

**CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES**

en el arbitraje entre

**IC Power Ltd. y Kenon Holdings Ltd.,**

– Demandantes –

c.

**República del Perú**

– Demandada –

**Caso CIADI No. ARB/19/19**

---

**LAUDO**

---

***Miembros del Tribunal***

Profesor Luca G. Radicati di Brozolo, Presidente

Sr. David R. Haigh KC, Árbitro

Sr. Eduardo Siqueiros T., Árbitro

***Asistente del Tribunal***

Sr. Fabio Giuseppe Santacroce

***Secretario del Tribunal***

Sr. Marco Tulio Montañés-Rumayor

3 de octubre de 2023

**REPRESENTANTES DE LAS PARTES**

<i>Representando a IC Power Ltd. y Kenon Holdings Ltd.</i>	<i>Representando a la República del Perú</i>
<p>Sr. Nigel Blackaby KC Sra. Caroline Richard Sr. Lee Rovinescu Sra. María Julia Milesi Sr. Alexandre Alonso Sra. Karen Wiswall Sra. María Paz Lestido Sra. Paula Daniela Cala Pérez Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP 700 13th Street, N.W. 10th Floor Washington, D.C. 20005-3960 Estados Unidos de América</p> <p>Sra. Carolina de Trazegnies De Trazegnies Thorne Abogados S.A.C. Malecon Paul Harris 308-202 Barranco 15063 Perú</p>	<p>Sra. Vanessa Rivas Plata Saldarriaga Comisión Especial que Representa al Estado en Controversias Internacionales de Inversión Ministerio de Economía y Finanzas Jr. Junín 319 Cercado de Lima Lima, Perú</p> <p>Sra. Marinn Carlson (hasta el 31 de julio de 2023) Sra. Jennifer Haworth McCandless* (hasta el 31 de julio de 2023) Sra. María Carolina Durán** (hasta el 2 de agosto de 2023) Sra. Courtney Hikawa Sidley Austin LLP 1501 K Street, NW Washington, DC 20005 Estados Unidos de América</p> <p>Sr. Stanimir A. Alexandrov Stanimir A. Alexandrov, PLLC 1501 K Street NW Washington, D.C. 20005 Estados Unidos de América</p> <p>Sr. Ricardo Puccio Sr. Aresio Viveros Estudio Navarro &amp; Pazos Abogados Av. Del Parque 195 – San Isidro Lima, Perú</p> <p>* Con Baker Botts LLP a partir del 1 de agosto de 2023 ** Con Baker Botts LLP a partir del 3 de agosto de 2023</p>

**ABREVIACIONES Y DEFINICIONES**

AGC	Sistema de Control Automático de Generación
Mercado de Ajuste	Mercado en el cual los generadores presentan ofertas de corta duración para prestar el servicio de RSF
Provisión Base	Prestación del servicio de RSF a través de contratos a largo plazo a ser adjudicados mediante un proceso de licitación llevado adelante por el COES, mediante los cuales los generadores se comprometen a mantener una determinada potencia en reserva para prestar el servicio de RSF al precio propuesto en sus ofertas.
Criterio de Beneficio	Criterio para la asignación de los costos de transmisión conforme al cual todos los generadores pagan por la totalidad de las líneas independientemente de su utilización real y en proporción al beneficio que obtienen de la línea, medido en función de la cantidad de electricidad que cada generador inyecta en el sistema o de su potencia instalada
Oferta	Oferta presentada por Kallpa GSA en la Licitación
BRG	Berkeley Research Group LLC
C-[#]	Anexo Documental de las Demandantes
CDA	Cerro del Águila S.A.
CER-BRG I	Informe Pericial de Berkeley Research Group LLC de fecha 5 de junio de 2020
CER-BRG II	Informe Pericial de Berkeley Research Group LLC de fecha 24 de mayo de 2021
CER-Espinoza	Informe Pericial de Luis Alberto Espinoza Quiñones de fecha 24 de mayo de 2021
Cerro del Águila	Central hidroeléctrica sobre el Río Mantaro, en el Departamento de Huancavelica, para cuya construcción, en el mes de octubre de 2010, Kallpa GSA celebró un contrato de concesión con el Ministerio de Energía y Minas, y en el mes de junio de 2011 la transfirió a CDA
CL-[#]	Autoridad Legal de las Demandantes
Reclamaciones	La Reclamación basada en el Servicio de RSF y la Reclamación basada en la Nueva Metodología
Demandantes	IC Power Ltd. y Kenon Holdings Ltd.

Dúplica de las Demandantes	Dúplica de las Demandantes sobre las Excepciones a la Jurisdicción de fecha 1 de noviembre de 2021
COES	Comité de Operación Económica del Sistema
Propuesta del COES	Propuesta realizada por el COES para un procedimiento técnico a los efectos de asignar la RSF, emitida mediante Carta No. COES/D-644-2012 de 19 de diciembre de 2012
Acta de Compromiso	Acta de Compromiso suscrita por el COES y los generadores, con inclusión de Kallpa GSA, el 15 de abril de 2016, por la que se asignó a las centrales Kallpa y Las Flores la Provisión Base Firme de RSF para el período comprendido entre los meses de agosto de 2016 y julio de 2019
Memorial de Contestación	Memorial de Contestación sobre el Fondo de la Demandada de fecha 12 de febrero de 2021
CWS-Frisancho I	Declaración Testimonial de Irwin Frisancho de fecha 5 de junio de 2020
CWS-Frisancho II	Declaración Testimonial de Irwin Frisancho de fecha 24 de mayo de 2021
CWS-Guerra	Declaración Testimonial de Jaime Guerra de fecha 24 de mayo de 2021
CWS-García Burgos	Declaración Testimonial de Javier García Burgos de fecha 5 de junio de 2020
Programa Diario	Programa presentado por el COES a los efectos de establecer para cada día qué unidades de generación eléctrica serán llamadas a despachar la electricidad necesaria para abastecer la demanda proyectada en cada momento determinado durante el día siguiente
Costos Declarados	Costos variables declarados una vez al año por las centrales alimentadas con gas natural
Usuarios de la Demanda	Distribuidores y grandes consumidores de electricidad
Reglamento de la LCE	Decreto Supremo No. 9 de 25 de febrero de 1993
Criterio de Beneficio Económico	Criterio para la asignación de los costos de transmisión conforme al cual los generadores que se benefician económicamente de la existencia de una Línea pagan por los costos de esa Línea
Principio de Despacho Económico	Principio establecido por el Artículo 12.1 de la Ley 28832 conforme al cual el COES operará el sistema eléctrico del Perú al costo mínimo

Estudio de EE	Informe de la empresa consultora Estudios Eléctricos S.A. adjunto a la carta de OSINERGMIN al COES el 15 de diciembre de 2015
Ley de Concesiones Eléctricas	Decreto Ley No. 25884 de 19 de noviembre de 1992
Método de Fuerza/Distancia	Metodología para la asignación de costos de las Líneas por Criterio de Uso en función de (i) la distancia eléctrica entre el generador y la línea y (ii) la cantidad de energía generada por el generador
TJE	Trato Justo y Equitativo
Proveedor(es) de Base Firme	Proveedor(es) de la Provisión Base con prioridad sobre otros generadores
Primera Propuesta del PR-22	Propuesta del PR-22 emitida por OSINERGMIN el 28 de noviembre de 2013
Primera Metodología	Metodología empleada para la asignación de los costos de las Líneas por Criterio de Uso entre los años 2001 y 2008
Globeleq	Globeleq Americas Limited
SGT	Sistema Garantizado de Transmisión
Lineamientos	Lineamientos para la Asignación de la Provisión Base para Regulación Secundaria de Frecuencia aprobados por OSINERGMIN el 11 de febrero de 2016
ICPL	IC Power Asia Development Ltd.
IC Power	IC Power Ltd.
Convenio del CIADI	Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de fecha 18 de marzo de 1965
CIADI	Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones
Filtro de Impedancia	Filtro basado en los cambios de impedancia introducido con arreglo a la Nueva Metodología
Informe de Indra	Informe sobre la evaluación de la posible implementación de un sistema voluntario automatizado para la RSF publicado el 24 de febrero de 2014
Inkia	Inkia Energy Ltd.
Inkia Americas	Inkia Americas Limited
Israel Corporation	Israel Corporation Ltd.
Optimización Conjunta	Procedimiento para la asignación de la reserva de RSF que ocurre conjuntamente con la determinación del Programa Diario con base en el Orden de Mérito

Kallpa	Central termoeléctrica en Chilca, Departamento de Lima, desarrollada entre los años 2007 y 2012
Kallpa GSA	Kallpa Generación S.A.
Kenon	Kenon Holdings Ltd.
Las Flores	Central termoeléctrica ubicada en Chilca, en el Departamento de Lima, que fuera adquirida por Kallpa GSA en el mes de febrero de 2014
Ley 28832	Ley No. 28832 de 23 de julio de 2006
Orden de Mérito	Listado de unidades de generación que deben despacharse en un momento determinado en orden de costos ascendentes
NMT	Nivel Mínimo de Trato
Sistema Nacional	Sistema eléctrico interconectado nacional del Perú
Nautilus Inkia	Nautilus Inkia Holdings LLC
Reclamación basada en la Nueva Metodología	Reclamación relacionada con la adopción de la Resolución No. 164
OSINERGMIN	Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería
Partes	Las Demandantes y la Demandada
RPF	Regulación Primaria de Frecuencia
Centrales	Centrales eléctricas propiedad de las Subsidiarias y operadas por estas: Kallpa, Cerro del Águila, Puerto Bravo, Las Flores
PR-01	Procedimiento Técnico No. 01 de 26 de noviembre de 2014
PR-22	Procedimiento Técnico No. 22 de 29 de marzo de 2014
PR-33	Procedimiento Técnico No. 33 de 26 de noviembre de 2014
Informe Anterior a la Publicación	Informe aclaratorio del contenido de la Segunda Propuesta del PR-22 emitido por OSINERGMIN en el mes de enero de 2014
SPT	Sistema Principal de Transmisión
Puerto Bravo	Dos centrales termoeléctricas de ciclo abierto y combustible dual en Mollendo, en el Departamento de Arequipa, desarrolladas por Samay
R-[#]	Anexo Documental de la Demandada
Dúplica	Dúplica sobre el Fondo y Réplica sobre Jurisdicción de la Demandada de fecha 2 de septiembre de 2021
Generadores Relevantes	Generadores de los cuales al menos un camino eléctrico a cualquier barra de

	demanda pasa a través de una Línea de Transmisión
RL-[#]	Autoridad Legal de la Demandada
Réplica	Réplica sobre el Fondo y Memorial de Contestación sobre Jurisdicción de las Demandantes de fecha 24 de mayo de 2021
Informe 410	Informe de OSINERGMIN No. 410-2016-GRT, de junio de 2016
Informe 411	Informe de OSINERGMIN No. 411-2016-GRT, de 10 de junio de 2016
Informe No. 111	Informe de OSINERGMIN No. 111-2016-GRT, de febrero de 2016
Informe No. 455	Informe de OSINERGMIN No. 455-2016-GRT, de junio de 2016
Informe No. 457	Informe Jurídico de OSINERGMIN No. 457-2016-GRT, de 27 de junio de 2016
RER-CLEX I	Informe Pericial de Compass Lexecon de fecha 12 de febrero de 2021
RER-CLEX II	Informe Pericial de Compass Lexecon de fecha 2 de septiembre de 2021
RER-Gutiérrez I	Informe Pericial de César Gutiérrez de fecha 12 de febrero de 2021
RER-Gutiérrez II	Informe Pericial de César Gutiérrez de fecha 2 de septiembre de 2021
RER-Leyva I	Informe Pericial de Ricardo Leyva de fecha 12 de febrero de 2021
RER-Leyva II	Informe Pericial de Ricardo Leyva de fecha 2 de septiembre de 2021
RER-Tabors	Informe Pericial de Richard Tabors de fecha 2 de septiembre de 2021
Resolución No. 24	Proyecto de Resolución No. 164 emitido por OSINERGMIN el 11 de febrero de 2016
Resolución No. 69	Resolución de la Dirección General de Electricidad de 18 de agosto de 2011
Resolución No. 141	Resolución OSINERGMIN No. 141-2016-OS/CD de 13 de junio de 2016
Resolución No. 164	Resolución OSINERGMIN No. 164-2016-OS/CD de 30 de junio de 2016
Resolución No. 383	Resolución OSINERGMIN No. 383-2008-OS/CD de 30 de mayo de 2008
Informe de Contestación	Informe emitido por OSINERGMIN en el mes de marzo de 2014
Solicitud	Solicitud de Arbitraje de las Demandantes de fecha 12 de junio de 2019
Demandada o Perú	La República del Perú
Reglas	Reglas de Arbitraje del CIADI en vigor desde el 10 de abril de 2006

RWS-Mendoza	Declaración Testimonial de Jaime Mendoza de fecha 12 de febrero de 2021
RWS-Buenalaya I	Declaración Testimonial de Severo Buenalaya de fecha 12 de febrero de 2021
RWS-Buenalaya II	Declaración Testimonial de Severo Buenalaya de fecha 2 de septiembre de 2021
Samay	Samay I S.A.
Líneas Secundarias	Líneas que conforman el sistema secundario y complementario de transmisión
Segunda Propuesta del PR-22	Segunda propuesta del PR-22 emitida por OSINERGMIN el 16 de enero de 2014
Segunda Metodología	Metodología empleada para la asignación de los costos de las Líneas por Criterio de Uso entre los años 2009 y 2017
RSF	Regulación Secundaria de Frecuencia
Reclamación basada en el Servicio de RSF	Reclamación relacionada con la adopción de la Resolución No. 141
Contrato de Compraventa de Acciones	Contrato de Compraventa de Acciones suscrito por Inkia y otros el 24 de noviembre de 2017
Precio <i>Spot</i>	El precio al cual los generadores compran y venden la electricidad en el mercado a corto plazo
Subsidiarias	Kallpa GSA, CDA y Samay
Período Tarifario	Período de cuatro años durante el cual se aplican las metodologías para la asignación de costos para las Líneas por Criterio de Uso
Método FDT	Método denominado “Factores de Distribución Topológica”
Mínimo Técnico	La cantidad mínima de energía que una unidad de generación determinada debe producir cuando se la enciende, por debajo de la cual no puede operar o se apaga
Nota Técnica 1	Nota Técnica para la implementación del Servicio de Regulación Secundaria de Frecuencia a través del Control Automático de Generación – AGC, emitida por el COES el 1 de octubre de 2015
Nota Técnica 2	Nota Técnica para la Metodología a utilizar para realizar la Asignación del Despacho Económico y la Reserva para Regulación Secundaria de Frecuencia, emitida por el COES el 8 de julio de 2016
Nota Técnica 3	Nota Técnica: Metodología a utilizar para realizar la Asignación del Despacho Económico y la Reserva para Regulación Secundaria de Frecuencia, emitida por el COES el 27 de julio de 2016



Licitación	Licitación que adjudicó la Provisión Base para el período comprendido entre los meses de agosto de 2016 y julio de 2019
Líneas por Criterio de Uso	Sistemas secundarios y complementarios de transmisión
Tr. Día [#] [página:línea]	Transcripción de la Audiencia
Tratado o TLC	Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Singapur, suscrito el 29 de mayo de 2008 y que entró en vigor el 1 de agosto de 2009
Tribunal	Tribunal de Arbitraje conformado por el Profesor Luca G. Radicati di Brozolo (Presidente del Tribunal), el Sr. David R. Haigh KC (Árbitro), el Sr. Eduardo Siqueiros T. (Árbitro)
Informe de Transmisión de Uribe & Leyva	Estudio realizado por la empresa consultora Uribe & Leyva contratada por Perú en el año 2015 sobre la Segunda Metodología
Criterio de Uso	Criterio para la asignación de costos de transmisión conforme al cual los generadores pagan por las líneas que utilizan en función de un análisis de flujos de electricidad
Líneas por Criterio de Uso	Líneas que conforman el sistema secundario y complementario de transmisión a las cuales se aplica el Criterio de Uso y que se encuentran sujetas a la Reclamación basada en la Nueva Metodología
Proveedor(es) de Base Variable	Proveedor(es) de la Provisión Base llamados a prestar el servicio de RSF, de ser necesario, a diario, y siempre que sus ofertas resulten más competitivas que aquellas presentadas por los generadores en el Mercado de Ajuste
Informe de XM	Informe técnico proporcionado por la operadora de despacho y empresa consultora colombiana XM en el año 2007

**CASOS SELECTOS**

<i>9REN Holding S.a.r.l c. Reino de España</i> , Caso CIADI No. ARB/15/15, Laudo, 31 de mayo de 2019
<i>Adel A Hamadi Al Tamimi c. Sultanato de Omán</i> , Caso CIADI No. ARB/11/33, Laudo, 3 de noviembre de 2015
<i>AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erömü Kft c. Hungría</i> , Caso CIADI No ARB/07/22, Laudo, 23 de septiembre de 2010
<i>Anglo American PLC c. República Bolivariana de Venezuela</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/14/1, Laudo, 18 de enero de 2019
<i>Aris Mining Corporation (anteriormente conocida como GCM Mining Corp. y Gran Colombia Gold Corp.) c. República de Colombia</i> , Caso CIADI No. ARB/18/23, Decisión sobre la Cuestión Jurisdiccional Bifurcada, 23 de noviembre de 2020
<i>Azurix Corp. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, 14 de julio 14 de 2006
<i>Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania</i> , Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008
<i>Cargill, Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 2009
<i>Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007
<i>Daimler Financial Services AG c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo, 22 de agosto de 2012
<i>EDF (Services) Limited c. Rumania</i> , Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo, 8 de octubre de 2009
<i>El Paso Energy International Company c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/03/15, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de abril de 2006
<i>Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América</i> , CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009
<i>Global Telecom Holding S.A.E. c. Canadá</i> , Caso CIADI No. ARB/16/16, Laudo, 27 de marzo de 2020
<i>Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014
<i>International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos</i> , CNUDMI, Laudo, 26 de enero de 2006
<i>Joseph C. Lemire c. Ucrania</i> , Caso CIADI No. ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 14 de enero de 2010
<i>Joseph Houben c. Republica de Burundi</i> , Caso CIADI No. ARB/13/7, Laudo, 12 de enero de 2016
<i>LG&amp;E Energy Corp., LG&amp;E Capital Corp. y LG&amp;E International, Inc. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006
<i>Masdar Solar &amp; Wind Cooperatief U.A. c. Reino de España</i> , Caso CIADI No. ARB/14/1, Laudo, 16 de mayo de 2018
<i>Merrill &amp; Ring Forestry L.P. c. Canadá</i> , Caso CIADI No. UNCT/07/1, Laudo, 31 de marzo de 2010
<i>Mobil Investments Canada Inc. y Murphy Oil Corporation c. Canadá</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/07/4, Decisión sobre Responsabilidad y Principios de <i>Quantum</i> , 22 de mayo de 2012

Caso CIADI No. ARB/19/19  
Laudo

<i>Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002
<i>OI European Group B.V. c. República Bolivariana de Venezuela</i> , Caso CIADI No. ARB/11/25, Laudo, 10 de marzo de 2015
<i>Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador</i> , Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre las Objeciones Jurisdiccionales de la Demandada, 1 de junio de 2012
<i>PSEG Global Inc. y otros c. Republica de Turquía</i> , Caso CIADI No. ARB/02/5, Laudo, 19 de enero de 2007
<i>Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. c. Republica de Kazajstán</i> , Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008
<i>Siemens A.G. c. República de Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007
<i>Spyridon Roussalis c. Rumania</i> , Caso CIADI No. ARB/06/1, Laudo, 7 de diciembre de 2011
<i>Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos</i> , Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003
<i>Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/09/1, Laudo, 21 de julio de 2017
<i>The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo, 26 de junio de 2003
<i>Total SA c. República Argentina</i> , Caso CIADI No. ARB/04/01, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010
<i>Ulysseas, Inc. c. la República del Ecuador of</i> , Laudo Interino, 28 de septiembre de 2010
<i>Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos</i> , Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004

**TABLE OF CONTENTS**

<b>I.</b>	<b>Introducción .....</b>	<b>1</b>
<b>II.</b>	<b>Antecedentes procesales .....</b>	<b>2</b>
<b>III.</b>	<b>Antecedentes de hecho .....</b>	<b>11</b>
	<i>A. Las Partes.....</i>	<i>11</i>
	<i>B. Las inversiones de las Demandantes en Perú .....</i>	<i>12</i>
	<i>C. El sistema eléctrico peruano.....</i>	<i>14</i>
	<i>D. Los hechos relevantes para la Reclamación basada en el Servicio de RSF .....</i>	<i>18</i>
	1. Introducción .....	18
	2. La sanción del PR-22 .....	19
	3. Nota Técnica 1 y los Lineamientos .....	22
	4. Participación de Kallpa GSA en la licitación para la Provisión Base.....	25
	5. El dictado de la Resolución No. 141.....	27
	<i>E. Los hechos relevantes para la Reclamación basada en la Nueva Metodología .....</i>	<i>31</i>
<b>IV.</b>	<b>El objeto de la controversia y el petitorio de las Partes .....</b>	<b>35</b>
	<i>A. El objeto de la controversia .....</i>	<i>35</i>
	1. Posición de las Demandantes .....	35
	2. Posición de la Demandada .....	37
	<i>B. Los Petitorios de las Partes.....</i>	<i>37</i>
<b>V.</b>	<b>Jurisdicción .....</b>	<b>38</b>
	<i>A. Introducción.....</i>	<i>38</i>
	<i>B. Posición de la Demandada .....</i>	<i>41</i>
	1. La Excepción de Denegación de Beneficios .....	41
	2. La Excepción Kenon .....	44
	<i>C. Posición de las Demandantes .....</i>	<i>45</i>
	1. La Excepción de Denegación de Beneficios .....	45
	2. La Excepción Kenon .....	47
	<i>D. La decisión del Tribunal .....</i>	<i>50</i>
	1. La Excepción de Denegación de Beneficios .....	50
	2. La Excepción Kenon .....	61
<b>VI.</b>	<b>Responsabilidad.....</b>	<b>65</b>

A. El estándar de trato aplicable a los inversionistas extranjeros en virtud del Artículo 10.5 del Tratado.....	66
1. Las posiciones de las Partes sobre la obligación de conceder TJE acorde con el NMT .....	66
i. Posición de las Demandantes .....	66
ii. Posición de la Demandada.....	69
2. Las posiciones de las Partes sobre la obligación de PSP .....	73
i. Posición de las Demandantes .....	73
ii. Posición de la Demandada.....	75
3. La decisión del Tribunal .....	76
i. El estándar de NMT/TJE.....	78
a. El nivel de protección del inversionista exigido por el estándar de NMT/TJE ....	78
b. El contenido del estándar de NMT/TJE .....	82
1) Conductas arbitrarias y discriminatorias.....	83
2) Expectativas legítimas.....	85
3) La garantía de un entorno jurídico y regulatorio estable y predecible.....	88
ii. El estándar de PSP .....	90
B. La Reclamación basada en el Servicio de RSF.....	93
1. Posición de las Demandantes .....	94
i. La garantía de despacho continuo de las Bases de la Licitación.....	94
ii. La arbitrariedad de la Resolución No. 141 .....	102
2. Posición de la Demandada .....	104
i. La garantía de despacho continuo de las Bases de la Licitación.....	104
ii. La arbitrariedad de la Resolución No. 141 .....	108
3. La decisión del Tribunal .....	110
i. Si las Bases de la Licitación garantizaban el despacho permanente de la Provisión Base Firme .....	110
a. Antecedentes de redacción del PR-22 .....	110
b. PR-22 .....	117
c. Nota Técnica 1.....	125
d. Los Lineamientos.....	127
e. Si la garantía de despacho permanente del Proveedor de Base Firme es compatible con el Principio de Despacho Económico.....	130
ii. Si la Resolución No. 141 fue gravemente arbitraria .....	134
C. Reclamación basada en la Nueva Metodología .....	141
1. Posición de las Demandantes .....	142

i. La arbitrariedad de la Resolución No. 164.....	142
ii. El carácter discriminatorio de la Resolución No. 164.....	146
2. Posición de la Demandada.....	148
i. La arbitrariedad de la Resolución No. 164.....	148
ii. El carácter discriminatorio de la Resolución No. 164.....	151
3. La decisión del Tribunal .....	153
i. Si la Resolución No. 164 fue gravemente arbitraria .....	154
a. La supuesta incongruencia de la Resolución No. 164 con el Criterio de Uso....	154
b. El procedimiento supuestamente deficiente de la adopción de la Resolución No. 164 .....	157
c. El fin supuestamente ilegítimo de la Resolución No. 164 .....	159
ii. Si la Resolución No. 164 fue gravemente discriminatoria.....	160
<b>VII. Cuantificación de Daños .....</b>	<b>162</b>
A. Posición de las Demandantes .....	163
1. La irrelevancia del precio de venta de las Subsidiarias y de las acciones de Nautilus Inkia para los daños de las Demandantes .....	164
2. La exactitud de los cálculos de los daños de BRG.....	165
3. Las tasas de interés y de descuento aplicables .....	171
B. Posición de la Demandada .....	173
1. La relevancia del precio de venta de las Subsidiarias y de las acciones de Nautilus Inkia para los daños de las Demandantes .....	174
2. La exactitud de los cálculos de los daños efectuados por BRG .....	176
3. Las tasas de interés y de descuento aplicables .....	180
C. La decisión del Tribunal .....	182
1. La relevancia del precio de venta de las Subsidiarias y de las acciones de Nautilus Inkia para la estimación de los daños de las Demandantes .....	182
2. La exactitud de los cálculos de los daños de BRG.....	185
i. La aplicabilidad de la Compensación de los Costos Operativos.....	186
ii. Presunta capacidad de Kallpa para operar con dos turbinas de gas.....	190
iii. El nexo causal entre el incumplimiento de la Demandada y los daños indirectos de las Demandantes .....	192
iv. Las tasas de interés y de descuento aplicables para el cálculo de las Pérdidas Históricas y la Pérdida de Valor .....	193
3. La tasa de interés aplicable a los intereses anteriores y posteriores al laudo.....	196
<b>VIII. Costos.....</b>	<b>197</b>

<i>A. Presentación sobre costos de las Demandantes.....</i>	<i>197</i>
<i>B. Presentación sobre costos de la Demandada.....</i>	<i>199</i>
<i>C. La decisión del Tribunal .....</i>	<i>200</i>
<b>IX. Decisiones .....</b>	<b>203</b>

## I. INTRODUCCIÓN

1. Este Laudo resuelve una diferencia sometida al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“**CIADI**”) conforme al Artículo 36 del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (el “**Convenio del CIADI**”) y al Artículo 10.17 del Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República de Singapur (“**Tratado**” o “**TLC**”) que entró en vigor el 1 de agosto de 2009.
2. El presente procedimiento se tramita de conformidad con las Reglas de Arbitraje del CIADI en vigor desde el 10 de abril de 2006 (“**Reglas**”).
3. Las Demandantes son dos sociedades constituidas en Singapur, IC Power Ltd. (“**IC Power**”) y Kenon Holdings Ltd. (“**Kenon**”) (conjuntamente, “**Demandantes**”), las cuales, al momento de los hechos relevantes para la presente diferencia, controlaban de manera indirecta tres sociedades peruanas que eran propietarias y operaban cuatro centrales eléctricas en Perú.
4. La Demandada es la República del Perú (“**Perú**” o “**Demandada**”).
5. Los representantes y abogados de la Partes se enumeran en la página *ii* del presente Laudo.
6. En adelante, se hará referencia a cada una de las Demandantes y a la Demandada como “**Parte**” y en su conjunto como las “**Partes**”.
7. Las Demandantes alegan haber sufrido daños como consecuencia de dos medidas adoptadas por el regulador del sector energético peruano, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (“**OSINERGMIN**”), que afirman constituyeron incumplimientos de las obligaciones de trato justo y equitativo (“**TJE**”) y protección y seguridad plenas (“**PSP**”) del Perú con arreglo al Artículo 10.5 del Tratado.
8. Las Demandantes presentan las siguientes dos reclamaciones diferentes (“**Reclamaciones**”), en pos de obtener una indemnización por daños en la suma total de USD 195,3 millones:
  - La primera se relaciona con la adopción de la Resolución OSINERGMIN No. 141-2016-OS/CD de 13 de junio de 2016 (“**Resolución No. 141**”), que regula



la prestación del servicio de regulación secundaria de frecuencia (“**RSF**”) para el sistema eléctrico peruano (la “**Reclamación basada en el Servicio de RSF**”).

- La segunda se relaciona con la Resolución OSINERGMIN No. 164-2016-OS/CD de 30 de junio de 2016 (“**Resolución No. 164**”), que modifica la metodología para la asignación de costos por la utilización de las líneas de transmisión del sistema eléctrico por parte de los generadores (la “**Reclamación basada en la Nueva Metodología**”).

9. La Demandada objeta la jurisdicción del Tribunal invocando la Cláusula de Denegación de Beneficios del Tratado (Artículo 10.15) y la falta de legitimidad de Kenon y refuta el fondo de ambas reclamaciones de las Demandantes.

## II. ANTECEDENTES PROCESALES

10. El 12 de junio de 2019, el CIADI recibió una solicitud de arbitraje de fecha 12 de junio de 2019, de las Demandantes contra Perú (la “**Solicitud**”).
11. El 27 de junio de 2019, la Secretaria General del CIADI registró la Solicitud de conformidad con el Artículo 36(3) del Convenio del CIADI e invitó a las Partes a constituir un tribunal de arbitraje a la mayor brevedad posible conforme a la Regla 7(d).
12. El 17 de julio de 2019, la Demandada solicitó que las Demandantes divulgaran información relativa a (i) sus acuerdos de financiamiento por terceros para el presente arbitraje y (ii) su estructura societaria y operaciones comerciales.
13. El 7 de agosto de 2019, las Demandantes contestaron la solicitud de la Demandada destacando que (i) el financiamiento fue proporcionado por Lomo Investments, una entidad controlada en última instancia por Tenor Capital Management Company y (ii) Kenon es una sociedad que cotiza en la Bolsa de Nueva York y, como tal, toda la información relativa a las actividades comerciales se encontraba públicamente disponible.
14. El 28 de agosto de 2019, las Demandantes solicitaron que el tribunal fuera constituido conforme al Artículo 37(2)(b) del Convenio del CIADI.
15. El 29 de agosto de 2019, el CIADI confirmó que el tribunal sería constituido de conformidad con el Artículo 37(2)(b) del Convenio del CIADI. En consecuencia, el tribunal estaría integrado por tres árbitros, uno nombrado por cada Parte, y el tercero, el árbitro presidente, que sería nombrado por acuerdo de las Partes.
16. El 6 de septiembre de 2019, tras el nombramiento por parte de las Demandantes, el Sr. David R. Haigh KC aceptó su nombramiento como árbitro.
17. El 22 de septiembre de 2019, la Demandada escribió al CIADI en relación con su solicitud de 17 de julio de 2019. Observó que, aunque las Demandantes habían

identificado la identidad del tercero financiador, no habían divulgado los términos acordados ni la identidad de los inversionistas del financiador de las Demandantes. La Demandada afirmó además que preveía plantear su solicitud ante el tribunal tras su constitución.

18. El 3 de octubre de 2019, tras el nombramiento por parte de la Demandada, el Sr. Eduardo Siqueiros T. aceptó su nombramiento como árbitro.
19. El 28 de octubre de 2019, las Partes informaron al CIADI que habían acordado nombrar al Profesor Luca G. Radicati di Brozolo en calidad de presidente del tribunal conforme al Artículo 37(2)(b) del Convenio del CIADI y a la Regla 5.
20. El 30 de octubre de 2019, de conformidad con la Regla 6(1), la Secretaria General notificó a las Partes que los tres árbitros habían aceptado sus nombramientos y que, por lo tanto, el Tribunal se consideraba constituido en esa fecha.
21. El tribunal está conformado por el Prof. Luca G. Radicati di Brozolo, nacional de Italia y del Reino Unido, Presidente, nombrado por acuerdo de las Partes; el Sr. David R. Haigh KC, nacional de Canadá, nombrado por las Demandantes; y el Sr. Eduardo Siqueiros T., nacional de México, nombrado por la Demandada (“**Tribunal**”). El Sr. Marco Tulio Montañés-Rumayor, Consejero Jurídico del CIADI, fue designado para fungir como Secretario del Tribunal.
22. El 20 de noviembre de 2019, el Tribunal propuso celebrar una primera sesión el 18 de diciembre de 2019, a tenor de la Regla 13(1).
23. El 10 de diciembre de 2019, las Partes acordaron prorrogar el período de 60 días establecido en la Regla 13(1) y propusieron fechas alternativas para la primera sesión.
24. El 19 de diciembre de 2019, el Tribunal fijó el 31 de enero de 2020 como la fecha para la primera sesión.
25. El 24 de diciembre de 2019, el Tribunal distribuyó un borrador de agenda y un borrador de Resolución Procesal No. 1, e invitó a las Partes a deliberar y presentar una propuesta conjunta con los acuerdos alcanzados y/o sus respectivas posiciones cuando no hubieran logrado arribar a un acuerdo. El Presidente del Tribunal también propuso que el Sr. Fabio Giuseppe Santacroce, asociado de su estudio de abogados, fuera nombrado como asistente del Presidente del Tribunal.
26. El 20 de enero de 2020, las Partes presentaron sus revisiones propuestas al borrador de Resolución Procesal No. 1, en las que plasmaron sus acuerdos y discrepancias.
27. El 29 de enero de 2020, las Partes presentaron los calendarios que proponían para el procedimiento.
28. El 29 de enero de 2020, el CIADI transmitió la declaración firmada de independencia y confidencialidad del Sr. Santacroce.
29. El 31 de enero de 2020, el Tribunal celebró una primera sesión con las Partes

- mediante conferencia telefónica de conformidad con la Regla 13(1). La Demandada solicitó una aclaración de la declaración de independencia del Sr. Santacroce.
30. El 12 de febrero de 2020, las Partes respondieron los puntos pendientes del borrador de Resolución Procesal No. 1 que el Tribunal había solicitado que consideraran más detenidamente.
  31. El 13 de febrero de 2020, las Partes presentaron comentarios adicionales sobre el calendario procesal.
  32. El 20 de febrero de 2020, el Sr. Santacroce presentó una aclaración de su declaración. El 25 de febrero de 2020, la Demandada informó que no tenía objeción alguna al nombramiento del Sr. Santacroce como asistente del Presidente del Tribunal.
  33. El 27 de febrero de 2020, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 1 (“**RP1**”) dejando constancia del acuerdo de las Partes sobre cuestiones procesales y de la decisión del Tribunal acerca de las cuestiones controvertidas. La RP1 establece, *inter alia*, que (i) las Reglas de Arbitraje aplicables serían las que entraron en vigor el 10 de abril de 2006, (ii) los idiomas del procedimiento serían español e inglés, y (iii) el lugar del procedimiento sería Washington, DC. Por último, el Tribunal fijó las fechas de audiencia e invitó a las Partes a deliberar y acordar las fechas para sus presentaciones escritas.
  34. El 28 de febrero de 2020, la Demandada solicitó al Tribunal que ordenara a las Demandantes presentar más información sobre el financiamiento por terceros, como también sobre su titularidad, control y actividades en Singapur (“**Solicitud de Divulgación**”).
  35. El 5 de marzo de 2020, el Tribunal invitó a las Demandantes a responder la Solicitud de Divulgación de la Demandada.
  36. Los días 9 y 10 de marzo de 2020, las Partes informaron al Tribunal que no podían llegar a un acuerdo sobre un cronograma para sus presentaciones escritas y proporcionaron observaciones adicionales al respecto.
  37. El 18 de marzo de 2020, las Demandantes presentaron sus comentarios sobre la Solicitud de Divulgación de la Demandada.
  38. El 23 de marzo de 2020, el Tribunal adoptó el calendario procesal luego de considerar la correspondencia de las Partes de fechas 9 y 10 de marzo de 2020.
  39. El 25 de marzo de 2020, el Tribunal invitó a la Demandada a presentar una breve réplica a la carta de las Demandantes de fecha 18 de marzo de 2020, y a las Demandantes a presentar luego una dúplica a la réplica de la Demandada.
  40. El 4 de abril de 2020, la Demandada presentó su réplica a la carta de las Demandantes de fecha 18 de marzo de 2020.
  41. El 13 de abril de 2020, las Demandantes presentaron su dúplica a la réplica de la Demandada de fecha 4 de abril de 2020.

42. El 6 de mayo de 2020, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 2 (“**RP2**”), por la cual se rechazó la Solicitud de Divulgación de la Demandada.
43. El 6 de junio de 2020, las Demandantes presentaron su Memorial sobre el Fondo (“**Memorial**”), junto con las Declaraciones Testimoniales del Sr. Javier García Burgos (“**CWS-García Burgos**”) y del Sr. Irwin Frisancho (“**CWS-Frisancho I**”); el Informe Pericial de Berkeley Research Group (“**CER-BRG I**”) y sus respectivos anexos; los Anexos C-74 a C-121; y las Autoridades Legales CL-1 a CL-102.
44. El 22 de enero de 2021, las Partes acordaron modificar el calendario procesal.
45. El 23 de enero de 2021, el Tribunal aprobó el calendario modificado.
46. El 13 de febrero de 2021, la Demandada presentó su Memorial de Contestación sobre el Fondo y Memorial sobre Jurisdicción (“**Memorial de Contestación**”), junto con las Declaraciones Testimoniales del Sr. Jaime Mendoza (“**RWS-Mendoza**”) y del Sr. Severo Buenalaya (“**RWS-Buenalaya I**”); la Opinión Legal del Sr. Ricardo Leyva (“**RER-Leyva I**”); el Informe Pericial del Sr. César Gutiérrez (“**RER-Gutiérrez I**”) junto con su respectivo Anexo A; el Informe Pericial de Compass Lexecon (“**RER-CLEX I**”) junto con los Apéndices A a L y sus respectivos Anexos; los Anexos R-008 a R-108; y las Autoridades Legales RL-001 a RL-027.
47. El 22 de marzo de 2021, las Demandantes solicitaron al Tribunal que ordenara a la Demandada y a Compass Lexecon proporcionar ciertas declaraciones en relación con la contratación de Compass Lexecon por parte del Perú como sus peritos.
48. El 23 de marzo de 2021, el Tribunal invitó a la Demandada a realizar comentarios acerca de la solicitud de las Demandantes de 22 de marzo de 2021.
49. El 30 de marzo de 2021, la Demandada presentó una carta con las declaraciones solicitadas emitidas por Perú y Compass Lexecon.
50. El 13 de abril de 2021, el Tribunal invitó a las Demandantes a confirmar si consideraban que las declaraciones de 30 de marzo de 2021 respondían la solicitud de 22 de marzo de 2021.
51. El 20 de abril de 2021, las Demandantes confirmaron que las declaraciones y compromisos de 30 de marzo de 2021 respondían la solicitud de las Demandantes.
52. El 21 de abril de 2021, el Tribunal advirtió la confirmación de las Demandantes de 20 de abril de 2021 y les agradeció a las Partes por su enfoque constructivo para resolver esta cuestión.
53. El 25 de mayo de 2021, las Demandantes presentaron su Réplica sobre el Fondo y Memorial de Contestación sobre Jurisdicción (“**Réplica**”), junto con la Declaración Testimonial del Sr. Jaime Guerra (“**CWS-Guerra**”), la Segunda Declaración Testimonial del Sr. Irwin Frisancho (“**CWS-Frisancho II**”); los Informes Periciales de Luis Espinoza (“**CER-Espinoza**”) y sus respectivos anexos; el Segundo Informe Pericial de Berkeley Research Group (“**CER-BRG II**”) y sus respectivos anexos; los Anexos C-122 a C-199; y las Autoridades Legales CL-103 a CL-156.

54. El 3 de septiembre de 2021, la Demandada presentó su Dúplica sobre el Fondo y Réplica sobre Jurisdicción ("**Dúplica**") junto con la Segunda Declaración Testimonial del Sr. Severo Buenalaya ("**RWS-Buenalaya II**"); la Segunda Opinión Legal del Sr. Ricardo Leyva ("**RER-Leyva II**"); el Informe Pericial del Sr. Richard Tabors ("**RER-Tabors**"); el Segundo Informe Pericial del Sr. César Gutiérrez ("**RER-Gutiérrez II**"); el Segundo Informe Pericial de Compass Lexecon ("**RER-CLEX II**") y sus respectivos Anexos; los Anexos R-060bis, R-109 a R-216; y las Autoridades Legales RL-23bis, RL-028 a RL-059.
55. El 24 de septiembre de 2021, las Demandantes solicitaron que el Tribunal eliminara del expediente el Informe de PSR, RER-Tabors, y todos los pasajes del escrito de Dúplica del Perú (y de la documentación respaldatoria) en los que se citara cualquiera de los dos informes.
56. El 28 de septiembre de 2021, el Tribunal invitó a la Demandada a realizar comentarios acerca de la solicitud de las Demandantes de 24 de septiembre de 2021.
57. El 30 de septiembre de 2021, las Demandantes presentaron una carta con dos anexos, en referencia a la solicitud de las Demandantes de 24 de septiembre de 2021.
58. El 5 de octubre de 2021, la Demandada respondió la solicitud de las Demandantes de 24 de septiembre de 2021, con sus complementos de fecha 30 de septiembre de 2021.
59. El 6 de octubre de 2021, el Tribunal invitó a las Demandantes a contestar la carta del Perú de fecha 5 de octubre de 2021 y a la Demandada a presentar luego una breve réplica a la contestación de las Demandantes.
60. El 7 de octubre de 2021, las Demandantes presentaron sus comentarios sobre la carta de la Demandada de 5 de octubre de 2021.
61. El 13 de octubre de 2021, la Demandada respondió la carta de las Demandantes de fecha 7 de octubre de 2021.
62. El 25 de octubre de 2021, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 3 ("**RP3**") sobre la solicitud de las Demandantes de 24 de septiembre de 2021. El Tribunal decidió eliminar del expediente (i) el Informe de PSR, y todos los pasajes de la Dúplica y de RER-CLEX II que hacían referencia a dicho informe, y (ii) ciertas secciones de RER-Tabors y todos los pasajes de la Dúplica y de RER-CLEX II que hacían referencia a ellas. El Tribunal también ordenó a la Demandada presentar una versión enmendada de la Dúplica y de RER-CLEX II, a más tardar, el 1 de noviembre de 2021.
63. El 1 de noviembre de 2021, la Demandada informó al Tribunal acerca de su intención de presentar una solicitud de reconsideración de la RP3 del Tribunal, a la cual las Demandantes se opusieron el 2 de noviembre de 2021.
64. El 2 de noviembre de 2021, la Demandada presentó comentarios adicionales con respecto a la solicitud de reconsideración pretendida y el Tribunal admitió la petición de la Demandada de presentar una solicitud de reconsideración de la RP3.

65. El 2 de noviembre de 2021, las Demandantes presentaron su Dúplica sobre Jurisdicción ("**Dúplica de las Demandantes**"), junto con los Anexos C-200 a C-217 y las Autoridades Legales CL-157 a CL-181.
66. El 4 de noviembre de 2021, la Demandada presentó una Solicitud de Reconsideración de la Resolución Procesal No. 3 del Tribunal ("**Solicitud de Reconsideración**").
67. El 4 de noviembre de 2021, el Tribunal invitó a las Demandantes a presentar sus comentarios sobre la Solicitud de Reconsideración.
68. Los días 5 y 6 de noviembre de 2011, las Partes identificaron a los testigos y peritos que conainterrogarían en la audiencia de conformidad con la Sección 19.1 de la RP1.
69. El 7 de noviembre de 2021, las Demandantes presentaron su respuesta a la Solicitud de Reconsideración.
70. El 8 de noviembre de 2021, el Tribunal transmitió un borrador de la Resolución Procesal No. 4 con respecto a la logística de la audiencia e invitó a las Partes a presentar, de manera conjunta, comentarios sobre dicho borrador y a convenir un cronograma de audiencia.
71. El 9 de noviembre de 2021, las Demandantes escribieron al Tribunal en relación con la inclusión por parte de la Demandada de la Sociedad Integrada de Consultoría ("**SIDEC**") en su lista de testigos/peritos. Las Demandantes alegaron que SIDEC no fue "*ni testigo ni perito en este procedimiento y, por lo tanto, no puede ser válidamente citada para conainterrogatorio*". [Traducción del Tribunal]
72. El 10 de noviembre de 2021, el Tribunal invitó a la Demandada a realizar comentarios acerca de la carta de las Demandantes de 9 de noviembre de 2021, comentarios que la Demandada realizó el 11 de noviembre de 2021.
73. El 11 de noviembre de 2021, las Partes presentaron, de forma conjunta, sus comentarios sobre el borrador de la Resolución Procesal No. 4, junto con sus propuestas sobre los puntos controvertidos.
74. El 12 de noviembre de 2021, el Tribunal celebró una audiencia preliminar con las Partes mediante videoconferencia.
75. El 15 de noviembre de 2021, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 4 ("**RP4**"), mediante la cual se pronunció sobre (i) la Solicitud de Reconsideración y (ii) la solicitud sobre el conainterrogatorio de SIDEC.
76. El 19 de noviembre de 2021, la Demandada presentó versiones actualizadas de su Dúplica, RER-CLEX II y RER-Tabors.
77. El 19 de noviembre de 2021, las Partes indicaron el orden en el que llamarían a sus testigos y peritos en la audiencia.
78. El 28 de noviembre de 2021, el Tribunal emitió la Resolución Procesal No. 5 ("**RP5**") acerca de la organización de la audiencia.

79. El 3 de diciembre de 2021, las Demandantes solicitaron autorización para agregar cinco anexos documentales nuevos al expediente.
80. El 6 de diciembre de 2021, el Tribunal invitó a la Demandada a realizar comentarios acerca de la solicitud de las Demandantes de 3 de diciembre de 2021.
81. El 9 de diciembre de 2021, la Demandada presentó observaciones sobre la solicitud de las Demandantes de 3 de diciembre de 2021.
82. El 10 de diciembre de 2021, el Tribunal denegó la solicitud de las Demandantes de 3 de diciembre de 2021 de conformidad con la Sección 17.3 de la RP1.
83. Se celebró una audiencia mediante videoconferencia entre los días 13 y 20 de diciembre de 2021 (“**Audiencia**”). Durante la Audiencia estuvieron presentes las siguientes personas:

**Tribunal:**

Nombre	Relación con el Caso
Prof. Luca G. Radicati di Brozolo	Presidente
Sr. David R. Haigh KC	Coárbitro
Sr. Eduardo Siqueiros T	Coárbitro

**Secretario del Tribunal:**

Nombre	Relación con el Caso
Marco Tulio Montañés-Rumayor	Secretario del Tribunal

**Asistente del Tribunal:**

Nombre	Relación con el Caso
Fabio Giuseppe Santacroce	Asistente del Presidente
Lucia Pontremoli	Asistente del Presidente

**Demandantes:**

Abogados:	Relación con el Caso
Caroline Richard	Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Lee Rovinescu	Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
María Julia Milesi	Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Karen Wiswall	Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Juan Pomes	Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
María Paz Lestido	Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Alexandre Alonso	Freshfields Bruckhaus Deringer LLP
Daniela Cala	Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP

Caso CIADI No. ARB/19/19  
Laudo

Carolina de Trazegnies	De Trazegnies Abogados
Ruben Castro	Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Yesica Crespo	Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Sandra Díaz	Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Marco Castañeda	De Trazegnies Abogados
T-Zady Guzman	FTI Consulting
<b>Representantes de la Parte:</b>	
Robert Rosen	Kenon Holdings Ltd. / IC Power Ltd.
Zeena Tan	Kenon Holdings Ltd. / IC Power Ltd.
Mark Hasson	Kenon Holdings Ltd.
Desmond Loh	Kenon Holdings Ltd.
Jeslene Chia	Kenon Holdings Ltd.
Pierre Amariglio	Tenor Capital
<b>Testigos:</b>	
Irwin Frisancho	Kallpa GSA
Javier García Burgos	Inkia Nautilus Holdings
Jaime Guerra	Consultor independiente
<b>Peritos y SIDEC:</b>	
Luis Espinoza	Consultor independiente
Daniela M Bambaci	Berkeley Research Group
Santiago Dellepiane A.	Berkeley Research Group
Julian Horowitz	Berkeley Research Group
Agustin Shehadi	Berkeley Research Group
Luis Torres	Sociedad Integrada de Consultoría (SIDEC)

**Demandada:**

Nombre	Relación con el Caso
<b>Abogados:</b>	
Stanimir A. Alexandrov	Stanimir A. Alexandrov PLLC
Jennifer Haworth McCandless	Sidley Austin LLP
Marinn Carlson	Sidley Austin LLP
Courtney Hikawa	Sidley Austin LLP
María Carolina Durán	Sidley Austin LLP
Alex Young	Sidley Austin LLP
Angela Ting	Sidley Austin LLP
Natalia Zuleta	Sidley Austin LLP
Gavin Cunningham	Sidley Austin LLP
Ally Reilly	Sidley Austin LLP
Bellami Radosti	Sidley Austin LLP
Ricardo Puccio Sala	Estudio Navarro & Pazos Abogados



Aresio Antonio Viveros Zuazo	Estudio Navarro & Pazos Abogados
Andrea Navea Sánchez Cerro	Estudio Navarro & Pazos Abogados
Sandra Sánchez- Cerro Medina	Estudio Navarro & Pazos Abogados
<b>Representantes de la Parte:</b>	
Vanessa del Carmen Rivas Plata Saldarriaga	Ministerio de Economía y Finanzas
Mónica del Pilar Guerrero Acevedo	Ministerio de Economía y Finanzas
Giancarlo Peralta Miranda	Ministerio de Economía y Finanzas
<b>Testigos:</b>	
Jaime Mendoza	OSINERGMIN
Severo Buenalaya	OSINERGMIN
<b>Peritos:</b>	
Dr. Richard Tabors	Tabors Caramanis Rudkevich (TCR)
César Gutiérrez	Colegio de Ingenieros del Perú
Ricardo Leyva	Uribe & Leyva
Ruxandra Ciupagea	Compass Lexecon
Dr. Boaz Moselle	Compass Lexecon
Juan Carlos Bisso	Compass Lexecon
Despina Doneva	Compass Lexecon
Iria Camba Flórez de Losada	Compass Lexecon

**Estenógrafos:**

David Kasdan	Estenógrafo en idioma inglés, Worldwide Court Reporting
Elizabeth Cicoria	Estenógrafa en idioma español, DR Esteno
Marta Rinaldi	Estenógrafa en idioma español, DR Esteno

**Intérpretes:**

Charles Roberts	Intérprete inglés-español
Anna Sophia Chapman	Intérprete inglés-español
Andrew Roth	Intérprete inglés-español

**Personal de Asistencia Técnica:**

Joe Heaven-Terry	Sparq
Ivania Fernandez	Asistente Jurídica, CIADI
Iain McGrath	Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP
Earle Anderson	Sidley Austin LLP

84. El 18 de diciembre de 2021, las Demandantes agregaron el Anexo C-218 al expediente, de conformidad con las instrucciones del Tribunal del Día 5 de la Audiencia
85. El 11 de febrero de 2022, el Tribunal brindó lineamientos a las Partes acerca del contenido, la extensión y el formato de los escritos posteriores a la audiencia que debían presentar de manera simultánea.
86. El 25 de febrero de 2022, las Partes presentaron, de manera conjunta, las transcripciones revisadas de la Audiencia en español e inglés.
87. El 1 de marzo de 2022, las Partes informaron al Tribunal que habían llegado a un acuerdo sobre los parámetros de los escritos posteriores a la audiencia y las declaraciones sobre costos.
88. El 21 de marzo de 2022, las Partes presentaron sus escritos posteriores a la audiencia ("**Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes**" y "**Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada**").
89. El 19 de mayo de 2023, las Partes presentaron sus escritos sobre costos ("**Declaración sobre Costos de las Demandantes**" y "**Declaración sobre Costos de la Demandada**").
90. El 8 de junio de 2023, el Tribunal declaró cerrado el procedimiento.

### III. ANTECEDENTES DE HECHO

#### A. Las Partes

91. Las Demandantes, IC Power y Kenon, son sociedades controlantes constituidas en Singapur, desde donde supervisan y gestionan sus participaciones en diversas empresas fuera de Singapur. Kenon controla IC Power, la cual, a su vez, controla IC Power Asia Development Ltd. ("**ICPL**"), una sociedad constituida en Israel.
92. Hasta el año 2017, IC Power y Kenon controlaban –a través de Inkia Energy Ltd., una sociedad constituida en Bermuda ("**Inkia**")– tres empresas peruanas (las "**Subsidiarias**" o "**Subsidiarias Peruanas**"), es decir, Kallpa Generación SA ("**Kallpa GSA**")<sup>1</sup>, Cerro del Águila SA ("**CDA**") y Samay I S.A. ("**Samay**")<sup>2</sup>. Las Subsidiarias eran

---

<sup>1</sup> Inkia adquirió participaciones en Kallpa GSA en el mes de junio de 2007 mediante la compra de Globeleq Americas Limited ("**Globeleq**") (véase Registro de Socios de Inkia Americas, 9 de junio de 2017 (C-19)), que posteriormente se denominó Inkia Americas Limited ("**Inkia Americas**") (véase Acta Constitutiva sobre Cambio de Nombre de Inkia Americas Holdings Ltd., 7 de noviembre de 2007 (C-18)). Si bien en esa fecha Inkia era titular indirecta del 99,9 % de las acciones en Kallpa GSA, redujo su participación a 74,9 % en el mes de noviembre de 2009 (Registro de acciones de Kallpa GSA, varias fechas (C-23)).

<sup>2</sup> Acta Constitutiva de Samay II SA, 14 de julio de 2010 (C-26); Modificación del Estatuto de CDA, 7 de febrero de 2011 (C-27); Acta Constitutiva de Samay, 14 de julio de 2010 (C-29).

propietarias de las siguientes cinco centrales eléctricas en Perú y las operaban (las “Centrales”):

- una central termoeléctrica en Chilca, Departamento de Lima, desarrollada entre los años 2007 y 2012 (“**Kallpa**”)<sup>3</sup>;
- una central hidroeléctrica en el Río Mantaro, en el Departamento de Huancavelica, para cuya construcción, en el mes de octubre de 2010, Kallpa GSA celebró un contrato de concesión con el Ministerio de Energía y Minas, transferida en el mes de junio de 2011 a CDA, la cual comenzó a desarrollar la central<sup>4</sup> (“**Cerro del Águila**”);
- dos centrales termoeléctricas de ciclo abierto y combustible dual en Mollendo, en el Departamento de Arequipa, desarrolladas por Samay, la cual ganó una licitación pública en el mes de noviembre de 2013 (“**Puerto Bravo**”)<sup>5</sup>; y
- una central termoeléctrica ubicada en Chilca, en el Departamento de Lima, adquirida por Kallpa GSA en el mes de febrero de 2014 (“**Las Flores**”)<sup>6</sup>.

93. Por medio de las Centrales, las Subsidiarias operaban en el sistema eléctrico peruano, transmitiendo energía a través de la red y prestando ciertos servicios complementarios como el servicio de RSF, descrito *infra*<sup>7</sup>, objeto de la Reclamación basada en el Servicio de RSF.

94. La Demandada es la República del Perú.

#### **B. Las inversiones de las Demandantes en Perú**

95. Las Demandantes adquirieron sus respectivas participaciones indirectas en Inkia de la siguiente manera. Hasta el 7 de enero de 2015, Inkia era de titularidad exclusiva

---

<sup>3</sup> Memorial, ¶ 23; CWS-García Burgos, ¶ 15.

<sup>4</sup> Véanse Resolución No. 64 del Ministerio de Energía, 23 de octubre de 2010, Artículos 1-2 (C-46); Resolución No. 59 del Ministerio de Energía, 23 de junio de 2011, Artículos 1-3 (C-47).

<sup>5</sup> Formulario F-1 de la SEC de IC Power, 23 de enero de 2017, pág. 3 (C-13).

<sup>6</sup> Memorial, ¶ 30.

<sup>7</sup> Sección III.D.

de ICPL<sup>8</sup>, la cual, a su vez, era de titularidad exclusiva de Israel Corporation Ltd. (“**Israel Corporation**”). Kenon, constituida por Israel Corporation<sup>9</sup>, adquirió su participación indirecta en Inkia el 7 de enero de 2015, al comprar las acciones de Israel Corporation en ICPL<sup>10</sup>. IC Power, constituida por Kenon el 4 de mayo de 2015 como su subsidiaria de titularidad exclusiva<sup>11</sup>, adquirió su participación indirecta en Inkia al comprar la participación de Kenon en ICPL, que había pasado a denominarse IC Power Asia Development Ltd.<sup>12</sup>.

96. Kenon e IC Power conservaron su participación indirecta en las Subsidiarias hasta el 24 de noviembre de 2017, cuando vendieron su participación a un tercero, Nautilus Inkia Holdings LLC (“**Nautilus Inkia**”), por medio de un contrato de compraventa de acciones (“**SPA**”)<sup>13</sup> que establecía en la Cláusula 2.6 que IC Power conservaba sus derechos a iniciar acciones legales en relación con la inversión en virtud del Tratado en los siguientes términos:

Las Partes acuerdan que IC Power Ltd. conserva todos los derechos que actualmente tiene en relación con las Reclamaciones Basadas en Tratados de Inversión y tales derechos no se verán afectados en virtud de este Contrato. En aras de evitar toda duda, las Partes reconocen expresamente que este Contrato se celebra sin perjuicio de que IC Power Ltd. reciba cualquier reparación posible de un tribunal de arbitraje por sus Reclamaciones Basadas en Tratados de Inversión<sup>14</sup>. [Traducción del Tribunal]

---

<sup>8</sup> El 28 de marzo de 2016, ICPL pasó a denominarse IC Power Asia Development Ltd. (Israel) (véase Certificado de Registro de ICPL (traducción al inglés), 10 de noviembre de 2016 (C-12), pág. 1).

<sup>9</sup> Memorial de Contestación, ¶ 204, Kenon Holdings Ltd., Formulario 20-F de la Comisión de Valores de los EE. UU., Informe Anual del Ejercicio Fiscal cerrado el 31 de diciembre de 2014 (extractos) (R-61).

<sup>10</sup> Véanse Informe Anual 2015 de Israel Corporation Ltd. para el Consejo Directivo, pág. 3 (C-102); Formulario F-1 de la SEC de IC Power, 23 de enero de 2017 (C-13), pág. 2; Registro de Socios de Inkia, 6 de febrero de 2018 (C-16); Formulario 20-F de la SEC de Kenon, 1 de enero de 2017 (C-14).

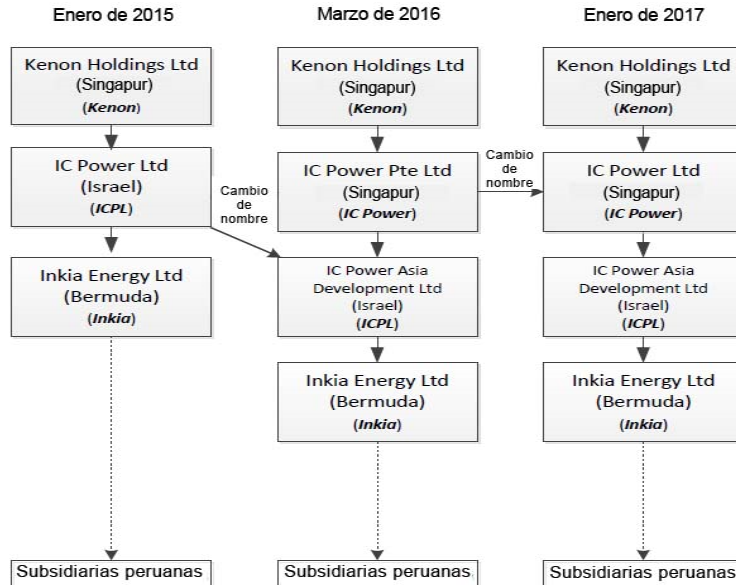
<sup>11</sup> Certificado de Vigencia de IC Power, 1 de marzo de 2019 (C-9); Perfil Comercial de IC Power emitido por el Ente Regulador Contable y Empresarial de Singapur, 19 de febrero de 2019 (C-8), pág. 3; Registro de Socios de IC Power, 3 de abril de 2019 (C-10).

<sup>12</sup> Certificado de Registro de ICPL (traducción al inglés), 10 de noviembre de 2016 (C-12), pág. 2; Registro de Socios de Inkia, 6 de febrero de 2018 (C-16).

<sup>13</sup> Contrato de Compraventa de Acciones celebrado por Inkia y otros, 24 de noviembre de 2017 (C-15).

<sup>14</sup> Contrato de Compraventa de Acciones celebrado por Inkia y otros, 24 de noviembre de 2017, Cláusula 2.6 (C-15).

97. La evolución de la estructura empresarial de las Demandantes se ilustra en el siguiente diagrama<sup>15</sup>:



### C. El sistema eléctrico peruano

98. En la fecha pertinente de la presente controversia, las Subsidiarias operaban como generadores de energía para cuya transmisión utilizaban la red eléctrica interconectada peruana (“Red Nacional”).

99. Esta última comprende dos tipos de sistemas de transmisión:

- el sistema principal de transmisión (“SPT”) y el sistema garantizado de transmisión (“SGT”), formados por dos líneas de transmisión de tensión alta y muy alta que recorren todo Perú de norte a sur y transportan electricidad en ambos sentidos; y
- el sistema secundario y complementario de transmisión (las “Líneas Secundarias”), formado por líneas de transmisión periféricas de alta y media tensión, que transmiten electricidad desde generadores al SPT o al SGT o, en subsidio, desde el SPT o SGT a distribuidores o grandes consumidores (“Usuarios de la Demanda”).

<sup>15</sup> C-31.

100. Dado que el SPT y el SGT benefician a todos los usuarios, sus costos son soportados por los consumidores finales mediante tarifas reguladas. Por otro lado, las Líneas Secundarias pueden ser utilizadas por generadores y por Usuarios de la Demanda. Por lo tanto, para asignar los costos de las Líneas Secundarias, es necesario determinar qué grupos de usuarios (generadores, Usuarios de la Demanda o ambos) utilizan tales Líneas y deben pagar por ellas, y distribuir los costos entre ellos<sup>16</sup>.
101. La generación, transmisión, distribución y comercialización de electricidad a través de la Red Nacional se rigen por el Decreto Ley No. 25884 de 19 de noviembre de 1992 ("**Ley de Concesiones Eléctricas**")<sup>17</sup>, complementado por el Decreto Supremo No. 9 de 25 de febrero de 1993 ("**Reglamento LCE**")<sup>18</sup> y por la Ley No. 28832 de 23 de julio de 2006 ("**Ley 28832**")<sup>19</sup>, la cual tenía por objeto "*perfeccionar las reglas establecidas en la Ley de Concesiones*"<sup>20</sup>.
102. La entidad facultada para regular el sector es OSINERGMIN, un organismo público descentralizado dependiente de la Presidencia del Consejo de Ministros, cuya misión consiste en regular, supervisar y monitorear el funcionamiento del sistema eléctrico del Perú<sup>21</sup>.
103. Entre las facultades de OSINERGMIN, se encuentra la de regular la metodología para la distribución de los costos de las Líneas Secundarias<sup>22</sup>. Las metodologías se aplican durante, al menos, cuatro años ("**Período Tarifario**").
104. Conforme a la Ley No. 28832, la coordinación de la Red Nacional se encuentra a cargo del Comité de Operación Económica del Sistema ("**COES**"), un comité creado en el mes de octubre de 2000 de conformidad con la Ley de Concesiones Eléctricas, compuesto por generadores, transmisores y distribuidores, y ciertas categorías de

---

<sup>16</sup> Memorial, ¶ 140; Réplica, ¶ 209; Memorial de Contestación, ¶ 48.

<sup>17</sup> Ley de Concesiones Eléctricas, 19 de noviembre de 1992 (C-33).

<sup>18</sup> Reglamento LCE, 25 de febrero de 1993 (C-34).

<sup>19</sup> Ley 28832, 23 de julio de 2006 (C-42).

<sup>20</sup> Ley 28832 (C-42), Artículo 2. El texto original establece lo siguiente: "*La presente Ley tiene por objeto perfeccionar las reglas establecidas en la Ley de Concesiones Eléctricas*".

<sup>21</sup> Ley 27332, 29 de julio de 2000, Artículo 2, (C-76); Ley 28964, 24 de enero de 2007 (C-78), Artículo 1; Memorial, ¶ 41.

<sup>22</sup> Ley de Concesiones Eléctricas, 19 de noviembre de 1992 (C-33), Artículo 62; Reglamento LCE, 25 de febrero de 1993 (C-34), Artículo 139. Véase también Ley 28832 (C-42), Artículo 27.2(b)-(c).

usuarios finales de electricidad<sup>23</sup>. El Artículo 12.1 establece ciertos principios que el COES debe respetar al operar la Red Nacional y, en particular, la minimización de costos, la preservación de la seguridad y el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos. El Artículo 12.1 de la Ley No. 28832 prevé lo siguiente:

El COES tiene por finalidad coordinar la operación de corto, mediano y largo plazo del SEIN al mínimo costo, preservando la seguridad del sistema, el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos, así como planificar el desarrollo de la transmisión del SEIN y administrar el Mercado de Corto Plazo<sup>24</sup>.

105. El COES actúa como administrador de despacho del Sistema Nacional. Como tal, cada día decide qué unidad de generación eléctrica será llamada a despachar la electricidad necesaria para abastecer la demanda proyectada en cada momento determinado durante el día siguiente (“**Programa Diario**”).
106. El COES determina el Programa Diario en función de los costos de operación, por lo que enumera las unidades de generación que deben despacharse en un momento determinado en orden de costos ascendentes (“**Orden de Mérito**”): primero se despachan las unidades menos caras y, a medida que aumenta la demanda, se despachan las unidades más caras. El costo de la unidad más cara llamada a despachar electricidad (es decir, la última en despacharse) determina el precio al que los generadores venden y compran electricidad en el mercado a corto plazo (“**Precio Spot**”), que se evalúa cada 15 minutos<sup>25</sup>.
107. No todas las unidades de generación eléctrica son llamadas a despachar en todo momento. A medida que aumenta la demanda de electricidad, aumenta el número de unidades llamadas a despachar, al igual que el Precio *Spot*<sup>26</sup>.
108. Para elaborar el Orden de Mérito y el Programa Diario, el COES considera los costos variables de cada central eléctrica<sup>27</sup>, los cuales se determinan mediante auditorías

---

<sup>23</sup> Ley No. 28.832, (C-42), Artículo 12.1, que define el COES como “una entidad privada, sin fines de lucro y con personería de Derecho Público [...] conformado por todos los Agentes del SEIN y sus decisiones son de cumplimiento obligatorio por los Agentes”.

<sup>24</sup> Original en español. No se requiere de traducción.

<sup>25</sup> Memorial, ¶¶ 45 y ss.; Memorial de Contestación, ¶¶ 57-60; Réplica, ¶¶ 23-24; Dúplica, ¶ 56.

<sup>26</sup> Memorial, ¶¶ 5, 46; Memorial de Contestación, ¶¶ 57, 61; Réplica, ¶ 23; Dúplica, ¶ 56.

<sup>27</sup> Los costos variables de las centrales alimentadas con gas natural suelen incluir (i) el costo de suministro pagado al productor de gas natural; (ii) el costo de transporte pagado al operador del gasoducto; y (iii) el costo de distribución del gas natural (véase Memorial, ¶ 48).

sobre la estructura de costos variables de todas las centrales, con excepción de las centrales alimentadas con gas natural (como Kallpa y Las Flores), cuyos costos no pueden ser auditados *ex ante* dada la complejidad de determinar el componente variable de los costos del gas natural.

109. Las centrales alimentadas con gas natural pueden declarar por sí mismas sus costos variables para que el COES los tenga en cuenta. Los costos se declaran una vez al año y permanecen vigentes durante un año ("**Costos Declarados**"). Hasta el año 2017, las centrales alimentadas con gas natural gozaban de discrecionalidad en cuanto a los costos de combustible que declaraban y, por ende, se les permitía declarar costos inferiores a los reales<sup>28</sup>. En consecuencia, para competir por su inclusión en el Programa Diario y según su estrategia comercial, los generadores de gas natural a menudo declaraban costos de combustible próximos o iguales a cero<sup>29</sup>. En el mes de diciembre de 2017, Perú fijó un umbral mínimo para los Costos Declarados, calculado en función de una fórmula específica<sup>30</sup>.
110. En determinados casos, con respecto a los que las Partes no están de acuerdo, el COES puede decidir despachar unidades independientemente del Orden de Mérito<sup>31</sup>. Los costos variables de tales unidades no se tienen en cuenta en la determinación del Precio *Spot*, que sigue basándose en los costos variables de la última unidad en el Orden de Mérito. Las Partes coinciden en que el despacho de unidades fuera del Orden de Mérito genera costos adicionales para el sistema<sup>32</sup>.
111. Además de la producción de energía eléctrica, a los generadores también se les puede encargar servicios complementarios, uno de los cuales es el servicio de RSF, objeto de la Reclamación basada en el Servicio de RSF.

---

<sup>28</sup> Los Costos Declarados no pueden superar la suma de los costos totales de suministro, transporte y distribución de gas natural.

<sup>29</sup> Memorial, ¶ 50; Réplica, ¶ 172; Memorial de Contestación, ¶¶ 59 y ss.; Dúplica, ¶ 56.

<sup>30</sup> Decreto Supremo No. 43, 27 de diciembre de 2017 (C-156). Véanse Memorial, nota al pie 40; Réplica, nota al pie 255.

<sup>31</sup> Memorial, ¶¶ 53-54; Memorial de Contestación, ¶¶ 7, 62; Réplica, ¶ 24; Dúplica, ¶¶ 80 y ss.; Ley 28832 (C-42), Artículo 12.1.

<sup>32</sup> Memorial, ¶ 53; Memorial de Contestación, ¶ 63.



