LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO ENTRE KOMATSU-MITSUI MAQUINARIAS PERÚ S.A. Y LA EMPRESA REGIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ELECTRICIDAD DEL ORIENTE S.A. (ELECTRO ORIENTE S.A.), ANTE EL TRIBUNAL ARBITRAL INTEGRADO POR EL ARBITRO MARCO ANTONIO MARTINEZ ZAMORA, PRESIDENTE DEL TRIBUNAL Y LOS ARBITROS CARLOS IREIJO MITSUTA Y NORVIL MONTAÑO ROJAS.

RESOLUCIÓN Nº 06

I. LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN.-

El presente Laudo Arbitral se expide en la ciudad de Lima a los 10 días del mes de enero del año 2011

II. LAS PARTES.-

- **Demandante:** KOMATSU-MITSUI MAQUINARIAS PERU S.A. (en adelante El Contratista).

- **Demandado:** EMPRESA REGIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ELECTRICIDAD DEL ORIENTE (ELECTRO ORIENTE S.A.) (en adelante La Entidad).

III. DEL TRIBUNAL ARBITRAL.-

- MARCO ANTONIO MARTINEZ ZAMORA – Presidente del Tribunal.
- CARLOS IREIJO MITSUTA - Arbitro
- NORVIL MONTAÑO ROJAS – Arbitro.
- FRANCISCO VALDEZ HUARCAYA, Secretario Arbitral.

IV. ANTECEDENTES DE LA CONTROVERSIA

Con fecha 05 de abril del 2010, las partes suscribieron el Contrato G-045-2010, para la Adquisición de Motor Diesel para Grupo Electrógenos Cummins de 2000 Kw para San Martin, por un monto ascendente a S/ 1'063,750.00 (UN MILLÓN SESENTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y 00/100 NUEVOS SOLES), el cual será

entregado e instalado en Jr. Malecón S/N Banda de Shilcayo – Tarapoto, en un plazo de entrega de 20 días calendario, contados a partir del día siguiente de la suscripción del contrato.

Con fecha 26 de abril del 2010, las partes suscribieron la Addenda Nº 01 al Contrato G-045-2010, mediante el cual se modifica la Cláusula Quinta del Contrato G-045-2010, con respecto al plazo de entrega y lugar de entrega e instalación, señalándose como nuevo lugar de entrega en la Av. Augusto Freyre Nº 1168 – Iquitos, con un plazo de entrega de 34 días calendario, contados a partir de la suscripción del contrato. Asimismo, La Entidad se obliga a pagar la contraprestación adicional del Contrato G-045-2010 por un monto de S/. 18,348.92 (DIECIOCHO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO Y 92/100 NUEVOS SOLES).

Con fecha 15 de junio del 2010, las partes suscribieron la Addenda Nº 02 al Contrato G-045-2010, mediante la cual se adiciona una cláusula al Contrato G-045-2010, con respecto a una contraprestación adicional, por un monto de S/. 251,800.00 (DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS Y 00/100 NUEVOS SOLES).

2. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

La Cláusula Décimo Quinta – Abritraje – del Contrato estipuló que todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del contrato, incluidos los que se refieren a su nulidad o invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho.

V. TRAMITACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL

V.1. DESIGNACION DE ARBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

Al haberse suscitado una controversia entre las partes, KOMATSU-MITSUI MAQUINARIAS PERU S.A., designó como árbitro al Dr. Carlos Ireijo Mitsuta, la EMPRESA REGIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ELECTRICIDAD DEL ORIENTE (ELECTRO ORIENTE S.A.) designó como árbitro al Dr. Norvil Montaño Rojas; acordando ambos designar como Tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral al Dr. MARCO ANTONIO MARTINEZ ZAMORA.

Con fecha 20 de junio del 2011, se instaló el Tribunal Arbitral. En tal oportunidad, sus integrantes declararon haber sido debidamente designados de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre las partes, no tener ninguna incompatibilidad o compromiso con las partes y que se desenvolverán con imparcialidad e independencia.

V.2. AUDIENCIA DE SANEAMIENTO, CONCILIACIÓN Y DETERMINACION DE CUESTIONES CONTROVERTIDAS Y ADMISIÓN DE MEDIOS DE PRUEBAS

Mediante Resolución Nº 02 de fecha 26 de setiembre del 2011, se citó a las partes a la Audiencia de Determinación de Cuestiones Controvertidas y Admisión de Medios de Prueba, la misma que se llevó a cabo el día 25 de octubre del 2011. En la Audiencia, se hicieron presentes los representantes de KOMATSU-MITSUI MAQUINARIAS PERU S.A. y EMPRESA REGIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ELECTRICIDAD DEL ORIENTE (ELECTRO ORIENTE S.A.).

