de carácter complejo, tanto a nivel de derecho sustantivo como procesal.
8. Es bien sabido que el grueso de los recursos de anulación de laudo proviene de cuestionamientos a la motivación, bajo el amparo del literal b del artículo 63 del Decreto Legislativo 1071 que norma el arbitraje. Y es igual de conocido que la gran mayoría suele ser desestimada por las Salas Comerciales, pues -en muchas ocasiones- estos recursos provienen de discrepancias con el criterio adoptado por el Tribunal Arbitral y no de vulneraciones a la tutela jurisdiccional efectiva. No es así en el caso materia de análisis.
9. El laudo arbitral cuestionado mediante recurso de anulación fue emitido en mayoría por destacados árbitros internacionales, y resolvió un caso complejo derivado de un Contrato de Suministro de Energía Eléctrica. ELECTROPERÚ reclamó el pago de una cuantiosa suma de dinero, fundamentando su pretensión en la institución jurídica civil de la restitución. Dos años después, el Tribunal Arbitral amparó la pretensión y ordenó el pago de la cifra requerida, pero como tutela resarcitoria por daño emergente.
10. Se trata de un caso sumamente particular. En sede arbitral, el Tribunal ordenó el pago del monto demandado, pero bajo la aplicación de un remedio distinto al solicitado. Sin embargo, la Sala Comercial no optó por la anulación. ¿Por qué?
11. ¿Qué ocurrió en el camino del arbitraje que justificara tal decisión? ¿Está facultado el Tribunal para resolver otorgando una tutela distinta a la pretendida? ¿Podría ampararse la anulación del laudo en tal supuesto? Un caso que motiva tantas preguntas es, sin duda, digno de ser estudiado.

## **III. HECHOS SOBRE LOS QUE VERSA LA RESOLUCIÓN**

### **3.1. Antecedentes**

12. Previo al análisis de los problemas jurídicos que serán desarrollados en el presente informe, es necesario poner en contexto los hechos relativos al arbitraje y al recurso de anulación.
13. ELECTROPERÚ es una empresa estatal de derecho privado, dedicada a la generación, transmisión y comercialización de energía eléctrica. Del otro lado, ENEL es una empresa privada que también se dedica a la generación, transmisión y distribución de electricidad.
14. El 1 de agosto de 2003, las empresas TERMO ELÉCTRICA DE VENTANILLA – ETEVENSA (actualmente ENEL) y ELECTROPERÚ celebraron un Contrato de Suministro de Energía Eléctrica (en adelante, el Contrato de Suministro).
15. Mediante el Contrato de Suministro, se acordó que ELECTROPERÚ adquiriría determinada cantidad de energía eléctrica que produzca la Planta Térmica de Gas Natural (en adelante, la PTGN) que debía instalar ENEL, quien tenía la obligación de declarar ante el COES la energía producida que corresponda a la titularidad de ELECTROPERÚ. La ejecución del contrato se pactó en dos etapas con potencias y precios diferenciados. La primera etapa inició el 8 de setiembre de 2004, mientras que la segunda tuvo comienzo el 8 de junio de 2006.
16. En esta segunda etapa, ocurrió uno de los hechos que sustentaron la discusión arbitral: que ENEL no habría declarado en favor de ELECTROPERÚ la totalidad de la energía producida ante el COES. Asimismo, que vendió dicha energía al Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante, el SEIN) obteniendo un beneficio bruto de US\$ 74,6 millones.
17. En efecto, el Contrato de Suministro establecía la obligación de ENEL de declarar ante el COES determinada cantidad de energía producida por la PTGN como titularidad de ELECTROPERÚ, en el rango de 312.5 MW como mínimo hasta 450 MW como máximo. En sede arbitral, la discusión se centró en el alcance de la PTGN como concepto. Mientras que ELECTROPERÚ sostuvo que la PTGN hacía referencia a la totalidad de unidades de la Central Térmica de Ventanilla destinadas a generar energía eléctrica a partir del gas natural (turbinas de gas TG 3 y TG 4 a ciclo combinado), ENEL sostuvo que la PTGN quedó conformada únicamente con la TG 3 a ciclo combinado y la TG 4 a ciclo simple. Bajo esta segunda posición, la generación energética de la TG 4 a ciclo combinado no

habría formado parte de la PTGN, con lo cual la energía producida por el mencionado ciclo combinado no habría formado parte de la energía comprometida en favor de ELECTROPERÚ.

18. ENEL cuestionó la potencia comprometida frente a ELECTROPERÚ, además de plantear fórmulas de valorización distintas a las planteadas por la empresa pública. Dado que estos argumentos fueron desestimados por el Tribunal Arbitral y no guardan mayor relación con la fundamentación del recurso de anulación de laudo, no profundizaremos en ellos.

### **3.2. El arbitraje seguido por ELECTROPERÚ contra ENEL**

19. El recurso de anulación se planteó respecto del laudo arbitral del 20 de agosto de 2019, el cual resolvió declarar fundada la demanda de ELECTROPERÚ e infundadas las pretensiones reconconvencionales de ENEL.
20. Debido a que el recurso de anulación presentado por ENEL se fundamenta en una posible vulneración al principio de congruencia, debemos ubicar los distintos momentos del arbitraje en los cuales está presente este principio. De tal manera, podremos advertir si, en los hechos, se ha cumplido o no con su contenido.
21. En este primer punto, veamos cuáles fueron las pretensiones planteadas por ELECTROPERÚ en su demanda arbitral del 6 de junio de 2017:

#### **PRETENSIONES DE ELECTROPERÚ:**

##### **Primera pretensión principal:**

ELECTROPERÚ solicita que el Tribunal ordene que ENEL pague a ELECTROPERÚ la suma de **US\$ 41'289,000.00** (Cuarenta y Un Millones Doscientos Ochenta y Nueve Mil con 00/100 Dólares Americanos) o la suma que el Tribunal determine, más el Impuesto General a las Ventas (en adelante, "IGV"), como **restitución** del valor de la energía que EDEGEL no declaró en el COES en favor de ELECTROPERÚ y transó en su favor, por el periodo que va desde el 19 de octubre de 2006 al 29 de septiembre de 2009.

##### **Segunda Pretensión Principal:**

ELECTROPERÚ solicita que el Tribunal ordene que ENEL pague a ELECTROPERÚ la suma de S/. 49,228.76 (Cuarenta y Nueve Mil Doscientos Veintiocho con 76/100 Soles) o la suma que el Tribunal determine, más el IGV como restitución del valor de la energía que

EDEGEL no declaró en el COES en favor de ELECTROPERÚ y transó en su favor por el periodo que va del 8 al 28 de junio de 2006.

**Pretensión Accesoría a la Primera y Segunda Pretensiones Principales:**

ELECTROPERÚ solicita que el Tribunal ordene que ENEL pague a ELECTROPERÚ, intereses sobre las sumas que ordene pagar, indicando el tipo y tasa de interés y la fecha a partir de la cual deben computarse los mismos.

22. El 4 de agosto de 2017, ENEL contestó la demanda arbitral y formuló como pretensiones reconventionales las siguientes:

**PRETENSIONES RECONVENCIONALES DE ENEL:**

**a. Primera Pretensión Principal:**

Que, declare que son infundadas las observaciones de Electroperú al precio de la energía, facturado por Edegel, por concepto de suministro de energía activa bajo el Contrato de Suministro de Energía correspondiente al periodo que va desde el 8 de junio de 2006 hasta el 29 de setiembre de 2009.

**b. Segunda Pretensión Principal:**

Que se ordene a Electroperú pagar a Enel la suma de US\$ 19,576,085.00 correspondiente a los montos observados por Electroperú y dejados de pagar de las facturas por concepto de suministro de energía activa bajo el Contrato de Suministro de Energía por el periodo que va desde el 8 de junio de 2006 hasta el 29 de setiembre de 2009, más los impuestos correspondientes.

**c. Pretensión Accesoría a la Segunda Pretensión Principal:**

Que se ordene a Electroperú, pagar a Enel la suma de US\$ 11,827,561.00 correspondiente a los intereses compensatorios y el recargo por mora establecidos en la cláusula 8.2 del Contrato de Suministro de Energía por los montos dejados de pagar de las facturas observadas del periodo que va desde el 8 de junio de 2006 hasta el 29 de setiembre de 2009, calculados al 30 de junio de 2017, y, adicionalmente, los intereses que se devenguen hasta la fecha del laudo y los que se devenguen hasta la efectiva de pago.

**d. Tercera Pretensión Principal:**

Que se declare que corresponde a Electroperú asumir los costos y gastos del presente arbitraje y se ordene a Electroperú pagar a Enel los costos y gastos incurridos por Enel

en el presente arbitraje en virtud de la cláusula 16.7 del Contrato de Suministro de Energía y del numeral 17.1 de la Orden Procesal No. 1.

23. En su contestación de demanda, ENEL sostuvo su posición en que el Contrato debe ser interpretado de acuerdo con su contexto histórico (páginas 14 a 56), con los otros contratos vinculados a la operación y con la naturaleza de cada uno de estos (páginas 57 a 75); y en que la naturaleza de la pretensión incoada por ELECTROPERÚ no es restitutoria, sino que implica un reclamo encubierto de lucro cesante, título indemnizatorio al cual las partes renunciaron en el Contrato de Suministro (páginas 72 a 77).
24. El 18 de setiembre de 2017, ELECTROPERÚ presentó un escrito de réplica a la contestación. En esta réplica, ELECTROPERÚ reafirmó su posición respecto de la naturaleza restitutoria de su pretensión (páginas 5 a 17); discutió las interpretaciones propuestas por ENEL sobre el Contrato de Suministro (páginas 17 a 54); rechazó la supuesta naturaleza indemnizatoria de su reclamo (página 56) y mencionó que, en caso fuera indemnización, el título sería daño emergente (páginas 56 a 59) y que no sería válida la exoneración de responsabilidad en favor ENEL (páginas 59 a 65).
25. Los días 23, 24 y 25 de julio de 2018 se realizaron las audiencias arbitrales, que implicaron alegatos de apertura, sustentaciones periciales y alegatos de cierre.
26. En el tercer día de audiencia, el presidente del Tribunal Arbitral solicitó expresamente a la parte demandante *“que nos pongan delante un **petitum**, exactamente qué es lo que están pidiendo, qué condena piden”*.
27. La defensa técnica de la parte demandante respondió: *“Esta es la pretensión, la primera pretensión de la demanda y lo que ELECTROPERÚ solicita está textualmente señalado ahí. Solicita que el Tribunal ordene a ENEL que pague a ELECTROPERÚ la suma de US\$ 41,289.00 dólares o la que el Tribunal determine como **restitución** del valor de la energía que ENEL no declaró en el COES en favor de ELECTROPERÚ y transó en su favor por el período que va del 18 de noviembre del 2006 al 29 de setiembre de 2009”*.
28. El 19 de agosto de 2019 se emitió el Laudo Arbitral, expedido en mayoría con los votos de los árbitros Horacio Grigera A. Naón y Katherine González Arrocha, con voto discordante del árbitro Andrés Jana Linetzky.

29. En el Laudo, el Tribunal sostuvo que, “si bien la Demandante ha planteado inicialmente sus reclamos bajo la figura de la restitución, cuya dimensión, significado y efectos son difíciles de aprehender bajo el derecho peruano invocado por la Demandante, lo cierto es que como ésta lo indicó claramente en la audiencia y en su escrito post-audiencia, la Demandante está dispuesta a que – como no escapó a la atención de la Demandada – su reclamación sea entendida como de naturaleza indemnizatoria por violación contractual. Es en esa óptica donde se sitúa el Tribunal Arbitral en su Análisis”.
30. A partir de esa premisa, el Tribunal evaluó que existió una lesión al derecho de ELECTROPERÚ, “que se materializó a través del accionar de ENEL ante el COES a las resultas del cual ésta privó a la demandante de todos los beneficios económicos (...) que contractualmente pertenecen a la Demandante”.
31. Fue así que, mediante Laudo Arbitral, el Tribunal decidió la controversia en los siguientes términos:

- (i) Hace lugar a las pretensiones de la Demandante.
- (ii) Rechaza la pretensión reconvenzional de la Demandada.
- (iii) En concepto de la Primera Pretensión Principal de la Demandante, condena a la Demandada a que haga íntegro y efectivo pago a la Demandante de las sumas de US\$ 41,289,000.00
- (iv) En concepto de la Segunda Pretensión Principal de la Demandante, condena a la Demandada a que haga íntegro y efectivo pago a la Demandante de la suma de S/ 49,228.76.
- (v) Condena a la Demandada al pago de intereses legales (Artículos 1244-1245, 1334 CC) en relación con el importe de capital correspondiente a la Primera Pretensión Principal de la Demandante establecido en el sub-párrafo (iii) del presente párrafo 93 sobre los montos a los que correspondan cada una de las comunicaciones referidas en el párrafo 88 del presente Laudo Final, y a partir de las fechas respectivamente establecidas en los párrafos 88-89 del presente Laudo final, hasta que se haya hecho íntegro pago de los importes de capital respectivos a la Demandante.
- (vi) Condena a la Demandada al pago de intereses legales (Artículos 1244-1245, 1334 CC) sobre el importe de capital de la Segunda Pretensión Principal establecido en el sub-párrafo (iv) del presente párrafo 93 a partir del 25 de julio de 2006 hasta que se haya hecho íntegro pago de dicho importe de capital a la Demandante.
- (vii) Condena a la Demandada a soportar íntegramente los costos jurídicos de la Demandante y a soportar los propios, y por consiguiente, condena a la Demandada a hacer íntegro y efectivo pago a la Demandante de la suma de S/ 64,000 (honorario de experto) y de US\$ 411,494.53 (honorarios arbitrales) por esos conceptos.

32. Frente a dicho Laudo, ENEL interpuso solicitudes de Exclusión y de Interpretación.

**I. PEDIDO DE EXCLUSIÓN DEL LAUDO EN MAYORÍA, EN EL EXTREMO QUE SE PRONUNCIA SOBRE UNA PRETENSÓN DE INDEMNIZACIÓN QUE NO FUE PLANTEADA EN LA DEMANDA**

**II. PEDIDO DE INTERPRETACIÓN DEL LAUDO EN MAYORÍA**

15. Sin perjuicio de que el Tribunal Arbitral deberá excluir del laudo aquellos segmentos indicados en el punto I, en este apartado señalaremos los **vicios en la motivación y valoración de las pruebas** en los que incurre el Laudo en Mayoría.
16. Estos vicios afectan tanto los segmentos en los que el Laudo en Mayoría se pronuncia sobre un tema distinto al sometido y discutido por las partes ante el Tribunal Arbitral, como a los segmentos en los que el Laudo en Mayoría pretende pronunciarse sobre los temas efectivamente sometidos y discutidos por las partes ante el Tribunal Arbitral.

33. Estas solicitudes fueron desestimadas mediante Decisión del 9 de octubre de 2019 que integra el Laudo Arbitral.

**V. Decisión**

46. Por consiguiente, el Tribunal Arbitral **DECIDE** (Artículo 58 (1) b) y d) de la Ley de Arbitraje, Artículo 37 del Reglamento CNUDMI):
  - (i) Rechazar el Recurso íntegramente y en cada una de sus partes.
  - (ii) No realizar imposición en costas, que no ha sido solicitada por ninguna de las Partes.

34. Con esta decisión culminó el procedimiento arbitral Ad Hoc (Caso 357-2016-D) y quedó expedita la vía de anulación.

**3.3. El recurso de anulación planteado por ENEL**

35. Mediante recurso de anulación interpuesto el 6 de noviembre de 2019, ENEL solicitó ante el Poder Judicial la anulación del laudo dictado en mayoría, postulando las siguientes pretensiones:

**Primera pretensión anulatoria principal:**

Solicitamos que, conforme a la causal contenida en el artículo 63.1.d) de la Ley de Arbitraje, se anule el Laudo en Mayoría toda vez que en él se emitió pronunciamiento sobre materias no sometidas a la decisión del Tribunal Arbitral.

Como consecuencia de que se ampare esta pretensión, solicitamos que el Laudo en Mayoría sea anulado en los considerando expuestos en los párrafos 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68 y 69 y la decisión contenida en los numerales (i), (iii) y (v) del párrafo 93.

**Segunda pretensión anulatoria principal:**

Solicitamos que, conforme a la causal contenida en el artículo 63.1.b) de la Ley de Arbitraje y a lo dispuesto en la duodécima disposición complementaria de la Ley de Arbitraje, se anule el Laudo en Mayoría toda vez que contiene una inexistente motivación que lesionó nuestro derecho al debido procedimiento arbitral.

Dejamos expresa constancia de que esta pretensión alcanza íntegramente a todos los extremos del Laudo en Mayoría.

36. Como se aprecia, ENEL invocó como causales de anulación los literales d y b del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje. Los principales fundamentos fueron los siguientes:
- El Tribunal Arbitral vulneró el principio de congruencia al declarar fundada una pretensión que no fue solicitada por las partes; en otras palabras, emitió pronunciamiento sobre materias no sometidas a su decisión.
  - El Laudo Arbitral presenta vicios de motivación inexistente respecto de la pretensión restitutoria.
  - Respecto de la pretensión indemnizatoria, el Laudo Arbitral vulnera el principio del tercio excluido.
  - Respecto de las pretensiones reconventionales, el Laudo Arbitral omite explicitar el juicio de hecho, y consecuentemente omitió valorar los medios de prueba.
37. ELECTROPERÚ contestó la demanda solicitando que se declare infundada, bajo los siguientes argumentos:
- Lo resuelto por el Tribunal Arbitral sí fue sometido a la decisión del Tribunal Arbitral, y sí fue materia de discusión a lo largo del arbitraje.
  - El laudo no presenta ningún vicio de motivación.
  - Exigir un estándar elevado de motivación del laudo implicaría una apelación encubierta.

38. Finalmente, mediante sentencia contenida en la Resolución N° 13 del 27 de abril de 2021, la Segunda Sala Comercial Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima declaró infundado el recurso de anulación postulado por ENEL, poniendo fin a la controversia.
39. Como veremos al desarrollar el tercer problema jurídico, la Sala Superior concluyó que se respetó el principio de congruencia, que no hubo afectación al debido proceso, que el Tribunal no resolvió sobre materias no sometidas a su decisión, y que no puede analizar la motivación interna del laudo.

#### IV. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

40. Los problemas jurídicos procesales a analizarse en el presente informe son los siguientes:
- **Primer problema jurídico:** ¿es exigible el principio de congruencia al arbitraje?
  - **Segundo problema jurídico:** ¿cuál es la función del principio de congruencia?
  - **Tercer problema jurídico:** ¿se respetó el principio de congruencia en el arbitraje seguido entre ENEL y ELECTROPERÚ?

#### V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

##### 5.1. Primer problema jurídico: ¿es exigible el principio de congruencia al arbitraje?

41. Para abordar este problema, primero definiremos el principio de la congruencia y sus alcances. Luego, brindaremos algunos alcances sobre la congruencia como institución del derecho procesal. Finalmente, examinaremos su aplicabilidad en el arbitraje.
42. Uno de los juristas latinoamericanos que con mayor énfasis ha trabajado el principio de congruencia es Devis Echandía. Según el mencionado autor, la congruencia se define como “el principio normativo que exige la identidad jurídica entre lo resuelto, en cualquier sentido, por el Juez en la sentencia y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes” (Devis Echandía, 1984, p. 49).
43. Ahondando esa definición, el español Jaime Guasp considera a la congruencia como:

“La relación entre dos términos: uno de los cuales es la sentencia misma y, más concretamente, su **fallo** o parte dispositiva, y otro el **objeto procesal** en sentido riguroso;

no, por lo tanto la demanda, ni las cuestiones, ni el debate, ni las alegaciones y las pruebas, sino la pretensión procesal y la oposición a la misma en cuanto la delimita o acota, teniendo en cuenta todos los elementos individualizantes de tal objeto: los sujetos que en él figuran, la materia sobre que recae y el título que jurídicamente lo perfila” (Guasp, 1961, p. 483).

44. Ello nos obliga a detenernos en un concepto que será fundamental para el presente informe: la *pretensión*. De acuerdo con Priori Posada, se entiende por *pretensión* “al pedido de la aplicación del remedio [jurídico] al caso concreto”. Esta pretensión se compone dos elementos: a) el petitorio (*petitum*), o pedido específico de la aplicación de un determinado remedio jurídico; y b) la causa de pedir (*causa petendi*), o los fundamentos de hecho específicos en los cuales el demandante sustenta su petitorio. Respecto de la causa de pedir, Priori afirma que se constituye “solo de los hechos que inciden directamente en la configuración del supuesto de hecho de la norma cuya consecuencia jurídica el demandante pretende que se le aplique” (Priori 2019, pp. 156-157).
45. Para absolver si es exigible o no el principio de congruencia al arbitraje, retornemos al origen de la institución de la congruencia. Como expone Hugo Botto, este principio se encontraría presente desde el Derecho Romano, bajo el aforismo latín: “*sententia debet esse conformis, libello; ne eat iudex, ultra, extra aut citra petita partium; tantum legatum quantum iudicatum; iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*”. En otras palabras: la sentencia debe estar conforme con lo reclamado; el juez no debe ir por encima, por fuera o por debajo de los pedidos de las partes; tanto como lo reclamado es lo sentenciado; el juez debe juzgar de acuerdo con las razones alegadas y probadas (Botto, 2007, p. 151).
46. Ya acercándonos al presente, Valderrama Romero ha detectado la presencia tipificada del principio de congruencia en el ordenamiento español desde hace casi dos siglos, particularmente en la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855. Ya en 1905, el español José María Manresa y Navarro postulaba que las “sentencias deben ser congruentes con las demandas y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el litigio” (Manresa y Navarro, como se citó en D’Onofrio, 1945, p. 90).
47. Ahora veamos la aplicación específica del principio de congruencia en el arbitraje. De acuerdo con Fernández Barreiro y García Camiñas, el desarrollo romano del

*compromissum arbitrii* como institución jurídica protoarbitral ya importaba un examen de la congruencia. Así, “la documentación del *compromissum* constituye un presupuesto perceptible en los comentarios jurisprudenciales; el carácter complejo que podría llegar a tener el acuerdo compromisario, debido a las variadas especificaciones que cabía introducir en él, hacían imprescindible la constancia escrita, **sin la que no resultaría posible verificar la congruencia entre el *compromissum*, las actuaciones arbitrales y la sentencia**” (Fernández Barreiro y García Camiñas 2011, p. 583).

48. Pero la revisión histórica de las instituciones es insuficiente para afirmar la aplicabilidad de la congruencia en el arbitraje en la actualidad. Teniendo en cuenta que la sentencia que es objeto del presente informe se enmarca en un contexto histórico determinado (Perú en 2021), acudamos al marco jurídico vigente.
49. ¿Es aplicable este principio al arbitraje en el Perú? Nuestra posición es afirmativa, y se sustenta en dos argumentos: primero, en la aplicación del principio de congruencia como elemento integrante de la garantía constitucional a la tutela jurisdiccional efectiva, a la defensa y a la motivación de las decisiones; segundo, en la propia institución jurídica arbitral, por la cual el propio texto de la Ley de Arbitraje nos da luces sobre su aplicación.
50. Sobre el primer argumento, es inevitable acudir al artículo 139 de la Constitución peruana, el cual contiene un conjunto de principios que rigen la actividad jurisdiccional, y que configuran derechos en los ciudadanos.
51. El principio de congruencia no se encuentra enunciado de forma expresa en el artículo 139 de la Constitución. Sin embargo, su reconocimiento constitucional se desprende de los incisos 3, 5 y 14 del mencionado artículo. En efecto, el respeto por el principio de congruencia está ligado con el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, pues establece límites a la arbitrariedad del juzgador, quien no podrá otorgar más allá de lo discutido en el proceso. Igualmente, cualquier decisión que vulnere el principio de congruencia también agravará a la garantía de obtener decisiones motivadas en hecho y en derecho, ya que las razones que esboce el Tribunal a partir de lo planteado por las partes sobre la causa no se corresponderán con un fallo incongruente. Finalmente, en el plano funcional, la congruencia es una garantía al derecho a la defensa, pues permite a las partes conocer de antemano cuál será el objeto de pronunciamiento, de modo tal que puedan defenderse en la forma que cada una considere.

52. En virtud de tales razones, el Tribunal Constitucional ha señalado que “el principio de congruencia es uno que rige la actividad procesal, y obliga al órgano jurisdiccional a pronunciarse sobre las pretensiones postuladas por los justiciables” (STC Exp. 1300-2002-HC/TC, Fundamento 27). Este principio exige que el juzgador resuelva cada caso concreto “sin omitir, alterar o exceder las pretensiones formuladas por las partes” (STC Exp. 7022-2006-PA/TC, Fundamento 9).
53. Existe objeciones en la doctrina para asimilar en el arbitraje los principios contenidos en el artículo 139 de la Constitución. Muchos de estos reparos provienen de amplísimas disquisiciones sobre la “naturaleza” del arbitraje y su relación con la función jurisdiccional. Sin ánimos de profundizar en esta ocasión, en este trabajo nos adherimos parcialmente a la posición del profesor Núñez Del Prado Chaves: el arbitraje tiene naturaleza (origen) contractual<sup>2</sup>; el ejercicio de la función jurisdiccional es un efecto<sup>3</sup>.
54. Si bien ello abre la puerta a nuevas interrogantes<sup>4</sup>, lo cierto es que, en nuestro país, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (caso María Julia, Exp. 00142-2011-PA/TC) ha dejado sentada una posición respecto de la aplicabilidad de las garantías constitucionales procesales en el arbitraje:

La naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. **En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso.** (Tribunal Constitucional, 2011)

55. Dicha posición se encuentra estrechamente ligada al numeral 1 del artículo 139, el cual consagra como principio “la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional”:

---

<sup>2</sup> En ese sentido, nos encontramos en desacuerdo con la posición manifestada por el Tribunal Constitucional en el Exp. 6167-2005-PHC-Lima al afirmar que “*la facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2 inciso 24 literal a de la Constitución, sino que **tiene su origen** y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139 de la propia Constitución.*” [resaltado propio]

<sup>3</sup> Núñez del Prado, F. (2019). *La tragedia del consentimiento. Hacia una reforma del sistema de justicia en que el arbitraje sea la jurisdicción por defecto*. Lima: Palestra Editores. En el mismo sentido, Lentz de Moura Vicente (2017) afirma “la naturaleza híbrida del arbitraje –instituto contractual en su origen y jurisdiccional en su función–”.

<sup>4</sup> En Núñez del Prado, F. (2019). *La tragedia del consentimiento. Hacia una reforma del sistema de justicia en que el arbitraje sea la jurisdicción por defecto*. Lima: Palestra Editores, el autor se pregunta si este efecto jurisdiccional que reviste a las decisiones arbitrales proviene de la Constitución, de la ley de arbitraje o de los privados, a través del convenio arbitral. Esta interrogante, que excede al presente informe, es digna de ser debatida a efectos de comprender las consecuencias de, por ejemplo, eliminar el reconocimiento al arbitraje en el texto constitucional.

## Constitución Política del Perú

**Artículo 139.-** Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

1. La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional.

**No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral.**

No hay proceso judicial por comisión o delegación.

(...) [Resaltado propio]

56. Acto seguido, el texto constitucional establece que la función jurisdiccional es ejercida por el Poder Judicial, pero también por otros órganos señalados por la Constitución. Precisamente en esta disposición se reconoce de forma expresa a los tribunales arbitrales el ejercicio de la función jurisdiccional.