#### D. Los hechos relevantes para la Reclamación basada en el Servicio de RSF

##### 1. *Introducción*

112. La demanda proyectada de electricidad, a partir de la cual se determina el Programa Diario, puede diferir de la demanda real, lo que da lugar a un exceso de demanda sobre la oferta (un evento de subfrecuencia) o a un exceso de oferta sobre la demanda (un evento de sobrefrecuencia)<sup>33</sup>. El equilibrio entre la oferta y la demanda de electricidad proyectadas y reales en el sistema se consigue mediante el “servicio de regulación de frecuencia” [Traducción del Tribunal], que es un servicio complementario a la generación eléctrica, que aumenta la producción en caso de eventos de subfrecuencia, o la disminuye en caso de eventos de sobrefrecuencia<sup>34</sup>.
113. Existen dos tipos de servicios de regulación de frecuencia en Perú: la regulación primaria de frecuencia (“RPF”) y la RSF. La RPF constituye el primer y más inmediato nivel del servicio, que se activa a los 5 segundos de ocurrido un evento de desequilibrio y debe estar disponible durante 10 minutos<sup>35</sup>. Mediante la RPF, todas las unidades de generación con una potencia instalada superior a 10 MW reducen o aumentan de forma automática la frecuencia para garantizar el equilibrio. Cuando se agota la RPF, entra en funcionamiento el RSF, que restablece la flexibilidad de las centrales que proporcionaron la RPF durante 10 minutos para el supuesto de que vuelvan a ser necesarias para la RPF.
114. A diferencia de la RPF, no todas las centrales que operan en el sistema proveen el servicio de RSF. Solo pueden proveerlo las centrales que cuentan con capacidad técnica para generar o disminuir la cantidad de energía necesaria dentro de los primeros 20 segundos del desequilibrio y sostener ese nivel durante al menos 30 minutos. Ello significa que el servicio de RSF únicamente lo pueden proveer las centrales que ya estén operando o despachando electricidad, ya que encender unidades adicionales que no estaban operando o despachando es un proceso mucho más lento<sup>36</sup>. Además, para poder ajustar la generación hacia arriba (es decir, para aumentar la potencia), los generadores elegibles no pueden generar a plena

---

<sup>33</sup> Memorial, ¶ 56; Memorial de Contestación, ¶ 65.

<sup>34</sup> PR-22, 26 de marzo de 2014, (C-56), Numeral 5.1.

<sup>35</sup> Memorial, ¶¶ 7, 57; Memorial de Contestación, ¶¶ 9, 67.

<sup>36</sup> Memorial, ¶¶ 56 y ss.; Memorial de Contestación, ¶¶ 9, 66; Dúplica, ¶¶ 7, 71.

capacidad, sino que deben reservar parte de la capacidad reservada. A la inversa, para poder ajustar la generación hacia abajo (es decir, para disminuir su producción), esos generadores deben estar despachando electricidad por encima de la cantidad mínima de energía que deben producir cuando están operando, por debajo de la cual no pueden operar ni apagarse (“**Mínimo Técnico**”)<sup>37</sup>.

115. De conformidad con la Ley 28832, la planificación y administración de la provisión de los servicios complementarios necesarios para garantizar la operación segura y “económico” del Sistema Nacional, incluido la RSF, se encomienda al COES<sup>38</sup>. En particular, el COES tiene a su cargo la elaboración de los procedimientos del Sistema Nacional, que luego deben ser aprobados por OSINERGMIN<sup>39</sup>.

## **2. La sanción del PR-22**

116. Hasta el año 2011, los servicios de RPF y RSF eran provistos por dos centrales hidroeléctricas, ubicadas en el norte y en el sur del país, que eran las únicas centrales que contaban con la flexibilidad técnica necesaria para ajustar su potencia. Dichas centrales estaban obligadas a proveer el servicio sin remuneración, pero se las remuneraba por reservar la energía necesaria para los ajustes hacia arriba de la producción eléctrica<sup>40</sup>.
117. En esa época, los sistemas de regulación de frecuencia funcionaban “de forma manual” [Traducción del Tribunal], lo que significaba que, en caso de desequilibrio en el sistema, el COES tenía que llamar físicamente al operador de la central eléctrica que proveía el servicio de regulación de frecuencia y pedirle que redujera o aumentara su producción<sup>41</sup>. En consecuencia, los tiempos de respuesta eran largos y conllevaban elevados riesgos de apagones parciales.
118. En aras de corregir esto, en el mes de agosto de 2011, Perú emprendió la reforma del sistema de RSF. El 18 de agosto de 2011, la Dirección General de Electricidad (es decir, la entidad encargada de proponer las políticas de regulación del sector eléctrico) dictó una resolución en la que estableció que el servicio de RSF a partir de entonces

---

<sup>37</sup> Memorial, ¶ 61; Réplica, ¶ 56; Memorial de Contestación, ¶ 66; Dúplica, ¶ 71.

<sup>38</sup> Ley 28832 (C-42), Artículo 14(j).

<sup>39</sup> Ley 28832 (C-42), Artículo 13(b).

<sup>40</sup> Memorial, ¶ 66, Réplica, ¶ 53; Memorial de Contestación, ¶ 69; Dúplica, ¶ 73.

<sup>41</sup> Memorial, ¶ 67; Réplica, ¶ 54(c); Memorial de Contestación, ¶ 69; Dúplica, ¶ 73.

sería voluntario y remunerado y encargó a OSINERGMIN la aprobación del procedimiento técnico que determinara la metodología, los criterios y las condiciones para la provisión de la RSF (“**Resolución No. 69**”)<sup>42</sup>.

119. El objetivo de la reforma era reducir los tiempos de respuesta mediante la implementación de un sistema de Control Automático de Generación (“**AGC**”), que enviaría automáticamente a los generadores señales para ajustar o regular el nivel de frecuencia dentro del Sistema Nacional con el fin de preservar su estabilidad<sup>43</sup>. La introducción del sistema AGC también era fundamental para integrar las unidades de generación de energías renovables, que son más difíciles de gestionar porque su capacidad para generar energía depende de la disponibilidad del recurso renovable<sup>44</sup>.
120. De conformidad con la Resolución No. 69, en el mes de diciembre de 2012, el COES presentó una propuesta de procedimiento técnico destinada, *inter alia*, a establecer el procedimiento de asignación de la RSF (“**Propuesta del COES**”)<sup>45</sup>. La Propuesta del COES se basaba en un informe técnico proporcionado por la operadora de despacho colombiana y la consultora XM en el año 2007 (el “**Informe de XM**”)<sup>46</sup> y adoptaba la recomendación del informe en el sentido de que la reserva de RSF se asignara, en primer lugar, a los generadores calificados en el Orden de Mérito (“**Optimización Conjunta**”) y, luego, si se necesitaban generadores adicionales, a la unidad de menor costo capaz de proporcionar RSF<sup>47</sup>.
121. OSINERGMIN rechazó la Propuesta del COES, señalando lo siguiente:

Que, se han advertido algunos vacíos en la propuesta publicada, relacionados con el modelo de provisión de reservas, falta de definición en cuanto a cómo se prestará el servicio de Reserva Secundaria de Frecuencia (RSF) en tiempo real y la distribución de la misma por áreas de regulación, entre otros, de tal manera que de seguirse el proceso en curso de acuerdo con las pautas

---

<sup>42</sup> Memorial, ¶ 71; Réplica, ¶ 55; Memorial de Contestación, ¶ 70; Dúplica, ¶ 73. Véase también Resolución No. 14 del Ministerio de Energía, 3 de marzo de 2005, modificada por la Resolución de la Dirección General de Electricidad de 18 de agosto de 2011 (C-48).

<sup>43</sup> Memorial, ¶ 68; Réplica, ¶ 54(c); Memorial de Contestación, ¶ 70; Dúplica, ¶ 73. CWS-Frisancho I, ¶ 38.

<sup>44</sup> Memorial, ¶¶ 69-70, Réplica, ¶ 54(b).

<sup>45</sup> Carta del COES No. COES/D-644-2012, 19 de diciembre de 2012 (C-90). Memorial, ¶ 72; Memorial de Contestación, ¶ 76.

<sup>46</sup> Informe de XM, 1 de noviembre de 2007 (C-81).

<sup>47</sup> Informe de XM, 1 de noviembre de 2007 (C-81), Numeral 9.3.2, pág. 67.

establecidas en la Guía, correspondería la aprobación del nuevo Procedimiento COES PR-22 incompleto, el cual en lugar de mejorar el desarrollo del mercado eléctrico, originaría deficiencias por los vacíos que se han identificado y que precisan ser mejorados; contraviniéndose, de dicho modo, la finalidad del proceso de aprobación del mencionado procedimiento y del mandato normativo establecido en la Resolución Directoral N° 069-2011-EM/DGE<sup>48</sup>.

122. En el mes de septiembre de 2013, el Ministerio de Economía del Perú encargó a la consultora Indra que evaluara la posible implementación de un sistema voluntario automatizado para la RSF. La evaluación de Indra se publicó el 24 de febrero de 2014 (**"Informe de Indra"**)<sup>49</sup>.
123. En función de las recomendaciones de Indra, en el mes de noviembre de 2013, OSINERGMIN remitió al COES su primera propuesta del Procedimiento Técnico No. 22 (**"Primera Propuesta del PR-22"**)<sup>50</sup>. En el mes de enero de 2014, se distribuyó una propuesta revisada del PR-22 (**"Segunda Propuesta del PR-22"**)<sup>51</sup>, junto con un informe que aclaraba y detallaba su contenido (**"Informe Anterior a la Publicación"**)<sup>52</sup>.
124. El 23 de enero de 2014, OSINERGMIN presentó el texto propuesto del PR-22 a las partes interesadas en una audiencia pública<sup>53</sup> y, posteriormente, en un Informe emitido en el mes de marzo de 2014 (**"Informe de Contestación"**)<sup>54</sup>, atendió las preguntas y observaciones recibidas de los generadores, entre ellos Kallpa GSA.
125. El 29 de marzo de 2014, OSINERGMIN publicó el Procedimiento Técnico No. 22 (**"PR-22"**)<sup>55</sup>.
126. Las Partes coinciden en que el PR-22 establece lo siguiente:
  - (i) El servicio de RSF se prestaría automáticamente mediante el sistema AGC<sup>56</sup>.

---

<sup>48</sup> Resolución No. 195 de OSINERGMIN, 4 de octubre de 2013 (C-50), pág. 2.

<sup>49</sup> Informe de Indra (C-94), pág. 10.

<sup>50</sup> Primera Propuesta del PR-22, 28 de noviembre de 2013 (C-51).

<sup>51</sup> Segunda Propuesta del PR-22, 16 de enero de 2014 (C-53).

<sup>52</sup> Informe Anterior a la Publicación, enero de 2014 (C-52); Segunda Propuesta del PR-22 (C-53).

<sup>53</sup> Véase Acta de la audiencia pública sobre la presentación de OSINERGMIN, 23 de enero de 2014 (C-92).

<sup>54</sup> Informe de Contestación, marzo de 2014 (C-54).

<sup>55</sup> PR-22 (C-56), Numeral 5.1.

<sup>56</sup> Réplica, ¶ 145; Memorial de Contestación, ¶ 97; Réplica, ¶ 73. PR-22 (C-56), Numeral 5.7.

- (ii) Los proveedores del servicio de RSF serían seleccionados según una metodología combinada: (a) mediante contratos a largo plazo que se adjudicarían mediante un proceso de licitación llevado a cabo por el COES, por el que los generadores se comprometerían a mantener una determinada capacidad en reserva para prestar el servicio de RSF al precio propuesto en sus ofertas (“**Provisión Base**”); y (b) mediante un mercado de ajuste, en el que los generadores calificados en el Orden de Mérito presentarían ofertas a corto plazo para prestar el servicio (“**Mercado de Ajuste**”)<sup>57</sup>.
- (iii) La Provisión Base se repartiría entre los proveedores de base firme, que serían llamados a prestar el servicio de RSF con prioridad respecto de otros generadores<sup>58</sup> (“**Proveedores de Base Firme**”), y los proveedores de base variable, que serían llamados a prestar dicho servicio, si la reserva de RSF del Proveedor de Base Firme resultara insuficiente para cubrir la cantidad total de la reserva necesaria, y bajo la condición de que sus ofertas fueran más competitivas que aquellas presentadas por los generadores en el Mercado de Ajuste (“**Proveedores de Base Variable**”)<sup>59</sup>.

127. Por otro lado, las Partes discrepan —y he aquí el eje fundamental de la Reclamación basada en el Servicio de RSF— de si, en virtud del PR-22, los Proveedores de Base Firme tenían garantizado el despacho para la provisión de electricidad sin tener que competir con otros generadores para su inclusión en el Programa Diario o si serían llamados a prestar el servicio de RSF con prioridad sobre otros generadores solo en la medida en que estuvieran incluidos en el Orden de Mérito<sup>60</sup>.

### **3. Nota Técnica 1 y los Lineamientos**

128. En aras de implementar el PR-22, el Numeral 6.1.17 del PR-22 encargó al **COES** la publicación de “una Nota Técnica para Regulación Secundaria donde se establezcan

---

<sup>57</sup> Memorial, ¶ 89; Réplica, ¶ 91; Memorial de Contestación, ¶ 97; Dúplica, ¶ 42. PR-22 (C-56), Numeral 9.2.

<sup>58</sup> Memorial, ¶¶ 10, 78, 81-83; Réplica, ¶¶ 29(a)-(b), 51, 71(d), 77(c), 107; Memorial de Contestación, ¶¶ 92, 97(v); Dúplica, ¶ 144.

<sup>59</sup> Memorial, ¶¶ 77, 89-91; Réplica, ¶ 95; Memorial de Contestación, ¶¶ 11, 97; Dúplica, ¶ 42. PR-22 (C-56), Numerales 9.5.3(a) y 9.3.

<sup>60</sup> Memorial, ¶¶ 83-90; Réplica, ¶ 30; Memorial de Contestación, ¶¶ 72 y ss., 92, 97(v); Dúplica, ¶¶ 76 y ss., 144, 496.

las especificaciones técnicas necesarias para el funcionamiento de la Regulación Secundaria”<sup>61</sup> y el Numeral 6.1.11 encargó al COES el establecimiento de “los lineamientos de la Provisión Base, el cual será presentado a OSINERGMIN para su aprobación previa”<sup>62</sup>.

129. En consecuencia, el 1 de octubre de 2015, el COES publicó una “Nota Técnica para la implementación del Servicio de Regulación Secundaria de Frecuencia a través del Control Automático de Generación – AGC” (“**Nota Técnica 1**”)<sup>63</sup>. La Nota Técnica 1 “defin[ía] las especificaciones técnicas necesarias para el funcionamiento de la Regulación Secundaria de Frecuencia”, a saber: (i) los requisitos técnicos para la implementación el Sistema AGC; (ii) los requisitos técnicos para que los generadores calificaran como potenciales proveedores del servicio de RSF; y (iii) el procedimiento para asignar la provisión del servicio de RSF<sup>64</sup>.
130. La Nota Técnica 1 fue revisada por OSINERGMIN, que, el 16 de diciembre de 2015, remitió sus comentarios y recomendaciones al COES “*con la finalidad de lograr un adecuado proceso de implementación del [servicio de RSF], cumpliendo con las especificaciones técnicas mínimas referidas en el numeral 6.1. 17 del PR-22*”<sup>65</sup>, junto con un informe de la consultora Estudios Eléctricos S.A. (el “**Estudio de EE**”). En el Estudio de EE se recomendó que se modificara el Numeral 5.7.2 de la Nota Técnica 1 a fin de incluir “*en las restricciones del modelo de optimización un término que considere la reserva asignada por provisión base*”<sup>66</sup>. Según la Demandada, el COES no consideró las sugerencias de OSINERGMIN y “*no hizo nada en su momento para aclarar la Nota Técnica*”<sup>67</sup>. [Traducción del Tribunal]
131. Las Partes disienten respecto de la relevancia de la Nota Técnica 1 para la interpretación de la Resolución No. 141.

---

<sup>61</sup> PR-22 (C-56), Numeral 6.1.17.

<sup>62</sup> PR-22 (C-56), Numeral 6.1.11.

<sup>63</sup> Nota Técnica 1, 1 de octubre de 2015 (C-59).

<sup>64</sup> *Id.*, Numeral 2.

<sup>65</sup> Carta de OSINERGMIN al COES, Observaciones a la Nota Técnica para la Implementación del Servicio de Regulación Secundaria de Frecuencia a través del Control Automático de Generación de 15 de diciembre de 2015 (R-43), pág. 1.

<sup>66</sup> *Id.*, pág. 15.

<sup>67</sup> Memorial de Contestación, ¶ 109.

132. De conformidad con el Numeral 6.1.11 del PR-22, el COES presentó entonces a OSINERGMIN una propuesta de “*Lineamientos para la Asignación de la Provisión Base para Regulación Secundaria de Frecuencia*” (los “**Lineamientos**”). La propuesta se publicó el 30 de diciembre de 2015 y fue objeto de comentarios y preguntas de parte de los generadores, las cuales fueron respondidas por OSINERGMIN<sup>68</sup>.
133. De particular pertinencia para el debate entre las Partes es la respuesta de OSINERGMIN a la siguiente observación del generador de energía termoeléctrica Enersur (en la actualidad, “**Engie**”):

El numeral 6.5 de la propuesta [es decir, de los Lineamientos] establece la metodología de asignación de la provisión Base en la subasta, el cual indica que será asignado de menor a mayor precio ofertado hasta cubrir el margen de reserva requerido. Sin embargo, no toma en cuenta los costos operativos de cada tecnología de generación que oferte el servicio de RSF. Esto generaría un sobre costo innecesario al sistema.

En efecto, al adjudicar la RSF solo a una o dos URS [unidades de RSF], sobre la base de sus precios ofertados, estas unidades de generación operarán de manera firme durante los periodos que han ofertado, es decir, podrían operar durante los tres años. La operación de estas unidades va a ser forzada en el despacho económico diario, pudiendo generar sobre costos.

Como ejemplo podemos citar una unidad de generación a diésel que oferte toda la reserva requerida de la RSF a un precio bajo, siendo solo ésta la adjudicada en la subasta. Esta unidad va a proveer de manera firme la RSF durante los 3 años y va a operar de manera forzada en el despacho, incluso en periodos en que el costo marginal del sistema sea mucho menor a su costo variable de combustible. Actualmente, cuando se produce dicha diferencia de costos, es compensada por el COES de manera arbitraria a través de una nueva calificación que ha creado y denomina “operación RSF”, la cual es impuesta a los agentes, generándole mayores costos.

Por lo tanto, adicionalmente a los precios ofertas, se deben considerar también las tecnologías que proveen la RSF a fin de que la provisión de dicho servicio sea de manera óptima, minimizando el costo de operación del SEIN<sup>69</sup>.

134. En su respuesta, OSINERGMIN señaló que el PR-22 y los Lineamientos no hacían distinción entre las ofertas dependiendo de la tecnología de las unidades de generación que ofrecían proveer el RSF<sup>70</sup>. Como se analiza *infra*, las Partes discrepan del significado y la implicación de esa respuesta.

---

<sup>68</sup> Dúplica, ¶ 192.

<sup>69</sup> Informe No. 110 de OSINERGMIN, febrero 2016 (C-103), Comentario 2.1.3.

<sup>70</sup> *Ibid.*

135. OSINERGMIN adoptó los Lineamientos el 11 de febrero de 2016<sup>71</sup>. En estos se menciona el PR-22 en los considerandos y se incorpora por referencia la Nota Técnica 1 en el Anexo 3 (los Lineamientos, junto con el PR-22 y la Nota Técnica 1, se denominan también las “**Bases de la Licitación**”).
136. Los Lineamientos (i) facultan al COES a realizar y supervisar el proceso de licitación para la adjudicación de la Provisión Base<sup>72</sup>; (ii) de conformidad con el Numeral 9.5.5 del PR-22, confirman que el proceso de licitación culminaría con la firma de un acta de compromiso entre el adjudicatario y el COES<sup>73</sup>; (iii) establecen que el costo de provisión del servicio de RSF ofrecido por cada ofertante (es decir, el precio de oferta) sería el factor objetivo para determinar al adjudicatario de la licitación<sup>74</sup>; y (iv) establecen que el adjudicatario de la licitación tendría el derecho exclusivo de prestar la Provisión Base por un plazo de tres años<sup>75</sup>.

#### **4. Participación de Kallpa GSA en la licitación para la Provisión Base**

137. De conformidad con el marco jurídico descrito *supra*, en el mes de febrero de 2016, el COES convocó a los generadores a participar en la licitación para la asignación de la Provisión Base desde el mes de agosto de 2016 hasta el mes de julio de 2019 (“**Licitación**”)<sup>76</sup>.
138. Luego de recibir la aprobación de sus gerentes y accionistas<sup>77</sup>, Kallpa GSA decidió participar de la Licitación y ofrecer proveer la Provisión Base Firme a través de sus dos centrales eléctricas, Kallpa y Las Flores, por un precio de cero soles/kW-mes, y declarar la totalidad de sus costos variables correspondientes a ambas centrales en

---

<sup>71</sup> Resolución No. 26 de OSINERGMIN por la que se aprueban los Lineamientos para la Asignación de la Provisión Base para Regulación Secundaria de Frecuencia (Lineamientos), dictada el 11 de febrero de 2016, publicada el 16 de febrero de 2016 (C-60).

<sup>72</sup> Lineamientos (C-60bis), Numeral 3.1.1.

<sup>73</sup> *Id.*, Numeral 6.6.4.

<sup>74</sup> *Id.*, Numeral 6.5.2.

<sup>75</sup> *Id.*, Numerales 4.2.1, 6.5.2.3, 6.53(iii).

<sup>76</sup> Carta del COES No. COES/D-132-2016, 29 de febrero de 2016 (C-62).

<sup>77</sup> Presentación de PowerPoint intitulada “Regulación Secundaria de Frecuencia vía AGC”, 3 de abril de 2016 (C-104); CWS-Frisancho I, ¶ 70; CWS- García Burgos, ¶¶ 34-35.



la próxima declaración de precio de gas el 15 de junio de 2016<sup>78</sup>. Según el testigo de las Demandantes, el Sr. Frisancho, entonces gerente comercial de Kallpa GSA, esas decisiones se adoptaron partiendo de la premisa de que “*estábamos dispuestos a no percibir ninguna remuneración por mantener la reserva, dado que el beneficio mayor sería poder recuperar la totalidad de nuestros costos de gas por despachar energía*”<sup>79</sup>. En función de ello, Kallpa GSA presentó su oferta (“**Oferta**”)<sup>80</sup>.

139. Tal como se analiza a continuación<sup>81</sup>, el entendimiento por parte de Kallpa GSA de las condiciones de la Licitación y de las garantías que supuestamente recibió del COES – en función de las cuales afirma haber presentado la Oferta – constituye la pieza central de la controversia relativa a la Reclamación basada en el Servicio de RSF. Las Demandantes alegan que la participación de Kallpa GSA en la Licitación se basó exclusivamente en el entendimiento de que el Proveedor de Base Firme sería despachado en forma forzada, sin importar el Orden de Mérito. Las Demandantes sostienen que tal entendimiento fue ratificado por el COES en una reunión celebrada el 30 de marzo de 2016 entre el Sr. Frisancho, el Sr. Aguilar, sub gerente de estudios de Kallpa GSA, y representantes del COES<sup>82</sup>. Esta versión de los hechos es cuestionada por la Demandada.
140. Kallpa GSA ganó la Licitación y, el 15 de abril de 2016, suscribió con el COES el acta de compromiso por la que se asignó a las centrales Kallpa y Las Flores la Provisión Base Firme de RSF para el período comprendido entre los meses de agosto de 2016 y julio de 2019 (el “**Acta de Compromiso**”)<sup>83</sup>. El Acta de Compromiso incorporó por remisión los compromisos y las obligaciones establecidos, *inter alia*, por el PR-22, la Nota Técnica 1 y los Lineamientos<sup>84</sup>.

---

<sup>78</sup> Memorial, ¶ 110; Réplica, ¶ 175. Según el testigo de las Demandantes, tal intención fue ratificada el 8 de junio de 2015, en una reunión del Comité Ejecutivo de Kallpa GSA (véanse Memorial, ¶ 113; CWS-Frisancho, I, ¶¶ 73-78).

<sup>79</sup> CWS-Frisancho I, ¶ 78, tal como se citara en Memorial, ¶ 113.

<sup>80</sup> Memorial, ¶¶ 106-107; Réplica, ¶ 153.

<sup>81</sup> Véase Sección V.B.1i *infra*.

<sup>82</sup> Memorial, ¶¶ 105-107.

<sup>83</sup> Acta de Compromiso, 15 de abril de 2016 (C-63). Tal como advirtiera de Demandada, “*esa misma Acta de Compromiso fue firmada por las otras dos empresas generadoras que fueron seleccionadas como Proveedores de Base Variable de RSF, Statkraft (con cuatro unidades de generación) y Duke Energy (con dos unidades de generación)*” [Traducción del Tribunal] (Dúplica, ¶ 212).

<sup>84</sup> Memorial, ¶ 111; Réplica, ¶ 327; Acta de Compromiso (C-63), ¶ 4.1.

**5. El dictado de la Resolución No. 141**

141. Entre los días 8 y 13 de junio de 2016 (después de la asignación de la Licitación y antes del plazo para la presentación por parte de los generadores de sus Costos Declarados) varios generadores escribieron al OSINERGMIN y manifestaron inquietudes respecto de la asignación de la Provisión Base Firme a Kallpa GSA y la interpretación del PR-22.
142. El punto central de sus inquietudes era que la prestación del servicio de RSF por parte de Kallpa GSA con arreglo al PR-22 y al Acta de Compromiso podría generar costos adicionales, en violación del principio establecido por el Artículo 12.1 de la Ley 28832 conforme al cual el COES debe operar el sistema eléctrico de Perú al mínimo costo (el “**Principio de Despacho Económico**”)<sup>85</sup>. Los generadores expresaron también inquietud respecto de los próximos Costos Declarados anuales de Kallpa GSA<sup>86</sup> y solicitaron que OSINERGMIN brindara aclaraciones sobre la interpretación correcta del PR-22 para el 15 de junio de 2016, que era el plazo para la presentación por parte de los generadores de sus Costos Declarados<sup>87</sup>.
143. Las Partes disienten en cuanto al contenido, la importancia y las consecuencias de estas comunicaciones de los generadores. Según las Demandantes, esas comunicaciones presionaron a la Demandada para que revocara los términos del PR-22<sup>88</sup>. La Demandada impugna esta alegación y argumenta que OSINERGMIN se dio

---

<sup>85</sup> Carta de Engie Energía Perú S.A. a OSINERGMIN y al COES, Carta No. ENG/535-2016, 8 de junio de 2016 (C-64); Carta de Termochilca a OSINERGMIN, Carta No. GG-MISC-348-2016, 10 de junio de 2016 (C-65); Carta de Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. al COES, Carta EGESG No. 307-2016-GC, 9 de junio de 2016 (R-45); Carta de Statkraft Perú S.A. a OSINERGMIN, Carta No. SKP/GC-837-2016, 10 de junio de 2016 (R-46); Carta de Termoselva S.R.L. a OSINERGMIN, Carta No. C-TMS-065-2016, 10 de junio de 2016 (R-49); Carta de Electroperú S.A. a OSINERGMIN, Carta No. G-579-2016, 13 de junio de 2016 (R-51).

<sup>86</sup> Carta de Engie Energía Perú S.A. al OSINERGMIN y al COES, Carta No. ENG/535-2016, 8 de junio de 2016 (C-64); Carta de Empresa de Generación Eléctrica San Gabán S.A. al COES, Carta EGESG No. 307-2016-GC, 9 de junio de 2016 (R-45); Carta de Electroperú S.A. a OSINERGMIN, Carta No. G-579-2016, 13 de junio de 2016 (R-51).

<sup>87</sup> Carta de Engie Energía Perú S.A. a OSINERGMIN y al COES, Carta No. ENG/535-2016, 8 de junio de 2016 (C-64); Carta de Termochilca a OSINERGMIN, Carta No. GG-MISC-348-2016, 10 de junio de 2016 (C-65); Carta No. SKP/GC-837-2016, 10 de junio de 2016 (R-47); Carta de Termoselva S.R.L. a OSINERGMIN, Carta No. C-TMS-065-2016, 10 de junio de 2016 (R-49); Carta de Empresa de Generación Huallaga S.A. a OSINERGMIN, Carta No. EGH-080-2016, 13 de junio de 2016 (R-50).

<sup>88</sup> Memorial, ¶ 114.

cuenta de que Kallpa GSA había malentendido la forma en la que el PR-22 debía interpretarse e implementarse y que, por lo tanto, resultaba necesario aclararlo<sup>89</sup>.

144. El 13 de junio de 2016, dos días antes de la fecha en la que debían presentarse los Costos Declarados, OSINERGMIN dictó la Resolución No. 141, junto con el Informe Técnico No. 410 (“**Informe 410**”)<sup>90</sup> y el Informe Legal No. 411 (“**Informe 411**”)<sup>91</sup>.

145. La Resolución No. 141 hizo fundamentalmente lo siguiente:

(i) Remitió a dos de las comunicaciones de los generadores mencionadas *supra* (una de Engie<sup>92</sup> de fecha 8 de junio de 2015 y una de Termochilca S.A. de fecha 10 de junio de 2016<sup>93</sup>) concernientes a la interpretación del PR-22 y la compatibilidad de este último con la Ley 28832<sup>94</sup>.

(ii) Señaló que el objeto de la Resolución No. 141 era establecer la interpretación correcta de los Artículos 9.3 y 9.5 del PR-22 y, en concreto, si este último disponía que el Proveedor de Base Firme sería necesariamente incluido en el Programa Diario y, por ende, sería siempre despachado<sup>95</sup>.

(iii) Remitió al Procedimiento Técnico del COES relativo a la “*Programación de la Operación de Corto Plazo*”, que había sido aprobado por la Resolución No. 244 de OSINERGMIN (“**PR-01**”) del 26 de noviembre de 2014, y estableció que el Programa Diario debe “*t[ener] como objetivo que dicho programa, considere la gestión eficiente para el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos, así*

---

<sup>89</sup> Memorial de Contestación, ¶ 123; Dúplica, ¶ 226.

<sup>90</sup> OSINERGMIN, Informe No. 410-2016-GRT, junio de 2016 (R-26).

<sup>91</sup> OSINERGMIN, Informe No. 411-2016-GRT, 10 de junio de 2016 (C-107).

<sup>92</sup> Carta de Engie Energía Perú S.A. a OSINERGMIN y al COES, Carta No. ENG/535-2016, 8 de junio de 2016 (C-64).

<sup>93</sup> Carta de Termochilca a OSINERGMIN, Carta No. GG-MISC-348-2016, 10 de junio de 2016 (C-65).

<sup>94</sup> Resolución No. 141 (C-66), pág. 1.

<sup>95</sup> Resolución No. 141 (C-66), pág. 3: “*Que para el caso concreto, estaría en debate, en particular lo previsto en los numerales 9.3 y 9.5 del PR-22, en cuanto dispondría que, i) la reserva rotante para la regulación secundaria de frecuencia se cubra primero con el compromiso firme en la Provisión Base, y lo faltante con el Mercado de Ajuste, y ii) el bloque de la reserva rotante para la regulación secundaria de frecuencia se asignará y liquidará económicamente en cualquier caso. El sentido en cuestión, que se estaría otorgando se refiere a que forzosamente la reserva será programada al despacho y de ese modo será pagada*”.

*como garantizar la operación económica del SEIN preservando los criterios de calidad, seguridad y confiabilidad establecidos por la normativa vigente*<sup>96</sup>.

- (iv) Aclaró que “si acaso hubiera discrepancias entre los sentidos” del PR-22 y del PR-01, “la sujeción al principio de legalidad y el cumplimiento de la finalidad legal del COES, despeja cualquier incertidumbre respecto de la opción correcta a elegir, ya que el artículo 12.1 de la Ley N° 28832, establece que: ‘El COES tiene por finalidad coordinar la operación de corto, mediano y largo plazo del SEIN al mínimo costo, preservando la seguridad del sistema, el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos [...]’<sup>97</sup>.
- (v) Estableció que “la necesidad de precisar surge a partir de posibles sentidos distintos que se ha puesto en conocimiento de Osinergmin” y que OSINERGMIN tenía la facultad de aclarar la interpretación correcta del PR-22<sup>98</sup>.
- (vi) Concluyó que, considerando los Informes 410 y 411,

lo previsto en los numerales 9.3 y 9.5.3.a del Procedimiento Técnico COES PR-22 “Reserva Rotante para Regulación Secundaria de Frecuencia, no es incompatible con el esquema de mínimo costo de la operación previsto en la Ley N° 28832, y por tanto:

- a. En el caso de las unidades que proveen la Reserva para la Regulación Secundaria de Frecuencia, siempre que se encuentren programadas en la operación por despacho económico, dicha Reserva será cubierta primero con las URS que tengan cantidades comprometidas en firme en la Provisión Base, mientras que, con el Mercado de Ajuste y las cantidades no comprometidas en firme de la Provisión Base, se cubre lo faltante, y;
- b. El bloque de la Reserva comprometida en firme en la Provisión Base se asignará en el cálculo del pago del servicio de Regulación Secundaria y se liquidará económicamente en cualquier caso, así no se encuentre programada en la operación<sup>99</sup>.

146. Tras la adopción de la Resolución No. 141, Kallpa GSA decidió no declarar la totalidad de los costos correspondientes a las centrales Kallpa y Las Flores, como tenía la intención original de hacer, y, en cambio, optó por “*estratégicamente declarar solo*

---

<sup>96</sup> Resolución No. 141 (C-66), pág. 3.

<sup>97</sup> *Ibid.*

<sup>98</sup> Resolución No. 141 (C-66), pág. 4.

<sup>99</sup> *Id.*, pág. 5, Artículo 1.

*su precio de suministro de gas (sin incluir los costos de transporte y distribución)”<sup>100</sup>.  
[Traducción del Tribunal]*

147. El 8 de julio de 2016, el COES publicó el documento “Nota Técnica: Metodología a Utilizar para realizar la Asignación del Despacho Económico y la Reserva para Regulación Secundaria de Frecuencia” (“**Nota Técnica 2**”)<sup>101</sup>, cuyo objetivo era definir “la metodología que debe utilizar el COES para determinar el despacho económico de generación y la reserva requerida para Regulación Secundaria de frecuencia, tomando en cuenta lo establecido en la [Resolución No. 141] y el [Informe 410]”<sup>102</sup>.
148. El 27 de julio de 2016, el COES modificó parcialmente la Nota Técnica 2 por medio de la “*Nota Técnica: Metodología a Utilizar para realizar la Asignación del Despacho Económico y la Reserva para Regulación Secundaria de Frecuencia*” (“**Nota Técnica 3**”), que proporcionó aclaraciones adicionales respecto de los Proveedores de Base Firme, los Proveedores de Base Variable y los generadores del Mercado de Ajuste<sup>103</sup>.
149. Concretamente, la Nota Técnica 3 aclaró que:
- (i) No existía un orden de prioridad para la asignación del servicio de RSF entre los Proveedores de Base Firme, los Proveedores de Base Variable y los generadores del Mercado de Ajuste<sup>104</sup>.
  - (ii) El despacho económico del Sistema Nacional y la asignación de la prestación del servicio de RSF se realizarían mediante Optimización Conjunta, considerando todo el parque generador disponible y las unidades de generación que se encontraran calificadas para operar bajo el control del AGC<sup>105</sup>.
  - (iii) Los Proveedores de Base Variable podrían participar en el Mercado de Ajuste y ofrecer precios y cantidades distintos de los acordados en sus actas de

---

<sup>100</sup> Memorial, ¶ 126; Acto de Apertura de Sobres de Declaraciones de Precios de Gas, 15 de junio de 2016 (C-110), Sección 10.

<sup>101</sup> Nota Técnica 2, 8 de julio de 2016 (C-112).

<sup>102</sup> *Ibid.*

<sup>103</sup> Nota Técnica 3, 27 de julio de 2016 (C-113).

<sup>104</sup> *Id.*, pág. 3.

<sup>105</sup> *Ibid.*

compromiso respectivas, mientras que los Proveedores de Base Firme no podrían participar en el Mercado de Ajuste<sup>106</sup>.

150. El 6 de diciembre de 2016, Kallpa GSA presentó un recurso de apelación tanto contra la Nota Técnica 2 como contra la Nota Técnica 3 ante el COES<sup>107</sup>.
151. El recurso de apelación fue admitido parcialmente<sup>108</sup> y, en razón de ello, el 16 de diciembre de 2016, el COES emitió la Nota Técnica 4<sup>109</sup>, que eliminó la disposición según la cual no habría orden de prioridad entre los Proveedores de Base Firme, los Proveedores de Base Variable y los proveedores del Mercado de Ajuste<sup>110</sup>.

#### **E. Los hechos relevantes para la Reclamación basada en la Nueva Metodología**

152. La metodología para la distribución de los costos de las Líneas Secundarias entre los generadores la determina OSINERGMIN de conformidad con los criterios establecidos por la ley<sup>111</sup>.
153. En virtud de la legislación peruana, existen dos criterios que OSINERGMIN debe utilizar al establecer la metodología para la distribución de dichos costos. Para las

---

<sup>106</sup> *Ibid.*

<sup>107</sup> Carta del COES No. 225, 6 de diciembre de 2016 (C-115), Sección 3(a). “[La Nota Técnica 1 y la Nota Técnica 3] le causan agravio al dejar sin efecto su derecho a ser considerado preferentemente en el programa de despacho para brindar la Regulación Secundaria de Frecuencia (RSF). Así mismo, que dichas decisiones recortan su legítimo derecho de brindar el servicio de Provisión Base a Firme en los términos en los que le fue adjudicado, mediante un cambio de reglas que modifican los presupuestos del análisis costo/beneficio bajo el cual se comprometió a brindar el servicio, colocándolo en una situación desfavorable frente a sus competidores”.

<sup>108</sup> En las Secciones 15 y 16, el COES advirtió que: “KALLPA también cuestiona el contenido de la Nota Técnica 2, específicamente en el extremo del numeral 2 que señala lo siguiente: ‘2. No existe un orden de prioridad para la asignación de la Reserva para RSF a ser suministrada por la Provisión Base Firme, la Base Variable y la del Mercado de ajuste.’ KALLPA señala que dicho contenido excede lo dispuesto por la Resolución. Al respecto, es correcto señalar que la Resolución 141 no eliminó el orden de prioridad para la asignación de la reserva para RSF sino que simplemente precisó que para el ejercicio de tal prioridad, en el marco del respeto al mandato de la ley sobre la operación del sistema al mínimo costo, se requería que las URS se encontraran programadas para operar en el despacho económico”.

<sup>109</sup> Carta del COES No. 225, 6 de diciembre de 2016 (C-115), Resolución 1. Nota Técnica 4, 16 de diciembre de 2016 (C-116).

<sup>110</sup> Memorial, ¶ 132.

<sup>111</sup> Reglamento de la LCE y sus modificaciones (C-34), Artículo 139(e)(III). “OSINERGMIN definirá la asignación de responsabilidad de pago a la generación o a la demanda, o en forma compartida entre ambas. Para ello, deberá tener en cuenta el uso y/o el beneficio económico que cada instalación proporcione a los generadores y/o demanda, así como lo dispuesto por el cuarto párrafo de la Sexta Disposición Complementaria Final de la Ley N° 28832”.

Líneas Secundarias que constituyen el punto central de la Reclamación basada en la Nueva Metodología (las “**Líneas por Criterio de Uso**”), la Ley 28832 exige al OSINERGMIN aplicar un criterio, en virtud del cual los generadores solo pagan por las Líneas que usen efectivamente (“**Criterio de Uso**”)<sup>112</sup>.

154. En el transcurso del período desde el año 2001 hasta que las Demandantes vendieron su participación en las Subsidiarias, la Demandada adoptó tres metodologías para la distribución de los costos de las Líneas por Criterio de Uso.
155. Según la primera metodología (“**Primera Metodología**”), que fue adoptada dos períodos tarifarios consecutivos desde el año 2001 hasta el año 2008, OSINERGMIN asignó los costos entre los generadores conforme al método de “*factores de distribución topológica*” (“**Método FDT**”) sobre los flujos de electricidad inyectados en el sistema por cada generador. De conformidad con esa metodología, los generadores solo pagaban por las Líneas por Criterio de Uso a través de las cuales circulaba su electricidad, en proporción a la energía que inyectaban<sup>113</sup>.
156. La segunda metodología (“**Segunda Metodología**”), adoptada el 30 de mayo de 2008 por OSINERGMIN por medio de la Resolución No. 383-2008-OS/CD (“**Resolución No. 383**”)<sup>114</sup>, era una metodología de dos pasos, que se aplicó los dos períodos tarifarios siguientes, es decir, desde el año 2009 hasta el año 2017<sup>115</sup>.
157. Conforme a la Segunda Metodología, OSINERGMIN primero identificaba los “*generadores relevantes*” utilizando una Línea por Criterio de Uso determinada mediante la aplicación del Método FDT. Un generador se consideraba “*relevante*” si por lo menos uno de sus caminos eléctricos hasta cualquier “*barra*” de demanda pasaba por la Línea (“**Generadores Relevantes**”)<sup>116</sup>. Luego, OSINERGMIN distribuía los costos entre los Generadores Relevantes en función de (i) la distancia eléctrica

---

<sup>112</sup> Ley 28832 (C-42), Sexta Disposición Complementaria Final. Específicamente, la Ley 28832 estabilizó el criterio para la distribución de los costos de las Líneas Secundarias en vigencia al momento de su dictado y estableció que tendría que mantenerse en adelante (Dúplica, ¶ 285). Réplica, ¶ 214; Dúplica, ¶ 282. Véase también Informe de Transmisión de Uribe & Leyva, (R-52), págs. 10, 12-14.

<sup>113</sup> Memorial, ¶ 139; Réplica, ¶ 220; Memorial de Contestación, ¶ 165; Dúplica, ¶¶ 290-298.

<sup>114</sup> Resolución No. 383, 30 de mayo de 2008 (C-44), Artículo 1.

<sup>115</sup> La Segunda Metodología fue implementada primero por la Resolución No. 184 del 14 de octubre de 2009 (C-45), que aprobó la compensación pagadera por el uso de las Líneas por Criterio de Uso del mes de noviembre de 2009 al mes de abril de 2013, y fue confirmada luego para el período posterior de cuatro años por la Resolución No. 54 del 15 de abril de 2013 (C-49).

<sup>116</sup> Resolución No. 183 (C-44), Artículo 4.20.

entre el generador y la Línea<sup>117</sup>; y (ii) la cantidad de energía producida por el generador (el “**Método de Fuerza/Distancia**”)<sup>118</sup>. Por ende, mientras más cerca estuviera un generador de la Línea por Criterio de Uso y más cantidad de electricidad generara, mayor serían los costos que debía pagar por esa línea<sup>119</sup>. Sin embargo, cabe destacar que el Artículo 11.5 de la Resolución No. 383 eximía a los Generadores Relevantes de pagar los costos de una Línea si eran responsables de menos del 1 % de dichos costos conforme al Método de Fuerza/Distancia<sup>120</sup>.

158. No se discute que tanto la Primera como la Segunda Metodología se ajustaban al Criterio de Uso<sup>121</sup>.
159. El 1 de mayo de 2017, OSINERGMIN dictó la Resolución No. 164 que incorporó otra metodología más (la “**Nueva Metodología**”)<sup>122</sup>. La Nueva Metodología distribuía los costos correspondientes a las Líneas por Criterio de Uso solo en función del Método de Fuerza/Distancia y ya no se refería al concepto de Generadores Relevantes<sup>123</sup>. Sin embargo, mantenía el filtro del 1 % del Artículo 11.5 de la Resolución No. 383<sup>124</sup> e incorporó otro filtro basado en los cambios de impedancia que, según la Demandada, identificaba a los generadores que utilizaban una línea determinada<sup>125</sup>, pero que, según las Demandantes, “*sirve simplemente para eliminar elementos de uso exclusivo*” (“**Filtro de Impedancia**”)<sup>126</sup>. [Traducción del Tribunal]
160. Las Partes discrepan en cuanto al criterio subyacente a la Nueva Metodología. La Demandada alega que la Resolución No. 164 se ajusta al Criterio de Uso. Las

---

<sup>117</sup> La distancia eléctrica se mide utilizando la impedancia eléctrica, que es la oposición que presenta una parte de un circuito al paso de corriente eléctrica y es directamente proporcional a la longitud de la línea. Véanse Réplica, ¶ 221; Memorial de Contestación, ¶ 169; Dúplica, ¶ 309.

<sup>118</sup> Memorial, ¶ 139; Memorial de Contestación, ¶ 169; Réplica, ¶ 221; Dúplica, ¶ 309.

<sup>119</sup> Memorial, ¶ 146; Memorial de Contestación, ¶ 169.

<sup>120</sup> Resolución No. 383 (C-44), Artículo 11.5.

<sup>121</sup> Memorial, ¶¶ 139, 144; Réplica, ¶¶ 220-222; Memorial de Contestación, ¶ 165; Dúplica, ¶ 289.

<sup>122</sup> Resolución No. 164 (C-67), Artículo 1. La Resolución No. 164 dispuso que la Nueva Metodología entraría en vigencia gradualmente entre los años 2017 y 2021, en cuya fecha se encontraría plenamente vigente (*id.*, Segunda Disposición Complementaria Transitoria).

<sup>123</sup> Memorial, ¶ 151; Réplica, ¶ 231; Memorial de Contestación, ¶ 177; Dúplica, ¶ 316.

<sup>124</sup> Véanse ¶¶ 156-157 *supra*. Resolución No. 164 (C-67), Artículo 11.4.

<sup>125</sup> Dúplica, ¶ 316.

<sup>126</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 214. Véase también Réplica, ¶ 243. Resolución No. 164 (C-67), Artículo 11.1.



Demandantes argumentan que Perú adoptó un criterio de beneficio, conforme al cual todos los generadores habrían de pagar por la totalidad de las líneas, independientemente de si realmente las utilizaban, en proporción al beneficio que obtenían de ellas, medido en función de la cantidad de electricidad que cada generador inyectara en el sistema o de su potencia instalada (“**Criterio de Beneficio**”). La Demandada niega que exista el Criterio de Beneficio en virtud de la legislación peruana o en la práctica.

161. Las Partes también discrepan sobre los motivos que condujeron a la adopción de la Nueva Metodología. La Demandada aduce que la Nueva Metodología se basaba en un estudio de la consultora Uribe & Leyva contratado por OSINERGMIN en el año 2015, que concluyó que la Segunda Metodología provocó incertidumbre y condujo a resultados incongruentes debido a su doble estructura (“**Informe de Transmisión de Uribe & Leyva**”)<sup>127</sup>. Las Demandantes aseveran que ello no se ha demostrado y, en efecto, no guarda congruencia con el hecho de que OSINERGMIN recibió el Informe de Transmisión de Uribe & Leyva después de dictar el proyecto de la Resolución No. 164 (“**Resolución No. 24**”)<sup>128</sup>, y apenas dos meses antes de la publicación de la propia Resolución No. 164<sup>129</sup>.
162. OSINERGMIN dictó la Resolución No. 24 en el mes de febrero de 2016 después de haber solicitado comentarios y observaciones de los generadores y los interesados<sup>130</sup>. Simultáneamente, publicó un “*Informe de Sustento de la Propuesta de Modificación de la Norma ‘Procedimiento para la Asignación de Responsabilidad de Pagos de los SST y SCT’*” (“**Informe No. 111**”) en el que se explica los motivos a los que obedeció el cambio de metodología<sup>131</sup>.
163. En el mes de junio de 2016, OSINERGMIN dictó la “*Nueva Norma ‘Procedimiento para la Asignación de Responsabilidad de Pagos de los SST y SCT’: Análisis de las Opiniones*”

---

<sup>127</sup> Memorial de Contestación, ¶ 177; Dúplica, ¶¶ 313-315; Informe de Transmisión de Uribe & Leyva, Sección 6.5.2 (R-52-SPA).

<sup>128</sup> Resolución No. 24, 11 de febrero de 2016 (C-61).

<sup>129</sup> Réplica, ¶¶ 252-255.

<sup>130</sup> Informe No. 455, junio de 2016 (R-40), ii: “*La Resolución No. 024-2016-OS/CD brindó un plazo de quince (15) días calendario para la remisión de opiniones y sugerencias de los interesados. Posteriormente, mediante la Resolución No. 038-2016-OS/CD, se modificó el plazo para la remisión de opiniones y sugerencias de los interesados de quince (15) a treinta (30) días calendario*”.

<sup>131</sup> Informe No. 111, febrero de 2016 (R-29).

y *Sugerencias al Proyecto de Norma* (“**Informe No. 455**”), en respuesta a los comentarios técnicos de los generadores sobre la Resolución No. 24<sup>132</sup>.

164. El día 27 de junio de 2016, OSINERGMIN emitió su “*Informe Legal No. 457-2016-GRT: Opinión legal sobre la procedencia de publicar la resolución que aprueba la Norma “Procedimiento para la Asignación de Responsabilidad de Pago de los SST y SCT” y análisis legal de los comentarios presentados al proyecto*” (“**Informe No. 457**”), por el que se establece la base jurídica del cambio de metodología y se responde a los comentarios de los generadores sobre los aspectos jurídicos de la Resolución No. 164<sup>133</sup>.

#### IV. EL OBJETO DE LA CONTROVERSIA Y EL PETITORIO DE LAS PARTES

##### A. El objeto de la controversia

165. La controversia planteada ante el Tribunal se relaciona con dos medidas que —según las Demandantes— adoptó Perú incumpliendo sus obligaciones de TJE y PSP en virtud del Artículo 10.5 del Tratado y afectó sus inversiones en el sector de generación de energía, lo que provocó daños por un total de USD 195,3 millones. Las medidas son:
- Resolución No. 141, que regula la disposición del servicio de RSF, objeto de la Reclamación basada en el Servicio de RSF; y
  - Resolución No. 164, que modificó la metodología para la asignación de costos de las Líneas por Criterio de Uso entre los generadores y que es objeto de la Reclamación basada en la Nueva Metodología.

##### 1. *Posición de las Demandantes*

166. Mediante la Reclamación basada en el Servicio de RSF, las Demandantes persiguen el recupero de los daños presuntamente sufridos debido a la adopción, por parte de OSINERGMIN, de la Resolución No. 141. Según las Demandantes, la Resolución No. 141 violó las obligaciones de NMT/TJE y PSP de la Demandada en virtud del Tratado por haber “eviscerado” [Traducción del Tribunal] los términos que estableció para la licitación de los servicios de RSF al introducir modificaciones retroactivas en las Bases

---

<sup>132</sup> Informe No. 455, junio de 2016 (R-40).

<sup>133</sup> Informe No. 457, 27 de junio de 2016 (R-30).

de la Licitación<sup>134</sup> en el que se amparó Kallpa GSA al presentar su Oferta para la provisión del servicio de RSF. De ese modo, Perú incumplió las expectativas legítimas de las Demandantes de forma arbitraria y en contra de la obligación de Perú de mantener la estabilidad y predictibilidad del entorno jurídico y empresarial.

167. En particular, las Demandantes afirman que, mediante la Resolución No. 141, la Demandada revocó los compromisos previos frente a Kallpa GSA de que se convocaría a la ganadora de la Licitación para el despacho continuo de energía, independientemente de su posición en el Orden de Mérito y, por tanto, con prioridad por sobre otros generadores y así podría recuperar los costos de provisión del servicio de RSF mediante la remuneración que percibiría por la energía suministrada a la red<sup>135</sup>.
168. Según las Demandantes, la adopción de la Resolución No. 141 les provocó daños por USD 110,7 millones<sup>136</sup>.
169. Mediante la Reclamación basada en la Nueva Metodología, las Demandantes persiguen el cobro de la indemnización por las pérdidas supuestamente sufridas por sus inversiones en Perú como consecuencia de la adopción por parte de OSINERGMIN de la Resolución No. 164 que modificó la metodología de distribución de costos por el uso por parte de los generadores de las Líneas por Criterio de Uso. Según las Demandantes, Perú incumplió el Artículo 10.5 del Tratado, dado que la Resolución No. 164 era inadmisiblemente arbitraria, discriminatoria e incumplía la obligación de Perú de mantener la estabilidad y predictibilidad del entorno jurídico y empresarial, por lo que provocó daños a las inversiones de las Demandantes por USD 84,6 millones<sup>137</sup>.
170. Las Demandantes se oponen a las dos excepciones a la jurisdicción planteadas por la Demandada.

---

<sup>134</sup> Véase PR-22 (C-56).

<sup>135</sup> Memorial, ¶¶ 12, 117; Réplica, ¶¶ 4-6.

<sup>136</sup> Réplica, ¶ 482.

<sup>137</sup> Réplica, ¶ 506.

## **2. Posición de la Demandada**

171. La Demandada se opone a la jurisdicción del Tribunal sobre ambas Demandantes en función de la denegación de beneficios del Artículo 10.15 del Tratado<sup>138</sup>. Asimismo, asevera que Kenon, a diferencia de IC Power, no retuvo el derecho de someter la presente controversia a arbitraje cuando vendió sus inversiones en Perú en el año 2017 y, por ende, no puede ser demandante<sup>139</sup>.
172. Con respecto al fondo, la Demandada sostiene que tanto la Reclamación basada en el Servicio de RSF y la Reclamación basada en la Nueva Metodología deben rechazarse, puesto que, al adaptar las Resoluciones, actuó razonablemente y de conformidad con sus facultades regulatorias para garantizar el correcto funcionamiento del sistema de electricidad y así no incumplió sus obligaciones en virtud del Artículo 10.5 del Tratado.

### **B. Los Petitorios de las Partes**

173. Las Demandantes solicitan que el Tribunal<sup>140</sup>:
- (a) DENIEGUE las excepciones que opone Perú a la jurisdicción del Tribunal;
  - (b) DECLARE que Perú ha incumplido el Artículo 10.5 del Tratado;
  - (c) ORDENE a Perú pagar a las Demandantes la suma de USD 195,3 millones por sus incumplimientos del Tratado o cualquier otra suma que, a juicio del Tribunal, estime adecuada;
  - (d) ORDENE a Perú pagar intereses anteriores al laudo sobre los daños y perjuicios que se otorguen respecto del apartado (c) conforme lo establecido en la Sección V.C [de la Réplica], o a aquella tasa que corresponda a juicio del Tribunal y que se calcule a partir del 30 de noviembre de 2017 hasta la fecha del Laudo;
  - (e) ORDENE a Perú pagar intereses posteriores al laudo sobre los daños y perjuicios que se otorguen conforme lo establecido en la Sección V.C [de la Réplica], o a aquella tasa que corresponda a juicio del Tribunal;
  - (f) OTORGUE la reparación que el Tribunal considere conveniente; y
  - (g) CONDENE a Perú a sufragar todos los costos y gastos del presente arbitraje, incluidos los honorarios de los letrados y peritos de las Demandantes, los honorarios y gastos del Tribunal y los demás costos del CIADI. [Traducción del Tribunal]

---

<sup>138</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 190 y ss.; Dúplica, ¶¶ 351 y ss.

<sup>139</sup> Dúplica, ¶¶ 350, 436-442.

<sup>140</sup> Réplica, ¶ 584.

174. La Demandada solicita que el Tribunal<sup>141</sup>:

Por los motivos expuestos *supra* (y aquellos esgrimidos en las presentaciones escritas y orales previas de la Demandada), la Demandada solicita respetuosamente que el Tribunal rechace todas las reclamaciones de las Demandantes por falta de jurisdicción o, en subsidio, sobre el fondo y otorgue a la Demandada los costos y honorarios, incluidos los honorarios de los letrados, en los que incurrió en este arbitraje, los cuales, dada la complejidad de las cuestiones objeto de la controversia, han sido significativos. [Traducción del Tribunal]

175. En función de las presentaciones escritas y orales de las Partes y sus petitorios, el Tribunal procederá primero a analizar las excepciones a la jurisdicción de la Demandada. Luego procederá a analizar el fondo de las reclamaciones de las Demandantes de que Perú incumplió sus obligaciones de trato justo y equitativo y de protección y seguridad plenas en virtud del Artículo 10.5 del Tratado al dictar la Resolución No. 141 y la Resolución No. 164. Por último, decidirá si las Demandantes tienen derecho a percibir los daños y perjuicios que reclaman.

\*\*\*

176. Considerando los petitorios detallados *supra*, el Tribunal analizará sucesivamente las excepciones a la jurisdicción que plantea la Demandada respecto de las Reclamaciones (**Sección IV**), la supuesta responsabilidad de la Demandada por el incumplimiento del Artículo 10.5 del Tratado en torno a la Reclamación basada en el Servicio de RSF y la Reclamación basada en la Nueva Metodología (**Sección V**) y la cuantificación de daños (**Sección VI**).

## V. JURISDICCIÓN

### A. Introducción

177. La Demandada plantea dos excepciones a la jurisdicción del Tribunal.

- En primer lugar, sostiene que el Tribunal no tiene jurisdicción *ratione voluntatis* sobre ninguna de las dos Demandantes (“**Excepción de Denegación de Beneficios**”) habida cuenta de que, en su opinión, la Demandada denegó su consentimiento al arbitraje invocando el Artículo 10.15 del Tratado (“**Cláusula de Denegación de Beneficios**”) en el Memorial de Contestación<sup>142</sup>.

---

<sup>141</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 213.

<sup>142</sup> Memorial de Contestación, ¶ 195.

- En segundo lugar, la Demandada aduce que el Tribunal carece de jurisdicción sobre la segunda Demandante, Kenon, puesto que esta (a diferencia de IC Power) supuestamente no retuvo los derechos de someter reclamaciones en virtud del Tratado respecto de sus inversiones al venderlas en el año 2017 (“**Excepción Kenon**” y, junto con la Excepción de Denegación de Beneficios, las “**Excepciones Jurisdiccionales**”).
178. Previo a analizar las Excepciones Jurisdiccionales, el Tribunal considera necesario identificar cuáles son las inversiones de las Demandantes que gozan de la protección del Tratado.
179. El Artículo 10.1.6 del Tratado define “inversión” de la siguiente manera:
- [...] todo tipo de activo de propiedad o controlado, directa o indirectamente, por un inversionista, que incluye características tales como el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades o la asunción de riesgo, incluyendo pero no limitado a lo siguiente:
- (a) una empresa;
  - (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa, incluyendo los derechos derivados de la misma;
  - (c) bonos, obligaciones, préstamos y otros instrumentos de deuda, incluyendo los derechos derivados de los mismos;
  - (d) futuros, opciones y otros derivados;
  - (e) contratos de llave en mano, de construcción, de gestión, de producción, de concesión, de participación en los ingresos y otros contratos similares;
  - (f) derechos sobre activos monetarios o sobre cualquier desempeño contractual relacionado con una actividad comercial y que tenga un valor económico;
  - (g) derechos de propiedad intelectual;
  - (h) licencias, autorizaciones, permisos y derechos similares otorgados de conformidad con la legislación interna aplicable, incluyendo cualquier concesión para explorar, cultivar, extraer o explotar recursos naturales; y
  - (i) bienes tangibles e intangibles, muebles e inmuebles, propiedades y cualesquiera derechos de propiedad tales como arrendamientos, hipotecas, gravámenes y prendas.
180. Según las Demandantes, sus inversiones protegidas son: (i) sus participaciones indirectas en Kallpa GSA y Samay; (ii) las centrales eléctricas Kallpa, Las Flores, Cerro del Águila y Puerto Bravo; (iii) los derechos y autorizaciones administrativas otorgadas a Kallpa GSA y Samay con respecto al funcionamiento y a la generación de

electricidad de esas centrales; (iv) el derecho de suministrar el servicio de RSF en base firme de conformidad con el Acta de Compromiso<sup>143</sup>; y (v) el Acta de Compromiso<sup>144</sup>.

181. La Demandada no cuestiona que las inversiones enumeradas en los puntos (i) a (iv) *supra* son inversiones protegidas en virtud del Tratado. Sin embargo, sostiene que el Acta de Compromiso (punto (v) *supra*) no es una inversión protegida<sup>145</sup>.
182. La opinión del Tribunal indica que el argumento de que el Acta de Compromiso no es una inversión no se plantea como excepción jurisdiccional en sentido estricto, sino como defensa ante la reclamación de las Demandantes de que la Resolución No. 141 frustró sus expectativas legítimas de despacho continuo para Kallpa GSA como ganadora de la Licitación<sup>146</sup>. En efecto, ese argumento se plantea para refutar la posición de las Demandantes (propuesto por primera vez en la Réplica) de que sus expectativas eran legítimas y gozaban de la protección del Tratado porque surgieron cuando las Demandantes hicieron su inversión en Perú, y, por ende, cuando adquirieron participaciones en Kallpa GSA, pero también cuando esta celebró el Acta de Compromiso<sup>147</sup>.
183. Dada la decisión del Tribunal (Sección VI.B.3 *infra*), el hecho de que la Reclamación basada en el Servicio de RSF haya de ser admitida sobre la base del fundamento de que la Resolución No. 141 fue arbitraria, el Tribunal no ha considerado necesario analizar si la Resolución también frustró las expectativas legítimas de las Demandantes. En consecuencia, el Tribunal no tiene necesidad de abordar el argumento de la Demandada en torno a la naturaleza del Acta de Compromiso, el cual fue esgrimido para refutar el argumento de las Demandantes sobre las expectativas legítimas. Con todo, en aras de la completitud, el Tribunal colige que el Acta de Compromiso es una inversión protegida en virtud del Artículo 10.1.6 del Tratado sobre la base del fundamento de que se trata de un “activo de propiedad o controlado, directa o indirectamente, por un inversionista”<sup>148</sup>.

---

<sup>143</sup> Memorial, ¶ 178.

<sup>144</sup> Réplica, ¶ 333(a).

<sup>145</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 135, 141.

<sup>146</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 135, 141; Dúplica, ¶ 486.

<sup>147</sup> Réplica, ¶¶ 338, 349.

<sup>148</sup> Artículo 10.1.6 del Tratado (C-1).

## B. Posición de la Demandada

### 1. *La Excepción de Denegación de Beneficios*

184. La Demandada sostiene que el Tribunal carece de jurisdicción *ratione voluntatis* sobre la presente controversia, puesto que Perú supuestamente denegó su consentimiento al arbitraje invocando la Cláusula de Denegación de Beneficios en el Memorial de Contestación.

185. La Cláusula de Denegación de Beneficios reza lo siguiente:

Sujeto a la notificación y consulta previas, de acuerdo a los procedimientos establecidos en el Artículo 17.4 (Consultas), una Parte puede denegar los beneficios de este Capítulo a un inversionista de la otra Parte que sea una empresa de dicha Parte y a las inversiones de tal inversionista, cuando la Parte establezca que la empresa es de propiedad o controlada por personas de un país que no es Parte, o de la Parte denegante, y que no tiene operaciones comerciales sustanciales en el territorio de la otra Parte<sup>149</sup>.

186. A tenor de esa Cláusula, Perú puede negar los beneficios del capítulo sobre inversiones del Tratado (incluso su oferta al arbitraje) a los inversionistas singapurenses respecto de los que Perú demuestre (i) que son de propiedad o controlados por personas o entidades no pertenecientes a Singapur y (ii) que no tienen operaciones comerciales sustanciales en Singapur.

187. En opinión de la Demandada, ambos requisitos se vieron satisfechos en el momento de la Solicitud de Arbitraje (es decir, 19 de junio de 2019) –según la Demandada, el momento pertinente para analizar si las Demandantes satisfacen los requisitos de la Cláusula de Denegación de Beneficios–<sup>150</sup> (y que continúan satisfechos al día de la fecha)<sup>151</sup>, dado que las Demandantes son “*precisamente el tipo de inversionistas que el Artículo 10.15 pretende alcanzar y excluir de las protecciones del capítulo sobre inversiones [del Tratado]*”<sup>152</sup>. [Traducción del Tribunal]

---

<sup>149</sup> El Artículo 10.15 del Tratado reza: “*Sujeto a la notificación y consulta previas, de acuerdo a los procedimientos establecidos en el Artículo 17.4 (Consultas), una Parte puede denegar los beneficios de este Capítulo a un inversionista de la otra Parte que sea una empresa de dicha Parte y a las inversiones de tal inversionista, cuando la Parte establezca que la empresa es de propiedad o controlada por personas de un país que no es Parte, o de la Parte denegante, y que no tiene operaciones comerciales sustanciales en el territorio de la otra Parte*”.

<sup>150</sup> Memorial de Contestación, ¶ 200; Dúplica, ¶ 406.

<sup>151</sup> Memorial de Contestación, ¶ 194.

<sup>152</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 194-226; Dúplica ¶¶ 398-435.



188. En función de las presentaciones de las Demandantes ante la Comisión de Valores de los EE. UU. (“SEC”, por sus siglas en inglés)<sup>153</sup>, la Demandada sostiene que, en el año 2019, las Demandantes eran (y continúan siendo al día de hoy), en última instancia, de propiedad o controladas por un nacional israelí, el Sr. Idan Ofer<sup>154</sup>.
189. A mayor abundamiento, la Demandada sostiene que las Demandantes no han demostrado ser titulares de “operaciones comerciales sustanciales” en Singapur, sea en el momento de la Solicitud de Arbitraje, o actualmente, habida cuenta de que, en su opinión, no demostraron tener una participación en una empresa que realice operaciones reales en Singapur<sup>155</sup>.
190. La Demandada aduce que su invocación de la Cláusula de Denegación de Beneficios es extemporánea e ineficaz. En opinión de la Demandada, su denegación de beneficios es oportuna en virtud del Tratado y de las Reglas CIADI, dado que, de conformidad con la jurisprudencia pertinente, la invocación de la cláusula de denegación de beneficios da lugar a una excepción jurisdiccional, con la consecuencia de que la cláusula puede correctamente invocarse en el memorial de contestación de conformidad con la Regla 41(1)<sup>156</sup>. La Demandada aduce que muchos tribunales consideraron que una cláusula de denegación de beneficios no puede invocarse sino hasta después de que se suscite una controversia<sup>157</sup>. Subraya también que, como cuestión práctica, antes de que se suscite una controversia, un Estado no se

---

<sup>153</sup> Véanse R-4, R-56, R-57, R-58, R-59, R-60, R-63.

<sup>154</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 198-210; Dúplica ¶¶ 400-402.

<sup>155</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 211-226; Dúplica ¶¶ 403-434.

<sup>156</sup> Memorial de Contestación, ¶ 195; Dúplica ¶¶ 375-385. En respaldo de su posición, la Demandada invoca las decisiones que se mencionan a continuación: *Aris Mining Corporation (anteriormente, GCM Mining Corp. y Gran Colombia Gold Corp.) c. República de Colombia*, Caso CIADI No. ARB/18/23, Decisión sobre la Cuestión Jurisdiccional Bifurcada, 23 de noviembre de 2020 (RL-2), ¶ 131 [en adelante, “*Gran Colombia c. Colombia*”]; *Pac Rim Cayman LLC c. La República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, Decisión sobre las Excepciones Jurisdiccionales de la Demandada, 1 de junio de 2012 (RL-1), ¶ 4.85 [en adelante, “*Pac Rim c. El Salvador*”]; *Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. El Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA No. 2011-17, Laudo, 31 de enero de 2014 (RL-3), ¶ 381; *Ulysseas, Inc. c. La República de Ecuador*, Laudo Interino, 28 de septiembre de 2010 (RL-4), ¶ 172 [en adelante: “*Ulysseas c. Ecuador*”].

<sup>157</sup> Memorial de Contestación, ¶ 196; Dúplica, ¶ 365. En respaldo de su posición, la Demandada invoca en las decisiones y autoridades que se mencionan a continuación: *Guaracachi America, Inc. y Rurelec PLC c. El Estado Plurinacional de Bolivia*, Caso CPA No. 2011-17, Laudo, 31 de enero de 2014 (RL-3), ¶¶ 376-377, 379; *Ulysseas c. Ecuador*, ¶ 173; *Littop Enterprises Limited, Bridgemont Ventures Limited, Bordo Management Limited c. Ucrania*, Arbitraje CCE V 2015/092, Laudo Final, 4 de febrero de 2021 (RL-30), ¶¶ 598, 600, 603; Loukas A. Mistelis y Crina M. Baltag, *Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty*, 113 *Penn State Law Review*, 1301, 2009 (RL-29), pág. 1315.

encuentra en posición de notificar su intención de invocar una cláusula de denegación de beneficios y no pueden producirse consultas ulteriores, puesto que *“ningún Estado, tampoco Perú, tiene la capacidad de revisar e investigar cada inversionista al tiempo en el que se realiza una inversión, y en cada momento posterior en que la estructura de propiedad del inversionista o las operaciones comerciales del Estado receptor puedan cambiar, para determinar si corresponde la invocación de una cláusula de denegación de beneficios”*<sup>158</sup>. Según la Demandada, *“los estados suelen tomar consciencia de las circunstancias que justifican la denegación de beneficios solo cuando enfrentan una reclamación de un presunto inversionista”*<sup>159</sup>. [Traducción del Tribunal]

191. En opinión de la Demandada, la jurisprudencia en la que se basan las Demandantes para sustentar su posición de que las cláusulas de denegación de beneficios deben ser invocadas antes de que se suscite una controversia y no tienen más que efectos potenciales es irrelevante para la presente controversia (e inaplicable a ella), puesto que dicha jurisprudencia versa sobre la cláusula de denegación de beneficios del Tratado sobre la Carta de la Energía, cuya redacción difiere de aquella de la Cláusula de Denegación de Beneficios<sup>160</sup>.
192. La Demandada también refuta la alegación de las Demandantes de que no invocó válidamente la Cláusula de Denegación de Beneficios por no respetar el requisito de notificación y consulta previas del Artículo 10.15 del Tratado. Perú afirma que ya en el mes de junio de 2019 alertó a las Demandantes que podría invocar esa disposición y luego las notificó adecuadamente de su intención de invocar la Cláusula de Denegación de Beneficios previo a presentar al Memorial de Contestación. Asimismo, sostiene que el Artículo 10.15 del Tratado no requiere que una decisión de denegar beneficios solo pueda adoptarse después de finalizar las consultas y que, por ende, el requisito de consulta previa se cumple en el presente caso. Ello se debe –según sostiene– a que Perú y Singapur efectivamente se embarcaron en consultas y arribaron a una “solución mutuamente satisfactoria” en cumplimiento con el Artículo

---

<sup>158</sup> Dúplica, ¶ 361.

<sup>159</sup> Dúplica, ¶ 361, donde la Demandada cita a Loukas A. Mistelis y Crina M. Baltag, *Denial of Benefits and Article 17 of the Energy Charter Treaty*, 113 *Penn State Law Review*, 1301, 2009 (RL-29), pág. 1315.

<sup>160</sup> Dúplica, ¶¶ 366-376.

17.4 del Tratado, tras la notificación que cursara Perú sobre su intención de invocar la Cláusula de Denegación de Beneficios el día 22 de junio de 2021<sup>161</sup>.