En la diligencia el Tribunal declaró la existencia de una relación jurídica procesal válida derivada del contrato y saneado el proceso. Asimismo, el Tribunal en ejercicio de sus facultades, inició el diálogo e invocó a las partes para que llegaran a un acuerdo conciliatorio, sin embargo los representantes de cada una de las partes señalaron que por el momento no es posible llegar a un acuerdo conciliatorio, quedando abierta la posibilidad de arribar a un acuerdo en cualquier etapa del proceso.

V.2.1. PUNTOS CONTROVERTIDOS

Teniendo en cuenta las pretensiones expuestas en la Demanda y su contestación, el Tribunal Arbitral estableció los Puntos Controvertidos, contando con la aprobación de las partes presentes en la diligencia, siendo los siguientes:

1. **PRIMERA CUESTION CONTROVERTIDA.-** Que, corresponde con la Primera Pretensión señalada en el numeral 1 del Petitorio de la demanda: **Determinar si corresponde o no,** declarar que la demora producida en la entrega e instalación del motor y los adicionales contemplados en el Contrato Nº G 045-2010 y sus dos (02) adendas no es responsabilidad de EL CONTRATISTA.

2. **SEGUNDA CUESTION CONTROVERTIDA.-** Que, corresponde con la Segunda Pretensión señalada en el numeral 2 del Petitorio de la demanda: **Determinar si**

corresponde o no, que LA ENTIDAD devuelva A LA CONTRATISTA la suma de S/. 105,235.00 (CIENTO CINCO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO CON 00/100 NUEVOS SOLES), cobrados por concepto de penalidad aplicada.

3. **TERCERA CUESTION CONTROVERTIDA.-** Que corresponde a la Tercera Pretensión señalada en el numeral 3 del Petitorio de la demanda: **Determinar si corresponde o no,** que LA ENTIDAD asuma las costas, costos y gastos que genere el presente arbitraje.

V.2.2. MEDIOS PROBATORIOS

De acuerdo a las normas aplicables al presente arbitraje, señaladas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, se procede a admitir los medios probatorios ofrecidos por El Contratista en su escrito de demanda presentado con fecha 04 de julio del 2011.

V.3. PRESENTACIÓN DE ALEGATOS ESCRITOS

Que, mediante Acta de Audiencia del 25 de octubre del 2011, el Tribunal Arbitral, procedió a cerrar la etapa probatoria y de conformidad con el numeral 27 de las reglas del proceso arbitral, se concedió a ambas partes el plazo de cinco (05) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos y de considerarlo conveniente a su derecho, soliciten una audiencia de informes orales.

Que, mediante escritos presentados con fecha 03 de noviembre del 2011, El Contratista y La Entidad, presentan sus alegatos escritos, y sin perjuicio de ello solicitan la programación de la Audiencia de Informes Orales.

V.4. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES.

Con fecha 13 de diciembre del 2011, se realizó la audiencia de informes orales con la asistencia de las partes, en representación de KOMATSU-MITSUI MAQUINARIAS PERU S.A., el Abogado Carlos Mariano Rivera Rojas, identificado con D.N.I. N° 09999904, con número de registro del Colegio de Abogados de Lima 35874. Asimismo, se dejó constancia de la inasistencia del representante de la EMPRESA REGIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ELECTRICIDAD DEL ORIENTE (ELECTRO ORIENTE S.A.), no obstante de estar debidamente notificado.

V.5. PLAZO PARA LAUDAR

Que, con fecha 13 de diciembre de 2011, de conformidad con el numeral 33 de las reglas del Proceso Arbitral, se fijo como plazo para laudar, en treinta (30) días hábiles.

VI. POSICIONES DE LAS PARTES

De los términos expuestos por cada una de las partes en el presente proceso arbitral en sus escritos de demanda y contestación, se tiene lo siguiente:

VI.1. LA DEMANDA

El Contratista, con su escrito de demanda de fecha 04 de julio del 2011, formuló las siguientes pretensiones:

De la Demanda

A) PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL.- Que, corresponde al numeral 1 del Petitorio de la Demanda, que la EMPRESA REGIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ELECTRICIDAD DEL ORIENTE (ELECTRO ORIENTE S.A.), reconozca o de ser el caso, que el Tribunal Arbitral declare la demora producida en la entrega e instalación del motor y los adicionales contemplados en el Contrato Nº G 045-2010 y sus dos adendas no es responsabilidad de la empresa KOMATSU-MITSUI MAQUINARIAS PERU S.A.

B) SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL.- Que, corresponde al numeral 2 del Petitorio de la Demanda, que la EMPRESA REGIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ELECTRICIDAD DEL ORIENTE (ELECTRO ORIENTE S.A.), devuelva la suma de S/. 105,235.00 (CIENTO CINCO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO Y 00/100 NUEVOS SOLES) cobrada por concepto de una penalidad indebidamente aplicada.

C) TERCERA PRETENSION PRINCIPAL: Que, corresponde al numeral 3 del Petitorio de la Demanda, que la EMPRESA REGIONAL DE SERVICIOS PÚBLICOS DE ELECTRICIDAD DEL ORIENTE (ELECTRO ORIENTE S.A.),

asuma las costas, costos y gastos que genere el presente arbitraje.