57. Para la jurisprudencia constitucional, es claro que deben aplicarse, en el arbitraje, las garantías procesales contenidas en el artículo 139 de la Constitución. Por supuesto, no todas las listadas en el texto constitucional son directamente aplicables a la sede arbitral. Este tema ha sido anteriormente tratado por Núñez del Prado y Rivarola:

Sería un despropósito pensar, por ejemplo, que el derecho a la doble instancia, el derecho a un juez predeterminado por la ley o la publicidad de los procesos son de aplicación inmediata al arbitraje cuando prácticamente todas las leyes o reglamentos de arbitraje del mundo reconocen que los laudos son inapelables, que el derecho a designar un árbitro es un derecho fundamental y que la confidencialidad es inherente al arbitraje. (...) Ahora bien, **existen sin duda otras garantías como la imparcialidad, la defensa, la cosa juzgada o la efectividad que son de plena aplicación al arbitraje. No es posible imaginar un proceso arbitral sin la vigencia de estas garantías.** Ciertamente el arbitraje permite que las partes diseñen un procedimiento que se adecue a sus necesidades y expectativas e incluso les permite evitar los formalismos propios de un proceso judicial, pero ese procedimiento particular debe respetar garantías mínimas reconocidas en la Constitución. (2017, p. 77) [resaltado propio]

58. En efecto, como veremos al analizar el segundo problema jurídico, el principio de congruencia atraviesa el derecho fundamental a la defensa, así como a la garantía de obtener decisiones con calidad de cosa juzgada. En ese sentido, el principio de congruencia debe ser debidamente resguardado en los tribunales arbitrales.

59. Esta perspectiva que integra los principios constitucionales procesales al arbitraje es uno de los caminos para sustentar la exigencia de congruencia en sede arbitral. Reynaldo

Bustamante Alarcón se refiere al carácter fundamental de lo que denomina *proceso justo* e indica que “la supremacía de la dignidad del ser humano, el valor superior de la justicia y la necesidad de asegurar la supervivencia justa y pacífica de la comunidad humana fundamentan la calidad de derecho fundamental del proceso justo -o debido proceso- y justifican su reconocimiento por el Derecho positivo, convirtiéndolo en uno de los elementos más trascendentes y esenciales del ordenamiento jurídico y político”.

60. El reconocimiento del *proceso justo* como derecho fundamental también ha sido recogido por Ana María Arrarte para sostener la aplicación del principio de congruencia en el arbitraje. Así, “**ningún tercero que pretenda solucionar un conflicto, sea o no un órgano estatal, se encuentra exento de su cumplimiento cuando las partes pactan que la solución de sus conflictos será sometida a un arbitraje**, sea de derecho o de conciencia, optan por elegir a la o las personas que se encargarán de resolverlos, confiriéndoles además el poder y la autoridad de tomar tal decisión” (Arrarte 2001, p. 55), pues ello no implica que renuncien a los derechos fundamentales -especialmente al de debido proceso- de los que gozan simplemente por ser sujetos de derecho, ni mucho menos que éstos puedan ser suspendidos. En palabras de Arrarte, “aceptar lo contrario implicaría afirmar que el arbitraje se encuentra fuera del Estado de Derecho, lo que resultaría absurdo e inconcebible en cualquier sociedad que se tilde de civilizada”. (Arrarte 2001, p. 56)
61. En el mismo sentido, Martel Chang ubica al principio de congruencia como una garantía dentro del arbitraje “en virtud del cual el tribunal arbitral, al resolver, debe hacerlo respetando las pretensiones postuladas en la demanda o en la reconvencción arbitrales, así como los hechos alegados por las partes. No más que eso, ni menos, ni cosa distinta”.
62. Pero la congruencia en el arbitraje no solo puede exigirse alegando la aplicación de las garantías recogidas en el artículo 139 de la Constitución. También tiene sustento en uno de los pilares esenciales del arbitraje: la autonomía de las partes. Esta autonomía está vinculada al principio dispositivo.
63. Sobre los alcances del principio dispositivo, Devis Echandía resalta dos aspectos. El primero de ellos se vincula con la iniciación del proceso. El segundo se refiere a los poderes exclusivos de las partes sobre el elemento probatorio, en razón de la naturaleza privada de la controversia (1972, p. 79). Como se desprende del primer aspecto, el

principio dispositivo implica que el proceso solo tiene lugar por iniciativa de parte; por lo tanto, deben respetarse los términos en los cuales la parte inicia el proceso.

64. La claridad del profesor Taruffo permite entender de mejor manera el vínculo entre el principio dispositivo, el arbitraje y la congruencia.

“Este principio [de congruencia] tiene varias consecuencias, pero la más importante es que quien emite la decisión no puede modificar la demanda que ha sido formulada inicialmente. La razón fundamental de esto es obvia: si estamos, como en el caso del arbitraje, en un procedimiento fundado sobre el principio dispositivo, son exclusivamente las partes quienes establecen, con las pretensiones demandadas, sobre qué cosa debe pronunciarse la decisión final. (Taruffo, 2019)

65. Sobre este punto, no sería lejano afirmar la equivalencia entre pronunciarse por una pretensión no invocada por la parte e iniciar un “arbitraje de oficio”. En ambos casos (el de la vulneración de la congruencia y en el “arbitraje de oficio”) sería el juzgador y no la parte quien define el petitorio, vulnerando así el principio dispositivo.

66. En modo similar, Lentz de Moura Vicente se refiere al principio dispositivo como aquel en virtud del cual son las partes quienes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, definen las cuestiones sometidas a la decisión de árbitros, no solo al diseñar el convenio arbitral, sino también al postular sus peticiones (2017, p. 37).

67. El principio de congruencia también se encuentra recogido, en diversas maneras, en la Ley de Arbitraje. Si bien no existe una disposición expresa que lo introduzca literalmente en dicho cuerpo normativo, encontraremos que la congruencia es esencial en el arbitraje a partir de dos instituciones: las solicitudes contra el laudo (integración y exclusión) y la anulación del laudo arbitral.

68. La integración se encuentra reconocida en el literal c del artículo 58 de la Ley de arbitraje (y en los reglamentos de los centros de arbitraje) como una de las solicitudes que pueden formular las partes frente a algún extremo que no haya sido objeto de pronunciamiento en el laudo arbitral, a pesar de haber sido sometido a conocimiento y decisión del tribunal.

**Ley de Arbitraje – Decreto legislativo 1071 que norma el arbitraje**

**Artículo 58.- Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo**

1. Salvo acuerdo distinto de las partes o disposición diferente del reglamento arbitral aplicable:  
(...)  
c. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral.

69. Como su propio *nomen iuris* indica, la fundabilidad de la solicitud de integración tiene como resultado el agregar pronunciamiento sobre un extremo omitido, de tal modo que se pueda satisfacer la garantía de una decisión que se pronuncie sobre todos los extremos pretendidos. ¿No estamos acaso ante el supuesto de un pronunciamiento *citra petita*?
70. Al comentar el artículo 58 de la Ley de Arbitraje, Aramburú Yzaga sostiene que la integración tiene por objetivo “que el tribunal arbitral complete el laudo, de modo tal que se resuelvan también aquellos extremos de la controversia que se sometieron a su conocimiento y que omitió resolver”. Como límite a la integración, el referido autor reconoce que no puede exigírsele al tribunal que se pronuncie sobre cada uno de los temas que pueden haber sido tratados en el arbitraje, ya que, para resolver la controversia, no siempre es menester analizar todos y cada uno de los temas discutidos en las alegaciones de las partes, sino únicamente aquellos extremos que han sido efectivamente pretendidos (Aramburú Yzaga, 2011, p. 666).
71. Por su parte, la exclusión se encuentra reconocida en el literal d artículo 58 de la Ley de arbitraje (y, nuevamente, en los reglamentos de los centros de arbitraje).

#### **Ley de Arbitraje – Decreto legislativo 1071 que norma el arbitraje**

##### **Artículo 58.- Rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo**

1. Salvo acuerdo distinto de las partes o disposición diferente del reglamento arbitral aplicable:  
(...)  
d. Dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la exclusión del laudo de algún extremo que hubiera sido objeto de pronunciamiento sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.

72. Esta solicitud procede frente a algún extremo que haya sido objeto de pronunciamiento en el laudo arbitral sin que hubiese sido sometido a conocimiento y decisión del tribunal, o que no sea susceptible de arbitraje. La fundabilidad de la exclusión retira un extremo

del laudo precisamente por haber sido materia de pronunciamiento sin que las partes lo hayan solicitado. ¿No estamos acaso ante los supuestos de un pronunciamiento *ultra petita* y *extra petita*?

73. A tal punto es exigible la congruencia en el arbitraje que el tema no se agota en las solicitudes post laudo en sede arbitral. En efecto, determinadas vulneraciones a la congruencia son amparables como causal de anulación de laudo.
74. Recordemos que, como señala el artículo 62 de la Ley de Arbitraje, contra el laudo arbitral solo podrá interponerse recurso de anulación<sup>5</sup>. Este recurso constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el artículo 63.
75. El numeral 1 del artículo 63 contiene un catálogo taxativo de siete causales. Para hacer valer el principio de congruencia, acudimos al literal d:

**Ley de Arbitraje – Decreto legislativo 1071 que norma el arbitraje**

**Artículo 63.- Causales de anulación.**

1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:

(...)

**d. que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.**

76. Como explica Juan Luis Avendaño Valdez al comentar el artículo 63 inciso 1, literal d de la Ley de Arbitraje, nuestra norma comprende como causal de anulación del laudo al error de incongruencia por el cual los árbitros fallan más allá del petitorio o fallan distinto de lo pretendido (Avendaño Valdez, 2011, p. 706). Por el contrario, no es causal de anulación el error de incongruencia por omisión. Esta carencia, que puede ser considerada un error<sup>6</sup> o no<sup>7</sup> de la ley.

<sup>5</sup> Además de los supuestos excepcionales de procedencia para la acción de amparo frente a laudos arbitrales, según precedente vinculante del Tribunal Constitucional contenido en sentencia del 21 de setiembre de 2011 recaída en expediente 00142-2011-PA/TC (“Caso Maria Julia”).

<sup>6</sup> En ese sentido, Aramburú Yzaga sostiene que “existe un error en la Ley de Arbitraje [al no haber contemplado como causal para anular un laudo el que esté incompleto], que si bien no causa perjuicios merece en algún momento corregirse.” (Aramburú, 2011, p. 667).

<sup>7</sup> Para Avendaño Valdez, no es equivocado que nuestro ordenamiento legal no reconozca como una causal de anulación del laudo arbitral a la incongruencia por omisión. “La razón es muy sencilla, el artículo 58, inciso c) de la LA contempla la posibilidad que dentro de los quince días siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes pueda solicitar su integración, por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a la decisión del tribunal”.

77. Pedro Álvarez Sánchez de Movellán sostiene que

“el fundamento de este motivo [léase, de la anulabilidad por incongruencia *ultra* o *extra petita*] (...) es la falta de competencia o legitimación de los árbitros para conocer y resolver sobre cuestiones litigiosas que no le han sido encomendadas (...) así como el órgano jurisdiccional de derecho público no puede resolver más cuestiones que aquellas que los litigantes someten a su decisión, incurriendo en incongruencia si resuelve otras distintas y dando lugar a la posible casación de las sentencias que tales limitaciones contengan, **así también el órgano de arbitraje privado que se propase a resolver puntos que no fueron sometidos a decisión incurre en exceso de jurisdicción**” (1996, p. 139) [resaltado propio].

78. Por todo lo expuesto a este punto, consideramos que el principio de congruencia es exigible en el arbitraje, con especial atención a evitar fallos *extra* y *ultra petita*. Como hemos podido apreciar de la revisión doctrinal y normativa, su fundamento puede encontrarse tanto en las garantías que integran el debido proceso de acuerdo con la Constitución como en las propias instituciones jurídicas arbitrales.

## 5.2. Segundo problema jurídico: ¿cuál es la función del principio de congruencia en el arbitraje?

79. En el análisis del primer problema jurídico concluimos que el principio de congruencia sí es exigible en sede arbitral. En esta segunda sección realizaremos un análisis funcional de la congruencia en el arbitraje. En buena cuenta, evaluaremos para qué sirve y por qué es conveniente o no su presencia.

80. Como señala Cohen en su provocador *Transcendental Nonsense and the Functional Approach*, “el significado de una definición se halla en sus consecuencias” (Cohen 1962, p. 7). ¿Cuáles son las consecuencias del principio de congruencia en el arbitraje? Proponemos dos: la estructuración de la controversia, en general; y el ejercicio de la defensa, en particular.

81. La estructuración de la controversia tiene como punto de partida el objeto procesal, conformado por las pretensiones y las defensas opuestas. Pero no solo se limita a la correspondencia entre el objeto procesal y lo resuelto en la sentencia; también estructura las actuaciones del Tribunal y de las partes.

82. Sobre este punto, Devis Echandía señala que:

“El principio de la congruencia exige enunciar en la demanda los hechos que sirven de fundamento a las pretensiones, (...) es indispensable que allí aparezcan los hechos principales o determinantes de la causa petendi, para que puedan ser considerados por el juez en la sentencia [o por el árbitro en su laudo]. Ese principio no puede sufrir excepción porque el hecho sea notorio, pues con él se persigue: no sólo garantizar el debido contradictorio y, por lo tanto, el derecho de defensa del demandado, sino también **configurar el alcance del litigio** y delimitar el contenido de las resoluciones que deben desatarlo”. (1984, p. 220)

83. Podemos apreciar que la congruencia no se evalúa únicamente luego de que exista decisión emitida, sino que cumple una función a lo largo de todo el proceso, pues directamente configura el alcance del litigio. Esto se relaciona fuertemente con la delimitación de las cuestiones controvertidas.
84. De acuerdo con Cavani Brain, la fijación de los puntos controvertidos delimitará la materia del pronunciamiento y el marco de actuación de los medios probatorios. Por tanto, es conveniente que la formulación propuesta se divida según los hechos controvertidos contenidos en los actos postulatorios. De tal manera, los puntos controvertidos no deberían ser la mera reproducción de las pretensiones señaladas por las partes (Cavani, 2016, p. 186).
85. Es común encontrar órdenes procesales o decisiones arbitrales en el siguiente tenor:

*El Tribunal Arbitral deja expresa constancia de que los puntos controvertidos tienen valor puramente referencial y podrán ser ajustados o reformulados por el Tribunal, si ello resultara, a su juicio, más conveniente para resolver las pretensiones planteadas por las partes, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo, siempre que éstas no excedan las materias y/o pretensiones sometidas a este arbitraje.*
86. Para el presente autor, la potencial mutabilidad de los puntos controvertidos no es *per se* un problema que afecte la validez del arbitraje. Sin embargo, cualquier tipo de ajuste debe realizarse en estricto respecto al derecho fundamental a la defensa de las partes. Más aún, si se está en el contexto de un arbitraje en el cual el Tribunal ha fijado con detalle los puntos controvertidos.
87. Varios pasos más allá se encuentra el asumir que los puntos controvertidos sean siempre puramente referenciales. La principal discrepancia frente a ello se encuentra en la idea citada al inicio de esta sección: los puntos controvertidos delimitan el marco de actuación

de los medios probatorios. En tanto los puntos controvertidos generan a las partes certidumbre sobre qué es lo que está y no está en discusión dentro el proceso, es razonable asumir que guiarán la actuación probatoria de cada parte.

88. A diferencia del proceso civil peruano<sup>8</sup>, la ley de arbitraje no exige la fijación de hechos o de puntos controvertidos. En la práctica, dicha disposición de estructuración de la controversia puede encontrarse<sup>9</sup> o no<sup>10</sup> en los distintos reglamentos de arbitraje institucional, o inclusive en las reglas de cada arbitraje en particular. Como señala la profesora Schochana Zusman, un sistema adecuado de hechos controvertidos permitiría esclarecer la discusión sometida a contradictorio. En otras palabras: permitiría depurar el material probatorio en función de los hechos relevantes según el objeto procesal específico<sup>11</sup>. En ese mismo sentido, Aramburú Yzaga reconoce a la elaboración de un acta de determinación de puntos controvertidos como un mecanismo ideal para “fijar la pauta que deben seguir los árbitros al momento de resolver la controversia, evitando laudos incompletos y laudos que excedan las facultades de los árbitros” (en buena cuenta, para evitar fallos incongruentes) (Zusman, 2011, pp. 498-499).
89. En cualquier caso, sea que las cuestiones controvertidas se hayan expresado formalmente o no en una decisión u orden procesal, lo cierto es que, al configurar “el alcance del litigio”, la congruencia delimita los contornos sobre los cuales las partes dirigirán sus alegatos y sus actuaciones probatorias. Cada parte estructura su defensa en atención a las cuestiones que identifica como controvertidas luego de ocurridos los actos postulatorios.
90. En ese sentido, el principio de congruencia se vincula con distintas instituciones procesales. Nos centraremos en el derecho fundamental a la defensa.

---

<sup>8</sup> Artículo 471 del Código Procesal Civil.

<sup>9</sup> El artículo 48 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos – CARC PUCP establece expresamente que “Los árbitros decidirán las cuestiones controvertidas sobre las que se pronunciarán, tomando en cuenta las pretensiones de la demanda y la reconvencción”.

<sup>10</sup> El Reglamento de Arbitraje de la Comisión CNUDMI no establece expresamente la fijación de puntos controvertidos por parte del Tribunal Arbitral. No obstante, sí reconoce la existencia de puntos controvertidos en el artículo 29, al desarrollar el ámbito de participación de los peritos ofrecidos por las partes, quienes podrán prestar declaración “sobre los puntos controvertidos”. En el arbitraje internacional, es común establecer un Acta de Misión, en la cual el Tribunal delimita el objeto del procedimiento.

<sup>11</sup> Lamentablemente, como también comenta la profesora Zusman, “es una práctica común que en muchos arbitrajes se fijen los puntos controvertidos “repetiendo textualmente las pretensiones” y en otros, se consigna en el acta de instalación, una declaración referida al valor meramente referencial de los puntos controvertidos, de los cuales, el tribunal puede apartarse si lo considera conveniente. Lo cual obliga a preguntarse, ¿para qué, entonces, la fijación de puntos controvertidos?”.

91. De acuerdo con Carocca, se entiende por derecho a la defensa al “derecho de toda persona a ser informada de la existencia de un proceso en el que se discute acerca de sus intereses para que pueda intervenir en él, con la finalidad de alegar y probar, de modo que la decisión del juez sea emitida después de escucharla; así como el derecho a impugnar las resoluciones que le generen agravio en los casos previstos en la ley” (Carocca, 1998).
92. En el ordenamiento nacional, la defensa ha sido consagrada como derecho fundamental en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución. Dentro de las distintas manifestaciones del derecho a la defensa, nos centraremos en el derecho a alegar y el derecho a probar.
93. ¿Cuáles serían las consecuencias que afectarían al derecho a la defensa en el supuesto de no reconocer al principio de congruencia como exigible en el arbitraje? Imaginemos el siguiente supuesto. La empresa A demanda a la empresa B por indemnización derivada del incumplimiento doloso de una obligación contractual esencial. Bien podemos inferir que la defensa de B podrá estar referida, por ejemplo, a discutir la existencia del daño, a hacer valer una eventual excepción de cumplimiento, a negar el factor de atribución imputado, a la inexigibilidad de la obligación, entre otras posibilidades acotadas al remedio solicitado.
94. Ahora estemos un momento en el escenario en el cual el Tribunal Arbitral tiene la potestad de modificar el remedio solicitado. Sobre una base común de hechos (el incumplimiento doloso de una obligación contractual esencial), no solo podría operar la tutela resarcitoria; perfectamente la parte pudo acumular subordinadamente o no la resolución del contrato. ¿Podría el Tribunal pronunciarse al respecto en caso no haya sido acumulada? ¿Qué consecuencias habría? En primer término, actuar de tal manera generaría desequilibrio entre las partes. Veamos qué implicancias tiene ese desequilibrio.
95. Para apreciarlo debemos tener el análisis costo-beneficio de aplicar la congruencia como garantía en el arbitraje. Como es obvio, no solamente nos referiremos a costos en dinero, sino a todo tipo de afectaciones que deban soportar las partes, en relación a obtener determinado beneficio.
96. De entrada, si no existiese ningún beneficio en permitir la intervención original del juzgador (sea juez o árbitro) al fundamentar la resolución de una controversia, el presente informe podría ser llanamente ocioso. Sin embargo, no lo consideramos así. Algún

beneficio debe haberse identificado al diseñar el ordenamiento jurídico para que el *iura novit curia* sea una intervención tolerable. ¿Cuál es el beneficio de permitir que el juzgador aplique el derecho aun cuando este no haya sido invocado o lo haya sido erróneamente?

97. Como ha manifestado el Tribunal Constitucional (sentencia recaída en expediente N° 569-2003-AC/TC), el principal beneficio que fundamenta el *iura novit curia* es otorgar tutela frente a las lesiones o amenazas de los derechos. Por supuesto, esto tiene mayor peso cuando se trata de derechos fundamentales y para jueces constitucionales. En ese contexto, el Tribunal Constitucional ha considerado que puede actuar frente “a un evidente error en la presentación de la pretensión” con la finalidad ulterior de otorgar tutela (en el caso citado, tutelar el derecho a la pensión).
98. En determinados escenarios, es eficiente permitir que el juez adecúe el derecho invocado. De lo contrario, en caso exista una vulneración a un derecho, pero se hubiese formulado un petitorio impertinente o incorrecto, el justiciable debería incoar un nuevo proceso. Proceso que implicará costos no solo económicos, sino de esfuerzos y de tiempo. Pero, sobre todo, postergar la dación de tutela incluye a todos los costos de mantener en el tiempo una situación antijurídica o de vulneración de derechos. La tutela jurisdiccional podría llegar tarde y no ser efectiva.
99. Estemos en la otra vereda. Si el *iura novit curia* permite tutelar derechos materiales que efectivamente se han visto vulnerados, incluso a pesar de errores de derecho cometidos por el justiciable. ¿Por qué limitarlo? ¿Qué ocurriría si aplicáramos ese mismo razonamiento a todo tipo de controversias y a todo tipo de derechos? Pasaríamos por encima del derecho a la defensa.
100. Es así que el primer costo de aplicar el *iura novit curia* de forma indiscriminada sería lesionar un derecho fundamental de la contraparte. Dentro del paradigma del Estado Constitucional de Derecho, dicho costo parece sencillamente inconcebible. Desvestir a un derecho fundamental para vestir a otro santo.
101. Detengámonos un momento en la aplicación del *iura novit curia* en el arbitraje. Autores como Öhlberger y Pinkston indican que, en materia arbitral, “*explicit provisions on iura novit curia are scarce*”. En ese sentido, no suele haber mandatos legales que autoricen la

aplicación del *iura novit curia* en el arbitraje de manera expresa. Sin embargo, ello no significa que este principio esté vedado; es la discreción otorgada a los árbitros sobre los términos en los que ejercen su competencia la puerta de entrada para la aplicación de este principio, de modo que lleguen a configurarse como “*non-passive arbitrators*”<sup>12</sup> (2016, p. 108).

102. Sobre la aplicación del *iura novit curia* en el arbitraje, las posiciones en doctrina no son uniformes. Por ejemplo, el árbitro francés Yves Derains es categórico al afirmar que “*l’adage Jura novit curia n’a pas sa place en matière d’arbitrage*”<sup>13</sup> (Derains 1997, p. 3).
103. Por el contrario, la profesora italiana Giuditta Cordero Moss sugiere que, en tanto los árbitros gozan de la facultad de elaborar un razonamiento propio en referencia a los hechos y pruebas presentadas por las partes, también tienen también la posibilidad de proponer razonamientos sobre la ley aplicable. No obstante, como la citada autora refiere, es pertinente acotar que aquel razonamiento independiente puede suscitarse en 3 supuestos: i) mediante nuevas calificaciones bajo las fuentes introducidas por las partes, ii) mediante la introducción de nuevas fuentes y iii) mediante la introducción de nuevos remedios (2008, p. 1236-1242).
104. Yendo más allá, Gustavo Favero Vaughn afirma que:

Com efeito, o aforismo *iura novit curia* é plenamente aplicável à arbitragem, não estando os árbitros, a priori, adstritos à qualificação jurídica dos fatos atribuída pelas partes, à qualificação legal (dispositivo de lei) suscitada pelas partes, tampouco à denominação que se deu à pretensão processual. Os árbitros têm ampla liberdade para aplicar as regras de direito escolhidas pelas partes e, nessa toada, invocar a motivação jurídica e/ou legal que melhor lhes parece encaixar num dado caso, assim como requalificar jurídica e legalmente fatos apresentados no curso da arbitragem. Podem, inclusive, corrigir falhas argumentativas, sempre em prol de proferir uma sentença arbitral mais justa e hígida. (Vaughn 2020, p. 4)<sup>14</sup>

---

<sup>12</sup>Respecto a la propuesta del árbitro no pasivo, los autores citados sostienen que la discusión ya no se trata de solo aspectos legales, sino de discusiones en el arbitraje acerca de la eficiencia de los árbitros para hacer referencia, en base a su experticia, a las materias aludidas y de manera pragmática cumplir con el mandato para el cual fueron contratados (Öhlberger y Pinkston 2016, p.104).

<sup>13</sup> “*El adagio iura novit curia no tiene lugar en el campo del arbitraje*”. Traducción propia.

<sup>14</sup> “*De hecho, el aforismo iura novit curia es plenamente aplicable al arbitraje, y los árbitros no están, a priori, obligados a la calificación jurídica de los hechos atribuidos por las partes, a la calificación jurídica (previsión de derecho) planteada por las partes, ni a la denominación dada a la pretensión procesal. Los árbitros tienen amplia libertad para aplicar las normas de derecho elegidas por las partes y, en este contexto, invocar la motivación legal y/o legal que parezca más adecuada a un caso determinado, así como recalificar jurídica y legalmente los hechos presentados en el curso del arbitraje. Incluso pueden corregir defectos argumentativos, siempre con el fin de hacer un laudo arbitral más justo y sólido*”. Traducción propia.

105. A fin de cuentas, Lentz de Moura Vicente indica que el principio *iura novit curia* sí se encuentra presente en la praxis arbitral internacional (2017, pp. 15-17). Por supuesto, dicha aplicación en ningún caso debe ser desmesurada, pues puede generar consecuencias indeseables como la anulación del laudo arbitral o el no reconocimiento y la inejecutabilidad del laudo en otros ordenamientos.
106. Allí reaparece el principio congruencia en una de sus funciones esenciales: limitar el ejercicio del *iura novit curia*.
107. Sobre los límites en los que se ejerce el *iura novit curia*, Von Webeser explica que:
- Arbitrators must not exceed their mandate. When arbitrators rule *infra petitia* or *ultra petitia*, they will have exceeded their mandate and their award risks being set aside or refused enforcement. This will be the case where arbitrators exceed their powers under the applicable rules or law. It is relevant to distinguish at the outset that arbitrators may not base their decisions on arguments which were not put forward by the parties. However, the limit lies in that, arbitrators may not award the parties more than they sought in their claims<sup>15</sup>. (Von Weheser, 2011)
108. Para Lentz de Moura Vicente, la consagración del principio de congruencia implica el deber de los árbitros de adecuarse a cómo las partes definieron la controversia, “sin que puedan pronunciarse sobre otras cuestiones, aunque relacionadas con aquellas, so pena de anulación o denegación del reconocimiento de su laudo”. Frente a ello, la aplicación del *iura novit curia* debiera ser un supuesto excepcionalísimo.
109. En definitiva, el consenso está en que la aplicación de esta facultad del juzgador no debe vulnerar uno de los principios generales del derecho de los litigios: tratar a las partes con igualdad y dar a cada una de ellas plena oportunidad de hacer valer sus derechos. Mediante la garantía de la congruencia, el costo derivado de una decisión errada en la fundamentación jurídica de un acto postulatorio necesariamente deberá ser asumido por el propio litigante; lo contrario implicaría trasladar tal costo a su contraparte.