## 2. *La Excepción Kenon*

193. Como ya se mencionara, además de la Cláusula de Denegación de Beneficios, la Demandada plantea otra excepción jurisdiccional (la Excepción Kenon) en la que refuta la jurisdicción *ratione personae* del Tribunal sobre Kenon.
194. Aduce la Demandada que no corresponde que Kenon se presente como demandante en el presente arbitraje puesto que, cuando Kenon e IC Power vendieron sus inversiones en Perú en el año 2017, solo IC Power retuvo el derecho de someter a arbitraje las reclamaciones que se susciten en torno a esas inversiones, mientras que Kenon los transfirió junto con sus inversiones subyacentes.
195. La Demandada se ampara en el SPA para sustentar la Excepción Kenon por el cual, en el año 2017, a través de su subsidiaria de propiedad total, Inkia, las Demandantes vendieron sus activos en Latinoamérica, incluidas sus subsidiarias peruanas, a terceros que no están involucrados en este arbitraje<sup>162</sup>. En concreto, se ampara en la Cláusula 2.6 del SPA, que reza lo siguiente:

[l]as Partes acuerdan que IC Power Ltd. conserva todos los derechos que actualmente tiene en relación con las Reclamaciones Basadas en Tratados de Inversión y tales derechos no se verán afectados en virtud de este Contrato. En aras de evitar toda duda, las Partes reconocen expresamente que este Contrato se celebra sin perjuicio de que IC Power Ltd. reciba cualquier reparación posible de un tribunal de arbitraje por sus Reclamaciones Basadas en Tratados de Inversión<sup>163</sup>. [Traducción del Tribunal]

196. Según la Demandada, la versión completa sin expurgaciones del SPA –que logró localizar en el sitio web de la SEC una vez que las Demandantes presentaron la Réplica<sup>164</sup>– reveló que “no existían otras disposiciones en el SPA que prevean un derecho similar para *Kenon*”<sup>165</sup>. [Traducción del Tribunal]

---

<sup>161</sup> Memorial de Contestación, ¶ 193; Dúplica ¶¶ 386-397.

<sup>162</sup> Contrato de Compraventa de Acciones celebrado entre Inkia Energy Ltd., IC Power Distribution Holdings, PTE. Ltd., Nautilus Inkia Holdings LLC, Nautilus Distribution Holdings LLC, y Nautilus Ishmus Holdings LLC de 24 de noviembre de 2017 (C-15, C-15bis, y R-135-ENG).

<sup>163</sup> (C-15), (C-15bis), (R-135), Cláusula 2.6.

<sup>164</sup> Dúplica, ¶ 438.

<sup>165</sup> Dúplica, ¶ 439, énfasis en el original.

197. En función de ello, la Demandada sostiene que *“las Demandantes no tienen el mismo derecho a incoar una reclamación ante este Tribunal”* y que, al vender sus derechos a sus inversiones en Perú en el año 2017 sin conservar expresamente sus derechos a someter a arbitraje las reclamaciones relacionadas con esas inversiones, Kenon *“vendió también sus derechos a cualquiera de estas reclamaciones”*<sup>166</sup>. [Traducción del Tribunal]
198. Respecto de la oportunidad de la Excepción Kenon, la Demandada asevera que la falta de legitimación de Kenon no se tornó evidente hasta que Perú logró ubicar la versión sin expurgaciones del SPA en el sitio web de la SEC después de la presentación de la Réplica, lo que reveló que había información detallada sobre la transacción del año 2017 en dicho sitio web. Según sostiene la Demandada, las versiones del SPA que produjeron las Demandantes junto con el Memorial<sup>167</sup> y la Réplica<sup>168</sup>, las cuales tenían *“numerosas expurgaciones y eran incompletas”* [Traducción del Tribunal], no le permitieron conocer el alcance completo del SPA<sup>169</sup>. Por ende, al no haber tenido acceso a la versión sin expurgaciones del SPA, le fue imposible a la Demandada plantear la Excepción Kenon con anterioridad<sup>170</sup>.

### C. Posición de las Demandantes

#### 1. La Excepción de Denegación de Beneficios

199. Las Demandantes se oponen a la Excepción de Denegación de Beneficios con base en tres fundamentos.
200. En primer lugar, alegan que la invocación de la Cláusula de Denegación de Beneficios que realiza Perú en su Memorial de Contestación (es decir, más de cuatro años después de haberse notificado a la Demandada la existencia de una diferencia con IC Power y más de dos años después de habersele notificado la existencia de una diferencia con Kenon) es inoportuna y abusiva. Ellas afirman que, de conformidad con la jurisprudencia actual, las cláusulas de denegación de beneficios no pueden invocarse después de que hubiera surgido una diferencia y con efecto retroactivo y

---

<sup>166</sup> Dúplica, ¶ 441.

<sup>167</sup> C-15.

<sup>168</sup> C-15bis.

<sup>169</sup> Dúplica, ¶¶ 437-438.

<sup>170</sup> Dúplica, ¶ 437.

que, por lo tanto, a partir del 4 de octubre de 2016, cuando se notificó a Perú la existencia de una diferencia con IC Power<sup>171</sup>, la Demandada estaba imposibilitada de invocar en forma retroactiva la Cláusula de Denegación de Beneficios.

201. Las Demandantes plantean dos argumentos alternativos adicionales como el plazo dentro del cual la Demandada debería haber ejercido su derecho a denegar los beneficios de la Demandante en virtud del Tratado. El primer argumento, que se basa en el Artículo 10.17 del Tratado y en el Artículo 25(1) del Convenio del CIADI, expresa que no se le permitió a Perú invocar la Cláusula de Denegación de Beneficios con posterioridad al 12 de abril de 2019, momento en el que se “cristalizó” el consentimiento al arbitraje de las Partes como consecuencia de la recepción por parte de Perú de la Notificación de Intención<sup>172</sup>. En subsidio, sobre la base del principio según el cual la jurisdicción debe evaluarse al comienzo del arbitraje, las Demandantes alegan que Perú perdió su derecho a invocar la Cláusula de Denegación de Beneficios una vez que las Demandantes presentaron la Solicitud de Arbitraje el 12 de junio de 2019<sup>173</sup>, ya que los eventos posteriores al comienzo del arbitraje, como la denegación de Beneficios de Perú en su Memorial de Contestación, “no puede

---

<sup>171</sup> Réplica, ¶¶ 529-543; Dúplica de las Demandantes, ¶ 39. Las Demandantes hacen referencia a las cartas de IC Power al Ministerio de Economía y Finanzas peruano de 3 de octubre de 2016, C-68 y de 21 de junio de 2017, C-69 y a la carta de Kenon al Ministerio de Economía y Finanzas peruano de 12 de noviembre de 2018, C-72. En respaldo de su posición, las Demandantes invocan las decisiones que se mencionan a continuación: *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Decisión sobre Jurisdicción, 8 de febrero de 2005 (CL-114), ¶ 144; *Liman Caspian Oil BV y NCL Dutch Investment BV c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/07/14, Extracto del Laudo, 22 de junio de 2010 (CL-125), ¶ 225; *Yukos Universal Limited (Isla de Man) c. La Federación Rusa*, Caso CPA No. 2005-04/AA227, CNUDMI, Laudo Provisional sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 30 de noviembre de 2009 (CL-124), ¶ 458; *Hulley Enterprises Limited (Chipre) c. Federación Rusa*, Caso CPA No. 2005-03/AA226, CNUDMI, Laudo Provisional sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 30 de noviembre de 2009 (CL-167); *Veteran Petroleum Limited (Chipre) c. La Federación Rusa*, Caso CPA No. 2005-05/AA228, Laudo Provisional sobre Jurisdicción y Admisibilidad, 30 de noviembre de 2009 (CL-168); *Khan Resources Inc. c. Mongolia*, CNUDMI, Decisión sobre Jurisdicción, 25 de julio de 2012 (CL-130), ¶¶ 425-431; *Anatolie Stati, Gabriel Stati, Ascom Group SA y Terra Raf Trans-Trading Ltd c. Kazajstán*, Arbitraje CCE No. V 116/2010, Laudo, 19 de diciembre de 2013 (CL-134), ¶ 745; *Isolux Infrastructure Netherlands, BV c. Reino de España*, Arbitraje CCE No. V2013/153, Laudo, 12 de julio de 2016 (CL-141), ¶ 715; *Masdar Solar & Wind Cooperatief U.A. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/14/1, Laudo, 16 de mayo de 2018 (CL-148), ¶ 239 [en adelante: “Masdar c. España”]; *NextEra Energy Global Holdings B.V. y NextEra Energy Spain Holdings B.V. c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/14/11, Decisión sobre Jurisdicción, Responsabilidad y Principios de Cuantificación de Daños, 12 de marzo de 2019 (RL-5), ¶¶ 267-271.

<sup>172</sup> Réplica, ¶¶ 544-549; Dúplica de las Demandantes, ¶ 39.

<sup>173</sup> Réplica, ¶¶ 550-552. En respaldo de su posición, las Demandantes invocan *Ampal-American Israel Corporation y otros c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/12/11, Decisión sobre Jurisdicción, 1 de febrero de 2016 (CL-139).

*afectar la evaluación del Tribunal relativa a su jurisdicción*<sup>174</sup>. [Traducción del Tribunal]

202. Segundo, Las Demandantes aducen que la denegación de beneficios de Perú es inválida y que ha sido ejercida de mala fe, puesto que la Demandada no cumplió con las condiciones previas del Artículo 10.15 del Tratado, conforme a las cuales la Cláusula de Denegación de Beneficios puede invocarse únicamente “*Sujeto a la notificación y consulta previas*”<sup>175</sup>.
203. Tercero, Las Demandantes sostienen que, en cualquier caso, la Excepción de Denegación de Beneficios debe ser rechazada, porque la Demandada no probó que las Demandantes “*no tienen operaciones comerciales sustanciales*” en Singapur, a tenor de lo exigido en virtud del Artículo 10.15 del Tratado<sup>176</sup>.
204. Las Demandantes no cuestionan que ellas se encuentran bajo la titularidad o el control de una entidad no perteneciente a Singapur.

## **2. La Excepción Kenon**

205. Las Demandantes se oponen a la Excepción Kenon con base en dos fundamentos.
206. En primer lugar, ellas alegan que la Excepción es tardía, ya que fue planteada de manera injustificada con posterioridad al plazo establecido por la Regla 41(1)<sup>177</sup>. En opinión de las Demandantes, “*Perú no tiene una excusa válida para haber esperado hasta su [...] Réplica sobre Jurisdicción para presentar [la Excepción Kenon], puesto que ella no se basa en ningún hecho nuevo que no hubiera estado disponible para la [Demandada] previamente*”<sup>178</sup>. [Traducción del Tribunal]
207. Las Demandantes sostienen que la Excepción Kenon se basa en (i) la Cláusula 2.6 del SPA, el cual estuvo disponible para Perú a partir del año 2019, ya que esa disposición

---

<sup>174</sup> Réplica, ¶ 550.

<sup>175</sup> Réplica, ¶¶ 527, 554-559; Dúplica de las Demandantes, ¶¶ 9(a), 11-23.

<sup>176</sup> Réplica, ¶¶ 560-583; Dúplica de las Demandantes, ¶¶ 9(C), 67-111.

<sup>177</sup> En respaldo de su posición, las Demandantes invocan la decisión del Tribunal en *Pac Rim Cayman LLC c. República de El Salvador*, Caso CIADI No. ARB/09/12, 14 de octubre de 2016 (CL-173), ¶¶ 5.34, 5.45-5.49, mediante la cual el tribunal rechazó una excepción jurisdiccional planteada por la demandada en su memorial de contestación, “*tras múltiples presentaciones de las partes en relación con la jurisdicción y dos decisiones del tribunal*” [Traducción del Tribunal] (Dúplica de las Demandantes, ¶ 119).

<sup>178</sup> Dúplica de las Demandantes, ¶ 114. Véanse también ¶¶ 117-133.

no se encontraba expurgada en la versión del SPA presentada con la Solicitud de Arbitraje; y (ii) la ausencia de otras disposiciones en el SPA mediante las cuales se otorguen a Kenon derechos similares a aquellos otorgados a IC Power por la Cláusula 2.6<sup>179</sup>.

208. Las Demandantes extraen dos consecuencias de esto. En primer lugar, que la Excepción Kenon se “basa en una disposición del SPA al cual la [Demandada] accedió 21 meses antes de la presentación de su Memorial sobre Jurisdicción [...] - es decir, el plazo presunto, en virtud de la Regla 41(1), para la presentación de las excepciones jurisdiccionales”<sup>180</sup> y, en segundo lugar, que la Demandada no funda la Excepción Kenon en un hecho nuevo, sino en la ausencia de un hecho nuevo y por lo tanto “podría haber planteado la misma excepción exactamente con los mismos fundamentos en su [Memorial de Contestación]”<sup>181</sup>. [Traducción del Tribunal]
209. Además, las Demandantes afirman que, aún si se admitiera que la copia libre de expurgaciones del SPA en la que se basa la Demandada reveló un hecho nuevo que era desconocido por la Demandada al momento de presentación del Memorial de Contestación, “el incumplimiento de Perú para localizar a tiempo un documento que se encuentra a disposición del público (el SPA) antes de la fecha fijada para su [Memorial de Contestación] es un problema suyo y por lo tanto no puede justificar una excepción jurisdiccional tardía”<sup>182</sup>. Según las Demandantes, “incluso cuando exista un hecho dudosamente “nuevo” [...], no obstante, una excepción es tardía si la parte que la presenta debería haber descubierto el hecho antes”<sup>183</sup>. [Traducción del Tribunal]
210. En segundo lugar, las Demandantes alegan que la Excepción Kenon “manifiestamente carece de fundamento”<sup>184</sup> ya que la Demandada “caracteriza erróneamente” [Traducción del Tribunal] el efecto de la Cláusula 2.6 del SPA<sup>185</sup>.

---

<sup>179</sup> Dúplica de las Demandantes, ¶ 124.

<sup>180</sup> Dúplica de las Demandantes, ¶ 125.

<sup>181</sup> Dúplica de las Demandantes, ¶ 126.

<sup>182</sup> Dúplica de las Demandantes, ¶ 127.

<sup>183</sup> Dúplica de las Demandantes, ¶ 130. En respaldo de este argumento, las Demandantes invocan la decisión del tribunal en el caso *Waguïh Elie George Siag and Clorinda Vecchi c. República Árabe de Egipto*, Caso CIADI No. ARB/05/15, 1 de junio de 2009 (CL-54).

<sup>184</sup> Dúplica de las Demandantes, ¶ 115.

<sup>185</sup> Dúplica de las Demandantes, ¶ 135.

211. Las Demandantes hacen hincapié en el hecho de que en el presente arbitraje Kenon y IC Power plantean reclamaciones idénticas en relación con los daños supuestamente sufridos por sus subsidiarias peruanas Kallpa GSA, Cerro del Águila S.A. y Samay como consecuencia de las medidas regulatorias adoptadas por Perú. El fundamento para el derecho de Kenon a presentar reclamaciones es su titularidad indirecta de aquellas subsidiarias al momento en que se adoptaron las medidas cuestionadas, ya que hasta el año 2017 Kenon mantuvo esas inversiones a través de IC Power e Inkia, subsidiarias que le pertenecían en un 100 %<sup>186</sup>.
212. La Cláusula 2.6 del SPA registra la intención de las partes de que la venta no tenga efectos en los derechos de IC Power en relación con las reclamaciones que involucren a las subsidiarias peruanas, y excluyeron esas reclamaciones de la venta. Según las Demandantes, de ello se desprende que esas reclamaciones continuaron formando parte de los activos de IC Power y, en consecuencia, de los activos de Kenon, ya que Kenon era (y continúa siendo) el único accionista de IC Power<sup>187</sup>.
213. Las Demandantes sostienen que, si IC Power tiene derecho a incoar las reclamaciones porque no fueron transferidos por el SPA, “entonces también lo tiene Kenon”, puesto que *“las reclamaciones podrían no haberse transferido a los compradores respecto de Kenon, pero no de IC Power”*<sup>188</sup>. [Traducción del Tribunal]
214. Las Demandantes alegan también que, incluso en ausencia de la Cláusula 2.6. del SPA, las reclamaciones no habrían sido transferidas simplemente en virtud de la venta de las subsidiarias peruanas de conformidad con el SPA, ya que *“las reclamaciones basadas en el tratado pertenecen a inversionistas calificados, y no se encuentran unidas a inversiones calificadas, de modo tal que el supuesto de incumplimiento en virtud del derecho internacional (en ausencia de una manifestación expresa en contrario) es que las reclamaciones permanecen con los inversionistas incluso cuando las inversiones subyacentes son vendidas”*<sup>189</sup> [Traducción del Tribunal]. En respaldo de esa afirmación, las Demandantes se basan

---

<sup>186</sup> Dúplica de las Demandantes, ¶ 137.

<sup>187</sup> Dúplica de las Demandantes, ¶¶ 138-139, 142.

<sup>188</sup> Dúplica de las Demandantes, ¶ 144.

<sup>189</sup> Dúplica de las Demandantes, ¶ 143.



en laudo *Daimler c. Argentina*<sup>190</sup> y en la decisión sobre jurisdicción en *El Paso c. Argentina*<sup>191</sup>.

#### D. La decisión del Tribunal

##### 1. *La Excepción de Denegación de Beneficios*

215. Las Demandantes impugnan la Excepción de Denegación de Beneficios con base en múltiples fundamentos. Plantean una serie de defensas procesales mediante las cuales alegan que la denegación de beneficios de Perú es tardía e ineficaz y es ejercida de mala fe. También sostienen que la Demandada no ha probado que las Demandantes no tienen “operaciones comerciales sustanciales” en Singapur.
216. El Tribunal comenzará por abordar el fondo de la Excepción de Denegación de Beneficios, ya que, si la Demandada no puede probar que las Demandantes carecen de “operaciones comerciales sustanciales” en Singapur, ello sería suficiente para rechazar la Excepción, sin abordar las defensas procesales de las Demandantes.
217. Existe consenso entre las Partes<sup>192</sup> en que, para ser “sustanciales” a los fines del Artículo 10.15 del Tratado, las operaciones comerciales de una empresa en el Estado en el que se encuentra constituida no pueden ser meramente “superficiales, fugaces [,] o incidentales, sino que deben ser de una proporción y un significado suficientes de modo tal que constituyan una conexión genuina de la empresa con su Estado de origen”<sup>193</sup> [Traducción del Tribunal]. Las Partes también coinciden en que, en consecuencia, para ser “sustanciales” las actividades deben ser más significativas que aquellas requeridas para conservar el registro de la empresa o su existencia corporativa<sup>194</sup>.
218. Sin embargo, en opinión de la Demandada, “para las sociedades controlantes existe un criterio más exigente”<sup>195</sup> [Traducción del Tribunal]. La Demandada alega que para

---

<sup>190</sup> *Daimler Financial Services AG c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/05/1, Laudo, 22 de agosto de 2012 (CL-79), ¶ 145 [en adelante, “*Daimler c. Argentina*”].

<sup>191</sup> *El Paso Energy International Company c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Decisión sobre Jurisdicción, 27 de abril de 2006 (CL-161), ¶ 135 [en adelante: “*El Paso c. Argentina*”].

<sup>192</sup> Memorial de Contestación, ¶ 212; Dúplica, ¶ 405; Réplica, ¶ 566; Dúplica de las Demandantes, ¶ 93.

<sup>193</sup> *Gran Colombia c. Colombia*, ¶ 137.

<sup>194</sup> Memorial de Contestación, ¶ 213; Dúplica, ¶ 405; Réplica, ¶ 566; Dúplica de las Demandantes, ¶ 77.

<sup>195</sup> Memorial de Contestación, ¶ 216.

que se considere que tiene operaciones comerciales sustanciales en el Estado de origen, una sociedad controlante debe contar entre sus activos con una participación en una actividad comercial que por sí misma tenga operaciones reales en el Estado de Inscripción (Singapur en este caso) y que, en cambio, los intereses en una actividad comercial cuyas operaciones reales se encuentran fuera del Estado de Inscripción no son suficientes. En respaldo de esa posición, la Demandada se basa en la decisión del caso *Pac Rim c. El Salvador*<sup>196</sup>.

219. Las Demandantes cuestionan esa posición, y sostienen que, de conformidad con la jurisprudencia actual<sup>197</sup>, se entiende que una sociedad controlante tiene “operaciones comerciales sustanciales” en un Estado de constitución si cuenta con oficinas, empleados y cuentas bancarias en ese Estado y lleva a cabo funciones corporativas esenciales allí (es decir, celebra reuniones de directorio y asambleas de accionistas en ese lugar)<sup>198</sup>.
220. Las Demandantes también alegan que la Demandada tergiversa la decisión del Tribunal en el caso *Pac Rim c. El Salvador* el cual, según ellas, respalda su posición<sup>199</sup>.
221. Las Demandantes destacan también que para determinar si las operaciones comerciales son “sustanciales” debe evaluarse la naturaleza de las actividades comerciales de la sociedad mediante la referencia al objeto comercial de la sociedad. Haciendo una referencia específica a las sociedades controlantes, las Demandantes alegan que las operaciones comerciales de una sociedad controlante deben ser evaluadas mediante la referencia a los tipos de actividades que normalmente lleva a cabo una sociedad controlante en un escenario normal<sup>200</sup>.
222. En cuanto a la aplicación de la prueba de “operaciones comerciales sustanciales” en el presente caso, las Partes disienten respecto del momento con respecto al cual esa prueba debe ser efectuada.

---

<sup>196</sup> Memorial de Contestación, ¶ 216; Dúplica, ¶ 405.

<sup>197</sup> Las Demandantes invocan las siguientes decisiones: *Gran Colombia c. Colombia*, ¶ 139; *Limited Liability Company Amtó c. Ucrania*, Arbitraje CCE No. 080/2005, Laudo Final, 26 de marzo de 2008 (CL-120), ¶¶ 68-69; *Masdar c. España*, ¶¶ 224 y ss., 253-254; *9REN Holding S.à.r.l c. Reino de España*, Caso CIADI No. ARB/15/15, Laudo, 31 de mayo de 2019 (CL-152), ¶ 182 [en adelante: “*9REN c. España*”].

<sup>198</sup> Réplica, ¶¶ 567, 570-571; Dúplica de las Demandantes, ¶¶ 79-81, 89-92.

<sup>199</sup> Réplica, ¶¶ 569-570; Dúplica de las Demandantes, ¶¶ 81- 88.

<sup>200</sup> Dúplica de las Demandantes, ¶¶ 91, 93.

223. La Demandada alega que el único momento relevante en el que deben evaluarse las actividades de las Demandantes en virtud del Artículo 10.15 del Tratado es el mes de junio de 2019, momento en el que las Demandantes presentaron la Solicitud de Arbitraje, ya que se encuentra generalmente aceptado que la jurisdicción debe ser determinada al momento del comienzo del arbitraje<sup>201</sup>.
224. En opinión de las Demandantes, la posición de la Demandada es irreconciliable con el texto de la Cláusula de Denegación de Beneficios, la cual utiliza el tiempo presente y por lo tanto indicando inequívocamente que las condiciones exigidas para denegarle a un inversionista los beneficios del Tratado deben ser evaluadas “*en forma contemporánea a la invocación de la disposición por parte del Estado*”<sup>202</sup>. [Traducción del Tribunal]
225. En cuanto a la naturaleza de las operaciones de la entidad que son relevantes a los fines del Artículo 10.15 del Tratado, el Tribunal entiende que los argumentos de las Demandantes son más convincentes. La jurisprudencia a la que ellas hacen referencia (la cual no es refutada por la Demandada) confirma que (i) el análisis de las operaciones relevantes debe basarse en la naturaleza de la actividad comercial de la entidad<sup>203</sup>; y (ii) en consecuencia, una sociedad controlante tiene operaciones comerciales sustanciales en su Estado de constitución mientras lleve a cabo funciones corporativas esenciales, alquile oficinas, cuente con empleados locales a tiempo completo y posea cuentas bancarias en dicho lugar<sup>204</sup>.
226. La interpretación que efectúa la Demandada de *Pac Rim c. El Salvador* no es convincente. Esa decisión no afirma que, para tener operaciones sustanciales en el Estado de Inscripción, los activos de una sociedad controlante deban incluir una participación en una actividad comercial que por sí misma tenga operaciones reales en el Estado de Inscripción<sup>205</sup>. Tal como señalaron las Demandantes, en ese caso el tribunal expresó con claridad que no decidía, en términos generales, que una “*sociedad controlante tradicional*” nunca puede cumplir con el requisito de las

---

<sup>201</sup> Dúplica, ¶ 406.

<sup>202</sup> Dúplica de las Demandantes, ¶ 94.

<sup>203</sup> *Pac Rim c. El Salvador*, ¶ 4.72; *9REN c. España*, ¶ 182.

<sup>204</sup> *Gran Colombia c. Colombia*, ¶ 139; *Limited Liability Company Amtó c. Ucrania*, Arbitraje CCE No. 080/2005, Laudo Final, 26 de marzo de 2008 (CL-120), ¶¶ 68-69; *Masdar c. España*, ¶¶ 224 y ss., 253-254.

<sup>205</sup> Memorial de Contestación, ¶ 216 y nota al pie. 383.

“operaciones comerciales sustanciales”, sino meramente que, en el caso específico que estaba analizando, el demandante no había cumplido con ese estándar, ya que la sociedad no tenía “*un directorio, actas de directorio, una presencia física continua y una cuenta bancaria*” en su Estado de constitución<sup>206</sup>. [Traducción del Tribunal]

227. Por lo tanto, de conformidad con el principio aplicado en *Pac Rim c. El Salvador*, el cual se encuentra alineado con la jurisprudencia restante que invocan las Demandantes<sup>207</sup>, a los fines de determinar si las Demandantes tienen operaciones comerciales sustanciales en Singapur, el Tribunal debe determinar si las Demandantes, en tanto sociedades controlantes, llevaron a cabo actividades significativas en Singapur.

228. En cuanto al momento de la evaluación a los fines de determinar si las Demandantes tienen operaciones comerciales sustanciales en Singapur, la cuestión deviene abstracta puesto que, tal como se señala *infra*, las Demandantes presentaron pruebas convincentes de que en el mes de junio de 2019 (cuando presentaron la Solicitud de Arbitraje) y en el mes de febrero de 2021 (cuando Perú invocó la Cláusula de Denegación de Beneficios) las Demandantes tuvieron una presencia física continua en Singapur, desde donde administraron y organizaron sus asuntos comerciales internacionales y, por lo tanto, llevaron a cabo operaciones comerciales sustanciales en ese lugar.

229. El cuadro que se incluye *infra* enumera la prueba que confirma la posición de las Demandantes sobre este punto:

Prueba de la presencia física continua de Kenon en Singapur				
	Tipo de documento	No. de Anexo y referencias	Fecha	Relevancia
Antes de febrero de 2021	Actas de reuniones de directorio	C-197bis, págs. 1-7	17 de noviembre de 2016	Prueba según la cual Kenon celebró reuniones de directorio en Singapur
		C-197bis, págs. 9-11	23-25 de mayo de 2016	
		C-197bis, págs. 13-18	27 de marzo de 2018	
		C-197bis págs. 20-26	30 de mayo de 2018	

<sup>206</sup> Réplica, ¶ 569(b), donde se citan los párrafos 4.72 y 4.73 de la Decisión *Pac Rim c. El Salvador*.

<sup>207</sup> Véanse notas al pie 203 y 204 *supra*.

Caso CIADI No. ARB/19/19  
Laudo

	C-197bis, págs. 26-35	29 de agosto de 2018	
	C-197bis, págs. 37-45	29 de mayo de 2019	
	C-197bis, págs. 47-54	29 de agosto de 2019	
	C-197bis, págs. 57-65	19 de noviembre de 2019	
	C-197bis, págs. 67-79	31 de marzo de 2020	
	C-197bis, págs. 81-90	1 de septiembre de 2020	
	C-197bis, págs. 92-101	24 de noviembre de 2020	
Declaración de poder para la asamblea ordinaria de accionistas a celebrarse el 30 de junio de 2015	C-129	12 de junio de 2015	Prueba según la cual Kenon celebró sus asambleas ordinarias de accionistas en Singapur
Declaración de poder para la asamblea ordinaria de accionistas a celebrarse el 22 de junio de 2016	C-137	3 de junio de 2016	
Declaración de poder para la asamblea ordinaria de accionistas a celebrarse el 22 de junio de 2017	C-150	2 de junio de 2017	
Declaración de poder para la asamblea ordinaria de accionistas a celebrarse el 14 de junio de 2018	C-160	16 de mayo de 2018	
Declaración de poder para la asamblea ordinaria de accionistas a	C-172	16 de mayo de 2019	

Caso CIADI No. ARB/19/19  
Laudo

celebrarse el 14 de junio de 2019			
Declaración de poder para la asamblea ordinaria de accionistas a celebrarse el 11 de junio de 2020	C-177	11 de junio de 2020	
Notificación de asamblea extraordinaria de accionistas a celebrarse el 19 de diciembre de 2017	C-153	19 de noviembre de 2017	Prueba según la cual Kenon celebró (al menos) una asamblea extraordinaria de accionistas en Singapur
Alquiler de oficinas entre Millenia Private Limited y Kenon (fragmentos relevantes)	C-127	16 de octubre de 2014	Prueba según la cual Kenon alquiló espacios de oficinas en Singapur desde el 1 de noviembre de 2014 hasta el 31 de octubre de 2017
Alquiler de oficinas entre Millenia Private Limited y Kenon (fragmentos relevantes)	C-149bis	1 de junio de 2017	Prueba según la cual Kenon alquiló espacios de oficinas en Singapur desde el 1 de junio de 2017 hasta el 31 de diciembre de 2020
Nómina de Empleados	C-215, pág. 1	Desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2015	Prueba según la cual Kenon tenía personal permanente en Singapur
Contribuciones a la seguridad social de los empleados (Central Providence Fund)	C-215, pág. 2	diciembre de 2015	
Nómina de Empleados	C-215, pág. 3	Desde el 1 de mayo de 2016 hasta el 31 de mayo de 2016	
Contribuciones a la seguridad social de los empleados	C-215, pág. 4	mayo de 2016	

Caso CIADI No. ARB/19/19  
Laudo

(Central Providence Fund)		
Nómina de Empleados	C-215, pág. 5	Desde el 1 de febrero de 2017 hasta el 28 de febrero de 2017
Contribuciones a la seguridad social de los empleados (Central Providence Fund)	C-215, pág. 6	febrero de 2017
Nómina de Empleados	C-215, pág. 7	Desde el 1 de julio de 2018 hasta el 31 de julio de 2018
Contribuciones a la seguridad social de los empleados (Central Providence Fund)	C-215, pág. 8	julio de 2018
Contribuciones a la seguridad social de los empleados (Central Providence Fund)	C-215, 9	julio de 2018
Contribuciones a la seguridad social de los empleados (Central Providence Fund)	C-215, 23- 24	agosto de 2018
Contribuciones a la seguridad social de los empleados (Central Providence Fund)	C-215, págs. 13-14	octubre/14 de noviembre de 2019
Nómina de Empleados	C-215, pág. 10	Desde el 1 de noviembre de 2019 hasta el 30 de noviembre de 2019
Contribuciones a la seguridad social de los empleados	C-215, págs. 11-12	noviembre de 2019

Caso CIADI No. ARB/19/19  
Laudo

(Central Providence Fund)			
Contribuciones a la seguridad social de los empleados (Central Providence Fund)	C-215, pág. 15	abril de 2020	
Contribuciones a la seguridad social de los empleados (Central Providence Fund)	C-215, pág. 18	octubre/noviembre de 2020	
Nota de prensa	C-216, págs. 4-23	Desde junio de 2015 hasta mayo de 2019	
Formulario SEC 20-F, 2016	C-134	22 de abril de 2016 (período contable: 1 de enero de 2015 - 31 de diciembre de 2015)	Prueba según la cual KPMG Singapur auditó las cuentas de Kenon
Formulario SEC 20-F, 2017	C-148	19 de abril de 2017 (período contable: 1 de enero de 2016 - 31 de diciembre de 2016)	
Formulario SEC 20-F, 2017	C-14bis	2017 (período contable: 1 de enero de 2017 - 31 de diciembre de 2017)	
Formulario SEC 20-F, 2019	C-171	8 de abril de 2019 (período contable: 1 de enero de 2018 - 31 de diciembre de 2018)	
Formulario SEC 20-F, 2020	C-176	30 de abril de 2020 (período contable: 1 de enero de 2019 - 31 de diciembre de 2019)	
Extractos bancarios	C-193, págs. 1-11	30 de septiembre de 2016-noviembre de 2018	



	Contratos de servicios de TI celebrados por Kenon	C-181bis, págs. 1-37	abril de 2016-abril de 2019 (Duración: 12 meses)	Prueba según la cual Kenon contrato a proveedores de servicios locales
	Póliza de seguro de viajes del personal de Kenon	C-211, págs. 1-8	abril de 2017 – abril de 2018	
	Contratos de servicios de TI celebrados por Kenon	C-181bis, págs. 1-37	abril de 2016-abril de 2019 (Duración: 12 meses)	
	Póliza de seguro de responsabilidad civil de Kenon	C-204	12 de noviembre de 2019 (Duración: hasta el 31 de octubre de 2020)	
	Póliza de seguro de viajes del personal de Kenon	C-211, págs. 8-16	abril de 2019 – abril de 2020	
	Póliza de seguro de salud del personal de Kenon	C-213, págs. 1-16	marzo de 2019-febrero de 2020	
<b>En febrero de 2021 o con posterioridad a dicho mes</b>	<b>Tipo de documento</b>	<b>No. de Anexo y referencias</b>	<b>Fecha</b>	<b>Contenidos</b>
	Actas de reuniones de directorio	C-197bis, págs. 103-108	13 de abril de 2021	Prueba según la cual Kenon celebró reuniones de directorio en Singapur
	Alquiler de oficinas entre Millenia Private Limited y Kenon (fragmento relevante)	C-180	12 de octubre de 2020	Prueba según la cual Kenon alquilo espacios de oficinas en Singapur desde el 1 de enero de 2021 hasta el 31 de diciembre de 2023
	Contribuciones a la seguridad social de los empleados (Central Providence Fund)	C-215, págs. 20-21	abril/mayo de 2021	Prueba según la cual Kenon tenía personal permanente en Singapur
	Nómina de Empleados	C-215, pág. 22	Desde el 1 de agosto de 2021	

			hasta el 31 de agosto de 2021	
	Notas de prensa desde Singapur	C-260, págs. 24-32	junio de 2021	
	Formulario SEC 20-F, 2021	C-189	19 de abril de 2021 (período contable: 1 de enero de 2020-31 de diciembre de 2020)	Prueba según la cual KPMG Singapur auditó las cuentas de Kenon
	Extractos bancarios de Kenon	C-193, págs. 12-22	junio de 2019-marzo de 2021	Prueba según la cual Kenon poseía cuentas bancarias en Singapur
	Póliza de seguro de viajes del personal de Kenon	C-211, págs. 17-24	abril de 2021 – abril de 2022	Prueba según la cual Kenon contrato a proveedores de servicios locales

<b>Prueba de la presencia física continua de IC Power en Singapur</b>				
	<b>Tipo de documento</b>	<b>No. de Anexo y referencias</b>	<b>Fecha</b>	<b>Relevancia</b>
<b>Antes de febrero de 2021</b>	Actas de reuniones de directorio	C-197bis, págs. 110-113	18 de noviembre de 2015	Prueba según la cual IC Power celebró reuniones de directorio en Singapur
	Actas de reuniones de directorio	C-197bis, págs. 115-117	23 de febrero de 2016	
	Actas de reuniones de directorio	C-197bis, págs. 119-122	16 de noviembre de 2017	
	Carta de Millenia Private Limited (arrendador de Kenon) a Kenon	C-131	24 de diciembre de 2015	Prueba según la cual IC Power utilizó los espacios de oficinas de Kenon en Singapur
	Contrato de arrendamiento entre Kenon y Millenia Private Limited	C-149bis	1 de junio de 2017	
	Extractos bancarios	C-209, págs. 1-17	28 de febrero de 2017-marzo de 2019	Prueba según la cual IC Power poseía cuentas bancarias en Singapur

	Actas de asamblea ordinaria de KG accionistas	C-214	29 de agosto de 2017	Prueba según la cual IC Power celebró al menos una asamblea ordinaria de accionistas en Singapur	
	Perfil comercial de IC Power emitido por Accounting and Corporate Regulatory Authority (ACRA)	C-212, págs. 1-11	2018-2019	Prueba según la cual IC Power tenía directores y secretarios en Singapur	
<b>En febrero de 2021 o con posterioridad a dicho mes</b>	<b>Tipo de documento</b>	<b>No. de Anexo y referencias</b>	<b>Fecha</b>	<b>Relevancia</b>	
	Actas de reuniones de directorio	C-197bis, págs. 124-125	21 de febrero de 2020	Prueba según la cual IC Power celebró reuniones de directorio en Singapur	
	Actas de reuniones de directorio	C-197bis, págs. 127-128	25 de marzo de 2021		
	Carta de Pontiac a Kenon sobre contrato de arrendamiento	C-187	25 de febrero de 2021	Prueba según la cual IC Power utilizó los espacios de oficinas de Kenon en Singapur	
	Extractos bancarios de IC Power	C-209, pág. 19	agosto de 2019-abril de 2021	Prueba según la cual IC Power poseía cuentas bancarias en Singapur	
	Actas y orden del día de asamblea ordinaria de accionistas	C-214	30 de junio de 2020 y 2021	Prueba según la cual IC Power celebró al menos una asamblea ordinaria de accionistas en Singapur	
Perfil comercial de IC Power emitido por Accounting and Corporate Regulatory Authority (ACRA)	C-212, págs. 12-19	2020-2021	Prueba según la cual IC Power tenía directores y secretarios en Singapur		

230. Con base en estas pruebas, el Tribunal se encuentra satisfecho de que las Demandantes han demostrado que, en los momentos relevantes, desarrollaban operaciones comerciales sustanciales en Singapur conforme a los criterios establecidos por la jurisprudencia sobre las cláusulas de denegación de beneficios. En consecuencia, se rechaza la Excepción de Denegación de Beneficios.

## 2. La Excepción Kenon

231. El Tribunal procede ahora a abordar la otra excepción jurisdiccional de la Demandada respecto de Kenon, que se basa en la supuesta falta de legitimidad de esta última debido a la venta de sus inversiones en el año 2017. Tal como se mencionara, las Demandantes impugnan esta excepción con base en el fundamento de que es tanto extemporánea como carente de mérito.
232. La Demandada caracteriza esta excepción como una excepción a la jurisdicción del Tribunal. Sin embargo, la Demandada no afirma que el Tribunal carezca de aquello a lo que en la Opinión Disidente en *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos* se hace referencia como “el poder [...] para conocer”<sup>208</sup> y decidir las reclamaciones de Kenon. Por el contrario, sostiene que “*Kenon no es [...] una Demandante verdadera en el presente arbitraje, en tanto carece de legitimidad*”<sup>209</sup>. Esa es la base para su posición de que el Tribunal no puede “*ejercer su potestad decisoria en relación con las reclamaciones específicas ante s*”<sup>210</sup>. [Traducción del Tribunal]
233. En consecuencia, la opinión del Tribunal es que la Excepción Kenon también puede interpretarse como una excepción a la admisibilidad de las reclamaciones de Kenon.
234. Sea como sea, el Tribunal no considera que caracterizar la Excepción Kenon de una manera u otra incida en la decisión sobre la excepción. Ello obedece a dos motivos. En primer lugar, porque por lo general se interpreta que la Regla 41– que constituye la base para la afirmación de las Demandantes de que la Excepción Kenon es extemporánea – resulta aplicable a las excepciones de admisibilidad, además de

---

<sup>208</sup> *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/2, Opinión Disidente de Keith Highet, 2 de junio de 2000, ¶ 58.

<sup>209</sup> Dúplica, ¶ 442, énfasis agregado.

<sup>210</sup> Z. Douglas, *International Law of Investment Claims*, Cambridge University Press, 2009, pág. 293. Con respecto a la diferencia entre jurisdicción y admisibilidad, véanse también J. Crawford, *Brownlie’s Principles of Public International Law*, Oxford University Press, 2012, pág. 693: “*Las excepciones a la jurisdicción se relacionan con condiciones que afectan el consentimiento de las partes a que el tribunal se pronuncie sobre el caso. [...] Una excepción a la admisibilidad de una reclamación invita al tribunal a desestimar [...] la reclamación con base en un fundamento de que, pese a que no excluye en principio su autoridad, afecta la posibilidad o pertinencia de que dirima el caso*” [Traducción del Tribunal]; y B. Sabahi, *The Course of an Investment Arbitration: Overview of the Procedure*, en B. Sabahi et al., *Investor-State Arbitration*, 2019, págs. 172-174.

aquellas estrictamente jurisdiccionales<sup>211</sup>. En segundo lugar, tal como se ilustra *infra*, la Excepción Kenon ha de desestimarse no sobre la base de la defensa de extemporaneidad de las Demandantes sino por falta de mérito, por lo cual, la caracterización de la Excepción como correspondiente a la jurisdicción o a la admisibilidad resulta irrelevante.

235. Comenzando por el argumento de la extemporaneidad, la Regla 41(1) debería leerse conjuntamente con la Regla 41(2) y el Artículo 41 del Convenio del CIADI, que establecen la potestad y el deber del tribunal de considerar las excepciones preliminares de oficio, en cualquier estado del procedimiento. En consecuencia, el Tribunal debe considerar la Excepción Kenon, independientemente de si resultó extemporánea<sup>212</sup>.
236. En cuanto al fondo de la cuestión, la Excepción Kenon se basa en el SPA, por el cual las Demandantes, mediante la subsidiaria 100 % de su propiedad Inkia, vendieron la totalidad de sus activos en Latinoamérica, incluidas las Subsidiarias<sup>213</sup>.
237. Las Partes basan sus respectivas posiciones en la Cláusula 2.6 del SPA, la cual dispone que “*IC Power Ltd. conserva todos los derechos que posee actualmente en relación con las Reclamaciones basadas en el Tratado de Inversión*”<sup>214</sup> [Traducción del Tribunal], sin embargo, no se aboca a la interpretación de esa disposición de conformidad con la legislación que rige el SPA, es decir, la legislación del Estado de Nueva York<sup>215</sup>.

---

<sup>211</sup> J. Fouret, R. Gerbay, G. M. Alvarez, *The ICSID Convention, Regulations and Rules – A Practical Commentary*, 2019, ¶ 25.137; *The Rompetrol Group N.V. c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/06/3, Decisión sobre las Excepciones Preliminares sobre Jurisdicción y Admisibilidad de la Demandada, 18 de abril de 2008, ¶ 112; *Pan America Energy LLC y BP Argentina Exploration Company c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/13 y *BP America Production Company y otras c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/8, Decisión sobre las Excepciones Preliminares, 27 de julio de 2006, ¶ 54; *Bureau Veritas, Inspection, Valuation, Assessment and Control, BIVAC B.V. c. República del Paraguay*, Caso CIADI No. ARB/07/9, Decisión del Tribunal sobre Excepciones a la Jurisdicción, 29 de mayo de 2009, ¶ 52; *Alpha Projektholding GmbH c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/07/16, Laudo, 8 de noviembre de 2010, ¶ 240.

<sup>212</sup> Véase también la conclusión en *The Lopez-Goyne Family Trust y otros c. República de Nicaragua*, Caso CIADI No. ARB/17/44, Laudo, 1 de marzo de 2023, ¶ 364 en el sentido de que “*la jurisprudencia y la doctrina académica respaldan en gran medida la opinión de que, excepto en los casos marginales, de conformidad con el Artículo 41 del Convenio del CIADI, los tribunales deben abordar las excepciones jurisdiccionales independientemente del momento en que se opusieron*”.

<sup>213</sup> Véase ¶ 195 *supra*.

<sup>214</sup> Cláusula 2.6 del SPA, C-15, C-15bis y R-135-ENG.

<sup>215</sup> Véase Cláusula 12.8 del SPA, R-135 ENG, pág. 75.

238. La Demandada señala el hecho de que Kenon no se encuentra mencionada en la Cláusula 2.6 del SPA y que ninguna otra disposición del SPA le confiere a Kenon derechos similares a aquellos conferidos a IC Power por la Cláusula 2.6, a partir de lo cual concluye que *“las Demandantes no tienen igual derecho a incoar una reclamación ante el presente Tribunal”*. Sostiene que, al vender sus derechos a sus inversiones en Perú en el año 2017 sin conservar expresamente sus derechos a someter a arbitraje las reclamaciones relacionadas con esas inversiones, Kenon *“vendió también sus derechos a cualquiera de estas reclamaciones”*<sup>216</sup>. [Traducción del Tribunal]
239. Por su parte, las Demandantes afirman que, independientemente de si se menciona a Kenon en la Cláusula 2.6 del SPA, el efecto de la venta regida por el SPA es que las reclamaciones impulsadas en el presente arbitraje fueron excluidas de la venta y se conservaron entre los activos de IC Power. En la opinión de las Demandantes, se deduce que Kenon posee legitimidad para impulsar esas reclamaciones en su calidad de único accionista de IC Power, puesto que la base del derecho de Kenon a incoar esas reclamaciones radica en su propiedad indirecta de los activos peruanos, de los que era titular a través de IC Power cuando Perú adoptó las medidas impugnadas<sup>217</sup>.
240. Puesto que las Partes no han proporcionado elementos para la interpretación de la Cláusula 2.6 del SPA con arreglo a la legislación que lo rige, el Tribunal no está en condiciones de realizar ese ejercicio de oficio y, por ende, debe basar su decisión sobre la Excepción Kenon en los argumentos presentados por las Partes.
241. La Excepción Kenon plantea la cuestión objeto de debate de la transferibilidad de las reclamaciones basadas en un tratado en el caso de venta de las inversiones.
242. La Demandada no aborda esta cuestión en forma explícita. No obstante, la afirmación de que las reclamaciones de Kenon han sido transferidas como consecuencia del SPA puesto que este último no indica que han sido conservadas por Kenon sugiere que la Demandada considera que las reclamaciones basadas en un tratado se transfieren conjuntamente con las inversiones a las que se asocian, sin necesidad de un acuerdo expreso a tal efecto entre el cedente y el cesionario.

---

<sup>216</sup> Dúplica, ¶ 441.

<sup>217</sup> Dúplica de las Demandantes, ¶¶ 138-139, 142-144.

243. Las Demandantes, en cambio, abordan expresamente la cuestión e, invocando *Daimler c. Argentina* y *El Paso c. Argentina*, afirman que “las reclamaciones basadas en el tratado pertenecen a inversionistas calificados, y no se encuentran unidas a inversiones calificadas, de modo tal que el supuesto de incumplimiento en virtud del derecho internacional (en ausencia de una manifestación expresa en contrario) es que las reclamaciones permanecen con los inversionistas incluso cuando las inversiones subyacentes son vendidas”<sup>218</sup>. [Traducción del Tribunal]
244. Pese a que existen diferentes opiniones sobre la transferibilidad de las reclamaciones basadas en un tratado en el caso de venta de las inversiones a las que están vinculadas, la opinión predominante de los tribunales inversionista-Estado<sup>219</sup> es aquella propugnada en la Decisión sobre Jurisdicción emitida en *El Paso c. Argentina* que invocan las Demandantes, es decir que, en caso de transferencia de una inversión, la reclamación en virtud del tratado asociada a ella “sigue existiendo; en otros términos, el derecho de exigir una indemnización por los daños experimentados en virtud de actos del Estado subsiste, a menos que, por supuesto, pueda demostrarse que ese derecho se vendió junto con la inversión”<sup>220</sup>.
245. En el presente caso, el SPA no indica que al vender las subsidiarias peruanas las partes también pretendían transferir las reclamaciones basadas en el tratado relacionadas que son objeto del presente arbitraje. En realidad, con respecto a IC Power, la Cláusula 2.6 del SPA plasma de manera explícita la intención de las partes de excluir la venta de sus reclamaciones, las que, por lo tanto, no se vendieron y se mantienen entre los activos de IC Power. La Demandada no controvierte esto.

---

<sup>218</sup> Dúplica de las Demandantes, ¶ 143, énfasis en el original.

<sup>219</sup> Véase H. Wehland, *The Transfer of Investments and Rights of Investors under International Investment Agreements – Some Unresolved Issues*, en *Arbitration International*, 2014, págs. 571-572: “No cabe duda de que el cedente de una inversión puede tener reclamaciones por daños basadas en un tratado que surjan de violaciones de un Acuerdo Internacional de Inversión (IIA, por sus siglas en inglés) anteriores a la transferencia aun después de que esta se haya realizado. [...] [L]os tribunales han concluido acertadamente que, aun en el caso de una venta de la inversión, ‘la reclamación sigue existiendo... a menos que, por supuesto, pueda demostrarse que ese derecho se vendió junto con la inversión’” [Traducción del Tribunal]. El autor hace referencia a *El Paso c. Argentina*, ¶ 135; *EnCana Corporation c. la República de Ecuador*, Caso LCIA No. UN3481, Laudo, 3 de febrero de 2006, ¶ 132; *Daimler c. Argentina*, ¶ 145. Véase también M. Burgstaller, A. Zarowna, *Effects of Disposal of Investments on Claims in Investment Arbitration*, en *Journal of International Arbitration*, 2019, págs. 236-237.

<sup>220</sup> *El Paso c. Argentina*, ¶ 135.

246. Kenon es, y era al momento de las medidas impugnadas, el único accionista de IC Power y, por lo tanto, como controladora indirecta de las subsidiarias peruanas, tiene derecho a incoar las mismas reclamaciones que IC Power. Y eso es efectivamente lo que hace, puesto que reclama los mismos daños presuntamente experimentados por las subsidiarias peruanas como consecuencia de las medidas de Perú que IC Power reclama en el presente arbitraje. Por lo tanto, resulta irrelevante que la Cláusula 2.6 del SPA no explique claramente que Kenon conservaba su derecho a impulsar reclamaciones basadas en el tratado.
247. Es dable observar que las implicancias del argumento de la Demandada resultarían inviables. Por un lado, las reclamaciones basadas en el tratado podrían ser impulsadas por IC Power, y dirimidas por este Tribunal, en el presente arbitraje porque han sido conservadas por IC Power. Por otro lado, en el supuesto de que no fueron conservadas por Kenon y, por ende, fueron transferidas a los compradores de las subsidiarias peruanas, también podrían ser impulsadas por los compradores en un foro diferente, con el riesgo de decisiones contrapuestas y doble recuperación.
248. En cambio, reconocer que también Kenon, junto con IC Power, tiene legitimidad para incoar las reclamaciones no tendría efectos prácticos negativos para Perú, precisamente porque ambas Demandantes impulsan las mismas reclamaciones. Esto significa que el alcance de las reclamaciones, y la eventual responsabilidad de Perú respecto del trato de las inversiones, siguen siendo los mismos en ambos casos.
249. Por los motivos que anteceden, también se rechaza la Excepción Kenon.

## VI. RESPONSABILIDAD

250. Tras haber establecido que es competente para conocer de la diferencia, en este momento el Tribunal procede a abordar el fondo de la Reclamación basada en el Servicio de RSF y la Reclamación basada en la Nueva Metodología, en virtud de las cuales las Demandantes pretenden una compensación de Perú supuestamente por no haberles concedido protección respecto de sus inversiones en cumplimiento del Artículo 10.5 del Tratado. Conforme a esta disposición, Perú está obligada a conceder a las inversiones extranjeras Trato Justo y Equitativo (TJE) y Protección y Seguridad Plenas (PSP) “acorde con el nivel mínimo de trato de extranjeros” (NMT).
251. Antes de analizar el fondo de las dos Reclamaciones en las Secciones B y C *infra*, es necesario determinar el alcance de los estándares de trato del Tratado que las Demandantes afirman fueron violados por Perú (Sección A).



**A. El estándar de trato aplicable a los inversionistas extranjeros en virtud del Artículo 10.5 del Tratado**

**1. Las posiciones de las Partes sobre la obligación de conceder TJE acorde con el NMT**

**i. Posición de las Demandantes**

252. En la opinión de las Demandantes, del hecho de que el Artículo 10.5 del Tratado exija que Perú brinde TJE “acorde con” el NMT (“NMT/TJE”) no se deduce que tienen derecho a un nivel inferior de protección que aquel al que tendrían derecho si esa disposición se refiriera a un estándar de TJE autónomo, es decir, uno no vinculado al NMT, debido a que los estándares de NMT/TJE y TJE han convergido<sup>221</sup>.
253. La posición de las Demandantes de que esos estándares han convergido se basa esencialmente en tres razones: (i) el texto del Artículo 10.5 del Tratado, que establece que el NMT abarca el TJE, lo que indicaría que el último estándar se ha convertido en parte del primero<sup>222</sup>; (ii) la práctica en materia de tratados de inversión, que ha sido testigo de la celebración por parte de más de 130 Estados de tratados de inversión que vinculan los dos conceptos de la misma manera que el Artículo 10.5 del Tratado<sup>223</sup>; y (iii) las decisiones de los tribunales de inversión, la mayoría de los cuales – según las Demandantes – han concluido que los estándares de NMT/TJE y TJE en la actualidad son equivalentes<sup>224</sup>.
254. Las Demandantes rechazan el argumento de la Demandada de que aquellas decisiones se diferencian del presente caso con base en el texto de los tratados aplicables<sup>225</sup>. Según las Demandantes, “diferencias menores en la forma en la cual las disposiciones de NMT / TJE aparecen en los tratados subyacentes a los casos en los que se basan las Demandantes no son particularmente relevantes para la determinación en cuestión – es decir, que numerosos tribunales de inversión han dictaminado que el NMT ha evolucionado y que actualmente el estándar exige

---

<sup>221</sup> Réplica, ¶ 274; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 117-118.

<sup>222</sup> Memorial, ¶ 202; Réplica, ¶¶ 281-282; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 118 (a).

<sup>223</sup> Réplica, ¶¶ 287-291; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 118 (b).

<sup>224</sup> Memorial, ¶ 202; Réplica, ¶¶ 292-297; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 118 (c).

<sup>225</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 233-234.

*conceder a los inversionistas extranjeros un trato que sea justo y equitativo*<sup>226</sup>. En esos casos, los tribunales no “*pretendieron circunscribir [su] conclusión al texto del tratado en cuestión*”<sup>227</sup>. [Traducción del Tribunal]

255. Las Demandantes consideran que el caso *Neer c. México* resulta irrelevante a efectos de determinar el nivel de protección que otorga el estándar de NMT/TJE<sup>228</sup>. Haciendo hincapié en el hecho de que *Neer* se dictó hace casi un siglo y que se refería a la protección física en lugar de económica<sup>229</sup>, las Demandantes sostienen que el estándar adoptado en ese caso, que prohibía un trato equivalente, *inter alia*, a un “*ultraje*”, “*mala fe*” o “*negligencia manifiesta del deber*”<sup>230</sup>, “*ha sido muy claramente superado por los acontecimientos*”<sup>231</sup>. Asimismo, arguyen que la Demandada sería responsable aun en virtud de ese estándar, puesto que sus medidas arbitrarias y discriminatorias fueron “*atroces*”<sup>232</sup>. [Traducción del Tribunal]

256. En lo que respecta a las obligaciones específicas comprendidas en la protección de NMT/TJE del Artículo 10.5 del Tratado, las Demandantes afirman que, a fin de identificarlas, uno debe comenzar por el “*sentido corriente*” de los términos “*justo*” y “*equitativo*”, “*teniendo en cuenta el objeto y fin del Tratado*”, a tenor de lo exigido en virtud de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (“*CVDT*”)<sup>233</sup>. Además, citando el estudio de la Comisión de Derecho Internacional (“*CDI*”) sobre las fuentes del derecho internacional consuetudinario, las Demandantes afirman que también deberían considerarse las decisiones de los tribunales de inversión, debido a que son una “*fuentes*” del derecho internacional consuetudinario<sup>234</sup>. Por el

---

<sup>226</sup> Réplica, ¶ 296.

<sup>227</sup> Réplica, ¶ 297 y nota al pie 456. Véase también Memorial, nota al pie 268.

<sup>228</sup> Réplica, ¶¶ 284-297.

<sup>229</sup> Réplica, ¶ 285.

<sup>230</sup> Según el tribunal de *Neer*, “*el trato de un extranjero, para considerarse un acto de delincuencia internacional, debe constituir un ultraje, mala fe, negligencia manifiesta o insuficiencia de acción gubernamental, tan alejado de las normas internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial sería capaz de reconocer de inmediato su insuficiencia*” [Traducción del Tribunal]. (*L. F. H. Neer y Pauline Neer (EE. UU.) c. Estados Unidos Mexicanos* (1926), 4 RIAA 60 (RL-10), págs. 61-62).

<sup>231</sup> Réplica, ¶ 276. Esto fue subrayado en el caso *Mondev c. Estados Unidos*, en donde el tribunal consideró el estándar de *Neer* inaplicable al derecho de inversión moderno, (véase Réplica, ¶ 292).

<sup>232</sup> Réplica, ¶ 285.

<sup>233</sup> Réplica, ¶ 281.

<sup>234</sup> Réplica, ¶ 281, donde se hace referencia a Comisión de Derecho Internacional, *International Law*

contrario, las decisiones de la Corte Internacional de Justicia (“CIJ”) son menos relevantes, puesto que – a diferencia de aquellas de los tribunales de inversión – no se centran directamente en el trato que ha de concederse a los inversionistas extranjeros<sup>235</sup>.

257. Invocando el texto del Artículo 10.5 del Tratado y la jurisprudencia inversionista-Estado que aplica tratados que vinculan el TJE al NMT, las Demandantes plantean que el deber de proporcionar NMT/TJE incluye una obligación: (i) de no frustrar las expectativas legítimas de un inversionista<sup>236</sup>; (ii) de no actuar en forma arbitraria o discriminatoria<sup>237</sup>; y (iii) de proporcionar un entorno jurídico y regulatorio estable y transparente<sup>238</sup>.
258. Las Demandantes mantienen que el fallo de la CIJ en *Bolivia c. Chile*<sup>239</sup> resulta irrelevante para determinar si el estándar de NMT/TJE incluye una obligación de proteger las expectativas legítimas, debido a que ese fallo: (i) “refleja conclusiones respecto de las obligaciones jurídicas entre los Estados, no las obligaciones de un Estado hacia los extranjeros en su territorio en virtud del derecho internacional”<sup>240</sup> [Traducción del Tribunal]; y (ii) no aborda el derecho internacional consuetudinario (del cual el NMT/TJE es parte), sino principios generales del derecho (que constituyen una fuente diferente del derecho internacional)<sup>241</sup>.

---

*Commission Report on the Work of the Seventieth Session*, A/73/10, 2018, (CL-147), pág. 149. Véase también Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 136.

<sup>235</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 136.

<sup>236</sup> Memorial, ¶¶ 201(i), 204 y ss.; Réplica, ¶ 305(a); Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 118 (d).

<sup>237</sup> Réplica, ¶ 305(b). Véanse también Memorial, ¶¶ 201(ii), 212 y ss.; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 118 (d).

<sup>238</sup> Réplica, ¶¶ 274, 299-305; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 118 (d).

<sup>239</sup> *Bolivia c. Chile (Obligación de negociar un acceso al Océano Pacífico)*, Fallo, I.C.J. Reports 2018, pág. 507: “La Corte observa que pueden hallarse referencias a las expectativas legítimas en los laudos arbitrales relativos a controversias entre un inversionista extranjero y el Estado receptor que aplican cláusulas de tratados que prevén el trato justo y equitativo. De dichas referencias no se deduce que exista en el derecho internacional un principio que daría lugar a una obligación sobre la base de lo que podría considerarse una expectativa legítima. Por ende, el argumento de Bolivia basado en las expectativas legítimas no puede sustentarse”. [Traducción del Tribunal]

<sup>240</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 132. En este sentido, las Demandantes también agregan que nunca se ha creído que la decisión de la CIJ refleje el derecho aplicable al trato de los extranjeros (véase Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 135).

<sup>241</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 134.

**ii. Posición de la Demandada**

259. La Demandada está de acuerdo en que el Artículo 10.5 del Tratado deberá interpretarse “*de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos*”<sup>242</sup>, aunque arriba a conclusiones sustancialmente diferentes en lo que se refiere a su alcance<sup>243</sup>.
260. Para empezar, la Demandada discrepa de la sugerencia de las Demandantes de que el nivel de protección en virtud de los estándares de NMT y TJE han convergido, alegando que el estándar de NMT/TJE establece un umbral más elevado. En particular, la Demandada hace hincapié en que el Artículo 10.5 del Tratado solo garantiza “*TJE acorde con el nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario, y nada más*”<sup>244</sup>. Por lo tanto, la obligación de NMT/TJE de Perú “*incluye solo aquellas reglas de trato que han sido cristalizadas en el derecho internacional consuetudinario*”<sup>245</sup>, tales como “*la obligación de no denegar justicia en los procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos*” mencionadas expresamente en el Tratado<sup>246</sup>. Estas reglas de trato representan “*el nivel más bajo de trato*”<sup>247</sup>, es decir, el “*piso por debajo del cual no debe caer el trato a los inversionistas extranjeros*”, puesto que la conducta por debajo de esa “*base absoluta*” “*no es aceptada por la comunidad internacional*”<sup>248</sup>. [Traducción del Tribunal]
261. Según la Demandada, es irrelevante que numerosos tratados establezcan un vínculo entre el NMT y el TJE, puesto que eso “*no significa que los tratados equiparen el nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario y el estándar autónomo*

---

<sup>242</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 110.

<sup>243</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 229-247; Dúplica, ¶ 443, 457. Según la Demandada, la posición de las Demandantes respecto de la equivalencia de los dos estándares es imposible de armonizar con el texto del Tratado, que dispone expresamente que la obligación de Perú de brindar un “*trato justo y equitativo*” no exige un trato más allá de lo que se exige en virtud del “*nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario*” [Traducción del Tribunal] (véase Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 109-112).

<sup>244</sup> Dúplica, ¶¶ 447, 464. Memorial de Contestación, ¶¶ 229-230.

<sup>245</sup> Dúplica, ¶ 450.

<sup>246</sup> Dúplica, ¶ 447.

<sup>247</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 110.

<sup>248</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 109.

de TJE”<sup>249</sup> [Traducción del Tribunal]. La Demandada considera igualmente irrelevantes los casos que invocan las Demandantes<sup>250</sup>, ya sea porque se diferencian del presente caso, en tanto están relacionados a tratados que no hacen referencia explícita al NMT<sup>251</sup>, o indican que, si existieren algunas cosas en común entre el NMT/TJE y el TJE, es este último el que ha degradado al primero<sup>252</sup>.

262. La posición de la Demandada es que el estándar de *Neer* continúa siendo la base del NMT moderno, tal como la Demandada afirma ha sido determinado por una mayoría de tribunales de inversión<sup>253</sup>. En consecuencia, invocando *Glamis Gold* que ahondó en el estándar de NMT/TJE, la Demandada sostiene que, para constituir una violación del estándar de NMT/TJE, un “*acto debe ser suficientemente atroz e impactante – una repugnante denegación de justicia, una arbitrariedad manifiesta, flagrante injusticia, una ausencia total de debido proceso, discriminación evidente o una falta manifiesta de motivos*”<sup>254</sup>. [Traducción del Tribunal]

---

<sup>249</sup> Dúplica, ¶ 466.

<sup>250</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 130.

<sup>251</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 233-234.

<sup>252</sup> Memorial de Contestación, ¶ 237.

<sup>253</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 242, 247; Dúplica, ¶ 463. Véase también Memorial de Contestación, ¶ 232, donde se cita *L. F. H. Neer y Pauline Neer (EE. UU.) c. Estados Unidos Mexicanos* (1926), 4 RIAA 60, págs. 61-62 (RL-10), según el cual una violación del nivel mínimo de trato exige acciones del Estado que equivalgan a “*un ultraje, mala fe, negligencia manifiesta o insuficiencia de acción gubernamental, tan alejado de las normas internacionales que cualquier hombre razonable e imparcial sería capaz de reconocer de inmediato su insuficiencia*”. [Traducción del Tribunal]

<sup>254</sup> Dúplica, ¶ 462 donde se invoca *Glamis Gold, Ltd. c. Estados Unidos de América*, CNUDMI, Laudo, 8 de junio de 2009 (CL-55), ¶ 616 [en adelante: “*Glamis c. EE. UU.*”]: “[A]unque las situaciones puedan ser más variadas y complicadas en la actualidad que en la década de 1920, el nivel de escrutinio es el mismo. Por lo tanto, los aspectos fundamentales del estándar de *Neer* todavía resultan aplicables en la actualidad: para violar el nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario codificado en el Artículo 1105 del TLCAN, un acto debe ser lo suficientemente atroz e impactante –una repugnante denegación de justicia, arbitrariedad manifiesta, flagrante injusticia, una ausencia total de debido proceso, discriminación evidente o una falta manifiesta de motivos– de modo tal que caiga por debajo de los niveles internacionales aceptables y constituya una violación del Artículo 1105(1) [...]. Por ende, el estándar para determinar una violación del nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario continúa siendo tan riguroso como lo era en virtud de *Neer*; sin embargo, es perfectamente posible que, como comunidad internacional, en la actualidad podamos sorprendernos por acciones del Estado que no resultaban ofensivas anteriormente” [Traducción del Tribunal]. Véanse también *Mobil Investments Canada Inc. y Murphy Oil Corporation c. Canadá*, Caso CIADI No. ARB(AF)/07/4, Decisión sobre Responsabilidad y Principios de Cuantificación de Daños, 22 de mayo de 2012 (CL-129), ¶ 153 [en adelante, “*Mobil c. Canadá*”]; *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Sultanato de Omán*, Caso CIADI No. ARB/11/33, Laudo, 3 de noviembre de 2015 (RLA-38), ¶ 390 [en adelante: “*Tamimi c. Omán*”]. Véase también Memorial de Contestación, ¶ 250.

263. La Demandada también disiente de las Demandantes con relación a las obligaciones específicas incluidas en la obligación de brindar un NMT/TJE en virtud del Artículo 10.5 del Tratado.
264. Para comenzar, la Demandada sostiene que es el inversionista quien debe probar la existencia de las obligaciones específicas del derecho internacional consuetudinario que invoca como parte del estándar de NMT/TJE<sup>255</sup>. En particular, basándose en la nota al pie 10-6 del Artículo 10.5 del Tratado<sup>256</sup>, la Demandada alega que el inversionista debe demostrar que la existencia de dichas obligaciones se encuentra sustentada por la práctica de los Estados y la *opinio juris*<sup>257</sup>. Tal como se observa en el estudio de la CDI sobre las fuentes del derecho internacional consuetudinario<sup>258</sup>, para cumplir con su carga de la prueba el inversionista debe basarse en las decisiones de órganos jurisdiccionales y tribunales de arbitraje internacionales, en la medida en que ellos examinen tanto la práctica de los Estados como la *opinio juris*<sup>259</sup>.
265. La Demandada aduce que las Demandantes no han probado que exista una práctica de los Estados y *opinio juris* que demuestren la existencia de las obligaciones específicas que ellas invocan en el Derecho internacional consuetudinario, es decir las que protegen las expectativas legítimas de un inversionista<sup>260</sup>, para que no tengan lugar conductas arbitrarias o discriminatorias<sup>261</sup>, y que garanticen un contexto

---

<sup>255</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 113; Dúplica, ¶ 454.

<sup>256</sup> “El derecho internacional consuetudinario resulta de una práctica general y consistente de los Estados que la siguen por sentido de obligación legal. Con respecto a este Artículo, el nivel mínimo de trato de extranjeros del derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros”.

<sup>257</sup> Dúplica, ¶ 451.

<sup>258</sup> Michael Wood (Relator Especial), *Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario*, A/CN.4/672, Comisión de Derecho Internacional, 22 de mayo de 2014 (RL-39).

<sup>259</sup> Dúplica, ¶ 453 y nota al pie. 728, donde se cita *Glamis c. EE. UU.*, ¶ 608; *Cargill Incorporated c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/05/2, Laudo, 18 de septiembre de 18, 2009 (RL-8), ¶ 277 [en adelante: “*Cargill c. México*”]; y Maurice H. Mendelson, *The Formation of Customary International Law*, 272 Recueil Des Cours 155 (1998) (RL-47), pág. 202; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 122-130.

<sup>260</sup> Dúplica, ¶ 452(a); Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 113.

<sup>261</sup> Dúplica, ¶ 452(b); Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 113.

jurídico y regulatorio estable y predecible<sup>262</sup>. Según ella, esto dirimiría las reclamaciones<sup>263</sup>.

266. En cuanto a la obligación de protección de las expectativas legítimas de un inversionista, la Demandada considera que los casos citados por las Demandantes son irrelevantes, ya que varios de ellos versan sobre tratados que contienen una obligación autónoma de TJE, y ninguno analiza directamente la cuestión que consistiría en determinar si, de conformidad con la *opinio juris*, el NMT/TJE requiere la protección de las expectativas legítimas<sup>264</sup>. En cambio, la decisión de la CIJ en el caso *Bolivia c. Chile* confirma con mayor autoridad que el derecho internacional no impone sobre los Estados una obligación de respetar expectativas legítimas<sup>265</sup>.
267. En cuanto a la obligación de abstención de conductas arbitrarias o discriminatorias, la Demandada alega que no existen pruebas de que dicha conducta se encuentre prohibida en virtud del estándar de NMT/TJE. Pero si existen pruebas de que dicho estándar únicamente prohíbe el trato “atroz”, “notoriamente injusto” o “flagrante y escandaloso”<sup>266</sup>. Las decisiones en las que se basan las Demandantes para proponer que el NMT/TJE prohíbe la arbitrariedad y la discriminación en su opinión son improcedentes, ya que no analizan la *opinio juris* y la práctica de los Estados con respecto al contenido de ese estándar<sup>267</sup>.
268. Por último, en cuanto a la obligación de garantía de un contexto jurídico y regulatorio estable y predecible, la Demandada afirma que los casos citados por las

---

<sup>262</sup> Dúplica, ¶ 452(c); Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 113.

<sup>263</sup> Dúplica, ¶ 448.

<sup>264</sup> Dúplica, ¶ 452(a) De hecho, la Demandada alega que los tribunales que debaten respecto de la práctica de los Estados confirman que las expectativas de un inversionista relativas a un régimen jurídico no impiden que un Estado adopte medidas regulatorias incongruentes con dichas expectativas. Véase también Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 129-130.

<sup>265</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 115-121.

<sup>266</sup> Dúplica, ¶ 452(b), donde se invoca *L. F. H. Neer y Pauline Neer (USA) c. Estados Unidos Mexicanos* (1926), 4 RIAA 60, págs. 61-62 (RL-10); *Cargill c. México*, ¶ 296; *Glamis c. EE. UU.*, ¶ 616. Sin embargo, Glamis y Cargill —así como otra jurisprudencia citada por la Demandada— acepta que la arbitrariedad es hasta cierto punto relevante en virtud del NMT. Véanse *Glamis c. EE. UU.*, ¶ 616.; *Cargill c. México*, ¶ 293; *International Thunderbird Gaming Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, CNUDMI, Laudo, 26 de enero de 2006 (RL-7), ¶ 194 [en adelante: “*Thunderbird c. México*”]; *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI (TLCAN), Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000 (RL-9), ¶ 263; *The Loewen Group, Inc. y Raymond L. Loewen c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/98/3, Laudo, 26 de junio de 2003 (RL-36), ¶ 131 [en adelante: “*Loewen c. EE. UU.*”].

<sup>267</sup> Véase Dúplica, nota al pie 720.

Demandantes no confirman que ella sea parte del NMT/TJE. De hecho, algunos de esos casos, como *Mobil c. Canadá*<sup>268</sup>, explícitamente rechazan que el estándar en cuestión abarque dicha obligación.

## 2. Las posiciones de las Partes sobre la obligación de PSP

### i. Posición de las Demandantes

269. Las Demandantes afirman que la obligación de Perú en virtud del Artículo 10.5 del Tratado de conceder PSP a las inversiones de conformidad “con el nivel mínimo de trato de extranjeros del derecho internacional consuetudinario” excede la seguridad física y abarca la seguridad jurídica, la cual exige a Perú mantener un contexto jurídico estable y predecible<sup>269</sup>.
270. Las Demandantes señalan que su interpretación de la obligación de PSP según la cual dicha obligación exige al Estado que garantice la protección jurídica se encuentra: (i) respaldada por varios tribunales<sup>270</sup>, los cuales han determinado que en los casos en lo que se califica como “plena” a las palabras “protección” y “seguridad”, el nivel puede extenderse a las cuestiones que excedan la seguridad física<sup>271</sup>, tales como la

---

<sup>268</sup> Dúplica, ¶ 452(c), donde se cita *Mobil c. Canadá*, ¶ 153: el “estándar aplicable no exige a los Estados mantener un contexto jurídico y comercial estable para sus inversiones, si con ello pretende sugerir que no está permitido que se modifiquen las normas que rigen una inversión, ya sea con un alcance significativo o moderado”. [Traducción del Tribunal]

<sup>269</sup> Memorial, ¶¶ 202, 226; Réplica, ¶¶ 113, 311-314. Además las Demandantes sostienen que la obligación de PSP puede ser violada no solo por la incapacidad del Estado receptor y sus instituciones para impedir las acciones de terceros contra las inversiones, sino también por las propias acciones de los Estados receptores y de sus instituciones (Memorial, ¶¶ 203, 226).

<sup>270</sup> Memorial, ¶ 203, donde se invocan *CME Czech Republic B.V. (Los Países Bajos) c. La República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de septiembre de 2001 (CL-15), ¶ 613; *Československa obchodní banka, a.s. c. República Eslovaca*, Caso CIADI No. ARB/97/4, Laudo, 29 de diciembre de 2004 (CL-26), ¶ 170. Véase también Réplica ¶ 312.

<sup>271</sup> Réplica ¶ 312, donde se cita *Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. c. República Unida de Tanzania*, Caso CIADI No. ARB/05/22, Laudo, 24 de julio de 2008 (CL-46), ¶ 729 [en adelante: “*Biwater c. Tanzania*”]; *Azurix Corp. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/12, Laudo, 14 de julio de 2006 (CL-32), ¶ 408 [en adelante, “*Azurix c. Argentina*”]; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/97/3, Laudo, 20 de agosto de 2007 (CL-40), ¶ 7.4.15 [en adelante: “*Vivendi c. Argentina*”]; *AES Summit Generation Limited y AES-Tisza Erömu Kft c. Hungría*, Caso CIADI No ARB/07/22, Laudo, 23 de septiembre de 2010 (CL-64), ¶ 13.3.2 [en adelante: “*AES c. Hungría*”]; *Spyridon Roussalis c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/06/1, Laudo, 7 de diciembre de 2011 (CL-127), ¶ 321 [en adelante: “*Roussalis c. Rumania*”]; *Anglo American PLC c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/14/1, Laudo, 18 de enero de 2019 (CL-149), ¶ 482 [en adelante: “*Anglo American c. Venezuela*”].



estabilidad del contexto jurídico<sup>272</sup>; (ii) en consonancia con el propósito del Tratado, el cual es “*crear un marco jurídico que fomente una alianza económica entre las partes*” y “*mercados abiertos, transparentes y competitivos*”, y que sería inalcanzable si la obligación de PSP fuera interpretada como si exigiera “*únicamente una protección física*”<sup>273</sup>; y (iii) confirmada por la inclusión de los bienes intangibles en la Definición de “*inversión*” protegida del Tratado, puesto que son dichos bienes – tal como señalaron algunos tribunales<sup>274</sup> – los que únicamente pueden beneficiarse de la seguridad jurídica (a diferencia de la física)<sup>275</sup>.

271. Las Demandantes rechazan la afirmación de la Demandada según la cual su interpretación del alcance de la obligación de PSP es incompatible con el texto del Artículo 10.5.2(b), la cual establece que la PSP “*exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario*”. Para comenzar, al utilizar el término “*exige*”, esa disposición meramente indica que la “*protección policial*” es el “*piso mínimo*” para la conducta de la Demandada; si las Partes contratantes hubieran tenido intención de que la “*protección policial*” fuera el techo, habrían especificado que la PSP “*no requiere un trato adicional o uno más allá*” de ese límite<sup>276</sup>. En cualquier caso, la “*protección policial*” no se limita a la “*protección física*”, sino que se extiende a los “*podere de policía*” de un Estado, es decir, “*el derecho general del Estado de regular en aras del interés público*” [Traducción del Tribunal] incluso a través de la prestación de protección jurídica<sup>277</sup>.
272. Por último, las Demandantes refutan la afirmación de la Demandada según la cual en cualquier caso la seguridad jurídica únicamente requiere un sistema de órganos

---

<sup>272</sup> Réplica ¶ 312; *CME Czech Republic B.V. (Los Países Bajos) c. La República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de septiembre de 2001 (CL-15), ¶ 613.

<sup>273</sup> Réplica, ¶¶ 313-314.

<sup>274</sup> *Global Telecom Holding S.A.E. c. Canadá*, Caso CIADI No. ARB/16/16, Laudo, 27 de marzo de 2020 (CL-155), ¶ 665 [en adelante: “*Global Telecom c. Canadá*”]; *Teinver S.A., Transportes de Cercanías S.A. y Autobuses Urbanos del Sur S.A. c. La República Argentina*, Caso CIADI No ARB/09/1, Laudo, 21 de julio de 2017 (CL-145), ¶ 905 [en adelante: “*Teinver c. Argentina*”]; *Joseph Houben c. República de Burundi*, Caso CIADI No. ARB/13/7, Laudo, 12 de enero de 2016 (CL-138), ¶ 160 [en adelante: “*Houben c. Burundi*”]; *National Grid plc c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo, 3 de noviembre de 2008 (CL-50), ¶ 187.

<sup>275</sup> Réplica, ¶¶ 317-318.

<sup>276</sup> Réplica, ¶ 309. Cuando las partes del Tratado quisieron fijar el límite máximo del alcance de una disposición determinada, utilizaron un léxico diferente (es decir, “*no requieren un trato adicional o uno más allá*”).

<sup>277</sup> Réplica, ¶ 310.

jurisdiccionales y recursos jurídicos que funcione correctamente<sup>278</sup>, y niegan que interpretar que la PSP también exige seguridad jurídica transformaría a dicho estándar en un duplicado del estándar de TJE<sup>279</sup>.

**ii. Posición de la Demandada**

273. La Demandada alega que su obligación de PSP en virtud del Tratado se limita a la prestación de “*protección física*” [Traducción del Tribunal], tal como lo confirma el texto del Artículo 10.5.(2)(b) del Tratado que aclara que la PSP “*exige*” al Estado receptor proveer “*protección policial*”, lo cual significa seguridad física (en lugar de jurídica)<sup>280</sup>.

274. La Demandada sostiene que no existe fundamento para la afirmación de las Demandantes según la cual la referencia a la “*protección policial*” del Artículo 10.5.(2)(b) no es exhaustiva. Si las Partes Contratantes lo hubieran deseado, habrían expresado que la PSP “*incluye*”, en lugar de “*exige*”, protección policial, tal como lo hicieron en el Artículo 10.5(2)(a) con respecto a una obligación diferente<sup>281</sup>.

275. En opinión de la Demandada es igualmente insostenible que el término “*protección policial*” se refiera a los “*poderes de policía*” de un Estado (es decir, el derecho del Estado a regular en aras del interés público), ya que son dos conceptos completamente diferentes. Si las Partes Contratantes hubieran deseado hacer referencia a los “*poderes de policía*”, lo habrían hecho en forma expresa<sup>282</sup>. De hecho, interpretar que la cláusula de PSP también exige protección y seguridad jurídica crearía una superposición con el estándar de TJE y tornaría superflua la disposición de PSP, en contraposición con el precepto de *effet utile*<sup>283</sup>.

---

<sup>278</sup> Réplica, ¶¶ 320-321, donde se cita *Siemens A.G. c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/8, Laudo, 6 de febrero de 2007 (CL-37), ¶ 308 [en adelante: “*Siemens c. Argentina*”]; *Azurix c. Argentina*, ¶ 408.

<sup>279</sup> Réplica, ¶ 322, donde se cita *Total S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/01, Decisión sobre Responsabilidad, 27 de diciembre de 2010 (CL-67), ¶ 343 [en adelante: “*Total c. Argentina*”].

<sup>280</sup> Memorial de Contestación, ¶ 295; Dúplica, ¶ 535.

<sup>281</sup> Dúplica, ¶ 537.

<sup>282</sup> Dúplica, ¶ 538.

<sup>283</sup> Memorial de Contestación, ¶ 297; Dúplica, ¶ 540.

276. La Demandada sugiere que los casos citados por las Demandantes que interpretan que la PSP exige protección jurídica reflejan la “*opinión minoritaria*”<sup>284</sup>. Existen muchos otros casos que han determinado que, en ausencia de una referencia expresa a la protección jurídica, el estándar de PSP únicamente brinda protección en contra del daño físico<sup>285</sup>.
277. La Demandada niega que su interpretación de la obligación de PSP sea incompatible con el propósito del Tratado de fomentar “*mercados abiertos, transparentes y competitivos*”. De hecho, la disposición de “*seguridad física para los bienes de un inversionista extranjero ciertamente persigue este objetivo*”<sup>286</sup>. [Traducción del Tribunal]
278. En respuesta a la posición de las Demandantes según la cual la definición de “*inversión*” incluida en el Tratado incluye a los bienes intangibles, la Demandada afirma que no es necesario que la protección que brinda el estándar de PSP coincida exactamente con el rango de inversiones cubiertas<sup>287</sup>.
279. Por último, la Demandada señala que incluso si la PSP abarcara la seguridad jurídica, ello simplemente le exigiría a los Estados que garanticen un sistema judicial que funcione. Las Demandantes no pueden alegar que la Demandada no cumplió con dicha obligación, ya que no intentaron litigar sus reclamaciones ante los tribunales peruanos<sup>288</sup>.

### **3. La decisión del Tribunal**

280. Según las Demandantes, la Demandada incumplió dos obligaciones en virtud del Tratado, y no brindó a las inversiones de las Demandantes un Trato Justo y Equitativo (TJE) y Protección y Seguridad Plenas (PSP) Ambas obligaciones se encuentran consagradas en el Artículo 10.5 del Tratado, el cual establece que:

---

<sup>284</sup> Dúplica, ¶ 541.

<sup>285</sup> Dúplica, ¶ 542, y la jurisprudencia que se menciona allí.

<sup>286</sup> Dúplica, ¶ 540.

<sup>287</sup> Dúplica, ¶ 539, en referencia a *Rumeli Telekom A.S. y Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/05/16, Laudo, 29 de julio de 2008 (CL-47), ¶ 668 [en adelante: “*Rumeli c. Kazajstán*”].

<sup>288</sup> Memorial de Contestación, ¶ 300.

1. Cada Parte concederá a las inversiones de los inversionistas de la otra Parte un trato acorde con el nivel mínimo de trato de extranjeros del derecho internacional consuetudinario, incluyendo trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas.

2. Los conceptos de trato justo y equitativo y protección y seguridad plenas en el párrafo 1 no requieren un trato adicional o más allá del requerido por el estándar del nivel mínimo de trato de extranjeros del derecho internacional consuetudinario y no crean derechos adicionales significativos.

(a) La obligación de proveer trato justo y equitativo incluye la obligación de no denegar justicia en procedimientos criminales, civiles o contencioso administrativos.

(b) La obligación de proveer protección y seguridad plenas exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.

3. La determinación de que se ha violado otra disposición de este Acuerdo o de otro acuerdo internacional separado, no establece que se haya violado este Artículo.

281. Los parámetros de interpretación de los conceptos de “*derecho internacional consuetudinario*” y “*nivel mínimo de trato de extranjeros*” a los que se hace referencia en el Artículo 10.5 se dilucidan en la nota al pie 10.6 de esa disposición en los siguientes términos:

*“El derecho internacional consuetudinario resulta de una práctica general y consistente de los Estados que la siguen por sentido de obligación legal. Con respecto a este Artículo, el nivel mínimo de trato de extranjeros del derecho internacional consuetudinario se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros”.*

282. La formulación de los estándares del Artículo 10.5 del Tratado es similar a la de numerosos tratados de protección de inversiones<sup>289</sup>.

283. En las **Secciones i y ii** siguientes, el Tribunal expone respectivamente su decisión sobre el contenido del estándar de NMT/TJE y del estándar de PSP en virtud del derecho internacional consuetudinario.

---

<sup>289</sup> Véanse, *inter alia*, el Artículo 10.5 y el Anexo 10-B del Tratado de Libre Comercio entre la República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos (DR-CAFTA); el Artículo 10.5 y el Anexo 10-A del Tratado de Libre Comercio Marruecos-Estados Unidos; el Artículo 10.5 y el Anexo 10-A del Acuerdo entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno del Sultanato de Omán para el Establecimiento de una Zona de Libre Comercio. Véase también el Artículo 1105(1) del TLCAN interpretado a la luz de la Nota Interpretativa de la Comisión de Libre Comercio del TLCAN de 21 de julio de 2001.

**i. El estándar de NMT/TJE**

284. En cuanto al estándar de NMT/TJE, la diferencia entre las Partes radica en dos cuestiones. La primera es el estándar de protección de las inversiones extranjeras contemplado por el Artículo 10.5 del Tratado y la relación entre el estándar y el estándar autónomo de TJE. La segunda tiene que ver con cuáles son las obligaciones incluidas en el estándar aplicable.

**a. El nivel de protección del inversionista exigido por el estándar de NMT/TJE**

285. El Artículo 10.5 del Tratado exige al Estado receptor que conceda a las inversiones extranjeras *“trato de extranjeros del derecho internacional consuetudinario”*, y específicamente con *“el estándar del nivel mínimo de trato de extranjeros”*, incluyendo el *“trato justo y equitativo”*.

286. Las Partes disienten respecto del nivel de protección concedido por *“el estándar del nivel mínimo de trato de extranjeros del derecho internacional consuetudinario”*. Según las Demandantes ese estándar garantiza un nivel de protección que esencialmente es el mismo que el de una disposición autónoma de TJE, mientras que para la Demandada es mucho más bajo. En respaldo de sus respectivas posiciones, ambas Partes se fundan, en gran medida en decisiones de tribunales de inversión, predominantemente en los casos del TLCAN, ninguno de los cuales es aplicable al Tratado en forma específica.

287. La desavenencia de las Partes plantea la pregunta polémica relativa al contenido del NMT y su relación con el TJE. Tal como reconocieron las Partes, si bien algunos tribunales sostuvieron que los estándares de NMT y TJE se han convertido en equivalentes<sup>290</sup>, otros determinaron que el NMT *“está ideado para servir como un piso, una base absoluta, por debajo de la cual la conducta no es aceptada por la*

---

<sup>290</sup> Véanse, *inter alia*, *Ronald S Lauder c. La República Checa*, CNUDMI, Laudo Final, 3 de septiembre de 2001 (CL-14), ¶ 292; *Rumeli c. Kazajstán*, ¶ 611; *Merrill & Ring Forestry L.P. c. Canadá*, Caso CIADI No. UNCT/07/1, Laudo, 31 de marzo de 2010 (CL-60), ¶¶ 210-213 [en adelante: *“Merrill & Ring c. Canadá”*]; *Deutsche Bank AG c. República Democrática Socialista de Sri Lanka*, Caso CIADI No. ARB/09/2, Laudo, 31 de octubre de 2012 (CL-132), ¶ 419; *OI European Group B.V. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/25, Laudo, 10 de marzo de 2015 (CL-90), ¶ 489 [en adelante: *“OI c. Venezuela”*]

*comunidad internacional*”<sup>291</sup> [Traducción del Tribunal], y que el estándar para probar su incumplimiento es particularmente alto<sup>292</sup>.

288. Tal como señalan los doctrinarios, el punto de partida para determinar el contenido de la obligación de NMT/TJE es el texto utilizado en la disposición pertinente, en este caso el Artículo 10.5 del Tratado<sup>293</sup>. Al analizar dicho texto, el Tribunal puede guiarse por los laudos de los tribunales de arbitraje que han aplicado disposiciones similares, ya que ellos constituyen un “*medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho*” de conformidad con el Artículo 38 del Estatuto de la CIJ<sup>294</sup>.

289. El Artículo 10.5 del Tratado establece que las Partes Contratantes deben conceder “*un trato acorde con el nivel mínimo de trato de extranjeros del derecho internacional consuetudinario, incluyendo trato justo y equitativo*” Según el criterio del Tribunal, esta disposición únicamente puede ser entendida como un reconocimiento de que el TJE ahora forma parte del NMT en virtud del derecho internacional consuetudinario. A su vez esto confirma que el NMT ha evolucionado desde *Neer*<sup>295</sup>, cuando únicamente prohibía el comportamiento “atroz”, y en la actualidad prohíbe un rango amplio de conductas. De hecho, la mayoría de los tribunales de inversión

---

<sup>291</sup> *Glamis c. EE. UU.*, ¶ 615; *Tamini c. Omán*, ¶ 383 (donde se cita *Glamis*).

<sup>292</sup> *Cargill c. México*, ¶ 286: “*Si la conducta del gobierno respecto de la inversión constituye una falta grave de conducta, una injusticia manifiesta o, en las palabras clásicas de la reclamación Neer, mala fe o negligencia intencional en el cumplimiento de un deber, sea cual fuere el contexto concreto de las medidas adoptadas respecto de la inversión, en ese caso, la conducta constituirá una violación de la obligación consuetudinaria de otorgar un trato justo y equitativo*”; *Thunderbird c. México*, ¶ 194: “*el umbral para considerar que se ha cometido una violación del nivel mínimo de trato sigue siendo elevado [...] Tribunal considera que son actos que darían lugar a una violación del nivel mínimo de trato preceptuado por el TLCAN y el derecho consuetudinario internacional aquellos que, sopesados en relación con el contexto de los hechos de que se trate, representan una repugnante denegación de justicia o una arbitrariedad manifiesta, que caigan por debajo de los niveles internacionalmente aceptables*”; *Tamini c. Omán*, ¶ 390: “*Para determinar una violación del nivel mínimo de trato en virtud del Artículo 10.5, el Demandante debe probar que Omán actuó con un menosprecio manifiesto y flagrante por los principios básicos de justicia, coherencia, imparcialidad, debido proceso o justicia natural esperados por y de todos los Estados en virtud del derecho internacional consuetudinario. Este estándar exige algo más que lo que el Demandante señala como alguna incongruencia o deficiencia de sus asuntos internos en la regulación de Omán: una violación del nivel mínimo exige un incumplimiento, intencional o de otro modo atroz, para proteger los derechos básicos y expectativas de un inversionista*”. [Traducción del Tribunal]

<sup>293</sup> Rudolf Dolzer, Ursula Kriebbaum, and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2022, pág. 200.

<sup>294</sup> Sobre este particular, véase Michael Wood (Relator Especial), *Segundo informe sobre la identificación del derecho internacional consuetudinario*, A/CN.4/672, Comisión de Derecho Internacional, 22 de mayo de 2014 (RL-39), ¶ 46.

<sup>295</sup> *L. F. H. Neer y Pauline Neer (USA) c. Estados Unidos Mexicanos* (1926), 4 RIAA 60, págs. 61-62 (RL-10).

han rechazado enérgicamente la idea según la cual una violación del NMT solamente puede encontrarse en la presencia del tipo de comportamiento descrito en *Neer* y en su progenie<sup>296</sup>.

290. Sin embargo, el Artículo 10.5 del Tratado también deja en claro que el “concepto[] de trato justo y equitativo FET” no “requiere[] un trato adicional o más allá del requerido por el estándar del [NMT]” y “no crea[] derechos adicionales significativos”. Según el Tribunal, el fundamento de este tipo de disposiciones es evitar una interpretación demasiado amplia del NMT/TJE, ya que establecen un umbral más alto para determinar la existencia de incumplimiento que el de una cláusula autónoma de TJE no atada al derecho internacional consuetudinario<sup>297</sup>. Tal como señalara la Demandada<sup>298</sup>, si las Partes del Tratado hubieran tenido la intención de que el Artículo 10.5 brindara el mismo grado de protección que un estándar autónomo de TJE, podrían haber incluido una disposición autónoma de TJE en el Tratado, como la de muchos Tratados, sin remitirse al derecho internacional consuetudinario.

291. El hecho de que el fundamento del Artículo 10.5 del Tratado sea evitar interpretaciones demasiado amplias del TJE es confirmado por el vasto repertorio de jurisprudencia basada en tratados que contienen un texto similar. Por ejemplo, al analizar una disposición de un tratado casi idéntica al Artículo 10.5 del Tratado en el

---

<sup>296</sup> Véanse, *inter alia*, *Pope & Talbot c. El Gobierno de Canadá*, CNUDMI, Laudo sobre el Fondo de la Fase 2, 10 de abril de 2001 (CL-111), ¶ 118; *Mondev International Ltd. c. Estados Unidos de América*, Caso CIADI No. ARB(AF)/99/2, Laudo, 11 de octubre de 2002 (CL-112), ¶¶ 115-116 [en adelante: “*Mondev c. EE. UU.*”]; *Waste Management, Inc. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/00/3, Laudo, 30 de abril de 2004 (RL-6), ¶ 93 [en adelante, “*Waste Management c. México*”]; *Merrill & Ring c. Canadá*, ¶ 213; *Gold Reserve Inc. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/09/1, Laudo, 22 de septiembre de 2014 (CL-85), ¶ 567 [en adelante: “*Gold Reserve c. Venezuela*”]. Véase también Rudolf Dolzer, Ursula Kriebbaum, y Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, 2022, pág. 204.

<sup>297</sup> Sobre este particular, véase “*United Nations Conference On Trade And Development, Fair And Equitable Treatment: a sequel*”, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, 2012, págs. 28-29: “*En estos tratados, se utiliza un vínculo explícito entre la obligación de TJE y el nivel mínimo de trato, a fin de evitar interpretaciones demasiado amplias del estándar de TJE por parte de los tribunales de arbitraje y orientarlos mejor al remitirlos a un ejemplo de conducta indebida grave que violaría el nivel mínimo de trato de los extranjeros (denegación de justicia). [...] [D]esde la perspectiva del país receptor, vincular el estándar de TJE al nivel mínimo de trato de los extranjeros puede considerarse un paso progresivo, dado que es probable que esto lleve a los tribunales a aplicar un umbral más alto para determinar si se violó el estándar, en comparación con las cláusulas de TJE sin salvedades*”. [Traducción del Tribunal]

<sup>298</sup> Dúplica, ¶ 457.

TLC EE. UU.-Omán, el tribunal de *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Omán* concluyó lo siguiente:

[u]na disposición estricta sobre “nivel mínimo de trato” como el Artículo 10.5 [del TLC EE. UU.-Omán], sobre todo teniendo en cuenta el Anexo 10-A del presente caso, no puede interpretarse en el sentido amplio en el que se han interpretado algunas disposiciones autónomas sobre trato justo y equitativo o protección y seguridad plenas de otros tratados. De hecho, la redacción del Artículo 10.5.2 deja bien en claro que el Artículo 10.5 “no requiere[] un trato adicional o más allá” del requerido por el nivel mínimo de trato de extranjeros conforme al derecho internacional consuetudinario<sup>299</sup>. [Traducción del Tribunal]

292. De igual modo, muchos tribunales han explicado, de manera convincente, que disposiciones como el Artículo 10.5 del Tratado exigen un umbral alto para determinar si hubo incumplimiento. Por ejemplo, en *International Thunderbird*, el tribunal resolvió que “[p]ese a la evolución experimentada por [el derecho internacional consuetudinario] desde sentencias como la recaída en el caso *Neer Claim (1926)*, el umbral para considerar que se ha cometido una violación del nivel mínimo de trato sigue siendo elevado”<sup>300</sup>. De manera similar, en el ya mencionado laudo de *Adel A Hamadi Al Tamimi c. Omán*, el tribunal concluyó lo siguiente:

[s]i bien varias decisiones arbitrales posteriores han reconocido que, con el paso del tiempo, es probable que el estándar haya ido más allá de estos requisitos básicos [establecidos en la decisión de *Neer*], los tribunales siguieron utilizando descripciones que hacen hincapié en el alto umbral del incumplimiento<sup>301</sup>. [Traducción del Tribunal]

293. En particular, varios tribunales han requerido la existencia de una conducta indebida grave para considerar que se violó el NMT/TJE. A modo de ejemplo, el tribunal de *Mobil c. Canadá* resolvió que el estándar mínimo garantizado por el Artículo 1105 del TLCAN se “define [...] en un nivel que brinda protección frente a conductas flagrantes” [Traducción del Tribunal]<sup>302</sup>. De modo similar, el tribunal de *S.D. Myers c. Canadá* dictaminó que “solo hay incumplimiento del Artículo 1105 [TLCAN] cuando se demuestra que el inversionista ha recibido un trato tan injusto o arbitrario que se considera inaceptable desde el punto de vista internacional” [Traducción del

---

<sup>299</sup> *Tamini c. Omán*, ¶ 382.

<sup>300</sup> *Thunderbird c. México*, ¶ 194.

<sup>301</sup> *Tamini c. Omán*, ¶ 383.

<sup>302</sup> *Mobil c. Canadá*, ¶¶ 152-153.



Tribunal]<sup>303</sup>. De igual modo, en *Mondev*, el tribunal señaló que, al aplicar el estándar mínimo internacional,

[e]n definitiva, la cuestión es si, a nivel internacional y habida cuenta de los principios generalmente aceptados de la administración de justicia, el tribunal puede concluir, a la luz de todos los hechos disponibles, que la decisión impugnada fue claramente inapropiada e indecorosa, de modo tal que la inversión ha sido sometida a un trato injusto e inequitativo<sup>304</sup>. [Traducción del Tribunal]

294. Incluso el caso *Waste Management II*, en el que se basan las Demandantes para definir el nivel de trato que tienen derecho a recibir, acepta que la conducta del Estado constituye una violación del NMT solo si es lo suficientemente grave. De hecho, el tribunal de ese caso resolvió que un quebrantamiento de ese estándar es ocasionado por una conducta “*arbitraria, notoriamente injusta, antijurídica o idiosincrática*” o que implica una “*falta total de transparencia e imparcialidad*” o “*ausencia de debido proceso que lleva a un resultado que ofende la discrecionalidad judicial, como podría ocurrir con un fracaso manifiesto de la justicia natural en los procedimientos judiciales*”<sup>305</sup>. El uso de modificadores como “*notoriamente*” o “*manifiesto*” confirma el rigor de ese estándar.
295. Por estos motivos, el Tribunal concluye que el estándar de NMT/TJE del Artículo 10.5 del Tratado establece un alto umbral para determinar la existencia de violación, sin siquiera exigir que la conducta del Estado sea atroz, tal como impone el estándar de *Neer*.

**b. El contenido del estándar de NMT/TJE**

296. Además de discrepar del nivel de protección otorgado por el estándar de NMT/TJE en virtud del Artículo 10.5 del Tratado, las Partes discrepan de qué obligaciones específicas abarca dicho estándar. La posición de las Demandantes es que el estándar requiere que el Estado receptor (i) se abstenga de adoptar conductas arbitrarias o discriminatorias, (ii) proteja las expectativas legítimas del inversionista y (iii) garantice un entorno jurídico y regulatorio estable y transparente<sup>306</sup>. Por otro lado,

---

<sup>303</sup> *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI (TLCAN), Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000 (RL-9), ¶ 263.

<sup>304</sup> *Mondev c. EE. UU.*, ¶ 127.

<sup>305</sup> *Waste Management c. México*, ¶ 98.

<sup>306</sup> Véanse ¶¶ 265 y ss. *supra*.

la Demandada aduce que ninguna de estas obligaciones forma parte del estándar en cuestión.

### 1) Conductas arbitrarias y discriminatorias

297. En cuanto a las conductas arbitrarias y discriminatorias, la posición de la Demandada de que el estándar de NMT/TJE no prohíbe tales conductas se contradice con muchos laudos en casos entre inversionistas y Estados en los que se basa la propia Demandada, tales como *International Thunderbird*<sup>307</sup>, *Glamis Gold*<sup>308</sup> y *Cargill*<sup>309</sup>.
298. Por cierto, esa posición también es irreconciliable con la que la propia Demandada adoptara en otros casos recientes relativos a tratados de inversión, tal como surge de los memoriales del Perú en casos que son públicos, pero que no fueron citados por las Partes. Por ejemplo, en *Lupaka Gold*, Perú sostuvo que *Waste Management II*, que proscribe la conducta arbitraria y discriminatoria, refleja una “práctica estatal contemporánea y opinio juris” [Traducción del Tribunal] en cuanto al contenido del estándar de NMT/TJE<sup>310</sup>. De modo similar, en *Gramercy*<sup>311</sup>, *Latam*<sup>312</sup>, *Renco*<sup>313</sup> y *Kaloti*<sup>314</sup>, Perú aceptó que el NMT/TJE prohíbe las conductas arbitrarias y discriminatorias, en tanto sean lo suficientemente graves.

---

<sup>307</sup> *Thunderbird c. México*, ¶ 194.

<sup>308</sup> *Glamis c. EE. UU.*, ¶ 616.

<sup>309</sup> *Cargill c. México*, ¶ 293.

<sup>310</sup> *Lupaka Gold Corp. c. La República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/20/46, Memorial de Jurisdicción y Memorial de Contestación sobre el Fondo de la Demandada, 24 de marzo de 2022, ¶ 561, en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw170376.pdf>.

<sup>311</sup> *Gramercy Funds Management LLC y Gramercy Peru Holdings LLC c. La República del Perú*, Caso CIADI No. UNCT/18/2, Escrito Post-Audiencia Sobre Fondo y Daños de la República del Perú, 31 de agosto de 2020, ¶ 88 (donde se cita *Waste Management*) en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw16181.pdf>.

<sup>312</sup> *Latam Hydro LLC y H Mamacocha S.R.L. c. La Réplica del Perú*, Caso CIADI No. ARB/19/28, Réplica sobre Objeciones Jurisdiccionales y Dúplica sobre Fondo de la República del Perú, 9 de noviembre de 2021, ¶ 605, en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw16388.pdf>: “El Perú acepta el contenido del nivel mínimo de trato según el derecho internacional consuetudinario (incluido el trato justo y equitativo) según fue descrito en el fallo en *Waste Management II c. México*”.

<sup>313</sup> *The Renco Group Inc. c. La República del Perú II*, Caso CPA No. 2019-46, Memorial de Contestación de la Demandada, 1 de abril de 2022, ¶¶ 538 y ss., en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw170508.pdf>, donde se cita jurisprudencia que identifica la arbitrariedad manifiesta como una violación del NMT.

<sup>314</sup> *Kaloti Metals & Logistics, LLC c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/21/29, Memorial de Jurisdicción y Memorial de Contestación sobre el Fondo de la Demandada, 5 de agosto de 2022, ¶ 471, en

299. En vista de las decisiones de *International Thunderbird*<sup>315</sup>, *Glamis Gold*<sup>316</sup>, *Cargill*<sup>317</sup> y *Waste Management II*<sup>318</sup>, el Tribunal resuelve que el NMT/TJE prohíbe la arbitrariedad y la discriminación por parte del Estado receptor.
300. Sin embargo, dado que el estándar de NMT/TJE establece un umbral más alto que una disposición autónoma de TJE, se desprende que, para que constituyan una violación, la arbitrariedad y la discriminación deben ser lo suficientemente graves. Esto también es confirmado por varios laudos<sup>319</sup>. Por ejemplo, en *International Thunderbird*, el tribunal resolvió lo siguiente:

[a] los efectos del presente caso, **el Tribunal considera que son actos que darían lugar a una violación del nivel mínimo de trato preceptuado por el TLCAN y el derecho consuetudinario internacional aquellos que, sopesados en relación con el contexto de los hechos de que se trate, representan una repugnante denegación de justicia o una arbitrariedad manifiesta**, que caigan por debajo de los niveles internacionalmente aceptables<sup>320</sup>. (énfasis agregado)

301. De igual modo, en *Glamis Gold*, el tribunal resolvió lo siguiente:

**una violación del nivel mínimo de trato del derecho internacional consuetudinario [...] requiere un acto que sea lo suficientemente atroz e impactante** –una repugnante denegación de justicia, **arbitrariedad manifiesta**, flagrante injusticia, una ausencia total de debido proceso, discriminación evidente o una falta manifiesta de motivos– de modo tal que caiga **por debajo de los niveles internacionales aceptados** y constituya una violación del Artículo 1105. Dicha violación puede manifestarse por medio de una ‘repugnante denegación de justicia o una **arbitrariedad manifiesta que caigan por debajo de los niveles internacionalmente aceptables**’ [...] (énfasis agregado)<sup>321</sup>. [Traducción del Tribunal]

---

<https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw170561.pdf>, en el cual Perú invoca las definiciones de NMT de *Waste Management*, *Gami* y *Cargill*.

<sup>315</sup> *Thunderbird c. México*, ¶ 194.

<sup>316</sup> *Glamis c. EE. UU.*, ¶ 616.

<sup>317</sup> *Cargill c. México*, ¶ 293.

<sup>318</sup> *Waste Management c. México*, ¶ 98.

<sup>319</sup> *S.D. Myers, Inc. c. Gobierno de Canadá*, CNUDMI (TLCAN), Laudo Parcial, 13 de noviembre de 2000 (RL-9), ¶ 263; *Loewen c. EE. UU.*, ¶ 131; *Thunderbird c. México*, ¶ 194; *Glamis c. EE. UU.*, ¶ 616; *Cargill c. México*, ¶ 293.

<sup>320</sup> Véase *Thunderbird c. México*, ¶ 194.

<sup>321</sup> *Glamis c. EE. UU.*, ¶ 627.

302. La elección de palabras de estos tribunales (y, en particular, los adjetivos “atroz”, “impactante”, “manifiesto” y “evidente”) pone de relieve que solo las instancias lo suficientemente flagrantes de arbitrariedad y discriminación pueden justificar la existencia de una violación.
303. Por estos motivos, el Tribunal concluye que las medidas arbitrarias y discriminatorias graves del Estado conllevan una violación del nivel de trato en virtud del Artículo 10.5 del Tratado.

## 2) Expectativas legítimas

304. En cuanto a las expectativas legítimas, las Demandantes se fundan en diversos laudos relativos a tratados de inversión para alegar que el NMT/TJE incluye una obligación del Estado de respetar dichas expectativas del inversionista. La Demandada refuta esto y arguye que ninguno de los laudos que citan las Demandantes analizó *opinio juris* la existencia de tal obligación como parte del NMT y señaló que, en *Bolivia c. Chile*, la CIJ resolvió que no hay ningún principio general del derecho internacional que exija a los Estados respetar las expectativas legítimas.
305. En opinión del Tribunal, el fallo de la CIJ en *Bolivia c. Chile* no resulta pertinente para la presente controversia<sup>322</sup>. Ese fallo se refiere a una controversia entre Estados en la cual la Corte debió determinar, sobre la base del derecho internacional consuetudinario aplicable a las relaciones entre Estados, qué tipos de expectativas podrían adquirir relevancia con respecto a la presunta obligación de Chile de negociar el acceso soberano de Bolivia al mar. El fallo de la Corte de que no existe ningún principio del derecho internacional que exija a los Estados proteger las expectativas legítimas se ve confirmada por el ámbito de las relaciones entre Estados, objeto de ese caso. En opinión del Tribunal, no es posible extrapolar conclusión alguna a partir de dicho fallo de que dicho principio existe o no en el contexto completamente diferente de las relaciones entre Estados y extranjeros regidas por un tratado sobre protección de las inversiones.
306. Al Tribunal le resulta convincente el argumento de las Demandantes de que el NMT/TJE protege las expectativas legítimas. Tal como se aclara en la nota al pie 10-6 del Artículo 10.5 del Tratado, ese estándar “se refiere a todos los principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses

---

<sup>322</sup> *Obligación de negociar un acceso al Océano Pacífico (Bolivia c. Chile)*, Fallo, 18 de septiembre de 2018 I.C.J. Reports 2018 (RL-61), ¶ 162.

*económicos de los extranjeros*". Según la jurisprudencia y la doctrina, la obligación de proteger las expectativas legítimas del inversionista surge del principio de buena fe<sup>323</sup>, que ciertamente es uno de los "*principios del derecho internacional consuetudinario que protegen los derechos e intereses económicos de los extranjeros*"<sup>324</sup>. Por lo tanto, como parte de su obligación más amplia del derecho internacional de actuar de buena fe, los Estados también deben proteger las expectativas legítimas del inversionista.

307. Esto se corrobora mediante varios laudos en materia de inversiones que han reconocido, de manera inequívoca, que la protección de las expectativas legítimas se encuentra dentro del alcance del NMT<sup>325</sup>. Por ejemplo, en *Waste Management II*, el tribunal resolvió lo siguiente:

[a]l aplicar [el nivel mínimo de trato del trato justo y equitativo] es pertinente que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el Estado receptor sobre las que la demandante se basó en forma razonable<sup>326</sup>.

308. De modo similar, en el caso *Glamis Gold*, que adoptó el criterio restrictivo del NMT avalado por la Demandada, el tribunal señaló que dicho estándar puede violarse mediante "*la creación por parte del Estado de expectativas objetivas con el fin de inducir la inversión y el posterior repudio de tales expectativas*"<sup>327</sup>. [Traducción del Tribunal]

---

<sup>323</sup> *El Paso Energy International Company c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011 (CL-74), ¶ 339, donde se resolvió que "*la base del trato justo y equitativo se encuentra en las expectativas legítimas y razonables de las partes que derivan del principio de buena fe*"; *Thunderbird c. México*, ¶ 147. Véase también J Grierson-Weiler y I-A Laird, "*Chapter 8: Standards of Treatment*" en P. Mulchinski, F. Ortino y C. Schreuer (eds.), *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008 (CL-43), pág. 9.

<sup>324</sup> *Waste Management c. México*, ¶ 138, donde se resolvió que "[u]na obligación básica del Estado conforme al Artículo 1105(1) es actuar de buena fe y forma"; *Thunderbird c. México*, ¶ 147. Véase también *Merrill & Ring c. Canadá*, ¶ 187, donde se resolvió que "[l]a buena fe y la prohibición de arbitrariedad son, sin lugar a dudas, una expresión de dichos principios generales y, hoy en día, no podría pedirse a ningún tribunal que ignore estas obligaciones básicas del derecho internacional". [Traducción del Tribunal]

<sup>325</sup> *Waste Management c. México*, ¶ 98; *Thunderbird c. México*, ¶ 147; *Glamis c. Estados Unidos de América*, ¶¶ 22, 621, 627; *El Paso Energy International Company c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/15, Laudo, 31 de octubre de 2011 (CL-74), ¶¶ 356-359, 375-377.

<sup>326</sup> *Waste Management c. México*, ¶ 98. Ese razonamiento fue seguido por la jurisprudencia posterior (véase, por ejemplo, *William Ralph Clayton, William Douglas Clayton, Daniel Clayton y Bilcon of Delaware, Inc. c. Gobierno de Canadá*, Caso CPA No. 2009-04, Laudo sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 17 de marzo de 2015 (CL-92), ¶¶ 442-445).

<sup>327</sup> *Glamis c. EE. UU.*, ¶ 627.

309. Dado que la propia Demandada se basó en estos laudos en este y otros arbitrajes en materia de inversiones<sup>328</sup>, su sugerencia de no considerar dichos laudos porque no analizaron *opinio juris* es poco convincente.
310. Por todos estos motivos, el Tribunal concluye que el estándar de trato en virtud del Artículo 10.5 del Tratado incluye una obligación del Estado receptor de no frustrar las expectativas legítimas del inversionista.
311. Sin embargo, dado que el umbral establecido por el NMT/TJE es más alto que el de una cláusula autónoma de TJE, los requisitos para determinar la existencia de violación de expectativas legítimas en virtud del NMT/TJE deben ser rigurosos. En particular, según la jurisprudencia, dicha determinación se encuentra sujeta a un análisis objetivo del contexto general, sin perjuicio de las opiniones subjetivas del inversionista y teniendo en cuenta los hechos específicos del caso, a fin de establecer si (i) el Estado realizó promesas o declaraciones específicas dirigidas al inversionista (ii) en las que el inversionista se basó de manera razonable al llevar a cabo la inversión, y (iii) que el Estado luego repudió<sup>329</sup>.

---

<sup>328</sup> Véanse *Gramercy Funds Management LLC y Gramercy Peru Holdings LLC c. La República del Perú*, Caso CIADI No. UNCT/18/2, Escrito Post-Audiencia Sobre Fondo y Daños de la República del Perú, 31 de agosto de 2020, ¶ 88, donde se cita *Waste Management; Latam Hydro LLC and CH Mamacocha S.R.L. c. La República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/19/28, Réplica sobre Objeciones Jurisdiccionales y Dúplica sobre Fondo de la República del Perú, 9 de noviembre de 2021, ¶ 605, donde se cita *Waste Management; The Renco Group Inc. c. La República del Perú II*, Caso CPA No. 2019-46, Memorial de Contestación de la Demandada, 1 de abril de 2022, ¶¶ 538 y ss., donde se citan, *inter alia*, *Waste Management, Glamis y Gami; Kaloti Metals & Logistics, LLC c. La República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/21/29, Memorial de Jurisdicción y Memorial de Contestación sobre el Fondo de la Demandada, 5 de agosto de 2022, ¶ 471, en el cual Perú invoca las definiciones de NMT de *Waste Management, Gami y Cargill; Lupaka Gold Corp. c. La República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/20/46, Memorial de Jurisdicción y Memorial de Contestación sobre el Fondo de la Demandada, 24 de marzo de 2022, ¶ 561.

<sup>329</sup> Véase *Glamis c. Estados Unidos de América*, en cuyo caso el tribunal resolvió que una violación del NMT puede manifestarse mediante “la creación por parte del Estado de expectativas objetivas con el fin de inducir la inversión y el posterior repudio de tales expectativas” (¶ 22), en el entendido de que “el deber de un Estado Parte en virtud del Artículo 1105 solo surge cuando el Estado ha inducido estas expectativas de manera cuasicontractual” (¶ 799) [Traducción del Tribunal]. Véanse también *Waste Management c. México*, ¶ 98: “es pertinente que el trato sea contrario y violatorio de las declaraciones hechas por el Estado receptor sobre las que la demandante se basó en forma razonable”; *Thunderbird c. México*, ¶ 147: “el concepto de ‘expectativas legítimas’ guarda relación, en el contexto del TLCAN, con una situación en que la conducta de la Parte Contratante crea expectativas razonables y justificables para que un inversionista (o una inversión) actúe basándose en esa conducta, por lo cual el hecho de que una Parte del TLCAN no cumpla esas expectativas puede causar perjuicios al inversionista (o a la inversión)”.

### 3) La garantía de un entorno jurídico y regulatorio estable y predecible

312. Por último, las Demandantes aducen que la jurisprudencia corrobora su posición de que la obligación de garantizar un entorno jurídico y regulatorio estable y predecible forma parte del estándar de NMT/TJE. Por su parte, la Demandada sostiene que ninguno de los laudos a los que hacen referencia las Demandantes respaldan su posición y que uno de ellos, *Mobil c. Canadá*, incluso la contradice de manera específica.
313. El Tribunal concuerda con la Demandada en que el argumento de que el estándar de NMT/TJE exige al Estado receptor garantizar un entorno jurídico y regulatorio estable y predecible carece de asidero. Los únicos casos citados por las Demandantes que presuntamente respaldan su posición, *Murphy c. Ecuador*<sup>330</sup> y *CMS c. Argentina*<sup>331</sup>, no prueban que el NMT imponga dicha obligación<sup>332</sup>. A mayor abundamiento, los

---

<sup>330</sup> *Murphy Exploration & Production Company - International c. La República del Ecuador*, CNUDMI, Caso CPA No. 2012-16, Laudo Parcial Definitivo, 6 de mayo de 2016 (CL-96), ¶ 207: “La protección de la estabilidad y previsibilidad del marco jurídico y empresarial del Estado receptor respalda asimismo el estándar del derecho internacional consuetudinario moderno”. El tribunal invocó *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB (AF)/00/2, Laudo, 29 de mayo de 2003 (CL-19), ¶ 154 [*Tecmed c. México*]; *Duke Energy Electroquil Partners y Electroquil S.A. c. República del Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/04/19, Laudo, 18 de agosto de 2008 (RL-16), ¶ 339; y *LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp. y LG&E International, Inc. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/02/1, Decisión sobre Responsabilidad, 3 de octubre de 2006 (CL-34), ¶ 125 [en adelante: “*LG&E c. Argentina*”].

<sup>331</sup> *CMS Gas Transmission Company c. La República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/01/8, Laudo, 12 de mayo de 2005 (CL-28), ¶ 284: “el estándar del trato justo y equitativo del Tratado y su vinculación con la necesaria estabilidad y previsibilidad del entorno empresarial, que se fundamenta en compromisos legales y contractuales solemnes, no es diferente del estándar mínimo del derecho internacional y su evolución en el marco del derecho consuetudinario”. Otras decisiones citadas por las Demandantes no guardan relación con las disposiciones sobre NMT/TJE (*Occidental Exploration and Production Company c. La República del Ecuador*, Caso LCIA No. UN3467, Sentencia Final, 1 de julio de 2004 (CL-24); *Joseph C. Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Decisión sobre Jurisdicción y Responsabilidad, 14 de enero de 2010 (CL-59) [en adelante: *Lemire c. Ucrania*]; *AES Corporation y Tau Power B.V. c. República de Kazajstán*, Caso CIADI No. ARB/10/16, Laudo, 1 de noviembre de 2013 (CL-81); *LG&E c. Argentina*; *PSEG Global Inc. y otros c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/02/5, Laudo, 19 de enero de 2007 (CL-36) [en adelante: *PSEG c. Turquía*]; *Total c. Argentina*; o bien no afirman que la estabilidad jurídica es un componente del NMT/TJE (*Metalclad Corporation c. Estados Unidos Mexicanos*, Caso CIADI No. ARB(AF)/97/1, Laudo, 30 de agosto de 2000 (CL-10); *Waste Management c. México*; *Merrill & Ring c. Canadá*).

<sup>332</sup> En particular, *CMS c. Argentina* no brindó ningún fundamento para su conclusión (véase nota al pie 331 *supra*), mientras que *Murphy c. Ecuador* simplemente hizo referencia a *CMS c. Argentina* y otros laudos relativos a tratados de inversiones que aplicaron disposiciones sobre TJE no arraigadas en el NMT (véase nota al pie 330 *supra*).

pasajes pertinentes de ambos casos son *obiter*, ya que las disposiciones sobre TJE aplicables en dichos casos no se encontraban ancladas al NMT.

314. Por el contrario, otro caso citado por las Demandantes, *Mobil c. Canadá*, que resulta más pertinente puesto que aplicó una disposición que sujetaba el TJE al NMT al igual que el Artículo 10.5 del Tratado<sup>333</sup>, negó categóricamente que el Estado receptor tenga la obligación de garantizar un entorno estable y predecible para las inversiones. Concretamente, estableció lo siguiente:

El estándar de trato justo y equitativo no exige a un Estado que mantenga un entorno jurídico y empresarial estable para las inversiones si ello pretende insinuar que las normas que rigen una inversión no pueden modificarse, ya sea de forma sustancial o más conservadora. Ninguna disposición del Artículo 1105 impide a una autoridad pública modificar el entorno regulatorio a fin de reflejar nuevas políticas y necesidades, incluso si algunos de esos cambios puedan tener consecuencias y efectos de gran alcance y aun si imponen cargas adicionales importantes a un inversionista. El Artículo 1105 no constituye, y jamás pretendió constituir, una garantía contra cambios regulatorios, o reflejar una disposición en el sentido de que un inversionista tenga derecho a esperar que no se realicen cambios significativos al marco regulatorio en el cual se realiza una inversión. El derecho que le asiste al inversionista extranjero en virtud del Artículo 1105 es que toda modificación se ajuste a los requisitos del derecho internacional consuetudinario sobre trato justo y equitativo<sup>334</sup>. [Traducción del Tribunal]

315. En función de lo expuesto, el Tribunal no comparte la posición de las Demandantes en cuanto a que el NMT/TJE exige al Estado receptor mantener un entorno jurídico y regulatorio estable y predecible.

\* \* \* \*

316. A modo de conclusión, el Tribunal considera que el estándar de protección de las inversiones receptado en el Artículo 10.5 del Tratado:

- Impone un umbral elevado para la determinación de que existió violación, sin exigir, no obstante, que la conducta del Estado sea atroz conforme al estándar establecido en *Neer* en el año 1926.
- Prohíbe, entre otras cosas, toda conducta por parte del Estado que: (a) sea gravemente arbitraria y discriminatoria; o (b) frustre las expectativas

---

<sup>333</sup> *Mobil c. Canadá*, sobre el Artículo 1105 del TLCAN.

<sup>334</sup> *Id.*, ¶ 153.



legítimas de un inversor que sean razonables y objetivas en las circunstancias.

- No incorpora un deber de mantener un entorno jurídico y regulatorio estable y predecible.

**ii. El estándar de PSP**

317. El Artículo 10.5 del Tratado establece una obligación para el Estado receptor de brindar “*protección y seguridad plenas*” a las inversiones protegidas de conformidad con el derecho internacional consuetudinario. El Artículo 10.5(2)(b) describe el estándar de PSP en virtud del Tratado en los siguientes términos:

La obligación de proveer protección y seguridad plenas exige a cada Parte proveer el nivel de protección policial que es exigido por el derecho internacional consuetudinario.

318. Las Demandantes arguyen que la PSP en virtud del Artículo 10.5 del Tratado comprende la protección y seguridad jurídica, así como física, mientras que, según la Demandada, incluye únicamente la protección policial, es decir, la protección física.

319. Como en el caso del estándar de NMT/TJE, el punto de partida del análisis del Tribunal debe ser el texto de las disposiciones pertinentes del Tratado. Al identificar el alcance de la obligación de brindar PSP, el Artículo 10.5(2)(b) emplea la expresión “*protección policial*”, que, según su sentido corriente, se refiere a la protección contra el daño físico que puede ser otorgada por las fuerzas policiales del Estado<sup>335</sup>. De ello se desprende que la obligación de PSP abarca solamente la protección y seguridad física. El Tribunal no puede entender lo que insinúan las Demandantes<sup>336</sup> en el sentido de que la “*protección policial*” constituye una referencia a la doctrina de los “*poderes de policía*”, que atañe al derecho de los Estados de regular en aras del interés público<sup>337</sup>. [Traducción del Tribunal]

---

<sup>335</sup> Campbell McLachlan, Laurence Shore y otros, *International Investment Arbitration: Substantive Principles*, Oxford International Arbitration Series, Oxford University Press, 2017, pág. 334, donde se advierte que la expresión “*protección policial*” en una cláusula de PSP constituye “*una referencia a una función del Estado que se encuentra de por sí mayormente limitada a la protección de activos físicos*”. [Traducción del Tribunal]

<sup>336</sup> Réplica, ¶ 310.

<sup>337</sup> En sustento de su interpretación de la expresión “*protección policial*” como sinónimo de “*poderes de policía*”, las Demandantes remiten al caso *Tecmed c. México*, ¶¶ 119-122, al que se hace referencia en

320. El Tribunal tampoco coincide con lo que alegan las Demandantes en cuanto a que, al disponer que la PSP “*exige*” protección policial, el Artículo 10.5(2)(b) fijó simplemente un “*piso mínimo*”, y no un techo, para la protección<sup>338</sup>. Si esa hubiera sido la intención, las Partes Contratantes habrían utilizado el término “*incluye*” o expresiones similares, y no “*exige*”, para referirse a la protección otorgada por dicho estándar, tal como hicieron en el Artículo 10.5(2)(a) para definir el NMT/TJE<sup>339</sup>. [Traducción del Tribunal]
321. Los casos citados por las Demandantes donde se interpreta que la PSP exige protección y seguridad jurídica no estaban relacionados con una disposición que se refiriera únicamente a la “*protección policial*” como el Artículo 10.5(2)(b)<sup>340</sup>. En cualquier caso, la Demandada pareciera estar en lo cierto cuando alega que esos casos reflejan una opinión minoritaria, puesto que la posición predominante es que, sin una referencia expresa a la protección y seguridad jurídica<sup>341</sup>, debe interpretarse

---

Réplica, ¶ 310. Pero ese laudo no avala lo que plantean las Demandantes toda vez que no analiza el sentido de “*protección policial*”, sino únicamente el de la expresión “*poder de policía*”. [Traducción del Tribunal]

<sup>338</sup> Réplica, ¶ 309.

<sup>339</sup> Cabe señalar otro ejemplo en el Artículo 10.1(6) del Tratado, donde se define “*inversión*” en virtud del Tratado en los siguientes términos: “*inversión significa todo tipo de activo de propiedad o controlado, directa o indirectamente, por un inversionista, que incluye características tales como el compromiso de capital u otros recursos, la expectativa de obtener ganancias o utilidades o la asunción de riesgo, incluyendo pero no limitado a lo siguiente: (a) una empresa; (b) acciones, capital y otras formas de participación en el patrimonio de una empresa, incluyendo los derechos derivados de la misma [...]*” (énfasis agregado).

<sup>340</sup> Véanse *Global Telecom c. Canadá*, ¶ 664 (la cláusula de PSP no se limitaba a la protección policial); *Teinver c. Argentina*, ¶ 905 (la cláusula de PSP no se limitaba a la protección policial); *Houben c. Burundi*, ¶ 160 (la cláusula de PSP “*indica que la protección ofrecida por el TBI en virtud del estándar de protección y seguridad constantes no se limita a la protección contra el daño físico a la inversión, pues se refiere al posible daño a ‘derechos’ al goce de la inversión*”); *National Grid plc c. República Argentina*, CNUDMI, Laudo, 3 de noviembre de 2008 (CL-50), ¶ 187 (la cláusula de PSP establecía una garantía de “*protección y seguridad constante*” vinculada al TJE); *CME Czech Republic B.V. (Los Países Bajos) c. La República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 13 de septiembre de 2001 (CL-15), ¶ 613 (la cláusula de PSP no se limitaba a la protección policial); *Azurix c. Argentina*, ¶ 408 (la cláusula de PSP no se limitaba a la protección policial); *Vivendi c. Argentina*, ¶ 7.4.15 (la cláusula de PSP establecía una garantía de “*protección y plena seguridad*” vinculada al TJE); *Biwater c. Tanzania*, ¶ 729 (la cláusula de PSP no se limitaba a la protección policial); *Anglo American c. Venezuela*, ¶ 482 (la cláusula de PSP no se limitaba a la protección policial). [Traducción del Tribunal]

<sup>341</sup> *Indian Metals & Ferro Alloys Ltd c. República de Indonesia*, Caso CPA No. 2015-40, Laudo, 29 de marzo de 2019 (RL-17), ¶ 267.

que las cláusulas de PSP exigen protección solo contra el daño físico (incluso cuando no haya limitación específica a la “*protección policial*”)<sup>342</sup>.

322. El Tribunal tampoco comparte la afirmación de las Demandantes en cuanto a que la PSP debe interpretarse en términos amplios porque la definición de “*inversión*” del Tratado (Artículo 10.1.6) incluye activos intangibles, respecto de los cuales la protección física sería impracticable. Tal como advierte la Demandada, no existe un requisito en virtud del Tratado según el cual el alcance de la PSP deba coincidir con el de las inversiones cubiertas. Tiene sentido que, dada su naturaleza distinta, no todas las inversiones tengan derecho a la totalidad de las protecciones otorgadas por el Tratado (y, en particular, que, por su naturaleza, los activos intangibles solo puedan beneficiarse de algunas de las protecciones otorgadas por el Tratado, como el NMT/TJE).
323. El Tribunal tampoco queda convencido por la afirmación de las Demandantes en el sentido de que el objeto y propósito del Tratado exigirían interpretar en términos amplios el estándar de PSP de modo que abarque la protección y seguridad jurídica<sup>343</sup>. Esa afirmación parte de un supuesto implícito, aunque poco convincente, de que la interpretación de que el estándar de PSP exige únicamente la protección física de las inversiones no promovería el objetivo del Tratado de facilitar “*mercados abiertos, transparentes y competitivos*”. En realidad, la protección de las inversiones limitada al daño físico también es fundamental para la consecución de ese objetivo, ya que, sin esa protección, ningún mercado puede funcionar correctamente.
324. A partir de las consideraciones precedentes, el Tribunal concluye que la obligación de otorgar “*protección y seguridad plenas*” en virtud del Artículo 10.5 del Tratado se limita a la protección contra el daño físico. Esta conclusión lleva a que se desestime la reclamación por incumplimiento de la obligación de PSP formulada por las Demandantes, puesto que las Demandantes no alegan haber sufrido daño físico.

---

<sup>342</sup> Véanse *Saluka Investments B.V. c. La República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 (CL-30), ¶ 484; *PSEG c. Turquía*, ¶ 258; *BG Group Plc. c. República de Argentina*, CNUDMI, Laudo, 24 de diciembre de 2007 (CL-42), ¶¶ 323-328; *Rumeli c. Kazajstán*, ¶ 668; *Roussalis c. Rumania*, ¶ 320; *Gold Reserve c. Venezuela*, ¶ 622; *Crystallex International Corporation c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/2, Laudo, 4 de abril de 2016 (CL-95), ¶¶ 632-633; *Indian Metals & Ferro Alloys Ltd c. República de Indonesia*, Caso CPA No. 2015-40, Laudo, 29 de marzo de 2019 (RL-17), ¶ 267; *Infinito Gold Ltd. c. República de Costa Rica*, Caso CIADI No. ARB/14/5, Laudo, 3 de junio de 2021 (RL-79), ¶ 623.

<sup>343</sup> Véase ¶ 270 *supra*.

## B. La Reclamación basada en el Servicio de RSF

325. Mediante la Reclamación basada en el Servicio de RSF, las Demandantes solicitan el pago de una indemnización por los daños presuntamente sufridos debido a la adopción, por parte de la Demandada, de la Resolución No. 141. La posición de las Demandantes es que la Resolución No. 141 revocó retroactivamente el compromiso de Perú de que Kallpa GSA, como ganadora de la Licitación, sería despachada de manera continua. En su opinión, ese compromiso se encontraba consagrado en el Acta de Compromiso suscrita entre OSINERGMIN y Kallpa GSA, que declaró a esta última ganadora de la Licitación conforme a las Bases de la Licitación. Estas constaban del PR-22<sup>344</sup> (que establecía los criterios y la metodología para la selección del prestador del servicio de RSF), la Nota Técnica 1<sup>345</sup> (que definía los requisitos técnicos para la prestación de dicho servicio) y los Lineamientos<sup>346</sup> (que regían la Licitación). Las Demandantes sostienen que, al revocar lo que consideran la garantía de despacho continuo, la Demandada actuó de manera inadmisiblemente arbitraria, frustró las expectativas legítimas de las Demandantes y no mantuvo un entorno empresarial estable y predecible incumpliendo sus obligaciones de NMT/TJE y PSP en virtud del Artículo 10.5 del Tratado.
326. La Demandada afirma que la Reclamación basada en el Servicio de RSF carece de mérito, puesto que la Resolución No. 141 simplemente aclaró lo que ya resultaba evidente a partir de las Bases de la Licitación y el Acta de Compromiso: que el ganador de la Licitación no tenía garantía de despacho continuo, sino que debía calificar en el Orden de Mérito para ser incluido en el Programa Diario.
327. A la luz de la conclusión del Tribunal en cuanto a que los estándares de NMT/TJE y PSP no incluyen una obligación de mantener un entorno jurídico y regulatorio estable y predecible<sup>347</sup>, el argumento de las Demandantes en el sentido de que Perú no mantuvo dicho entorno no puede admitirse y no se analizará en mayor profundidad.
328. Dado que la conducta gravemente arbitraria y la frustración de expectativas legítimas se encuentran prohibidas por el estándar de NMT/TJE en virtud del Artículo 10.5 del

---

<sup>344</sup> Véase Resolución No. 58 de OSINERGMIN que aprueba el Procedimiento Técnico No. 22 (PR-22), dictada el 26 de marzo de 2014, publicada el 29 de marzo de 2014 (C-56).

<sup>345</sup> Nota Técnica 1, 1 de octubre de 2015 (C-59).

<sup>346</sup> Lineamientos, 16 de febrero de 2016 (C-60).

<sup>347</sup> Véase ¶ 312 *supra*.

Tratado, el Tribunal debe, en cambio, analizar la afirmación de las Demandantes en cuanto a que, al dictar la Resolución No. 141, Perú actuó de manera inadmisiblemente arbitraria y frustró sus expectativas legítimas. Toda vez que la determinación de que Perú violó uno de los estándares sería suficiente para admitir la Reclamación basada en el Servicio de RSF, si el Tribunal fuera a resolver que Perú violó uno de ellos, por motivos de economía procesal, no tendría que analizar si violó también el otro.

**1. Posición de las Demandantes**

**i. La garantía de despacho continuo de las Bases de la Licitación**

329. Las Demandantes afirman que, en virtud de las Bases de la Licitación y luego del Acta de Compromiso (que consagró dichas Bases y declaró a Kallpa GSA ganadora de la Licitación), Perú garantizó que Kallpa GSA sería despachada de forma continua, independientemente de su posición en el Orden de Mérito y con prioridad por sobre otros generadores<sup>348</sup>. Su posición es que dicha garantía constituyó el principal incentivo detrás de la decisión de Kallpa GSA de ofertar para la prestación del servicio de RSF<sup>349</sup>. En efecto, la garantía de despacho continuo habría permitido siempre a Kallpa GSA ingresar al Programa Diario, incluso en el supuesto de que sus costos variables fueran superiores a los costos marginales del sistema (es decir, cuando no pudiera calificar en el Orden de Mérito)<sup>350</sup>.
330. El punto de partida del argumento que formulan las Demandantes es el PR-22, que estableció que Perú asignaría la Provisión Base Firme por un período de tres años mediante licitación pública.

---

<sup>348</sup> Memorial, ¶ 10, Sección III.A.5; Réplica, ¶¶ 4-6, Secciones II.C y II.D. Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, Sección II.B.

<sup>349</sup> Memorial, ¶¶ 107-110; Réplica, ¶ 154.

<sup>350</sup> Las Demandantes sostienen también que Kallpa GSA habría podido recuperar la totalidad de sus costos variables incluso cuando fueran superiores a los costos marginales del sistema. En respaldo de esta proposición, invocan el Numeral 11.8 del PR-22, que dispone que las unidades que ingresen al Programa Diario “sin establecer el costo marginal” (es decir, sin calificar en la Orden de Mérito) para proveer la reserva de RSF recuperarán sus costos en función del PR-33, en virtud del cual el Proveedor de Base Firme tendría derecho a recibir una remuneración igual a la diferencia entre sus costos variables y el Precio *Spot* (“**Compensación de Costos Operativos**”) (Véanse Memorial, ¶ 91(c); Réplica, ¶¶ 106-107, 154(c), 327(a)).

331. Según las Demandantes, los términos del PR-22 y, específicamente, sus Numerales 9.3, 9.5.3, 9.5.10 y 11.8, “a simple vista resuelven la controversia de las partes sobre el alcance de los compromisos de Perú en virtud de las Bases de la Licitación”, pues confirman que Kallpa GSA tenía garantizado un despacho continuo<sup>351</sup> [Traducción del Tribunal]. Concretamente, las Demandantes arguyen que:

- (i) Al establecer que “[l]a Reserva [de RSF] requerida<sup>352</sup> se cubre primero” por el Proveedor de Base Firme, mientras que “con el Mercado de Ajuste y las cantidades no comprometidas en firme de la Provisión Base, se cubre lo faltante”, el Numeral 9.3 da a entender necesariamente que el Proveedor de Base Firme sería despachado de forma continua. En términos fácticos, debido al tan escaso tiempo (20 segundos) dentro del cual un desequilibrio entre la oferta y la demanda de electricidad dentro del sistema debe ser atendido por la RSF, el Proveedor de Base Firme solo puede “cubr[ir]” la reserva de RSF (o, dicho de otro modo, aumentar o disminuir la potencia a los fines de la RSF) si ya se encuentra en operación<sup>353</sup>. El Proveedor de Base Firme no puede proveer la reserva de RSF “primero”, tal como exige el Numeral 9.3, si no está siendo despachado de manera continua.
- (ii) El Numeral 9.5.3 del PR-22 confirma que el Proveedor de Base Firme sería despachado de forma continua toda vez que dispone que el “*bloque de Reserva comprometida* [del Proveedor] [...] *se asignará y liquidará económicamente en cualquier caso*”. Lo que significa que, al asignar la reserva de RSF para el día siguiente, el COES debe “*asignar[ ]*” obligatoriamente al Proveedor de Base Firme un bloque de dicha reserva igual a la cantidad comprometida (es decir, ese bloque debe “*asignar[se] [...] en cualquier caso*”). Esto, a su vez, significa que el Proveedor de Base Firme debe ser incluido obligatoriamente en el Programa Diario, pues, de lo contrario, no podría proveer la reserva “*asigna[da]*”. La frase “*liquidará económicamente en cualquier caso*” se refiere

---

<sup>351</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 22.

<sup>352</sup> En la Audiencia, el Sr. Mendoza, testigo de la Demandada, quien era Gerente de la División de Generación y Transmisión Eléctrica de OSINERGMIN cuando se dictó el PR-22, explicó que “*reserva*” significa la “*cantidad de potencia medida en megavatios que una unidad debe ser capaz de aumentar o disminuir para responder a un desequilibrio*”, es decir, la cantidad de energía que el Proveedor de Base Firme se comprometía a suministrar en el marco del servicio para atender desequilibrios (Tr. Día 3, 653:1–4, que se cita en Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 24).

<sup>353</sup> Memorial, ¶ 89; Réplica, ¶¶ 91-93; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 27.

al hecho de que el Proveedor de Base Firme es remunerado por prestar el servicio de RSF según la modalidad *take-or-pay*, independientemente de la cantidad de reserva “*asigna[da]*” utilizada en un día determinado<sup>354</sup>. La interpretación que hace la Demandada del Numeral 9.5.3 – en el sentido de que solo establece que el Proveedor de Base Firme sería remunerado según la modalidad *take-or-pay* sin ninguna garantía de despacho continuo – no atribuye al término “*asignará*” un sentido autónomo en contraposición al principio de *effet utile*<sup>355</sup>. El hecho de que el Numeral 9.5.3 no haga mención del Orden de Mérito pareciera tornar insostenible la interpretación que hace la Demandada de la frase “*asignará [...] en cualquier caso*” en el sentido de que se debe asignar al Proveedor de Base Firme su cantidad comprometida de reserva con prioridad únicamente si califica en el Orden de Mérito<sup>356</sup>.

(iii) El Numeral 9.5.10 deja en claro que la única condición por la cual el Proveedor de Base Firme pueda llegar a verse impedido de ingresar al Programa Diario es su “*indisponibilidad*” para prestar el Servicio de RSF por cuestiones de mantenimiento u otros motivos técnicos<sup>357</sup>. En efecto, en concordancia con el Numeral 9.5.3, dicho Numeral establece que el COES debe “*asignar[.]*” siempre al Proveedor de Base Firme una cantidad de reserva de RSF “*como mínimo igual a la [...] comprometida*”, salvo en caso de una “*indisponibilidad [del Proveedor de Base Firme] comunicada y sustentada*”. El Sr. Mendoza, testigo de la Demandada, confirmó que el término “*indisponibilidad*” en esa disposición quiere decir que “*no está disponible para el despacho, para efectuar el despacho porque está en mantenimiento*”<sup>358</sup>.

(iv) El Numeral 11.8 establece que los costos en los que incurran las unidades de generación despachadas “*sin establecer el costo marginal*” (es decir, sin calificar en el Orden de Mérito) para proveer la reserva de RSF deben ser remunerados conforme al PR-33. Esto confirma que el esquema del PR-22 contemplaba un

---

<sup>354</sup> Memorial, ¶ 90; Réplica, ¶¶ 95-97; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 31-36.

<sup>355</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 34.

<sup>356</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 35-36.

<sup>357</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 38-41.

<sup>358</sup> Tr. Día 4, 723:16–18, que se cita en Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 39.

despacho continuo del Proveedor de Base Firme para que prestara el servicio de RSF, incluso si no calificaba en el Orden de Mérito<sup>359</sup>.

332. Las Demandantes niegan que su interpretación del PR-22 entre en contradicción con el Numeral 5.6 del PR-22, que establece que la asignación de la reserva de RSF debe “*basar[se] en un procedimiento de asignación conjunta PDO [Programa Diario] con la Reserva para RS*” (es decir, la Optimización Conjunta). Según las Demandantes, esa disposición debe interpretarse junto con las disposiciones del Numeral 9 del PR-22 donde se establecen los “*criterios principales*” para la asignación de la RSF (tal como se reconoce en el Numeral 5.6), que dispone que el Proveedor de Base Firme debe ser incluido en el Programa Diario en “*cualquier caso*”. Por consiguiente, en opinión de las Demandantes, la referencia a la Optimización Conjunta en el Numeral 5.6 del PR-22 puede únicamente relacionarse con la asignación de la cantidad residual de reserva de RSF que no esté ya cubierta por el Proveedor de Base Firme<sup>360</sup>.
333. Las Demandantes disienten de lo alegado por la Demandada<sup>361</sup> en cuanto a que debieron haber realizado una *due diligence* adecuada sobre el sentido del PR-22 y obtenido confirmación de su interpretación por parte de OSINERGMIN, y sostienen que los términos del PR-22 eran claros y no necesitaban confirmación<sup>362</sup>.
334. Las Demandantes refutan la aseveración de la Demandada en cuanto a que el despacho de unidades fuera del Orden de Mérito solo está permitido para operaciones de seguridad y tensión (“**Despacho Forzado**”)<sup>363</sup> y sostienen que dicho despacho puede tener lugar también por otros motivos<sup>364</sup>. En cualquier caso, según las Demandantes, la prestación de servicios de RSF constituye una operación de seguridad en virtud del Procedimiento Técnico No. 8 (“**PR-8**”)<sup>365</sup>, que abarca

---

<sup>359</sup> Memorial, ¶ 231(c); Réplica, ¶¶ 102, 106, 162, 327(a)(iii).

<sup>360</sup> Réplica, ¶ 101.