---

<sup>15</sup> “Los árbitros no deben exceder a su mandato. Cuando los árbitros fallan *infra* o *ultra petitia*, excederán su mandato y su laudo corre el riesgo de ser anulado o denegado en ejecución. Este será el caso cuando los árbitros se extralimiten en sus facultades conforme a las normas o leyes aplicables. Es importante distinguir desde el principio que los árbitros no pueden basar sus decisiones en argumentos que no hayan sido presentados por las partes. El límite radica en que los árbitros no pueden conceder a las partes más de lo que solicitaron en sus pretensiones”. Traducción propia.

110. Podría discutirse que, con un análisis de ponderación de por medio, deba priorizarse la tutela de algún derecho fundamental por encima del derecho fundamental a la defensa. Sin duda ello ese escenario es posible en un Estado Constitucional de Derecho, en el cual no existe derecho absoluto. Para tales casos, además de lo previamente señalado, proponemos algunas ideas a ser consideradas.
111. Formular una pretensión no solo implica los costos de desplegar un conjunto de acciones (trabajo, diseño de estrategia, producción de medios probatorios, etc.), sino también dividir la atención de los juzgadores en mayores compartimentos o posibilidades. En ese sentido, es posible que los litigantes puedan considerar como una decisión más eficiente plantear una única pretensión en el proceso; concentrar esfuerzos en una pretensión y presentarla como la más sólida posible<sup>16</sup>.
112. Ahora imaginemos que sea una regla común y aceptada que, en virtud del *iura novit curia*, el Tribunal Arbitral puede modificar o añadir una pretensión no invocada por la parte, con tal de tutelar algún derecho que identifique como vulnerado. En un contexto así, por más que el demandante únicamente haya incurrido en los costos propios de una sola pretensión, la parte demandada debería prever defensas contra todos los remedios posibles, incluso cuando no hayan sido invocados por la demandante. Al igual que en el caso de su contraparte, esto implicará mayores costos en el diseño de estrategias de defensa, costos en la actividad probatoria, costos en dispersar la atención del Tribunal Arbitral.
113. Pero no solo ello. El demandante tuvo plena libertad para formular sus pretensiones. Si admitimos que el Tribunal pueda modificar o añadir pretensiones durante el arbitraje, el demandado tendrá la carga de pronunciarse sobre cada uno de los posibles remedios que no fueron invocados por el demandante. En caso contrario, se encontraría en riesgo.
114. A este punto, parece claro que el principio de congruencia como garantía para las partes se relaciona con la forma en que las partes ejercerán el derecho a la defensa.

---

<sup>16</sup> Sobre este punto, recordemos que, como explica Sotero Garzón, “la característica fundamental de la acumulación de pretensiones subordinadas consiste en que la causa de pedir, esto es los fundamentos facticos o jurídicos de las pretensiones subordinadas sean contradictorios” (2013, p. 189). En ese sentido, aun cuando el análisis de la pretensión subordinada es ficcionalmente posterior a la negativa de la pretensión principal, le aproxima al Juez una interpretación o calificación jurídica distinta desde la lectura de la propia demanda.

115. La garantía del ejercicio del contradictorio frente al *iura novit curia* en el arbitraje comercial ha sido una de las principales preocupaciones de los autores. Como explica Vaughn:

Em-se, aqui, outro limite para o *iura novit curia* na arbitragem comercial: o respeito ao princípio do contraditório, que “constitui, sem dúvida, elemento essencial ao fenômeno processual, especialmente pela imprescindível participação dos interessados no iter de formação do provimento destinado a interferir em sua esfera jurídica”<sup>17</sup>.

116. En efecto, el contradictorio frente al *iura novit curia* no solo permite evitar que el laudo contemple decisiones que sorprendan a las partes, sino que les otorga la posibilidad de intervenir en la formación de las decisiones que impactarán en su esfera jurídica. En buena cuenta, les permite ejercer el derecho a la defensa frente a los argumentos de derecho que podría invocar el tribunal.

117. De forma más específica, dentro de las manifestaciones de la defensa se encuentra el derecho fundamental a probar. Sobre la relación entre la congruencia y la prueba de los hechos, Carnelutti señala que “el Juez tiene la obligación de no poner en la sentencia hechos discutidos que no hayan sido fijados mediante alguno de los procesos requeridos por la ley” (1955, p. 31).

118. En efecto, parte fundamental de la motivación de las decisiones proviene del análisis de los hechos invocados y probados por las partes. Pero no debemos perder de vista un elemento central: la *causa de pedir* (y los hechos que la integran) necesariamente está vinculada con el *petitum*, es decir, con el remedio jurídico solicitado.

119. De tal manera que las partes limitarán -o al menos tomarán como principal referencia- probar los hechos relacionados al remedio jurídico específico que representa el petitório.

120. En atención a lo expuesto, el análisis del segundo problema jurídico nos invita a concluir en el que fue nuestro punto de partida: la congruencia configura el alcance del litigio. A partir de esa garantía, las partes despliegan las distintas manifestaciones del derecho fundamental a la defensa. Salvo escenarios excepcionalísimos, la exigencia general de la

---

<sup>17</sup> “Aquí surge otro límite al *iura novit curia* en el arbitraje comercial: el respeto al principio contradictorio, que ‘constituye, sin duda, un elemento esencial en el fenómeno procesal, especialmente por la imprescindible participación de los interesados en el iter de formación de la disposición destinada a interferir en su ámbito jurídico’”. Traducción propia.

congruencia es el mecanismo más eficiente para equilibrar la tutela de los derechos materiales y los llamados derechos procesales.

### 5.3. Tercer problema jurídico: ¿se respetó el principio de congruencia en el arbitraje seguido entre ENEL y ELECTROPERÚ?

121. Superado el primer problema jurídico y tomando como base la posición sentada respecto del segundo problema jurídico, evaluaremos si se ha respetado o no el principio de congruencia en el arbitraje seguido entre ENEL y ELECTROPERÚ. Para ello, nos centraremos en dos cuestiones: primero, la correspondencia entre el objeto procesal y el fallo arbitral; y, luego, el ejercicio de la defensa que ambas partes desplegaron en el arbitraje.

#### 5.3.1. La correspondencia entre el objeto procesal y el fallo arbitral en el caso en concreto

122. Como mencionamos al inicio del presente informe, se entiende por objeto procesal a la pretensión y a su oposición. Entendemos por pretensión al pedido de la aplicación del remedio jurídico al caso concreto. Esta pretensión se compone dos elementos: a) el petitorio (*petitum*), o pedido específico de la aplicación de un determinado remedio jurídico; y b) la causa de pedir (*causa petendi*), o los fundamentos de hecho específicos en los cuales el demandante sustenta su petitorio. Respecto de la causa de pedir, Priori afirma que se constituye “solo de los hechos que inciden directamente en la configuración del supuesto de hecho de la norma cuya consecuencia jurídica el demandante pretende que se le aplique” (Priori 2019, pp. 156-157).

123. Precisamente de la citada definición, se aprecia que el punto de partida de la congruencia está en las pretensiones planteadas.

124. Las pretensiones formuladas por ELECTROPERÚ fueron las siguientes:

#### **PRETENSIONES DE ELECTROPERÚ:**

##### **Primera Pretensión Principal:**

ELECTROPERÚ solicita que el Tribunal ordene que ENEL pague a ELECTROPERÚ la suma de US\$ 41'289,000.00 (Cuarenta y Un Millones Doscientos Ochenta y Nueve Mil con 00/100 Dólares Americanos) o la suma que el Tribunal determine, más el Impuesto General a las Ventas (en adelante, "IGV"), como restitución del valor de la

energía que EDEGEL no declaró en el COES en favor de ELECTROPERÚ y transó en su favor, por el periodo que va desde el 19 de octubre de 2006 al 29 de septiembre de 2009.

**Segunda Pretensión Principal:**

ELECTROPERÚ solicita que el Tribunal ordene que ENEL pague a ELECTROPERÚ la suma de S/. 49,228.76 (Cuarenta y Nueve Mil Doscientos Veintiocho con 76/100 Soles) o la suma que el Tribunal determine, más el IGV como restitución del valor de la energía que EDEGEL no declaró en el COES en favor de ELECTROPERÚ y transó en su favor por el periodo que va del 8 al 28 de junio de 2006.

**Pretensión Accesorio a la Primera y Segunda Pretensiones Principales:**

ELECTROPERÚ solicita que el Tribunal ordene que ENEL pague a ELECTROPERÚ, intereses sobre las sumas que ordene pagar, indicando el tipo y tasa de interés y la fecha a partir de la cual deben computarse los mismos. :

125. Se aprecia que el remedio jurídico (*petitum*) solicitado en ambas pretensiones es el remedio restitutorio. Asimismo, que los principales hechos (*causa petendi*) se reducen a que: i) en virtud del Contrato de Suministro, ELECTROPERÚ habría tenido derecho de propiedad respecto de una cantidad de energía producida por ENEL; y ii) Entre los periodos del 19 de octubre de 2006 al 29 de setiembre de 2009 y del 8 al 28 de junio de 2006, ENEL habría transferido dicha energía hacia terceros, obteniendo una ganancia de US\$ 41'289,000.00 y S/. 49,228.76. respectivamente a cada periodo.

126. Por su parte, las pretensiones reconvenzionales formuladas por ENEL fueron las siguientes:

**PRETENSIONES RECONVENZIONALES DE ENEL:**

**Primera Pretensión Principal:**

Que, declare que son infundadas las observaciones de Electroperú al precio de la energía, facturado por Edegel, por concepto de suministro de energía activa bajo el Contrato de Suministro de Energía correspondiente al periodo que va desde el 8 de junio de 2006 hasta el 29 de setiembre de 2009.

**Segunda Pretensión Principal:**

Que se ordene a Electroperú pagar a Enel la suma de US\$ 19,576,085.00 correspondiente a los montos observados por Electroperú y dejados de pagar de las facturas por concepto de suministro de energía activa bajo el Contrato de Suministro de Energía por el periodo que va desde el 8 de junio de 2006 hasta el 29 de setiembre de 2009, más los impuestos correspondientes.

**Pretensión Accesorio a la Segunda Pretensión Principal:**

Que se ordene a Electroperú, pagar a Enel la suma de US\$ 11,827,561.00 correspondiente a los intereses compensatorios y el recargo por mora establecidos en la cláusula 8.2 del Contrato de Suministro de Energía por los montos dejados de pagar de las facturas observadas del periodo que va desde el 8 de junio de 2006 hasta el 29 de setiembre de 2009, calculados al 30 de junio de 2017, y, adicionalmente, los intereses que se devenguen hasta la fecha del laudo y los que se devenguen hasta la efectiva de pago.

**Tercera Pretensión Principal:**

Que se declare que corresponde a Electroperú asumir los costos y gastos del presente arbitraje y se ordene a Electroperú pagar a Enel los costos y gastos incurridos por Enel en el presente arbitraje en virtud de la cláusula 16.7 del Contrato de Suministro de Energía y del numeral 17.1 de la Orden Procesal No. 1.

127. Diseccionemos cada una de las pretensiones:

- La primera pretensión reconvenzional invocó la aplicación de un remedio declarativo<sup>18</sup>. Dada la naturaleza del remedio, su causa de pedir se limita a una situación presuntamente preexistente, que ELECTROPERÚ formuló observaciones sobre el precio de la energía y que tales observaciones carecerían de sustento. Sobre esta situación, solicita que se constituya la calificación jurídica que corresponda en vía de declaración.
- La segunda pretensión reconvenzional está destinada a que se ordene a ELECTROPERÚ el pago un monto dinerario en favor de ENEL, como la restitución de la prestación parcialmente no ejecutada. Su causa de pedir se funda en que la empresa estatal no pagó a ENEL la suma reclamada, debido a las observaciones que formuló ELECTROPERÚ respecto de tal monto.
- La pretensión accesoria tiene por *petitum* la aplicación del remedio resarcitorio, específicamente del resarcimiento previsto por el interés compensatorio y el interés moratorio. A su vez, la causa de pedir refiere a que existe pacto de intereses compensatorios e intereses moratorios que serían aplicables a los hechos que configuran la *causa petendi* de las pretensiones principales.

128. De acuerdo con lo expuesto en el primer y segundo problema jurídico, el análisis realizado sobre las pretensiones planteadas nos permitirá delimitar las materias de pronunciamiento en el laudo arbitral.

---

<sup>18</sup> De acuerdo con Buendía De los Santos, “el remedio declaratorio sirve para dilucidar conflictos entre las partes respecto a los derechos que se desprendan del contrato, sin llegar a mandatos judiciales que ordenen que la parte deba realizar algún comportamiento” (Buendía 2019, p. 48).

129. En contraste, veamos qué resolvió el Tribunal Arbitral frente a estas pretensiones:

<p>93. En virtud de las comprobaciones de hecho y los razonamientos en derecho que preceden, el Tribunal Arbitral <b>LAUDA y DECIDE</b> como sigue (Artículos 33-34 y 40-42 del Reglamento CNUDMI):</p> <ul style="list-style-type: none"><li>(i) Hace lugar a las pretensiones de la Demandante.</li><li>(ii) Rechaza la pretensión reconvenzional de la Demandada.</li><li>(iii) En concepto de la Primera Pretensión Principal de la Demandante, condena a la Demandada a que haga íntegro y efectivo pago a la Demandante de las sumas de US\$ 41,289,000.00</li><li>(iv) En concepto de la Segunda Pretensión Principal de la Demandante, condena a la Demandada a que haga íntegro y efectivo pago a la Demandante de la suma de s/ 49,228.76.</li><li>(v) Condena a la Demandada al pago de intereses legales (Artículos 1244-1245, 1334 CC) en relación con el importe de capital correspondiente a la Primera Pretensión Principal de la Demandante establecido en el sub-párrafo (iii) del presente párrafo 93 sobre los montos a los que correspondan cada una de las comunicaciones referidas en el párrafo 88 del presente Laudo Final, y a partir de las fechas respectivamente establecidas en los párrafos 88-89 del presente Laudo final, hasta que se haya hecho íntegro pago de los importes de capital respectivos a la Demandante.</li><li>(vi) Condena a la Demandada al pago de intereses legales (Artículos 1244-1245, 1334 CC) sobre el importe de capital de la Segunda Pretensión Principal establecido en el sub-párrafo (iv) del presente párrafo 93 a partir del 25 de julio de 2006 hasta que se haya hecho íntegro pago de dicho importe de capital a la Demandante.</li><li>(vii) Condena a la Demandada a soportar íntegramente los costos jurídicos de la Demandante y a soportar los propios, y por consiguiente, condena a la Demandada a hacer íntegro y efectivo pago a la Demandante de la suma de S/ 64,000 (honorario de experto) y de US\$ 411,494.53 (honorarios arbitrales) por esos conceptos.</li></ul>
<ul style="list-style-type: none"><li>(viii) Condena a la Demandada a soportar íntegramente los costos y gastos administrativos del Centro, y por consiguiente condena a la Demandada, además de soportar tales costos y gastos propios, a reembolsar a la Demandante la suma de US\$ 157,840.83 pagada por la Demandante al Centro por esos conceptos.</li><li>(ix) Todo reclamo o pretensión deducido en estas actuaciones arbitrales que no haya sido expresamente acogido bajo este párrafo 93 ha sido rechazado.</li></ul> <p>Dado y firmado en Lima, Perú, en siete (7) ejemplares, todos idénticos y a un mismo efecto, a los <u>diez y nueve</u> días de agosto de 2019.</p>

Páginas 28 y 29 del laudo arbitral del 19 de agosto de 2019

130. En esta vista preliminar, aparentemente existiría relación entre lo resuelto y lo laudado. Precisamente esa fue la conclusión de la Segunda Sala Comercial al afirmar en su considerando 3.53. que “hubo correspondencia entre el petitorio y lo decidido, e

identidad entre las sumas puestas a cobro por los periodos que se pidieron y lo que se decidió en el laudo”.

131. Sin embargo, un análisis más profundo de las pretensiones resueltas nos permitirá advertir que no fue respetada la correspondencia entre el objeto procesal y el fallo.
132. Para ello, volvamos a los conceptos previamente explicados sobre la pretensión como institución procesal: “la pretensión puede explicarse como el pedido de aplicación de un remedio acogido por el sistema jurídico para una situación jurídica de ventaja (*petitum*) frente a una situación de lesión o amenaza de lesión, que está configurada por hechos específicos que constituyen la razón de ser de dicho pedido (*causa petendi*)” (Priori Posada, 2019, p. 122)
133. Apolín Meza se encuentra de acuerdo con Priori Posada, al afirmar que “el objeto de la pretensión, no sólo consiste en la realización de un pedido concreto, sino esencialmente, en la solicitud de una “*consecuencia jurídica*” [remedio jurídico] prevista en el ordenamiento, ya que necesariamente dicha consecuencia deberá estar sustentada en la afirmación del supuesto de hecho de una norma”.
134. Si adoptamos dicha postura, tenemos que el remedio es el elemento esencial de la pretensión. Entonces, no basta con que la consecuencia fáctica ordenada en el fallo arbitral coincida con la consecuencia perseguida; la congruencia no debe evaluarse desde la consecuencia fáctica, sino desde la correspondencia entre el remedio solicitado y el remedio otorgado o denegado.
135. Bajo esas luces, volvamos a examinar la primera pretensión principal planteada por ELECTROPERÚ:

**Primera Pretensión Principal:**

ELECTROPERÚ solicita que el Tribunal ordene que ENEL pague a ELECTROPERÚ la suma de US\$ 41'289,000.00 (Cuarenta y Un Millones Doscientos Ochenta y Nueve Mil con 00/100 Dólares Americanos) o la suma que el Tribunal determine, más el Impuesto General a las Ventas (en adelante, "IGV"), como restitución del valor de la energía que EDEGEL no declaró en el COES en favor de ELECTROPERÚ y transó en su favor, por el periodo que va desde el 19 de octubre de 2006 al 29 de septiembre de 2009.

136. Como puede apreciarse, lo que ELECTROPERÚ demanda es la “restitución del valor de la energía”.
137. Del examen de la demanda arbitral, no queda claro el supuesto normativo en el cual se subsumirían los hechos del caso para aplicar la restitución como consecuencia jurídica. Ello fue advertido por ENEL al contestar la demanda; en ese contexto, la demandada en el arbitraje discutió la naturaleza jurídica del reclamo de ELECTROPERÚ.

177. Nótese que **Electroperú evita denominar de manera jurídica el concepto por el cual argumenta que tiene derecho a esta “restitución”**. En el derecho de **responsabilidad contractual**, ante el incumplimiento de una obligación en un contrato de prestaciones recíprocas como el Contrato de Suministro de Energía **la parte afectada tiene derecho a: (i) exigir el cumplimiento de la obligación debida o (ii) resolver el contrato y, en ambos casos, (iii) demandar por daños y perjuicios**. Electroperú no

Párrafo 177 de la Contestación de ENEL a la demanda arbitral

138. Cabe mencionar que tales cuestionamientos planteados por la defensa de ENEL se plantearon como argumentos para la improcedencia de la demanda ya que, de corresponder el pedido a una naturaleza resarcitoria por lucro cesante, la demandada buscaba la aplicación de la cláusula 12.4 del Contrato de Suministro, por la cual las partes renunciaron expresamente a todo lucro cesante<sup>19</sup>.
139. A raíz de ello, ELECTROPERÚ presentó un escrito de réplica a la contestación, según lo previsto en las reglas del arbitraje. En él, reafirmó su postura: la pretensión es de restitución y de no de resarcimiento.

172. **La calificación que hace ENEL de nuestra petición como indemnización no es correcta**. ELECTROPERÚ está reclamando a ENEL le restituya el valor de la energía de la cual EDEGEL se apropió indebidamente y **cobró como si fuera suya**.

Párrafo 172 del escrito de Réplica de ELECTROPERÚ a la contestación de demanda

<sup>19</sup> A pesar de que el texto del Contrato de Suministro de Energía Eléctrica refiere a todo tipo de lucro cesante, se entiende que la renuncia únicamente alcanza al lucro cesante por culpa leve, en tanto el ordenamiento excluye la renuncia a la responsabilidad civil derivada de culpa grave y de dolo.

140. Si bien no se afirma de forma explícita, podemos apreciar la presencia del derecho de propiedad como presupuesto a la restitución solicitada. En efecto, ELECTROPERÚ sostiene que ENEL “se apropió” de la energía y cobró “como si fuera suya” (cuando, de acuerdo con la tesis de ELECTROPERÚ, tal energía ya habría sido de su propiedad).
141. Debido a las irregulares aproximaciones al remedio que configura el *petitum* de ELECTROPERÚ, el Presidente del Tribunal Arbitral solicitó a la demandante “poner delante un *petitum*” al iniciar el tercer día de Audiencia, en el cual tuvieron lugar los alegatos de cierre.

5	El segundo pedido va en realidad encaminado a
6	la demandante. Quisiéramos que nos pongan
7	delante un petitum, exactamente qué es lo que
8	están pidiendo, qué condena piden.

Página 504 de la Transcripción de audiencia arbitral – Tercer día (25 de julio de 2018)

142. Frente a tal pedido, ELECTROPERÚ reafirmó la naturaleza restitutoria de su pretensión:

Y casi como para atender uno de los pedidos del Tribunal tenemos puesta como la primera lámina lo que es el petitório de esta demanda. Esta es la pretensión, la primera pretensión de la demandada y lo que Electroperú solicita está textualmente señalado ahí. Solicita que el Tribunal ordene a Enel que pague a Electroperú la suma de 41.289.000 dólares o la que el Tribunal determine como restitución del valor de la energía que EDEGEL no declaró en el COES en favor de Electroperú y transó en su favor por el período que a va del 18 de noviembre del 2006 al 29 de septiembre del 2009.
---

Página 505 de la Transcripción de audiencia arbitral – Tercer día (25 de julio de 2018)

143. Ya en el desarrollo del alegato de cierre, la defensa de ELECTROPERÚ afirmó que, en caso fuese indemnización, “nosotros decimos es daño emergente y no es lucro cesante”.

541

VERSIÓN CORREGIDA

1 indemnización. Si es indemnización, nosotros  
2 decimos es daño emergente y no es lucro cesante.  
3 Y voy a hablar un poquito de ese tema que me  
4 pidieron, de la restitución.

Página 541 de la Transcripción de audiencia arbitral – Tercer día (25 de julio de 2018)

144. Es así que, de los propios términos planteados por ELECTROPERÚ a lo largo del arbitraje, no se desprende que se haya modificado la pretensión de restitución, ni tampoco que se hubiese acumulado una pretensión subordinada al arbitraje.

145. Los términos restitutorios de la pretensión fueron reconocidos por el Tribunal en el considerando 63 del laudo arbitral:

**63. La Demandante insistió en sus alegatos de cierre durante la audiencia que no está solicitando lucro cesante ya que no pide un valor distinto al que tenía derecho a percibir conforme al Contrato de Suministro. Solicita la restitución del valor del que fue privada en razón del accionar de la Demandada en violación del Contrato de Suministro. Destaca que es imposible la devolución de esa energía, es decir, la inyectada por cuenta de la Demandada al SEIN en el plazo del Contrato de Suministro y, por consiguiente, que no entabla una acción reivindicatoria. Lo que si es posible bajo el Contrato de Suministro, y en particular de conformidad con su Cláusula 4.2 (b) (verla en el párrafo 55 *ut supra*), es la devolución del valor percibido por la Demandada por esa energía en el mercado *spot* o, en las propias palabras de la Demandante, que « *Enel devuelva lo que correspondía cobrar a Electroperú* ».**

Considerando 63 del laudo arbitral

146. Apenas párrafos después, el propio laudo indica que sí habría operado una modificación de la pretensión principal:

(ii) Si bien la Demandante ha planteado inicialmente sus reclamos bajo la figura de la restitución, cuya dimensión, significado y efectos son difíciles de aprehender bajo el derecho peruano invocado por la Demandante, lo cierto es que como ésta lo indicó claramente en la audiencia y en su escrito post-audiencia, la Demandante está dispuesta a que – como no escapó a la atención de la Demandada<sup>10</sup> – su reclamación sea entendida como de naturaleza indemnizatoria por violación contractual<sup>11</sup>. Es en esa óptica donde se sitúa el Tribunal Arbitral en su análisis.

Considerando 65, ítem (iii), del laudo arbitral

147. Puede advertirse del texto citado la llamada 11 al pie de página del laudo. En él, se menciona que la presunta modificación de la pretensión se encontraría en el párrafo 54, página 16, del escrito post-audiencia de ELECTROPERÚ, del 24 de agosto de 2018. Tal párrafo dice, textualmente, lo siguiente:

54. En conclusión, en el supuesto negado que se considere que el pedido que formula ELECTROPERÚ tiene carácter indemnizatorio, nos encontramos ante un claro pedido de daño emergente, y no de lucro cesante, como infundadamente pretende sostener Enel; puesto que lo que se reclama es la disminución que ha sufrido

Párrafo 54, página 16, del escrito presentado por ELECTROPERÚ el 24 de agosto de 2018

148. El lector podrá apreciar que dicha alegación no puede implicar la modificación de la pretensión arbitral. Primero, porque la parte demandante no es explícita en los términos que requeriría una modificación al petitorio. Segundo, porque el estadio en el cual se encontraba el arbitraje era el de alegatos post audiencia y previo al cierre de la instrucción, etapa que no es oportuna para una modificación de tal naturaleza<sup>20</sup>.

149. A pesar de que el Tribunal Arbitral falló bajo la lógica de que operó una modificación del petitorio, la Segunda Sala Comercial sostuvo en el considerando 3.53 que sí existió identidad entre la pretensión demandada y el fallo arbitral.

**3.53.** Entonces, se advierte que hubo correspondencia entre el petitorio y lo decidido, e identidad entre las sumas puestas a cobro por los periodos que se pidieron y lo que se decidió en el laudo; parafraseando la doctrina reseñada, hubo armonía entre lo solicitado y lo decidido; por tanto, se verifica respeto al principio de congruencia; y, en esa línea de

Considerando 3.53 de la sentencia del 27 de abril de 2021

150. A mi modo de ver, el origen del error en el razonamiento de la Segunda Sala Comercial se encuentra en equiparar la consecuencia jurídica con la consecuencia fáctica. La Sala sostiene que la consecuencia jurídica es “el pago de una suma de dinero”. Ello es errado, pues la consecuencia jurídica es la aplicación de un remedio jurídico. El pago de la suma

---

<sup>20</sup> Como consta en la transcripción del tercer día de audiencia arbitral (25 de julio de 2018), las partes acordaron que los escritos post audiencia tratarían necesariamente las conclusiones de las audiencias, sin permitir que se aporte ninguna prueba adicional. Asimismo, dichos escritos se presentarían en simultáneo por ambas partes, sin conferir traslado para respuestas.

de dinero, que puede integrar la consecuencia jurídica, es en realidad una consecuencia fáctica.