<sup>361</sup> Memorial de Contestación, ¶ 262; Dúplica, ¶¶ 193-195, 499; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 35, 50, 55, 62, 148, 184-186.

<sup>362</sup> Réplica, ¶ 358. Puesto que los términos eran claros, las Demandantes no solicitaron confirmación de OSINERGMIN (y tampoco debían hacerlo para que sus expectativas fueran protegidas por el Tratado).

<sup>363</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 7, 8, 62, 101; Dúplica, ¶¶ 82-84; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 21.

<sup>364</sup> Réplica, ¶ 143.

<sup>365</sup> Criterios de Seguridad Operativa de Corto Plazo para el SEIN, Procedimiento Técnico del Comité de Operación Económica del SINAC, PR-08, Aprobado mediante Resolución OSINERGMIN No. 247-2014-OS-



*“múltiples circunstancias en las que puede requerirse el Despacho Forzado por motivos de seguridad, es decir, para garantizar el suministro de electricidad a los usuarios finales”*<sup>366</sup> [Traducción del Tribunal]. En efecto, el propósito de la RSF es preservar la seguridad del sistema, evitando niveles de frecuencia no seguros y apagones<sup>367</sup>. Esto se ve confirmado por el PR-8, que enumera la regulación de frecuencia como una de las circunstancias de seguridad que el COES debe considerar al elaborar el Programa Diario<sup>368</sup>.

335. Las Demandantes sostienen que la interpretación que hacen del PR-22 se ve corroborada por sus antecedentes de redacción, la Nota Técnica 1 y los Lineamientos, y fue compartida por otros generadores y OSINERGMIN.
336. En lo concerniente a los antecedentes de redacción del PR-22, las Demandantes afirman que varios documentos preparatorios<sup>369</sup> publicados con anterioridad al dictado del PR-22 confirman que *“la intención [de la Demandada] era contar con uno o más Proveedores de Base Firme que serían despachados de manera continua a fin de que pudieran proveer RSF antes que cualquier otra unidad”*<sup>370</sup>. [Traducción del Tribunal]
337. Con respecto a la Nota Técnica 1, las Demandantes sostienen que su Numeral 5.7.2 sustenta la interpretación que proponen del PR-22, pues aclara que: (i) la Optimización Conjunta se aplica solo a la parte de la reserva de RSF asignada a través del Mercado de Ajuste (es decir, la parte no cubierta por la Provisión Base); y (ii) la cantidad de reserva de RSF comprometida por el Proveedor de Base Firme se incluye

---

CD, 26 de noviembre de 2014 (Modificado por la Resolución OSINERGMIN No. 176-2017-OS/CD, del 1 de enero de 2018) (R-17).

<sup>366</sup> Réplica, ¶ 140.

<sup>367</sup> Réplica, ¶ 142. Véase también Memorial, ¶¶ 6, 56, 64, 84.

<sup>368</sup> Réplica, ¶ 140, donde se hace referencia a PR-8, 26 de noviembre de 2014 (R-17), Numeral 6.

<sup>369</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 42-56. Concretamente, las Demandantes invocan la Propuesta del COES (Carta del COES No. COES/D-644-2012, 19 de diciembre de 2012 (C-90)), el Informe de Indra (Informe de Indra, 24 de febrero de 2014 (C-94)), la Primera Propuesta del PR-22 basada en el Informe de Indra (Primera Propuesta del PR-22, 28 de noviembre de 2013 (C-51)), la Segunda Propuesta del PR-22 (Segunda Propuesta del PR-22, 16 de enero de 2014 (C-53)) y el Informe Anterior a la Publicación (Informe Anterior a la Publicación, enero de 2014 (C-52)).

<sup>370</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 57.

obligatoriamente en el Programa Diario, ya que su despacho no es una “*variable de decisión*”<sup>371</sup>. [Traducción del Tribunal]

338. Las Demandantes refutan la alegación de la Demandada de que, en una carta dirigida al COES, OSINERGMIN recomendó que también el Proveedor de Base Firme se encontrara sujeto a la Optimización Conjunta. Según lo alegado por las Demandantes, la carta de OSINERGMIN no contenía tales recomendaciones, sino que se limitaba a remitir al COES a ciertas observaciones sobre la Nota Técnica 1 contenidas en un estudio de la consultora Estudios Eléctricos S.A. (el Estudio de EE), ninguna de las cuales, no obstante, obligaba al COES a optimizar de forma conjunta la Provisión Base Firme y el Programa Diario<sup>372</sup>. Las Demandantes señalan que, además, si OSINERGMIN hubiera creído que la Nota Técnica 1 era incongruente con el PR-22 (y, en términos más generales, con el derecho peruano), podría haber impugnado la Nota, solicitado su modificación o sancionado al COES, cosa que nunca hizo<sup>373</sup>.
339. Las Demandantes asimismo rechazan la observación de la Demandada de que el COES es una entidad privada sin facultades regulatorias que no podía derogar el PR-22 ni las instrucciones de OSINERGMIN, y sostienen que el COES tiene personería de derecho público y que OSINERGMIN le delegó el ejercicio de la administración pública para complementar el PR-22 y suscribir el Acta de Compromiso<sup>374</sup>.
340. En cuanto a los Lineamientos, las Demandantes afirman que incorporaron el PR-22 y la Nota Técnica 1, confirmando así su contenido. Además, en el Numeral 6.5.2 establecían que el precio de la oferta sería el único criterio para determinar al adjudicatario de la Licitación. En opinión de las Demandantes, esto significa que la tecnología —y, por lo tanto, los costos variables— de los participantes en la Licitación eran irrelevantes<sup>375</sup>.

---

<sup>371</sup> Memorial, ¶¶ 93-94, 128; Réplica, ¶¶ 109-110, 327(b); Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 60.

<sup>372</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 66 y 68-69.

<sup>373</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 67.

<sup>374</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 64. Con todo, a mi entender, la Demandada en realidad esgrime un argumento diferente en el sentido de que, como entidad privada, el COES no podía derogar el Principio de Despacho Económico como lo hizo a través de la Nota Técnica 1 (Memorial de Contestación, ¶¶ 105-107; Dúplica, ¶ 186). Las implicaciones de este argumento no resultan claras.

<sup>375</sup> Réplica, ¶ 328; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 71-72.

341. Con respecto a la interpretación de otros generadores y de OSINERGMIN, las Demandantes invocan, en gran medida, en un comentario de Engie (en ese momento, Enersur) sobre la propuesta de Lineamientos publicada por OSINERGMIN después de la adopción del PR-22 pero antes de la Licitación, así como la contestación de OSINERGMIN, ambos de los cuales, según lo afirmado por las Demandantes, respaldan su interpretación del PR-22<sup>376</sup>. En particular, en su comentario 2.1.3 a la propuesta de Lineamientos, Engie recomendó que “se [consideren] *también las tecnologías que proveen la RSF*” a la hora de determinar la oferta ganadora, porque el PR-22 contemplaba un despacho obligatorio (“*de manera forzada*”) del Proveedor de Base Firme aun cuando “*el costo marginal del sistema [fuera] mucho menor a su costo variable de combustible*”, lo que implicaría mayores costos para el sistema<sup>377</sup>. OSINERGMIN no refutó la interpretación de Engie del PR-22, pero rechazó su sugerencia de que las tecnologías de las unidades fueran consideradas a los fines de la licitación<sup>378</sup>. Las Demandantes sostienen que este intercambio confirma que tanto Engie como OSINERGMIN interpretaron que las Bases de la Licitación, y en particular el PR-22, garantizaban un despacho continuo del Proveedor de Base Firme independientemente de sus costos<sup>379</sup>.
342. Las Demandantes refutan el argumento de la Demandada<sup>380</sup> de que su interpretación de las Bases de la Licitación es irreconciliable con el Principio de Despacho Económico

---

<sup>376</sup> Memorial, ¶¶ 97-98; Réplica, ¶¶ 126-129; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 145-149.

<sup>377</sup> Informe No. 110 de OSINERGMIN, febrero de 2016 (C-103), comentario 2.1.3, pág. 9: “*al adjudicar la RSF solo a una o dos URS [unidades de RSF], sobre la base de sus precios ofertados, estas unidades de generación operarán de manera firme durante los periodos que han ofertado, es decir, podrían operar durante los tres años. La operación de estas unidades va a ser forzada en el despacho económico diario, pudiendo generar sobrecostos. Como ejemplo podemos citar una unidad de generación a diésel que oferte toda la reserva requerida de la RSF a un precio bajo, siendo solo ésta la adjudicada en la subasta. Esta unidad va a proveer de manera firme la RSF durante los 3 años y va operar de manera forzada en el despacho, incluso en periodos en que el costo marginal del sistema sea mucho menor a su costo variable de combustible*”.

<sup>378</sup> Memorial, ¶¶ 97-98; Réplica, ¶¶ 126-129; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 77-78.

<sup>379</sup> A la observación de la Demandada de que OSINERGMIN no adoptó expresamente ninguna postura sobre la interpretación de Engie del PR-22, las Demandantes responden que el silencio de OSINERGMIN solo puede considerarse aquiescencia y acuerdo con la interpretación de Engie (Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 79).

<sup>380</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 13, 41, 54-55, 73, 82, 95-96; Dúplica, ¶ 253; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 17 y ss. La Demandada también esgrime el argumento similar de que la

consagrado en el Artículo 12.1 de la Ley 28832, que exige que el COES opere el Sistema Nacional “*al mínimo costo, preservando la seguridad del sistema [y] el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos*”<sup>381</sup>. En su opinión, la Demandada se equivoca por los siguientes motivos:

- (i) En primer lugar, el Artículo 12.1 de la Ley 28832 no establece “*un principio rector que pueda dejar sin efecto la normativa inequívoca de OSINERGMIN*” [Traducción del Tribunal], sino que se limita a definir los criterios operativos del COES<sup>382</sup>.
- (ii) En segundo lugar, el Artículo 12.1 de la Ley 28832 establece tres objetivos que deben perseguirse *en simultáneo*: la operación del el Sistema Nacional al mínimo costo, la preservación de la seguridad del sistema y el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos. Contrariamente a la posición esgrimida por la Demandada, la minimización de costos no prevalece sobre los otros dos objetivos, y la decisión sobre el objetivo que se debe priorizar en un momento determinado es una cuestión de política. Es indiscutible que la finalidad de la RSF es garantizar la seguridad del sistema. Como también lo demuestran los antecedentes de la redacción del PR-22, al optar por garantizar la RSF mediante un Proveedor de Base Firme que sería despachado continuamente (en lugar de depender de la Optimización Conjunta, para la cual se consideraba que Perú no estaba preparado), Perú eligió, como cuestión de política, una solución intermedia entre la seguridad y la minimización de costos<sup>383</sup>.

---

interpretación de las Bases de la Licitación de las Demandantes ignoraría el objetivo de “*eficiencia económica*” de Perú (Memorial de Contestación, ¶ 265).

<sup>381</sup> A la afirmación de la Demandada de que su interpretación de las Bases de la Licitación desafiaría la “*práctica normal de divulgación de costos para el despacho*” [Traducción del Tribunal], ya que se le habría permitido a Kallpa GSA recuperar la totalidad de sus costos de combustible, las Demandantes responden que esto no habría sido para nada inapropiado, ya que la normativa peruana permite que las centrales alimentadas con gas natural, como Kallpa GSA, declaren hasta el 100 % de sus costos de combustible (que incluyen los costos de suministro, distribución y transporte) (véanse Memorial de Contestación, ¶ 265 y Réplica, ¶ 367).

<sup>382</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 84. Véase también Réplica, ¶ 133.

<sup>383</sup> Réplica, ¶¶ 135-138; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 84-89 y 94-96. En respuesta a una pregunta del Tribunal Arbitral sobre el ahorro de costos que supuestamente generó la Resolución No. 141, las Demandantes sostienen que este solo asciende a alrededor del 4 al 8 % de los costos totales del Sistema Nacional, y correspondía a costos que, en cualquier caso, habrían sido sufragados por otros generadores y no por los consumidores (Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 91-108).

(iii) En tercer lugar, la Demandada interpreta que el requisito relativo al “*mínimo costo*” del Artículo 12.1 atañe únicamente a los costos variables de las unidades de generación, e ignora otros costos (por ejemplo, los correspondientes a desequilibrios de frecuencia no corregidos y apagones) que OSINERGMIN deliberadamente optó por minimizar al asegurar el servicio de RSF mediante el despacho continuo del Proveedor de Base Firme<sup>384</sup>.

343. En conclusión, para las Demandantes, no cabe duda alguna de que las Bases de la Licitación, y el Acta de Compromiso en la que cristalizaron, garantizaban que el Proveedor de Base Firme sería despachado de forma continua independientemente de sus costos.

**ii. La arbitrariedad de la Resolución No. 141**

344. En el contexto de su interpretación de las Bases de la Licitación y del Acta de Compromiso, las Demandantes afirman que, al dictar la Resolución No. 141, Perú actuó de manera inadmisiblemente arbitraria en violación del estándar de NMT/TJE del Artículo 10.5 del Tratado, porque dicha Resolución revocó con carácter retroactivo la garantía de despacho continuo del adjudicatario de la Licitación que fuera consagrada en esos documentos. En opinión de las Demandantes, la revocación fue tan “*atroz*” [Traducción del Tribunal], que incluso habría supuesto una violación del estándar de *Neer*, de haber sido este aplicable<sup>385</sup>.

345. Las Demandantes invocan la definición de arbitrariedad aceptada por el tribunal en *EDF c. Rumania*, según la que una medida es arbitraria cuando reúne las siguientes características: (i) “*inflige un daño al inversor sin servir a ningún fin legítimo aparente*”; o (ii) no se “*basa en normas jurídicas, sino en la discrecionalidad, el prejuicio o la preferencia personal*”; o (iii) se adopta “*por motivos distintos de los aducidos por el responsable de la decisión*”; o (iv) se adopta “*en desprecio intencional del debido proceso y el procedimiento adecuado*”<sup>386</sup>. [Traducción del Tribunal]

---

<sup>384</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 90. Véase también Réplica, ¶¶ 147-148.

<sup>385</sup> Réplica, ¶ 285.

<sup>386</sup> *EDF (Services) Limited c. Rumania*, Caso CIADI No. ARB/05/13, Laudo, 8 de octubre de 2009 (CL-58), ¶ 303 [en adelante: “*EDF c. Rumania*”]. Las Demandantes resaltan que esa definición fue avalada por el propio Perú en otro caso (*Lidercón, S.L. c. República del Perú*, Caso CIADI No. ARB/17/9, Laudo, 6 de marzo de 2020 (CL-101), ¶ 168).

346. También señalan la definición de *Saluka c. República Checa*, en el que el Tribunal sostuvo que la arbitrariedad surge cuando el Estado adopta “*posiciones variables, a veces incluso contradictorias*” y actúa “*de manera incongruente en sus comunicaciones en general*”<sup>387</sup>. Asimismo, invocando *Owens-Illinois c. Venezuela*, agregan que la conducta de un Estado también es arbitraria cuando “*no responde a la ley, la justicia o la razón*”<sup>388</sup>. Según las Demandantes, otras decisiones de tribunales de inversión articularon el estándar de manera similar<sup>389</sup>. [Traducción del Tribunal]
347. Las Demandantes sostienen que la Resolución No. 141 fue inadmisiblemente arbitraria por los siguientes motivos: (i) revocó la garantía de despacho continuo del adjudicatario de la Licitación *después* de la adjudicación de la Licitación; (ii) constituyó una alteración sustancial de las Bases de la Licitación disfrazada de interpretación; (iii) revocó unilateralmente la garantía de despacho continuo, al tiempo que exigió a Kallpa GSA el cumplimiento de su compromiso de proveer el servicio de RSF sin remuneración (pues había ofertado cero soles por la provisión del servicio); (iv) se aplicó de forma retroactiva en contravención del principio de irretroactividad de las leyes del derecho peruano; (v) se dictó sin tener en cuenta los requisitos de OSINERGMIN —a saber, (a) obtener la opinión del COES antes de aprobar o modificar un procedimiento técnico, y (b) publicar una propuesta de texto en el Diario Oficial a fin de recibir comentarios de las partes interesadas, y, de ser necesario, celebrar una audiencia pública—; y (vi) como fuera revelado en el Informe de RSF de Uribe & Leyva, se dictó solo porque “*éstas [las centrales Kallpa y Las Flores] resultan inconvenientes para proveer RSF*”<sup>390</sup>.

---

<sup>387</sup> *Saluka Investments B.V. c. La República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 (CL-30), ¶¶ 417-419, citado en Memorial, ¶ 218 y Réplica, ¶ 376.

<sup>388</sup> Memorial, ¶ 214, donde se hace referencia a *OI c. Venezuela*, ¶ 494 y *Flughafen Zürich A.G. y Gestión e Ingeniería IDC S.A. c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/10/19, Laudo, 18 de noviembre de 2014 (CL-88), ¶ 585.

<sup>389</sup> Réplica, ¶ 376, donde se hace referencia a *AES c. Hungría*, ¶ 10.3.9; *Electrabel S.A. c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/07/19, Laudo, 25 de noviembre de 2015 (CL-93), ¶ 179; *Siemens c. Argentina*, ¶¶ 318-319; *Eureko B.V. c. República de Polonia*, CNUDMI, Laudo Parcial, 19 de agosto de 2005 (CL-29), ¶ 233; *Occidental Exploration and Production Company c. La República del Ecuador*, Caso LCIA No. UN3467, Sentencia Final, 1 de julio de 2004 (CL-24), ¶ 162.

<sup>390</sup> Memorial, ¶ 244; Réplica, ¶¶ 378-381; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 125.

## 2. Posición de la Demandada

### i. La garantía de despacho continuo de las Bases de la Licitación

348. La Demandada cuestiona que las Bases de la Licitación garantizaran un despacho continuo del Proveedor de Base Firme independientemente de sus costos, y sostiene que, por el contrario, sometían al Proveedor de Base Firme a una Optimización Conjunta.

349. Partiendo del PR-22, la Demandada argumenta que ninguna de las disposiciones invocadas por las Demandantes respalda su postura:

(i) Los Numerales 5.6 y 6.1.17(e) establecían que el Proveedor de Base Firme proveería el servicio de RSF únicamente en la medida en que reuniera los requisitos en el Programa Diario, sobre la base del Orden de Mérito. De hecho, el Numeral 5.6 expresamente señalaba que la *“asignación de la Reserva necesaria para la RS”* a cada unidad se basa en un procedimiento de Optimización Conjunta (es decir, ocurre de manera conjunta con la determinación del Programa Diario con base en el Orden de Mérito), que el COES expresamente es responsable de elaborar de conformidad con el Numeral 6.1.17(e)<sup>391</sup>.

(ii) El Numeral 9.3 se limitaba a disponer que la reserva de RSF del Proveedor de Base Firme se utilizaría con prioridad sobre la ofrecida en el Mercado de Ajuste o por un Proveedor de Base Variable. La implicación que se desprende es que, para proporcionar su reserva, el Proveedor de Base Firme debía calificar para ser incluido en el Programa Diario en función del Orden de Mérito<sup>392</sup>.

(iii) El Numeral 9.5.3, que establecía que la reserva del Proveedor de Base Firme *“se asignará y liquidará económicamente en cualquier caso”*, tan solo significaba que el Proveedor de Base Firme debía ser remunerado según la modalidad *take-or-pay* independientemente de que proveyera o no el servicio de RSF. El término *“asignada”* no es sinónimo de despachada, y solo se refería a la obligación del COES de considerar (*“asignar”*) la reserva del Proveedor de Base Firme en *“el*

---

<sup>391</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 130-131; Dúplica, ¶¶ 164-167.

<sup>392</sup> Dúplica, ¶¶ 237-239.

*cálculo [...] para el pago de los servicios de RSF*<sup>393</sup> [Traducción del Tribunal]. Esto queda ratificado por el Artículo 2.2 del Anexo IV de la PR-22, que establece que la retribución del Proveedor de Base Firme se basará en la reserva *“asignada”*<sup>394</sup>.

(iv) El Numeral 11.8, según el cual las unidades que entren en el Programa Diario *“sin establecer el costo marginal”* para proveer servicios de RSF tienen derecho a recuperar sus costos de conformidad con el PR-33, no puede interpretarse en el sentido de que establece el mecanismo de remuneración para el despacho continuo del Proveedor de Base Firme. Ello queda demostrado por el hecho de que el PR-33 solo hace referencia a las centrales térmicas, mientras que el Proveedor de Base Firme podría haber utilizado una tecnología diferente para producir energía<sup>395</sup>. De hecho, el Numeral 11.8 establece el mecanismo de remuneración para la *“circunstancia excepcional de que un proveedor de servicios de RSF sea una central térmica e incurra en costos”* [Traducción del Tribunal] por inflexibilidad operativa (ya sea causada por el despacho económico o forzado), que constituye el objeto del PR-33<sup>396</sup>.

350. La Demandada asevera que la interpretación de las Demandantes del PR-22 también hace caso omiso del hecho de que el despacho de unidades fuera del Orden de Mérito solo está permitido para operaciones de seguridad y tensión (el llamado Despacho Forzado)<sup>397</sup>. Contrariamente a lo aducido por las Demandantes, el servicio de RSF no es una operación de seguridad, ya que no se menciona en el PR-8 (que regula las operaciones de seguridad), y el PR-22 (que regula los servicios de RSF) no hace referencia ni a las operaciones de seguridad ni al PR-8<sup>398</sup>. De hecho, a diferencia

---

<sup>393</sup> Dúplica, ¶¶ 246-248; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 46-47.

<sup>394</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 48-49.

<sup>395</sup> El Numeral 7.1 del PR-33 simplemente indica que existe una situación en la que la compensación por inflexibilidad operativa se proporciona fuera del despacho económico. Dado que las operaciones de tensión y las operaciones de seguridad son las dos únicas operaciones que se producen fuera del despacho económico, el Numeral 7.1 se refiere necesariamente a esas dos operaciones. Véanse Dúplica, ¶¶ 178-179; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 25-31.

<sup>396</sup> Véase Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 30.

<sup>397</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 7, 8, 62, 101; Dúplica, ¶¶ 82-84; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 21.

<sup>398</sup> Dúplica, ¶¶ 85-88; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 20-24, donde se hace referencia al PR-8, 26 de noviembre de 2014 (R-17). La Demandada señala que, a diferencia de la RSF, las



del servicio de RSF, las operaciones de seguridad son contingencias efímeras e inesperadas. Además, aunque la provisión de servicios de RSF fuera una operación de seguridad, seguiría estando sujeta al Principio de Despacho Económico<sup>399</sup>.

351. La Demandada también sostiene que las Demandantes no merecen protección porque su interpretación del PR-22 no se basó en una debida diligencia<sup>400</sup> y porque no obtuvieron confirmación de dicha interpretación por parte de OSINERGMIN<sup>401</sup>.
352. En cuanto a la Nota Técnica 1, la Demandada no parece refutar que esta prevé un despacho continuo del Proveedor de Base Firme<sup>402</sup>. Sin embargo, enfatiza que su autor, el COES, es una entidad privada que no podía derogar de forma válida el PR-22 y la legislación peruana, que le exigían asignar la reserva para los servicios de RSF sobre la base de la Optimización Conjunta<sup>403</sup>. La Demandada también sostiene que el COES hizo caso omiso de la carta de OSINERGMIN de 16 de diciembre de 2015 en la que se le remitía el Estudio de EE que recomendaba la inclusión de la reserva para RSF *“en las restricciones del modelo de optimización”*<sup>404</sup>, donde el término *“restricción”* significaba una *“limitación”* que debía ser considerada *“al momento de determinar los medios para proveer los servicios eléctricos principales y complementarios al mínimo costo posible”*<sup>405</sup>. [Traducción del Tribunal]

---

operaciones de seguridad son para situaciones de emergencia imprevistas en las que puede eludirse el Principio de Despacho Económico.

<sup>399</sup> De hecho, incluso en el caso de las operaciones de seguridad, el COES debe aplicar el Principio de Despacho Económico y elegir el generador que pueda hacer frente a la emergencia con los mínimos costos posibles. Memorial de Contestación, ¶¶ 63, 102; Dúplica, ¶¶ 89-90; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 24.

<sup>400</sup> Dúplica, ¶¶ 193-195, 499; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 35, 50, 55, 62, 148, 184-186.

<sup>401</sup> Dúplica, ¶¶ 204, 499; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 184.

<sup>402</sup> En efecto, en su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada señala que al emitir la Nota Técnica 1 el COES *“no implementó el procedimiento de asignación conjunta en virtud del Numeral 6.1.17 del PR-22 para asignar la reserva para los servicios de RSF dentro del modelo de despacho económico, tal como lo había solicitado OSINERGMIN”* [Traducción del Tribunal] (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 51).

<sup>403</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 106-108; Dúplica, ¶¶ 183-186; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 55.

<sup>404</sup> Memorial de Contestación, ¶ 109; Dúplica, ¶¶ 188-189; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 52-54.

<sup>405</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 52. Véase también Dúplica, ¶ 189.

353. Con respecto a los Lineamientos, la Demandada señala que las Demandantes las invocan únicamente porque incorporaron el PR-22 y la Nota Técnica 1, que, no obstante —si se leen como sugiere la Demandada— no sustentan la proposición de que al Proveedor de Base Firme se le garantizó el despacho continuo.
354. La Demandada niega que los antecedentes de la redacción del PR-22 confirmen la interpretación de las Bases de la Licitación de las Demandantes<sup>406</sup>. Además, sugiere que ningún otro generador compartía esa interpretación, tal como lo demuestra el hecho de que, a diferencia de Kallpa GSA, ninguno de ellos ofertó cero soles<sup>407</sup>. La Demandada resta importancia al intercambio entre Engie y OSINERGMIN atinente a la propuesta de Lineamientos, y asevera que el silencio de OSINERGMIN sobre el comentario de Engie de que el Proveedor de Base Firme sería despachado continuamente no puede considerarse aquiescencia, porque OSINERGMIN solo tenía que concentrarse —como lo hizo— en la pregunta de Engie (que versaba sobre si la tecnología de los ofertantes sería un factor relevante para la adjudicación de la Licitación)<sup>408</sup>.
355. Por último, la Demandada argumenta que la interpretación de las Bases de la Licitación esgrimida por las Demandantes es irreconciliable con el Principio de Despacho Económico, consagrado en el Artículo 12.1 de la Ley 28832. En su presentación, la Demandada afirma que dicho principio “*resulta aplicable a todos los aspectos del sistema eléctrico peruano*”<sup>409</sup> [Traducción del Tribunal], y exige que el COES opere el sistema al mínimo costo<sup>410</sup>. El despacho continuo del Proveedor de Base Firme, en cambio, habría generado importantes costos inútiles.
356. La Demandada hace hincapié en que otros generadores también consideraron que la interpretación de las Demandantes de las Bases de la Licitación era contraria al Principio de Despacho Económico. Señala que, en el mes de junio de 2016, poco antes de que los generadores presentaran sus Costos Declarados para las centrales

---

<sup>406</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 75-96; Dúplica, ¶¶ 106-156.

<sup>407</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 270-271; Dúplica, ¶ 499; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 41.

<sup>408</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 167-176.

<sup>409</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 10. Véanse Memorial de Contestación, ¶¶ 4, 34, 55, 99; Dúplica, ¶¶ 3, 67, 81, 135, 138.

<sup>410</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 13, 41, 54-55, 73, 82, 95-96; Dúplica, ¶ 253; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 17 y ss.

alimentadas con gas natural, por lo menos 7 empresas destacaron ante OSINERGMIN que una interpretación del PR-22 que garantizara el despacho continuo de las unidades de Kallpa GSA independientemente de los costos causaría “*importantes sobrecostos*” en violación de dicho Principio<sup>411</sup>.

357. En respuesta a la afirmación de las Demandantes de que, además de minimizar costos, el Artículo 12.1 de la Ley 28832 exige al COES preservar la seguridad del Sistema Nacional y lograr el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos, la Demandada argumenta que los dos últimos incisos del Artículo 12.1 (la preservación de la seguridad del sistema y el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos) no suplantán al primer punto (la minimización de costos), aun cuando “[l]as dos proposiciones subsidiarias modifican la proposición principal”<sup>412</sup> [Traducción del Tribunal]. Así lo confirmaron el propio testigo de las Demandantes, el Sr. Guerra, y los peritos, el Sr. Torres y la Sra. Bambaci, quienes reconocieron que el Sistema Nacional debe ser operado al mínimo costo posible<sup>413</sup>.
358. La conclusión de la Demandada es que las Demandantes intentaron burlar al sistema invocando su interpretación de las Bases de la Licitación: intentaron asegurarse una inclusión continua y automática de sus unidades en el Programa Diario para proveer no solo el Servicio de RSF, sino también electricidad al sistema, de modo que pudieran declarar (y recuperar) la totalidad de sus costos, aunque fueran sustancialmente superiores a los costos marginales del sistema<sup>414</sup>.

**ii. La arbitrariedad de la Resolución No. 141**

359. La Demandada no parece refutar la definición de arbitrariedad de las Demandantes, que abarca las medidas estatales que no se “*basa[n] en normas jurídicas, sino en la discrecionalidad, el prejuicio o la preferencia personal*”, que se adoptan “*en desprecio intencional del procedimiento adecuado y el debido proceso*” o “*por motivos distintos de los aducidos por el responsable de la decisión*”, y que contradicen o son

---

<sup>411</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 124-125; Dúplica, ¶ 231; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 42.

<sup>412</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 12. Véase también Dúplica, ¶¶ 17, 57-63.

<sup>413</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 10-18, donde se hace referencia a Tr. Día 2, 479:14-30, 482:15-483:1 (interrogatorio del Sr. Guerra); Tr. Día 6, 1228:22-1230:2 (interrogatorio del Sr. Torres); Tr. Día 6, 1292:6-7 (interrogatorio de la Sra. Bambaci).

<sup>414</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 3, 116-119, 152, 154; Dúplica, ¶¶ 13, 211, 216, 223, 272, 274.

incongruentes con medidas u objetivos de políticas anteriores. Sin embargo, afirma que ninguna de esas articulaciones de la arbitrariedad “*resulta aplicable a la Resolución No. 141*”<sup>415</sup>. [Traducción del Tribunal]

360. Para empezar, la Demandada rechaza la alegación de las Demandantes de que la Resolución No. 141 era contraria a los estándares jurídicos aplicables porque violaba el principio de irretroactividad del derecho peruano. En su opinión, lejos de alterar de forma retroactiva las Bases de la Licitación, la Resolución se limitó a aclarar lo que ya se desprendía del PR-22: que el Proveedor de Base Firme estaría sujeto a la Optimización Conjunta y, en consecuencia, no sería despachado en forma continua independientemente de los costos<sup>416</sup>. En cualquier caso, la Resolución No. 141 no modificó con carácter retroactivo la remuneración por los servicios ya provistos, sino que se aplicó solo de forma prospectiva a los servicios futuros<sup>417</sup>.
361. Además, la Demandada rechaza el argumento de que OSINERGMIN dictó la Resolución No. 141 en desprecio intencional de los procedimientos legales y del debido proceso en virtud del derecho peruano. Sostiene que OSINERGMIN no tenía la obligación de solicitar la opinión del COES antes de dictar la Resolución No. 141, ya que dicho requisito solo se aplica a las modificaciones (y no a las aclaraciones) de las resoluciones existentes. Además, según la Demandada, OSINERGMIN no tenía la obligación de publicar un proyecto de la Resolución No. 141 para solicitar comentarios del público, ya que dicho requisito puede obviarse en caso de urgencia. Tal fue el caso del dictado de la Resolución No. 141: debido a que se acercaba el vencimiento del plazo para que los generadores presentaran sus Costos Declarados, OSINERGMIN necesitaba aclarar el contenido del PR-22 con urgencia<sup>418</sup>.
362. Por último, la Demandada argumenta que no hay pruebas de que la Resolución No. 141 se dictara porque Perú se dio cuenta *a posteriori* de que habría sido demasiado costoso remunerar a las centrales de las Demandantes. Dicha proposición no se ve

---

<sup>415</sup> Dúplica, ¶ 505. Véase también Memorial de Contestación, ¶ 273.

<sup>416</sup> Según la Demandada, el hecho de que OSINERGMIN procurara asegurarse de que los proveedores de electricidad entendieran correctamente el PR-22 “*no demuestra que Perú actuó de manera arbitraria, sino, más bien, que tuvo cuidado de tratar a todos los proveedores de electricidad de manera equitativa y de ser totalmente transparente con respecto a sus objetivos de distribución de energía*” [Traducción del Tribunal] (Memorial de Contestación, ¶ 275).

<sup>417</sup> Memorial de Contestación, ¶ 275; Dúplica, ¶ 507.

<sup>418</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 141-150; Dúplica, ¶¶ 255-260.

sustentada por el Informe de RSF de Uribe & Leyva, puesto que este fue encargado tras el dictado de la Resolución No. 141, y no puede elucidar las razones que subyacen a dicha Resolución<sup>419</sup>.

### **3. La decisión del Tribunal**

363. La primera cuestión ante el Tribunal es si Perú incumplió su obligación en virtud del estándar de NMT/TJE del Tratado de no adoptar ningún tipo de conducta gravemente arbitraria al emitir la Resolución No. 141. En esta Sección, el Tribunal procede a analizar, en primer lugar, la cuestión preliminar que surge en tal sentido, es decir, si se garantizó a las unidades de Kallpa GSA un despacho permanente conforme a las Bases de la Licitación (**Sección i**) y luego si, tal como alegan las Demandantes, la Resolución No. 141 revocó esa garantía de manera gravemente arbitraria (**Sección ii**).

#### **i. Si las Bases de la Licitación garantizaban el despacho permanente de la Provisión Base Firme**

364. Las Partes ofrecen interpretaciones radicalmente diferentes de las Bases de la Licitación. Las Demandantes sugieren que esas Bases –y el Acta de Compromiso en la cual se cristalizaron– garantizaban al ganador de la Licitación una inclusión continua en el Programa Diario, sin perjuicio de los costos. Esto es refutado por la Demandada, la cual sostiene que las Bases de la Licitación establecían que solo se despacharía al ganador de la Licitación si este reunía los requisitos necesarios del Programa Diario en función del Orden de Mérito (la denominada Optimización Conjunta).

365. Antes de analizar si las Bases de la Licitación garantizaban el despacho continuo, es útil examinar los antecedentes de redacción del PR-22, que brindan una suerte de trasfondo del significado de las Bases de la Licitación.

#### **a. Antecedentes de redacción del PR-22**

366. El PR-22 fue la culminación de la reforma del Perú que tenía por objeto mejorar el sistema de RSF y la seguridad del Sistema Nacional que comenzó en el año 2011.

---

<sup>419</sup> Dúplica, ¶ 509.

367. Hasta el año 2011, en Perú, los servicios de RSF eran prestados, de manera gratuita, por dos centrales hidroeléctricas ubicadas en el norte y en el sur del país<sup>420</sup>. El sistema de RSF funcionaba “de forma manual”, lo que significa que, en caso de desequilibrio en el sistema, el COES tenía que llamar físicamente al operador de la central eléctrica que prestaba el servicio de RSF y pedirle que redujera o aumentara su producción<sup>421</sup>. En consecuencia, los tiempos de respuesta eran largos y conllevaban elevados riesgos de apagones parciales.
368. Para corregir esto, el 18 de agosto de 2011, la Dirección General de Electricidad, que estaba a cargo de proponer políticas para regular el sector energético, emitió la Resolución No. 69 que establecía que, en adelante, el servicio de RSF sería voluntario y remunerado, y encomendó al COES la preparación de un nuevo Procedimiento Técnico (que sería el PR-22), sujeto a aprobación de OSINERGMIN, con el objeto de reformar el sistema de RSF<sup>422</sup>. La finalidad de la reforma era introducir un sistema AGC automatizado para la prestación de servicios de RSF, que permitiría reducir, de manera drástica, el tiempo de respuesta ante desequilibrios y, de esa forma, incrementar la seguridad y confiabilidad del Sistema Nacional<sup>423</sup>.
369. De conformidad con la Resolución No. 69, y sobre la base del Informe de XM, en el mes de diciembre de 2012, el COES finalizó su propuesta del PR-22 (es decir, la Propuesta del COES) y la compartió con OSINERGMIN para su revisión y aprobación<sup>424</sup>. La Propuesta del COES contemplaba que la reserva de RSF se asignaría principalmente mediante la Optimización Conjunta. Esa propuesta fue rechazada por OSINERGMIN por contener ciertos “vacíos”, por ejemplo, con respecto al modo de prestación del servicio de RSF<sup>425</sup>. En consecuencia, la propia OSINERGMIN se encargó de preparar una nueva propuesta.

---

<sup>420</sup> Memorial, ¶ 66; Réplica, ¶ 53; Memorial de Contestación, ¶ 69; Dúplica, ¶ 73.

<sup>421</sup> Memorial, ¶ 67; Réplica, ¶ 54(c); Memorial de Contestación, ¶ 69; Dúplica, ¶ 73.

<sup>422</sup> Memorial, ¶ 71; Réplica, ¶ 55; Memorial de Contestación, ¶ 70; Dúplica, ¶ 73. Véase también Resolución No. 14 del Ministerio de Energía, 3 de marzo de 2005, modificada por la Resolución de la Dirección General de Electricidad de 18 de agosto de 2011 (C-48).

<sup>423</sup> Memorial, ¶ 68; Réplica, ¶ 54(c); Memorial de Contestación, ¶ 70; Dúplica, ¶ 73. CWS-Frisancho I, ¶ 38.

<sup>424</sup> Carta del COES No. COES/D-644-2012, 19 de diciembre de 2012 (C-90). Memorial, ¶ 72; Memorial de Contestación, ¶ 76.

<sup>425</sup> Resolución No. 195 de OSINERGMIN, 4 de octubre de 2013 (C-50), pág. 2.

370. En el mes de noviembre de 2013, OSINERGMIN publicó la Primera Propuesta del PR-22. Las Partes coinciden en que esta se basó en las recomendaciones del Informe de Indra (un estudio preparado por la empresa consultora española Indra a pedido del Ministerio de Economía del Perú para ayudar a OSINERGMIN a diseñar un sistema de RSF automatizado)<sup>426</sup>. No obstante, difieren en cuanto a su interpretación.
371. Dado que la Primera Propuesta del PR-22 de OSINERGMIN es, en esencia, idéntica al PR-22 definitivo, que se analiza *infra*, el Tribunal no necesita detenerse en ella. El Informe de Indra, en cambio, merece una mayor atención, ya que describe el mercado peruano en aquel entonces y el tipo de sistema de RSF que se le recomendó implementar a OSINERGMIN.
372. El Informe de Indra observó que el mercado peruano no se encontraba lo suficientemente desarrollado como para permitir la asignación de servicios de RSF solo a través del Mercado de Ajuste, la cual que se consideraba la manera más redituable de otorgar servicios de RSF ya que se basaría en la Optimización Conjunta<sup>427</sup>. Por este motivo, y a fin de incentivar a los operadores a realizar las inversiones necesarias para actualizar sus centrales de modo que puedan prestar servicios de RSF automatizados y presentar ofertas para convertirse en prestadores de servicios de RSF, Indra recomendó, a corto plazo, adjudicar el servicio de RSF a Proveedores de Base principalmente a través de contratos por varios años (también denominados “*contratación bilateral*”)<sup>428</sup>, utilizando el Mercado de Ajuste, de ser necesario, para complementar la reserva de RSF requerida<sup>429</sup>.

---

<sup>426</sup> Informe de Indra, 24 de febrero de 2014 (C-94). Véanse Memorial, ¶ 77; Memorial de Contestación, ¶¶ 77, 82; Réplica, ¶¶ 65, 71.

<sup>427</sup> Memorial, ¶ 76; Réplica, ¶ 66; Dúplica, ¶¶ 120-121; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 47.

<sup>428</sup> Informe de Indra, 24 de febrero de 2014 (C-94), pág. 62.

<sup>429</sup> Memorial, ¶ 76; Memorial de Contestación, ¶ 78; Réplica, ¶ 67; Dúplica, ¶ 121; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 47. Esto se confirma también en el texto de la Primera Propuesta del PR-22, que establece que “*dado que el mercado para el servicio de Regulación Secundaria recién se encuentra en desarrollo se propone que la asignación del servicio se realizará para periodos temporales de largo plazo (Provisión Base) y de corto plazo (Mercado de Ajuste) siendo el procedimiento de asignación diferente para cada caso*”, y señala que “[l]a asignación de largo plazo tendrá como finalidad, brindar el incentivo para que las empresas generadoras puedan implementar sus equipos de generación para brindar este servicio, con una compensación y una banda mínima comprometida por varios años. Mientras que la asignación de corto plazo deberá permitir que el COES pueda cubrir la necesidad de reserva, cuando no tenga lo suficiente con la asignación de largo plazo” (Primera Propuesta del PR-22, 28 de noviembre de 2013 (C-51), numeral 2.2.3). Véase también Informe Anterior a la Publicación, enero de 2014 (C-52), numeral 3.2.2

373. Más importante aún, a los efectos del presente análisis, el Informe de Indra también recomendó que:

En el algoritmo de asignación [que programa unidades en el Programa Diario en función del costo] debe tenerse en cuenta como **condición de contorno**, la reserva que ya está comprometida mediante actas de compromiso (contratación bilateral o Provisión base), de modo que las unidades que suministran la Provisión Base deberán ser adecuadamente programadas para asegurar el suministro y la reserva que aportan no debe ser tenida en cuenta a la hora de optimizar<sup>430</sup>.

374. En opinión del Tribunal, las Demandantes tienen razón en que el término “*condición de contorno*” hace referencia al hecho de que la reserva de RSF de los Proveedores de Base se consideraría una limitación en el algoritmo de asignación, es decir, no estaría sujeta a ese algoritmo y, por lo tanto, se incluiría siempre en el Programa Diario. En cambio, la sugerencia de la Demandada de que el término “*condición de contorno*” hace referencia a “*la cantidad máxima de energía del Proveedor de Base que puede despacharse en el Programa Diario de Despacho sin afectar la capacidad del proveedor de prestar los servicios de RSF que se comprometió a prestar*” carece de fundamento<sup>431</sup>. De hecho, el párrafo reza, asimismo, que la reserva del Proveedor de Base no debería “*tenerse en cuenta al momento de la optimización*”, lo que significa que no estaría sujeta a Optimización Conjunta y, por ende, siempre estaría incluida en el Programa Diario.
375. La Demandada enfatiza que “*Indra no afirmó que los Proveedores de Base Firme estarían incluidos en el despacho diario de electricidad (el servicio principal), sin perjuicio de los costos*”, sino solo que la reserva “*comprometida a través de un mecanismo de provisión de base se encontraba fuera de la optimización*”<sup>432</sup>. Sin embargo, esta distinción es irrelevante. Está claro que, para poder proporcionar la reserva de RSF, debe haber un generador en funcionamiento (es decir, despachando energía al Sistema Nacional). Por lo tanto, la afirmación de Indra de que la reserva de RSF de la Provisión Base se encuentra exenta de la Optimización Conjunta (y, por ende, obligatoriamente incluida en el Programa Diario) necesariamente implica que el proveedor de dicha reserva, el Proveedor Base, también debe estar exceptuado de

---

<sup>430</sup> Informe de Indra, 24 de febrero de 2014 (C-94), pág. 21 (énfasis agregado)

<sup>431</sup> Dúplica, ¶ 125.

<sup>432</sup> Dúplica, ¶ 126.



la Optimización Conjunta (y, por ende, obligatoriamente despachado), ya que, de lo contrario, no podría prestar la reserva de RSF en caso de ser necesario<sup>433</sup>.

376. Otros dos pasajes del Informe de Indra confirman que Indra consideraba que la Provisión Base no estaba sujeta a Optimización Conjunta. El primero es el Numeral 4.2.3.1, en la cual, al describir la “*contratación bilateral*” (es decir, la Provisión Base), Indra explicó que:

En el caso de que haya gran concentración de mercado que haga poco eficiente un proceso de optimización económica (que puede ser el caso de la zona Norte del Perú si se opta por una regulación zonal) o para proveer una implementación transitoria mientras se adecuen los procedimientos y procesos, **se recomienda recurrir a la contratación bilateral**<sup>434</sup>.

377. Al recomendar la “*contratación bilateral*” (es decir, la Provisión Base) cuando “*un proceso de optimización económica*” (es decir, la Optimización Conjunta) resulta ineficiente, Indra aparentemente consideró que la Provisión Base y la Optimización Conjunta eran mutuamente excluyentes. El primer pasaje también es importante porque reza que la Provisión Base se recomienda en tanto “*los procedimientos y procesos*” para la prestación de servicios de RSF se “*adecuen*”, que fue lo que ocurrió en Perú en aquel entonces.

378. El otro pasaje que demostró que los Proveedores de Base no estarían sujetos a Optimización Conjunta comprende las páginas 36-37, en las que Indra recomendó lo siguiente:

ya no aplicaría un “*ranking*” que considere programa diario exclusivamente, sino un ranking de criterio “*mixto*”, que arranque otras unidades distintas a las que habría si no se incluyera el servicio de secundaria, con el objetivo de que estén en un punto de funcionamiento que les permita suministrar el servicio de RS. Es decir, adicionalmente a la minimización de costos combustibles y no

---

<sup>433</sup> El Tribunal tampoco acepta el argumento de la Demandada de que la interpretación de que este pasaje del Informe de Indra sugiere que los Proveedores de Base estarían programados en el Programa Diario sin perjuicio de los costos entraría en conflicto con la interpretación compartida de las Partes de que los Proveedores de Base Variable se despacharían “*de conformidad con el Programa Diario de Despacho*” [Traducción del Tribunal], es decir, solo si reunían los requisitos del Orden de Mérito en función de sus costos (Dúplica, ¶ 127). Ni el Informe de Indra ni las propuestas del PR-22 indican que el despacho de Proveedores de Base Variable estuviera sujeto a esa condición. De hecho, la noción de que los Proveedores de Base Variable se despacharían en función de los costos (es decir, en función de una competencia de costos con el Mercado de Ajuste) surgió por primera vez recién en el PR-22 (Numeral 9.5.3). Por ende, no es contradictorio interpretar el Informe de Indra en el sentido de que recomienda el despacho de Proveedores de Base sin perjuicio de los costos.

<sup>434</sup> Informe de Indra, 24 de febrero de 2014 (C-94bis), Numeral 4.2.3.1.

combustibles, existe otro criterio que es la puesta a disposición de Reserva Secundaria para dotar de estabilidad al sistema y ambos criterios, aplicados conjuntamente o en pasos sucesivos, generan el ranking<sup>435</sup>.

379. Lo antedicho es un fuerte indicio de que, según Indra, las unidades que se incluirán en el Programa Diario ya no serían las únicas con el costo más bajo, sino que también abarcarían aquellas comprometidas en la “*provisión de servicios de RSF*”, lo cual sería en sí un criterio excluyente para poder incluir una unidad en el Programa Diario, sin perjuicio de sus costos.
380. La Demandada sugiere que el párrafo precedente del Informe de Indra confirma que los Proveedores de Base estaban sujetos a Optimización Conjunta porque, según se explica en dicho párrafo, ese pasaje recomienda tomar en cuenta los costos “*del suministro de electricidad (el servicio principal) y de la prestación de servicios complementarios a fin de obtener la solución más redituable*”<sup>436</sup>. Sin embargo, ese párrafo no contiene ninguna referencia a los “*costos*” de la prestación del servicio de RSF ni sugiere que dichos costos deberían considerarse junto con los del suministro de energía para crear el Programa Diario, que es cómo funciona la Optimización Conjunta.
381. En el mes de enero de 2014, OSINERGMIN publicó la Segunda Propuesta del PR-22 (la cual, si bien fue más detallada, era básicamente similar a la Primera Propuesta), como también un Informe Anterior a la Publicación que explicaba su contenido. El Informe Anterior a la Publicación indica que OSINERGMIN había aceptado la sugerencia de Indra de que la “*reserva de Provisión Base*” fuera una “*condición de contorno*”, en otras palabras, una excepción al funcionamiento del algoritmo de asignación (basado en costos) y, por ende, que los Proveedores de Base no estuvieran sujetos a ese algoritmo. De hecho, en el Numeral 3.2.3, el Informe Anterior a la Publicación indicaba lo siguiente:

Se propone mantener la propuesta del COES en cuanto a una optimización conjunta programa/reserva secundaria (*Unit Commitment*) debido a que resultaría difícil hacer convivir un modelo de ejecuciones puntuales de un *Unit Commitment* basado en costos, como es la programación diaria actual del Perú, con un modelo de mercado separado para banda secundaria. [...]

No obstante, el algoritmo de asignación debe tener en cuenta como condición de contorno adicional la reserva de Provisión Base, de modo que las unidades

---

<sup>435</sup> Informe de Indra, 24 de febrero de 2014 (C-94bis), págs. 36-37.

<sup>436</sup> Dúplica, ¶ 129.

que suministran la Provisión Base deberán ser adecuadamente programadas para asegurar el suministro y la reserva mínima que aportan no debe ser tomada en cuenta a la hora de optimizar.

382. La Demandada aduce que el segundo párrafo de este pasaje no puede interpretarse en el sentido de que excluye a los Proveedores de Base de la Optimización Conjunta, ya que el primer párrafo indica expresamente que OSINERGMIN mantuvo la propuesta del COES de aplicar la Optimización Conjunta. Esto ignora el hecho de que el segundo párrafo comienza con el adverbio “*no obstante*”, que indicaría un contraste o una excepción con respecto al párrafo anterior (en este caso, que la Optimización Conjunta resulta aplicable en todos los casos).
383. El Informe Anterior a la Publicación también estableció en el Numeral 3.7 que el “*servicio de regulación secundaria es [...] un servicio costoso para el sistema*”, pero necesario para asegurar su “*estabilidad y calidad*”. Esto indica que OSINERGMIN entendía que existe una tensión inevitable entre minimizar los costos y garantizar la seguridad del sistema mediante servicios de RSF, y que aceptaba un término medio entre ambos con vistas a mejorar el sistema de RSF y, con ello, la confiabilidad del Sistema Nacional.
384. Por último, antes de promulgar el PR-22, en el mes de marzo de 2014, OSINERGMIN publicó un Informe de Contestación, en el que abordaba preguntas y comentarios de generadores sobre la Segunda Propuesta del PR-22. Las Partes se han centrado en la respuesta de OSINERGMIN a una pregunta del COES sobre la compensación de “*unidades forzadas [que operen] (fuera del ranking) para brindar la Regulación Secundaria*”. OSINERGMIN explicó que esas unidades serían compensadas “*con la finalidad de que no existan dudas de que la[s] unidad[es] no presentaría[n] pérdidas por su operación*”<sup>437</sup>. Independientemente de a qué se referían el COES y OSINERGMIN con “*unidades forzadas*”<sup>438</sup>, este intercambio demuestra, al menos, que no consideraron inconcebible el despacho de unidades de RSF fuera del Orden de Mérito.

---

<sup>437</sup> Informe de Contestación, marzo de 2014 (C-54), Numeral 2.1.11.

<sup>438</sup> Las Demandantes alegan que dicho término se refería a aquellas unidades (es decir, los Proveedores de Base) que se despacharían, de manera continua, sin perjuicio de los costos para prestar el servicio de RSF (Memorial, ¶ 87; Réplica, ¶¶ 82-83; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 55-56), en tanto la Demandada aduce que se refería a unidades despachadas en “*circunstancias excepcionales*”, a fin de “*garantizar que el servicio fuera prestado por un generador*” [Traducción del Tribunal] (Dúplica, ¶ 155. Véase también Memorial de Contestación, ¶ 94).

385. En vista de lo expuesto, el Tribunal concluye que los antecedentes de redacción del PR-22 proporcionan dos elementos útiles para la interpretación de las Bases de la Licitación. El primero es que, al momento en el que se encontraba diseñando el nuevo sistema de RSF y en función del asesoramiento de expertos, OSINERGMIN no consideraba que el mercado peruano estuviera listo para la Optimización Conjunta, el cual representa el mecanismo más redituable para asignar servicios de RSF. El segundo elemento es que, dado que el mercado peruano no estaba listo para ese mecanismo, Perú aceptó, a consciencia, diseñar un nuevo sistema de RSF que conllevaría costos mayores para el Sistema Nacional que uno basado en la Optimización Conjunta<sup>439</sup>.
386. El Tribunal procederá ahora a analizar las Bases de la Licitación (es decir, el PR-22, la Nota Técnica 1 y los Lineamientos), que luego se cristalizaron en el Acta de Compromiso y constituyeron la base legal que rige el Servicio de RSF, y el impacto del Principio de Despacho Económico en su interpretación.

**b. PR-22**

387. El PR-22, primordial en la presente controversia, fue emitido por OSINERGMIN el 29 de marzo de 2014. Sobre la base de los Numerales 9.3, 9.5.3(a), 9.5.10 y 11.8, las Demandantes aducen que el PR-22 garantizaba que el adjudicatario de la Licitación siempre estaría incluido en el Programa Diario para prestar el servicio de RSF y despachar energía, sin perjuicio de sus costos. La Demandada rechaza esta interpretación y, sobre la base de los Numerales 5.6 y 6.1.17(e), alega que, conforme al PR-22, el adjudicatario de la Licitación estaría sujeto a Optimización Conjunta (es decir, se incluiría en el Programa Diario solo si cumple los requisitos del Orden de Mérito).
388. Tal como se explicara *infra*, también a la luz de los antecedentes de redacción del PR-22, el Tribunal acepta el argumento de las Demandantes de que (al menos, de manera implícita) los Numerales 9.3, 9.5.3(a), 9.5.10 y 11.8 contienen una garantía

---

<sup>439</sup> En particular, se acepta la asignación de servicios de RSF principalmente a Proveedores de Base, que se incluirían en el Programa Diario para proveer esos servicios, aunque sus costos variables fueran más altos que los costos marginales del sistema. La única diferencia es que los Proveedores de Base Firme se incluirían en todo caso, mientras que los Proveedores de Base Variable solo se incluirían si fuera necesario complementar la reserva de RSF provista por los Proveedores de Base Firme (Informe de Indra, 24 de febrero de 2014 (C-94bis), págs. 10-11; Segunda Propuesta del PR-22, 16 de enero de 2014 (C-53), Numeral 9.4.3; Informe Anterior a la Publicación, enero de 2014 (C-52), Numeral 3.2.2).

de despacho continuo para el Proveedor de Base Firme, y que esto no es refutado por los Numerales 5.6 y 6.1.17(e). Cada una de estas disposiciones es analizada *infra*.

389. La primera disposición que citan las Demandantes es el Numeral 9.3 del PR-22, que establece lo siguiente:

[l]a Reserva [de RSF] requerida **se cubre primero** con las URS que tengan cantidades comprometidas en firme en la Provisión Base, mientras que, con el Mercado de Ajuste y las cantidades no comprometidas en firme de la Provisión Base, se cubre lo faltante<sup>440</sup>.

390. Al indicar que la cantidad necesaria de reserva de RSF debe ser cubierta “*primero*” por el Proveedor de Base Firme, esta disposición debe interpretarse en el sentido de que exige que el Proveedor se despache de forma continua. El motivo es técnico. Tal como reconociera la Demandada<sup>441</sup>, el Proveedor solo puede prestar el servicio de RSF si ya se encuentra despachando energía al sistema. Por lo tanto, solo puede proporcionar la reserva de RSF “*primero*”, a tenor de lo exigido por el Numeral 9.3, si es despachado de manera continua (es decir, si siempre se lo incluye en el Programa Diario). En otras palabras, sin un despacho continuo, el Proveedor de Base Firme sería incapaz de prestar la reserva de RSF con prioridad respecto de otros generadores, tal como lo exige el Numeral 9.3.
391. La Demandada intenta eludir esta conclusión mediante una interpretación del Numeral 9.3 en el sentido de que exige que la reserva de RSF sea cubierta “*primero*” por el Proveedor de Base Firme, en tanto este califique en el Orden de Mérito<sup>442</sup>. Sin embargo, esto implica interpretar una condición inexistente en el Numeral 9.3. Es lógico suponer que, si los redactores del PR-22 hubiesen deseado que el requisito de prioridad del Numeral 9.3 solo tuviera efecto si el Proveedor de Base Firme califica en el Orden de Mérito, lo habrían mencionado de manera explícita.
392. El hecho de que la reserva de RSF del Proveedor de Base Firme se incluiría obligatoriamente en el Programa Diario (y, por lo tanto, que el Proveedor se despacharía de manera continua para prestarla) también resulta confirmado por medio de los Numerales 9.5.3 y 9.5.10, que deben analizarse juntos ya que ambos

---

<sup>440</sup> Original en español. No se requiere de traducción.

<sup>441</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 9, 66; Dúplica, ¶¶ 7, 71.

<sup>442</sup> Memorial de Contestación, ¶ 97(v); Dúplica, ¶¶ 160, 239-245.

establecen criterios pertinentes para la asignación de la reserva de RSF entre los distintos generadores aptos.

393. El Numeral 9.5.3 establece lo siguiente:

Las cantidades en Provisión Base podrán estar divididas en dos bloques con precios que podrán ser distintos, según se acuerde en el acta de compromiso:

- a) Un bloque de Reserva comprometida en firme que se asignará y liquidará económicamente en cualquier caso. [La Provisión Base Firme]
- b) Uno o varios bloques variables que podrán ser asignados para completar la Reserva total requerida en el SEIN, según lo especificado en el numeral 8, siempre y cuando el Mercado de Ajuste no esté en condiciones de proveer estas mismas cantidades a menor costo [La Provisión Base Variable]<sup>443</sup>.

394. Luego, el Numeral 9.5.10 reza:

En la programación de la Reserva el COES pondrá en conocimiento del representante de la URS la cantidad de reserva efectivamente asignada por cada Unidad de Generación para el día siguiente. Esta cantidad de reserva asignada será como mínimo igual a la reserva comprometida mencionada en el ítem a) del numeral 9.5.3, siempre que no tenga una indisponibilidad comunicada y sustentada<sup>444</sup>.

395. El requisito contenido en el Numeral 9.5.3(a) de que el “*bloque de Reserva* [del Proveedor de Base Firme] [...] *se asign[e] y liquid[e] económicamente en cualquier caso*” tiene dos implicancias. En primer lugar, al afirmar que la reserva del Proveedor de Base Firme debe “*asignar[se] [...] en cualquier caso*”, tal disposición exige que el COES siempre incluya al Proveedor de Base Firme entre las unidades de generación que proveerán la reserva de RSF para el día siguiente. En otras palabras, al momento de preparar el Programa Diario para el día siguiente, el COES siempre debe “*asignar[le]*” al Proveedor de Base Firme su bloque de reserva de RSF comprometido. En segundo lugar, al prever que la reserva del Proveedor de Base Firme se “*liquidará económicamente en cualquier caso*”, el Numeral 9.5.3(a) exige que el COES remunere dicha unidad conforme a la modalidad *take-or-pay* por la totalidad de la reserva comprometida para el servicio de RSF, independientemente de la cantidad de la reserva comprometida provista para dicho servicio y, por ende, incluso si solo se utiliza una parte de dicha reserva.

---

<sup>443</sup> Original en español. No se requiere de traducción.

<sup>444</sup> Original en español. No se requiere de traducción.

396. El Numeral 9.5.10 confirma que el Proveedor de Base Firme debe ingresar de manera obligatoria entre las unidades que proveen la reserva de RSF, en tanto precisa que *“la cantidad de reserva asignada”* programada por el COES para el día siguiente siempre debe ser *“como mínimo igual a la reserva comprometida mencionada en el ítem a) del numeral 9.5.3”*. Esto solo puede significar que el COES siempre debe programar y *“asignar”* en el Programa Diario una cantidad de reserva igual a aquella comprometida por el Proveedor de Base Firme<sup>445</sup>.
397. Por motivos similares a los expuestos *supra* con respecto al Numeral 9.3<sup>446</sup>, al prever una *“asignación”* obligatoria de la reserva de RSF del Proveedor de Base Firme en el Programa Diario, los Numerales 9.5.3(a) y 9.5.10 también prevén tácitamente un despacho permanente obligatorio de dicha unidad a fin de proveer energía al sistema. En efecto, dado que – tal como ya se ha explicado – el Proveedor de Base Firme solo puede proveer la cantidad *“asignada”* de reserva de RSF si está despachando energía, no puede haber una *“asignación”* obligatoria de su reserva en el Programa Diario a menos que se despache de manera obligatoria a fin de suministrar energía.
398. La Demandada responde a esto con una interpretación diferente de los Numerales 9.5.3 y 9.5.10. Alega que la frase el *“bloque de Reserva [del Proveedor de Base Firme] [...] se asignará y liquidará económicamente en cualquier caso”* incluida en el Numeral 9.5.3(a) no puede interpretarse en el sentido de exigir una *“asignación”* obligatoria de dicha reserva. Por el contrario, según ella, dicha frase simplemente exige que el Proveedor de Base Firme sea remunerado conforme a la modalidad *take-or-pay* (independientemente de si dicha reserva es *“asignada”*). Según la Demandada, el *chapeau* del Numeral 9.5.3, que indica que los Proveedores de Base Firme y los Proveedores de Base Variable recibirían *“precios”* distintos, confirma que el Numeral 9.5.3 se refiere únicamente a la remuneración de los Proveedores de Base, y no a la manera en que su reserva comprometida se incluiría en el Programa Diario<sup>447</sup>.

---

<sup>445</sup> Esto fue confirmado por el Sr. Mendoza, testigo de la Demandada (Tr. Día 4, 724:12–20: *“P: Aquí estamos hablando de la programación para el día siguiente. ¿Correcto? R: Sí, se está hablando de la programación. P: Y el COES debe indicar la cantidad de reserva efectivamente asignada por cada unidad de generación para el día siguiente. ¿Correcto? R: Sí, debe considerar esa cantidad de reserva para hacer la programación con despacho a mínimo costo, sí, sí”*).

<sup>446</sup> Véanse ¶¶ 390-391 *supra*.

<sup>447</sup> Dúplica, ¶ 247.

399. La interpretación de la Demandada entra en conflicto con el principio de *effet utile* que requiere que las disposiciones legales se interpreten de modo de dar efecto a todos sus términos. Esto se debe a que la interpretación se centra exclusivamente en las palabras “*liquidará económicamente en cualquier caso*” contenidas en la última parte del Numeral 9.5.3(a) y pasa por alto la parte anterior que establece que la reserva del Proveedor de Base Firme se “*asignará [...] en cualquier caso*”. En otras palabras, la interpretación de la Demandada omite el término “*asignará*” incluido en el Numeral 9.5.3(a) (o no le atribuye significado alguno). La referencia a “*precios*” en el *chapeau* del Numeral 9.5.3 (que es inconcluyente *per se*) no puede justificar ignorar otros términos de esa disposición<sup>448</sup>.
400. El Tribunal no se ve persuadido por el argumento de la Demandada de que, en virtud de los Numerales 9.5.3(a) y 9.5.10, la “*asignación*” de la reserva de RSF del Proveedor de Base Firme está sujeta a la condición de que dicho Proveedor califique en el Orden de Mérito. De hecho, dicha condición no se menciona en esas disposiciones. De conformidad con el Numeral 9.5.10, el único requisito para la asignación de la reserva de RSF del Proveedor de Base Firme es que sus unidades estén técnicamente “*disponibles*” para proveerla (por ejemplo, no estén fuera de servicio por mantenimiento u otras razones técnicas)<sup>449</sup>.
401. Otra demostración de que el PR-22 contempla un despacho continuo del Proveedor de Base Firme proviene del Numeral 11.8, que reza lo siguiente:

Para las Unidades de Generación, en caso corresponda, se reconocerán sus costos por consumo de combustibles de arranque – parada, de baja eficiencia en las rampas de carga-descarga y por operación sin establecer el costo marginal, producidos por cumplimiento de la Reserva, definidos en el

---

<sup>448</sup> Del mismo modo, el Tribunal no puede compartir el argumento de la Demandada (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 48-49) de que su posición en virtud de la cual el Numeral 9.5.3(a) se refiere únicamente a la remuneración de las unidades de RSF goza del sustento del Artículo 2.2 del Anexo IV del PR-22, en tanto esta disposición utiliza el término “*asigna*” en el mismo sentido que el Numeral 9.5.3(a).

<sup>449</sup> Esto fue confirmado por el Sr. Mendoza, testigo de la Demandada (Tr. Día 4, 725:13–22, citada en el Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 39 (nota al pie 59): “*P: De manera que el proveedor de base firme debe estar incluido en el programa diario a no ser que no esté disponible. Ahora, (indisponibilidad) quiere decir que no está disponible para el despacho, para efectuar el despacho porque está en mantenimiento ¿Es correcto? R: Si está indisponible es que no va a entrar a la fórmula, claro. No va a entrar a ver si va a despachar o no*”).



Procedimiento Técnico “Reconocimiento de costos eficientes de operación de las centrales termoeléctricas del COES” o el que lo sustituya<sup>450</sup>.

402. Esa disposición establece un mecanismo de remuneración para las unidades despachadas “*sin establecer el costo marginal*” (es decir, sin calificar en el Orden de Mérito) a fin de proveer el servicio de RSF, lo cual sería redundante si el PR-22 previera una “*asignación*” de la reserva de RSF basada exclusivamente en la Optimización Conjunta. Su inclusión confirma que el esquema del PR-22 contemplaba un despacho continuo de (al menos, ciertas) unidades de RSF independientemente del costo<sup>451</sup>.
403. El Tribunal también rechaza el argumento de la Demandada de que el Numeral 11.8 del PR-22 establece el mecanismo de remuneración para la “*circunstancia excepcional de que un proveedor de servicios de RSF sea una central térmica e incurra en costos*” [Traducción del Tribunal] por inflexibilidad operativa, tal como demostraría la referencia cruzada al “*Procedimiento Técnico ‘Reconocimiento de costos eficientes de operación de las centrales termoeléctricas del COES’*” (es decir, PR-33), que se refiere únicamente a las centrales térmicas<sup>452</sup>. De hecho, el Numeral 11.8 solo describe el mecanismo para remunerar los costos por consumo de combustibles incurridos “*por operación sin establecer el costo marginal, producidos por cumplimiento de la Reserva*”, esto es, los costos incurridos por una unidad a fin de proveer la RSF (“*por cumplimiento de la Reserva*”) cuando se despacha fuera del Orden de Mérito (“*sin establecer el costo marginal*”). No dice que sea aplicable exclusivamente en las circunstancias excepcionales de una central térmica que experimenta inflexibilidad operativa. La referencia cruzada al PR-33 cumple el mero propósito de definir los criterios de remuneración aplicables al Proveedor de Base Firme cuando no califica en el Orden de Mérito y, por consiguiente, tiene costos variables más elevados que los costos marginales del sistema, por referencia a aquellos establecidos en el PR-33.
404. El Tribunal tampoco está convencido por el argumento adicional de la Demandada de que los Numerales 9 y 11.8 del PR-22 no pueden interpretarse en el sentido de

---

<sup>450</sup> Original en español. No se requiere de traducción.

<sup>451</sup> Puesto que la provisión del servicio de RSF por parte de los Proveedores de Base Variable y las unidades del Mercado de Ajuste estaba sujeta expresamente a Optimización Conjunta (numerales 9.5.3(b), 9.6.8 y 9.6.9 del PR-22), la unidad que sería despachada independientemente del costo solo podía ser el Proveedor de Base Firme.

<sup>452</sup> Véase Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 30.

garantizar un despacho continuo del Proveedor de Base Firme, porque el despacho de unidades fuera del Orden de Mérito solo estaría permitido para operaciones de seguridad y tensión (el llamado Despacho Forzado)<sup>453</sup>. Si bien la provisión de la reserva de RSF parece encontrarse comprendida en la categoría de operaciones de seguridad, no existe fundamento alguno en sustento de la insinuación de la Demandada de que el despacho de unidades fuera del Orden de Mérito solo estaría permitido para operaciones de seguridad y tensión. En efecto, la Demandada no ha señalado ninguna disposición que limite la autoridad de OSINERGMIN para autorizar el despacho continuo de ciertas unidades fuera del Orden de Mérito siempre que se considere necesario (por ejemplo, a efectos de incentivar a los generadores a presentar ofertas para la Provisión Base Firme de servicios de RSF).

405. Por último, el Tribunal no es influenciado por el argumento de la Demandada de que, con arreglo a los Numerales 5.6 y 6.1.17(e), los Proveedores de Base Firme estarían sujetos a Optimización Conjunta (y, por lo tanto, tendrían que calificar en el Orden de Mérito a fin de proveer el Servicio de RSF)<sup>454</sup>.

406. El Numeral 5.6 del PR-22 dispone lo siguiente:

La asignación de la Reserva necesaria para la RS a cada URS se basará en un procedimiento de asignación conjunta PDO [Programa Diario de Operación] con la Reserva para RS (asignación energía-potencia) haciendo uso de información de oferta de precio presentada para cada grupo. Los criterios principales para esta asignación están descritos en el numeral 9<sup>455</sup>.

407. El Numeral 6.1.17(e) dispone lo siguiente:

Antes del desarrollo de la primera Provisión Base, el COES elaborará una Nota Técnica para Regulación Secundaria donde se establezcan las especificaciones técnicas necesarias para el funcionamiento de la Regulación Secundaria, y que incluirá al menos lo siguiente: [...] e) La especificación de la metodología para la asignación conjunta del PDO con la Reserva para Regulación Secundaria<sup>456</sup>.

408. Empezando por el Numeral 6.1.17(e), no existe contradicción alguna entre esta disposición y la interpretación de los Numerales 9.3, 9.5.3(a), 9.5.10 y 11.8 en el sentido de prever un despacho permanente del Proveedor de Base Firme

---

<sup>453</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 7, 8, 62, 101; Dúplica, ¶¶ 82-84; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 21.

<sup>454</sup> Memorial de Contestación, ¶ 87.

<sup>455</sup> Original en español. No se requiere de traducción.

<sup>456</sup> Original en español. No se requiere de traducción.

independientemente del costo<sup>457</sup>. El Numeral 6.1.17(e) le asigna al COES la tarea de elaborar un procedimiento de Optimización Conjunta, aunque no precisa qué unidades estarían sujetas a él. En particular, no indica si el procedimiento sería aplicable a todas las unidades que proveen servicios de RSF (tal como sostiene la Demandada) o bien solo a las unidades del Mercado de Ajuste (tal como sugieren las Demandantes). Por ende, esta disposición parece ser de poca ayuda para el Tribunal a efectos de tomar una decisión.