151. En el caso en concreto, el remedio solicitado por ELECTROPERÚ en la pretensión es el remedio restitutorio. Como expresó el árbitro Jana Linetzky en su voto en discordia, la acción restitutoria tiene como presupuestos la propiedad o el dominio sobre el bien reclamado. En este caso, la restitución solicitada en los términos de ELECTROPERÚ implicaba necesariamente analizar si existía o no el derecho de propiedad de esta empresa sobre la energía por cuyo valor demanda. El fallo del Tribunal debió ceñirse a ello. El laudo, sin embargo, no solo no contempla análisis sobre dicho punto, sino que resuelve sobre una pretensión adicional o implícitamente modificada.
152. En el numeral 3.49 de la sentencia, la Segunda Sala Comercial de Lima se aproxima a la postura de que sí habría operado una modificación del objeto procesal. Sostuvo que “la indemnización fue planteada en la contestación realizada por el demandado”:

**3.49.** De lo descrito en los extractos de las transcripciones de las citadas Audiencias, y de una fácil lectura de los mismos, se puede colegir con holgura, que aun cuando el Tribunal Arbitral no fijó como punto controvertido, la indemnización, sin embargo, ésta sí fue planteada en la contestación realizada por el demandado, además debatida en las Audiencias durante el desarrollo del proceso, tanto por las partes como por los Árbitros; más aún, en el escrito post audiencia presentado por ELECTROPERÚ, con fecha 24 de agosto de 2018, a folios 3000 del EJE, quien en un principio solicitó el pago como una restitución, señaló y argumentó lo siguiente:

Considerando 3.49 de la sentencia del 27 de abril de 2021

153. Nuevamente discrepo del criterio del Colegiado. Si bien considero que el cuestionamiento a la naturaleza jurídica de lo solicitado por ELECTROPERÚ sí forma parte del objeto procesal, es necesario delimitar su alcance. En otras palabras: considero que la defensa de ENEL habilitó al Tribunal Arbitral a pronunciarse sobre si dicho reclamo constituye restitución o lucro cesante. Pero de ningún modo habilita al Tribunal a otorgar más allá de lo solicitado en favor de la demandante, pues no es concebible que ENEL, como parte demandada, modifique la pretensión del demandante en perjuicio propio.

154. El último punto a analizar respecto de la congruencia como la relación entre el objeto procesal y el fallo arbitral se refiere a la posibilidad de pretensiones implícitas. A este punto, hemos visto que, tanto el laudo como la sentencia emitida por la Segunda Sala Comercial de Lima fundamentan sus posiciones en que habría operado una modificación implícita de la demanda (ya sea por obra de la demandada ENEL en su contestación o por “aceptación” de la demandante ELECTROPERÚ en su escrito de alegatos post audiencia arbitral). Sin embargo, dicho razonamiento no es aceptable en la Ley de Arbitraje peruana, ni tampoco bajo el Reglamento de la CNUDMI a cuyas disposiciones se sometieron las partes.
155. ¿Se puede ampliar o modificar una demanda en el arbitraje? Sí. El numeral 3 del artículo 39 de la Ley de Arbitraje dispone que:

**Ley de Arbitraje – Decreto Legislativo 1071 que norma el arbitraje**

**Artículo 39.- Demanda y contestación**

Salvo acuerdo en contrario, en el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiera causar a la otra parte o cualesquiera otras circunstancias. El contenido de la modificación y de la ampliación de la demanda o contestación, deberán estar incluidos dentro de los alcances del convenio arbitral.

156. Dicho artículo se nutre del numeral 2 del artículo 23 de la Ley Modelo de la CNUDMI:

**Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006**

**Artículo 23. Demanda y contestación**

2) Salvo acuerdo en contrario de las partes, en el curso de las actuaciones arbitrales cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda o contestación, a menos que el tribunal arbitral considere improcedente esa alteración en razón de la demora con que se ha hecho.

157. El Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI, aplicable al caso en concreto, sigue el mismo tenor y establece lo siguiente:

**Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI (2010)**

**Modificaciones de la demanda o de la contestación**

**Artículo 22**

En el transcurso de las actuaciones, una parte podrá modificar o complementar su demanda o contestación, inclusive formular una reconvencción o una demanda a efectos de compensación, a menos que el tribunal arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación o ese complemento en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiere causar a otras partes o cualesquiera otras circunstancias. Sin embargo, una demanda o una contestación, incluida una reconvencción o demanda a efectos de compensación, no podrán modificarse ni complementarse de manera tal que la demanda o la contestación modificadas o complementadas queden excluidas en el ámbito de competencia del tribunal arbitral.

158. Del marco normativo aplicable al caso bajo análisis se desprende que sí existe la posibilidad de modificar o ampliar las pretensiones que han sido planteadas en el arbitraje. También, queda claro que quien está habilitada para realizar un acto de tal trascendencia es la propia parte; frente a ello, el rol del Tribunal es determinar si procede o no tal pedido de modificación o ampliación, en salvaguarda del derecho de defensa de la otra parte en el arbitraje.
159. El renombrado Gary Born, uno de los académicos contemporáneos más prolíficos en materia arbitral alrededor del mundo, ha dedicado algunas líneas al artículo 22 del Reglamento de la CNUDMI. Sobre este punto, Born ha hecho especial énfasis en que, si bien la posibilidad de ampliar y modificar las pretensiones corresponde con el principio de flexibilidad del arbitraje, es necesario que, ya sea por mala fe o por irresponsabilidad, este accionar no genere perjuicios a la contraparte:

Amendments can have significant costs, particularly where one party is irresponsible or acting in bad faith. Noncompliance with deadlines and last-minute or far-reaching amendments to pleadings or submission of new evidence can cause substantial prejudice to a counter-party and compromise the efficacy and integrity of the arbitral process. Tribunals have frequently taken these factors into account in determining whether to permit a requested amendment (and in allocating the costs of the arbitration). (Born, 2021, p. 2427)

160. Para graficar su punto, Born se remite a las decisiones de distintos tribunales arbitrales<sup>21</sup>. Por ejemplo, en el caso *Harris International Telecommunications v. Iran*, el Colegiado sostuvo que, antes de resolver respecto de una modificación de demanda, es necesario evaluar: i) si la otra parte se verá perjudicada con la enmienda planteada; ii) si la parte

---

<sup>21</sup> Entre otros, Born cita el caso *A's Co. v. Dagger*, Caso No. M1482-SD00 (Auckland High Ct. 2003) (denial of opportunity to be heard where arbitrator allowed party to develop different case from that pleaded and to present evidence on new issues).

tendrá la oportunidad de defenderse respecto de las nuevas o modificadas pretensiones; y iii) si las modificaciones implicarán una demora innecesaria o excesiva en el arbitraje<sup>22</sup>.

161. Ahora bien, ¿puede ser implícita la modificación? A primera vista, las normas reseñadas no establecen una formalidad expresa para tales enmiendas al petitorio, siempre y cuando no conculquen derechos a la contraparte.
162. Para echar más luces sobre la interrogante planteada, considero relevante leer el artículo 39 de la Ley de Arbitraje en armonía con la evolución del artículo 63 sobre causales de anulación de laudo.

<b>LEY GENERAL DE ARBITRAJE (1995 - 2008) (Derogada)</b>	<b>LEY DE ARBITRAJE – DECRETO LEGISLATIVO 1071 QUE NORMA EL ARBITRAJE (2008)</b>
<p><b>Artículo 73.- Causales de anulación de los laudos arbitrales.</b> El laudo arbitral sólo podrá ser anulado por las causales siguientes, siempre y cuando la parte que alegue pruebe:</p> <p>6. Que <b>se ha laudado sobre materia no sometida expresa o <u>implícitamente</u> a la decisión de los árbitros.</b> En estos casos, la anulación afectará sólo a los puntos no sometidos a decisión o no susceptibles de ser arbitrados, siempre que los mismos tengan sustantividad propia y no aparezcan inseparablemente unidos a la cuestión principal.</p>	<p><b>Artículo 63.- Causales de anulación.</b> 1. El laudo sólo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe:</p> <p>d. <b>Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.</b></p>

163. Como puede apreciarse, el artículo 73 de la derogada Ley General de Arbitraje permitía que el laudo se pronuncie sobre materias sometidas de forma *implícita* a decisión de los árbitros. Dicha disposición fue retirada de la norma vigente. Por lo tanto, una lectura histórica y sistemática de la regulación sobre modificaciones a la demanda y causales de anulación nos permite advertir que el acto de someter materias a la decisión del tribunal arbitral es uno de tal relevancia que se requiere realizarse de forma expresa, y no cabe la modificación o ampliación implícita. La posibilidad de una pretensión implícita

<sup>22</sup> Harris International Telecommunications, Inc. v. Iran, Award in IUSCT Case No. 323-409-1 of 2. November 1987, 17 Iran-US CTR 31, 55-57 (1987) (prejudice to respondent grounds for refusing to permit introduction of counterclaim).

(modificada o añadida) tiene series implicancias en el derecho a la defensa, como veremos en la siguiente sección.

164. Para finalizar el análisis sobre la correspondencia entre el objeto procesal y el fallo, proponemos las siguientes conclusiones:

- Tanto el Tribunal Arbitral como la Segunda Sala Comercial de Lima coinciden con que la pretensión planteada por ELECTROPERÚ es una de restitución y no de indemnización. Este punto también es pacífico entre las partes.
- Tanto el Tribunal Arbitral como la Segunda Sala Comercial de Lima coinciden en que habría operado una ampliación o una modificación en la pretensión demandada por ELECTROPERÚ. Mientras que el Tribunal Arbitral sustenta tal modificación en lo expuesto por ELECTROPERÚ en el escrito post-audiencia, la Sala Comercial de Lima considera que la pretensión indemnizatoria fue introducida al objeto procesal con la contestación de demanda.
- En tanto no existe un pedido expreso de ELECTROPERÚ para modificar la pretensión durante el arbitraje, esta únicamente pudo haber sucedido de forma implícita. Las pretensiones implícitas no se encuentran expresamente reguladas en el marco normativo aplicable a la controversia, con lo cual cabe aplicar otros métodos de interpretación de las normas.
- La interpretación sistemática e histórica de la Ley de Arbitraje permite apreciar que el legislador retiró la formulación de pretensiones implícitas como materias sometidas al arbitraje. Por lo tanto, extraemos como regla general que sí es necesario que las ampliaciones y modificaciones de pretensiones deban realizarse de forma expresa.
- Por lo expuesto, el principio de congruencia en el presente caso debe evaluarse únicamente como la correspondencia entre el objeto procesal (conformado por las pretensiones planteadas en el arbitraje y sus oposiciones) y el fallo o la parte dispositiva del laudo. Condenar a ENEL a una indemnización excede a las pretensiones como también a su oposición; por lo tanto, el Tribunal Arbitral no respetó la relación de correspondencia entre el objeto procesal y el alcance de su fallo.

### **3.5.2.El contradictorio y el ejercicio del derecho a la defensa en el arbitraje**

165. Como concluimos al analizar el segundo problema jurídico, el análisis funcional de la congruencia nos permite vincularla estrechamente con el ejercicio del derecho fundamental a la defensa. Sobre esta relación, Gozáini sostiene que:

Para que el vicio [derivado de inobservar la congruencia] afecte el derecho de defensa, “deberá mostrar un absoluto desvío de la pretensión con consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial [o arbitral], se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieran oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa. (Gozáini, 2008, p. 158)

166. Según explicamos líneas arriba, entendemos por derecho a la defensa al “derecho de toda persona a ser informada de la existencia de un proceso en el que se discute acerca de sus intereses para que pueda intervenir en él, con la finalidad de alegar y probar, de modo que la decisión del juez [o árbitro] sea emitida después de escucharla” (Carocca, 1998).

167. Analicemos entonces si es que el fallo del Tribunal Arbitral en el caso en concreto implicó indefensión a ENEL y si se sustrajo del contradictorio, configurando un fallo extraño a las partes.

168. Recordemos una de las principales conclusiones del principio de congruencia como configuración del alcance del litigio: la demandada ejerce su defensa contra las pretensiones que plantea la demandante. En ese sentido, volvamos nuevamente al *petitum* y a la *causa petendi* de ELECTROPERÚ:

169. ELECTROPERÚ demandó la restitución (remedio restitutorio) de determinada cantidad de energía eléctrica que debió entregarse en la segunda etapa del Contrato de Suministro. Sin embargo, al tratarse de un bien ya consumido, solicita que se le otorgue su valor, que ascendería a US\$ 41 millones de dólares.

170. La *causa petendi* se resume en los siguientes argumentos:

- Existía una relación obligacional entre ENEL y ELECTROPERÚ, por la cual la primera se encontraba obligada a entregar determinada cantidad de energía despachada por la PTGN, hasta un máximo de 450 MW.

- La PTGN está configurada por la totalidad de la configuración técnica de la C.T. Ventanilla.
- La PTGN alcanzó una potencia de 457 MW, por lo cual ENEL se encontraba obligada a entregar 450 MW a ELECTROPERÚ. Sin embargo, ENEL solo declaró 384,9755 MW en nombre de ELECTROPERÚ ante el COES. La diferencia fue declarada e inyectada al SEIN como propia por parte de ENEL.
- Entre los periodos 2006 al 2009, ENEL se benefició económicamente transando dicha energía, la cual fue vendida a costo marginal de US\$ 74'658,000.00 (setenta y cuatro millones seiscientos cincuenta y ocho mil dólares), cuando debió venderse en cabeza de ELECTROPERÚ, a cambio de US\$ 33'369,000.00 (treinta y tres millones trescientos sesenta y nueve mil dólares). La restitución solicitada abarca esa diferencia: US\$ 41'289,000.00 (cuarenta y un mil doscientos ochenta y nueve mil dólares).

171. Ahora veamos cuáles son los argumentos de defensa que plantea ENEL:

- Primero, que el contenido de la PTGN es determinado por ENEL, y no corresponde al total de las instalaciones físicas que existen en la C.T. Ventanilla, sino únicamente a dos turbinas (TG 3 y TG 4) en ciclo simple más una turbina (TG 3) en ciclo combinado. En ese contexto, la energía generada por el ciclo combinado de la TG 4 no forma parte de la PTGN, y que su producción es de titularidad de ENEL.
- Segundo, que ELECTROPERÚ no actuó con buena fe, pues, si consideraban que ENEL no estaba cumpliendo, debió demandar ese supuesto cumplimiento en su oportunidad, e inclusive resolver. Sin embargo, esperó hasta después del término del Contrato de Suministro para reclamar, ya teniendo conocimiento de los resultados económicos de dicha energía.
- Tercero, que el remedio jurídico que corresponde a los hechos que fundamentarían la causa petendi de ELECTROPERÚ sería el remedio resarcitorio (indemnización por lucro cesante), y no el remedio de restitución. Asimismo, que, al suscribir el Contrato de Suministro, las partes renunciaron a reclamar cualquier lucro cesante derivado del Contrato.

172. Este tercer y último argumento es el gravitante para efectos de analizar la sentencia bajo análisis, que declaró infundado el recurso de anulación. ¿Es posible que, a partir de dicho argumento, se haya transformado el *petitum* de ELECTROPERÚ?
173. Luego de ser levantado el mencionado tercer argumento, ELECTROPERÚ presentó una réplica a la contestación de la demanda. El siguiente extracto del índice de dicho escrito es ilustrativo:

<b>5.</b>	<b>ARGUMENTOS SOBRE LA IMPROCEDENCIA DEL RECLAMO POR LUCRO CESANTE .....</b>	<b>56</b>
<b>5.1</b>	<b>Se reclama devolver lo que ENEL no debió cobrar.....</b>	<b>56</b>
<b>5.2</b>	<b>Si fuera indemnización, sería daño emergente y no lucro cesante.....</b>	<b>56</b>
<b>5.3</b>	<b>Si fuera indemnización, ENEL no podría limitar su responsabilidad.....</b>	<b>59</b>

Índice del escrito de Réplica presentado por ELECTROPERÚ en el arbitraje

174. ¿Qué dijo concretamente ELECTROPERÚ sobre el cuestionamiento a la naturaleza jurídica del remedio?

172. La calificación que hace ENEL de nuestra petición como indemnización no es correcta. ELECTROPERÚ está reclamando a ENEL le restituya el valor de la energía de la cual EDEGEL se apropió indebidamente y cobró como si fuera suya.

Página 56 del escrito de Réplica

175. Como puede apreciarse, ELECTROPERÚ reafirmó que el remedio que corresponde a su demanda es la restitución, pues ENEL se habría “apropiado indebidamente” de determinada cantidad de energía. Si bien no lo hace explícito, acusar esa apropiación implicaría que la energía no declarada en favor de ELECTROPERÚ ya era propiedad de ELECTROPERÚ por el simple hecho de haberse generado en la C.T. Ventanilla y de haber sido inyectada al SEIN.
176. En líneas posteriores, ELECTROPERÚ sostiene que “si se aceptara calificar como indemnización el concepto de restitución que ELECTROPERÚ invoca, este no sería una indemnización por lucro cesante, sino en todo caso una indemnización por daño emergente” (p. 57 del escrito de Réplica). Para fundamentar ello, alega que “ELECTROPERÚ podía considerar esa energía como propia desde que era inyectada al sistema. Esto significa que al no haberse inyectado dicha energía como propia de

ELECTROPERÚ, se le ha privado de su generación y como tal se ha afectado directamente la esfera de lo que es su patrimonio” (p. 59 del escrito de Réplica).

177. Como tercer punto, ELECTROPERÚ replica que, en virtud del artículo 1328 del Código Civil, “aún si se tratare de una indemnización por lucro cesante debe tenerse en consideración que es nulo todo pacto que excluya o limita la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable” (p. 59 del escrito de Réplica).
178. A partir de este último argumento, ELECTROPERÚ alega que ENEL incurrió en dolo, pues ENEL declaró de manera deliberada la cuestionada energía como propia frente al COES, y que, advertida por ELECTROPERÚ de que le correspondía a ésta última, dicha conducta no cesó. Con todo conocimiento siguió reportándola como de su titularidad y no de ELECTROPERÚ (p. 63 del escrito de Réplica).
179. ELECTROPERÚ no termina allí su argumentación, sino que continúa refiriéndose a los demás elementos de la responsabilidad civil. Advierte que ya se había referido a la obligación inejecutada y a la imputación subjetiva, con lo cual procede a referirse al nexo causal y al daño (p. 64 del escrito de Réplica).
180. Respecto del nexo causal, ELECTROPERÚ se limita a definir que este implica una relación de causalidad entre el incumplimiento de una parte y el daño de la otra parte. Con relación al daño, ELECTROPERÚ afirma que el daño causado en su perjuicio se ha materializado al haberse apropiado ENEL de una cantidad de energía de la esfera patrimonial de ELECTROPERÚ, de manera ilegítima, dolosa y en incumplimiento de sus obligaciones bajo el Contrato de Suministro Eléctrico.
181. Finalmente, ELECTROPERÚ concluye su alegación reafirmando que su pretensión implica el pago por restitución del valor de la energía en cuestión.
182. Como puede apreciarse, ELECTROPERÚ alcanzó a referirse a los elementos de la responsabilidad civil (factor de atribución, daño, hecho generador, nexo causal) ¿Es suficiente lo expuesto en los párrafos precedentes para considerar que se planteó subordinadamente una pretensión implícita?

183. Para responder la pregunta, es necesario tener presente cuál es el trámite de la ampliación de demanda. Recordemos que las partes pactaron regirse bajo el Reglamento Arbitral de la CNUDMI (2010). El artículo 22 de dicho Reglamento habilita a las partes a “modificar o complementar sus demandas o contestaciones, a menos que el tribunal considere que no corresponde permitir esa modificación o ese complemento en razón de la demora con que se hubiere hecho, el perjuicio que pudiere causar a otras partes o cualesquiera otras circunstancias”.
184. De la disposición citada, considero que se desprenden dos elementos fundamentales que necesariamente son secuenciales. Primero, que la ampliación está sujeta a control del Tribunal (control que podría darse de forma explícita o implícita). Segundo, que esta ampliación no debe perjudicar el derecho a la defensa de la contraparte.
185. En el caso en concreto, considero que no se cumplieron ambos elementos; por tanto, no operó válidamente ninguna modificación ni ampliación de las pretensiones. De forma concreta, considero que, en el mejor de los casos para ELECTROPERÚ, el control del Tribunal sobre la admisibilidad de la ampliación de la demanda habría operado de forma implícita luego del Tercer día de Audiencia (aleatos de cierre), o inclusive con los escritos post laudo.
186. Lo dicho se fundamenta en dos hechos. Primero, que, por lo menos hasta la etapa de alegatos orales de cierre, el Tribunal no tenía en claro si existía algún *petitum* adicional, al punto que se vio en la necesidad de requerir a la parte demandante precisar o confirmar su petitorio<sup>23</sup>. Segundo, que el propio laudo arbitral sustenta la posibilidad de decidir sobre una pretensión indemnizatoria a partir de lo expuesto en la audiencia de alegatos finales y en el escrito post-audiencia.
187. El problema de que el Tribunal hubiese aprobado tácitamente la modificación al petitorio en esa etapa del arbitraje es la imposibilidad de ejercer el derecho a la defensa, pues no existió contradictorio posterior a la presunta admisibilidad de la pretensión subordinada indemnizatoria.

---

<sup>23</sup> Página 504 de la transcripción de Audiencia Arbitral – Tercer día (25 de julio de 2018).

188. En el fundamento 3.48 de la sentencia emitida por la Segunda Sala Comercial de Lima, el Colegiado reprodujo extractos de las transcripciones de las audiencias (registros documentales ofrecidos como medios probatorios por parte de ELECTROPERÚ). El presente autor discrepa con la forma en que la Sala valoró tales pruebas, pues omitió un hecho de suma relevancia que consta en la propia transcripción de audiencia.
189. Como consta en la transcripción del tercer día de audiencia arbitral (25 de julio de 2018), las partes acordaron que los escritos posteriores tratarían necesariamente las conclusiones de las audiencias, sin permitir que se aporte ninguna prueba adicional. Asimismo, dichos escritos se presentarían en simultáneo por ambas partes, sin conferir traslado para posibles respuestas.
190. Si es que realmente se hubiese admitido en dicha etapa la modificación de la demanda, el Tribunal Arbitral habría debido promover el contradictorio mediante nuevos escritos para que las partes se refieran expresamente a los elementos que componen la pretensión añadida (en este caso, a los elementos de la responsabilidad civil y sus tipologías) o, inclusive, una nueva audiencia. Nada de ello sucedió.
191. Es cierto que en el escrito posterior a la Audiencia arbitral presentado por ENEL el 24 de agosto de 2018, ésta se manifestó respecto de la imputación subjetiva de dolo. Al respecto, afirmó que “no puede haber intención deliberada de incumplir si se actuó de buena fe, con la creencia que se está ejecutando el Contrato de Suministro de Energía según lo acordado. ENEL actuó siempre con la convicción de que las inversiones adicionales al Compromiso de Inversión no se encontraban comprendidas en la PTGN”. Y prosiguió respecto de su buena fe, señalando que “los acuerdos de directorio y las memorias anuales que reflejan la intención y buena fe de Enel se tomaron cuando el Estado peruano era accionista de Etevensa [ENEL] y designaba directores. Por lo tanto, imputar un incumplimiento deliberado es poco serio y menos aún creíble considerando que el Estado peruano también era -y es- accionista de Electroperú; salvo que se pretenda sostener que el Estado peruano actuó a través de Etevensa [ENEL] en forma deliberada contra Electroperú”.
192. Sin embargo, quien suscribe no considera que tal alegato *in extremis* pueda calificarse como el ejercicio del derecho a la defensa. Recordemos que el derecho a la defensa, como

derecho fundamental, está compuesto por un haz de manifestaciones: el derecho a ser informado, el derecho a alegar, el derecho a probar, entre otros.

193. En ese sentido, no bastaría que ENEL absuelva o alegue sobre alguna nueva tangente de la discusión en el arbitraje para sostener que ha ejercido su derecho a la defensa. Para un ejercicio pleno, es necesario que se le haya informado que dicho extremo compondrá el objeto procesal y que, por tanto, será materia de decisión.
194. De hecho, acceder a información plena sobre qué compone el objeto procesal y la materia de decisión es un presupuesto necesario para el ejercicio adecuado de las siguientes manifestaciones del derecho a la defensa. En ese sentido, las actuaciones probatorias que despliegue la parte perjudicada no necesariamente estarán orientadas -mucho menos con la fuerza suficiente- a la pretensión tácita cuya introducción desconoce. Por el contrario, en un escenario en el cual la parte sí hubiese contado con información plena, podría inclusive haber ofrecido nuevos medios de prueba al proceso que ataquen los puntos neurálgicos de tal pretensión.
195. Del estudio del íntegro del expediente arbitral, se puede apreciar que el principal campo de discusión fue determinar el alcance de los términos estipulados en el Contrato, no solo bajo parámetros jurídicos sino fundamentalmente técnicos. Esto abarcó tanto la determinación de la energía comprometida como también el valor asignado a esta de acuerdo con las fórmulas pactadas.
196. Teniendo en cuenta aquello, es destacable que, en su contestación a la demanda y reconvencción ENEL ofreció setenta y un medios probatorios: dos de ellos, informes periciales destinados a sustentar el aspecto técnico de la controversia; los sesenta y nueve restantes, destinados a probar hechos que, de acuerdo con la tesis de ENEL, eran relevantes para reforzar una determinada interpretación del Contrato de Suministro. Adicionalmente, ENEL adjuntó 7 artículos académicos de doctrina sobre interpretación del contrato y 1 artículo para respaldar su posición frente a la naturaleza jurídica del reclamo postulado como restitutorio<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Sobre este punto, es relevante resaltar que, si bien el arbitraje seguido por ELECTROPERÚ y ENEL no califica como uno de carácter internacional de acuerdo con los parámetros establecidos en el artículo 5 de la Ley de Arbitraje, los árbitros que conformaron el Tribunal Arbitral tienen distintas nacionalidades. Esta circunstancia fue tomada en cuenta por las partes a lo largo de las actuaciones arbitrales, de modo que fueron necesarias alegaciones y explicaciones del derecho peruano (aplicable

197. Es verosímil creer que, de haberse postulado una indemnización como pretensión subordinada, el ejercicio del derecho a la prueba desde su primera manifestación (a ofrecer medios probatorios) habría sido diferente.

198. A razón de lo expuesto, culminamos la presente sección presentando las siguientes conclusiones:

- Fue ENEL quien introdujo al debate en el arbitraje la discusión sobre la naturaleza jurídica del reclamo de ELECTROPERÚ. Sin embargo, tal introducción únicamente habilitó al Tribunal a pronunciarse respecto de si la naturaleza del reclamo es la que propuso ELECTROPERÚ en su demanda o si configura una institución jurídica diferente a la solicitada.
- Debido a que ELECTROPERÚ nunca manifestó expresamente la voluntad de modificar o ampliar su petitorio, el Tribunal Arbitral otorgó a ELECTROPERÚ la posibilidad de precisar el *petitum* durante el inicio del tercer día de audiencias (destinada a los alegatos de cierre de las partes). La demandante reiteró la naturaleza restitutoria de su pretensión.
- La postura del presente autor es que, en el caso bajo análisis, nunca operó la modificación del petitorio. Ello se sustenta en la interpretación sistemática e histórica de la Ley de Arbitraje, por la cual considero no admisibles las pretensiones tácitas ni las modificaciones implícitas.
- En caso hubiese operado una modificación del petitorio como sostienen el laudo y la sentencia, ENEL se habría visto vulnerado en los distintos derechos que componen el derecho fundamental a la defensa. En primer lugar, su derecho a ser informado del objeto procesal que sería materia de pronunciamiento. A partir de tal desconocimiento, ENEL solo pudo ejercer de forma recortada sus derechos a alegar y a probar en el arbitraje.

## VI. POSICIÓN FRENTE A LA SENTENCIA BAJO ANÁLISIS

---

a la controversia), e incluso constan preguntas del Tribunal hacia las partes sobre el fundamento y las instituciones jurídicas invocadas.

199. Teniendo presente lo desarrollado en los problemas jurídicos identificados, aterricemos a lo resuelto por la sentencia.

200. La sentencia emitida por la Segunda Sala Comercial de Lima tuvo por objeto resolver las siguientes pretensiones formuladas por ENEL:

**Primera Pretensión Anulatoria Principal – causal d):**

Solicitamos que, conforme a la causal contenida en el artículo 63.1.d) de la Ley de Arbitraje, se anule el Laudo en Mayoría toda vez que en él se emitió pronunciamiento sobre **materias no sometidas a la decisión del Tribunal Arbitral**.

Como consecuencia de que se ampare esta pretensión, solicitamos que el Laudo en Mayoría sea anulado en los considerandos expuestos en los párrafos 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68 y 69 y la decisión contenida en los numerales (i), (iii) y (v) del párrafo 93.

**Segunda Pretensión Anulatoria Principal – causal b):**

Solicitamos que, conforme a la causal contenida en el artículo 63.1.b) de la Ley de Arbitraje y a lo dispuesto en la duodécima disposición complementaria de la Ley de Arbitraje, se anule el Laudo en Mayoría toda vez que contiene una **inexistente motivación que lesionó nuestro derecho al debido procedimiento arbitral**.

201. Por los argumentos expuestos en la sección 5.3.1., considero que el laudo efectivamente ha resuelto sobre materias no sometidas a la decisión del Tribunal Arbitral. Esto en tanto considero que: i) el *petitum* postulado por ELECTROPERÚ se refería expresamente a la restitución, tal como la propia parte dejó en claro a lo largo del arbitraje; y ii) no operó ninguna modificación válida del petitorio en sede arbitral ya que, a pesar de que las reglas del arbitraje sí prevén la posibilidad de modificar o ampliar la demanda, esta tiene dos requisitos esenciales: primero, debe contar con aprobación del Tribunal (tácita o explícita) y, segundo, debe garantizar y no lesionar los derechos de la contraparte.

202. Respecto de la pretensión postulada en el arbitraje, la Sala Comercial reconoce que originalmente se trató de un pedido de restitución (Considerando 3.37 de la Sentencia). Sin embargo, apenas líneas después el Colegiado considera que sí cabría la posibilidad de reconocer a la indemnización como pretensión implícita (“aunque no estuviera así planteada la devolución”, según los términos de la Sala).
203. Sin perjuicio de que la postura del presente autor es que la interpretación sistemática e histórica de la Ley de Arbitraje permiten excluir las pretensiones tácitas y las modificaciones implícitas, considero que la Sala comete dos errores sobre ese punto. Primero, a que la Sala equipara dos distintos remedios jurídicos (restitución y resarcimiento) por compartir una consecuencia fáctica: el pago de una suma de dinero. Considero equivocado ello pues, más allá de la “identidad entre las sumas puestas a cobro” (Considerando 3.53 de la Sentencia), el análisis jurídico de ambos remedios es diferente, y por tanto también existe diferencia entre los hechos a ser controvertidos. Segundo, a que no analizó la garantía del ejercicio de la defensa como elemento fundamental para concretar una ampliación al petitorio.
204. Incluso si fueran admisibles las modificaciones tácitas, nunca operó la modificación del petitorio en el caso bajo análisis. Como se ha explicado entre los párrafos 154 a 163, no solamente considero sumamente riesgoso amparar la posibilidad de pretensiones implícitas en el arbitraje, sino que, en caso de permitir las, las condiciones deben demostrar indubitablemente que no se ha perjudicado los derechos de ninguna parte. Es así que, habiendo analizado el caso en concreto, no se aprecian elementos suficientes para afirmar alguna pretensión resarcitoria tácita por parte de ELECTROPERÚ.
205. ¿Cuál es el análisis de la Sala para fundamentar que existió válidamente una modificación implícita del petitorio? Primero, que fue la demandada en el proceso arbitral quien introdujo la figura de la indemnización. Como se explicó en el párrafo 153 del presente informe, el cuestionamiento a la naturaleza jurídica de lo solicitado por ELECTROPERÚ sí forma parte del objeto procesal como oposición formulada por ENEL, mas no como tácita pretensión indemnizatoria en favor de su contraparte. Segundo, que a partir de lo debatido en las Audiencias y en el escrito post audiencia presentado por ELECTROPERÚ, sí podría reconocerse la presencia de una pretensión subordinada indemnizatoria a pesar de no haberse planteado como tal desde un inicio. Tal

razonamiento es errado debido a que, para configurarse válidamente una modificación, es necesario no vulnerar el derecho de la contraparte. Sin embargo, la Sala no realizó un examen profundo sobre el ejercicio de la defensa de ENEL.

206. En tanto nunca se constituyó válidamente la modificación del petitorio, considero que se cumple el supuesto previsto en el literal d) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje: el Tribunal Arbitral laudó sobre materias no sometidas a su decisión. En consecuencia, considero que el laudo es nulo respecto del extremo que ampara la primera y la segunda pretensión principal de ELECTROPERÚ.
207. Finalmente, se evalúa la configuración de la causal b) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje.
208. Empecemos por delimitar el alcance de la referida causal. La jurisprudencia de las Salas Comerciales ha reiterado que el artículo 63.1.b) de la Ley de Arbitraje incluye a las infracciones al contenido esencial del derecho a tutela jurisdiccional efectiva. Entre ellas, las infracciones al derecho fundamental a la defensa y a la debida motivación de las decisiones. Es en ese sentido que se llena de contenido al supuesto en el cual la parte “no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos”<sup>25</sup>.
209. En la sentencia recaída en expediente N° 345-2013 de la Primera Sala Comercial de Lima, este órgano jurisdiccional estableció que:

El cuestionamiento a la motivación del laudo arbitral (...), debe adecuarse concretamente dentro de una de las causales establecidas en nuestro ordenamiento arbitral. Para ello, a fin de determinar en qué causal debe ser admitida, conviene traer a colación lo establecido en el texto del inciso 2 del artículo 73 de la Antigua Ley General de Arbitraje que sancionaba con nulidad un laudo arbitral, “cuando el recurrente no hubiera podido hacer valer sus derechos”, pero condicionado a que, “siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa”: es decir, no bastaba que el recurrente no hubiera podido hacer valer sus derechos, sino que esta situación tenía que causarle un estado de indefensión manifiesta, haciendo notar, que el objeto cautelado estaba en función al derecho de defensa. Sin embargo, nuestra normativa vigente ha suprimido el segundo

---

<sup>25</sup> Proteger los derechos mencionados es concordante con la Duodécima Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje, la cual presenta al recurso de anulación como la vía procesal específica e idónea para proteger cualquier derecho constitucional amenazado, entre los cuales se encuentra -qué duda cabe- el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

párrafo (“siempre y cuando se haya perjudicado de manera manifiesta el derecho de defensa”), entendiendo que no tan solo se busca cautelar la parte relativa al derecho de defensa, sino cualquier derecho que las partes no hayan podido hacer valer en el curso del arbitraje, advirtiéndose sin duda alguna que el legislador, al haber hecho tal modificación, ha querido referirse al cúmulo de derechos contenidos dentro del debido proceso”.

210. La sentencia citada evidencia que tanto el derecho a la defensa como el derecho a la debida motivación se encuentran protegidas bajo el artículo 63.1.b).
211. Si bien el recurso de anulación de ENEL también deja constancia de afectaciones al derecho a la defensa, se centra en una presunta vulneración a la garantía de la motivación de las decisiones.
212. Por lo expuesto entre los párrafos 165 a 198 del presente informe, considero que el laudo es anulable por vulnerar el derecho a la defensa de ENEL bajo la causal b). Cabe mencionar que dicha causal tendría lugar especialmente si es que se acepta que ocurrió una modificación tácita al petitorio de ELECTROPERÚ en el arbitraje.
213. En efecto, en caso ELECTROPERÚ hubiese decidido incorporar una pretensión indemnizatoria y que el Tribunal la hubiese aprobado tácitamente, ENEL habría visto su derecho a ser informado del objeto procesal que sería materia de pronunciamiento. A partir de tal desconocimiento, ENEL solo pudo ejercer de forma recortada sus derechos a alegar y a probar en el arbitraje.
214. La Segunda Sala Comercial rechazó la pretensión por cuestionamiento a la motivación, afirmando que “la falta de motivación incide en la carencia de congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que también sustentó la causal d) ya analizada” (Considerando 3.56 de la Sentencia).
215. Ello es parcialmente cierto, pero caben algunas precisiones. El planteamiento de ENEL fue de inexistencia de motivación respecto de la pretensión restitutoria; considero que el laudo efectivamente adolece de tal vicio y que, además, ese punto no fue realmente zanjado por la Sala Comercial.

216. El razonamiento del Tribunal Arbitral en el laudo permite intuir el carácter subordinado de la pretensión indemnizatoria, y no una modificación directa de la pretensión principal (ello también se desprende de la defensa de ELECTROPERÚ en el trámite de la anulación). No obstante, la parte dispositiva del laudo sí reconoce como fundada “la primera pretensión principal”.
217. Si la pretensión indemnizatoria se hubiese acumulado tácitamente como subordinada, no solo habría una contradicción en la parte dispositiva del laudo, sino también demostraría inexistencia de motivación. En efecto, para analizar y decidir sobre una pretensión subordinada es un presupuesto necesario haberse pronunciado sobre el pedido principal. Sin embargo, el laudo no contempla una decisión expresa de tal pretensión. Podría entenderse que se desestimó la pretensión restitutoria, pero lo cierto es que el laudo tampoco contiene motivación que analice si la naturaleza jurídica del pedido corresponde o no a una restitución.
218. Si la pretensión indemnizatoria hubiese aparecido como una modificación tácita a la pretensión principal, ello sería coherente con el fallo arbitral, pero no encontraría motivación en el razonamiento que el Tribunal esboza en su laudo en mayoría. En efecto, el laudo no justifica en hechos ni en derecho la modificación que habría operado, ni que esa presunta modificación hubiese respetado el derecho al debido proceso arbitral de ENEL.
219. De forma complementaria para fundamentar el desamparo de la causal contenida en el artículo 63.1.b) de la Ley de Arbitraje por vulneración del derecho a la motivación, la Sala Comercial afirma que “ambas partes pactaron que el estándar de motivación está contenido en el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI” (Considerando 3.56 de la Sentencia, primer párrafo). Lamentablemente, la Sala no profundizó en dicho punto: únicamente se limitó a transcribir los artículos 31 (cierre de las audiencias) y 32 (renuncia al derecho a objetar) del referido Reglamento.
220. Sobre ese último, la Sala Comercial sostuvo que “ENEL no ejerció el derecho a objetar al advertir del debate en las audiencias que se consideró el pago como una indemnización, que podría decantarse en una indemnización por lucro cesante o daño emergente; momento oportuno para objetar, y no esperar el resultado que le es desfavorable para

señalar una afectación o incumplimiento, por parte del Tribunal, de motivar y denunciar que optó por una causal no invocada” (Considerando 3.56 de la Sentencia, segundo párrafo).

221. Si bien aquello excede los problemas jurídicos delimitados para el presente informe, lo consideramos un punto muy interesante a ser debatido en próximas ocasiones. Por lo pronto, nos limitaremos a identificar un error de concepto en el razonamiento que propone la Sala.
222. La Sala sostuvo que, al advertir un debate ajeno a la pretensión planteada, ENEL debió objetar respecto de una afectación a la motivación. Aquello es equivocado, pues la motivación de la decisión sobre el fondo se plasma en el laudo y no en las actuaciones arbitrales. No podría decirse que ENEL renunció a su derecho a cuestionar el vicio de motivación inexistente cuando se debatió, pues la afectación se produjo recién al emitirse el laudo.
223. Pudo ser interesante evaluar si es que ENEL renunció a objetar una vulneración no ya al derecho a la motivación, sino al derecho a la defensa, toda vez que, al discutir sobre indemnización y no sobre restitución, el contradictorio se habría apartado de lo que ENEL entendía como objeto del arbitraje y materia de decisión. Sin embargo, para aproximar una respuesta a esa situación, considero que no es aplicable a tal supuesto la renuncia al derecho a objetar. A pesar de que en el arbitraje pueda renunciarse inclusive al derecho a conocer la motivación del Tribunal, parece inconcebible una renuncia al derecho a la defensa (independientemente de la libertad en la forma en que se ejerza la defensa). Bajo esa lógica, la defensa no es un derecho disponible por las partes.
224. Por todo lo expuesto -no solo en el presente capítulo, sino en todo el informe- sostengo una opinión discrepante con el razonamiento y con el fallo expuestos en la sentencia contenida en la Resolución N° 13 del expediente N° 583-2019-0-1817-SP-CO-02 emitida por la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de Lima. En consecuencia, mi postura se inclina por la fundabilidad del recurso de anulación contra el laudo arbitral expedido en mayoría en el Caso Arbitral N° 357-2016-D, iniciado por ELECTROPERÚ contra ENEL, por las causales contenidas en los literales b) y d) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje.

## VII. CONCLUSIONES

225. El principio de congruencia es exigible en sede arbitral, a tal punto que su vulneración puede ser causal de anulación de laudo bajo el amparo del artículo 63.1.d) de la Ley de Arbitraje.
226. El principio de congruencia es una garantía para la actividad de las partes en el proceso; especialmente para el ejercicio de la defensa en sus distintas manifestaciones. Este principio salvaguarda la relación entre el objeto procesal -compuesto por la pretensión y su oposición- y el fallo judicial o arbitral, según corresponda.
227. En el arbitraje examinado, considero que nunca existió una modificación ni ampliación del petitorio de ELECTROPERÚ. Para ello, es relevante tener en cuenta que la modificación de la demanda requiere dos elementos: debe ser aprobada por el Tribunal, ya sea de forma expresa o tácita; y no debe conculcar los derechos de la contraparte. Al no cumplirse el segundo elemento, mi postura es que el Tribunal falló sobre materias no sometidas a su decisión.
228. En el caso en que hubiese existido una supuesta pretensión implícita de naturaleza indemnizatoria, tal como reconoce el laudo en mayoría y la Segunda Sala Comercial de Lima, el Tribunal Arbitral no permitió a ENEL el ejercicio adecuado de su derecho a la defensa. De forma concreta, nunca fue informada de la existencia de una pretensión de naturaleza resarcitoria, de modo que tampoco pudo desplegar de forma adecuada su derecho a alegar ni a probar sobre la pretensión desconocida.
229. Si bien la Sala optó por confirmar la validez del laudo, sostengo una opinión discrepante con el razonamiento y con el fallo expuestos en la sentencia contenida en la Resolución N° 13 del expediente N° 583-2019-0-1817-SP-CO-02 emitida por la Segunda Sala Civil con Subespecialidad Comercial de Lima. En consecuencia, mi postura se inclina por la fundabilidad del recurso de anulación formulado por ENEL contra el laudo arbitral expedido en mayoría en el Caso Arbitral N° 357-2016-D (iniciado por ELECTROPERÚ contra ENEL) por las causales contenidas en los literales b) y d) del numeral 1 del artículo 63 de la Ley de Arbitraje.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

Alfredo Gozaíni, O. (2008). “El principio de congruencia frente al principio dispositivo”. *Revista peruana de derecho procesal*, 11, pp. 113-160.

Álvarez Sánchez De Movellán, P. (1996). *La anulación del laudo arbitral*. Granada: Comares, pp. 138-142.

Aramburú Yzaga, M. (2011). “Comentarios al artículo 58. Rectificación, interpretación, integración o exclusión del laudo.” En BULLARD, A. & SOTO, C. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 660-669.

Avendaño Valdez, J. (2011). “Comentarios al artículo 63”. En BULLARD, A. & SOTO, C. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 690-717.

Born, G. (2021). “Chapter 15: Procedures in International Arbitration”. En Born, G. *International Commercial Arbitration*. Tercera edición. Kluwer Law International, pp. 2283-2492.

Botto, H. (2007). *La Congruencia Procesal*, Santiago de Chile: Editorial de Derecho.

Buendía De Los Santos, L. (2019). *Seguridad jurídica vs. Derecho de propiedad. Remedios que tiene el falso representado en la falsa representación anómala*. Tesis para optar el grado académico de magíster en derecho civil. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Cantuarias Salaverry, F., & Repetto Deville, J. L. (2015). El nuevo potro indomable: El problemático estándar de motivación de los laudos exigido por las cortes peruanas. *IUS ET VERITAS*, 24(51), 32-45. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15650>

Carnelutti, F. (1955). *La prueba civil*. Buenos Aires: Ediciones Arayú, pp 31-33.

Cavani Brain, R. (2016). “Fijación de puntos controvertidos: una guía para jueces y árbitros”. *Revista de la Maestría en Derecho Procesal*, 6, N° 2, pp. 186).

Cohen, F. (1962). *El método funcional en el derecho*. Traducción de Genaro R. Carrió [LIB]. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Cordero Moss, G. (2008). “Tribunal’s Powers versus Party Autonomy”. En Muchlinski, P. Federico Ortino & Christoph Schreuer (editors), *The Oxford Handbook of International Investment Law*. New York: Oxford University Press ,p.1236

Devis Echandía, H. (1984). *Teoría General del proceso*. Tomo 1. Bogotá: Temis.

De los Santos, M. (2015). *Postulación y flexibilización de la congruencia*.

D’ Onofrio, P. (1945). *Lecciones de Derecho Procesal Civil*. México D.F.: Editorial Jus.

Fernández Barreiro, A. & García Camiñas, J. “Arbitraje y justicia ordinaria. Los arbitrajes compromisarios en derecho romano”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidade da Coruña*, 15, pp. 576-597. Recuperado de <https://ruc.udc.es/dspace/handle/2183/10351>.

Guasp, J. (1961). *Derecho Procesal Civil*. Tomo 1. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, p. 483.

Hundskopf-Exebio, O. (2013). “Aplicación del principio iura novit curia en el arbitraje”. *Ius et Praxis*, 44, pp. 39-57.

Lentz de Moura Vicente, D. (2017). “La aplicación del principio iura novit curia en el arbitraje internacional”. *Arbitraje: Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, pp. 15 – 40.

Martel Chang, R. (2021). “Resolución arbitral extra petita poslaudo: ¿protestar en sede arbitral o judicial?”. *Ius et Praxis*, 52, pp. 287-298.

Morales, R. (2014). “Cláusulas de irresponsabilidad contractual y limitativas de la responsabilidad contractual”. *Parthenon*. Recuperado de <https://www.parthenon.pe/esp/privado/clausulas-de-irresponsabilidad-contractual-y-de-limitativa-de-la-responsabilidad-contractual/>.

Öhlberger, V & Pinkston, J. (2016). “Chapter II: The Arbitrator and the Arbitration Procedure, Iura Novit Curia and the Non- Passive Arbitrator: A Question of Efficiency, Cultural Blinders and Misplaced Concerns About Impartiality”. In Klausegger, C., Klein, P. et al. (eds), *Austrian Yearbook on International Arbitration 2016*, pp. 101 – 117.

Núñez del Prado, F. & Rivarola, D. (2017). “Nulla executio sine titulo: el escrutinio de los laudos en la práctica del arbitraje internacional como mecanismo para optimizar la ejecución de los laudos en el Perú”. *Revista Derecho PUCP*, 78. Lima, pp. 69-114.

Núñez del Prado, F. (2019). *La tragedia del consentimiento. Hacia una reforma del sistema de justicia en que el arbitraje sea la jurisdicción por defecto*. Lima: Palestra Editores.

Priori Posada, G. (2012). “El control de constitucionalidad de laudos arbitrales en el Perú, a la luz de lo señalado en el precedente vinculante 142-2011-PA/TC”. *Arbitraje PUCP*, 2, pp. 26-33. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/9368>.

Priori Posada, G. (2019). *El proceso y la tutela de los derechos*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Rodríguez Ardiles, R. (2015). “La falta de motivación como causa de anulación de laudo”. *Arbitraje PUCP*, (5), 53-70. Recuperado de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/16686>.

Seminario, R. (2014). “¿Qué tan libre es el arbitraje? A propósito de la Casación N° 2412-2012”. *Actualidad Civil*, 3, Instituto Pacífico, pp. 392-404.

Sologuren, H. (2015). “El principio iura novit curia y su aplicación en el arbitraje. consideraciones en torno al arbitraje comercial internacional”. *Arbitraje PUCP*, 5, pp. 121-130.

Sotero Garzón, M. A. (2013). La acumulación de pretensiones a la luz de la Tutela Jurisdiccional efectiva Análisis de las reglas del Código Procesal Civil conforme a la Constitución de 1993. *Derecho & Sociedad*, (40), 181-194. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/12799>.

Tribunal Constitucional. (2005). *Sentencia recaída en expediente 6167-2005-PHC/TC. Caso Cantuarias*. 28 de febrero de 2006.

Tribunal Constitucional. (2007). *Sentencia recaída en expediente 7532-2006-PA/TC*. 8 de noviembre de 2007.

Tribunal Constitucional. (2011). *Sentencia recaída en expediente 142-2011-AA/TC. Caso Maria Julia*. 21 de setiembre de 2011.

Vera, G. (2013). “Consideraciones generales acerca del arbitraje”. *Ius et Praxis*, 44, pp. 15-38.

Valderrama Romero, I. (2016). “El principio de congruencia en el proceso penal”. *Via Inveniendi Et Iudicandi*, 11(2), pp. 159-180. <https://doi.org/10.15332/s1909-0528.2016.0002.07>.

Valdez Muñoz, W. (2001). “El arbitraje no es una isla”. *El Peruano*.

Von Wobeser, C. (2011). *The effective use of legal sources: how much is too much and what is the role for iura novit curia*. Van den Berg (red.), Recuperado de [https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02\\_TEXTOS\\_ARBITRAGEM/01\\_Doutrina\\_ScolarsTexts/awards/iura\\_novit\\_curia\\_icca\\_2010\\_von-wobeser.pdf](https://www.josemigueljudice-arbitration.com/xms/files/02_TEXTOS_ARBITRAGEM/01_Doutrina_ScolarsTexts/awards/iura_novit_curia_icca_2010_von-wobeser.pdf)

Zusman, S. (2011). “Comentarios al artículo 42. Audiencias.” En BULLARD, A. & SOTO, C. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Tomo I. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, pp. 494-511.



PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ

**CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
SEGUNDA SALA COMERCIAL PERMANENTE**

**EXPEDIENTE N° 00583-2019-0-1817-SP-CO-02**

**DEMANDANTE : ENEL GENERACIÓN PERÚ S.A.A.  
DEMANDADO : EMPRESA DE ELECTRICIDAD DEL PERÚ S.A.  
MATERIA : ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL**

El control que realiza el Poder Judicial no debe colisionar con el principio de irrevisabilidad del criterio arbitral consagrado en el artículo 62° inciso 2) del Decreto Legislativo N° 1071, pues su labor se encuentra limitada sólo a decidir sobre la validez o invalidez del laudo en base a las causales estipuladas en la ley de la materia.

**Resolución número TRECE  
Lima, veintisiete de abril  
de dos mil veintiuno.-**

**I. VISTOS**; Con la prórroga concedida, la constancia de vista de la causa, con informe oral, que antecede; e interviniendo como Jueza Superior ponente la Magistrada **Niño Neira Ramos**; viene para resolver el recurso de anulación interpuesto contra el laudo arbitral de derecho, de fecha 19 de agosto de 2019, emitido en mayoría, por los Árbitros Horacio A. Grigera Naón -Presidente del Tribunal- y Katherine Gonzáles Arrocha; además del árbitro Andrés Jana Linetzky, este último emitió un voto disidente.

**II. RESULTA DE AUTOS**:

**Del recurso de anulación:**

**2.1.** Mediante escrito presentado con fecha 06 de noviembre de 2019, subsanado el 10 de febrero 2020, la empresa Enel Generación Perú S.A.A. (en adelante ENEL), interpone recurso de anulación de laudo arbitral, invocando las causales contenidas en los literales **d)** y **b)** del inciso 1) del

artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071, sosteniendo como argumentos - en esencia-, los siguientes:

**Sobre la Primera Pretensión Anulatoria Principal:**

**Causal d):**

2.1.1. Señala que la Empresa de Electricidad del Perú S.A. (en adelante E.P. o ELECTROPERÚ), demandó a ENEL, le restituya la energía que esta empresa no declaró a su favor, en el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional (en adelante COES), en virtud al Contrato de Suministro, señalando que era de su propiedad y por ello, demandó la restitución del valor de dicha energía; sin embargo, en el Laudo emitido, sin sustento alguno, el Tribunal otorgó a ELECTROPERÚ el monto solicitado, pero no como una restitución, sino como una indemnización. Así, se declaró fundada una pretensión que no fue formulada en el arbitraje; esto, a su parecer, significa que el Laudo, en Mayoría, debe ser anulado, pues resolvió sobre una materia no sometida a decisión del Tribunal Arbitral; consecuentemente, solicita sean anulados los párrafos **58, 59, 60, 61, 62, 63, 64, 65, 66, 67, 68 y 69**, y la decisión contenida en los numerales **(i), (iii) y (v)** del párrafo 93 (parte resolutive).

**Sobre la Segunda Pretensión Anulatoria Principal:**

**Causal b)**

2.1.2. El Laudo en Mayoría: **i)** contraviene el derecho a la debida motivación; toda vez que, por un lado y como consecuencia del primer agravio, el Laudo omitió resolver la primera pretensión demandada por ELECTROPERÚ, en los términos en los que ella fue postulada; **ii)** por otro lado, también presenta una motivación viciada e inexistente, en razón a que el Laudo se pronuncia sobre un tema distinto al sometido y discutido por las partes ante el Tribunal Arbitral; y **iii)** los vicios en la motivación, pretenden pronunciarse sobre los temas efectivamente sometidos y discutidos por las partes ante el Tribunal

Arbitral. Por otro lado, también señala que hubo falta de motivación al momento de resolver la reconvención planteada por ENEL.

**2.1.3.** Como pretensión accesoria común, solicitó que se condene a ELECTROPERÚ al pago de las costas y costos que se generen en este proceso y la suspensión de la obligación de cumplimiento del laudo y su ejecución.

**2.1.4.** De otro lado, ENEL adjunta Cartas Fianza, incondicionadas y de realización automática en favor de ELECTROPERÚ, hasta por las sumas de US\$ 45'347,115.38 dólares y S/133,069.68 soles, que comprenden la suma total de los montos líquidos, en dólares y soles, ordenados pagar en el Laudo, y el estimado de los intereses calculados hasta el 7 de noviembre de 2019; a efecto que se suspendan los efectos del laudo arbitral respecto a los extremos resolutivos de condena líquidos; y, estando a este pedido, por resolución N° 07 de autos, se dispuso la suspensión de los extremos resolutivos (i) al (viii) de la obligación de cumplimiento del Laudo y su ejecución, mientras se tramita y resuelve el presente recurso de anulación; aceptándose las referidas cartas fianza.

**2.1.5.** Asimismo, señala que el 09 de octubre de 2019, fue notificada con la decisión de los Árbitros, sobre el pedido de Exclusión e Interpretación del laudo de fecha 19 de setiembre de 2019, insistiendo el Tribunal, en mantener su posición, sin mayor motivación.

**2.1.6.** En el arbitraje se discutieron controversias surgidas del Contrato de Suministro de Energía Eléctrica, suscrito por la empresa Termo Eléctrica de Ventanilla (ahora ENEL) y ELECTROPERÚ, el 01 de agosto de 2003 (en adelante el Contrato de Suministro), Caso Arbitral No. 357-2016-D (en adelante, el "Arbitraje"). Este arbitraje fue administrado por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante el "Centro") y se rigió por las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para

el Derecho Mercantil Internacional de 2010 (en adelante, CNUDMI o el "Reglamento").

**2.1.7.** A su parecer, el Tribunal ha entendido que el caso sometido a su jurisdicción es uno de indemnización por daño emergente, cuando ello nunca fue solicitado, pues en dicho proceso se discutieron dos controversias distintas, según se aprecia de la demanda de ELECTROPERÚ, de la contestación de la demanda y de la reconvención de ENEL. Por un lado, ELECTROPERÚ formuló reclamos referidos a la cantidad de energía que ENEL debía suministrarle y a la restitución del valor de dicha energía. Por otro lado, ENEL formuló reclamos referidos al precio que debía pagar ELECTROPERÚ por la energía que ENEL le suministraba.