409. El Numeral 5.6 es más relevante, en tanto afirma – sin limitación – que la “*asignación de la Reserva necesaria para la RS*” está sujeta a Optimización Conjunta. Esto podría significar que el COES solo podrá asignar la reserva de RSF a unidades calificadas en el Programa Diario con base en el Orden de Mérito. Sin embargo, esto contradice directamente el Numeral 9, y, concretamente, los Numerales 9.5.3(a) y 9.5.10, que exigen la “*asignación*” de la reserva de RSF del Proveedor de Base Firme (y, por ende, la inclusión del Proveedor de Base Firme en el Programa Diario) “*en cualquier caso*”, es decir, independientemente de su posición en el Orden de Mérito<sup>458</sup>.
410. De conformidad con el principio de *lex specialis*, esta contradicción debe resolverse a favor del Numeral 9, que – tal como prevé expresamente el Numeral 5.6 – es el que establece los criterios específicos para la “*asignación*” de la reserva de RSF. Se deduce que el Numeral 5.6 no contradice la conclusión de que el PR-22 prevé la “*asignación*” obligatoria de la reserva de RSF del Proveedor de Base Firme y, por reflejo, el ingreso obligatorio de dicho Proveedor en el Programa Diario independientemente del costo.
411. A la luz de lo que antecede, el Tribunal determina que – interpretados en conjunto – los Numerales 9.3, 9.5.3(a), 9.5.10 y 11.8 prevén de manera implícita (pero inequívoca) un despacho continuo del Proveedor de Base Firme a fin de proveer el Servicio de RSF, como así también que no puede inferirse lo contrario de los Numerales 5.6 y 6.1.17(e). Esto es congruente con los antecedentes de redacción del PR-22, que demuestran que Perú aceptó diseñar un sistema de RSF que, a corto plazo, no se basaría en la Optimización Conjunta, sino en el despacho permanente de los Proveedores de Base.

---

<sup>457</sup> Véanse ¶¶ 389-404 *supra*.

<sup>458</sup> Véanse ¶¶ 393-400 *supra*.

**c. Nota Técnica 1**

412. La Nota Técnica 1, emitida por el COES el 1 de octubre de 2015, establece los requisitos técnicos para la provisión del servicio de RSF y, en la opinión del Tribunal, confirma el argumento de las Demandantes de que las Bases de la Licitación garantizan un despacho continuo del Proveedor de Base Firme.

413. La disposición más relevante de la Nota Técnica 1 es el Numeral 5.7.2, que reza lo siguiente:

La formulación que se detalla considera que el proceso de asignación de la reserva para RSF es realizada de manera conjunta con la del despacho del resto de unidades de generación del sistema [...]. Como premisa se considera que la reserva para RSF a ser determinada por el modelo [de Optimización Conjunta] con la metodología que se describe solo será la correspondiente al Mercado de Ajuste en caso se necesite dado que la Reserva para RSF adjudicada en la Provisión Base ingresa de manera obligada (su despacho no es una variable de decisión (énfasis agregado)<sup>459</sup>.

414. Tal como reconociera el perito de la Demandada, el Sr. Leyva en la Audiencia<sup>460</sup>, el Numeral 5.7.2 dispone que “*solo*” el Mercado de Ajuste estaba sujeto a Optimización Conjunta. Se deduce *a contrario* que el Proveedor de Base Firme no estaba sujeto a dicho mecanismo y que, en consecuencia, su reserva se asignaría de forma permanente en el Programa Diario y sus unidades también se despacharían de forma permanente.

415. La Demandada no controvierte que el Numeral 5.7.2 de la Nota Técnica 1 contempla el ingreso obligatorio de la reserva de RSF del Proveedor de Base Firme en el Programa Diario<sup>461</sup>, pero aduce dos argumentos para menoscabar su relevancia. El primero es que, en tanto documento técnico preparado por el COES, que es una entidad privada, la Nota Técnica 1 no podía apartarse válidamente del supuesto requisito del PR-22 de que el Proveedor de Base Firme esté sujeto a Optimización

---

<sup>459</sup> Original en español. No se requiere de traducción.

<sup>460</sup> Tr. Día 6, 1196:2-10: “P: [...] Yo le estoy preguntando por la nota técnica número 1 y este texto. Y este texto dispone que el despacho de la provisión base era obligatorio. ¿Correcto? R: Sí, sí. Esta nota técnica dice eso”.

<sup>461</sup> En efecto, en su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada señala que al emitir la Nota Técnica 1 el COES “no implementó el procedimiento de asignación conjunta en virtud del Numeral 6.1.17 del PR-22 para asignar la reserva para los servicios de RSF dentro del modelo de despacho económico, tal como lo había solicitado OSINERGMIN” [Traducción del Tribunal] (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 51).

Conjunta<sup>462</sup>. El segundo argumento es que, al disponer que el Proveedor de Base Firme sería despachado de manera obligatoria, el COES ignoró la recomendación de OSINERGMIN basada en el Estudio de EE de que se modificara el Numeral 5.7.2 para incluir la reserva de RSF del Proveedor de Base Firme entre las “*restricciones del modelo de optimización*”<sup>463</sup>. Según la Demandada, el término “*restricción*” significa una “*limitación*” que “*el modelo de despacho económico debe considerar al momento de determinar los medios para proveer los servicios eléctricos principales y complementarios al mínimo costo posible*”<sup>464</sup>. [Traducción del Tribunal]

416. Ninguno de estos dos argumentos es convincente. En cuanto al primero, dado que el Tribunal concluyó que el PR-22 contemplaba un despacho continuo del Proveedor de Base Firme independientemente del costo<sup>465</sup>, no puede decirse que la Nota Técnica 1 se aparte de ello.
417. En cuanto al segundo argumento, el COES no parece haber ignorado las recomendaciones de OSINERGMIN. No hay diferencia alguna entre decir que la reserva del Proveedor de Base Firme es una “*condición de contorno*” del modelo de Optimización Conjunta (tal como se estableciera en el Numeral 5.7.2 de la Nota Técnica 1) y decir que es una “*restricción*” de dicho modelo (tal como recomendara el Estudio de EE)<sup>466</sup>. A la luz de los antecedentes de redacción del PR-22 (y, en particular, del Informe de Indra), ambos términos expresan la idea de que dicha reserva ingresaría de manera obligatoria en el modelo y no estaría sujeta a Optimización Conjunta (en ese sentido, constituía una “*restricción*” en el funcionamiento de dicho modelo)<sup>467</sup>. Es notorio que OSINERGMIN no haya

---

<sup>462</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 106-108; Dúplica, ¶¶ 183-186; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 55.

<sup>463</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 52-54; Memorial de Contestación, ¶ 109; Dúplica, ¶¶ 188-189.

<sup>464</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 52. Véase también Dúplica, ¶ 189.

<sup>465</sup> Véase ¶ 411 *supra*.

<sup>466</sup> Véase ¶ 352 *supra*.

<sup>467</sup> Por este motivo, el Tribunal tampoco es persuadido por el argumento de la Demandada de que el despacho permanente del Proveedor de Base Firme sería incompatible con el modelo matemático utilizado por el COES para crear el Programa Diario (el “*Modelo de Despacho Económico*”), que, según el Procedimiento Técnico No. 1 (“*PR-1*”) siempre debe procurar “*minimizar los costos de operación de la red*”, incluso aquellos vinculados al servicio de RSF (Dúplica, ¶¶ 58-63) [Traducción del Tribunal]. La Demandada parece ignorar que el Modelo de Despacho Económico dispone expresamente que su

impugnado la Nota Técnica 1 ni sancionado al COES, tal como habría sido razonable que lo hiciera si hubiese creído que el COES había ignorado sus instrucciones. Por el contrario, OSINERGMIN aprobó los Lineamientos para la Licitación, que incorporaban por vía de referencia el PR-22 y la Nota Técnica 1, lo que indica que no tenía objeciones respecto de la segunda.

418. A la luz de lo que antecede, el Tribunal coincide con las Demandantes en que la Nota Técnica 1 confirma que el Proveedor de Base Firme sería despachado de manera continua independientemente del costo.

**d. Los Lineamientos**

419. Los Lineamientos, aprobados por OSINERGMIN el 11 de febrero de 2016<sup>468</sup>, establecen las reglas que rigen la Licitación.

420. El Tribunal no considera que los Lineamientos sean de particular ayuda a efectos de la presente decisión. Contrariamente a lo que sugieren las Demandantes<sup>469</sup>, el hecho de que no le atribuyan importancia a la tecnología de los ofertantes – y, por consiguiente, a sus costos variables – a los fines de la Licitación no tiene impacto en si el nuevo sistema de RSF garantizaba un despacho continuo del Proveedor de Base Firme. Como máximo, puede ser indicio de que, en aras de abrir la Licitación a tantos generadores como fuera posible y, probablemente, de aumentar la competencia en la provisión del servicio de RSF, Perú estaba preparado para aceptar que la Licitación pudiera ser ganada por un generador con costos variables mayores que las unidades más eficientes.

421. El intercambio entre Engie (entonces, Enersur) y OSINERGMIN respecto de la propuesta de Lineamientos circulada por OSINERGMIN con anterioridad a la aprobación del documento final merece mayor atención. Cabe recordar que, mediante el Comentario 2.1.3 sobre la propuesta de Lineamientos, Engie observó lo siguiente:

---

*“función objetivo”* consiste en minimizar el costo operativo, *“sujeto a las restricciones de las unidades térmicas, hidráulicas, reserva del sistema, red de transmisión y otras restricciones operativas”* (COES, Modelo “Yupana”, noviembre de 2019 (R-109), Numeral 9.1). Por lo tanto, tales restricciones, incluida la *“reserva del sistema”*, pueden justificar apartarse de dicha *“función objetivo”* de minimizar el costo.

<sup>468</sup> Lineamientos, 11 de febrero de 2016 (C-60).

<sup>469</sup> Réplica, ¶¶ 124-125; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 72.

El numeral 6.5 de la propuesta [es decir, de los Lineamientos] establece la metodología de asignación de la provisión Base en la subasta, el cual indica que será asignado de menor a mayor precio ofertado hasta cubrir el margen de reserva requerido. Sin embargo, no toma en cuenta los costos operativos de cada tecnología de generación que oferte el servicio de RSF. Esto generaría un sobre costo innecesario al sistema.

En efecto, al adjudicar la RSF solo a una o dos URS [unidades de RSF], sobre la base de sus precios ofertados, estas unidades de generación operarán de manera firme durante los periodos que han ofertado, es decir, podrían operar durante los tres años. La operación de estas unidades va a ser forzada en el despacho económico diario, pudiendo generar sobre costos.

Como ejemplo podemos citar una unidad de generación a diésel que oferte toda la reserva requerida de la RSF a un precio bajo, siendo solo ésta la adjudicada en la subasta. Esta unidad va a proveer de manera firme la RSF durante los 3 años y va a operar de manera forzada en el despacho, incluso en periodos en que el costo marginal del sistema sea mucho menor a su costo variable de combustible. Actualmente, cuando se produce dicha diferencia de costos, es compensada por el COES de manera arbitraria a través de una nueva calificación que ha creado y denomina “operación RSF”, la cual es impuesta a los agentes, generándole mayores costos.

Por lo tanto, adicionalmente a los precios ofertas, se deben considerar también las tecnologías que proveen la RSF a fin de que la provisión de dicho servicio sea de manera óptima, minimizando el costo de operación del SEIN<sup>470</sup>.

422. OSINERGMIN respondió al comentario de Engie en los siguientes términos:

El PR-22 no establece una relación entre precios de oferta y las tecnologías de las unidades de generación que proveen la RSF al SEIN. En ese sentido, en los LINEAMIENTOS se ha considerado que la participación de los Agentes es libre, tal como está establecido en el numeral 3.2.1: “3.2.1. Los Agentes participan en el Proceso de Asignación bajo su propia y exclusiva responsabilidad y basan su decisión en sus propias investigaciones, estudios, exámenes, inspecciones, cálculos económicos, cálculos financieros y otros como parte de su propio Due Diligence”.

Por lo tanto, no corresponde efectuar modificaciones al proyecto de LINEAMIENTOS debido a este comentario<sup>471</sup>.

423. Este intercambio resulta pertinente en dos sentidos. En primer lugar, demuestra que Engie compartía la interpretación de las Demandantes de que las Bases de la Licitación garantizaban un despacho continuo y obligatorio del adjudicatario de la Licitación durante todo el plazo. Esto está implícito en su observación, a modo de

---

<sup>470</sup> Informe No. 110 de OSINERGMIN, febrero 2016 (C-103), Numeral 2.1.3.

<sup>471</sup> *Ibid.*

premisa, de que el adjudicatario de la Licitación *“va a proveer de manera firme la RSF durante los 3 años y va operar de manera forzada en el despacho, incluso en periodos en que el costo marginal del sistema sea mucho menor a su costo variable de combustible”*.

424. En segundo lugar, y quizás más importante, es un fuerte indicio de que incluso OSINERGMIN suscribió a esa interpretación de las Bases de la Licitación, ya que no la refutó en su respuesta. La Demandada niega que pueda extraerse alguna inferencia del silencio de OSINERGMIN porque no tenía obligación de corregir las premisas de los comentarios de los generadores, sino que solo debía responder a sus preguntas específicas (en este caso, si la tecnología de los ofertantes sería considerada en la Licitación)<sup>472</sup>. El Tribunal no está convencido. Si OSINERGMIN hubiera creído que la premisa del comentario de Engie era incorrecta, es probable que, como regulador responsable, la hubiera corregido, aunque solo fuera para evitar el riesgo de que otros operadores compartieran la interpretación de Engie de las Bases de la Licitación. Ese accionar habría sido especialmente adecuado a la luz de la posición de Perú de que una interpretación de las Bases de la Licitación que garantizara el despacho permanente del adjudicatario de la Licitación habría costado *“al sistema eléctrico (incluidos, en última instancia, los consumidores peruanos) decenas o cientos de millones de dólares en costos innecesarios”*<sup>473</sup> [Traducción del Tribunal]. Por lo tanto, la inferencia más razonable del intercambio entre Engie y OSINERGMIN es que OSINERGMIN compartía la interpretación de la primera respecto de las Bases de la Licitación.
425. En este contexto, la conclusión del Tribunal es que el intercambio entre Engie y OSINERGMIN ofrece una confirmación adicional de que las Bases de la Licitación, en su conjunto, garantizaban el despacho permanente del Proveedor de Base Firme independientemente de los costos.

---

<sup>472</sup> Memorial de Contestación, ¶ 112; Dúplica, ¶¶ 199-204; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 58, 167-172.

<sup>473</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 63.



***e. Si la garantía de despacho permanente del Proveedor de Base Firme es compatible con el Principio de Despacho Económico***

426. A la luz de lo anterior, el Tribunal acepta la interpretación de las Demandantes de que las Bases de la Licitación garantizan implícitamente el despacho permanente del Proveedor de Base Firme. Queda por definir si, como argumenta la Demandada, esa interpretación contradice el Principio de Despacho Económico consagrado en el Artículo 12.1 de la Ley 28832 que exige que el COES opere el Sistema Nacional al mínimo costo<sup>474</sup>.

427. Cabe recordar que el Artículo 12.1 de la Ley 28832 establece lo siguiente:

El COES tiene por finalidad coordinar la operación de corto, mediano y largo plazo del SEIN al mínimo costo, preservando la seguridad del sistema, el mejor aprovechamiento de los recursos energéticos, así como planificar el desarrollo de la transmisión del SEIN y administrar el Mercado de Corto Plazo<sup>475</sup>.

428. Tal como fuera reconocido por los testigos y peritos de ambas Partes<sup>476</sup>, el Artículo 12.1 de la Ley 28832 exige que el COES persiga la minimización de costos, pero también que preserve la seguridad del sistema. Estos objetivos son potencialmente contradictorios. En efecto, tal como admitió el perito de la Demandada, el Dr. Tabors, en la Audiencia, la operación del sistema al mínimo costo no siempre es compatible con la preservación de su seguridad, y las consideraciones de seguridad bien pueden precisar que el operador adopte una solución más costosa<sup>477</sup>. Por lo tanto, a menudo

---

<sup>474</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 13, 139; Dúplica, ¶ 253. Véase también Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 17.

<sup>475</sup> Ley 28832, Art. 12.1.

<sup>476</sup> Véanse Tr. Día 2, 479:14-20 (Guerra): “P: Coincidiría y estaría de acuerdo, ¿cierto?, que estos artículos disponen fácticamente lo que usted describe en su declaración. Es decir que COES tiene que operar al menor costo mientras preserva la seguridad del sistema. ¿Correcto? R: Correcto”; Tr. Día 3, 663:21-664:6 (Mendoza): “P: Entonces, entiendo que su testimonio, señor Mendoza, es que para poder satisfacer el principio de despacho económico hay que mencionar: bajo costo, preservación de seguridad y mejor aprovechamiento de los recursos. ¿Es así? R: Sí, y en todo está siempre ese principio de despacho económico. Correcto”; Tr. Día 5, 1000:17-20 (Tabors): “R: Estoy totalmente de acuerdo en que tiene que tener en cuenta las tres variables para cumplir con esa regla cardinal, y la seguridad es una de las tres variables, sí”.

<sup>477</sup> En particular, en el contrainterrogatorio, al Dr. Tabors se le dio el ejemplo hipotético de un sistema con tres centrales con costos diferentes en el que la de menor costo sería capaz de generar energía suficiente para satisfacer la demanda durante determinados momentos del día. El Dr. Tabors reconoció que, aunque despachar solo esa central durante esos momentos sería la solución de menor costo, eso no

es necesario una solución intermedia entre la seguridad y la minimización de costos. Las Demandantes están en lo correcto cuando afirman que la decisión sobre el objetivo que debe priorizarse en un momento determinado corresponde al regulador (es decir, OSINERGMIN).

429. Tal como se analizara *supra*<sup>478</sup>, los antecedentes de la redacción del PR-22 muestran que, a la hora de diseñar el nuevo sistema de RSF, Perú (a través de OSINERGMIN) aceptó deliberada (y razonablemente) una solución intermedia entre la seguridad y la minimización de costos a favor de la primera. Existe consenso de que el servicio de RSF es necesario para garantizar la seguridad del Sistema Nacional<sup>479</sup>. También resulta indiscutible que la Optimización Conjunta de energía y reserva de RSF es la solución más barata para asignar dicho servicio entre los generadores<sup>480</sup>. Sin embargo, en el momento en que OSINERGMIN se disponía a regular el Servicio de RSF y a dictar el PR-22, se consideraba que el mercado peruano no estaba preparado para la Optimización Conjunta. Por ello, también sobre la base del Informe de Indra, OSINERGMIN optó deliberadamente por diseñar un sistema distinto, en el cual, a corto plazo, los servicios de RSF se adjudicarían a los Proveedores de Base Firme despachados de forma continua independientemente del Orden de Mérito (lo cual era una solución más costosa que la Optimización Conjunta)<sup>481</sup>. Junto con la naturaleza *take-or-pay* de la remuneración del Servicio de RSF, la garantía de un despacho continuo pretendía incentivar a los operadores a realizar las inversiones necesarias y presentar ofertas para convertirse en Proveedores de Base en un mercado en el que la alternativa (la Optimización Conjunta) se consideraba impracticable<sup>482</sup>.

---

salvaguardaría de manera adecuada la seguridad del sistema, porque en caso de una falla de la central fallaría el sistema (lo que es *per se* una consecuencia costosa). Por ende, en esas circunstancias, las consideraciones de seguridad obligarían al operador a descartar la solución de menor costo y a operar una central adicional que estaría lista para intervenir en caso de falla de la más rentable. (Tr. Día 5, 995:20-998:6).

<sup>478</sup> Véase ¶ 385 *supra*.

<sup>479</sup> Tr. Día 3, 649:7-13 (Mendoza): “P: [...] [E]l SFR es esencial para garantizar la seguridad del suministro de electricidad. ¿Es correcto lo que he dicho? R: Es parte, sí, de los servicios complementarios que se tienen para dar la seguridad al sistema. Es correcto”.

<sup>480</sup> Véanse ¶¶ 372, 385 *supra*.

<sup>481</sup> Véase ¶ 385 *supra*.

<sup>482</sup> La necesidad de incentivar a los generadores para que provean la RSF fue destacada por la propia Demandada. Véase Memorial de Contestación, ¶ 76: “A OSINERGMIN le preocupaba que la propuesta del

430. En este contexto, según el Tribunal, interpretar las Bases de la Licitación en el sentido de que garantizan un despacho continuo del Proveedor de Base Firme no sería incompatible con los principios consagrados en el Artículo 12.1 de la Ley 28832 por el mero hecho de que hubiera dado como resultado en costos significativamente más altos para el sistema. Perú era consciente de que el sistema de RSF que estaba diseñando sería significativamente más caro que la Optimización Conjunta, pero lo aceptó como parte de una solución intermedia entre la minimización de costos y la seguridad que haría que el Sistema Nacional fuera más confiable a mediano y largo plazo<sup>483</sup>.
431. El Tribunal tampoco está convencido por la observación de las Demandadas de que, tras la conclusión del Acta de Compromiso y justo antes de la presentación de los Costos Declarados por parte de Kallpa GSA, los competidores de las Demandantes adoptaron la postura de que interpretar las Bases de la Licitación como garantía de un despacho permanente de las unidades de Kallpa GSA constituiría una violación del Principio de Despacho Económico<sup>484</sup>. La postura de los competidores no puede considerarse genuina y desinteresada, puesto que sufragarían de forma directa los mayores costos derivados de un despacho permanente de las unidades de Kallpa GSA. Esto se ve confirmado por el hecho de que una de estas empresas, Engie, había interpretado previamente las Bases de la Licitación en el sentido de que garantizaban el despacho permanente del adjudicatario de la Licitación<sup>485</sup>.
432. La Demandada también afirma que una garantía de despacho continuo era innecesaria para mejorar la seguridad del sistema, porque —con posterioridad a la Resolución No. 141— el sistema operaba de manera segura en virtud de un

---

*COES no fuera adecuada para el mercado peruano, en vista de que era la primera vez que los servicios de RSF se prestarían de manera voluntaria utilizando el sistema AGC en Perú. La implementación de este nuevo sistema requeriría inversiones de capital por parte de los generadores, y OSINERGMIN desconocía cuántos generadores estarían interesados en realizar las inversiones necesarias para proveer el servicio utilizando el sistema AGC de manera voluntaria". [Traducción del Tribunal]*

<sup>483</sup> Dado que el despacho permanente del adjudicatario de la Licitación fue el resultado de una decisión deliberada de Perú, los diversos cálculos de los costos adicionales que sufragaría el Sistema Nacional en caso de despacho permanente de las unidades de Kallpa GSA en comparación con su despacho basado en el sistema de Optimización Conjunta son irrelevantes (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 71-76, 155-158. Véase también Dúplica, ¶ 263).

<sup>484</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 124-125; Dúplica, ¶ 231; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 42.

<sup>485</sup> Véase ¶ 385 *supra*.

procedimiento de Optimización Conjunta<sup>486</sup>. Ello no toma en consideración que, como se recuerda, en el momento en que OSINERGMIN se encontraba redactando el PR-22, se consideraba que el mercado peruano no estaba preparado para la Optimización Conjunta, y la adjudicación del servicio de RSF a Proveedores de Base que serían despachados de forma continua era vista como una opción más confiable. El hecho de que, con el tiempo, el sistema pudiera operar bien incluso en virtud de un procedimiento de Optimización Conjunta no torna irracional la decisión inicial de Perú de optar por un sistema distinto, ni mucho menos la torna incompatible con los principios establecidos en el Artículo 12.1 de la Ley 28832.

433. Por último, el Tribunal no cree que pueda otorgarse una importancia particular a la afirmación de la Demandada de que *“incluso suponiendo que el Proveedor de Base Firme de RSF se viera obligado a despachar de forma permanente —como imaginan las Demandantes— estas no habrían sido la opción más económica para desempeñarse como Proveedor de Base Firme de RSF”* [Traducción del Tribunal], porque otros ofertantes (más concretamente, los hidroeléctricos) podrían haber prestado el Servicio de RSF con costos significativamente inferiores para el sistema<sup>487</sup>. Incluso si fuera cierto, esto no tiene incidencia en la compatibilidad de la garantía de despacho continuo inherente a las Bases de la Licitación con los principios establecidos en el Artículo 12.1 de la Ley 28832. En realidad, el argumento de la Demandada confirma dicha compatibilidad, pues demuestra que la causa del incremento de los costos para el sistema fue la decisión de OSINERGMIN de no otorgar relevancia a la tecnología de los ofertantes a efectos de adjudicar los servicios de RSF, lo que dio lugar a que unidades más costosas, como las de Kallpa GSA, ganaran la Licitación, y no el despacho permanente en sí mismo.

434. En cualquier caso, la decisión de OSINERGMIN sobre cómo equilibrar los criterios del Artículo 12.1 de la Ley 28832 fue un ejercicio de su discrecionalidad administrativa como regulador. No corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre la congruencia con dichos criterios de la decisión de no filtrar ofertantes por tecnología y despachar de forma permanente al adjudicatario<sup>488</sup>.

---

<sup>486</sup> Dúplica, ¶ 95; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 63.

<sup>487</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 74.

<sup>488</sup> No es improbable que la decisión de OSINERGMIN obedeciera a su deseo de no restringir el conjunto de potenciales ofertantes en una situación en la que el mercado de servicios de RSF se consideraba poco desarrollado y no había indicio alguno respecto de cuántos operadores se presentarían finalmente a la Licitación, a qué precios y con qué tecnología.

435. Por todos estos motivos, el Tribunal resuelve que la interpretación de las Demandantes de las Bases de la Licitación es conciliable con el Principio de Despacho Económico.

\*\*\*

436. A la luz del análisis que antecede, el Tribunal decide que las Bases de la Licitación garantizaban al adjudicatario de la Licitación el despacho continuo de energía para la provisión del servicio de RSF, independientemente de su inclusión en el Orden de Mérito.

**ii. Si la Resolución No. 141 fue gravemente arbitraria**

437. La conclusión del análisis expuesto *supra* es que las Bases de la Licitación —que conformaron el fundamento del Acta de Compromiso en la que se hizo constar que se adjudicaba la Licitación a Kallpa GSA por haber presentado la oferta más baja y que, en consecuencia, sería el Primer Proveedor de Base por un plazo de tres años— garantizaban el despacho continuo del adjudicatario de la Licitación. Sobre esta base, el Tribunal ahora debe determinar si la derogación de esa garantía por la Resolución No. 141 violó el Artículo 10.5 del Tratado, partiendo del argumento de las Demandantes de que la Resolución fue gravemente arbitraria.

438. La Resolución No. 141, dictada por OSINERGMIN el 13 de junio de 2016, pretendía aclarar que los Numerales 9.3 y 9.5.3 del PR-22 no contemplaban un despacho continuo del Proveedor de Base Firme, sino un despacho basado en la Optimización Conjunta. El Artículo 1 de la Resolución No. 141 reza de la siguiente forma:

- a. En el caso de las unidades que proveen la Reserva para la Regulación Secundaria de Frecuencia, **siempre que se encuentren programadas en la operación por despacho económico**, dicha Reserva será cubierta primero con las URS que tengan cantidades comprometidas en firme en la Provisión Base, mientras que, con el Mercado de Ajuste y las cantidades no comprometidas en firme de la Provisión Base, se cubre lo faltante;
- b. El bloque de la Reserva comprometida en firme en la Provisión Base **se asignará en el cálculo del pago** del servicio de Regulación Secundaria y se liquidará económicamente en cualquier caso, **así no se encuentre programada en la operación**<sup>489</sup>.

---

<sup>489</sup> *Ibid.*

439. Las Demandantes sostienen que, aunque disfrazada de “*interpretación*” [Traducción del Tribunal] del PR-22, la Resolución No. 141 de hecho eliminó la garantía de despacho permanente de las centrales de Kallpa GSA contenida en las Bases de la Licitación y en el Acta de Compromiso, al tiempo que seguía imponiendo a estas la obligación de proveer servicios de RSF sin remuneración. Según ellos, esta decisión fue motivada porque Perú se dio cuenta *a posteriori* de que era demasiado costoso despachar las unidades de Kallpa GSA para proveer el servicio de RSF y violó tanto el principio de irretroactividad como los requisitos legales para la modificación de las normas en virtud del derecho peruano<sup>490</sup>. Por ende, constituye una conducta arbitraria violatoria del Artículo 10.5 del Tratado. La Demandada responde que la Resolución No. 141 no alteró ninguna garantía establecida en el PR-22, no se aplicó con carácter retroactivo sino de manera prospectiva a la remuneración por servicios futuros y fue dictada por los motivos establecidos en dicha norma, es decir, en aras de aclarar el significado del PR-22, y en cumplimiento de los requisitos del derecho peruano<sup>491</sup>.
440. Para determinar si la Resolución No. 141 constituye una medida arbitraria en violación del Artículo 10.5 del Tratado, el Tribunal primero necesita definir la arbitrariedad<sup>492</sup>.
441. Como señalaron las Demandantes, la definición más común de arbitrariedad se encuentra en el laudo de *EDF c. Rumania*, que consideró arbitrarias las medidas (i) “*que infligen [...] un daño al inversor sin servir a ningún fin legítimo aparente*”; (ii) “*que no se basa[n] en normas jurídicas, sino en la discrecionalidad, el perjuicio o la preferencia personal*”; (iii) “*adoptada[s] por motivos distintos de los aducidos por el responsable de la decisión*”; (iv) “*adoptada[s] en desprecio intencional del debido proceso y el procedimiento adecuado*”<sup>493</sup>. [Traducción del Tribunal]
442. Posteriormente, esta definición de arbitrariedad se avaló en otras decisiones de tribunales de inversión, como el de *Joseph Charles Lemire c. Ucrania II* y *Owens-*

---

<sup>490</sup> Véase ¶ 347 *supra*.

<sup>491</sup> Véanse ¶¶ 360-362 *supra*.

<sup>492</sup> Solo las Demandantes presentan argumentos y citan autoridades sobre este particular. La Demandada se limita a afirmar que el NMT consagrado en el Tratado no protege de conductas arbitrarias, sino que solo prohíbe el trato atroz, notoriamente injusto o flagrante y escandaloso. Tal como se analizó anteriormente, el Tribunal rechaza este argumento (véase ¶ 303 *supra*).

<sup>493</sup> *EDF c. Rumania*, ¶ 303.

*Illinois c. Venezuela*<sup>494</sup>. Por ejemplo, el tribunal de *Joseph Charles Lemire c. Ucrania II* sostuvo lo siguiente respecto de la conducta arbitraria:

[H]a sido descrita como aquella “fundada en prejuicios o preferencias más que en motivos o hechos”; “contraria a la ley porque...escandaliza, o al menos sorprende, al sentido del decoro jurídico”; o “un desprecio deliberado del debido proceso legal, un acto que escandaliza, o al menos sorprende, al sentido del decoro judicial”; o una conducta que “viola manifiestamente los requisitos de coherencia, transparencia, imparcialidad y no discriminación”. En resumen, la noción subyacente de arbitrariedad es que el prejuicio, la preferencia o la parcialidad sustituyen al Estado de derecho<sup>495</sup>. [Traducción del Tribunal]

443. Otra definición de arbitrariedad con autoridad reconocida fue aquella formulada por la CIJ en el caso ELSI, que sostuvo que “[l]a arbitrariedad no es tanto una noción opuesta a una norma de derecho. [...] Es un desprecio deliberado del debido proceso legal, un acto que escandaliza, o al menos sorprende, el sentido de decoro jurídico”<sup>496</sup>. [Traducción del Tribunal]
444. La Demandada no discute ninguna de estas definiciones de arbitrariedad.
445. La cuestión radica en si la Resolución No. 141 puede considerarse arbitraria si se la compara con el estándar NMT/TJE del Artículo 10.5 del Tratado. Como se ha expuesto en la Sección VI.A.3i, conforme a la jurisprudencia que ha aplicado las cláusulas de NMT/TJE, solo una conducta de una arbitrariedad lo suficientemente grave puede dar lugar a una violación del estándar de NMT/TJE. Por ejemplo, el tribunal de *Murphy c. Canadá* sostuvo lo siguiente:

[S]olo hay incumplimiento del Artículo 1105 [del TLCAN] cuando se demuestra que el inversionista ha recibido un trato tan injusto o arbitrario que se considera inaceptable desde el punto de vista internacional<sup>497</sup>. [Traducción del Tribunal]

---

<sup>494</sup> *OI c. Venezuela*, ¶ 494.

<sup>495</sup> *Lemire c. Ucrania*, ¶¶ 262-263, donde se hace referencia a *Ronald S. Lauder c. La República Checa*, CNUDMI, Laudo, 3 de septiembre de 2001 (CL-14), ¶ 221; *Tecmed c. México*, ¶ 154; *Loewen c. EE. UU.*, ¶ 131; *Saluka Investments B.V. c. La República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 (CL-30), ¶ 307.

<sup>496</sup> *Elettronica Sicala S.p.A., Estados Unidos c. Italia*, 1989, I.C.J. Reports 15, 20 de julio de 1989, ¶ 128. En cambio, no considero que *Saluka c. La República Checa* resulte pertinente para la definición de arbitrariedad en el marco del NMT/TJE, ya que no trata directamente de ese concepto (véase *Saluka Investments B.V. c. La República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 (CL-30), ¶¶ 417-419, citado en Memorial, ¶ 218 y Réplica, ¶ 376).

<sup>497</sup> *Mobil c. Canadá*, ¶¶ 152-153

446. De igual modo, en *Cargill*, el tribunal señaló lo siguiente:

[L]a arbitrariedad puede ocasionar una violación de los deberes de un Estado en virtud del Artículo 1105 [del TLCAN], pero únicamente cuando los actos del Estado exceden una simple aplicación contradictoria o cuestionable de la política o los procedimientos administrativos o jurídicos al punto de que el acto constituye una repudiación imprevista y chocante de los propios fines y objetivos de una política, o de otro modo subvierte gravemente una ley o política nacional por un motivo oculto<sup>498</sup>.

447. De manera similar, los tribunales en *International Thunderbird*<sup>499</sup> y *Glamis Gold*<sup>500</sup> sostuvieron que la “*arbitrariedad manifiesta, que caig[a] por debajo de los niveles internacionalmente aceptables*” se trataba de una conducta que puede justificar una determinación de responsabilidad con arreglo al estándar de NMT/TJE.

448. Se deduce que la Resolución No. 141 solo sería violatoria de la cláusula de NMT/TJE del Artículo 10.5 del Tratado si se demostrara que es gravemente arbitraria, es decir, si fuera “*escandalosa*” o “*manifiestamente*” arbitraria o alcanzara un nivel “*inaceptable desde el punto de vista internacional*” [Traducción del Tribunal]. El Tribunal está convencido de que la Resolución No. 141 satisface ese estándar por tres razones.

449. La primera razón radica en la premisa de que, tal como se analizara en la Sección VI.B.3i *supra*, las Bases de la Licitación y el Acta de Compromiso preveían el despacho permanente del adjudicatario de la Licitación, en cumplimiento de la decisión de política de Perú de optar por un sistema de RSF que contemplaba un despacho permanente de los Proveedores de Base (en una situación en la que se consideraba que el mercado peruano no estaba preparado para un mecanismo diferente y más rentable como el de la Optimización Conjunta)<sup>501</sup>.

450. Así las cosas, el Tribunal concluye que la Resolución No. 141 es gravemente arbitraria porque, en las palabras del tribunal de *Cargill*, constituyó un “*una repudiación imprevista y chocante*” de los “*fines y objetivos*” de las Bases de la Licitación y del Acta de Compromiso (y de la política subyacente a esos instrumentos). Al disponer en la Resolución No. 141 que el adjudicatario de la Licitación estaría sujeto a la

---

<sup>498</sup> *Cargill c. México*, ¶ 293.

<sup>499</sup> Véase *Thunderbird c. México*, ¶ 194.

<sup>500</sup> *Glamis c. EE. UU.*, ¶ 627.

<sup>501</sup> Véase ¶ 385 *supra*.



Optimización Conjunta, Perú repudió abrupta y escandalosamente el marco jurídico que él mismo había concebido para la provisión de los servicios de RSF (y su política subyacente), en función del cual Kallpa GSA había presentado su Oferta. Es más, a pesar de derogar el derecho de Kallpa GSA a ser despachada de forma permanente, Perú impuso a Kallpa GSA la obligación de proveer el servicio de RSF sin remuneración (es decir, al precio de cero soles/kW-mes), que había aceptado asumir solo porque se le garantizaba un derecho de despacho permanente. Esto constituye un ejemplo típico de conducta gravemente arbitraria por parte de un Estado en el tratamiento de una inversión extranjera.

451. El Tribunal no puede aceptar la defensa de la Demandada de que la Resolución No. 141 “ahorró a los consumidores costos innecesarios”<sup>502</sup> [Traducción del Tribunal], que potencialmente ascendieron a cientos de millones de dólares, basándose en la consideración de que —al contrario de sus propias expectativas— con el tiempo resultó que el sistema funcionaba igual de bien en virtud de la Optimización Conjunta<sup>503</sup>. Sería ofensivo para el decoro judicial y, en términos más generales, a los principios básicos del Estado de derecho, si se permitiera a un Estado alterar de repente los términos expresos de una licitación pública después de su adjudicación (y después de celebrar un contrato público como el Acta de Compromiso, en particular tras una larga y articulada evaluación de las implicaciones) por el simple hecho de que de haberse dado cuenta que podrían haber existido alternativas más convenientes que el adjudicatario<sup>504</sup>.

---

<sup>502</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 65.

<sup>503</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 63.

<sup>504</sup> En su Escrito Posterior a la Audiencia, la Demandada sostiene que, incluso si la interpretación de las Demandantes del PR-22 fuera correcta, la Resolución No. 141 no comprometería su responsabilidad internacional en virtud del Tratado porque constituía un ejercicio legítimo de su autoridad soberana para regular. El Tribunal no necesita abordar esta defensa, dado que la Demandada solo la planteó en el contexto de su respuesta al argumento de las Demandantes de que la Resolución No. 141 frustró sus expectativas legítimas. Sin embargo, incluso si la hubiera planteado como respuesta al argumento de las Demandantes de que la Resolución No. 141 era arbitraria, el Tribunal la habría rechazado. Esto porque, contrariamente a lo alegado por la Demandada, la Resolución No. 141 no fue “una regulación de buena fe destinada a mejorar el bienestar público” o “un ejercicio normal y no discriminatorio de sus facultades regulatorias” [Traducción del Tribunal], sino una alteración completa, repentina e inesperada de un marco que Perú había concebido a conciencia y que se cristalizó en un contrato público como el Acta de Compromiso. Si bien los Estados gozan de discrecionalidad regulatoria para legislar y regular en aras del interés público, no pueden hacer uso de esa discrecionalidad para subvertir por completo (y con carácter retroactivo) las condiciones de una licitación pública.

452. El segundo fundamento para la evaluación del Tribunal según la cual la Resolución No. 141 fue manifiestamente arbitraria es que puede afirmarse que la medida fue “*adoptada por motivos distintos de los aducidos por el responsable de la decisión*”, lo cual es una de las facetas de la arbitrariedad según la definición de *EDF c. Rumania*. El motivo que adujo OSINERGMIN para emitir la Resolución No. 141 fue el de aclarar el presunto malentendido sobre “*el modo en que debía interpretarse e implementarse el PR-22*”<sup>505</sup> [Traducción del Tribunal]. Sin embargo, las circunstancias en torno a la adopción de la Resolución No. 141, así como las alegaciones de la Demandada en este arbitraje, revelan el que pareciera ser el verdadero motivo de OSINERGMIN. Ello fue para evitar los costos de los despachos permanentes de las unidades de Kallpa GSA de conformidad con las Bases de la Licitación y con el Acta de Compromiso, los cuales repentinamente (y probablemente también a la luz de la presión ejercida por los competidores de Kallpa GSA a través de sus cartas del mes de junio de 2016) consideró excesivos y antieconómicos, a pesar de haber considerado cuidadosamente las implicancias del sistema al momento de adoptarlo<sup>506</sup>. Por lo tanto, la Resolución No. 141 debe ser clasificada como una “*medida adoptada por motivos distintos de los aducidos por el responsable de la decisión*”<sup>507</sup>.

---

<sup>505</sup> Memorial de Contestación, ¶ 123. Véase Resolución No. 141 (C-66), pág. 2., donde se afirma que el “8 de junio de 2016, mediante Carta N° ENG/535-2016, la empresa ENGIE Energía Perú S.A. (‘ENGIE’), sobre la base de escenarios estimados, pone de conocimiento de Osinergmin, posibles efectos contrarios al ordenamiento legal que podría generar la ejecución de los resultados del proceso de asignación de la Provisión Base y la programación del despacho, como consecuencia del valor proyectado de Costo Variable de las CT Kallpa y CT Las Flores de 3,25 USD/MMBTU, según afirma ENGIE. En consecuencia, solicita la reafirmación de la vigencia de la regla de coordinación de la operación del SEIN al mínimo costo prevista en la Ley N° 28832; Que, de otro lado, con fecha 10 de junio de 2016, mediante la Carta GG-MISC-348-2016, la empresa Termochilca S.A., solicita se brinde una correcta interpretación de la aplicación del PR-22, en la asignación de la Provisión Base, debido a que, en su opinión la interpretación que viene efectuando el COES, incumple lo establecido en la Ley N° 28832 y en el Procedimiento Técnico COES PR-01 “Programación de la Operación de Corto Plazo”.

<sup>506</sup> En particular, el Tribunal se refiere a dos circunstancias. En primer lugar, a las cartas enviadas a OSINERGMIN por los competidores de Kallpa GSA poco tiempo antes del dictado de la Resolución No. 141, reclamando que un despacho permanente de las Unidades de Kallpa GSA habría generado costos adicionales significativos para el sistema. El hecho de que OSINERGMIN dictara la Resolución No. 141 poco después de recibir esas cartas indica que fue influenciado por ellas y, en particular, por la observación de que un despacho permanente de las Centrales de Kallpa GSA habría sido costoso para el sistema. Segundo, el hecho de que el Informe de RSF de Uribe & Leyva encargado por OSINERGMIN señalara explícitamente que no era “*conveniente*” despachar de forma permanente las unidades de Kallpa GSA. Si bien este Informe fue emitido con posterioridad al dictado de la Resolución No. 141, echa luz sobre los verdaderos motivos detrás de su sanción.

<sup>507</sup> *EDF c. Rumania*, ¶ 303(c).

453. El tercer motivo por el cual el Tribunal determinó que la Resolución No. 141 fue manifiestamente arbitraria es que fue dictada ignorando los principios fundamentales y procedimientos del derecho peruano:

(i) Para comenzar, incumplió el principio fundamental de irretroactividad de las leyes y regulaciones reconocidas en el derecho peruano (y en cualquier otro sistema jurídico avanzado), ya que revirtió la garantía de despacho permanente del proveedor de Base Firme de las Bases de Licitación inmediatamente después de que Kallpa GSA ganara la licitación y suscribiera el Acta de Compromiso. Es imposible adherir a la sugerencia de la Demandada según la cual la Resolución No. 141 no fue retroactiva porque Kallpa GSA no había comenzado aún a prestar servicios de RSF de conformidad con el Acta de Compromiso. Al momento del dictado de la Resolución No. 141, Kallpa GSA ya había adquirido el derecho a recibir un despacho permanente al haber ganado la Licitación y haber suscrito el Acta de Compromiso. Esto hace que la Resolución No. 141 sea una medida retroactiva que puso fin a un derecho legítimamente adquirido.

(ii) Además, la Resolución No. 141 fue incongruente con los procedimientos del derecho peruano para la modificación por parte de OSINERGMIN de las regulaciones existentes, como el PR-22. No se discute que OSINERGMIN debe obtener la Opinión del COES antes de modificar un procedimiento técnico como el PR-22<sup>508</sup>. Esto no puede ser considerado como un requisito puramente formal. Como el COES representa a los generadores, podría haber incorporado su opinión, con inclusión de la de Kallpa GSA, lo cual habría llevado a OSINERGMIN a cambiar su opinión respecto de si debía modificarse el procedimiento técnico y de qué modo debía llevarse a cabo. Al presentar la Resolución No. 141 como un instrumento interpretativo, aunque se trató de una modificación radical *de facto* del PR-22, OSINERGMIN deliberadamente eludió el procedimiento para la modificación de una regulación.

Además, OSINERGMIN no respetó su obligación de publicar los borradores de sus resoluciones por adelantado a fin de obtener los comentarios de parte del público. La defensa de la Demandada según la cual el derecho peruano le permitía a OSINERGMIN saltarse ese paso en una situación urgente como la que estaba enfrentando - es decir, la presentación inminente de los Costos

---

<sup>508</sup> Véanse ¶¶ 347, 361 *supra*.

Declarados por parte de Kallpa GSA<sup>509</sup> no es convincente. OSINERGMIN había contado con más de dos años para aclarar el significado del PR-22 (el cual fue publicado el 29 de marzo de 2014). La Demandada no explica el motivo por el cual esperó hasta el mes de junio de 2016, justo antes del momento en que Kallpa GSA debía presentar sus Costos Declarados anuales, para hacerlo.

Esto convierte a la Resolución No. 141 en una “medida adoptada en desprecio intencional del debido proceso y el procedimiento adecuado”, [Traducción del Tribunal], lo que constituye otra articulación de la arbitrariedad según la definición de *EDF c. Rumania*.

454. A la luz de todas estas consideraciones, el Tribunal concluye que la Demandada actuó de una manera gravemente arbitraria al dictar la Resolución No. 141.
455. Esta conclusión es suficiente para afirmar que la Reclamación basada en el Servicio de RSF y que, en consecuencia, de conformidad con el principio de economía procesal recordado *supra*, el Tribunal se encuentra eximido de analizar si la adopción de la Resolución No. 141 frustró también las expectativas legítimas de las Demandantes.

### **C. Reclamación basada en la Nueva Metodología**

456. Mediante la Reclamación por la Nueva Metodología, las Demandantes persiguen el cobro de la indemnización supuestamente sufridas como consecuencia de la adopción por parte de OSINERGMIN de la Resolución No. 164 que modificó la metodología de distribución de costos para las Líneas por Criterio de Uso.
457. Según las Demandantes, al dictar la Resolución No. 164, Perú incumplió el Artículo 10.5 del Tratado, ya que la medida fue arbitraria y discriminatoria, en violación de la obligación de mantener un entorno jurídico y regulatorio estable y predecible. La Demandada rechaza esto, expresando que OSINERGMIN revisó adecuadamente la metodología de distribución de costos para abordar las deficiencias de la regulación anterior.
458. El Tribunal ha concluido anteriormente que ni el estándar de NMF/TJE<sup>510</sup> ni el estándar de PSP<sup>511</sup> que se encuentran consagrados en el tratado incluyen una

---

<sup>509</sup> Memorial de Contestación, ¶ 145; Dúplica, ¶ 259.

<sup>510</sup> Véanse ¶¶ 312 y ss. *supra*.

<sup>511</sup> Véanse ¶¶ 324 y ss. *supra*.

obligación para el Estado receptor de mantener un entorno jurídico y regulatorio estable y predecible. A la luz de esta conclusión, deben rechazarse de plano los argumentos de las Demandantes basados en el supuesto incumplimiento de esa obligación por parte de Perú.

459. En consecuencia, el Tribunal considerará exclusivamente los argumentos de las Demandantes según los cuales la Resolución No. 164 fue arbitraria y discriminatoria en violación del estándar de NMT/TJE del Artículo 10.5 del Tratado, exponiendo en primer lugar las posiciones de las Partes (**Secciones 1 y 2**) y, después su evaluación de la Reclamación de las Demandantes por la Nueva Metodología (**Sección 3**).

**1. Posición de las Demandantes**

**i. La arbitrariedad de la Resolución No. 164**

460. Las Demandantes sostienen que la Resolución No. 164 fue arbitraria por varios motivos<sup>512</sup>.
461. En primer lugar, la Resolución No. 164 “no se basó en normas jurídicas, sino en la discrecionalidad y la preferencia”<sup>513</sup>, ya que incorporó una metodología de distribución de costos (la Nueva Metodología) incongruente con el Criterio de Uso “estabilizado” por la Ley 28832<sup>514</sup>. En particular, al eliminar el concepto de Segunda Metodología de Generadores relevantes<sup>515</sup>, si bien todas las mantiene su método de

---

<sup>512</sup> En cuanto al estándar de arbitrariedad, véase ¶ 345 *supra*.

<sup>513</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 247(b), donde se cita *EDF c. Rumania*, ¶ 303.

<sup>514</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 247(b); Réplica, ¶ 214. Las Demandantes señalan que mientras OSINERGMIN está facultado para regular la distribución de los costos de las Líneas por Criterio de Uso, su discrecionalidad se encuentra limitada por el Criterio de Uso “estabilizado” [Traducción del Tribunal] en virtud de la Ley 28832 (Réplica, ¶¶ 207, 218-219, 392; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 196(g)).

<sup>515</sup> Cabe recordar que el término Generadores Relevantes se refiere a aquellos generadores que tengan al menos uno de sus caminos eléctricos hasta cualquier “barra” de demanda que pase por una Línea por Criterio de Uso determinada. La Segunda Metodología primero identificaba los Generadores Relevantes correspondientes a una Línea determinada mediante la aplicación del Método FDT (es decir, un método que identificaba al generador empleando una línea en función de los flujos netos de electricidad). Luego distribuía los costos de dicha Línea únicamente entre los Generadores Relevantes en función del Método de Fuerza/Distancia. Mediante la aplicación del concepto de Generadores Relevantes, sostienen las Demandantes, la Segunda Metodología guardaba congruencia con el Criterio de Uso.

Fuerza/Distancia<sup>516</sup>, la Nueva Metodología responsabilizó a todos los generadores por los costos de todas las Líneas por Criterio de Uso independientemente del uso efectivo (salvo aquellas Líneas utilizadas exclusivamente por un generador o en los casos en que el generador fuera responsable por un pago *de minimis* inferior al 1 % de los costos de la Línea relevante)<sup>517</sup>. Esto es así porque el Método de Fuerza/Distancia “*calcula la distancia a todos los elementos a través de los cuales un generador de electricidad teóricamente podría viajar*” [Traducción del Tribunal], como si la electricidad pudiera viajar en todas las direcciones, cuando en realidad fluye en una sola dirección<sup>518</sup>. Ese Método coincide con un Criterio de Beneficio (en lugar de un Criterio de Uso)<sup>519</sup> y, por lo tanto, infringe la Ley 28832.

462. Las Demandantes alegan que, en virtud de la NUEVA Metodología, Kallpa GSA se vio obligada a pagar por Líneas por Criterio de Uso que no utilizó, tal como todos los elementos del sistema Mantaro-Lima (mientras que conforme a la Segunda Metodología únicamente pagó por 8 de los 38 elementos de ese sistema)<sup>520</sup>.
463. Las Demandantes señalan que durante la Audiencia el testigo de la Demandada el Sr. Mendoza - el Gerente de la División de Generación y Transmisión Eléctrica de OSINERGMIN que aprobó la Resolución No. 164 - admitió que el objetivo de la Nueva Metodología era lograr que todos los generadores pagaran el mismo costo unitario

---

<sup>516</sup> Para las Demandantes, el Método de Fuerza/Distancia ignora los flujos reales de electricidad y, por ende, el uso real de las líneas o elementos de transmisión, ya que se centra exclusivamente en “*la energía inyectada a la red por cada generador en su conjunto en un período determinado, y la distancia del generador a cada elemento*” [ (Réplica, ¶ 242). En otras palabras, según las Demandantes ese Método “*implica un simple ejercicio de aritmética: la cantidad de energía generada por el generador se divide por la distancia eléctrica (conocida como impedancia) desde el generador a cada elemento. El resultado de esa división (el cociente) se multiplica luego por el costo de ese elemento. Mientras más cerca se encuentre un generador a un elemento y más electricidad produzca, mayor es el importe que paga por ese elemento*” independientemente del uso real (Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 207-208). [Traducción del Tribunal]

<sup>517</sup> Memorial, ¶¶ 151-153; Réplica, ¶¶ 229, 241, 242, 271, 413; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 212-222.

<sup>518</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 208.

<sup>519</sup> Réplica, ¶ 392; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 247 (b).

<sup>520</sup> Réplica, ¶ 233; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 233. Además, debido a la cantidad significativa de energía producida por Kallpa y las Flores y la ubicación de las centrales en proximidad del sistema Mantaro-Lima, se vieron obligadas a pagar un importe desproporcionado de los costos de las líneas (aproximadamente el 20 %) comparado con el uso real de las líneas (Memorial, ¶ 159; Réplica, ¶ 234; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 234).

de transmisión, como en un sistema de sellos de correos<sup>521</sup>. Esto fue confirmado por el Informe de Transmisión de Uribe & Leyva<sup>522</sup> y fue también reconocido por el testigo de la Demandada, el Sr. Buenalaya<sup>523</sup>.

464. Las Demandantes impugnan la sugerencia de la Demandada según la cual el Concepto de Generadores Relevantes fue reemplazado adecuadamente por el Filtro de Impedancia de la Nueva Metodología, aduciendo que ese Filtro “*elimina* [del procedimiento de distribución de costos] *elementos de uso exclusivo*” [Traducción del Tribunal] (es decir, las Líneas utilizadas únicamente por un generador), pero todavía hace que los generadores paguen por elementos no exclusivos que no usan<sup>524</sup>.
465. Segundo, las Demandantes afirman que la Resolución No. 164 también fue arbitraria ya que fue “*adoptada en desprecio intencional del debido proceso y el procedimiento adecuado*” [Traducción del Tribunal]<sup>525</sup>, ya que no cumplió con el requisito del derecho peruano según el cual un cambio regulatorio debe (i) estar debidamente fundado, (ii) basarse en un análisis de costo-beneficio, (iii) ser implementado en forma transparente, y (iv) ser no discriminatorio<sup>526</sup>.
466. Al argumento de la Demandada según el cual OSINERGMIN explicó debidamente los motivos subyacentes a la Resolución No. 164 mediante sus informes jurídicos y técnicos<sup>527</sup>, las Demandantes responden que dichos informes fueron acotados y

---

<sup>521</sup> Tr. Día 4, 757:15-759:19; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 218-221.

<sup>522</sup> Informe de Transmisión de Uribe & Leyva (R-52), pág. 98, citado en Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 220.

<sup>523</sup> Tr. Día 4, 851:14-852:2: “*P: Aquí lo que está explicitando el reporte [R-40] es como una especie de intención de que los costos sean compartidos entre todos los generadores -dice-. Los costos sean compartidos por todos los generadores. Una especie de socialización del costo. ¿Es correcto? R: En su momento lo que estábamos explicando acá que estábamos buscando que estos costos sean homogéneos, que sean estables, ¿no? Que es lo que estábamos esperando. Justamente la metodología buscaba eso*”.

<sup>524</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 214. Véase también Réplica, ¶ 243.

<sup>525</sup> *EDF c. Rumania*, ¶ 303. Según las Demandantes, la legislación peruana exige que “*cualquier cambio en la regulación deberá ser debidamente motivado, su fundamento debe darse a conocer al público con antelación, y debe dictarse solo después de un análisis de costo-beneficio*” [Traducción del Tribunal] (Réplica, ¶ 393). Véase también Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 247(c).

<sup>526</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 223.

<sup>527</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 92-93.

carecieron de cualquier análisis sobre la cuestión que consistiría en determinar si la Nueva Metodología sería congruente con el Criterio de Uso y de qué manera<sup>528</sup>.

467. Según las Demandantes, no resulta creíble que OSINERGMIN se basara en el Informe de Transmisión de Uribe & Leyva y en el Informe de Daños para dictar la Resolución No. 164 porque: (i) ese Informe fue emitido después de la publicación del borrador de la Resolución No. 164 (es decir, la Resolución No. 164), nunca fue mencionado en ningún documento contemporáneo y únicamente fue divulgado en este arbitraje<sup>529</sup>; (ii) el Informe de Daños había sido encargado en respaldo de la Resolución No. 383 nueve años antes de la Resolución No. 164 y no cuestionó el concepto de Generadores Relevantes, la eliminación del cual fue una de las innovaciones esenciales de la Nueva Metodología<sup>530</sup>.
468. Las Demandantes cuestionan que OSINERGMIN haya analizado el impacto de la Nueva Metodología en su respuesta a los comentarios de los generadores. OSINERGMIN simplemente no abordó las críticas de los generadores antes de concluir el nuevo procedimiento<sup>531</sup>.
469. Tercero, las Demandantes sostienen que la Resolución No. 164 fue arbitraria ya que fue *“adoptada por motivos distintos de los aducidos por el responsable de la decisión”* [Traducción del Tribunal]<sup>532</sup>. Si bien el propósito formal de la Resolución era el de resolver problemas de la Segunda Metodología, su verdadero objetivo era el de *“subsidiar en forma cruzada a Electroperú y a otras empresas del Estado a costa de los generadores privados como Kallpa GSA”* [Traducción del Tribunal]<sup>533</sup>. En

---

<sup>528</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 225-226. Según las Demandantes, esto habría sido conformado durante la Audiencia por Jaime Mendoza, perito de la Demandada (Tr. Día 4, 743:17-744:8: “P: Entonces, ¿está de acuerdo conmigo que este reporte legal [C-133] no se pronunció sobre si este cambio método resultaba acorde con el criterio estabilizado por la ley 28.832? R: No, no es eso exactamente. Yo he leído varios informes legales y generalmente cuando R: [...] generalmente cuando el tema es técnico no se pronuncian. Es lo único que dicen. No dicen que se opondan, no dicen nada con respecto a lo demás, pero sí citan en los antecedentes, generalmente, las normas vigentes. P: Perfecto. Entonces, no hace un análisis del fondo dice ahí, no se pronuncia de sobre su contenido de fondo por un tema técnico”).

<sup>529</sup> Réplica, ¶ 395.

<sup>530</sup> Réplica, ¶¶ 249, 250, 394; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 231.

<sup>531</sup> Memorial, ¶ 248; Réplica, ¶ 389(b) Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 227-228.

<sup>532</sup> EDF c. Rumania, ¶ 303.

<sup>533</sup> Memorial, ¶ 246; Réplica, ¶ 389(a) Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 247 (a).



particular, fue dictada para brindar un alivio financiero al balance de Electroperú<sup>534</sup> al socializar los costos de las Líneas por Criterio de Uso, de las cuales en ese momento una cuota importante era soportada por Electroperú. Por ende, en opinión de las Demandantes, la Resolución No. 164 también “*infligió un daño* [en los generadores privados] *sin servir a un fin legítimo aparente*”<sup>535</sup>. [Traducción del Tribunal]

**ii. El carácter discriminatorio de la Resolución No. 164**

470. Las Demandantes también alegan que la Resolución No. 164 es discriminatoria.
471. De manera preliminar, ellas alegan que la conducta discriminatoria en virtud del estándar de NMT/TJE consiste en brindar un trato diferente a situaciones similares sin un fundamento de política razonable justificado<sup>536</sup>, y que las medidas discriminatorias “*necesariamente implican que el estado se benefició o causó un daño en alguien en una mayor medida en comparación con la generalidad*” [Traducción del Tribunal]<sup>537</sup>. Las Demandantes también sostienen que el efecto discriminatorio es

---

<sup>534</sup> Las Demandantes hacen hincapié en que la Resolución No. 164 fue adoptada al mismo tiempo que entraron en vigor los Contratos de Compraventa de Energía de Electroperú (PPA) con algunas centrales hidroeléctricas nuevas (los que fueron suscriptos por Electroperú a pedido de la Agencia de Promoción de la Inversión Privada (“**Proinversión**”)). En virtud de los PPA, Electroperú compraría toda la energía y el 70 % de la energía de los proyectos hidroeléctricos nuevos conforme a la modalidad *take-or-pay* durante 15 años, para después venderle la energía a los distribuidores. Sin embargo, debido a la disminución de la demanda de electricidad, Electroperú se dio cuenta de que tendría que vender a pérdida la energía que había comprado. Por lo tanto, solicitó asistencia financiera a las autoridades gubernamentales, la cual se le brindó a través de la Resolución No. 164 (véanse Memorial, ¶¶ 167-172; Réplica, ¶¶ 261-263; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 244-245).

<sup>535</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 247(a), donde se cita *EDF c. Rumania*, ¶ 303.

<sup>536</sup> Memorial; ¶ 219; Réplica ¶ 399, donde se invoca *Saluka Investments B.V. c. La República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 (CL-30), ¶ 307: “*Cualquier trato diferencial [...] debe estar justificado por la demostración de que guarda una relación razonable con las políticas racionales y no está motivado por una preferencia*”; *Marion Unglaube y Reinhard Unglaube c. República de Costa Rica*, Casos CIADI Nos. ARB/08/1 y ARB/09/20, Laudo, 16 de mayo de 2012 (CL-76), ¶ 262: “*A fin de prevalecer respecto de una alegación de trato discriminatorio, un Demandante debe demostrar que ha sido objeto de un trato desigual en circunstancias en las que no parece haber un fundamento razonable para la diferenciación*”; *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008 (CL-48), ¶ 184: “*la discriminación [...] corresponde a la formulación negativa del principio de igualdad de trato. Implica que las personas sean tratadas de una manera diferente en circunstancias similares sin un fundamento razonable o justificado*”. [Traducción del Tribunal]

<sup>537</sup> Memorial, ¶ 220; Réplica, ¶ 399, donde se cita *AES c. Hungría*, ¶ 10.3.53.

suficiente para la determinación de discriminación y que la intención no es esencial<sup>538</sup>.

472. Las Demandantes alegan que la Resolución No. 164 tuvo un efecto discriminatorio porque dio lugar a un traslado de los costos de una empresa del Estado a los generadores privados<sup>539</sup>. La reforma favoreció a Electroperú en detrimento de empresas como Kallpa GSA<sup>540</sup>. De hecho, si bien la porción de los costos de Electroperú por el Sistema Secundario en su conjunto disminuyó un 56 % (con su porción del sistema Mantaro-Lima, el cual ha sido designado para servir a sus plantas, descendiendo un 70 %), la porción de los costos de Kallpa GSA aumentó un 125 %<sup>541</sup>. Según las Demandantes, luego del dictado de la Resolución No. 164, “OSINERGMIN corrigió algunas distorsiones” [Traducción del Tribunal] creadas por la Resolución, pero “no abordó aquellas que afectaron favorablemente a Electroperú en detrimento del sector privado”<sup>542</sup>.
473. Las Demandantes sostienen que esos datos en los que se basa el perito de la Demandada<sup>543</sup> para afirmar que la Resolución No. 164 afectó o beneficio indiscriminadamente tanto a los generadores privados como a los públicos es “interpretada de una manera absurdo”<sup>544</sup> [Traducción del Tribunal]. De hecho, el perito de la Demandada simplemente enumeró la cantidad de empresas individuales que se beneficiaron o fueron perjudicadas, independientemente de la contribución de cada empresa al sistema de generación eléctrica en general. A modo de ejemplo, las 31 empresas privadas que no fueron afectadas representan, en total, sólo el 4,6 % del total de la generación eléctrica y por lo tanto caen por debajo del umbral del 1 %

---

<sup>538</sup> Memorial, ¶ 221; Réplica, ¶ 399, donde se invoca el caso *Siemens c. Argentina*, ¶ 321: “El Tribunal concuerda en que la intención no es decisiva ni esencial para determinar que ha habido discriminación, y en que el impacto de la medida sobre la inversión sería el factor determinante para indagar si ha resultado en trato discriminatorio”.

<sup>539</sup> Réplica, ¶ 403; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 242. Por ejemplo, las Demandantes alegan que mientras en virtud de la Resolución No. 383, los generadores del Estado sufragaban cerca del 78 % de los costos del sistema Mantaro-Lima y los generadores privados cerca del 22 %, después de la adopción de la Resolución No. 164 los generadores privados pasaron a sufragar aproximadamente el 76 % de los costos del sistema Mantaro-Lima.

<sup>540</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 250.

<sup>541</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 234-235.

<sup>542</sup> Réplica, ¶ 404.

<sup>543</sup> Presentación Directa de Boaz Moselle, Compass Lexecon, diapositiva 24.

<sup>544</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 237.

para la distribución de los costos. Por el contrario, los 12 generadores privados que informaron un aumento en los costos representan el 64,5 % de la generación eléctrica del sistema<sup>545</sup>.

474. Las Demandantes sostienen que en cualquier caso la Resolución No. 164 también estuvo viciada de un intento discriminatorio, ya que la única explicación posible para su adopción fue la de aceptar las solicitudes de alivio financiero de Electroperú<sup>546</sup>. En otras palabras, el verdadero motivo detrás de la Resolución fue el de “*beneficiar a Electroperú y a otros generadores del Estado en detrimento de las Demandantes y de otros generadores privados*”<sup>547</sup> [Traducción del Tribunal]. En su opinión, esto queda probado por el momento en el que se dictó la Resolución No. 164, cuya entrada en vigor coincidió con el de algunos contratos de compraventa de energía (“PPA”) desfavorables suscritos por Perú (que se esperaba generen pérdidas)<sup>548</sup>.

## **2. Posición de la Demandada**

### ***i. La arbitrariedad de la Resolución No. 164***

475. La Demandada niega que la Resolución No. 164 fuese arbitraria.
476. En primer lugar, rechaza la sugerencia de las Demandantes de que la Nueva Metodología es inconsistente con el Criterio de Uso<sup>549</sup>. De hecho, los dos componentes principales de la Nueva Metodología, es decir, el Filtro de Impedancia<sup>550</sup> y el Método de Fuerza/Distancia<sup>551</sup>, son consistentes con ese Criterio,

---

<sup>545</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 237-240.

<sup>546</sup> Véase nota al pie 534 *supra*. Según las Demandantes, “*el contexto y el momento en el que se dictó la Resolución No. 164 [...] no permite ninguna otra conclusión*” [Traducción del Tribunal] (Réplica, ¶ 402).

<sup>547</sup> Réplica, ¶ 400; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 244.

<sup>548</sup> Véase nota al pie 534 *supra*.

<sup>549</sup> Dúplica, ¶ 519.

<sup>550</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 81-82.

<sup>551</sup> Dúplica, ¶¶ 321-322; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 83. La Demandada arguye que el Método de Fuerza/Distancia es consistente con el Criterio de Uso porque, a través de su componente “*distancia*”, distribuye costos con base en la “*distancia eléctrica*” entre un generador y una línea, que se mide utilizando la “*impedancia eléctrica entre el generador y la línea de transmisión bajo análisis*, [es decir,] *la oposición ‘ofrecida por una sección del sistema contra el flujo de corriente [eléctrica] y es directamente proporcional a la longitud de la línea*” [Traducción del Tribunal] (Dúplica, ¶¶ 309-311). La idea de que la energía fluye a través de todos los elementos de una línea, siguiendo el camino de menor resistencia (o impedancia) es inherente al argumento de la Demandada.

en tanto medían el uso de las líneas por parte de los generadores con base en la “impedancia”<sup>552</sup>. Al hacerlo, garantizaban que los costos se asignarían solo a los usuarios efectivos.

477. La Demandada también afirma que la Resolución No. 164 fue razonable, porque tenía por objeto resolver los problemas ocasionados por la Segunda Metodología (por ejemplo, debido a la incompatibilidad entre el Método FDT y el Método de Fuerza/Distancia, que miden el uso de manera diferente), mediante la implementación de una metodología más predecible, adecuada y justa<sup>553</sup>.
478. La Demandada refuta que en virtud de la Nueva Metodología todos los generadores pagarían por la totalidad de las Líneas por Criterio de Uso. En realidad, “como máximo, 28 de los 130 generadores pagan por cualquier elemento de transmisión determinado [...] y un generador determinado contribuye aproximadamente a 11 de unas 29 líneas posibles en cualquier mes determinado”<sup>554</sup>. [Traducción del Tribunal]
479. La Demandada afirma que las Demandantes no pueden quejarse de que Kallpa GSA pagara por el sistema Mantaro-Lima en virtud de la Nueva Metodología, dado que, tal como fuera confirmado por sus propios testigos y peritos<sup>555</sup>, Kallpa GSA efectivamente utilizaba el sistema Mantaro-Lima. Ello también queda demostrado por la existencia de contratos de compraventa de energía entre la central Cerro del Águila de Kallpa GSA ubicada en el sur de Lima y empresas con sede en Lima, que Kallpa GSA muy probablemente ejecuta transmitiendo electricidad a través del sistema Mantaro-Lima<sup>556</sup>. La Demandada observa asimismo que, en contraposición

---

<sup>552</sup> En particular, la Demandada arguye que el Método de Fuerza/Distancia es consistente con el Criterio de Uso porque distribuye costos con base en la “*distancia eléctrica*” entre un generador y una línea, que se mide utilizando la “*impedancia eléctrica entre el generador y la línea de transmisión bajo análisis, [es decir,] la oposición ‘ofrecida por una sección del sistema contra el flujo de corriente [eléctrica] y es directamente proporcional a la longitud de la línea*” [Traducción del Tribunal] (Dúplica, ¶¶ 309-311). La idea de que la energía del generador no fluye a través de un único camino, sino que, más bien, puede fluir en todas las direcciones, siguiendo el camino de menor resistencia (o impedancia) es inherente al argumento de la Demandada.

<sup>553</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 172-177; Dúplica, ¶ 317.

<sup>554</sup> Dúplica, ¶ 323. Véase también Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 84.

<sup>555</sup> Tr. Día 2, 422:4- 427:9; Tr. Día 5, 960:14- 961:7. Véanse también RER-CLEX I, ¶ 7.43, Tabla 24; RER-CLEX II, ¶ 4.16, Tabla 17; Presentación Pericial Directa de Compass Lexecon, 19 de diciembre de 2021, diapositiva 20.

<sup>556</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 88.

a la alegación de las Demandantes, con arreglo a la Nueva Metodología, Kallpa GSA en cualquier caso asumía únicamente entre 6-11 % de los costos de ese sistema<sup>557</sup>.

480. En segundo lugar, la Demandada controvierte que OSINERGMIN no cumpliera con los requisitos procesales de la legislación peruana cuando adoptó la Resolución No. 164. En efecto, OSINERGMIN: (i) en sus informes explicó debidamente sus motivos para adoptar la Nueva Metodología<sup>558</sup>; (ii) dictó la Resolución No. 164 con base en un análisis de costo-beneficio (con inclusión de aquel contenido en el Informe de Transmisión de Uribe & Leyva)<sup>559</sup>; (iii) actuó de manera transparente todo el tiempo, puesto que – antes de dictar la Resolución – publicó un proyecto, solicitó comentarios de los generadores y respondió a esos comentarios (algunos de los cuales fueron presentados por Kallpa GSA)<sup>560</sup>; y (iv) no actuó en forma discriminatoria contra las Demandantes ni en favor de Electroperú<sup>561</sup>.
481. La Demandada rechaza la sugerencia de que OSINERGMIN no se basó en el Informe de Transmisión de Uribe & Leyva y en el Informe sobre Quantum para idear la Nueva Metodología. En lo que se refiere al Informe de Transmisión de Uribe & Leyva, pese a que se emitió formalmente después de la adopción de la Resolución No. 164, OSINERGMIN revisó un borrador antes de emitir la Resolución y se basó en las recomendaciones incluidas en él para desarrollar la Nueva Metodología<sup>562</sup>. OSINERGMIN también se basó en el Informe sobre Quantum, aunque se hubiera emitido muchos años antes, porque trataba el Método de Fuerza/Distancia, que era

---

<sup>557</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 89.