**2.1.8.** Sin embargo, en el Laudo, sin sustento alguno, se otorgó a ELECTROPERÚ el monto solicitado, pero no como una restitución sino como una indemnización, modificando arbitrariamente la naturaleza restitutiva del reclamo de ELECTROPERÚ, a una de naturaleza indemnizatoria a pesar de las reiteradas ocasiones en las que ELECTROPERÚ indicó que su reclamo no era una indemnización.

**2.1.9.** Manifiesta que por ello se ha afectado la libertad y la autonomía de la voluntad de las partes, que es la directriz constitucional en la que se funda el arbitraje; afectando el procedimiento y el resultado del arbitraje, sin respetar el principio dispositivo, el derecho de defensa y la determinación del objeto o de la materia de la litis, que se constituyen con la pretensión y su contestación.

**2.1.10.** Se declaró fundada una pretensión que no fue formulada en el arbitraje, afectando el principio de congruencia procesal; y, con mayor razón, para este caso, también debe apreciarse que la congruencia de la decisión arbitral -a semejanza de la decisión judicial- está necesariamente delimitada por el pedido de la demanda (o en su caso, la reconvención), el mismo que, a su vez, contiene un pedido mediato e inmediato conforme detalla así, *in*

*extenso* y más argumenta con los informes adjuntos por expertos respecto de la afectación al debido proceso que provoca la aludida falta de congruencia.

**2.1.11.** A su parecer, esto significa que el Laudo debe ser anulado pues se resolvió sobre una materia no sometida a decisión del Tribunal Arbitral y porque dicha decisión no fue motivada. Sin perjuicio de ello, señala, no se pretende con este recurso que la Corte analice el fondo de la controversia discutida en el Arbitraje, sino que se conozca la razón por la cual el Tribunal resolvió sobre una indemnización.

**2.1.12.** ENEL manifiesta, además, que la afectación del derecho a la motivación que, según señala, se reitera cuando se aprecia que el Laudo contiene menciones genéricas, vagas y ambiguas sin una narración coherente que pueda contrastarse con las alegaciones y actuaciones arbitrales llevadas a cabo y que no pueden considerarse como una motivación respecto a la decisión del Tribunal Arbitral, se materializa, cuando: **a)** El Laudo plantea una motivación inexistente al construir una falsa argumentación, omitiendo pronunciarse sobre la validez de los planteamientos de ELECTROPERÚ; por lo que no existe una motivación que permita saber por qué otorga una pretensión no solicitada, amparando las pretensiones de ELECTROPERÚ y rechazando las planteadas por ENEL; **b)** Asimismo, el Laudo agravia de modo manifiesto, el derecho a la motivación de ENEL, al sostener su decisión, bajo el párrafo 58, en el dicho de que sería "inexplicable" que el Contrato de Suministro tuviera determinadas cláusulas o que no hubiesen pactado, expresamente, limitar la noción de "PTGN", utilizado en el aludido Contrato y del cual surgieron distintas interpretaciones, de si ésta hubiese sido realmente su intención. **c)** El Laudo también lesiona el derecho a la debida motivación de ENEL, al sostener, en su párrafo 60, que es un ejemplo más de motivación inexistente en el Laudo debido a que: **(i)** no expresa a qué contexto histórico se refiere, más aún cuando dicho aspecto fue ampliamente discutido por las partes en

el Arbitraje, teniendo las mismas posiciones opuestas al respecto; y, **(ii)** En caso concluyeran que se refiere al contexto histórico planteado por ELECTROPERÚ, el Laudo no explica la razón o sustento conforme al cual ampararía la lectura de ELECTROPERÚ y descartaría la de ENEL. **d)** Luego, el Laudo insiste en una motivación inexistente en su párrafo 64. Allí, formula un argumento basado en el artículo 886° del Código Civil que dispone la transferencia de propiedad y que exige tradición, salvo "disposición legal diferente", sin explicar cómo regularía un modo distinto de tradición de la energía eléctrica, cuando la Ley N°28832 no regula la transferencia de propiedad de la energía; **e)** Finalmente, el Laudo también afecta el derecho a la motivación de ENEL, al señalar, en su párrafo 68, que la suma que ordena pagar a ENEL, a favor de ELECTROPERÚ, correspondería a una indemnización por daño emergente y no por lucro cesante, en la medida que el menoscabo sería "directo, inmediato y total" de un derecho de indudable contenido patrimonial.

**2.1.13.** Respecto a la falta de motivación de la reconvencción planteada por ENEL, añade que, el acápite c) del Laudo, debería desarrollar las razones por las que el Tribunal Arbitral decidió rechazar la pretensión reconvenccional de ENEL. Sin embargo, contiene una decisión que contraviene de modo manifiesto, el derecho a la debida motivación; por un lado, expresa afirmaciones genéricas e incluso contradictorias, que no responden a las afirmaciones alegadas y probadas por ENEL. Por otro lado, omite pronunciamientos que reflejen cómo valoró las pruebas aportadas. A su parecer, las consideraciones expuestas no constituyen una motivación en los términos exigidos para validar una decisión arbitral, toda vez que: **a)** no estructuran un discurso narrativo coherente, posible de contrastar y corroborar; y, **b)** tampoco estructuran un discurso narrativo por el que se descarten las hipótesis planteadas por ENEL. En segundo lugar, el Laudo incurre en una motivación inexistente. Asimismo, cuestiona los párrafos 76, 77, 78 y 79, por ser vagos y ambiguos. En tercer lugar, señala, que el laudo incurre en una motivación inexistente respecto de los hechos que habrían

quedado acreditados o refutados en base a las pruebas admitidas y actuadas en el Arbitraje; vicio que se evidencia a partir del último extremo del párrafo 78 del referido Laudo. Sin perjuicio, el Laudo omite pronunciarse sobre los medios probatorios actuados en el arbitraje y procura basarse en una “interpretación literal” del Contrato de Suministro. A título enunciativo, se omitió valorar individualmente y, luego, en conjunto, los medios probatorios, invocados en su memorial post-Audiencia.

**Admisorio y traslado:**

**2.2.** Mediante resolución N° 03 de fecha 17 de julio de 2020, se admitió a trámite el recurso de anulación de laudo arbitral, bajo las causales contenidas en los literales **b)** y **d)** del numeral 1) del artículo 63° de la Ley de Arbitraje; acto en el que también se dispuso correr traslado del mencionado recurso, a la empresa emplazada ELECTROPERÚ.

**Absolución del traslado:**

**2.3.** ELECTROPERÚ, procede a contestar la demanda, y señala como fundamentos principales de la contestación, los siguientes:

**2.3.1.** Si bien el petitorio de la demanda arbitral aludía a un pago por "restitución", sin embargo, al contestar la demanda, la misma ENEL, fue quien introdujo al debate procesal, una discusión sobre el título por el que se debía hacer el pago del valor de la energía (párrafos 174 a 183, entre otros, del escrito de contestación y reconvención de ENEL), indicando que sólo cabría la posibilidad de un reconocimiento a título de indemnización por daño emergente.

**2.3.2.** ELECTROPERÚ presentó un escrito de réplica a la contestación de ENEL, en el cual se pronunció sobre “la posibilidad” de que los conceptos reclamados fueran distintos a una restitución (párrafos 174-185 del escrito de réplica a la contestación). A modo de argumento subordinado, expresó que, si el Tribunal Arbitral consideraba que el título era uno indemnizatorio, sustentó que efectivamente se trataría de un daño emergente y no de un

lucro cesante; categoría esta última que ENEL, en su contestación de demanda, sostenía que no cabía. Así, en el tercer día de audiencias, ELECTROPERÚ reiteró su posición sobre la posibilidad de que su reclamo sea considerado como una indemnización por daño emergente [Anexo 3-F].

**2.3.3.** Añade que el arbitraje cumplió debidamente con todas las garantías de un proceso justo, y donde no quedan dudas, que fue parte del debate, la posibilidad de otorgar un pago a ELECTROPERÚ a título de indemnización; sobre la cual, ENEL ejerció su derecho de defensa.

**2.3.4.** El Tribunal dispuso que el expediente se encontraba expedito para ser resuelto. Y, una vez emitido el laudo, ENEL presentó un escrito en el cual planteaba un pedido de exclusión y aclaración, que se sustentaba en los mismos argumentos que hoy formula en su recurso de anulación. Ante ello, ELECTROPERÚ presentó un escrito de absolución a los recursos planteados por ENEL.

**2.3.5.** Manifiesta que ENEL, en la pretendida anulación de laudo, intenta limitar la posición de ELECTROPERÚ, indicando que su petitorio es una "restitución" y únicamente sobre la base de ello, señala, que el Tribunal habría resuelto sobre materia no sometida a su competencia, al otorgar el monto solicitado por la empresa. Así, ENEL, omite por completo analizar las razones que fundamentaban el pedido de ELECTROPERÚ y la discusión que se desarrolló en torno a éstas y que formó parte del debate, en el que, en todo momento, se discutió sobre la posibilidad subordinada de que se trataba de una indemnización, exponiendo ambas partes sus posiciones al respecto. Son esas posiciones las que el Tribunal tomó en cuenta al momento de resolver; es decir, resolvió sobre materias que sí fueron sometidas a su competencia durante el debate procesal. Así, y más *in extenso* argumenta; añadiendo también y al igual que la demandante, un informe por un experto. Por lo que, solicita, se desestime la pretendida anulación.

**Trámite:**

2.4. Habiéndose seguido el trámite de ley, y llevada a cabo la vista de la causa, con los informes orales emitidos por ambas partes, tal como consta en el acta obrante en el Expediente Judicial Electrónico - EJE, los autos se encuentran expeditos para ser resueltos; y,

**III. CONSIDERANDO:**

3.1. El mecanismo de impugnación jurisdiccional del laudo arbitral (recurso de anulación de laudo arbitral) es fundamental para garantizar la seguridad del laudo, confiriendo la ley, a este Órgano revisor, la facultad de controlar *a posteriori*, cuestiones como la actuación de los árbitros, respecto de la regularidad procesal de la causa, o, dicho de otra forma, un control *in procedendo* de la actuación arbitral.

3.2. En relación a este recurso, el artículo 62° del Decreto Legislativo N° 1071, establece que, contra el laudo, sólo podrá interponerse recurso de anulación; éste constituye la única vía de impugnación del laudo y tiene por objeto la revisión de su validez por las causales taxativamente establecidas en el numeral 1) del artículo 63° del mismo Cuerpo Legal. De igual manera, no se puede soslayar que el segundo numeral del artículo 62° del mismo Ordenamiento, prohíbe al Órgano Jurisdiccional examinar y evaluar los criterios, motivaciones e interpretaciones expuestas por el Órgano Arbitral, dado a que establece literal y expresamente que: “**2. El recurso se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.**” (Lo subrayado y negritas son nuestras).

3.3. Como ya señalamos, el presente recurso de anulación de laudo se sustenta en las causales contenidas en los incisos **b)** y **d)** del numeral 1) del artículo 63° de la Ley de Arbitraje; es decir, cuando la parte que solicite la anulación alegue y pruebe:

- **Causal b):** Que una de las partes no ha sido debidamente notificada del nombramiento de un árbitro o de las actuaciones arbitrales, o no ha podido por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos. (Subrayado nuestro).
- **Causal d):** Que el tribunal arbitral ha resuelto sobre materias no sometidas a su decisión.

### **CUESTIONES PREVIAS:**

3.4. A fin de introducirnos en el tema, creemos conveniente traer a colación, las siguientes consideraciones previas y relevantes, extraídas de la demanda, contestación y actuaciones producidas en el proceso arbitral:

- **PRETENSIONES DE ELECTROPERÚ.**

**a. Primera Pretensión Principal:** ELECTROPERÚ solicita que el Tribunal ordene que ENEL pague a ELECTROPERÚ la suma de *US\$ 41 289,000.00 (Cuarenta y Un Millones Doscientos Ochenta y Nueve Mil con 00/100 Dólares Americanos)* o la suma que el Tribunal determine, más el Impuesto General a las Ventas (en adelante, "IGV"), como restitución del valor de la energía que EDEGEL no declaró en el COES en favor de ELECTROPERÚ y transó en su favor, por el periodo que va desde el 19 de octubre de 2006 al 29 de septiembre de 2009.

**b. Segunda Pretensión Principal:** ELECTROPERÚ solicita que el Tribunal ordene que ENEL pague a ELECTROPERÚ la suma de *S/. 49,228.76 (Cuarenta y Nueve Mil Doscientos Veintiocho con 76/100 Soles)* o la suma que el Tribunal determine, más el IGV como restitución del valor de la energía que EDEGEL no declaró en el COES en favor de ELECTROPERÚ y transó en su favor por el periodo que va del 8 al 28 de junio de 2006.

**c. Pretensión Accesoría a la Primera y Segunda Pretensiones Principales:** ELECTROPERÚ solicita que el Tribunal ordene que ENEL pague a ELECTROPERÚ, intereses sobre las sumas que ordene pagar, indicando el tipo y tasa de interés y la fecha a partir de la cual deben computarse los mismos.

**d. Tercera Pretensión Principal:** ELECTROPERÚ solicita que el Tribunal ordene que asuma ENEL todos los gastos y honorarios que irroge la resolución del presente arbitraje.

▪ **PRETENSIONES RECONVENCIONALES DE ENEL.**

ENEL solicita al Tribunal Arbitral las siguientes pretensiones:

**a. Primera Pretensión Principal:** Que, declare que son infundadas las observaciones de Electroperú al precio de la energía, facturado por Edegel, por concepto de suministro de energía activa bajo el Contrato de Suministro de Energía correspondiente al periodo que va desde el 8 de junio de 2006 hasta el 29 de setiembre de 2009.

**b. Segunda Pretensión Principal:** Que se ordene a Electroperú pagar a Enel la suma de US\$ 19,576,085.00 correspondiente a los montos observados por Electroperú y dejados de pagar de las facturas por concepto de suministro de energía activa bajo el Contrato de Suministro de Energía por el periodo que va desde el 8 de junio de 2006 hasta el 29 de setiembre de 2009, más los impuestos correspondientes.

**b.i. Pretensión Accesoría a la Segunda Pretensión Principal:** Que se ordene a Electroperú, pagar a Enel la suma de US\$ 11,827,561.00 correspondiente a los intereses compensatorios y el recargo por mora establecidos en la cláusula 8.2 del Contrato de Suministro de Energía por los montos dejados de pagar de las facturas observadas del periodo que va desde el 8 de junio de 2006 hasta el 29 de setiembre de 2009, calculados al 30 de junio de 2017, y, adicionalmente, los intereses que se devenguen hasta la fecha del laudo y los que se devenguen hasta la efectiva de pago.

**c. Tercera Pretensión Principal:** Que se declare que corresponde a Electroperú asumir los costos y gastos del presente arbitraje y se ordene a Electroperú pagar a Enel los costos y gastos incurridos por Enel en el presente arbitraje en virtud de la cláusula 16.7 del Contrato de Suministro de Energía y del numeral 17.1 de la Orden Procesal No. 1.

- Como hechos previos acaecidos, en el contexto de la relación contractual vinculante a las partes, y, como se ha señalado en el proceso arbitral, desde el descubrimiento de las reservas de gas en la zona de Camisea por la empresa Shell en el año 1981, pasaron años para que se concrete la explotación de este recurso natural en beneficio del Perú. Para hacerlo viable, era necesaria la construcción de un gasoducto y un poliducto que permitiera transportar el gas desde el centro de producción en la selva peruana, hasta la costa nacional.
- Así, en mayo de 1999, el Estado Peruano encarga a la Agencia Peruana de Promoción de la Inversión -COPRI- (hoy Agencia de

Promoción de la Inversión Privada -PROINVERSION-), llevar adelante los procesos de promoción de la inversión privada para desarrollar el Proyecto Camisea, en el marco de los cuales se firmaron diversos contratos y compromisos que lo hicieran posible. Ello se hizo definiendo la estructura para llevar adelante el desarrollo del Proyecto Camisea separando una etapa de Producción y otra de Transporte y Distribución (T&D).

- En ese momento, se definió que el gasoducto sería de 450 MMPC/D de capacidad y la distribución de 255 MMPC/D. Para hacer factible el financiamiento de esta infraestructura, se aprobó la llamada Garantía de Red Principal (en adelante, "GRP"). La GRP es una forma de pago de los gasoductos, que transfiere los riesgos de la recuperación del transporte de gas natural, directamente a los usuarios eléctricos; de tal forma que dicho riesgo no impacta demasiado en las tarifas de transporte de gas.
- Además, para el productor de gas no había una GRP. La medida de promoción que se estableció, fue la de ofrecer al productor una cartera inicial de clientes. Así, al amparo de la Ley No. 27133, PROINVERSION realizó una promoción interna a fin de conseguir Clientes Iniciales para el gas natural, y de esta forma demostrar que el país estaba buscando promover el proyecto y cambiar la matriz energética. Durante la etapa de promoción (1999), se esperaba que los Clientes Iniciales fueran las Centrales de Generación Termoeléctrica de Lima; sin embargo, las empresas titulares de las Centrales Termoeléctricas existentes de Lima (Empresa de Generación Termoeléctrica S.A. - ETEVENSA y EDEGEL S.A.A.), no concretaron un acuerdo para ser Clientes Iniciales de suministro de gas. Ante ello, el Estado tomó la decisión de incluir a la Generadora Estatal, ELECTROPERÚ, como Consumidor Inicial de gas natural. Para ello, el 9 de diciembre de 2000, ELECTROPERÚ suscribió un Contrato de Suministro de Gas Natural con el Consorcio Camisea.

- ELECTROPERÚ es una empresa estatal generadora de electricidad, que no tenía ni tiene centrales de generación térmica en base a gas natural. Dado a que la política del Estado Peruano era la de propiciar que la nueva inversión fuera ejecutada por el sector privado, en el año 2002 convocó a un concurso público internacional para transferir el mencionado Contrato de Suministro de Gas Natural a un inversionista privado interesado en desarrollar un proyecto de generación con gas natural. Se buscaba que el Contrato de Suministro de Gas Natural, inicialmente asumido por ELECTROPERÚ, fuera cedido a favor de una empresa del sector privado, que se obligara a instalar o a convertir una central, usando el gas natural de Camisea, primero a ciclo simple y luego a ciclo combinado.
- Este concurso internacional fue encargado a PROINVERSIÓN y, como resultado de este proceso, la buena pro, fue adjudicada el 6 de mayo de 2003 a la Empresa de Generación Termoeléctrica Ventanilla S.A. - ETEVENSA- (ahora ENEL). Así, esta empresa obtuvo la titularidad del Contrato de Suministro de Gas Natural y se obligó a instalar o a reconvertir una planta de generación eléctrica que utilice el gas natural de Camisea como energético. La planta debía operar usando el gas natural materia del contrato cedido, primero a ciclo simple -o abierto-, y, en un segundo momento, a ciclo combinado.
- El proceso de promoción para transferir el Contrato de Suministro de Gas Natural incluía, además de la cesión de dicho contrato, varios otros compromisos y documentos. Acompañaron, pues a los mismos, la firma de los siguientes acuerdos: **a)** un Convenio de Cesión de Posición Contractual del Contrato de Suministro de Gas Natural; **b)** un Compromiso de Inversión entre ETEVENSA y ELECTROPERÚ; y, **c)** un Contrato de Suministro de Energía Eléctrica entre ETEVENSA y ELECTROPERÚ.
- Se acordó que, por el Contrato de Suministro Eléctrico, ELECTROPERÚ adquiriría la energía que produzca la Central que ETEVENSA debía reconvertir para usar el gas natural, cuyo Contrato

de Suministro de Gas Natural se le transfería, de acuerdo a lo señalado en los puntos anteriores.

**3.5.** De lo narrado, se determinó entonces que, el caso a que se refiere la controversia arbitral, está relacionado con una parte de la energía asociada a la potencia comprometida, producida por la planta eléctrica que debía instalar ETEVENSA, y que, según el Contrato de Suministro Eléctrico, esta misma empresa debía reconocer a favor de ELECTROPERÚ, pero que indebidamente ETEVENSA no reportó como tal, sino que reportó y transó como propia.

**3.6.** Por medio del arbitraje solicitado, ELECTROPERÚ reclama que ENEL le reconozca y le pague el valor no reconocido en su favor, de la energía inyectada en el Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (en adelante SEIN), asociada a la potencia que por el Contrato de Suministro Eléctrico le corresponde.

#### **Sobre los Términos del Compromiso de Inversión.**

**3.7.** Se precisó en la demanda arbitral, que parte de las obligaciones que asumió ETEVENSA en el marco del Concurso Público Internacional convocado para la transferencia al Sector Privado del Contrato de Suministro de Gas Natural de ELECTROPERÚ, fue la suscripción del Compromiso de Inversión que suscribió con PROINVERSION, el 1 de agosto de 2003. El objeto del Compromiso de Inversión, consagrado en la cláusula 2.1. del compromiso, consistía en que ETEVENSA quedó obligada a construir o convertir una Central Térmica en base a Gas Natural de Camisea, con una **potencia efectiva** mínima de 312.5 MW en ciclo combinado (Segunda Etapa). Habiéndose resaltado que, este era un nivel de potencia mínimo y quedaba expresamente establecido que podría tener una potencia mayor "sin límite alguno".

#### **Sobre los Términos del Contrato de Suministro Eléctrico.**

**3.8.** Se señala igualmente, que la firma del Convenio de Cesión de Posición Contractual del Contrato de Suministro de Gas Natural, fue acompañado de un Contrato de Suministro Eléctrico entre ETEVENSA y ELECTROPERÚ.

**3.9.** Asimismo, se determinó, que el Contrato de Suministro Eléctrico previó **dos etapas**; cada una, con condiciones específicas en cuanto a Potencia Comprometida y Precio de Energía: **a)** La Primera Etapa se iniciaba en la llamada "Fecha de Inicio"; definida como la fecha de entrada en operación comercial de la Planta Térmica de Gas Natural (PTGN), debidamente aprobada por el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional, (COES) y duraba hasta el día en que la PTGN entrara en operación comercial a ciclo combinado, o cumplidos los 21 meses contados desde la fecha de inicio; lo que ocurriera primero. Así, se estableció que era un hecho que ya había quedado establecido, que la fecha de inicio se dio el 8 de septiembre de 2004, de acuerdo con lo decidido por el Laudo de fecha 24 de julio de 2015, correspondiente a un arbitraje anterior entre las partes por este contrato; **b)** La Segunda Etapa se iniciaba una vez concluía la Primera Etapa, y su duración podía extenderse hasta cumplirse 7 años contados desde la fecha de inicio. De acuerdo a los términos del Contrato de Suministro Eléctrico, y teniendo en cuenta lo establecido por el mencionado Laudo del 24 de julio de 2015, la Segunda Etapa se inició el 8 de junio de 2006.

**La Controversia materia de este caso se sitúa específicamente en la Segunda Etapa del Contrato de Suministro Eléctrico.**

**3.10.** Por otro lado, de acuerdo con la Cláusula 3.1 del Contrato de Suministro Eléctrico, el compromiso asumido por ETEVENSA era entregar mensualmente a ELECTROPERÚ, en el Punto de Entrega y Medición, la energía despachada por la PTGN asociada a la **Potencia Comprometida**. Para la Primera Etapa, se pactó en el referido contrato, que la Potencia Comprometida sería aquella que el COES hubiese determinado para la

PTGN o 300 MW, lo que resultase menor; y, para la Segunda Etapa, aquella que el COES hubiese determinado para la PTGN o 450 MW, lo que resultase menor.

**3.11.** El precio a pagar por ELECTROPERÚ a ETEVENSA, por la energía activa suministrada en cada etapa está definido en la cláusula 7.1 del Contrato de Suministro Eléctrico.

**3.12.** El Contrato de Suministro Eléctrico terminó el 29 de septiembre de 2009, al haber EDEGEL (antes ETEVENSA) ejercido la opción de reducción del plazo contractual, prevista en la cláusula 5.2 del Contrato de Suministro Eléctrico.

**3.13.** La Central Térmica de Ventanilla de ETEVENSA, el 6 de septiembre de 2004, en ejecución del Compromiso de Inversión, el COES aprobó el ingreso a la operación comercial, operando con gas natural (ciclo simple), de la unidad Turbina a Gas (en delante TG 3 ó 4, según corresponda), TG4 de la C.T. Ventanilla, a partir de las 00:00 horas del día 8 de septiembre de 2004. Luego, el 28 de septiembre del mismo año, el COES aprobó el ingreso a la operación comercial, operando con gas natural (ciclo simple), de la unidad TG3 de la planta, a partir de las 00:00 horas del día 29 de septiembre de 2004.

**3.14.** Manifiestan que, a septiembre de 2004, la Potencia Efectiva total aprobada por el COES para la PTGN era de 310 MW (por la TG3 una potencia efectiva equivalente a 155 MW y por la TG4 una potencia efectiva equivalente a 155 MW).

**3.15.** Con fecha 13 de octubre de 2006, EDEGEL (antes ETEVENSA) presentó su solicitud ante el COES, para el ingreso en operación comercial a ciclo combinado de la C.T. Ventanilla (conformada por la TG3, TG4 y la unidad turbovapor), sin fuego adicional.

**3.16.** El 18 de octubre de 2006, el COES aprobó, desde el 19 de octubre de 2006, como Potencia Efectiva de la C.T. Ventanilla, operando en ciclo combinado completo, la potencia de 457 MW, sin fuego adicional. En esta fecha, tanto la TG3 y TG4 trabajaban a plena capacidad con la única Turbina a vapor (en adelante T.V), dando como conjunto, una potencia en ciclo combinado igual a 457 MW. Cabe añadir que, en esta configuración, ya se inicia el aprovechamiento del calor de los gases que expulsa la TG4, mediante el uso del caldero recuperador numerado como 4 por estar asociado a dicho turbogás.

**3.17.** Así, la configuración técnica de la C.T. Ventanilla fue desde la Segunda Etapa: dos grupos de turbinas a gas natural (denominadas "turbogases") y una turbina a vapor, cuya explotación fue incrementándose gradualmente. En principio con el calor de los gases de la TG3 y finalmente, incluyendo también el calor de los gases de la TG4.

**3.18.** Indican también, que, si se quedaran en el ciclo abierto, la energía producida por la combustión del gas no sería aprovechada totalmente. Los ciclos simples de turbogás, permiten aprovechar un 35% de la energía química disponible en un combustible como el biodiesel o el gas natural, como es en el presente caso. El 65% restante, irremediablemente se pierde en el ambiente, en forma de calor. Lo que el ciclo combinado busca es aprovechar el calor residual que se genera con la combustión del gas natural. Mediante los calderos recuperadores (Caldero 3 y Caldero 4), asociados a cada turbina, se absorbe ese calor para generar vapor de agua a alta temperatura. Así, la única turbina a vapor (TV) es movida por el vapor que se genera en los calderos 3 y 4.

**3.19.** De este modo, el calor convertido en energía eléctrica, tanto por los grupos turbogás (TG3 y TG4) como por el único turbo-vapor (TV), proviene de una única fuente primaria: el gas natural de Camisea, cuyo Contrato de Suministro de Gas Natural fue cedido por ELECTROPERÚ a ETEVENSA, en el marco del Concurso.

**3.20.** Se añade, que la cantidad diaria de gas, prevista en el Contrato de Suministro de Gas Natural -cedido por ELECTROPERÚ a ETEVENSA-, permitía una producción diaria de hasta 300 MW en ciclo simple y hasta 450 MW en ciclo combinado; lo cual explica el origen de los límites de la Potencia Comprometida, considerados contractualmente para las etapas del Contrato de Suministro Eléctrico.

**3.21.** Señala la demandante, que, en consecuencia *“toda la energía asociada a la potencia reconocida por el COES, desde octubre de 2006, corresponde a la PTGN; y la energía inyectada asociada hasta 450 MW correspondía sin duda a ELECTROPERÚ”*.

**3.22.** De acuerdo a lo precisado, se sostiene que, por el Contrato de Suministro Eléctrico, durante la Segunda Etapa, la Potencia Comprometida sería aquella que el COES hubiese determinado como Potencia Efectiva para la PTGN o 450 MW; lo que resultase menor. Y, como han relatado, la Potencia Efectiva de la Central fue incrementándose desde el inicio de la Segunda Etapa hasta que el 19 de octubre de 2006 y superó los 450 MW que el Contrato de Suministro Eléctrico establecía como límite.

**3.23.** Señalan que, en aplicación del Contrato de Suministro Eléctrico, desde el 19 de octubre de 2006, a ELECTROPERÚ le correspondía la energía activa asociada a una potencia de hasta por 450 MW. Pero lo cierto es que durante la Segunda Etapa, EDEGEL (antes ETEVENSA y hoy ENEL), desconoció esta realidad y consideró que sólo debía reconocer en favor de ELECTROPERÚ, la energía asociada a 385 MW, pues consideraba que no debía incluirse la producción asociada al caldero recuperador 4; y que, desde octubre de 2006, se mantuvo la controversia respecto a la cantidad de energía que EDEGEL debía reportar en favor de ELECTROPERÚ en el COES; toda vez que, EDEGEL, arbitrariamente, consideró que sólo debía reportar la Potencia Efectiva hasta 385 MW, que había alcanzado el 17 de agosto de 2006; negándose a considerar como de titularidad de ELECTROPERÚ, el incremento reconocido por el COES, a

partir de 19 de octubre de 2006, cuando alcanzó los 457 MW, cuando, de acuerdo al Contrato de Suministro Eléctrico, a ELECTROPERÚ le correspondía se le reconozca la energía asociada a 450 MW de los 457 MW que alcanzó la PTGN.

**3.24.** Señala que ENEL (antes EDEGEL), vendió dicha energía al SEIN obteniendo US\$ 74,6 millones, cuando ésta debió de haber sido vendida en cabeza de ELECTROPERÚ, pagando ELECTROPERÚ a EDEGEL el precio pactado de US\$ 33,3 millones de dólares, y correspondiéndole la diferencia a ELECTROPERÚ. Por lo tanto, EDEGEL se atribuyó el beneficio de esta inyección de energía que correspondía a ELECTROPERÚ y debe reintegrarle el monto de US\$ 41,289 millones de dólares.

**3.25.** A pesar de los constantes reclamos de ELECTROPERÚ, EDEGEL continuó negando el derecho de ELECTROPERÚ a la energía asociada a los 450 MW de Potencia Efectiva, asignándole menor energía de la que le correspondía, y declarando como suya esa diferencia; y que todo esto se evidencia de las facturas enviadas a ELECTROPERÚ desde octubre de 2006 a septiembre de 2009.

**3.26.** ENEL en su escrito de contestación está de acuerdo en que la controversia se suscitó a partir de la segunda etapa del contrato, o el inicio del segundo ciclo combinado de la C.T. de Ventanilla; sin embargo, señala que la interpretación que hace ELECTROPERÚ respecto de la cantidad de potencia que ENEL debía pagarle, no se desprende del texto del Contrato de Suministro, ni de la Cláusula 2.2 del Contrato de Suministro de Energía, y, las otras Cláusulas del Contrato, no soportan la interpretación de potencia; efectuando argumentaciones y disertaciones respecto de la potencia comprometida y de la potencia efectiva, señalando conceptos diferentes de los planteados, fórmulas de aplicación para la valorización de la energía no entregada, y de la forma interpretación de los contratos que generaron todo este negocio y sus controversias; así como respecto al precio de un MWh de US\$ 23.90 dólares, que el Tribunal ha entendido; por lo tanto, entrar a

evaluar ese razonamiento y decisión efectuados por el Tribunal Arbitral es ir mas allá de lo que a esta Sala Superior, en el presente caso de anulación, le corresponde, como precisaremos más adelante.

**3.27.** Sobre lo actuado en el proceso arbitral, verificamos que, efectuada la 1era. Audiencia, a folios 3172, y la 3ra. Audiencia, a folios 2957 del EJE, en su desarrollo, se realizó el debate y las exposiciones por las partes y el Tribunal, relacionadas con lo que fue materia de pretensión, como también lo relacionado con la indemnización y el daño emergente. Así, se plantearon los temas centrales a debatir y que se señalan en el punto N° II. A, B y C del Laudo Arbitral, de la siguiente manera:

***Primera Pretensión Principal de la demandante:*** (reclamo) de US\$ 41,289.000.00 + IGV + intereses + costas por Energía de ELECTROPERÚ vendida por la demandada a terceros en el SEIN, correspondiente al periodo del 19 de octubre de 2006 hasta el 29 de setiembre de 2009.

***Segunda Pretensión Principal de la demandante:*** reintegro por el Suministro de Energía de junio de 2066 (S/.49,228.76).

***Pretensión Reconvencional de la demandada:*** US\$ 19,576.085.00.

- De la lectura de estos planteamientos, esta Sala Superior advierte que, no se planteó la indemnización propiamente dicha, aún cuando sí fue debatida en el proceso arbitral, por las partes y por los árbitros.

**3.28.** Además, de los propios actuados, se aprecia que se efectuaron memoriales, réplicas, dúplicas, y que se presentaron sendos escritos sobre lo que se había planteado y que se estaba debatiendo en su interior, tanto por la demandante como por la demandada.

**3.29.** También apreciamos que, con fechas 23 y 25 de julio de 2018 tuvo lugar en la sede del Centro, la Audiencia sobre el fondo, en la cual, además

de recibirse alegatos orales de apertura y de cierre de las partes, declararon los siguientes peritos; **a)** por la demandante: Luis Espinoza Quiñones; y, **b)** por la demandada, Carlos Herrera Descalzi y Carlos Paredes Lanatta.

**3.30.** Con fecha 24 de agosto de 2018, fueron recibidos los respectivos memoriales de post-audiencia de las partes; y con fecha 27 de julio de 2019, luego de preguntadas las partes, el Tribunal Arbitral dispuso el cierre del procedimiento, según lo previsto en el artículo 31.1 del Reglamento CNUDMI.

**3.31.** Con fecha 12 de agosto de 2019, igualmente según el artículo 40.2 del mismo Reglamento CNUDMI, fueron recibidos los escritos de las partes, relativos a sus respectivos costos jurídicos.

**3.32.** Señalaron los árbitros, en el Laudo Final, que se efectuaron referencias concretas a sólo algunos - y no necesariamente a todos - los elementos de juicio, pruebas o argumentaciones de las partes en ese arbitraje; y que el Tribunal Arbitral tuvo en cuenta, en su análisis, conclusiones y determinaciones, así como las constancias íntegras que conformaron las actuaciones procesales, incluyendo la totalidad de la prueba producida y las alegaciones de las partes, aunque no fueron mencionadas en el laudo.

**3.33.** Al respecto, cabe precisar que el Tribunal Constitucional, en la sentencia de fecha 21 de setiembre de 2011, recaída en el Expediente 00142-2011-PA/TC (precedente vinculante) se pronunció indicando lo siguiente: *“... de la especial naturaleza del arbitraje, en tanto autonomía de la voluntad de las partes y al mismo tiempo, de la independencia de la jurisdicción arbitral, no supone en lo absoluto desvinculación del esquema constitucional, ni mucho menos del cuadro de derechos y principios reconocidos por la Constitución. Como ya ha señalado este Tribunal, “la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que no establezca el ejercicio de sus atribuciones con observancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo*

*órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que imponen el derecho al debido proceso". (STC 6167-2005-PHC/TC, fundamento 9).*

**3.34.** Ello es así, por cuanto la función jurisdiccional se sustenta y se debe a la norma fundamental, más allá de la especialidad sobre la que pueda versar o de la investidura de quienes la puedan ejercer. De este modo y aunque se dota a la justicia arbitral de las adecuadas garantías de desenvolvimiento y se fomenta su absoluta observancia, la misma se encuentra inevitablemente condicionada a que su ejercicio se desarrolle en franco respeto al orden constitucional y a los derechos de la persona.

**3.35.** Ahora bien, procederemos a dar respuesta a los argumentos del presente recurso de anulación de laudo arbitral, iniciando por aquellos que se sustentan en la **causal d) del numeral 1) del artículo 63° de la Ley de Arbitraje**.

**3.36.** Sobre el particular, en principio, debemos señalar, que el primer debate central, gira en torno a que la indemnización propiamente dicha, no fue planteada por la demandante, ni fijada en los puntos controvertidos; sin embargo, el Tribunal le otorga la suma requerida como una indemnización sobre daño emergente.

**3.37.** Conforme a lo actuado en el proceso arbitral, apreciamos que lo solicitado por el demandante es que se le pague las sumas de dinero que precisa, tanto en soles como en dólares, como consecuencia de la energía que ENEL declaró como suya y que es reclamada como restitución por ELECTROPERÚ; habiendo el Tribunal decidido en el laudo arbitral materia de anulación, que efectivamente ENEL debe pagar las sumas reclamadas, por el concepto de la energía declarada indebidamente a su favor; lo que implica verificar si dentro de los fundamentos expuestos, se configuraron los presupuestos de la indemnización o de la restitución, -aunque no estuviera

así planteada la devolución-, que hayan conllevado al Tribunal, a decidir por la indemnización y no por la restitución, y que además haya sido de pleno conocimiento de las partes en dicho proceso.

**3.38.** Debe tenerse presente que, en el Contrato de Suministro, identificado como Anexo 1-H de esta demanda de anulación, ambas partes pactaron en la Cláusula 12.4, lo siguiente: *"En los casos en que la ley dispone o el contrato estipula el pago de indemnizaciones entre las partes, dichas indemnizaciones están restringidas a las indemnizaciones por daño emergente, y en ningún caso procederá el pago de indemnizaciones por lucro cesante, a las que en todo caso las partes renuncian recíprocamente"*.

**3.39.** Por otro lado, verificando los puntos controvertidos determinados, tenemos también en cuenta, que lo analizado por el Tribunal Arbitral, es el pago de sumas de dinero, intereses e IGV, que corresponden a la cuantificación de la energía, en consideración a que la obligación deriva del Contrato de Suministro vinculante a las partes; y que dicha energía, ENEL la declaró y presentó en el COES, como si fuera suya; lo que originó la demanda.

**3.40.** Al respecto, nuestro Código Civil establece en su artículo 886<sup>o</sup> lo siguiente:

**Artículo 886.- Bienes muebles**

*Son muebles: 1. Los vehículos terrestres de cualquier clase. 2. Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación. 3. Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal.*

**3.41.** Así lo expuesto, la energía eléctrica es considerada un bien mueble, según nuestro Ordenamiento Civil, sin embargo, señaló ELECTROPERÚ, que al momento de solicitar la restitución de una suma de dinero lo hizo desde el contexto de la Ley de Concesiones Eléctricas y no del Código Civil<sup>1</sup>, siendo de aplicación para el Contrato de Suministro del cual se derivaron las obligaciones, la Ley de Concesiones Eléctricas -Decreto Ley

---

<sup>1</sup> Punto 28, de su escrito post audiencia pág. 3010 del Expediente Judicial Electrónico – EJE -.

No. 25844 -, y la Ley para Asegurar el Desarrollo Eficiente de la Generación Eléctrica -Ley No. 28832-, entre otras normas específicas del sector eléctrico. Esta es la normativa aplicable al Contrato de Suministro Eléctrico. Sin embargo, si se aplicaban las normas del Código Civil, no habría mucha diferencia, señaló ELECTROPERÚ.

**3.42.** Es evidente que el Tribunal Arbitral decidió por la aplicación de las normas referidas al Código Civil, específicamente en lo referido a la indemnización por daño emergente; para lo cual analizaremos si de los actuados, se invocó y trascendió el sustento para esta decisión y el amparo legal que correspondería a esta figura jurídica, o si su ausencia respalda los agravios señalados por el ahora demandante ENEL en este proceso de anulación.

**3.43.** Así también, no podemos soslayar, que uno de los principios que rigen el arbitraje, es el de la voluntad de las partes, cuya autonomía de acción y de decisión, orientan desde la suscripción del compromiso arbitral, hasta la determinación de las reglas procesales que regirán durante su proceso; así, se advierte del Laudo arbitral, que las partes pactaron la aplicación del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional -CNUDMI-, el cual ambas partes, demandante y demandado, decidieron como norma aplicable a su proceso arbitral.

**3.44.** Del escrito de contestación y reconvención de ENEL, apreciamos objetivamente, que fue la demandada en el proceso arbitral, quien introdujo la figura de la indemnización, y no el Tribunal Arbitral, tal como se observa de los párrafos que fueron aportados por la entonces demandada, donde se aprecia que sustentaron la posibilidad de una indemnización.

Así, extraemos de los actuados de dicho proceso, las siguientes piezas procesales:

---

174. El artículo 1428 del Código Civil<sup>126</sup> señala lo siguiente:

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

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

175. A Electroperú obviamente no le convenía resolver el Contrato de Suministro de Energía por el presunto – y negado – incumplimiento, pero tampoco solicitó el cumplimiento del Contrato, debido a los riesgos que asumiría si lo hacía – en el negado supuesto que un tribunal arbitral le diera la razón –.

176. Habiendo concluido el plazo del suministro ya no cabe que Electroperú solicite el cumplimiento y mucho menos la resolución de un contrato cuyo plazo concluyó. Lo único que conforme a la legislación peruana puede reclamar Electroperú es una indemnización por los daños y perjuicios que supuestamente le habría ocasionado el alegado incumplimiento de Enel consistente en no haber entregado energía asociada a la diferencia entre 384.9755 MW y 450 MW.

**3.45.** Además, se realizó una disquisición de si lo solicitado por la demandante en el proceso arbitral, lo que le correspondía a ELECTROPERÚ, era un lucro cesante o un daño emergente (páginas 271 y 272 del Expediente Judicial Electrónico -EJE-:

- 
178. El alegado “reintegro del valor” de la energía que aduce Electroperú no es otra cosa que un reclamo de indemnización por lucro cesante “disfrazado”, al cual Electroperú ha pretendido recurrir porque sabe que la cláusula 12.4 del Contrato de Suministro de Energía que redactó no permite a las Partes reclamar indemnizaciones por lucro cesante.
179. Electroperú sólo puede pretender una indemnización por daño emergente. Este daño sólo podría configurarse si Electroperú hubiese sido deficitario de energía a lo largo de todo el período reclamado (esto es, la Segunda Etapa), de modo tal que hubiese tenido que asumir los costos más altos de adquirir energía en el mercado spot para poder atender los retiros de energía de sus clientes.
180. Sin embargo, Electroperú no fue deficitario de energía durante la Segunda Etapa del Contrato de Suministro de Energía y, por tanto, no ha sufrido daño emergente.
181. En base a la información publicada en la página web del COES referida a las transferencias netas de energía entre integrantes del COES<sup>127</sup>, el siguiente cuadro muestra que Electroperú fue un generador excedentario o superavitario de energía activa durante casi todos los meses de la Segunda Etapa del Contrato de Suministro de Energía, es decir, Electroperú inyectó más energía al sistema de la que retiraron los clientes con quienes tenía compromisos contractuales:
- 

**3.46.** De lo expuesto, se colige, que el ahora demandante ENEL, sí tuvo conocimiento del planteamiento de la indemnización por daño emergente que se estaba realizando al interior del proceso arbitral.

**3.47.** Así mismo, en la Audiencia “1<sup>o</sup>” de fecha 23 de julio de 2018, folios 3173 del EJE, donde asistieron ambas partes, también se debatió la indemnización como daño emergente, tal y conforme se desprende del extracto de dicha audiencia, que aparece a continuación:

1 que la puso a su nombre porque era quien podía  
 2 declarar frente al COES. ¿No? Y por eso  
 3 Electroperú se vio sin posibilidad de evitar que  
 4 se apropien de esa energía. Y corresponderá a  
 5 este Tribunal definir si esa energía le  
 6 correspondía a uno o a otro.

7       Nosotros tenemos la absoluta convicción de que  
 8 le correspondía a Electroperú. Pero una vez que  
 9 el Tribunal defina, y si define como nosotros  
 10 creemos que es de titularidad de Electroperú, fue  
 11 titularidad de Electroperú desde el día que se  
 12 inyectó, y por lo tanto ETEVENSA cobró por esa  
 13 energía un monto que le correspondía a  
 14 Electroperú.

15       Hecha esa aclaración, que me ha sido pedido,  
 16 quería decir como siguiente elemento que si  
 17 finalmente el pago se caracterizase como daño,  
 18 sería daño emergente y no sería lucro cesante. Y  
 19 estamos trayendo acá la definición de daño  
 20 emergente y lucro cesante, y creo que no tenemos  
 21 discusión tampoco respecto de la definición misma  
 22 de daño emergente y lucro cesante, y creemos que

1 es claro justamente por lo que acabo de explicar.  
 2 Y lo que acabo de explicar es que esa energía  
 3 formaba parte del patrimonio de Electroperú y  
 4 estaba calificada como de titularidad de  
 5 Electroperú.

6       Entonces, si alguien toma algo que es mío, me  
 7 está despojando de un patrimonio. Eso es daño  
 8 emergente y no es lucro cesante.

9       El monto a ser restituido, el monto, el valor  
 10 de esa energía, está -- ha sido calculado por el  
 11 ingeniero Espinoza, que hace los cálculos en su  
 12 informe de experto, y Enel no ha cuestionado el  
 13 cálculo del ingeniero Espinoza. Entonces  
 14 entendemos que no habría un debate sobre este  
 15 monto.

**3.48.** Así también aparece en la exposición de posiciones de ENEL en la misma Audiencia, corriente a folios 3206 del EJE, donde continúa argumentando sobre la indemnización que solicita ELECTROPERÚ:

135 VERSIÓN CORREGIDA	136 VERSIÓN CORREGIDA
<p>1 de Enel no tiene asidero y que más bien todas las 2 inversiones que hacía el inversionista después de 3 firmados los contratos y después de ejecutar la 4 PTGN o el compromiso de inversión, todo era la 5 PTGN y por lo tanto toda la electricidad a estos 6 límites le correspondía a Electroperú-, hay una 7 discusión y un punto controvertido: es la 8 naturaleza del reclamo que está realizando 9 Electroperú en este arbitraje. Y esto es 10 importante.</p>	<p>1 por qué Electroperú trata de forzar figuras 2 jurídicas para escapar de que sea definido como 3 un reclamo de lucro cesante.</p>
<p>11 Dos miembros del Tribunal hicieron una 12 pregunta a la doctora Tovar sobre el concepto o 13 qué era lo que se estaba reclamando, y este tema 14 de restitución -lo vamos a ver más adelante-, 15 pero la restitución sí es un concepto del derecho 16 peruano y sí está regulado en más de 10 o 12 17 artículos del Código Civil peruano.</p>	<p>4 Vemos en pantalla la cláusula 12.4 del 5 Contrato de Suministro de Electricidad. Las 6 partes pactaron esta cláusula 12.4, que en los 7 casos en que la ley dispone o el contrato 8 estipula el pago de indemnizaciones entre las 9 partes, dichas indemnizaciones están restringidas 10 a las indemnizaciones por daño emergente, y en 11 ningún caso procederá el pago de indemnizaciones 12 por lucro cesante, a las que en todo caso las 13 partes renuncian recíprocamente.</p>
<p>18 Realmente el reclamo de Electroperú no es otra 19 cosa que un reclamo de daños por lucro cesante. 20 Este tipo de reclamos está excluido expresamente 21 por las partes en la cláusula 12.4 del Contrato 22 de Suministro, y es por eso que se puede explicar</p>	<p>14 Electroperú pretende sostener que su reclamo 15 es un reclamo de daño emergente. 16 Aquí es importante resaltar -y como bien lo 17 conoce el Tribunal-, que cuando hablamos de daño 18 emergente lo que estamos hablando es -- o sea, yo 19 tengo un patrimonio, y cuando ese patrimonio se 20 reduce como consecuencia de un acto dañoso, ese 21 es un daño emergente. 22 El lucro cesante, por el cambio, el patrimonio</p>
<p><a href="http://www.dresteno.com.ar">www.dresteno.com.ar</a> 5411-4957-0083</p>	<p><a href="http://www.dresteno.com.ar">www.dresteno.com.ar</a> 5411-4957-0083</p>

VERSIÓN CORREGIDA 137

1 no se reduce, sino lo que hay es que podía crecer  
2 y el patrimonio no creció, perdió una oportunidad  
3 de que ese patrimonio sea más grande, y eso es  
4 lucro cesante.

5 En el sistema eléctrico -y hablamos acá de  
6 generadores y de mercado eléctrico- el daño  
7 emergente solo podría configurarse si Electroperú  
8 hubiese sido deficitario de energía a lo largo de  
9 todo el período reclamado. Es decir, como bien  
10 mencionó la doctora Tovar, las empresas  
11 generadoras inyectan energía en el sistema y  
12 tienen en paralelo los contratos con clientes,  
13 que es el mercado de los contratos.

14 Si un generador está inyectando menos energía  
15 de la que requieren sus clientes, entonces va a  
16 tener que salir al mercado, al sistema, y comprar  
17 energía a costo marginal para poder atender sus  
18 contratos. Eso se llama un generador deficitario  
19 en el sistema.

20 Si ocurre lo contrario, es decir, si yo estoy  
21 inyectando más energía de la que requieren mis  
22 clientes, lo que está ocurriendo es que otros

[www.dreleno.com.ar](http://www.dreleno.com.ar)  
5411-4957-0083

VERSIÓN CORREGIDA 138

1 generadores están comprando y pagándome a mí a  
2 costo marginal mi energía para atender a sus  
3 clientes. Eso es lo que el sistema llama un  
4 generador excedentario.

5 En la época, si la energía que según  
6 Electroperú le hubiera correspondido de acuerdo a  
7 este Contrato de Suministro -- si Electroperú  
8 hubiera sido deficitario, significaba que como  
9 consecuencia de no tener esa energía hubiera  
10 tenido que desembolsar dinero, comprar energía a  
11 costo marginal en el sistema para atender sus  
12 contratos, y por tanto su patrimonio se hubiera  
13 visto reducido.

14 Por el contrario, si no es en el caso y  
15 Electroperú era excedentario, lo que perdió fue  
16 una oportunidad de negocio. Hubiera tenido más  
17 energía que la hubieran comprado a un precio  
18 determinado en ese momento.

19 Es decir, si fue deficitario, pues podríamos  
20 estar hablando en todo caso de un daño emergente.  
21 Si era excedentario, estamos hablando de que  
22 perdió una oportunidad de negocio y es lucro

[www.dreleno.com.ar](http://www.dreleno.com.ar)  
5411-4957-0083

VERSIÓN CORREGIDA 141

1 limitación de responsabilidad es nula, solo  
2 aquella referida a dolo o culpa inexcusable.

3 Es importante recordar que Electroperú  
4 pretende sostener que en el presente caso Enel  
5 actuó con dolo. Entonces aquí simplemente  
6 recordar la diferencia, y lo dice expresamente el  
7 derecho peruano, entre dolo, culpa inexcusable y  
8 culpa leve, y cómo trata la probanza de estas --  
9 de cada una de estas el derecho peruano. El dolo  
10 está regulado en el 1318, 1319 y 1320 del Código  
11 Civil; procede con dolo quien deliberadamente no  
12 ejecuta la obligación, incurre en culpa  
13 inexcusable quien por negligencia grave no  
14 ejecuta la obligación y actúa con culpa leve  
15 quien omite aquella diligencia ordinaria exigida  
16 por la naturaleza de la obligación. Aquí  
17 simplemente para poner un ejemplo más gráfico, si  
18 estamos hablando de los servicios profesionales  
19 de un abogado y de la asesoría en un litigio  
20 judicial y yo tengo que presentar un recurso de  
21 apelación para mi cliente y este recurso de  
22 apelación tiene un plazo de presentación de diez

[www.dreleno.com.ar](http://www.dreleno.com.ar)  
5411-4957-0083

VERSIÓN CORREGIDA 142

1 días, si dos días antes me peleo con mi cliente y  
2 por tanto como consecuencia de ese pleito con el  
3 cliente tomo la decisión de no presentar el  
4 recurso de apelación para que mi cliente, como  
5 decimos en la jerga peruana "se friegue", sufra  
6 la consecuencia, eso es dolo, cuando yo  
7 intencionalmente no cumplo la obligación, no  
8 ejecuto esa obligación.

9 Por el contrario, si yo olvido que el plazo  
10 era de diez días, quería presentar la apelación,  
11 pero no recordé que el plazo eran los diez días  
12 para presentarla y la presento el día doce o el  
13 día quince, eso es culpa inexcusable, una  
14 negligencia grave que tenía el abogado. Por el  
15 contrario, si yo sabía que tenía que presentarlo  
16 en diez días, preparo mi recurso en diez días y  
17 salgo el día dentro del plazo a presentar, el día  
18 décimo, pero no tomé la anticipación o el cuidado  
19 del tráfico peruano y no tomé mi diligencia  
20 ordinaria, que siempre salgo con más de una hora  
21 de anticipación y salí con media hora de  
22 anticipación, pues eso es culpa leve. Recordemos

[www.dreleno.com.ar](http://www.dreleno.com.ar)  
5411-4957-0083

A continuación, y al respecto, extraemos la transcripción de la Tercera Audiencia de folios 2968:

540	541
VERSIÓN CORREGIDA	VERSIÓN CORREGIDA
1 se dijo que alguna energía no iba, lo puso. ¿No? 2 No hay nada ni remotamente parecido al 3.1 o al 3 3.3 que nos distinga a PTGN de central Ventanilla 4 o que nos digo que el suministro de 450 estaba 5 limitado por la potencia comprometida del 6 Contrato de Inversión. 7 Y Electroperú lo que reclama es un pago, 8 dinero, es cierto. ¿No? Y lo pide como 9 restitución, pero lo que pide es un pago; en la 10 pretensión dice: "Yo le pido que me pague." Y yo 11 lo caracterizo como restitución, y lo 12 caracterizamos como restitución por las razones 13 que hemos dicho, porque esta era una energía que 14 de acuerdo a la ley de concesiones eléctricas, de 15 acuerdo al contrato era de Electroperú, y fue una 16 energía que tomó la otra parte y ahora me debe 17 restituir el dinero que él cobró por mi energía. 18 La energía desde el momento en que alguien 19 inyecta se le debe pagar, nos dijo el ingeniero 20 Herrera, y esa energía inyectada era de 21 Electroperú y el dinero era de Electroperú. Y 22 Enel alega que lo que se pide tiene naturaleza de	1 indemnización. Si es indemnización, nosotros 2 decimos es daño emergente y no es lucro cesante. 3 Y voy a hablar un poquito de ese tema que me 4 pidieron, de la restitución. 5 PRESIDENTE GRIGERA NAÓN: Pero antes, doctora, 6 ayúdeme usted, que tiene toda esta experiencia de 7 las concesiones eléctricas y demás. Lo que usted 8 dice es que la energía fluye hacia Electroperú 9 automáticamente, pero el problema no es ese. Es 10 la energía que según entiendo yo fue asignada por 11 Enel con otro destino. Entonces, ¿cómo funciona 12 eso desde el punto de vista de la tradición, 13 desde el punto de vista de la concesión 14 eléctrica? Además, su adversario ha dicho: "Pero 15 no la pagó." Entonces, ¿cómo que puede ser de 16 Electroperú? Eso es lo que usted dijo. 17 ¿Por qué no nos aclara un poquito ese 18 concepto? Y perdóneme si se lo digo en términos 19 muy sencillos. Considere que yo no soy abogado, 20 explíquemelo como si fuera un niño. 21 SEÑORA TOVAR GIL: No podría hacer una cosa 22 así, pero... (Risas.)  <a href="http://www.dreseno.com.ar">www.dreseno.com.ar</a> 5411-4957-0083
543	543
VERSIÓN CORREGIDA	VERSIÓN CORREGIDA

**3.49.** De lo descrito en los extractos de las transcripciones de las citadas Audiencias, y de una fácil lectura de los mismos, se puede colegir con holgura, que aun cuando el Tribunal Arbitral no fijó como punto controvertido, la indemnización, sin embargo, ésta sí fue planteada en la contestación realizada por el demandado, además debatida en las Audiencias durante el desarrollo del proceso, tanto por las partes como por los Árbitros; más aún, en el escrito post audiencia presentado por ELECTROPERÚ, con fecha 24 de agosto de 2018, a folios 3000 del EJE, quien en un principio solicitó el pago como una restitución, señaló y argumentó lo siguiente:

***"SOBRE EL DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE***

**43.** ENEL ha insistido en sus escritos y durante la Audiencia de Méritos que, al pedirse la restitución del valor de la energía, ello tiene naturaleza de indemnización. La demandada caracteriza así el pedido de ELECTROPERÚ alegando que, como indemnización, ésta no supone un daño emergente sino un lucro cesante, y buscar de esta manera, amparo en la limitación de

responsabilidad establecida en la Cláusula 12.4 del Contrato de Suministro Eléctrico.