<sup>558</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 92-93. La Demandada subraya que, con ocasión de la Audiencia, el perito de las Demandantes, el Sr. García, admitió que las Demandantes estaban al tanto de esos informes, y que el equipo comercial de Kallpa GSA debatió todos sus puntos relevantes en reuniones internas (Tr. Día 2, 429:3- 438:4).

<sup>559</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 181, 279; Dúplica, ¶¶ 342-344.

<sup>560</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 182-187, 284; Dúplica, ¶¶ 345-346, 520; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 94.

<sup>561</sup> Memorial de Contestación, ¶ 188; Dúplica, ¶¶ 524-525. Véase también Sección V.C.2ii.

<sup>562</sup> Dúplica, ¶ 522. El hecho de que ningún documento contemporáneo hiciera referencia al informe no resulta influyente. Por un lado, OSINERGMIN no tenía obligación de hacer referencia al informe en esos documentos. Por otro lado, al emitir la Nueva Metodología, OSINERGMIN explicó las deficiencias en la Segunda Metodología de manera tal de reflejar los comentarios del Informe de Transmisión de Uribe & Leyva. Por ende, OSINERGMIN claramente se basó en el informe al dictar la Resolución No. 164 (Dúplica, ¶ 523). Véase también Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 94.

el componente de la Segunda Metodología que OSINERGMIN optó por mantener en la Nueva Metodología<sup>563</sup>.

482. En tercer lugar, la Demandada arguye que las Demandantes no han logrado sustanciar su alegación de que la Resolución No. 164 se dictó a los fines no divulgados e ilegítimos de favorecer a Electroperú (en vez de para resolver problemas con la Segunda Metodología)<sup>564</sup>.

**ii. El carácter discriminatorio de la Resolución No. 164**

483. La Demandada también niega firmemente que la Resolución No. 164 fuera discriminatoria<sup>565</sup>.
484. Para comenzar, la Demandada asevera que dicha Resolución fue razonable, en tanto tenía por objeto “subsana[r] las inconsistencias y la impredecibilidad que resultaba de la incompatibilidad de los dos métodos de distribución utilizados en las Resoluciones anteriores”<sup>566</sup>. Asimismo, “asigna[ba] los costos de manera razonable en función del uso, y, de ese modo, no [había] subvención cruzada”, y conllevaba una distribución más equitativa de los costos sobre la base del tamaño del generador<sup>567</sup>. Para la Demandada, las Demandantes no pueden impugnar la Resolución No. 164, ya que “[r]ectificar problemas de inconsistencia e imprevisibilidad en un mecanismo regulatorio, y desarrollar una metodología de distribución de costos de mejor funcionamiento, más consistente y más adecuada para reemplazarla, es completamente pertinente”<sup>568</sup>. [Traducción del Tribunal]
485. La Demandada alega que no existe fundamento alguno para la teoría de las Demandantes de que la Resolución No. 164 se dictó con la intención de beneficiar a Electroperú en perjuicio de los generadores privados, que solo se basa en el hecho de que entró en vigor en el mismo momento que determinados contratos de compraventa de energía (PPA) desfavorables para Electroperú. El verdadero motivo por el cual la Resolución No. 164 entró en vigor cuando lo hizo es que fue en ese

---

<sup>563</sup> Dúplica, ¶ 521.

<sup>564</sup> Véase ¶ 485 *supra*.

<sup>565</sup> Dúplica, ¶¶ 470, 526-527.

<sup>566</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 96.

<sup>567</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 197-198.

<sup>568</sup> Dúplica, ¶ 528.

momento cuando concluyó el Período Tarifario anterior que aplicaba la Segunda Metodología<sup>569</sup>. Las Demandantes también ignoran que Electroperú continuó solicitando asistencia financiera de las autoridades gubernamentales, que se la denegaron, aun después de la adopción de la Resolución No. 164<sup>570</sup>.

486. La Demandada también controvierte que la Resolución No. 164 tuviera un efecto discriminatorio. Su posición es que la distribución de costos diferente entre generadores que esta conlleva “*no constituye discriminación en contra de alguno cuyos costos aumentaron o en favor de alguno cuyos costos disminuyeron*”<sup>571</sup>. De hecho, tal como lo demostraran los datos exhibidos en la Audiencia<sup>572</sup>, en virtud de la Resolución No. 164 “*determinados generadores privados y públicos pagan menos por las líneas de transmisión STS-CTS [...] que lo que habrían pagado si la Resolución No. 383 hubiera estado vigente, y determinados generadores privados y públicos pagan más*”<sup>573</sup> [Traducción del Tribunal]. En particular, la Resolución tuvo un impacto positivo en siete empresas privadas (exonerando completamente a dos de ellas de pagar por las Líneas por Criterio de Uso)<sup>574</sup>, y ningún tipo de impacto para muchas otras empresas privadas<sup>575</sup>. En cambio, tuvo un impacto negativo en al menos una

---

<sup>569</sup> Dúplica, ¶ 524. La Demandada subraya que OSINERGMIN comenzó a revisar la Segunda Metodología en el año 2013, al término del primer Período Tarifario que implementara dicha metodología. Para tal fin, OSINERGMIN contrató a Uribe & Leyva para analizar la Segunda Metodología (véase Memorial de Contestación, ¶ 171).

<sup>570</sup> Dúplica, ¶ 328, donde se mencionan Carta de OSINERGMIN a Proinversión, Carta No. 0470-2018-GRT, 29 de mayo de 2018 (R-115); Carta de Electroperú a Proinversión, Carta No. 00193-2018-G, 5 de abril de 2018 (R-111); Carta de Proinversión a OSINERGMIN que contenía Respuestas a Electroperú, Oficio No. 16-2018/PROINVERSIÓN/DPP/EL, 1 de junio de 2018 (R-119), págs. 1-6; RWS-Buenalaya II, ¶ 202; Carta de Electroperú a FONAFE, 24 de julio de 2015 (R-120); Carta de Proinversión a OSINERGMIN que contenía Respuestas a Electroperú, Oficio No. 16-2018/PROINVERSIÓN/DPP/EL, 1 de junio de 2018 (R-119); Carta de Electroperú a OSINERGMIN, Carta No. 00195-2018-G, 5 de abril de 2018 (R-121); Electroperú, Informe No. 00001-2021-C, 25 de enero de 2020 (R-122); Carta de Electroperú a OSINERGMIN, Carta No. 00035-2021-G, 28 de enero de 2021 (R-123).

<sup>571</sup> Dúplica, ¶¶ 528-529. La Demandada agrega que “*el Estado no está obligado a reparar todas las deficiencias regulatorias a la vez, y es libre de priorizar algunos asuntos regulatorios sobre otros. Se trata de una característica inevitable, incluso necesaria del Estado regulador*”. [Traducción del Tribunal]

<sup>572</sup> Véase Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 187-201, que se basa en la presentación de Compass Lexecon en el marco de la Audiencia.

<sup>573</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 96.

<sup>574</sup> El hecho de que esas empresas sean más pequeñas y se encuentren ubicadas a mayor distancia de Lima que Kallpa GSA no disminuye la importancia del impacto beneficioso de la Resolución No. 164 en ellas (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 189).

<sup>575</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 189.

empresa estatal, que se convirtió en responsable de Líneas por las cuales nunca antes había pagado<sup>576</sup>.

487. Según la Demandada, si se consideran los efectos en los generadores únicos, resulta aún más claro que la Resolución No. 164 no es discriminatoria. En efecto, la cantidad de generadores privados que se beneficiaron de la Resolución No. 164 debido a que redujo sus costos (18) es tres veces aquella de los generadores públicos (6)<sup>577</sup>.
488. Según la Demandada, es insustancial que la distribución general de costos de los generadores privados deviniera más elevada que aquella de los generadores privados, puesto que *“hay simplemente más generadores privados que públicos”*, y no existe motivo alguno de que *“el impacto de la Resolución deba ser proporcional entre generadores privados y públicos”*<sup>578</sup>. La Demandada dice que *“un cambio en la incidencia de costos y beneficios no demuestra que la nueva metodología fuera en modo alguno discriminatoria en favor de Electroperú o en contra de las Demandantes”*<sup>579</sup> [Traducción del Tribunal]. Las leyes tendrán siempre impactos diferenciales, y ello no basta para establecer discriminación<sup>580</sup>.

### **3. La decisión del Tribunal**

489. La cuestión ante el Tribunal consiste en determinar si la Resolución No. 164 fue gravemente arbitraria o discriminatoria en violación del estándar de NMT/TJE del Artículo 10.5 del Tratado. En primer lugar, el Tribunal procederá a analizar la presunta arbitrariedad de la Resolución (i) y posteriormente su supuesto carácter discriminatorio (ii).

---

<sup>576</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 189-192.

<sup>577</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 193. La Demandada observa que *“[l]a preponderancia de generadores privados responsables de los costos comparada con la de generadores públicos responsables de los costos con arreglo a la Resolución No. 164 es insustancial. Hay simplemente más generadores privados que públicos, y no existe motivo alguno para que el impacto de la Resolución deba ser proporcional entre generadores privados y públicos”* [Traducción del Tribunal] (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 196).

<sup>578</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 196.

<sup>579</sup> Dúplica, ¶ 330.

<sup>580</sup> Dúplica, ¶ 529.



**i. Si la Resolución No. 164 fue gravemente arbitraria**

490. También en relación con la Reclamación basada en la Nueva Metodología, las Demandantes invocan la definición de arbitrariedad en el caso *EDF c. Rumania*, y afirman que la Resolución No. 164 fue arbitraria por al menos tres motivos: (i) “no se basó en normas jurídicas, sino en la discrecionalidad y la preferencia”<sup>581</sup>, en tanto introdujo una metodología de distribución de costos (la Nueva Metodología) inconsistente con el Criterio de Uso “estabilizado” por Ley 28832; (ii) “se adoptó en desprecio intencional del debido proceso y el procedimiento adecuado”<sup>582</sup>, porque no cumplió con los requisitos de la legislación peruana para los cambios regulatorios; (iii) “se adoptó por motivos distintos de los aducidos por el responsable de la decisión”<sup>583</sup>, y concretamente para subsidiar en forma cruzada a Electroperú a costa de los generadores privados, infligiendo así daños a los generadores privados sin servir a un “fin legítimo”. [Traducción del Tribunal]
491. Al igual que con la Reclamación basada en el Servicio de RSF, la Demandada no discrepa de la definición de arbitrariedad de las Demandantes, aunque niega que la Resolución No. 164 fuera arbitraria.
492. Por los motivos ilustrados *supra*<sup>584</sup>, el Tribunal coincide con la articulación del concepto de arbitrariedad de las Demandantes, aunque sostiene que a efectos de establecer una violación del estándar de NMT/TJE, deben demostrar que la Resolución No. 164 fue gravemente arbitraria.

**a. La supuesta incongruencia de la Resolución No. 164 con el Criterio de Uso**

493. Las Demandantes sostienen que la Resolución No. 164 “no se basó en normas jurídicas, sino en la discrecionalidad y la preferencia”<sup>585</sup> [Traducción del Tribunal], habida cuenta de que la Nueva Metodología que introdujo no cumplía con el Criterio

---

<sup>581</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 247(b), donde se cita *EDF c. Rumania*, ¶ 303.

<sup>582</sup> *EDF c. Rumania*, ¶ 303. Según las Demandantes, el derecho peruano exige que “cualquier cambio en la regulación esté debidamente motivado, que su fundamento se dé conocer al público con antelación, y se dicte recién después de un análisis de costo-beneficio” [Traducción del Tribunal] (Réplica, ¶ 393). Véase también Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 247(c).

<sup>583</sup> *EDF c. Rumania*, ¶ 303.

<sup>584</sup> Véase Sección VI.B.ii.

<sup>585</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 247(b), donde se cita *EDF c. Rumania*, ¶ 303.

de Uso estabilizado por la Ley 28832<sup>586</sup>. En particular, aseveran que, al eliminar el concepto de los Generadores Relevantes de la Segunda Metodología<sup>587</sup> y mantener el Método de Fuerza/Distancia que no mide el uso<sup>588</sup>, la Resolución No. 164 tornó a todos los generadores responsables de los costos de todas las Líneas por Criterio de Uso independientemente del uso efectivo<sup>589</sup>.

494. La Demandada se opone a ello, afirmando que la Nueva Metodología no solo era congruente con el Criterio de Uso<sup>590</sup>, sino que también era un mecanismo de distribución de costos más justo, predecible y más adecuado que la Segunda Metodología<sup>591</sup>.
495. Al Tribunal le resulta imposible caracterizar la Resolución No. 164 como una medida gravemente arbitraria que incumple el estándar de NMT/TJE del Artículo 10.5 del Tratado, incluso si aceptara la posición de las Demandantes de que la Nueva Metodología no guardaba congruencia con el Criterio de Uso de la Ley 28832. Ello es así, en especial, en ausencia de otros elementos, como, por ejemplo, el desprecio de

---

<sup>586</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 247(b); Réplica, ¶ 214. Las Demandantes afirman que, si bien OSINERGMIN puede regular la distribución de costos de las Líneas por Criterio de Uso, su discrecionalidad se encuentra limitada por el Criterio de Uso estabilizado en virtud de la Ley 28832 (Réplica, ¶¶ 207, 218-219, 392; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 196(g)).

<sup>587</sup> Cabe recordar que el concepto de Generadores Relevantes se refiere a aquellos generadores que tengan al menos uno de sus caminos eléctricos hasta cualquier barra de demanda que pase por una Línea por Criterio de Uso determinada. La Segunda Metodología primero identificaba los Generadores Relevantes correspondientes a una Línea determinada mediante la aplicación del Método FDT (es decir, un método que identificaba al generador empleando una línea en función de los flujos netos de electricidad). Luego distribuía los costos de dicha Línea únicamente entre los Generadores Relevantes en función del Método de Fuerza/Distancia. Mediante la aplicación del concepto de Generadores Relevantes, sostienen las Demandantes, la Segunda Metodología guardaba congruencia con el Criterio de Uso.

<sup>588</sup> Para las Demandantes, el Método de Fuerza/Distancia ignora los flujos de electricidad y, con ello, el uso real de las líneas de transmisión o elementos, puesto que se concentra únicamente en *“la energía inyectada a la red por cada generador en su conjunto en un período determinado, y la distancia del generador a cada elemento”* (Réplica, ¶ 242). Dicho de otro modo, sostienen las Demandantes, dicho Método *“implica un ejercicio aritmético simple: la cantidad de energía que genera el generador se divide por la distancia eléctrica (conocida como impedancia) desde el generador hacia cada elemento. El resultado de esa división (el cociente) se multiplica luego por el costo de ese elemento. Mientras más cerca se encuentre un generador a un elemento y más electricidad produzca, mayor es el importe que paga por ese elemento”* independientemente del uso real (Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 207-208). [Traducción del Tribunal]

<sup>589</sup> Memorial, ¶¶ 151, 153; Réplica, ¶¶ 229, 241, 242, 271, 413; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 212-222.

<sup>590</sup> Dúplica, ¶¶ 309-311, 321-322, 519; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 81-82.

<sup>591</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 172-177; Dúplica, ¶ 317.

los requisitos procesales que regulan la adopción de una reglamentación, o la existencia de un motivo ulterior y no divulgado detrás de su adopción (de lo cual — conforme se explica en las secciones subsiguientes<sup>592</sup>— el Tribunal no ve rastro alguno). En efecto, en ausencia de otros indicios de arbitrariedad grave, la mera incompatibilidad de una reglamentación con una ley no basta para violar el umbral alto del estándar del Artículo 10.5 del Tratado. En cualquier caso, la Resolución No. 164 pareciera ser un intento *bona fide* por abordar cuestiones preexistentes del marco regulatorio (en este caso, las discrepancias y resultados impredecibles que derivan de la combinación de dos métodos, el Método FDT y el Método de Fuerza/Distancia, lo cual —tal como admiten aun las propias Demandantes— conduce a resultados incongruentes).

496. Tampoco está convencido el Tribunal de que las Demandantes hayan establecido que la Resolución No. 164 incumple el Criterio de Uso socializando los costos de las Líneas por Criterio de Uso entre todos los generadores<sup>593</sup>. Si bien la Nueva Metodología puede ser menos precisa que la Segunda Metodología en la medición de uso de las líneas por parte de los generadores, no tornó responsables a todos ellos por el uso no exclusivo de las Líneas por Criterio de Uso, lo cual es el pilar de la reclamación de las Demandantes<sup>594</sup>. En efecto, tal como destacara la Demandada —y no controvirtieran las Demandantes—, en la Nueva Metodología, tan solo 28 de 130 generadores pagaron por todas esas Líneas<sup>595</sup>. A mayor abundamiento, según lo confirman los datos presentados por las propias Demandantes, tres empresas previamente responsables por esas Líneas en la Segunda Metodología fueron liberadas de esa obligación en la Nueva Metodología<sup>596</sup>.

497. A la luz de lo que antecede, el Tribunal colige que no obran pruebas, o bien las obrantes son muy escasas, de que la Resolución No. 164 distribuyó los costos de las

---

<sup>592</sup> Véanse ¶¶ 501-504 *infra*.

<sup>593</sup> Memorial, ¶¶ 151, 153; Réplica, ¶¶ 229, 242, 271, 413; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 212-222.

<sup>594</sup> Memorial, ¶¶ 151, 153; Réplica, ¶¶ 229, 242, 271, 413; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 212-222.

<sup>595</sup> Dúplica, ¶ 323. Creo que es irrelevante que ello, como observan las Demandantes, fue el resultado de la aplicación del filtro del 1 % *de minimis*.

<sup>596</sup> Anexo 1 del Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, el cual destaca una diferencia de -100 % en los costos entre el escenario real (con la Resolución No. 164) y el escenario contrafáctico (aplicación continuada de la Segunda Metodología) respecto de Egesur, Empresa de Generación Huanza y Empresa Eléctrica Río Doble.

Líneas por Criterio de Uso entre todos los generadores incumpliendo el Criterio de Uso.

**b. El procedimiento supuestamente deficiente de la adopción de la Resolución No. 164**

498. Las Demandantes sostienen que la Resolución No. 164 fue adoptada “*en desprecio intencional del debido proceso y el procedimiento adecuado*” [Traducción del Tribunal] porque presuntamente ignoró el requisito del derecho peruano de que las modificaciones regulatorias deben (i) estar debidamente motivadas, (ii) ser dictadas tras un análisis de costo-beneficio, (iii) ser dictadas de manera transparente, y (iv) no ser discriminatorias. Ello es objetado por la Demandada.

499. A la luz de las pruebas obrantes en el expediente y de los escritos de las Partes, el Tribunal no está de acuerdo con que OSINERGMIN haya incumplido dichos requisitos. En efecto:

- (i) OSINERGMIN brindó razones suficientes sobre la necesidad de adoptar la Resolución No. 164 en sus Informes No. 111, 455 y 457. En particular, explicó que, al eliminar el Método FDT, la Nueva Metodología corregiría las deficiencias de la Segunda Metodología (en especial, las discrepancias provenientes de la combinación de ese método y del Método de Fuerza/Distancia)<sup>597</sup>. Por añadidura, previo al dictado de la Resolución No. 164, OSINERGMIN analizó en detalle los comentarios de los generadores<sup>598</sup>. A juicio del Tribunal, carece de relevancia que los Informes de OSINERGMIN no hayan versado sobre la cuestión de si la Nueva Metodología sería congruente con el Criterio de Uso ni de qué manera, dada la falta de pruebas de que algún generador planteara esa cuestión concreta en ese momento<sup>599</sup>. Si bien puede argumentarse que la explicación de OSINERGMIN sobre las razones que se encuentran detrás del dictado de la Nueva Metodología podría haber sido más exhaustiva, bastó para dar cumplimiento al requisito de motivación de la modificación regulatoria;

---

<sup>597</sup> Como admitieran las Demandantes en la Audiencia, el equipo comercial de Kallpa GSA estaba al tanto de esos informes y analizó internamente todos sus puntos pertinentes.

<sup>598</sup> Informe No. 455, junio de 2016 (R-40); Informe No. 457 (R-30), ¶ 2. Si bien el Informe No. 455 consideraba los comentarios técnicos a la Nueva Metodología, el Informe No. 455 se ocupó del análisis de los aspectos jurídicos de los comentarios que hicieron los generadores.

<sup>599</sup> No obran registros de estos comentarios en el Informe No. 455 (R-40). En particular, Kallpa comenta que la Nueva Metodología (i) beneficiaría desproporcionadamente a Electroperú, (ii) equivalía a un impuesto sobre los generadores, y (iii) no se basaba en un estudio minucioso (id., págs. 90-92).

- (ii) OSINERGMIN parece haber dictado la Resolución No. 164 en función del análisis costo-beneficio del Informe de Transmisión de Uribe & Leyva. El hecho de que OSINERGMIN se basara en el proyecto de dicho Informe, que fue emitido con bastante anterioridad a la Resolución No. 164 contradice el argumento de las Demandantes de que OSINERGMIN no pudo haberse basado en ese Informe puesto que recién se publicó en el mes de abril del año 2016<sup>600</sup>. El hecho de que OSINERGMIN no haya divulgado el Informe ni lo haya mencionado en sus documentos oficiales no es concluyente, puesto que las Demandantes no han demostrado que OSINERGMIN tenía la obligación de hacerlo.
- (iii) A mayor abundamiento, OSINERGMIN actuó con transparencia, dado que publicó un proyecto de la Resolución No. 164 en el mes de febrero de 2016 (Resolución No. 24)<sup>601</sup>, invitó a todos los interesados a enviar sus comentarios<sup>602</sup>, y luego abordó esos comentarios en forma pormenorizada<sup>603</sup>. En paralelo, publicó el Informe No. 111 (en el que se explicaban las razones del cambio de metodología)<sup>604</sup> y el Informe No. 457 (que proporcionaba una justificación jurídica de esa modificación y respondía los comentarios de los generadores sobre determinados aspectos jurídicos de la Resolución No. 164)<sup>605</sup>. Como ya se mencionara, OSINERGMIN no tenía la obligación concreta de dar a conocer el Informe de Transmisión Uribe & Leiva<sup>606</sup>, cuya sustancia se encontraba reflejada, en cualquier caso, en los Informes de OSINERGMIN<sup>607</sup>.
- (iv) Como se explica *infra*, la Resolución No. 164 tampoco fue discriminatoria<sup>608</sup>.

---

<sup>600</sup> Informe de Transmisión de Uribe & Leyva, 21 de abril de 2016 (R-52).

<sup>601</sup> Resolución No. 24, 11 de febrero de 2016 (C-61).

<sup>602</sup> Informe No. 455, junio de 2016, ii (R-40): “La Resolución No. 024-2016-OS/CD brindó un plazo de quince (15) días calendarios para la remisión de opiniones y sugerencias de los interesados. Posteriormente, mediante la Resolución No. 038-2016-OS/CD, se modificó el plazo para la remisión de opiniones y sugerencias de los interesados de quince (15) a treinta (30) días calendarios”.

<sup>603</sup> Informe No. 455, junio de 2016 (R-40). El hecho de que OSINERGMIN no haya implementado los comentarios de los generadores no conlleva un incumplimiento del procedimiento pertinente.

<sup>604</sup> Informe No. 111, febrero de 2016 (R-29).

<sup>605</sup> Informe No. 457 (R-30).

<sup>606</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 232.

<sup>607</sup> Por este motivo, el Tribunal no precisa considerar si el Informe sobre Cuantificación de Daños constituye una base legítima de la Nueva Metodología.

<sup>608</sup> Véase Sección VI.C.3ii.

500. A la luz de lo que antecede, el Tribunal concluye que la Resolución No. 164 fue adoptada adecuadamente.

**c. El fin supuestamente ilegítimo de la Resolución No. 164**

501. Las Demandantes argumentan que la Resolución No. 164 fue “adoptada por motivos distintos de los aducidos por el responsable de la decisión” [Traducción del Tribunal], a saber, para subsidiar a las empresas estatales, en especial, a Electroperú<sup>609</sup>. Ello también tuvo como resultado infligir daños a los generadores privados, a la vez que adolecía de no tener ningún “fin legítimo” [Traducción del Tribunal] (lo cual, según las Demandantes, es un motivo para concluir que la Resolución No. 164 fue arbitraria)<sup>610</sup>.

502. Según el análisis del Tribunal, las Demandantes no han presentado la prueba concreta y concluyente que se precisa para sustentar tales acusaciones graves. Sus argumentos sobre este punto descansan, sobre todo, en la oportunidad del dictado de la Resolución No. 164 y, en concreto, en el hecho de que entrara en vigor en el mes de mayo de 2017, dentro de la misma época que determinados PPA suscritos por Electroperú que se esperaba que le causara pérdidas y por los que pretende asistencia financiera. Ello no parece ser muy significativo, máxime si se considera que el Período Tarifario previo había de concluir en el mes de mayo de 2017, de modo que se trataba de un momento apropiado para la entrada en vigor de la Resolución No. 164.

503. La falta de una correlación entre la Resolución No. 164 y las solicitudes de asistencia financiera de Electroperú también queda demostrada por el hecho de que Electroperú continuó solicitando dicha asistencia incluso después de la adopción de la Resolución<sup>611</sup> y por lo menos hasta el año 2021, es decir, cuatro años después de la entrada en vigor de la Nueva Metodología<sup>612</sup>.

---

<sup>609</sup> Memorial, ¶¶ 167-171, 246; Réplica ¶ 389(a); Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 247(a).

<sup>610</sup> Véase ¶ 345 *supra*.

<sup>611</sup> Véase Carta de Proinversión a OSINERGMIN que contiene Respuestas a Electroperú, Oficio No. 16-2018/PROINVERSIÓN/DPP/EL, 1 de junio de 2018 (R-119).

<sup>612</sup> Véanse Electroperú, Informe No. 00001-2021-C, 25 de enero de 2020 (R-122): “[e]l Encargo de Comercializador de los Contratos-G y Contratos-O le ha representado a ELECTROPERU un perjuicio económico en el período ejecutado de julio de 2016 a diciembre de 2020 de Si 647,7 millones [...]”.

504. Ante la ausencia de pruebas claras y concluyentes que apunten a que la Resolución No. 164 ha sido dictada con el objetivo de otorgar asistencia financiera a Electroperú y considerando los diversos documentos contemporáneos (como los Informes de OSINERGMIN y los Informes de Transmisión de Leyva & Uribe) que muestran que su fin era corregir cuestiones que se derivaron de la Segunda Metodología, el Tribunal colige que no hay razones para concluir que la Resolución No. 164 fue adoptada con un fin ilegítimo.

\*\*\*

505. En conclusión, el Tribunal colige que las Demandantes no han probado que la Resolución No. 164 fue arbitraria, mucho menos gravemente arbitraria, conforme lo exigido a tenor del Artículo 10.5 del Tratado.

**ii. Si la Resolución No. 164 fue gravemente discriminatoria**

506. Las Demandantes aducen que la Resolución No. 164 fue discriminatoria porque beneficiaba a las empresas estatales, en especial, a Electroperú, en detrimento de empresas privadas como Kallpa GSA. La Demandada lo niega.

507. A los efectos del presente caso, el Tribunal acepta la definición de discriminación que ofrecen las Demandantes en virtud del estándar de NMT/TJE, que la Demandada no ha objetado. Tal como observaran las Demandantes, los tribunales de inversión han sostenido, de manera constante, que una medida es discriminatoria si sujeta a personas en circunstancias similares a un trato desigual sin un motivo político

---

*ELECTROPERU ha venido solicitando a las instancias competentes como: Ministerio de Energía y Minas PROINVERSIÓN, FONAFE, OSINERGMIN, ONP y Ministerio de Economía y Finanzas, se adopten las medidas necesarias para eliminar o reducir el riesgo del perjuicio económico descrito para nuestra empresa, para lo cual se han enviado a las citadas entidades sendas comunicaciones. Es necesario recurrir nuevamente a dichas instancias con el objeto de requerir su apoyo para solucionar el problema ocasionado a ELECTROPERU por una decisión tomada por el Estado peruano para viabilizar proyectos hidroeléctricos que incrementen la oferta en el mercado eléctrico”; Carta de Electroperú a OSINERGMIN, Carta No. 00035-2021-G, 28 de enero de 2021 (R-123): “el citado Encargo le ha representado a ELECTROPERU S.A. un perjuicio económico en el período ejecutado de julio de 2016 a diciembre de 2020 de S/ 647,7 millones, el cual, hasta setiembre de 2031 en que culmina el encargo, se incrementaría al monto estimado de S/ 1 064,3 millones. En tal sentido, con la presente tengo a bien solicitar a su despacho interponer sus buenos oficios a efecto de que se atienda **nuestra reiterada petición de que se busquen los mecanismos viables para compensar a nuestra Empresa de la citada pérdida económica**, la cual consideramos no corresponde asumir a ELECTROPERÚ S.A. por ser sólo el Comercializador designado por parte del Estado peruano” (énfasis agregado).*

justificado y razonable<sup>613</sup>. Así, el trato diferencial solo se proscribe cuando carece de justificación y razonabilidad. Como también destacaran las Demandantes, una mayoría abrumadora de tribunales han considerado que basta el efecto discriminatorio (a diferencia de la intención) para colegir que hubo discriminación<sup>614</sup>.

508. A juicio del Tribunal, las Demandantes no han demostrado que la Resolución No. 164 fue discriminatoria, mucho menos gravemente discriminatoria, en incumplimiento del estándar de NMT/TJE del Artículo 10.5 del Tratado.

509. En primer lugar, independientemente de si se le ha otorgado un trato diferente a los generadores públicos y privados (de lo cual el Tribunal no ve prueba suficiente), el expediente muestra que la Resolución No. 164 se basó en una política justificada y razonable, lo cual es, *per se*, dirimente del argumento de las Demandantes. En efecto, según se analizó, y en contra de las especulaciones de las Demandantes<sup>615</sup>, la Resolución tuvo por objeto corregir las incongruencias de la reglamentación anterior con miras a implementar un mecanismo de distribución de costos más predecible, adecuado y justo<sup>616</sup>. Tal como admiten las Demandantes, una medida no es discriminatoria si “*guarda una relación razonable con las políticas racionales y no está motivado por una preferencia*”<sup>617</sup>. [Traducción del Tribunal]

510. En segundo lugar, y quizás más importante, las Demandantes no demostraron de manera concluyente que la Resolución No. 164 tuvo un efecto discriminatorio. El expediente indica que la Nueva Metodología afectó de manera negativa y positiva tanto a las empresas privadas como a las públicas<sup>618</sup>. De las 5 empresas públicas que se encontraban en el mercado de la generación de electricidad peruanas, 4 experimentaron una disminución de costos mientras que 1 experimentó un

---

<sup>613</sup> Véanse *Saluka Investments B.V. c. La República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 (CL-30), ¶ 307; *Marion y Reinhard Unglaube c. República de Costa Rica*, Caso CIADI Nos. ARB/08/1 y ARB/09/20, Laudo, 16 de mayo de 2012 (CL-76), ¶ 262; *Plama Consortium Limited c. República de Bulgaria*, Caso CIADI No. ARB/03/24, Laudo, 27 de agosto de 2008 (CL-48), ¶ 184.

<sup>614</sup> *Siemens c. Argentina*, ¶ 321.

<sup>615</sup> Como ya se mencionara, no obran pruebas de que el fin no declarado de la Resolución No. 164 haya sido favorecer a Electroperú.

<sup>616</sup> Véase ¶ 495 *supra*.

<sup>617</sup> Véase *Saluka Investments B.V. c. La República Checa*, CNUDMI, Laudo Parcial, 17 de marzo de 2006 (CL-30), ¶ 307, invocado en Memorial, ¶ 219; Réplica, ¶ 399.

<sup>618</sup> Anexo 1 del Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶¶ 189-201.



incremento. De manera similar, de las 50 empresas privadas de ese mercado, 7 experimentaron una disminución de costos, 12 experimentaron un incremento de costos, mientras que 31 no sufrieron ningún tipo de impacto. Cabe destacar que el porcentaje de empresas públicas y privadas que tuvieron un impacto negativo por causa de la Resolución No. 164 fue similar (20 % en comparación con el 24 %). Ello solo basta para demostrar que la Resolución No. 164 no fue discriminatoria.

511. Igualmente, el Tribunal no puede seguir el argumento de las Demandantes de que la Resolución No. 164 era discriminatoria porque implicaba un viraje significativo de costos desde los generadores públicos a los privados, o porque las 12 empresas privadas que sufrieron un impacto negativo proveían, en su conjunto, la mayoría de la generación eléctrica total de Perú. Esos efectos parecieran haber sido consecuencias accidentales de la reorganización significativa de factores producto de la Nueva Metodología. El Tribunal no ha hallado pruebas de que dicha Metodología, que aplicó el mismo criterio de distribución de costos a todas las empresas independientemente de si eran públicas o privadas, era inherentemente más perjudicial para estas últimas o si estaba diseñada para condicionarlas a un trato más desfavorable por causa de su condición.
512. A la luz de lo que antecede, el Tribunal decide que las Demandantes no han demostrado que la Resolución No. 164 fue discriminatoria en virtud del estándar de NMT/TJE consagrado en el Artículo 10.5 del Tratado.

\*\*\*

513. En conclusión, en función del análisis de las Secciones i y *ii supra*, el Tribunal establece que la adopción por parte de Perú de la Resolución No. 164 y de la Nueva Metodología no incumplió el Artículo 10.5 del Tratado y, por ende, no hace lugar a la Reclamación basada en la Nueva Metodología.

## VII. CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS

514. El Tribunal procede ahora a analizar la solicitud de daños de las Demandantes. Las Demandantes reclaman indemnización en la suma de USD 110,7 millones por la Reclamación basada en el Servicio de RSF y de USD 84,6 millones con más intereses por la Reclamación basada en la Nueva Metodología. Puesto que solo se ha hecho lugar a la Reclamación basada en el Servicio de RSF, el análisis de cuantificación de daños de la presente Sección se limitará a la reclamación de daños que plantean las Demandantes en virtud de esa pretensión.

#### A. Posición de las Demandantes

515. Las Demandantes sostienen que tienen derecho a una reparación íntegra por los daños que surgen del incumplimiento del Tratado por parte de Perú, incluso los daños que surgen de los flujos de caja perdidos de Kallpa GSA debido a la revocación por parte de Perú de sus compromisos a través de la Resolución No. 141. Las Demandantes y sus peritos (el Sr. Santiago Dellepiane y la Sra. Daniela M. Bambaci de BRG analizan estos flujos de caja perdidos durante la vigencia del Acta de Compromiso (agosto de 2016 a julio de 2019).
516. Según las Demandantes, la fecha correcta de valoración de sus daños es el 24 de noviembre de 2017 (la “**Fecha de Valoración**”), que es la fecha a la cual vendieron sus inversiones en Perú y se cristalizaron los dos componentes de pérdidas en las que incurrieron<sup>619</sup>. Esos componentes son:
- (i) las pérdidas históricas, que consisten en flujos de caja (“**Pérdidas Históricas**”) que se habrían devengado respecto de Kallpa GSA a partir de la fecha efectiva del Acta de Compromiso (agosto de 2016) hasta la Fecha de Valoración ocasionadas como consecuencia de la Resolución No. 141; y
  - (ii) la pérdida del valor patrimonial de la participación de las Demandantes en Kallpa GSA (“**Pérdida de Valor**”) a la Fecha de Valoración debido a la depresión de los flujos de caja perdidos proyectados de Kallpa GSA como consecuencia de la Resolución No. 141 (diciembre de 2017 a julio de 2019)<sup>620</sup>.
517. BRG evalúa los daños resultantes de esas pérdidas mediante una versión simplificada del modelo de Flujo de Caja Descontados (“**DCF**”) en el que solo computa la diferencia en los componentes de flujo de caja afectados por la Resolución No. 141<sup>621</sup>.
518. Para computar las Pérdidas Históricas, las Demandantes y su perito aplican intereses para llevar los flujos de caja perdidos anteriores a la Fecha de Valoración a su valor a dicha fecha. De igual manera, para computar la Pérdida de Valor, aplican una tasa de

---

<sup>619</sup> Supuestamente estas pérdidas no se recuperaron con el precio de venta. Memorial, ¶¶ 264-265; Réplica, ¶ 417.

<sup>620</sup> Memorial, ¶ 267; Réplica, ¶ 418.

<sup>621</sup> BRG utilizó la “*información histórica real hasta la Fecha de Valoración correspondiente al mes de noviembre de 2017 y pronósticos basados en la información disponible y expectativas de mercado razonables correspondientes al período que comienza con la Fecha de Valoración en adelante*” [Traducción del Tribunal]. Véanse Memorial ¶¶ 269-272; Réplica, ¶ 419.

descuento para descontar los flujos de caja perdidos proyectados a su valor a la Fecha de Valoración. Posteriormente, aplican intereses a las Pérdidas Históricas y a la Pérdida de Valor a partir de la Fecha de Valoración hasta la fecha del Laudo<sup>622</sup>.

519. Las Demandantes se oponen a las tres objeciones de la Demandada a su reclamación de daños, es decir, la que se basa en el precio de la venta de las Subsidiarias y en el accionar del comprador de las Subsidiarias; la que se relaciona con los presuntos defectos de los cálculos de daños de BRG y la que versa sobre la aplicación de las tasas de descuento y de intereses. Los argumentos de las Demandantes en torno a cada una de estas tres objeciones se analizan respectivamente en las siguientes **Secciones 1, 2 y 3**.

**1. *La irrelevancia del precio de venta de las Subsidiarias y de las acciones de Nautilus Inkia para los daños de las Demandantes***

520. Las Demandantes aseveran que las críticas de la Demandada con respecto a su reclamación de daños sobre la base del precio de venta de las Subsidiarias en virtud del SPA y de las acciones de Nautilus Inkia posteriores a la adquisición carecen de fundamento.
521. En cuanto al precio de venta de las Subsidiarias, las Demandantes cuestionan su relevancia a los efectos de calcular el monto indemnizatorio, tal como lo confirma el hecho de que el perito de la Demandada no se basa en él<sup>623</sup>. Además, niegan haber ocultado dicho precio, el cual se encuentra disponible en el sitio web de la SEC, y señalan que no hubo ninguna asignación de precio específica para la venta de las Subsidiarias en virtud del SPA porque el precio fue una cifra total por la venta de todas las participaciones de las Demandantes en Latinoamérica y el Caribe<sup>624</sup>. En cualquier caso, las Demandantes aducen que el SPA deja en claro que no se las compensó por las pérdidas reclamadas en el arbitraje<sup>625</sup>.
522. En respuesta a la afirmación de que las acciones de Nautilus Inkia posteriores a la adquisición sugieren que el valor de las Subsidiarias no se vio afectado por la

---

<sup>622</sup> Réplica, ¶ 507.

<sup>623</sup> Réplica, ¶¶ 427-428.

<sup>624</sup> Réplica, ¶ 429.

<sup>625</sup> Réplica, ¶¶ 430-431, donde se hace referencia a la Cláusula 2.6 y al Anexo E del SPA. Véase también Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 167.

Resolución No. 141, las Demandantes señalan que la conducta posterior a la Fecha de Valoración es irrelevante a los fines de calcular los daños y que, en cualquier caso, los argumentos de la Demandada carecen de asidero. En particular:

- (i) Nautilus Inkia admitió el efecto negativo de la Resolución No. 141 sobre las Subsidiarias porque, en el Anexo E del SPA, se estipuló la realización de pagos posteriores si la Resolución No. 141 se revocaba de modo tal que aumentaban los flujos de caja posteriores al cierre.
- (ii) La adquisición por parte de Nautilus Inkia de la participación minoritaria restante en las Subsidiarias no excluye el hecho de que las Demandantes sufrieran una pérdida.
- (iii) La estrategia de oferta de Nautilus Inkia en la licitación de RSF de 2019 del Perú es irrelevante, por cuanto “Perú ofreció bases, condiciones e incentivos económicos diferentes en relación con la licitación de 2019, en comparación con los que ofreciera en la licitación de 2016”<sup>626</sup>. [Traducción del Tribunal]

## 2. *La exactitud de los cálculos de los daños de BRG*

523. BRG analiza el impacto de la Resolución No. 141 sobre los flujos de caja de Kallpa GSA y, de esa manera, calcula las Pérdidas Históricas y la Pérdida de Valor al comparar los flujos de caja de Kallpa GSA en los dos escenarios siguientes:

- El primer escenario (el “**Escenario Con Medidas**”) es el escenario fáctico afectado por la Resolución No. 141. En este escenario, BRG observa los flujos de caja históricos hasta la venta de las Subsidiarias a Nautilus Inkia, y proyecta los flujos de caja desde el mes de diciembre de 2017 hasta el mes de julio de 2019 sobre la base de una simulación del despacho y los precios *spot* en el período proyectado por SIDEC – Sociedad Integrada de Consultoría (“**Modelo de Despacho de SIDEC**”) <sup>627</sup>.

---

<sup>626</sup> Réplica, ¶¶ 432-434. Véanse también Tr. Día 2, 411:20-428:19; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 167.

<sup>627</sup> Memorial, ¶ 276; Réplica, ¶ 441. En el período proyectado, BRG supone que Kallpa y Las Flores no se despacharían por fuera del Orden de Mérito para suministrar la Provisión Base Firme y que no declararían sus costos totales de combustible, sino la porción de suministro de sus costos de gas.

- El segundo escenario (el “**Escenario Con Medidas**”)<sup>628</sup> es el escenario contrafáctico en ausencia de la Resolución No. 141. Para calcular los flujos de caja de Kallpa GSA en ese escenario, BRG se basa en el Modelo de Despacho de SIDEC<sup>629</sup>.
524. Los cálculos de daños de BRG se basan, *inter alia*, en el supuesto de que en el Escenario Sin Medidas: (i) Kallpa y Las Flores se habrían despachado de forma continua, incluso por fuera del Orden de Mérito, a fin de suministrar la Provisión Base Firme de RSF con carácter prioritario<sup>630</sup>; (ii) si se hubieran despachado por fuera del Orden de Mérito, habrían recibido una compensación por costos operativos (“**Compensación por Costos Operativos**”, es decir, una compensación por despacho fuera del Orden de Mérito en una suma equivalente a la diferencia entre los Costos Declarados y el Precio *Spot*)<sup>631</sup>; (iii) durante todo el período del servicio de RSF adjudicado, habrían declarado costos anuales equivalentes a sus costos totales de gas, ya que no habrían tenido que competir para despacharse dentro del Orden de Mérito<sup>632</sup>.
525. Sobre la base de una comparación entre los flujos de caja en el Escenario Con Medidas y en el Escenario Sin Medidas, BRG calcula el monto total de los daños sufridos por las Demandantes como consecuencia de la Resolución No. 141 en **USD 110,7 millones** de la siguiente manera:
- (i) ingresos adicionales previstos de la venta de energía al precio *spot*, valuados en **USD 11,7 millones**;  
  
más
  - (ii) ingresos adicionales previstos debido al monto menor de Compensación por Costos Operativos de RSF recibida por Kallpa y Las Flores como consecuencia de un despacho menos frecuente fuera del Orden de Mérito en virtud de la Resolución No. 141, valuados en **USD 306,6 millones**;

---

<sup>628</sup> Memorial, ¶¶ 273-274; Réplica, ¶¶ 438-439.

<sup>629</sup> Memorial, ¶ 275; Réplica, ¶ 440.

<sup>630</sup> Memorial, ¶ 274(a); Réplica, ¶ 439(a).

<sup>631</sup> *Ibid.* En cambio, Kallpa y Las Flores habrían recibido una compensación basada en el Precio *Spot* al despacharse dentro del Orden de Mérito.

<sup>632</sup> Memorial, ¶ 274(b); Réplica, ¶ 439(b).

menos

- (iii) costos de RSF adicionales en que habrían incurrido Kallpa, Las Flores y Cerro del Águila como generadores en el mercado *spot*<sup>633</sup>, valuados en **USD 54,8 millones**;

menos

- (iv) compensación por costos de oportunidad de RSF adicionales previstos (es decir, compensación por la electricidad retenida sobre la base de la diferencia entre el Precio *Spot* y los Costos Declarados) recibida por Kallpa y Las Flores en la suma de **USD 1,99 millones** para Kallpa y **USD 0,01 millones** para Las Flores;

menos

- (v) costos de combustible adicionales en que habrían incurrido Kallpa y Las Flores debido al despacho continuo, valuados en **USD 134,8 millones**;

más

- (vi) costos de provisión de PPA inferiores de Kallpa GSA, que habrían generado ahorros en el Escenario Sin Medidas **por la suma de USD 82,8 millones**;

menos

- (vii) contribuciones regulatorias e impuestos<sup>634</sup> sobre los flujos de caja adicionales ante la ausencia de la Resolución No. 141, que ascienden a **USD 61,7 millones**<sup>635</sup>.

---

<sup>633</sup> En el Escenario Sin Medidas, Kallpa GSA habría recibido una compensación por costos operativos adicionales, sufragados por todos los generadores del mercado. Por lo tanto, la porción de estos costos asignados a Kallpa GSA se restará de la indemnización de daños y perjuicios.

<sup>634</sup> BRG considera una tasa impositiva societaria de 28 % para el año 2016 y 29,5 % en lo sucesivo, y contribuciones que representan, como máximo, al 1 % de los ingresos.

<sup>635</sup> Memorial, ¶¶ 277-278; Réplica, ¶ 442; CER-BRG II, Tabla 15. En el Memorial, las Demandantes cuantifican los daños en USD 113,8 millones, es decir, USD 38,1 millones en concepto de Pérdidas Históricas y USD 75,8 en concepto de Pérdidas de Valor (Memorial, ¶¶ 279-280). Luego, los daños se reducen USD 1,8 millones en la Réplica debido al cómputo de costos adicionales de distribución de gas Sin Medidas para Las Flores por USD 3,6 millones (véase Réplica, ¶¶ 469-470, 481) —que ascienden a USD 3,6 millones, no los USD 0,5 millones calculados por Compass Lexecon— y, luego, 1,3 % debido a un ajuste en la generación de electricidad Sin Medidas de Kallpa y al ajuste resultante en los costos del combustible (véase Réplica, ¶¶ 475, 481).

526. Las Demandantes critican la reconstrucción alternativa de los daños por parte de la Demandada, alegando que los supuestos de Compass Lexecon son erróneos por los siguientes motivos.
527. En primer lugar, Compass Lexecon ignora que, conforme al PR-22, Kallpa GSA tenía derecho a un despacho continuo<sup>636</sup>.
528. En segundo lugar, no es cierto que el PR-22 no contempla la Compensación por Costos Operativos en caso de despacho del Proveedor de Base Firme de RSF fuera del Orden de Mérito. El Numeral 11.8 del PR-22 establece expresamente que, en tal caso, las unidades de generación deben compensarse por los costos del combustible “*sin establecer el costo marginal*” conforme al PR-33<sup>637</sup>. A su vez, el Numeral 7.1 del PR-33 hace referencia a instancias en las cuales se despachan unidades “*por Inflexibilidad Operativa [...] o por disposición del Coordinador, sin establecer el Costo Marginal de Corto Plazo del SEIN*”. Esta es una referencia al despacho por fuera del Orden de Mérito, tal como confirmara el perito del Perú, el Sr. Gutiérrez, en la Audiencia<sup>638</sup>. Según la fórmula del Numeral 7.1.4 del PR-33, la compensación de dichas unidades equivale a “*la suma de la energía entregada por la unidad (‘E’), multiplicada por el costo variable (‘CV’) de la unidad, menos el costo marginal (‘Cmg’)*” [Traducción del Tribunal], es decir, Compensación por Costos Operativos<sup>639</sup>. A mayor abundamiento, según las Demandantes, la aplicabilidad de la Compensación por Costos Operativos en caso de despacho del Proveedor de Base Firme de RSF por fuera del Orden de Mérito fue confirmada por OSINERGMIN durante el proceso de aprobación del PR-22, así como por el experto en derecho del Perú, el Sr. Ricardo Leyva, en el Informe de RSF de Uribe & Leyva<sup>640</sup>. En cambio, la teoría de Compass Lexecon de que las Demandantes solo tendrían derecho a recuperar “*costos*

---

<sup>636</sup> Réplica, ¶¶ 448-454.

<sup>637</sup> Réplica, ¶¶ 455-456. Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 169-170, 175(b). La “operación sin establecer el costo marginal” mencionada en el Numeral 1.8 del PR-22 hace referencia a circunstancias en las que se despacha una unidad de generación aun si sus costos variables son superiores al Precio *Spot*.

<sup>638</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 177, donde se hace referencia a Tr. Día 5, 1079:7-12, 1086:14-1087:3.

<sup>639</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 175(d).

<sup>640</sup> Réplica, ¶ 457 y Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 176, donde se hace referencia a Informe de Contestación, marzo de 2014, C-54, Numeral 2.1.11, comentario 11, pág. 5 (paginación interna 29), e Informe de RSF de Uribe & Leyva, 12 de diciembre de 2016, C-142, pág. 7.

*incrementales” carece de asidero*<sup>641</sup>. Es “*erróneo*”, “*totalmente incongruente con la normativa peruana*” y un “*análisis determinante del resultado*”, ya que Compass Lexecon “*estaba decidida a obtener un resultado que arrojara, en su terminología, cero ‘pérdidas directas’ y luego trabajó en retrospectiva*”<sup>642</sup>. [Traducción del Tribunal]

529. Las Demandantes también cuestionan el alegato de la Demandada de que, al declarar costos totales de combustible, Kallpa GSA estaba tratando de manipular el sistema para recibir ganancias extraordinarias. La recuperación de los costos del combustible relacionados con la energía inyectada en el sistema (incluidos los costos de transporte, suministro y distribución) no puede considerarse una ganancia<sup>643</sup>.
530. Dado que Compass Lexecon admitió que “*si la formula del PR-33 fuera aplicable, entonces BRG la ha aplicado correctamente*”<sup>644</sup>, las Demandantes aseveran que “*si el PR-33 resulta aplicable (y lo es), el Tribunal puede dar por concluido su análisis y adoptar la postura sobre daños de las Demandantes*”<sup>645</sup>. [Traducción del Tribunal]
531. En tercer lugar, las Demandantes objetan el argumento de Compass Lexecon de que, en el Escenario Sin Medidas, Kallpa GSA habría podido prestar la reserva de la Provisión Base Firme a un costo menor operando a través de Kallpa con dos en lugar de tres turbinas a gas. De hecho, Compass Lexecon ignora tres factores que redujeron la banda disponible de Kallpa y, por ende, su capacidad de operar con dos turbinas a gas en ese período, a saber: (i) los generadores con una producción superior a 10 MW deben mantener una cierta capacidad de reserva para brindar RPF; (ii) la capacidad máxima de una central varía en función de la estación del año (disminuye durante el verano); y (iii) si bien durante las pruebas previas a la calificación<sup>646</sup> Kallpa estuvo

---

<sup>641</sup> Réplica, ¶¶ 459-463; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 171.

<sup>642</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 172.

<sup>643</sup> Réplica, ¶¶ 464-465; Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 169.

<sup>644</sup> Tr. Día 7, 1407:13-1408:4. Además, las Demandantes advierten que Compass Lexecon ha manifestado que “*estaba siguiendo instrucciones jurídicas de los abogados en cuanto a la no aplicación del PR-33 al Despacho Forzado conforme al PR-22*” [Traducción del Tribunal] (véase Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 185, donde se hace referencia a Tr. Día 7, 1416:6-1417:12; RER-CLEX II, ¶ 3.52).

<sup>645</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 173.

<sup>646</sup> Según el testigo de las Demandantes, el Sr. Frisancho, estas pruebas eran obligatorias para las unidades que proveían RSF y tenían por objeto determinar la banda de regulación y las características de respuesta de las unidades. Las pruebas de calificación desarrolladas entre el 22 de junio y el 1 de julio de 2016 se realizaron con una configuración de tres turbinas a gas, por lo que esta fue la única configuración permitida. En el mes de septiembre de 2016, Kallpa fue habilitada para brindar el servicio de RSF con dos



autorizada para utilizar dos turbinas a gas desde el mes de septiembre de 2016 en adelante<sup>647</sup>, la reserva de RSF que comprometió durante el período en cuestión excedió la cantidad de energía que la central podía generar con esa configuración<sup>648</sup>.

532. En la Réplica, las Demandantes admitieron que Kallpa GSA habría podido prestar la reserva de RSF comprometida a través de Kallpa con dos turbinas a gas desde el mes de septiembre de 2016 hasta el mes de noviembre de 2016 y ajustó sus cálculos de daños hacia abajo en consecuencia<sup>649</sup>. BRG no está de acuerdo en que esto habría obligado a SIDEC modificar su Modelo de Despacho en el escenario contrafáctico. BRG objeta el argumento de Compass Lexecon de que la reducción de la capacidad de generación de Kallpa debido al uso de dos en lugar de tres turbinas a gas necesariamente impactó en el Precio *Spot* proyectado en el Modelo como resultado del ingreso en el Orden de Mérito de un generador adicional para reemplazar la reducción de despacho contrafáctica de Kallpa. En particular, BRG señala que, si bien el cambio en la configuración de Kallpa durante un período de tres meses pudo haber impactado en el Precio *Spot*, el cambio resultante en el cálculo de daños de las Demandantes habría sido “irrelevante” [Traducción del Tribunal]<sup>650</sup>, dado que: (i) se referiría solo a un período de tres meses de los tres años de validez del Acta de Compromiso, y (ii) “ese impacto sería mínimo por el orden sospechoso que se anticiparía a despacho o un plan marginal -- o una central ampliaría su producción o una central entraría el impacto en -- sería mínimo, y el impacto sobre el mercado spot sería mínimo”<sup>651</sup>.

---

turbinas a gas y demostró una respuesta adecuada entre una capacidad mínima de 330 MW y una capacidad máxima de 550 MW. Kallpa GSA señaló que la capacidad mínima debía ser 350 MW porque, de lo contrario, Kallpa podría incumplir con la calidad del servicio. El COES aceptó eso y aprobó una banda de regulación para dicha configuración entre una capacidad mínima de 350 MW y una capacidad máxima de 550 MW, para una banda de regulación total de 200 MW (CWS-Frisancho II, ¶¶ 27-31).

<sup>647</sup> Réplica, ¶¶ 471-473. CWS-Frisancho II, Sección II.

<sup>648</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, nota al pie 275.

<sup>649</sup> Réplica, ¶¶ 474-475. Véase también nota al pie 635 **Error! Bookmark not defined.** *supra*.

<sup>650</sup> CER-BRG II, ¶ 54.

<sup>651</sup> Tr. Día 6, págs. 1302:13-19. Esto fue confirmado por el Sr. Torres (Especialista en Mercado Eléctrico de SIDEC) (véase Tr. Día 6, págs. 1227:1-1228:6: “Posiblemente, haya un impacto que no -- pero en realidad no debería ser significativo. Si nosotros volvemos a simular en dos por uno, hablamos de 100 megavatios y considerando que el mercado peruano está mayormente por centrales térmicas a gas, entonces, el marginal no debería diferir demasiado. [...] Es intuitivo porque el mercado eléctrico peruano es básicamente centrales térmicas a gas con diferentes rendimientos, con costos variables muy cercanos y la siguiente central. Si no entra una central a gas, la siguiente central que va a marginar y va a fijar precios

533. En cuarto lugar, las Demandantes aseveran que la conclusión de Compass Lexecon de que no hay nexo causal entre el presunto incumplimiento de la Demandada y las “*pérdidas indirectas*” de las Demandantes (calculadas por Compass Lexecon en USD 36,7 millones)<sup>652</sup> “*se basa en una evidente aplicación indebida del estándar de compensación*” [Traducción del Tribunal]<sup>653</sup>. Esto se debe a que la causalidad debe determinarse no con respecto a las circunstancias que habrían persistido “de no ser” por la participación de las Demandantes en la Licitación (como hace Compass Lexecon), sino con respecto a las circunstancias que habrían persistido de no ser por la adopción de la Resolución No. 141<sup>654</sup>. De hecho, las Demandantes enfatizan que, en la Audiencia, Compass Lexecon no pudo recordar haber solicitado ninguna instrucción acerca del estándar legal de compensación aplicable<sup>655</sup> y admitió que, si se le hubiera impartido una instrucción apropiada, habría tenido que reconsiderar su análisis<sup>656</sup>. Por lo tanto, según las Demandantes, “*el enfoque general [de Compass Lexecon] en el presente caso es incongruente con el estándar de compensación aplicable y su análisis debe ser desestimado por el Tribunal*”<sup>657</sup>. [Traducción del Tribunal]

### **3. Las tasas de interés y de descuento aplicables**

534. Las Demandantes sostienen que la tasa de interés aplicable para actualizar las Pérdidas Históricas a la Fecha de Valoración y calcular los intereses anteriores al laudo es el costo promedio ponderado del capital aplicable a las inversiones de las

---

*es una diésel, que no se está dando porque hay una sobreoferta. Entonces, va a saltar de un costo marginal y una central térmica equis a una central térmica ye con un costo variable muy similar. Entonces, es algo intuitivo, pero lógicamente una simulación posiblemente certifique lo que le estoy diciendo, ¿no?”*

<sup>652</sup> La categoría de “pérdidas indirectas” [Traducción del Tribunal] identificada por Compass Lexecon incluye los siguientes rubros de daños identificados por BRG: los ingresos adicionales para Cerro del Águila provenientes del mercado *spot*, ahorros en costos de provisión de PPA y aumento en los costos de RSF (Réplica, ¶ 443(b)).

<sup>653</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶¶ 187-188.

<sup>654</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 190.

<sup>655</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 191, donde se hace referencia a Tr. Día 7, 1398:1-2.

<sup>656</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 191, donde se hace referencia a Tr. Día 7, 1403:10-1404:7.

<sup>657</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 193.

Demandantes en el sector energético peruano (el “**WACC**”) que se calcula en 5,56 % de conformidad con el Modelo de Valoración de Activos de Capital Internacional<sup>658</sup>.

535. Las Demandantes explican que el motivo por el cual se basan en el WACC es que “*representa la rentabilidad mínima requerida de un inversor que, financiado mediante deuda y capital, invierte en el sector energético peruano*”<sup>659</sup> y, por lo tanto, es la única tasa que les compensaría plenamente “*el costo de oportunidad de haber sido privadas de los fondos en cuestión*” de conformidad con el principio de reparación plena. Las Demandantes advierten que el enfoque en el costo de oportunidad del inversor fue avalado en casos relativos a inversiones como *Vivendi c. Argentina*<sup>660</sup>, *France Telecom c. Libano*<sup>661</sup> y *SAUR c. Argentina*<sup>662</sup>, como también en la controversia contractual de *ConocoPhillips c. PDVSA*<sup>663</sup>. [Traducción del Tribunal]

536. El WACC de 5,56 % de BRG se basa en:

- (i) una tasa libre de riesgo que compensa el valor tiempo del dinero de 2,24 %, sobre la base de una rentabilidad promedio durante 12 meses de un bono del Tesoro de los EE. UU. a 10 años;
- (ii) una prima de riesgo de mercado (es decir, la diferencia entre la tasa de rentabilidad prevista sobre la “cartera del mercado” y la tasa libre de riesgo) de 4,77 %;
- (iii) un coeficiente beta, que mide la exposición de un valor al riesgo general del mercado y pondera la prima de riesgo de mercado, de 0,64;
- (iv) una prima de riesgo país (es decir, la rentabilidad incremental que requieren los inversores para una inversión en un país o ubicación donde la inversión se

---

<sup>658</sup> Memorial, ¶ 297; Réplica, ¶ 520.

<sup>659</sup> Réplica, ¶ 520, donde se cita CER-BRG II, ¶ 113. Las Demandantes critican el enfoque de Compass Lexecon para calcular la tasa de interés en referencia al costo de la deuda del Perú, ya que no compensa los costos de oportunidad de las Demandantes (Réplica, ¶¶ 521-522).

<sup>660</sup> *Vivendi c. Argentina*, ¶ 9.2.3, citado en Memorial, ¶ 297; Réplica, ¶¶ 516-517.

<sup>661</sup> *France Telecom Mobile International, S.A. FTML, S.A.L. c. República Libanesa*, CNUDMI, Laudo, 31 de enero de 2005 (CL-113), ¶ 209, citado en Réplica, ¶ 517.

<sup>662</sup> *SAUR International c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/4, Decisión sobre Jurisdicción y sobre Responsabilidad, 6 de junio de 2012 (CL-77), ¶¶ 296-298, 430, citado en Réplica, ¶ 519.

<sup>663</sup> *Phillips Petroleum Company Venezuela Limited y Conocophillips Petrozuata B.V. c. Petróleos de Venezuela, S.A., Corpoguanipa, S.A. y PDVSA Petróleo, S.A. (PDVSA)*, Caso CCI No. 16848/JRF/CA (C-16849/JRF), Laudo, 17 de septiembre de 2012 (CL-131), ¶¶ 294–307, citado en Réplica, ¶ 518.

encuentra expuesta a un mayor riesgo que en una economía más estable) de 173 puntos básicos (1,73 %), calculada sobre la base del margen mensual promedio durante los cinco años anteriores a la Fecha de Valoración<sup>664</sup>.

537. Según las Demandantes, el enfoque de Compass Lexecon sobre los intereses debe ser rechazado dado que conculca el principio *“de que la compensación plena requiere un otorgamiento de intereses que compense a las Demandantes por su costo de oportunidad”*<sup>665</sup>. Puesto que las Demandantes invirtieron en proyectos de generación eléctrica en Perú y el WACC es el retorno que habrían requerido de dicha inversión, el WACC es *“el mejor reflejo del costo de oportunidad perdido de las Demandantes por haber sido privadas de la indemnización que se les adeuda”*<sup>666</sup>. [Traducción del Tribunal]
538. Las Demandantes sostienen que un WACC de 5,56 % también representa la tasa de descuento adecuada para traer flujos de caja futuros previstos a la Fecha de Valoración, a fin de calcular la Pérdida de Valor<sup>667</sup>. Según ellas, dicha tasa es la más apropiada para el perfil de riesgo de los flujos de caja de Kallpa GSA, ya que incluye el costo del capital, el costo de la deuda y la prima de riesgo país en Perú a los que Kallpa GSA se encuentra expuesta<sup>668</sup>.
539. Las Demandantes sugieren que el cálculo de la tasa de descuento de Compass Lexecon únicamente en referencia al costo del capital es *“metodológicamente desacertado”* [Traducción del Tribunal], ya que no tiene en cuenta los riesgos inherentes a las operaciones de Kallpa GSA en Perú<sup>669</sup>.

## **B. Posición de la Demandada**

540. Tal como se señalara *supra*, la principal posición de la Demandada es que las Demandantes no sufrieron daños como consecuencia del dictado de la Resolución No. 141.

---

<sup>664</sup> Memorial, ¶ 291; CER-BRG, Apéndice D, ¶¶ 234-248.

<sup>665</sup> Réplica, ¶ 522, donde se cita CER-BRG II, ¶ 128.

<sup>666</sup> *Ibid.*

<sup>667</sup> Memorial, ¶¶ 289-290; Réplica, ¶¶ 510-511.

<sup>668</sup> Réplica, ¶¶ 510-511.

<sup>669</sup> Réplica, ¶¶ 512-513. Además, Compass Lexecon comete varios errores al calcular el costo del capital (Réplica, ¶ 514).

541. En sus presentaciones, la Demandada brinda un desglose diferente de los daños alegados por las Demandantes respecto del que plantearan estas y su perito. De hecho, Compass Lexecon clasifica los presuntos daños de las Demandantes en tres componentes:

- (i) pérdidas presuntamente sufridas como resultado directo del supuesto incumplimiento ("**Pérdidas Directas**", compuestas por "*pérdidas en caso de despacho forzado en el escenario Contrafáctico*" y "*pérdidas en caso de despacho económico en el escenario Contrafáctico*") [Traducción del Tribunal];
- (ii) pérdidas derivadas de los efectos del supuesto incumplimiento sobre el mercado eléctrico peruano y sobre las actividades económicas de las Demandantes ("**Pérdidas Indirectas**", compuestas por "*ingresos adicionales de Cerro del Águila provenientes del mercado spot*", "*ahorros en costos de provisión de PPA*" y "*aumento en los costos de RSF*") [Traducción del Tribunal];
- (iii) impuestos y contribuciones regulatorias<sup>670</sup>.

542. La Demandada esgrime los siguientes tres argumentos para objetar la reclamación de daños de las Demandantes: en primer lugar, las Demandantes no demostraron haber sufrido daños, ya que no divulgaron el precio al cual vendieron las Subsidiarias a Nautilus Inkia, cuyas acciones posteriores a la adquisición confirman que no se incurrió en ningún daño (**Sección VII.B.1**); en segundo lugar, los supuestos y resultados de los cálculos de daños de BRG son poco precisos (**Sección VII.B.2**); en tercer lugar, las tasas de descuento e interés de BRG son erróneas (**Sección VII.B.3**).

**1. La relevancia del precio de venta de las Subsidiarias y de las acciones de Nautilus Inkia para los daños de las Demandantes**

543. La Demandada afirma que las Demandantes no demostraron que sufrieron daño alguno<sup>671</sup>, en primer lugar, porque se negaron a presentar el precio de venta de las Subsidiarias, que resulta crucial para evaluar si realmente sufrieron daños y pretenden obtener una doble recuperación<sup>672</sup>. La Demandada argumenta que "e/

---

<sup>670</sup> Dúplica, ¶ 575.

<sup>671</sup> Dúplica, ¶ 550.

<sup>672</sup> Dúplica, ¶¶ 551, 556, 563-566. Según la Demandada, la Cláusula 2.6 y el Anexo E del SPA "no prueban que el vendedor no fue indemnizado por los daños por los que reclama en este arbitraje, ni tampoco que

*SPA muy probablemente desglose el precio que pagaron los compradores por cada empresa individual, entre los que, cabe suponer, se encuentran los de Kallpa GSA y Samay*<sup>673</sup> [Traducción del Tribunal], pero, tal como reconocieran las Demandantes, la copia del SPA que figura en el sitio web de la SEC no contiene dicha información<sup>674</sup>. Por ende, la Demandada solicita al Tribunal que considere que la falta de presentación del precio de venta de las Subsidiarias es contraria a sus intereses y concluya que las Demandantes no sufrieron ningún daño y/o pretenden obtener doble recuperación por sus inversiones supuestamente perjudicadas<sup>675</sup>.

544. La Demandada destaca luego que Nautilus Inkia: (i) compró la participación restante del 21,5 % de los accionistas minoritarios de las Subsidiarias; (ii) ofertó cero Soles como remuneración por los pagos de potencia de reserva relacionados con la Provisión Base Firme del servicio de RSF en el año 2019; y (iii) ganó la licitación y ha estado prestando servicios de RSF desde el año 2019<sup>676</sup>. Según la Demandada, esto significa que el entorno jurídico en Perú no era desfavorable para las inversiones de las Demandantes y que Nautilus Inkia *“tenía las mismas expectativas que las que tenían las Demandantes con anterioridad al dictado de la Resolución No. 141— y que esas expectativas no se basaban en una garantía de despacho forzado”*<sup>677</sup>. [Traducción del Tribunal]

---

*el vendedor aceptó una reducción del precio para conservar tales reclamaciones. Significa simplemente que, inter alia, el nuevo comprador no tiene derecho a reclamar cualquier indemnización que las Demandantes puedan recibir*” [Traducción del Tribunal] (Dúplica, ¶ 557).

<sup>673</sup> Dúplica, ¶ 554, donde se invoca la Cláusula 2.7 del SPA, según la cual *“las Partes acuerdan que los valores establecidos para las Empresas y Subsidiarias Adquiridas que se enumeran en el Apéndice 2.7 representan los valores justos imputables a dichas empresas en relación con las operaciones contempladas en este Contrato”*. [Traducción del Tribunal]

<sup>674</sup> En cambio, contiene *“una cifra global, compuesta, por la totalidad de las participaciones de las Demandantes que fueron vendidas en virtud del Contrato de Compraventa de Acciones, en todo América Latina y el Caribe (no solo Perú)”* [Traducción del Tribunal] (véase Réplica, ¶ 429).

<sup>675</sup> Dúplica, ¶ 555.

<sup>676</sup> Contrariamente a lo que aducen las Demandantes, las diferencias entre las licitaciones de los años 2016 y 2019 no bastan para justificar las estrategias de oferta idénticas. En efecto, (i) si bien una menor cantidad de potencia máxima en el año 2019 denota menores ingresos para el Proveedor de Base Firme de RSF, esto no justifica que un ofertante ofrezca prestar servicios de RSF en Base Firme de forma gratuita —de hecho, se esperaría justamente lo contrario—; y (ii) aunque los precios del mercado *spot* eran, en promedio, más bajos en el año 2019 que en el año 2016, esto no afectaría el comportamiento de un licitante, ya que los precios del mercado *spot* no se toman en consideración al remunerar a los Proveedores de Base Firme por los servicios de RSF (Dúplica, ¶ 569).

<sup>677</sup> Dúplica, ¶ 560. Respecto del argumento de las Demandantes en cuanto a que las acciones del comprador posteriores a la adquisición son irrelevantes para el cálculo de los daños, la Demandada afirma

545. Sobre el particular, la Demandada cuestiona que los efectos negativos de las medidas que se debaten fueran reconocidos por el comprador en el Anexo E del SPA pues, según ella, ese anexo no adopta una posición en cuanto a si las Demandantes sufrieron daños y no es específico de las Reclamaciones de las Demandantes. En cambio, el Anexo E evidencia que Nautilus Inkia “*acordó compensar a las Demandantes si la normativa de Perú fuera a sufrir modificaciones en el futuro próximo que beneficiaran en términos financieros a las centrales eléctricas en Perú*”<sup>678</sup>. [Traducción del Tribunal]
546. Asimismo, la Demandada alega que el Anexo E y, concretamente, la voluntad del comprador de darle a las Demandantes el 70 %-100 % de todo incremento en las ganancias como consecuencia de cualquier cambio en las medidas, insinúa que el comprador debe haber considerado que los activos eran suficientemente rentables incluso sin este incremento<sup>679</sup>. Ello se ve confirmado por las inversiones posteriores de Nautilus Inkia en las Subsidiarias<sup>680</sup>. La superposición significativa entre los equipos de gestión y financieros de las Demandantes y de Nautilus Inkia demuestra además “*que las Demandantes no creen realmente que las medidas fueran debilitantes para su negocio*”<sup>681</sup>. [Traducción del Tribunal]

**2. La exactitud de los cálculos de los daños efectuados por BRG**

547. La Demandada afirma, en cualquier caso, que los cálculos de los daños efectuados por BRG son inexactos por los motivos que se exponen a continuación.
548. Primero, esos cálculos se basan en el supuesto erróneo de que el PR-22 garantizaba el despacho de las unidades de generación Kallpa y Las Flores incluso cuando no estuvieran en el Orden de Mérito.