**44.** Lo cierto es que el titular de la energía entre los 385 MW y hasta los 450 MW durante la Segunda Etapa del Contrato de Suministro Eléctrico, era ELECTROPERÚ, por lo que, en el supuesto que se considere que el reclamo de ELECTROPERÚ tiene naturaleza indemnizatoria, **calificaría como un daño emergente**, y no como un lucro cesante.

**45.** Reiteramos que la discusión medular en el arbitraje es si la inyección de energía sobre los 385 MW y hasta los 450 MW producidos por la PTGN o C.T. Ventanilla, le corresponde a ELECTROPERÚ. Se discute, por tanto, quién es el titular de la misma. Si se concluyera que se debe indemnizar, es porque ETEVENSA tomó algo que era del patrimonio de ELECTROPERÚ.

**50.** En ese sentido, ELECTROPERÚ no pide algo distinto que el valor que tenían las inyecciones de energía en el mercado Spot, esto es, el valor o monto en dinero del que se apropió ETEVENSA y que era formaba parte del patrimonio de ELECTROPERÚ. Por tanto, nos encontramos claramente ante un supuesto de daño emergente.

**51.** La contraparte busca sostener de manera reiterada que nos encontraríamos ante un supuesto de lucro cesante, lo que no es correcto. Se estaría ante un pedido de lucro cesante, solo si lo que ELECTROPERÚ estuviese pidiendo fuera un mayor valor del que el mercado Spot atribuye a la energía que se reclama. En otras palabras, si ELECTROPERÚ pretendiera reclamar un monto mayor al valor que tenía la energía en el mercado Spot. No es el pedido de ELECTROPERÚ. Lo que pide es que se le devuelva el mismo importe que ETEVENSA se atribuyó en su favor que es el precio Spot.

**52.** Finalmente, ENEL sostiene que, a su criterio, estaríamos ante daño emergente, sólo en caso que ELECTROPERÚ haya sido deficitario, es decir, que haya tenido que adquirir energía para satisfacer la demanda de sus clientes. Sin embargo, el hecho de que ELECTROPERÚ haya sido excedentario o deficitario no es relevante para efectos de lo que se discute, que es la titularidad de la energía (...)"

**3.50.** De lo expuesto, determinamos entonces, que el planteamiento de la indemnización como tema en controversia, sí fue esbozado, teniendo en cuenta el Contrato de Suministro que vincula a las partes y que nace dentro de una relación contractual:

*La indemnización de daños y perjuicios en el Código Civil Peruano siempre se traduce en el pago de una suma de dinero, pues es el dinero el denominador común de cualquier valor económico.*

**3.51.** En esa línea de argumentación, el Tribunal Arbitral, decidió por las pretensiones que fueron ventiladas por las partes en el proceso y puestas a su decisión, y que finalmente se traducen en el pago de las sumas de dinero en soles y en dólares, intereses e IGV, como consecuencia del incumplimiento de la demandada, que derivó en una inejecución de la obligación materia de resarcimiento; así como de lo que se ventilaba en la reconvencción planteada por ENEL. **Advirtiendo que en el laudo no se ha decidido ni más ni menos que lo planteado y discutido por las partes;** lo cual, trae a colación el principio de congruencia, que también se encuentra recogido en nuestro Código Procesal Civil, Artículo VII del Título Preliminar, que es necesario preservar; del cual MONROY GALVEZ señala:

*“Hay un aforismo que reza “ne eat iudex ultra petita partium”, que más o menos significa que el juez no puede darle a una parte más de lo que ésta pide. A pesar de su antigua data la vigencia de este principio es absoluta en el principio civil. Es posible encontrar el origen de su éxito en la paradoja ya anotada anteriormente, consistente en el hecho de que, si bien el derecho procesal es de naturaleza pública, los derechos que en él se contienden, es de naturaleza privada (...) por tal razón el juez civil no tiene facultad para afectar la declaración de voluntad del pretensor y concederle más de lo que éste ha pretendido en su demanda”<sup>2</sup>*

Así mismo, respecto al principio de incongruencia, HURTADO REYES indica:

*“Comúnmente el Principio de Congruencia se ha entendido a través del aforismo ne eat iudex ultra petita partium, el cual implica que el Juez no puede dar a las partes más de lo que piden, es decir que se ha restringido este principio a la identidad entre lo resuelto y lo pedido por el actor (en la demanda) y el demandado (en la contestación). Si no se produce esta identidad – entre lo pedido por las partes y lo concedido por el Juez- se habla de una decisión judicial incongruente.[6] **Entonces, la palabra clave en la congruencia es la correspondencia, identidad, adecuación entre dos elementos: la pretensión y lo que se decide de ella en la sentencia, la que se***

---

<sup>2</sup> MONROY GALVEZ, Juan, *Teoría General del Proceso*, Palestra, Lima.2007

puede entender según KARLA VILELA[7] en tres vertientes: **i) la adecuación de la sentencia a las pretensiones de las partes; ii) la correlación entre las peticiones de tutela y los pronunciamiento del fallo; iii) la armonía entre lo solicitado y lo decidido**<sup>3</sup> (énfasis es nuestro).

**3.52.** En esta línea de razonamiento, podemos apreciar que las pretensiones del demandante se centran en lo siguiente:

- a. Primera Pretensión Principal:** ELECTROPERÚ solicita que el Tribunal ordene que ENEL le pague la suma de *US\$ 41 289,000.00* de dólares, más el IGV como restitución del valor de la energía que EDEGEL no declaró por el periodo que va desde el 19 de octubre de 2006 al 29 de septiembre de 2009.
- b. Segunda Pretensión Principal:** ELECTROPERÚ solicita que el Tribunal ordene que ENEL le pague la suma de *S/. 49,228.76* soles, más el IGV como restitución del valor de la energía que EDEGEL no declaró en el COES por el periodo que va del 8 al 28 de junio de 2006.
- c. Pretensión Accesorio a la Primera y Segunda Pretensiones Principales:** ELECTROPERÚ solicita que el Tribunal ordene que ENEL pague a ELECTROPERÚ intereses sobre las sumas que ordene pagar, indicando el tipo y tasa de interés y la fecha a partir de la cual deben computarse los mismos.
- d. Tercera Pretensión Principal:** ELECTROPERÚ solicita que el Tribunal ordene que asuma ENEL todos los gastos y honorarios que irroque la resolución del presente arbitraje.

Comparando el petitorio de la demandante con lo decidido por el Tribunal Arbitral, se tiene:

- (i)** Hace lugar a las pretensiones de la demandante.
- (ii)** Rechaza la pretensión reconvenzional de la demandada.
- (iii)** En concepto de la Primera Pretensión Principal de la demandante, condena a la demandada a que haga íntegro y efectivo pago a la demandante de la suma de *US\$ 41,289,000.00*.
- (iv)** En concepto de la Segunda Pretensión Principal de la demandante, condena a la demandada a que haga íntegro y efectivo pago a la demandante de la suma de *S/. 49,228.76*.
- (v)** Condena a la demandada al pago de intereses legales (artículos 1244-1245, 1334 CC) en relación con el importe de capital correspondiente a la

---

<sup>3</sup> Obtenido de la WEB, <https://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/04/La-incongruencia-en-el-proceso-civil-HURTADO-REYES-M.-A.-.pdf>, con fecha 06 de abril de 2021.

*Primera Pretensión Principal de la demandante establecida en el subparágrafo (iii) del presente párrafo 93 sobre los montos a los que correspondan cada una de las comunicaciones referidas en el párrafo 88 del presente Laudo Final, y a partir de las fechas respectivamente establecidas en los párrafos 88-89 del presente Laudo final, hasta que se haya hecho íntegro pago de los importes de capital respectivos a la demandante.*

*(vi) Condena a la demandada al pago de intereses legales (artículos 1244-1245, 1334 CC) sobre el importe de capital de la Segunda Pretensión Principal establecido en el subparágrafo (iv) del presente párrafo 93 a partir del 25 de julio de 2006 hasta que se haya hecho íntegro pago de dicho importe de capital a la demandante.*

*(vii) Condena a la demandada a soportar íntegramente los costos jurídicos de la demandante y a soportar los propios, y por consiguiente, condena a la demandada a hacer íntegro y efectivo pago a la demandante de la suma de S/ 64,000 (honorario de experto) y de US\$ 41,494.53 (honorarios arbitrales) por esos conceptos.*

**3.53.** Entonces, se advierte que hubo correspondencia entre el petitorio y lo decidido, e identidad entre las sumas puestas a cobro por los periodos que se pidieron y lo que se decidió en el laudo; parafraseando la doctrina reseñada, hubo armonía entre lo solicitado y lo decidido; por tanto, se verifica respeto al principio de congruencia; y, en esa línea de argumentación, tanto de lo expuesto por ENEL y por ELECTROPERÚ, en las audiencias como en los escritos presentados en el proceso, se aprecian los argumentos y el contradictorio producidos por ambas partes; de todo lo cual se concluye que el referido Tribunal, tuvo sobrados elementos de juicio para decidir sobre el pago de las sumas solicitadas, como una indemnización por daño emergente; con ello no se advierte afectación alguna al debido proceso, ni que se haya resuelto sobre materias no sometidas a su decisión; quedando desestimadas todas las alegaciones respecto de la invocada causal **d**).

**3.54.** Es importante tener en cuenta, que no sólo se ha respetado el principio de congruencia, sino también la estructura de la pretensión; compartiendo, al respecto, la postura de APOLÍN MEZA, al sostener:

**“4.1.1. El objeto o petitum.** Para algunos autores el objeto de la pretensión sería aquel bien jurídico cuya protección o concesión se solicita del Juzgador (...). Nosotros consideramos, de acuerdo con el profesor español Asencio Mellado (22), que el objeto de la pretensión, no sólo consiste en la realización de un pedido concreto, sino esencialmente, en la solicitud de una “consecuencia jurídica” prevista en el ordenamiento, ya que necesariamente dicha consecuencia deberá estar sustentada en la afirmación del supuesto de hecho de una norma.

**4.1.2. La causa o causa petendi.** La causa como elemento de la pretensión procesal ha sido materia de profundos estudios por parte de la doctrina (...). De esta manera, de conformidad con la doctrina más calificada (25), consideramos que la causa petendi se encuentra conformada por supuestos de hecho a partir de los cuales, se podrá derivar lógicamente la consecuencia jurídica solicitada, (...). Al respecto, ya Chiovenda sostenía que, “(...) no cualesquier hecho deducido en juicio, puede tener importancia para la determinación de la causa. Entran en juego aquí únicamente los hechos jurídicos, es decir, aquellos que son los únicos que pueden tener influencia en la formación de la voluntad concreta de la ley. (...)”<sup>4</sup>

Así tenemos, que la pretensión está conformada por el *petitum* que para el caso de autos, su consecuencia jurídica es **el pago de una suma de dinero**; la modificación se centra en el modo del reclamo del pago de dicha suma de dinero, de *restitución*, *por indemnización*, pero que en esencia, lo que persigue es el pago de esa suma de dinero; y la *causa petendi*, son los mismos hechos que ha venido sosteniendo el demandante en su demanda; ello no ha cambiado en modo alguno, y de los cuales se deriva la causa jurídica que ha influenciado en la voluntad final del Tribunal.

**3.55.** Ahora, con respecto a la **causal b)** y a la denunciada falta de motivación; primero, respecto de lo resuelto, y, segundo, en cuanto a la reconvencción, en lo concerniente al Laudo. Sobre ello, refiere el nulidicente, que la falta de motivación se centra en: **a.** motivación inexistente, toda vez que se desconoce porqué otorga una pretensión no solicitada; **b.** En el párrafo 58 del laudo también se incurre en una falta de motivación, al

---

<sup>4</sup> Obtenido de la WEB: <http://revistas.pucp.edu.pe> > article > download. *Apuntes iniciales en torno a los límites en la aplicación del aforismo iura novit curia y la reconducción de pretensiones*

señalarse porqué en el Contrato de Suministro no se pactaron cláusulas que limiten la noción de PTGN; **c.** El Laudo no explica la razón o sustento conforme al cual ampararía la lectura de ELECTROPERÚ y descartaría la de ENEL; **d.** en el párrafo 64, también se configura una motivación inexistente, sin explicar cómo regularía un modo distinto de tradición de la energía eléctrica, basado en el artículo 886° del Código Civil, cuando la Ley N° 28832 no lo hace; y, **e.** Se afecta la motivación, en su párrafo 68, al señalar que la suma que ordena pagar a ENEL a favor de ELECTROPERÚ, correspondería a una indemnización por daño emergente y no por lucro cesante.

**3.56.** Sobre esto último, se reitera, en su mayoría, en esta otra causal, que la falta de motivación incide en la carencia de congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que también sustentó la causal **d)** ya analizada y, respecto a la cual, hemos explicado las razones por las que no advertimos tal incongruencia, por lo que a dichos fundamentos no remitimos en cuanto a esta otra causal invocada y a su fundamento. Pero, además agregamos, que no debe soslayarse que ambas partes pactaron que el estándar de motivación está contenido en el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI, el mismo que señala:

**Cierre de las audiencias**

**Artículo 31°**

- 1. El tribunal arbitral podrá preguntar a las partes si tienen más pruebas que ofrecer o testigos que presentar o exposiciones que hacer y, si no los hay, podrá declarar cerradas las audiencias.*
- 2. El tribunal arbitral podrá, si lo considera necesario en razón de circunstancias excepcionales, decidir, por iniciativa propia o a petición de una parte, que se reabran las audiencias en cualquier momento previo a la emisión del laudo.*

**Renuncia al derecho a objetar**

**Artículo 32°**

*Se considerará que una parte que no formule oportunamente objeciones ante un incumplimiento del presente Reglamento o de algún requisito del acuerdo de arbitraje, renuncia a su derecho a objetar, a menos que dicha parte pueda*

*demostrar que, en las circunstancias del caso, se había abstenido de objetar por razones justificadas.*

Así, apreciamos de lo actuado, que ENEL, no ejerció el derecho a objetar al advertir del debate, en las audiencias, que se consideró el pago como una indemnización, que podría decantarse en una indemnización por lucro cesante o daño emergente; momento oportuno para objetar, y no esperar el resultado que le es desfavorable para señalar una afectación o incumplimiento, por parte del Tribunal, de motivar y denunciar que optó por una causal no invocada.

**3.57.** Y, en lo relacionado a una falta de motivación en cuanto al porqué en el Contrato de Suministro no se pactaron cláusulas que limiten la noción de PTGN, o que no explica la razón o sustento conforme al cual se ampara la lectura de ELECTROPERÚ y descarta la de ENEL; sobre ello, en el fundamento 3.26 que antecede, ya señalamos que tales aspectos implicarían entrar a evaluar el razonamiento que efectúa el Tribunal Arbitral, para decidir sobre los mismos; lo que entrañaría ir más allá de lo que a este Órgano Jurisdiccional le compete en materia de recursos de anulación de laudos.

**3.58.** La falta de motivación, en cuanto a la reconvencción planteada, añade ENEL, que el acápite c) del Laudo, debería desarrollar las razones por las que el Tribunal Arbitral decidió rechazar la pretensión reconvenccional; y que en su lugar, expresa afirmaciones genéricas e incluso contradictorias, que no responden a las afirmaciones alegadas y probadas por ENEL; omite pronunciamientos que reflejen la valoración de las pruebas aportadas; y, a su parecer, las consideraciones expuestas no constituyen una motivación, en los términos exigidos, para validar una decisión arbitral, toda vez que: **a)** no estructura un discurso narrativo coherente, posible de contrastar y corroborar; y **b)** tampoco estructura un discurso narrativo por el que se descarten las hipótesis planteadas por ENEL. En segundo lugar, expone, que el Laudo incurre en una motivación inexistente porque los párrafos 76, 77, 78 y 79 son vagos y ambiguos. En tercer lugar, indica, el Laudo incurre

en una motivación inexistente respecto de los hechos que habrían quedado acreditados o refutados en base a las pruebas admitidas y actuadas en el arbitraje; vicio que se evidenciaría a partir del último extremo del párrafo 78 del referido Laudo; sin perjuicio que omita pronunciarse sobre los medios probatorios actuados en el arbitraje y procura basarse en una 'interpretación literal' del Contrato de Suministro. A título enunciativo, sostiene, que se omitió valorar individualmente y, luego, en conjunto, los medios probatorios, invocados en su Memorial post-Audiencia.

**3.59.** Sobre esto último, resulta interesante reseñar un artículo publicado por Cantuarias Salaverri y Repetto Deville:

*(...) acerca de por qué se exige la motivación en sede judicial, tradicionalmente se han identificado cinco razones para que las decisiones de los jueces deban ser motivadas (20). **En primer lugar**, las partes del juicio tienen el derecho de saber por qué una ganó y la otra perdió. Se ha entendido que los jueces no sólo tienen la obligación de decidir quién gana y quién pierde, sino de explicar las razones que llevaron a su decisión (21). La razón es importante porque se explicará cómo quedaron probados los hechos, cuál es la verdad y cuál es la forma de pensar de los jueces. Esto evitaría resentimiento o falta de confianza y le dará integridad (o legitimidad) al proceso judicial. **En segundo lugar**, los jueces deben motivar sus decisiones porque las razones son lo que debe primar al momento de decidir un caso (22). De este modo, se dice que se evitarían decisiones sesgadas, arbitrarias o simplemente emocionales. Por ello, sería importante que los jueces digan las razones que motivaron su decisión. Es un supuesto salvavidas ante la arbitrariedad y la injusticia. **En tercer lugar**, los jueces deben motivar sus decisiones porque es una guía para comportamientos futuros. En países del common law, esto es sumamente importante, toda vez que el precedente judicial es una fuente de derecho. En países del civil law, las decisiones anteriores cada vez más tienen mayor importancia al fundamentar los casos, o a todo evento, tienen gran importancia argumentativa. Por ello, las razones de un pronunciamiento judicial servirán a las partes y también a terceras personas. Respecto a las partes del juicio sabrán, por ejemplo, la correcta interpretación del contrato y así deberán ejecutar sus prestaciones. Respecto a terceras personas, podrán saber cómo resolvió la corte un asunto específico y lo podrán utilizar como fuente de derecho. Sin motivación no sabrían cuál es el criterio que prima. En tal sentido, se dice que sería relevante que los jueces justifiquen sus decisiones.*

*En cuarto lugar, permite al superior jerárquico revisar la decisión y corregirla si estuviera equivocada (23). De hecho, el juez jerárquico superior en la apelación sólo puede decidir si la decisión estuvo equivocada si advierte las razones. No puede corregir una sentencia si no hay razones. Por último, las sentencias judiciales deberían expresar la motivación porque es una disciplina intelectual para el juez al momento de decidir (24). Esta labor permite darse cuenta en el camino si es que existen razones para fundamentar una posición.*

*Todas estas razones aparentemente deberían conducir a que todos los laudos sean motivados. A igual razón, igual derecho, dirían los que pretenden importar esos criterios al arbitraje. Pero esto no es necesariamente correcto. De hecho, todas y cada una de las razones enunciadas pueden ser descartadas, a partir de la autonomía privada de las partes, que es lo que prima en el arbitraje. Veamos cada una. **Respecto a lo primero**, así como es derecho de las partes conocer las razones por las cuales ganó o perdió, también pueden renunciar a ese “derecho a saber”. No existe razón de orden público alguno para imponer el conocimiento de las razones por las que se perdió o ganó cuando la persona lo consintió. **Con relación al argumento de que la razón es lo que debe primar**, no existe evidencia que demuestre que los laudos no motivados sean más o menos emocionales que los laudos motivados. E incluso cuando lo fuera, las partes consintieron que así lo fuera. **Respecto a que la motivación permite comportamientos futuros predecibles**, debemos advertir que: (i) frente a las partes, este es un derecho que se está consintiendo renunciar; y, (ii) frente a terceros, los laudos son confidenciales, salvo pacto en contrario y, por lo tanto, no van a ser conocidos por terceros. **Respecto a que la motivación permite al superior jerárquico corregir los errores** que formaron una decisión del inferior jerárquico, esto no tiene aplicación en el arbitraje. El Poder Judicial no está autorizado a revisar la decisión de los árbitros sobre los méritos. Está prohibido. (25). **Por último, respecto a la labor intelectual del árbitro**, ésta igual se realiza, sólo que no es comunicada a las partes. Por ello, no se afecta en nada al arbitraje. Como vemos, las clásicas justificaciones de la motivación de las sentencias judiciales no tienen mayor relevancia en el arbitraje. Las partes pueden incluso desprenderse de la motivación<sup>5</sup>.*

---

<sup>5</sup> CANTUARIAS SALAVERRY y REPETTO DEVILLE: *El nuevo potro indomable: El Problemático Estándar de Motivación de los Laudos Exigido por las Cortes Peruanas.* Revista IUS ET VERITAS, N° 51, diciembre 2015 / ISSN 1995-2929.

De lo expuesto se determina que, la rigurosidad, respecto de la motivación al interior de un laudo, por el principio de autonomía de las partes que rige a los arbitrajes, no es exigida así de estricto, como lo es para una sentencia emitida por un Juez; no debemos olvidar que en los debates, ambas partes llevaron a peritos especialistas en la materia, con títulos solventes en el conocimiento de energía y electricidad -que es especializada y compleja-, quienes ilustraron, con exposiciones y cuadros, a los miembros del Tribunal en las especificaciones necesarias que los llevaron a tomar esa decisión; pues eso se aprecia del debate en las audiencias, las preguntas y repreguntas realizadas, así como sus respuestas. Es por tales razones, que el control que realiza el Poder Judicial, no debe colisionar con el principio de irrevisabilidad del criterio arbitral consagrado en el artículo 62° inciso 2) del Decreto Legislativo N° 1071, pues su labor se encuentra limitada sólo a decidir sobre la validez o invalidez del laudo, en base a las causales estipuladas en la ley de la materia; por tanto, ciñéndonos a los argumentos vertidos en el recurso de anulación que nos ocupa, debemos señalar que de la lectura del laudo no se advierte el vicio de motivación ni infracción a algún derecho constitucional como reclama la empresa nulidicente; por lo que, dichas alegaciones deben ser desestimadas. En efecto, debe tenerse en cuenta que aquí no nos corresponde pronunciarnos respecto a las razones de las decisiones del Tribunal Arbitral, ni del por qué decidió rechazar la postura de la ahora demandante en la contestación de la demanda arbitral o en la reconvencción ni tampoco respecto a la forma de valoración de las pruebas.

**3.60.** A fin de reforzar a lo antes expuesto, debemos recordar que, respecto a la motivación de resoluciones, el Tribunal Constitucional ha señalado en reiteradas oportunidades, que éste es un componente esencial del derecho al debido proceso, precisando que: *“es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de proceso. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del*

*inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera que sea la instancia a la que pertenezcan, justifiquen sus decisiones, asegurando que la potestad de administrar justicia se ejerza con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también, con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables". La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y, por si misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aún si ésta es breve o concisa, o se presente el supuesto de motivación por remisión". (STC. 1313-2005-HC/TC. FF.JJ. 10,11). (El resaltado es nuestro)*

**3.61.** Asimismo, es menester agregar que, aunque ENEL cuestiona la motivación contenida en el laudo, los fundamentos que sustentan tal aseveración, conllevan la intención nítida de una evaluación jurídicamente vedada en estos procesos, como es el pronunciamiento del fondo de la materia sometida a arbitraje, o la revaloración de los medios probatorios ofrecidos en dicha sede; lo cual se encuentra prohibido por el artículo 62° numeral 2) de la Ley Arbitral. Finalmente, debemos ser enfáticos en reiterar que este Colegiado puede o no estar de acuerdo con el razonamiento, criterio, interpretación, posición jurídica o conceptos empleados por el Árbitro, para resolver los puntos controvertidos sometidos al proceso; sin embargo, no podemos entrar a revisarlos más que en lo estrictamente formal.

**3.62.** En esta misma línea, y sólo a manera de ilustración, debemos recordar que sobre la pretensión que ya hemos desarrollado ampliamente en los considerandos *ut supra* sobre la pretensión, bajo este contexto, consideramos que el análisis vertido en el laudo cuestionado, no vulnera en forma alguna el derecho de motivación ni el derecho de defensa que aduce ENEL, pues no se aprecia ninguna reconfiguración de lo solicitado en la demanda; por el contrario, se advierte un análisis de la pretensión de pago y de la reconvención planteada que se derivan del contrato de suministro que ampliamente han desarrollado.

**3.63.** En conclusión, para este Órgano Jurisdiccional es evidente que en el Laudo cuestionado constan las razones fácticas y jurídicas que respaldan lo resuelto, y que éstas responden a la interpretación de los fundamentos de hecho y de derecho aplicables al caso; no advirtiéndose vulneración alguna a los derechos constitucionalmente protegidos de la recurrente; por lo que el presente recurso de anulación, debe ser desestimado. No obstante, debemos enfatizar que este Colegiado puede o no estar de acuerdo con el razonamiento, criterio, interpretación, posición jurídica o conceptos empleados para resolver la controversia; sin embargo, no podemos entrar a revisarlos más que en lo estrictamente formal. Siendo ello así, este Superior Colegiado, resuelve:

#### **IV. DECISIÓN:**

Declarar **INFUNDADO** el recurso de anulación de laudo arbitral interpuesto por **ENEL**, respecto de la causal **d)** del numeral 1) del artículo 63° del Decreto Legislativo N° 1071; e, **INFUNDADO** el mismo recurso respecto de la causal **b)** del acotado precepto normativo; en consecuencia, válido el laudo arbitral de fecha 19 de agosto de 2019, emitido en mayoría por los Árbitros Horacio A. Grigera Naón -Presidente del Tribunal- y Katherine Gonzáles Arrocha, con el voto disidente del árbitro Andrés Jana Linetzky.

En los seguidos por ENEL GENERACION PERU S.A.A. contra EMPRESA DE ELECTRICIDAD DEL PERU S.A., sobre Anulación de Laudo Arbitral. NOTIFICÁNDOSE.-  
S.S.

**ROSSELL MERCADO**

**NIÑO NEIRA RAMOS**

**MEDINA SANDOVAL**