---

que dichas acciones son relevantes para determinar si las Demandantes sufrieron algún daño en primer lugar (Dúplica, ¶ 561).

<sup>678</sup> Dúplica, ¶¶ 563-564. La Demandada arguye que “*si el Anexo E se relacionara con las reclamaciones de arbitraje internacional en materia de inversiones de las Demandantes como estas últimas insinúan, las Demandantes estarían entonces, efectivamente, intentando obtener doble recuperación*” [Traducción del Tribunal] (Dúplica, ¶ 565).

<sup>679</sup> Dúplica, ¶ 566.

<sup>680</sup> Dúplica, ¶ 567.

<sup>681</sup> Dúplica, ¶ 568.

549. Segundo, aun suponiendo que el PR-22 garantizaba el despacho continuo del Proveedor de Base Firme de RSF, las centrales de las Demandantes no habrían tenido derecho a recibir Compensación de Costos Operativos en caso de despacho fuera del Orden de Mérito<sup>682</sup>. En efecto, el Anexo IV del PR-22, que se ocupa de la remuneración de los proveedores de RSF, no hace mención de la Compensación de Costos Operativos<sup>683</sup>. Por tanto, este componente de Pérdidas Directas equivale a cero<sup>684</sup>.
550. Contrariamente al supuesto que formulan las Demandantes (y BRG), el PR-33 no contempla un mecanismo de remuneración para los proveedores de RSF despachados fuera del Orden de Mérito<sup>685</sup>. El Numeral 7.1 del PR-33 nada tiene que ver con la remuneración de centrales despachadas de manera continua. En cambio, trata de la “[c]ompensación por Inflexibilidad Operativa”, es decir, por los costos incurridos por una central durante el período de tiempo en el que se ve “obligada a operar debido a limitaciones tecnológicas”<sup>686</sup> [Traducción del Tribunal], sea que fuera despachada conforme al despacho económico o “por disposición del Coordinador, sin establecer el Costo Marginal de Corto Plazo del SEIN”<sup>687</sup>. Esto se ve confirmado por el hecho de que el Numeral 7.1.4 del PR-33 establece solo una fórmula para el cálculo de la compensación por inflexibilidad operativa, independientemente de que sea generada por despacho económico o continuo<sup>688</sup>.

---

<sup>682</sup> Dúplica, ¶ 576.

<sup>683</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 105.

<sup>684</sup> Dúplica, ¶ 579. Las correcciones de BRG en su segundo informe se relacionaban con (i) no haber reflejado el lucro cesante que incluía la remuneración por ciertos costos relativos al transporte y la distribución de gas incurridos por la central Las Flores, y (ii) la configuración en la que podría haber funcionado Kallpa, son incompletas y no afectan el hecho de que las pérdidas derivadas del despacho forzado en el Escenario Contrafáctico equivalen a 0 (Dúplica, ¶ 580).

<sup>685</sup> Dúplica, ¶ 577. La Demandada advierte que incluso “si Perú hubiera creado un mecanismo de remuneración en el supuesto de despacho forzado en virtud del PR-22, de conformidad con los principios de regulación económica de Perú, Perú habría limitado dicha remuneración a los costos incrementales exactos incurridos por un generador como resultado de tal despacho forzado” [Traducción del Tribunal] (Dúplica, ¶ 578).

<sup>686</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 26.

<sup>687</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 27. Además, esta remuneración se refiere necesariamente a las operaciones de seguridad y tensión, puesto que son las únicas operaciones que tienen lugar fuera del despacho económico (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 29).

<sup>688</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 30.



551. El argumento de las Demandantes sobre la aplicabilidad de la Compensación de Costos Operativos en virtud del PR-33 se ve debilitado también por el hecho de que, contrariamente al PR-22, el PR-33 se limita a una tecnología específica (es decir, a la de las centrales térmicas). Puesto que en la Licitación participaban muchas centrales hidroeléctricas, *“no tendría sentido que el PR-22 estableciera los mecanismos de remuneración para el Proveedor de Base Firme de RSF que pudiera incluir centrales hidroeléctricas en un Procedimiento Técnico independiente (PR-33) que a primera vista se limita a centrales térmicas”*<sup>689</sup>. [Traducción del Tribunal]
552. La Demandada niega también que en el escenario contrafáctico las Demandantes habrían recibido Compensación de Costos Operativos por los costos no derivados de la prestación del servicio de RSF, como los costos de transporte y distribución de combustible *“en los que habrían incurrido, en cualquier caso, en virtud de sus contratos de transporte y distribución fijos, independientemente de si fueran o no el Proveedor de Base Firme de RSF”*. Ello se debe a que la Compensación de Costos Operativos en virtud de la normativa peruana tiene por objeto remunerar por los costos incurridos por un generador para prestar el servicio pertinente y tales costos no habrían sido, por lo tanto, *“costos operativos”* reales relacionados con la prestación del servicio de RSF por parte de las Demandantes<sup>690</sup>. [Traducción del Tribunal]
553. La exclusión de la Compensación de Costos Operativos no solo afecta la cuantificación de las Pérdidas Directas, sino que requiere además ajustes a ciertas supuestas Pérdidas Indirectas y a los impuestos y aportes por regulación incluidos en el cálculo de los daños efectuado por BRG<sup>691</sup>. Compass Lexecon estima que esta corrección reduce las supuestas pérdidas de las Demandantes derivadas de la Resolución No. 141 a, como máximo, USD 16,5 millones<sup>692</sup>.

---

<sup>689</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 30.

<sup>690</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 106. Véase también Memorial de Contestación, ¶¶ 323-325.

<sup>691</sup> Por ejemplo, la Demandada advierte que *“si Kallpa GSA no hubiera recibido Compensación de Costos Operativos en caso de despacho forzado en virtud del PR-22, no tendría que haber pagado entonces impuestos sobre dicha compensación”*. [Traducción del Tribunal]

<sup>692</sup> Dúplica, ¶ 586. Pérdidas Directas por USD 5,3 millones, Pérdidas Indirectas por USD 36,7 millones, impuestos y aportes por regulación por USD 9,3 millones, que derivan en pérdidas para Kallpa GSA por USD 22 millones y para las Demandantes por USD 16,5 millones.

554. Tercero, la Demandada afirma que, incluso si el PR-22 pudiera interpretarse como lo hacen las Demandantes, BRG exagera sobremanera el monto de los daños<sup>693</sup>. Por ejemplo, sin perjuicio del reconocimiento por parte de BRG en cuanto a que Kallpa GSA podría haber provisto la reserva de RSF comprometida a través de Kallpa con dos turbinas de gas entre los meses de septiembre y noviembre de 2016, SIDEC no actualizó su Modelo de Despacho, que suponía que Kallpa GSA solo podía cubrir la reserva de RSF comprometida con tres turbinas de gas<sup>694</sup>. Según la Demandada, *“el Sr. Torres reconoció también que cualquier otro cambio a los supuestos subyacentes de los modelos de despacho de SIDEC afectaría los resultados de esos modelos”*<sup>695</sup>, de lo que se desprendería que, tras el reconocimiento por parte de BRG, dicho modelo y los cálculos de los daños efectuados por BRG ya no resultan confiables<sup>696</sup>. Asimismo, según la Demandada, Kallpa podría haber funcionado con dos turbinas de gas 12 meses más después del mes de noviembre de 2016, reduciendo así aún más los daños<sup>697</sup>. En efecto, si bien las Demandantes argumentan que la banda de regulación autorizada en una configuración de dos turbinas de gas se fijó en 200 MW (que, por lo tanto, era insuficiente para que Kallpa GSA proveyera la reserva de RSF comprometida), Compass Lexecon explica que *“las pruebas técnicas efectuadas en Kallpa demostraron que era técnicamente factible que la unidad proveyera hasta 220 MW de reserva con una configuración 2x1 y que el límite de 220 MW se fijó a solicitud de Kallpa GSA”*<sup>698</sup>. [Traducción del Tribunal]
555. Cuarto, la Demandada arguye que no existe un nexo causal entre su supuesto incumplimiento y las Pérdidas Indirectas de las Demandantes por los efectos colaterales de la Resolución No. 141 en el mercado (como menores ingresos debido a la disminución de los precios del mercado *spot*). Según ella, incluso suponiendo que la Resolución No. 141 modificó retroactivamente el PR-22, las Demandantes habrían sufrido dichas pérdidas aun si Kallpa GSA no hubiera participado de la Licitación. Por ende, *“no puede decirse que esos daños surjan de las supuestas ‘inversiones’ de las*

---

<sup>693</sup> Dúplica, ¶ 574.

<sup>694</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 103.

<sup>695</sup> *Ibid.*

<sup>696</sup> *Ibid.*

<sup>697</sup> Dúplica, ¶ 580.

<sup>698</sup> RER-CLEX II, ¶ 3.61.

*Demandantes en participar en la licitación, o en ganarla, o del Acta de Compromiso consiguiente*<sup>699</sup>. [Traducción del Tribunal]

**3. Las tasas de interés y de descuento aplicables**

556. En lo atinente a la tasa de interés aplicable para trasladar los flujos de caja históricos a la Fecha de Valoración y calcular las Pérdidas Históricas, la Demandada y Compass Lexecon afirman que dicha tasa es el costo de deuda (“**CdD**”) del Estado receptor, ya que las supuestas pérdidas de las Demandantes corresponden a un préstamo que se vieron obligadas a otorgar a Perú<sup>700</sup>.
557. La Demandada asevera que utilizar el WACC como tasa de interés sería otorgar a las Demandantes una indemnización excesiva, al contabilizar “*los riesgos inherentes a las actividades de las Demandantes que determinan el costo de financiación de las Demandantes, pero que estas últimas, en realidad, no pagaron*”<sup>701</sup>. En efecto, dado que las pérdidas históricas en un arbitraje inversionista- Estado se asemejan a un préstamo forzado de las Demandantes a la Demandada, las Demandantes solo tienen derecho a ser indemnizadas por el riesgo de incumplimiento de Perú, que queda reflejado en el CdD<sup>702</sup>. La Demandada afirma que esta teoría económica se encuentra respaldada por decisiones relativas a inversiones, tales como las adoptadas en *PSEG c. Turquía*<sup>703</sup> y *Total S.A. c. Argentina*<sup>704</sup>, y por decisiones de tribunales estadounidenses<sup>705</sup>. [Traducción del Tribunal]
558. Al aplicar el CdD de Perú (estimado mensualmente durante el período de las pérdidas históricas de las Demandantes) para trasladar las pérdidas históricas a la Fecha de Valoración, los daños equivalen a USD 16,5 millones<sup>706</sup>.

---

<sup>699</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 104. Véase también Memorial de Contestación, ¶ 315.

<sup>700</sup> Memorial de Contestación, ¶ 337; Dúplica, ¶ 596.

<sup>701</sup> Memorial de Contestación, ¶ 338. Véase también Dúplica, ¶ 597.

<sup>702</sup> Dúplica, ¶ 597.

<sup>703</sup> *PSEG c. Turquía*, ¶¶ 341-345.

<sup>704</sup> *Total S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/1, Laudo, 27 de noviembre de 2013 (RL-59), ¶ 245.

<sup>705</sup> *Gorenstein Enterprises, Inc. c. Quality Care-USA, Inc.*, 874 F.2d 431 (7.º Cir. 1989) (RL-57), pág. 4; *Asunto del Derrame de Petróleo causado por el Amoco Cadiz*, 954 F.2d 1279 (7.º Cir. 1992) (RL-58), pág. 46.

<sup>706</sup> RER-CLEX II, ¶ 7.6.

559. En cuanto a la tasa de descuento para descontar los flujos de caja futuros perdidos a la Fecha de Valoración y calcular la Pérdida de Valor, según la Demandada y Compass Lexecon, la tasa aplicable no es el WACC, sino uno de sus componentes, el costo de capital (“CdC”) de las Demandantes. Ello se debe a que el supuesto subyacente a la estimación de los daños efectuada por BRG es que la totalidad de los flujos de caja futuros habrían ido a los accionistas de Kallpa GSA y ninguno a los tenedores de deuda de dicha empresa. Por lo tanto, esos flujos de caja deben ser descontados a la tasa del CdC, que refleja los riesgos asociados a ellos<sup>707</sup>. Por el contrario, el WACC “refleja el riesgo menor de toda la empresa (y no el riesgo percibido por sus accionistas)” y, por ende, sobreestima la reclamación de daños de las Demandantes<sup>708</sup>. [Traducción del Tribunal]
560. Compass Lexecon agrega que el CdC de las Demandantes no es del 7,02 %, tal como calculara BRG, sino del 7,53 %<sup>709</sup>. Al aplicar este CdC, los daños relacionados con la Reclamación basada en el Servicio de RSF se reducen a USD 16,3 millones<sup>710</sup>.
561. Finalmente, y por los motivos indicados *supra*, según la Demandada y Compass Lexecon, el WACC no resulta apropiado para realizar el cálculo de los intereses anteriores al laudo. En cambio, en virtud de la “teoría del préstamo forzado”, según ellos, los intereses anteriores al laudo deberían calcularse en función del CdD de Perú correspondiente al período comprendido entre la Fecha de Valoración y la fecha en la cual se supone se dictará el Laudo (es decir, 3,43 %)<sup>711</sup>.
562. Al aplicar las tasas de interés y de descuento utilizadas por Compass Lexecon, la Demandada concluye que los daños sufridos por las Demandantes en relación con la Reclamación basada en el Servicio de RSF equivaldrían, como máximo, a USD 16,3 millones<sup>712</sup>.

---

<sup>707</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 340-341; Dúplica, ¶ 605.

<sup>708</sup> Dúplica, ¶ 605.

<sup>709</sup> Memorial de Contestación, ¶ 342. Compass Lexecon objeta las críticas formuladas por BRG en relación con este cálculo (véase Dúplica, ¶¶ 606-609).

<sup>710</sup> RER-CLEX II, ¶ 7.6.

<sup>711</sup> RER-CLEX II, ¶ 8.1.

<sup>712</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 344-345; Dúplica, ¶ 611.

**C. La decisión del Tribunal**

563. Con respecto a la Reclamación basada en el Servicio de RSF, con el sustento del testimonio pericial de BRG, las Demandantes sostienen que, como consecuencia de la Resolución No. 141, sufrieron daños por un monto total de USD 110,7 millones, más intereses anteriores y posteriores al laudo a una tasa anual del 5,56 %, equivalente al WACC de Kallpa GSA.
564. El Tribunal considerará la reclamación de daños de las Demandantes analizando las tres defensas principales de la Demandada, a saber, la preliminar, que se basa en el SPA y en las acciones de Nautilus Inkia posteriores a la adquisición (**Sección VI.C.1**), la que se basa en los defectos de los cálculos de los daños efectuados por BRG (**Sección VI.C.2**), y la relativa a la tasa de interés aplicable respecto de los intereses anteriores al laudo (**Sección VI.C.3**).
565. El análisis y la decisión del Tribunal sobre la cuantificación de daños de la Reclamación basada en el Servicio de RSF se basa en las dos conclusiones siguientes del Tribunal sobre el fondo de esa Reclamación:
- (i) Las Bases de la Licitación garantizaban al ganador de la Licitación (es decir, Kallpa GSA) el despacho continuo de energía para que proveyera el servicio de RSF, independientemente de la inclusión de sus unidades en el Orden de Mérito (véase Sección VI.B.3i); y
  - (ii) La Resolución No. 141 alteró este marco de forma manifiestamente arbitraria en violación del Artículo 10.5 del Tratado (véase Sección VI.B.3ii).

**1. La relevancia del precio de venta de las Subsidiarias y de las acciones de Nautilus Inkia para la estimación de los daños de las Demandantes**

566. La defensa preliminar de la Demandada sobre la cuantificación de daños es que las Demandantes no sufrieron daños, tal como quedaría demostrado por el precio que recibieron de Nautilus Inkia por la transferencia de sus participaciones en las Subsidiarias y por las acciones de Nautilus Inkia luego de la adquisición.
567. La Demandada solicita al Tribunal que considere que la falta de divulgación por parte de las Demandantes del precio de venta de las Subsidiarias es contraria a sus intereses, el cual, según ella, resulta necesario para evaluar si las Demandantes ya han sido indemnizadas por la pérdida que alegan haber sufrido y, por lo tanto, pretenden obtener doble recuperación.

568. En opinión del Tribunal, no existe fundamento alguno para dicha solicitud.
569. En primer lugar, contrariamente a lo que afirma la Demandada, no hay indicio de que el precio de venta establecido en el SPA identificara la parte imputable a “cada empresa individual, entre los que, cabe suponer, se encuentran los de Kallpa GSA y Samay”<sup>713</sup>. En efecto, si bien la Cláusula 2.7 del SPA dispone que las partes atribuyeron valores específicos a “las Empresas y Subsidiarias Adquiridas”, la información sobre la asignación del precio de compra pertinente en la versión del SPA presentada por las Demandantes el 18 de diciembre de 2021<sup>714</sup> demuestra que no había un precio de compra acordado para las Subsidiarias<sup>715</sup>. [Traducción del Tribunal]
570. En cualquier caso, puede inferirse del SPA que las Demandantes no fueron indemnizadas por los daños que reclaman en este arbitraje y no aceptaron una reducción del precio para conservar sus reclamaciones relativas a ellos. Esto se desprende claramente de las disposiciones siguientes:

- La Cláusula 2.6, que dispone que:

Las Partes acuerdan que IC Power Ltd. conserva todos los derechos que actualmente tiene en relación con las Reclamaciones relativas a Tratados de Inversión y tales derechos no se verán afectados en virtud de este Contrato. En aras de evitar toda duda, las Partes reconocen expresamente que este Contrato se celebra sin perjuicio de que IC Power Ltd. reciba cualquier reparación posible de un tribunal de arbitraje por sus Reclamaciones relativas a Tratados de Inversión. [Traducción del Tribunal]

- La Cláusula 2.4(a) del Anexo E, que establece que:

En el supuesto de que la Regulación Secundaria de Frecuencia sea enmendada, complementada, modificada, anulada, rescindida o revocada con anterioridad al 30 de septiembre de 2019, y como consecuencia de ello, Kallpa o Samay reciban un pago o indemnización, el Comprador 1 pagará, por sí o por medio de un tercero, en efectivo, tan pronto como sea posible, pero, en cualquier caso, dentro de los cinco (5) Días Hábiles siguientes a la recepción de dicho pago por parte de Kallpa o Samay, según corresponda, al

---

<sup>713</sup> Dúplica, ¶ 554.

<sup>714</sup> Anexo C-218 adjunto a la carta de Freshfields (Sr. Rovinescu) al CIADI (Sr. Montañés-Rumayor), 18 de diciembre de 2021.

<sup>715</sup> C-218, pág. 129. En efecto, el SPA registra únicamente el precio de compra asignado a una parte mínima de los activos vendidos por las Demandantes (no relacionados con las Subsidiarias), de modo que el precio asignado a las Subsidiarias no se puede identificar.

Vendedor 1 un monto igual a dicho pago o indemnización recibido por Kallpa o Samay, según corresponda. [...]. [Traducción del Tribunal]

571. El Tribunal coincide con las Demandantes en cuanto a que estas disposiciones no tendrían sentido si las Demandantes ya hubieran sido indemnizadas por los daños emergentes de la Resolución No. 141. En efecto, el SPA dispone que Nautilus Inkia efectuaría un pago adicional a las Demandantes en el supuesto de que Nautilus Inkia o las Subsidiarias fueran a recibir algún monto como consecuencia de los hechos enumerados en la Cláusula 2.4(a) del Anexo E<sup>716</sup>. Si el comprador ya hubiera indemnizado a las Demandantes por la pérdida, no se habría comprometido a realizar dicho pago.
572. Por lo tanto, el Tribunal concluye que el precio de venta de las Subsidiarias (aun si fuera cuantificado) no resulta relevante para evaluar la existencia de daños y excluir el riesgo de doble recuperación, y que su supuesta falta de divulgación no resulta contraria a los intereses de la Demandada.
573. Del mismo modo, el Tribunal disiente en cuanto a que las acciones de Nautilus Inkia posteriores a la adquisición incidan en la cuestión de si las Demandantes realmente sufrieron daños.
574. El Tribunal entiende que la Demandada considera que las decisiones de Nautilus Inkia son relevantes no para el cálculo del monto de los daños, sino a los fines de determinar si las Demandantes realmente sufrieron daños<sup>717</sup>. De ser así, la jurisprudencia citada por las Partes sobre la relevancia de las circunstancias posteriores a la fecha de valoración para el cálculo preciso de los daños<sup>718</sup> tiene poca relevancia para la decisión del Tribunal.
575. En el presente caso, en opinión del Tribunal, resulta irrelevante que Nautilus Inkia realizara más inversiones en Perú, llevara adelante la misma estrategia que Kallpa GSA en una oferta para proveer la Base Firme de RSF en el año 2019 y ganara la licitación. Aun dejando de lado el hecho de que las condiciones de la licitación nueva

---

<sup>716</sup> El Tribunal no advierte el riesgo de doble recuperación que, según la Demandada, se desprendería de dicha interpretación de la Cláusula 2.4 del Anexo E (Dúplica, ¶ 565). De hecho, según esa disposición, el pago adicional al vendedor corresponde únicamente cuando se pague una suma a Kallpa o Samay o a la propia Nautilus Inkia luego de la adquisición y, por ende, no se activaría por una condena indemnizatoria dictada por este Tribunal a favor de las Demandantes.

<sup>717</sup> Dúplica, ¶ 561.

<sup>718</sup> Réplica, ¶ 433; Dúplica, ¶ 562.

—que se llevó a cabo en una situación de mercado diferente— eran distintas de las de la Licitación, lo cierto sigue siendo que Kallpa GSA tenía garantizado el despacho continuo de sus unidades en virtud de las Bases de la Licitación y que este marco fue alterado de forma manifiestamente arbitraria por la Resolución No. 141, lo que derivó en flujos de caja perdidos y una disminución en el valor del capital para las Demandantes. Incluso suponiendo que, tal como insinúa la Demandada<sup>719</sup>, las Subsidiarias seguían siendo un emprendimiento rentable después de la Resolución No. 141, no eran igualmente tan rentables como lo habrían sido sin dicha Resolución (dicho de otro modo, la rentabilidad de las Subsidiarias no es incompatible con el hecho de que las Demandantes hayan sufrido una pérdida). Esto resuelve la defensa de la Demandada.

576. Asimismo, la propia Demandada parece insinuar que las decisiones de Nautilus Inkia demostrarían simplemente que Kallpa GSA no podía albergar expectativas legítimas de despacho garantizado<sup>720</sup> y que el entorno jurídico de Perú no era desfavorable para las Demandantes<sup>721</sup>. No obstante, estos elementos son irrelevantes para una reclamación de daños por incumplimiento de la obligación de la Demandada de abstenerse de incurrir en conductas manifiestamente arbitrarias.
577. Por lo tanto, se desestiman las defensas preliminares de la Demandada a la reclamación de daños de las Demandantes.

## **2. La exactitud de los cálculos de los daños de BRG**

578. Tal como se señalara supra, el perito de las Demandantes sostiene que la pérdida sufrida por las Demandantes como resultado de la Resolución No. 141 consta de dos rubros indemnizatorios: (i) Pérdidas Históricas, compuestas por las pérdidas reales de los flujos de caja de Kallpa GSA y (ii) Pérdida de Valor de la participación de las Demandantes en Kallpa GSA debido a la depreciación de los flujos de caja proyectados perdidos por la empresa como consecuencia de la Resolución No. 141 durante el plazo de los tres años del Acta de Compromiso<sup>722</sup>. Para calcular las

---

<sup>719</sup> Dúplica, ¶¶ 552, 561, 566, 567.

<sup>720</sup> Dúplica, ¶¶ 560, 571.

<sup>721</sup> Dúplica, ¶ 560.

<sup>722</sup> Véase supra, ¶ 516. Por el contrario, Compass Lexecon (el perito de daños de la Demandada) desglosa los daños reclamados por las Demandantes en Pérdidas Directas e Indirectas. La divergencia en la



Pérdidas Históricas y la Pérdida de Valor BRG aplica respectivamente (i) un interés igual a un WACC de 5,56 % para llevar los flujos de caja perdidos antes de la Fecha de Valoración a su valor a partir de dicha fecha y (ii) una tasa de descuento igual a un WACC de 5,56 % para llevar los flujos de caja proyectados a su valor a partir de la Fecha de Valoración. BRG llega a la conclusión de que los daños de las Demandantes ascienden a USD 110,7 millones, al cual deben añadirse intereses anteriores y posteriores al laudo. La Demandada disiente de este cálculo, afirmando que las Demandantes no sufrieron ningún daño o, en subsidio, que sus presuntas pérdidas ascienden, como máximo, a USD 16,5 millones<sup>723</sup>.

579. En esta sección, el Tribunal procederá a analizar las cuatro críticas principales de la Demandada y de Compass Lexecon del cálculo de daños realizado por BRG, las cuales se basan principalmente en:

- (i) La no aplicabilidad de la Compensación de Costos Operativos del PR-33 al despacho del Proveedor de Base Firme fuera del Orden de Mérito;
- (ii) La presunta capacidad de Kallpa GSA para cumplir con la reserva de RSF comprometida a través de Kallpa con dos, en lugar de tres, turbinas de gas y su impacto en el Modelo de Despacho de SIDEC;
- (iii) La falta de nexo causal alegada entre el incumplimiento de la Demandada y los denominados “daños indirectos” de las Demandantes (es decir, los efectos inducidos en los precios spot por la Resolución No. 141); y
- (iv) El uso por parte de BRG de una tasa de interés incorrecta y de una tasa de descuento incorrecta para calcular las Pérdidas Históricas y la Pérdida de Valor.

***i. La aplicabilidad de la Compensación de los Costos Operativos***

580. La primera cuestión que debe resolver el Tribunal a fin de establecer la cuantificación de las pérdidas de las Demandantes consiste en determinar si la Compensación de Costos Operativos prevista por el PR-33 – en un importe igual a la diferencia entre los Costos Declarados y el Precio Spot, el cual es “*el impulsor principal*” de los daños

---

calificación de los daños, sin embargo, simplemente “*es otra manera de verlo* [al cálculo de daños]”, tal como lo confirmó el perito de la Demandada en la Audiencia (Tr. Día 7, 1391:17-18).

<sup>723</sup> Véase *supra*, ¶ 553.

reclamados por las Demandantes<sup>724</sup> – habría sido adeudada a Kallpa GSA, si sus unidades hubieran sido despachadas fuera del Orden de Mérito para prestar el servicio de RSF. De hecho, el cálculo de daños de las Demandantes se basa en la aplicabilidad del PR-33 a Kallpa GSA en virtud de la referencia cruzada al PR-33, en el Numeral 11.8 del PR-22. La crítica de la Demandada a los cálculos de daños de BRG se basa en gran medida en la no aplicabilidad de la Compensación de Costos Operativos, tal como lo demuestra la declaración de Compass Lexecon en la Audiencia según la cual

Si el Tribunal decide que PR-33 es de aplicación, las otras cuestiones respecto de daños directos son aquellas [...] O sea, tres turbinas comparadas con dos, las simulaciones de SIDEC, pero no hay discusión. Si la formula del PR-33 fuera aplicable, entonces BRG la ha aplicado correctamente<sup>725</sup>.

581. El Tribunal coincide con las Demandantes en que la Compensación de Costos Operativos en virtud del PR-33 era aplicable a Kallpa GSA ante el supuesto de despacho fuera del Orden de Mérito.
582. Tal como se sostiene en ¶ 403 *supra*, el Numeral 11.8 del PR-22 dispone que el PR-33 se aplica para compensar a los Proveedores de Base Firme despachada fuera del Orden de Mérito (“*sin establecer el costo marginal*”) para proveer la reserva de RSF (“*por cumplimiento de la reserva*”). De los diversos mecanismos de compensación establecidos en el PR-33<sup>726</sup>, el único que podría aplicarse en virtud de la referencia cruzada del Numeral 11.8 del PR-22 es el del Numeral 7.1.4<sup>727</sup>, el cual contempla la Compensación de Costos Operativos<sup>728</sup> de las centrales térmicas que experimenten

---

<sup>724</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de las Demandantes, ¶ 166.

<sup>725</sup> Tr. Día 7, 1407:19-1408:2.

<sup>726</sup> Tal como se establece en el Numeral 7.1 del PR-33 (C-57), se proporcionan diferentes fórmulas para compensar (i) “*El Costos de arranque - parada y de baja eficiencia Rampas Incremento y Disminución de Generación*”; (ii) “*Costo de mantenimiento por arranque-parada*”; (iii) “*El Costo por Consumos de Combustibles Adicionales en las Rampas de Incremento y Disminución de Generación*”; y (iv) “*por Operación por Inflexibilidad Operativa producida en cumplimiento al Programa Diario de Operación (PDO) o por disposición del Coordinador, sin establecer el Costo Marginal de Corto Plazo del SEIN*”.

<sup>727</sup> Esto es la “*Compensación por Operación por Inflexibilidad Operativa producida en cumplimiento al Programa Diario de Operación (PDO) o por disposición del Coordinador, sin establecer el Costo Marginal de Corto Plazo del SEIN*”.

<sup>728</sup> De conformidad con el Numeral 7.1.4, aquella es “*Energía entregada por la Unidad de Generación Térmica en cada q de la operación por Inflexibilidad Operativa*” multiplicada por el “*Costo Variable promedio de la Unidad de Generación Térmica durante el período de operación por Inflexibilidad Operativa*” menos el “*Costo Marginal en bornes de generación de la Unidad de Generación Térmica en el intervalo q durante el período de operación por Inflexibilidad Operativa*”.

inflexibilidad operativa. De hecho, el Numeral 7.1.4 es la única disposición del PR-33 que aborda la compensación de unidades operativas “*sin establecer el costo marginal*”), es decir, fuera de la Orden de Mérito, como el Proveedor de Base Firme de RSF. Por lo tanto, a la luz de la referencia cruzada mencionada, el Tribunal coincide con las Demandantes en que el mecanismo de Compensación de Costos Operativos del PR-33 habría sido aplicable al Proveedor de Base Firme cuando se despachó fuera del Orden de Mérito.

583. El Tribunal considera irrelevante el hecho de que, al amparo de sus términos, el propósito del Numeral 7.1.4 sea compensar a las centrales térmicas por la inflexibilidad operativa, lo cual no tiene nada que ver con el despacho permanente para la provisión del servicio RSF<sup>729</sup>. Tal como ya se ha señalado, el Numeral 7.1.4 se aplica para compensar a los Proveedores de Base Firme despachada fuera del Orden de Mérito, no en virtud de sus términos, sino de la referencia cruzada al PR-33 incluida en el Numeral 11.8 del PR-22, el cual no menciona que la compensación que allí se establece sea aplicable exclusivamente en las circunstancias excepcionales de una central térmica que experimenta inflexibilidad operativa<sup>730</sup>. En otras palabras, la referencia cruzada al PR-33 del Numeral 11.8 del PR-22 tiene el efecto de extender el alcance de la aplicación del Numeral 7.1.4 del PR-33, el cual originalmente se limitó a la inflexibilidad operativa de centrales térmicas, para compensar al Proveedor de Base Firme cuando no califica en el Orden de Mérito.

584. La aplicabilidad del mecanismo de Compensación de Costos Operativos del PR-33 para el ganador de la Licitación fue reconocido por OSINERGMIN en su Informe de Contestación, abordando las preguntas y comentarios de los generadores sobre el Segundo Borrador de PR-22, el cual estableció que:

con la finalidad [forzada] de que no existan dudas de que la unidad no presentaría pérdidas por su operación, se va a precisar que se compensará a los generadores que por dar el servicio de reserva, puedan incurrir en costos por consumo de combustibles de arranque – parada, de baja eficiencia en las rampas de carga-descarga y operación sin establecer el costo marginal,

---

<sup>729</sup> Véase *supra*, ¶¶ 550-551.

<sup>730</sup> Por las mismas razones, el Tribunal rechaza el argumento de la Demandada según el cual “*no tendría sentido que el PR-22 estableciera los mecanismos de remuneración para el Proveedor de Base Firme de RSF que pudiera incluir centrales hidroeléctricas en un Procedimiento Técnico independiente (PR-33) que a primera vista se limita a las centrales térmicas*” [Traducción del Tribunal] (Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 30).

definidos en el Procedimiento Técnico “Reconocimiento de costos eficientes de operación de las centrales termoeléctricas del COES” [es decir, el PR-33]<sup>731</sup>.

585. De un modo similar, el Informe de RSF de Uribe & Leyva expresó que:

Cabe resaltar que los costos por consumo de combustible de arranque – parada, de baja eficiencia en las rampas de carga y descarga y por operación sin establecer el costo marginal, producidos por el cumplimiento de la Reserva no forman parte de ninguno de estos términos.

Estos costos, de acuerdo con el numeral 11.8 del PR-22, serán reconocidos mediante el Procedimiento Técnico COES N° 33 “Compensaciones de costos operativos adicionales de las Unidades de Generación Térmica”<sup>732</sup>.

586. En función de ello, el Tribunal acepta la posición de las Demandantes según la cual la Compensación de Costos Operativos del PR-33, se habría aplicado a Kallpa GSA - como ganadora de la Licitación - cuando sus unidades fueron despachadas fuera del Orden de Mérito.

587. En la segunda parte de su defensa sobre este punto, la Demandada afirma que, en el supuesto de que la Compensación de Costos Operativos se aplicase a los contratos de transporte y distribución de precio fijo (tal como aducen las Demandantes) ello implicaría una compensación extraordinaria por los costos en los que Kallpa GSA hubiera incurrido, aunque no hubiese ganado la licitación<sup>733</sup>.

588. El Tribunal no puede adherir a este argumento. Tal como fuera señalado, el Numeral 11.8 del PR-22 establece que *“Para las Unidades de Generación, en caso corresponda, se reconocerán sus costos por consumo de combustibles [...] por operación sin establecer el costo marginal, producidos por cumplimiento de la Reserva, definidos en [PR-33]”*. La fórmula relevante del Numeral 7.1.4 del PR-33 contempla una compensación igual al total de energía entregada por la unidad multiplicada por los costos variables de la unidad (correspondiente a los Costos Declarados por las centrales alimentadas con gas), menos el costo marginal. Los costos de transporte y distribución - fijos o incrementales – constituyen los costos variables de la unidad<sup>734</sup>

---

<sup>731</sup> Informe de Contestación, marzo de 2014 (C-54), Numeral 2.1.11.

<sup>732</sup> Informe SFR Uribe & Leyva, 12 de diciembre de 2016, (C-142), pág. 7 Si bien este Informe fue emitido con posterioridad al dictado de la Resolución, sigue siendo relevante para echar luz sobre los fundamentos de su sanción.

<sup>733</sup> Véase *supra*, ¶ 552.

<sup>734</sup> Véanse, *inter alia*, PR-31 (C-58), Anexo 3, Numeral 2: *“La información que deben presentar los*

y, por lo tanto, se encuentran comprendidos dentro del mecanismo de Compensación de Costos Operativos del PR-33. Si no se encontrasen sujetos a compensación, tal como alega la Demandada, el efecto sería que Kallpa GSA habría tenido que operar a pérdida, lo cual es incompatible con la política de incentivación de la provisión del Servicio de RSF subyacente a la reforma.

589. De ello se desprende que el cálculo de daños de Compass Lexecon es incorrecto, en la medida en que se basa en la no aplicabilidad del PR-33 para el despacho fuera del Orden de Mérito del Proveedor de Base Firme<sup>735</sup>.

**ii. Presunta capacidad de Kallpa para operar con dos turbinas de gas**

590. El Tribunal procederá ahora a analizar la segunda crítica de la Demandada al cálculo de daños de BRG, que se centra en la presunta capacidad de Kallpa GSA para cumplir con la reserva de RSF comprometida a través de Kallpa con dos, en lugar de tres, turbinas de gas y su impacto en el Modelo de Despacho de SIDEC desde septiembre de 2016 hasta noviembre de 2017 (y, por lo menos, desde septiembre de 2016 hasta noviembre de 2016, tal como reconociera BRG). En opinión de la Demandada, ello tornaría poco confiable al Modelo de Despacho de SIDEC, y por lo tanto a los cálculos de daños de BRG, ya que el Modelo asume que Kallpa sólo podría operar con tres turbinas de gas durante ese plazo<sup>736</sup>.

591. Dejando a un lado por el momento la admisión de las Demandantes según la cual Kallpa GSA podría haber provisto la reserva de RSF mediante la operación de Kallpa con dos turbinas de gas desde septiembre de 2016 hasta noviembre de ese año, el Tribunal determina que la Demandada no presentó pruebas suficientes en respaldo de su postura según la cual Kallpa GSA podría haber hecho lo mismo con posterioridad al mes de noviembre de 2016. Ello es así porque los cálculos de Compass Lexecon se basan en el supuesto erróneo de que Kallpa podría proveer

---

*Generadores Integrantes que utilizan o que utilizarán gas natural es la siguiente: 2.1. Precio Único del gas expresado en dólares de los Estados Unidos de América por Giga Joule (US\$/GJ), correspondiente al poder calorífico inferior. Deberá desagregarse los siguientes componentes: suministro, transporte y distribución, según corresponda”.; Decreto Supremo No. 016-2000-EM (C-77, Artículo 5, pág. 3: “Tratándose de centrales termoeléctricas que utilicen gas natural como combustible [...] ni el precio único declarado por cada generador, ni el que resulte de la aplicación de las fórmulas de reajuste, podrá ser superior al precio que se obtenga de la suma del costo de suministro, transporte y distribución de gas natural efectivamente pagado en las transacciones entre el generador y sus proveedores”.*

<sup>735</sup> RER-CLEX II, ¶ 3.52; Tr. Día 7, 1436:1-1438:9.

<sup>736</sup> Véase *supra*, ¶ 554.

hasta 220 MW de la reserva comprometida con dos turbinas de gas, siempre que - tal como admitiera la propia Demandada - hubiera sido autorizada por el COES a proveer sólo 200 MW de reserva en esa configuración. El argumento de la Demandada según el cual el COES fijó ese límite a pedido de Kallpa GSA es evidentemente irrelevante<sup>737</sup>, en virtud de que, en cualquier caso, Kallpa GSA estaba obligada a cumplir con ese límite<sup>738</sup>, y de que, en cualquier caso, su solicitud estaba motivada por consideraciones de índole técnico (es decir, que la unidad “*demora en disminuir su generación por la acumulación de vapor en las calderas*”) <sup>739</sup>. Los cálculos de Compass Lexecon también pasaron por alto dos limitaciones adicionales que afectan la capacidad de Kallpa para proveer 220 MW de RSF con dos turbinas de gas identificadas por el Sr. Frisancho<sup>740</sup> (cuya aplicabilidad no fue cuestionada por la Demandada ni por su perito): la banda de regulación asignada para brindar el servicio RPF y el efecto de la temperatura ambiental. En vista de las consideraciones precedentes, el Tribunal concluye que no existen pruebas de que Kallpa GSA podría haber proporcionado la reserva RSF comprometida a través de Kallpa con dos turbinas de gas con posterioridad al mes de noviembre de 2016.

592. El Tribunal no está convencido de que la admisión de las Demandantes según la cual, Kallpa GSA habría podido proveer la reserva de RSF comprometida a través de Kallpa con dos turbinas de gas desde septiembre de 2016 hasta noviembre de ese mismo año, tornaría poco confiable el Modelo de Despacho de SIDEC (en términos de precios spot) y, por reflejo, de los cálculos de daños de las Demandantes. De hecho, BRG explicó que, incluso si hubiera asumido que Kallpa podría haber operado con una configuración de dos turbinas de gas durante el período de tres meses mencionado, SIDEC habría proyectado precios spot muy similares en su Modelo. Ello es así porque una disminución en la generación de energía proyectada de Kallpa (debido a su operación con dos turbinas de gas en lugar de tres) habría llevado a SIDEC a proyectar una generación de energía mayor por parte de la unidad con los costos variables más elevados en el Orden de Mérito (sin impacto alguno en los precios spot) o la entrada en el Orden de Mérito de un generador adicional. Tal como señala BRG, es probable que el generador hubiera sido una central térmica con

---

<sup>737</sup> Véase *supra*, ¶ 554.

<sup>738</sup> Informe del COES 003-2016, 2 de septiembre de 2016 (C-140), Sección 4.

<sup>739</sup> *Id.*, Sección 3.2.

<sup>740</sup> Véase *supra*, ¶ 531.

costos variables similares a los del último de los generadores en el Orden de Mérito<sup>741</sup>. Ni la Demandada ni su perito refutaron este argumento<sup>742</sup>, que el Tribunal considera razonable. En cuanto a la afirmación de la Demandada según la cual el Sr. Torres (el Especialista en Mercado Eléctrico de SIDEC) reconoció en la Audiencia<sup>743</sup> que una modificación en la suposición de BRG de que la configuración de Kallpa habría afectado la generación del Modelo de Despacho de SIDEC<sup>744</sup>, el Tribunal observa que el Sr. Torres reconoció que cualquier impacto potencial “no debería ser significativo”<sup>745</sup> y avaló la posición de BRG sobre este punto<sup>746</sup>.

**iii. El nexo causal entre el incumplimiento de la Demandada y los daños indirectos de las Demandantes**

593. La Demandada también critica los cálculos de daños de BRG sobre la base de la falta de nexo causal alegada entre su incumplimiento y los denominados daños “indirectos” de las Demandantes (es decir, los efectos inducidos en los precios spot por la Resolución No. 141), porque las Demandantes habrían incurrido en ellos independientemente de la participación de Kallpa GSA en la Licitación.

594. El Tribunal no entiende cuál sería la pertinencia del argumento de la Demandada<sup>747</sup>. Como bien señalan las Demandantes<sup>748</sup>, lo que sería relevante a los fines de la asignación de daños es la causalidad entre los daños y la conducta ilícita<sup>749</sup>. Con

---

<sup>741</sup> Véase *supra*, ¶ 532.

<sup>742</sup> En la Audiencia, el perito de la Demandada simplemente dijo: “Pero yo creo que es importante hacer esa corrección para conocer el grado de materialidad que tendría” (Tr. Día 7, 1368:10-12).

<sup>743</sup> Tr. Día 6, pág. 1237:6-1238:9.

<sup>744</sup> Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 103.

<sup>745</sup> Tr. Día 6, pág. 1238:22-1239-2.

<sup>746</sup> El Sr. Torres explicó que “Es intuitivo porque el mercado eléctrico peruano es básicamente centrales térmicas a gas con diferentes rendimientos, con costos variables muy cercanos y la siguiente central. Si no entra una central a gas, la siguiente central que va a marginar y va a fijar precios es una diésel, que no se está dando porque hay una sola oferta. Entonces, va a saltar de un costo marginal y una central térmica equis a una central térmica y con un costo variable muy similar. Entonces, es algo intuitivo, pero lógicamente una simulación posiblemente certifique lo que le estoy diciendo” (Tr. Día 6, pág. 1218:10-22).

<sup>747</sup> Véase *supra*, ¶ 555.

<sup>748</sup> Véase *supra*, ¶ 533.

<sup>749</sup> Véanse, *inter alia*, Artículo 31 de la Comisión de Derecho Internacional, Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, con comentarios (2001) (CL-13); *Caso relativo a la*

respecto al presente caso, el estándar de compensación requiere que el Tribunal confirme la existencia de un nexo causal entre los daños alegados por las Demandantes y la reversión de las Bases de Licitación a través de la Resolución No. 141. Por el contrario, si los daños derivan o no de la participación en la Licitación de Kallpa GSA no es relevante a los fines de la asignación de daños. Es obvio que, si no hubiese sido por el Dictado de la Resolución No. 141 por parte de la Demandada, los precios spot habrían sido más altos y que, por lo tanto, las Demandantes no hubieran sufrido los denominados daños “*indirectos*” que reclaman en el presente arbitraje.

**iv. Las tasas de interés y de descuento aplicables para el cálculo de las Pérdidas Históricas y la Pérdida de Valor**

595. Tal como se observara *supra*, los cálculos de daños de las Demandantes y de BRG de USD 110,7 millones para la Reclamación basada en el Servicio de RSF es el resultado de la aplicación de: (i) una tasa de interés igual a un WACC de 5,56 % para llevar los flujos de caja perdidos antes de la Fecha de Valoración a su valor a partir de dicha fecha; y (ii) una tasa de descuento también igual a un WACC de 5,56 % para retrotraer los flujos de caja proyectados que fueran perdidos con posterioridad a la fecha de Valoración al valor que tenían a esa fecha<sup>750</sup>.
596. La Demandada coincide en que los flujos de caja que los negocios de las Demandantes supuestamente han perdido antes y después de la Fecha de Valoración deben ser actualizados y descontados sobre la base de, una tasa de interés y una tasa de descuento, respectivamente. Sin embargo, la Demandada, objeta el hecho de que las tasas aplicables sean iguales a un WACC de 5,56 % como argumentaron las Demandantes<sup>751</sup>, y sostiene que el CdD de Perú debería ser utilizado para trasladar las pérdidas históricas de los flujos de caja a la Fecha de Valoración y que el CdC de Kallpa GSA debería utilizarse para descontar las pérdidas futuras de flujos de caja a

---

*fábrica de Chorzów (Alemania/Polonia)*, CPJI, Fondo, 13 de septiembre de 1928 (CL-1), pág. 47: “El principio fundamental contenido en la noción real de acto ilícito, un principio que parece estar determinado por la práctica internacional y, en particular, por las decisiones de los tribunales arbitrales, es que el resarcimiento debe, en la medida de lo posible, eliminar todas las consecuencias del acto ilícito y restablecer la situación que muy probablemente habría existido si este acto no se hubiere perpetrado” [Traducción del Tribunal]; *Biwater c. Tanzania*, ¶ 785; *Joseph C. Lemire c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/06/18, Laudo, 28 de marzo de 2011 (CL-69), ¶ 163.

<sup>750</sup> Réplica, ¶ 507.

<sup>751</sup> Véase *supra*, Sección VII.A.3.



la Fecha de valoración<sup>752</sup>. La Demandada también sostiene que el cálculo del WACC en 5,56 % realizado por BRG es erróneo porque subestima uno de sus componentes, es decir, el CdC<sup>753</sup>.

597. En opinión del Tribunal, la tasa que refleja el riesgo asociado con los flujos de caja que deben trasladarse a ejercicios posteriores (es decir, las Pérdidas Históricas) y retrotraerse a ejercicios anteriores (es decir, la Pérdida de Valor), y por lo tanto los riesgos asumidos por la empresa que los genera (es decir, Kallpa GSA) y sus operaciones, razonablemente puede ser utilizado como la tasa de interés para trasladar las pérdidas históricas de flujos de caja de las Demandantes a ejercicios futuros y como la tasa de descuento para retrotraer a ejercicios anteriores las pérdidas futuras de flujos de caja a la Fecha de Valoración. Esa tasa es el WACC de Kallpa GSA, el cual refleja el riesgo asociado con las operaciones de Kallpa GSA en el sector eléctrico peruano y por lo tanto los flujos de caja en cuestión<sup>754</sup>.
598. En lugar de ello, la tasa de interés que según Compass Lexecon debería aplicarse a los flujos de caja históricos del negocio de las Demandantes, es decir el CdD de Perú es inapropiado, ya que no captura el riesgo inherente a dichos flujos de caja, porque simplemente refleja el riesgo de incumplimiento de la Demandada. Lo mismo es cierto respecto del CdC, que según Compass Lexecon debería ser aplicado para descontar los flujos de caja futuros, ya que refleja los riesgos asociados a los flujos de caja de los accionistas y no aquellos correspondientes al negocio subyacente, que son los que deben ser descontados en este caso.
599. Respecto de la aseveración de la Demandada de que BRG calculó indebidamente el CdC y, en consecuencia, el WACC, integrado por el CdC<sup>755</sup>, el Tribunal arriba a las siguientes conclusiones:
- El enfoque de Compass Lexecon, según el cual deben aplicarse diferentes tasas libres de riesgo a diferentes flujos de caja en función de la duración

---

<sup>752</sup> Véase *supra*, Sección VII.B.3.

<sup>753</sup> Véase *supra*, ¶ 560.

<sup>754</sup> El Tribunal no puede coincidir con el argumento de Compass Lexecon según el cual el costo de oportunidad que debe ser considerado no sería el de Kallpa GSA, puesto que Kallpa GSA no es demandante, sino una de las accionistas de la empresa, es decir, las Demandantes (RER-CLEX II, nota al pie. 246). Esto es así porque los flujos de caja que deben ser actualizados son obtenidos por Kallpa GSA y por lo tanto se encuentran sujetos a los riesgos inherentes a ella.

<sup>755</sup> Réplica, ¶ 511.

de los flujos de caja en cuestión, no resulta persuasivo, ya que la finalidad de los cálculos de daños de BRG consiste en determinar la pérdida de valor del negocio peruano de las Demandantes (es decir, Kallpa GSA), y no en evaluar flujos específicos de ingresos o costos para los que deben tenerse en cuenta riesgos específicos.

- El enfoque de BRG que calcula el coeficiente beta (que mide la exposición de un valor al riesgo general del mercado) sobre la base de datos estimados para el sector energético estadounidense correspondientes al año 2017 ajustado para tener en cuenta (i) la estructura de capital óptima en el sector energético estadounidense, y (ii) la tasa impositiva aplicable en Perú<sup>756</sup> es preferible al enfoque de Compass Lexecon que utiliza un coeficiente beta y una relación deuda/capital que corresponden al sector energético en mercados emergentes<sup>757</sup>. Ello se debe a que, tal como reconociera Compass Lexecon<sup>758</sup>, los datos de los mercados emergentes tienen limitaciones y la muestra de mercados emergentes utilizada para estimar la beta puede basarse en países muy diferentes de Perú.
- El uso de BRG de un promedio histórico de 5 años del margen del Índice de Bonos de Mercados Emergentes para calcular la prima de riesgo país<sup>759</sup> es más apropiado que el uso por parte de Compass Lexecon de la estimación del Profesor Damodaran de la prima de riesgo país de Perú en el año 2017<sup>760</sup>. Esto se debe a que los datos utilizados por Compass Lexecon no son específicos de Perú. El Tribunal también coincide con BRG en que utilizar un promedio de cinco años del margen del Índice de Bonos de Mercados Emergentes proporciona una mejor medida del riesgo general de invertir en Perú que una muestra de datos más limitada, dado que, tal como reconocen tanto BRG como Compass Lexecon<sup>761</sup>, la prima de riesgo país de Perú es volátil<sup>762</sup>.

---

<sup>756</sup> CER-BRG I, Apéndice D, Sección D.1.3; CER-BRG II, ¶ 163.

<sup>757</sup> RER-CLEX I, ¶ 9.19; RER-CLEX II, ¶ 6.43.

<sup>758</sup> RER-CLEX II, ¶ 6.45.b.i; Tabla 23.

<sup>759</sup> CER-BRG I, Apéndice D, Sección D.1.2; CER-BRG II, Apéndice B, Sección B.3.

<sup>760</sup> RER-CLEX I, ¶ 9.19; RER-CLEX II, ¶ 6.41.

<sup>761</sup> CER-BRG II, ¶ 171; RER-CLEX II, ¶ 6.42.

<sup>762</sup> CER-BRG II, ¶ 178.

600. Se desprende de lo que antecede que el Tribunal está convencido de que debe utilizarse un WACC del 5,56 % para trasladar las pérdidas históricas de flujos de caja de las Demandantes a la Fecha de Valoración y para retrotraer los flujos de caja perdidos futuros a dicha fecha.

\*\*\*

601. En conclusión, el Tribunal está convencido de que los cálculos de daños de BRG son exactos y rechaza los argumentos de la Demandada en sentido contrario. Por lo tanto, decide, sobre la base del testimonio pericial de BRG, que los daños sufridos por las Demandantes como consecuencia del dictado de la Resolución No. 141 ascienden a USD 110,7 millones.

**3. La tasa de interés aplicable a los intereses anteriores y posteriores al laudo**

602. Las Demandantes sostienen<sup>763</sup> —y la Demandada no controvierte<sup>764</sup>— que las Demandantes tendrían derecho a intereses anteriores al laudo sobre los daños si se hiciera lugar a la Reclamación basada en el Servicio de RSF. Sin embargo, mientras que BRG aplica una tasa de interés igual al WACC de Kallpa GSA del 5,56 %, Compass Lexecon calcula los intereses previos al laudo de acuerdo con el CdD de Perú.

603. El Tribunal determina que el enfoque de Compass Lexecon de recurrir al CdD de Perú para calcular los intereses anteriores al laudo es más razonable que el uso del WACC de Kallpa por parte de BRG. En efecto, si bien no existe consenso en el derecho internacional en materia de inversión respecto de la tasa de interés correspondiente a los intereses anteriores al laudo que resulta aplicable a los daños, el Tribunal considera que la tasa más apropiada para calcular los intereses anteriores al laudo es la CdD de Perú, puesto que refleja los riesgos que las Demandantes (como inversionistas y acreedoras de la Demandada) sufragaron durante el tiempo en que se vieron privadas de los USD 110,7 millones en concepto de daños y perjuicios que les adeudaba la Demandada por la violación del Tratado. En otras palabras, durante ese período, entre la Fecha de Valoración (cuando se cristalizaron los daños y perjuicios) y la fecha del Laudo, las Demandantes estuvieron expuestas únicamente al riesgo de no obtener la indemnización por daños y perjuicios a la que tienen derecho de conformidad con la Reclamación basada en el Servicio de RSF debido al

---

<sup>763</sup> Memorial, ¶ 294.

<sup>764</sup> Memorial de Contestación, ¶¶ 344-345; Dúplica, ¶ 611.

incumplimiento de Perú, riesgo que se refleja en el CdD de Perú. Por el contrario, el uso del WACC de Kallpa GSA propugnado por las Demandantes no es convincente, puesto que no refleja los riesgos que afrontaban las Demandantes por tener que esperar para obtener los flujos de caja de los que fueron privadas. Cabe destacar que el uso del costo de la deuda del Estado receptor como tasa de interés aplicable a los daños está avalado por la jurisprudencia internacional en materia de inversiones<sup>765</sup>.

604. La Demandante alega que también tiene derecho a los intereses posteriores al laudo, a la misma tasa que aquella correspondiente a los intereses anteriores al laudo, sin aportar razonamiento adicional alguno<sup>766</sup>. La Demandada tampoco se pronuncia al respecto.
605. El Tribunal observa que la práctica de los tribunales en este punto varía, pero considera que en el presente caso la aplicación de la misma tasa de interés que la correspondiente a los intereses anteriores al laudo está justificada por los mismos motivos expuestos *supra*.
606. En conclusión, el Tribunal colige que las Demandantes tienen derecho a intereses anteriores y posteriores al laudo sobre sus daños y perjuicios a una tasa igual a la CdD de Perú a la fecha de este Laudo.

## VIII. COSTOS

### A. Presentación sobre costos de las Demandantes

607. En su Declaración sobre Costos, las Demandantes solicitan que el Tribunal ordene a Perú a sufragar la totalidad de sus costos del arbitraje, que ascienden a un total de USD 12.980.045,86<sup>767</sup>, importe que se desglosa de la siguiente manera:
- (i) anticipos pagados por los honorarios y gastos del Tribunal y los cargos administrativos del CIADI por la suma de USD 625.000<sup>768</sup>;

---

<sup>765</sup> *PSEG Global Inc. y otros c. República de Turquía*, Caso CIADI No. ARB/02/5, Laudo, 19 de enero de 2007 (CL-36), ¶ 345; *Total S.A. c. República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/04/1, Laudo, 27 de noviembre de 2013 (RL-59), ¶ 256.

<sup>766</sup> Réplica, ¶ 523.

<sup>767</sup> Declaración sobre Costos de las Demandantes, ¶¶ 2, 14.

<sup>768</sup> Declaración sobre Costos de las Demandantes, ¶ 6.

- (ii) honorarios y gastos de asesoría legal externa por la suma de USD 9.415.026,50<sup>769</sup>;
- (iii) la remuneración y los gastos de uno de los testigos de hecho de las Demandantes que no tenía ninguna relación con las Demandantes, el Sr. Jaime Guerra, por la suma de USD 22.974<sup>770</sup>;
- (iv) honorarios y gastos de los peritos independientes de las Demandantes por la suma de USD 1.031.649,81<sup>771</sup>;
- (v) honorarios y gastos de los consultores que prestaron servicios a las Demandantes o las asesoraron de otro modo en relación con la controversia por la suma de USD 1.110.413,49<sup>772</sup>;
- (vi) costos en que incurrieron las Demandantes para asegurar la financiación del arbitraje por USD 703.048,39<sup>773</sup>; y

---

<sup>769</sup> Declaración sobre Costos de las Demandantes, ¶ 7. De este importe, USD 8.892.416,76 corresponden a honorarios y gastos de Freshfields Bruckhaus Deringer US LLP, USD 227.764,59 a honorarios y gastos de De Trazegnies Thorne Abogados S.A.C. y USD 294.845,15 a honorarios y gastos de Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uria S Civil De R.L.

<sup>770</sup> Declaración sobre Costos de las Demandantes, ¶ 8.

<sup>771</sup> Declaración sobre Costos de las Demandantes, ¶ 9. De este importe, USD 991.883,81 corresponden a honorarios y gastos de Berkeley Research Group y USD 39.766,00 a honorarios y gastos del Sr. Luis Espinoza.

<sup>772</sup> Declaración sobre Costos de las Demandantes, ¶ 10. Este importe se desglosa de la siguiente manera:

- USD 503.403,31 corresponden a honorarios y gastos de Compass Lexecon, que las Demandantes contrataron inicialmente como perito de daños;
- USD 91.946,07 corresponden a honorarios y gastos de SIDEC, que prestó servicios de consultoría y cuyos representantes comparecieron a la Audiencia;
- USD 41.929,01 corresponden a honorarios y gastos de Evoke Legal LLC, que prestó servicios de consultoría en relación con las presentaciones y los gráficos utilizados por las Demandantes en la Audiencia;
- USD 30.593,65 corresponden a los honorarios y gastos de FTI Consulting, Inc., que prestó apoyo tecnológico a las Demandantes durante la Audiencia;
- USD 417.201,12 corresponden a honorarios y gastos de Chaffetz Lindsey LLP, que prestó asesoramiento jurídico previo al arbitraje;
- USD 25.340,33 corresponden a honorarios y gastos de Miranda Amado Abogados, que prestó asesoramiento jurídico previo al arbitraje.

<sup>773</sup> Declaración sobre Costos de las Demandantes, ¶¶ 11-12. Este importe se desglosa de la siguiente manera:

(vii) los costos y gastos de viaje y los gastos de los testigos y representantes de las Demandantes por la suma de USD 71.933,67<sup>774</sup>.

**B. Presentación sobre costos de la Demandada**

608. La Demandada solicita que el Tribunal le otorgue los costos y honorarios en que ha incurrido en el arbitraje<sup>775</sup>, que en su Declaración de Costos se cuantifican en USD 6.612.390,11<sup>776</sup>, importe que se desglosa de la siguiente manera:

- (i) honorarios y gastos de abogados por la suma de USD 5.075.265,11<sup>777</sup>;
- (ii) honorarios y gastos de expertos y servicios de apoyo por la suma de USD 937.125<sup>778</sup>;

- 
- USD 61.099,04 corresponden a honorarios y gastos de Allen & Gledhill LLP, que prestó servicios jurídicos en relación con la financiación del arbitraje;
  - USD 18.164,25 corresponden a honorarios y gastos de Gornitzky & Co., que prestó servicios jurídicos en relación con la financiación del arbitraje;
  - USD 2.040 corresponden a honorarios y gastos de CT Corporation System, que prestó servicios de agencia por contrato en relación con la financiación del arbitraje; y
  - USD 621.745,10 por los costos de transacción y asesoramiento de Lomo Investments, es decir, el proveedor de capital de las Demandantes.

<sup>774</sup> Declaración sobre Costos de las Demandantes, ¶ 13.

<sup>775</sup> Memorial de Contestación, ¶ 347; Dúplica, ¶ 614; Escrito Posterior a la Audiencia de la Demandada, ¶ 213.

<sup>776</sup> Declaración sobre Costos de la Demandada, págs. 1-2.

<sup>777</sup> Declaración sobre Costos de la Demandada, págs. 2-4. Este importe se desglosa de la siguiente manera:

- USD 4.564.394,70 corresponden a honorarios y gastos (incluidos viajes y traducciones) de Sidley Austin LLP, Washington, D. C.;
- USD 360.563,75 corresponden a honorarios y gastos (incluidos viajes) de Stanimir A. Alexandrov PLLC;
- USD 150.306,66 corresponden a honorarios y gastos (incluidos viajes) del Estudio Navarro & Pazos.

<sup>778</sup> Declaración sobre Costos de la Demandada, págs. 5-6. Este importe se desglosa de la siguiente manera:

- USD 38.350,00 corresponden a Empresas y Negocios LF Consulting (Dr. Ricardo Leyva);
- USD 76.675,00 corresponden a Tabors Caramanis Rudkevich (Dr. Richard D. Tabors);
- USD 46.500,00 corresponden a Gesin Energia S.A.C. (Sr. César Gutiérrez);
- USD 95.600,00 corresponden a PSR Soluções e Consultoria em Energia Ltda.;
- USD 680.000,00 corresponden a Compass Lexecon/FTI (Dr. Boaz Moselle).

(iii) costos pagados al CIADI por la suma de USD 600.000<sup>779</sup>.

**C. La decisión del Tribunal**

609. Tanto las Demandantes como la Demandada solicitan que se les otorgue la totalidad de sus costos en el presente arbitraje.
610. Los costos totales de las Demandantes ascienden a USD 12.980.045,86 mientras que los costos totales de la Demandada ascienden a USD 6.612.390,11.
611. Los costos del arbitraje, con inclusión de los honorarios y gastos del Tribunal y del Asistente del Presidente, los cargos administrativos y los gastos directos del CIADI, ascienden a la cifra que figura a continuación (expresada en dólares estadounidenses):

Honorarios y gastos de los Árbitros

Luca G. Radicati Di Brozolo, Presidente	USD 277.500,00
Sr. David R. Haigh KC, Árbitro	USD 79.166,75
Sr. Eduardo Siqueiros T., Árbitro	USD 115.275,00

Honorarios y gastos del Asistente USD 119.747,56

Cargos administrativos del CIADI USD 210.000,00

Gastos directos (estimados)<sup>780</sup> USD 113.573,88

**Total** **USD 915.263,19**

612. El Artículo 10.17.7 del Tratado establece lo siguiente:

La responsabilidad entre las Partes por la asunción de los gastos derivados de su participación en el arbitraje o conciliación deberá ser establecida:

---

<sup>779</sup> Declaración sobre Costos de la Demandada, pág. 6.

<sup>780</sup> Este monto incluye gastos relacionados con reuniones, servicios estenográficos y de traducción. Se excluyen gastos relacionados con servicios de mensajería del presente Laudo (servicio de mensajería, impresión, entre otros).

(a) por la institución arbitral o de conciliación ante la cual la controversia haya sido sometida, de acuerdo con sus reglas de procedimiento arbitrales o procedimientos conciliatorios; o

(b) de acuerdo a las reglas de procedimientos arbitrales o procedimientos conciliatorios acordados por el inversionista contendiente y la Parte contendiente, cuando sea aplicable.

613. La Regla 28(2) establece lo siguiente:

Pronto después del cierre del procedimiento, cada parte someterá al Tribunal una declaración sobre los costos en que haya incurrido razonablemente o sufragado en el procedimiento y el Secretario General le presentará al Tribunal una cuenta de todas las cantidades pagadas por cada una de las partes al Centro y de todos los costos incurridos por el Centro en relación con el procedimiento. El Tribunal podrá, antes de dictar sentencia, requerir a las partes y al Secretario General que proporcionen información adicional respecto de los costos del procedimiento.

614. De conformidad con la Regla 47, el laudo contendrá *“la decisión del Tribunal sobre las costas procesales”*.

615. El Artículo 61(2) del Convenio del CIADI establece lo siguiente:

En el caso de procedimiento de arbitraje el Tribunal determinará, salvo acuerdo contrario de las partes, los gastos en que estas hubieren incurrido en el procedimiento, y decidirá la forma de pago y la manera de distribución de tales gastos, de los honorarios y gastos de los miembros del Tribunal y de los derechos devengados por la utilización del Centro. Tal fijación y distribución formarán parte del laudo.

616. Esta disposición otorga discrecionalidad al Tribunal para distribuir la totalidad de los costos del arbitraje, con inclusión de los honorarios de abogados y otros costos, entre las Partes de la manera que considere pertinente. En ejercicio de dicha discrecionalidad, los tribunales del CIADI suelen tener en cuenta el resultado del arbitraje<sup>781</sup>, la duración y complejidad del procedimiento y la conducta procesal de las partes<sup>782</sup>.

617. El Tribunal ha considerado todas las circunstancias del caso y observa en particular que (i) ambas Partes tuvieron un comportamiento irreprochable a lo largo del procedimiento, incluso durante la Audiencia, que se desarrolló con gran eficiencia,

---

<sup>781</sup> Véase *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría*, Caso CIADI No. ARB/03/16, Laudo, 2 de octubre de 2006 (CL-33), ¶ 533.

<sup>782</sup> *Continental Casualty Company c. la República Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/9, Laudo, 5 de septiembre de 2008 (CL-49), ¶ 318; *Georg Gavrilovic y Gavrilovic d.o.o. c. República de Croacia*, Caso CIADI No. ARB/12/39, Laudo, 26 de julio de 2018 (RL-15), ¶ 1317.



por lo que no hay razón para tomar en consideración su conducta a efectos de la distribución de costos; (ii) las Demandantes prevalecieron en la Reclamación basada en el Servicio de RSF; y (iii) la Demandada prevaleció en cuanto al fondo de la Reclamación basada en la Nueva Metodología, pero planteó dos excepciones jurisdiccionales que no prosperaron.

618. El Tribunal observa que el importe reclamado por las Demandantes incluye “*honorarios y desembolsos [por] asesoría legal previa al arbitraje en relación con cuestiones que fueron objeto del arbitraje*” [Traducción del Tribunal] por la suma de USD 442.541,45<sup>783</sup> y costos en que se incurrió para la obtención de respaldo financiero para el avance de las Demandas por la suma de USD 703.048,39<sup>784</sup>, por un total de USD 1.147.229,84, que, a juicio del Tribunal, no pueden ser reclamados en carácter de costos del arbitraje. Si se deduce esa suma del total reclamado por las Demandantes, sus costos del arbitraje ascienden a USD 11.832.816,02 (es decir, USD 12.980.045,86 menos USD 1.147.229,84).
619. En consecuencia, de conformidad con el principio según el cual los costos siguen al evento, las Demandantes tienen derecho a recuperar sus costos relacionados con la jurisdicción y con la Reclamación basada en el Servicio de RSF. Las Demandantes no han cuantificado los importes atribuibles a la jurisdicción y a sus Reclamaciones.
620. El Tribunal considera que la parte de los costos de las Demandantes atribuible a la jurisdicción debería ascender a **USD 700.000**. En cuanto a la cantidad restante (es decir, USD 11.132.816,02, que equivale a USD 11.832.816,02 menos USD 700.000), el Tribunal considera que la parte atribuible a la Reclamación basada en el Servicio de RSF debería ser igual al porcentaje del valor de la Reclamación basada en el Servicio de RSF (USD 110,7 millones) con respecto al valor total de las Reclamaciones (USD 195,3 millones), es decir, el 57 %, que equivale a USD 6.345.705,12 (es decir, **USD 11.132.816,02** por 57 %). En consecuencia, los costos de las Demandantes con respecto a la jurisdicción y a la Reclamación basada en el Servicio de RSF ascienden a **USD 7.045.705,12** (es decir, USD 700.000 más USD 6.345.705,12).
621. El Tribunal es consciente de la considerable disparidad entre los costos totales reclamados por las Demandantes (USD 11.832.816,02) y la cantidad reclamada por la Demandada (USD 6.612.390,11). Si bien no considera que los costos de las

---

<sup>783</sup> Declaración sobre Costos de las Demandantes, ¶ 10(e)(f).

<sup>784</sup> Declaración sobre Costos de las Demandantes, ¶ 12.

Demandantes sean irrazonables a la luz de los importes en juego y de la complejidad de las cuestiones debatidas en el arbitraje, considera que el caso distó de ser sencillo y que las defensas de Perú fueron serias. A la luz de lo anterior, el Tribunal considera que las Demandantes solo tendrían derecho a recuperar el 70 % del monto de sus costos atribuibles a la jurisdicción y a la Reclamación basada en el Servicio de RSF, es decir, **USD 4.931.993,58**.

622. A la luz de lo que antecede, en ejercicio de la facultad discrecional que le confiere el Artículo 61(2) del Convenio del CIADI, el Tribunal ordena que la Demandada sufrague sus propios costos y pague **USD 4.931.993,58** a las Demandantes en concepto de sus costos y gastos.
623. En cuanto a los costos del Tribunal y del CIADI establecidos en ¶ 611 *supra*, es decir, **USD 915.263,19**, el Tribunal ordena que la Demandada sufrague el 70 % de dichos costos, es decir, USD 640.684,23 y, por consiguiente, pague a las Demandantes USD **640.684,23**.

#### IX. DECISIONES

624. Por los motivos expuestos *supra*, el Tribunal decide lo siguiente:
- (i) **Declara** que el Tribunal es competente para conocer de la Reclamación basada en el Servicio de RSF y de la Reclamación basada en la Nueva Metodología;
  - (ii) **Declara** que la Demandada violó el Artículo 10.5 del Tratado al dictar la Resolución No. 141;
  - (iii) **Declara** que la Demandada no violó el Artículo 10.5 del Tratado al dictar la Resolución No. 164;
  - (iv) **Ordena** que la Demandada pague a las Demandantes **USD 110,7 millones** en concepto de indemnización por los daños y perjuicios causados por el dictado de la Resolución No. 141 en violación del Tratado, más intereses anteriores al laudo a una tasa igual al CdD de Perú desde la Fecha de Valoración hasta la fecha de este Laudo;
  - (v) **Ordena** que la Demandada pague a las Demandantes intereses posteriores al laudo a una tasa igual al CdD de Perú a la fecha de este Laudo desde la fecha del Laudo hasta la fecha de pago;

- (vi) **Decide** que Perú asumirá sus propios costos del arbitraje y pagará a las Demandantes **USD 4.931.993,58** en concepto de costos del arbitraje de las Demandantes y **USD 640.684,23** en concepto de costos del Tribunal y del CIADI;
- (vii) **Rechaza** todas las demás reclamaciones y defensas de las Partes.

[firmado]

---

Sr. David R. Haigh  
Árbitro

Fecha: 2 de octubre de 2023

[firmado]

---

Sr. Eduardo Siqueiros T.  
Árbitro

Fecha: 2 de octubre de 2023

[firmado]

---

Profesor Luca G. Radicati di Brozolo  
Presidente del Tribunal

Fecha: 2 de octubre de 2023