VI.2. FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES DEMANDADAS

El Contratista fundamenta sus pretensiones, en los siguientes argumentos:

Que, mediante Adjudicación de la Buena Pro correspondiente a la Licitación Pública Nº 0001-2010-EO-L, El Contratista, con fecha 05 de abril del 2010, suscribió el Contrato Nº 045-2010 con La Entidad, por la venta de un motor diesel para grupo electrógeno Cummins de 2000 kw para San Martín. El citado contrato fue por la suma de S/. 1'063,750.00 (UN MILLON SESENTA Y TRES MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y 00/100 NUEVOS SOLES). Asimismo, en el contrato se consideró que el motor sería entregado en San Martín en un plazo no mayor de veinte (20) días calendario, contados a partir del día siguiente de suscrito el contrato, es decir el plazo vencía el lunes 26 de abril del 2010.

Que, mediante adendas Nº 01 y 02 al Contrato Nº 045-2010, se amplio el plazo contractual a treinta y cuatro (34) días calendario y cuarenta y cinco (45) días calendario, teniendo como nuevas fechas de entrega el 31 de mayo del 2010 y 02 de agosto del 2010, respectivamente.

Asimismo, mediante la adenda Nº 01 al Contrato Nº 045-2010, se acordó modificar el lugar de entrega del motor, siendo ahora en la localidad de Iquitos, este cambio de localidad generó un aumento en el monto de la contraprestación por la suma de S/. 18,348.92 (DIECIOCHO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO Y 92/100 NUEVOS SOLES). Posteriormente, mediante la adenda Nº 02 al Contrato Nº 045-2010, se acordó la contratación de prestaciones adicionales hasta un monto de S/. 251,800.00 (DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS Y 00/100 NUEVOS SOLES) por el pago de los bienes adicionales requeridos.

El Contratista señala que La Entidad, no brindó las facilidades de acceso a sus instalaciones hasta después del día 09 de agosto del 2010, conforme se advierte del correo electrónico de fecha 05 de agosto del 2010 remitido por la Empresa Regional de Servicios Públicos de Electricidad del Oriente (Electro Oriente S.A.).

Es así, que la demora producida por La Entidad, generó que El Contratista cumpliera con la entrega del motor incluido la instalación recién el 22 de agosto del 2010.

Por último, La Entidad emitió la carta GAL-1101-2010, mediante la cual proceden a cobrar a El Contratista una penalidad por el monto de S/. 105,235.00 (CIENTO CINCO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO Y 00/100 NUEVOS SOLES).

VI.3. LA CONTESTACION DE LA DEMANDA

Conforme es de verse de los actuados, La Entidad contestó la demanda dentro del plazo concedido.

VI.3.1. POSICIÓN DE LA ENTIDAD FRENTE A LA DEMANDA

La Entidad, señala que la aplicación de la penalidad impuesta a El Contratista, obedece al retraso no justificado en la entrega del bien objeto del contrato, debido a que El Contratista no presentó, ni tramitó solicitud de ampliación de plazo alguna dirigida a La Entidad.

Adicionalmente, La Entidad señala que El Contratista no contradijo, ni cuestiono de forma alguna la aplicación de la penalidad una vez notificada.

Por último, señala que El Contratista debió solicitar formalmente la ampliación del plazo y sustentarla en las razones que señalase.

VII. PUNTOS CONTROVERTIDOS

Que, en audiencia de fecha 25 de octubre de 2011, el tribunal fijó los puntos controvertidos que a continuación se detallan:

1. **PRIMERA CUESTION CONTROVERTIDA.-** Que, corresponde con la Primera Pretensión señalada en el numeral 1 del Petitorio de la demanda: **Determinar si corresponde o no,** declarar que la demora producida en la entrega e instalación del motor y los adicionales contemplados en el Contrato Nº G 045-2010 y sus dos (02) adendas no es responsabilidad de EL CONTRATISTA.

2. **SEGUNDA CUESTION CONTROVERTIDA.-** Que, corresponde con la Segunda Pretensión señalada en el numeral 2 de Petitorio de la demanda: **Determinar si**

corresponde o no, que LA ENTIDAD devuelva A LA CONTRATISTA la suma de S/. 105,235.00 (CIENTO CINCO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO CON 00/100 NUEVOS SOLES), cobrados por concepto de penalidad aplicada.

3. **TERCERA CUESTION CONTROVERTIDA.-** Que corresponde a la Tercera Pretensión señalada en el numeral 3 del Petitorio de la demanda: **Determinar si corresponde o no,** que LA ENTIDAD asuma las costas, costos y gastos que genere el presente arbitraje.

VIII. MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA

En el numeral 4 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, se estableció que el Arbitraje se regirá de acuerdo a las reglas establecidas en el Acta de Instalación, y en su defecto, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante la LEY) y el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante el REGLAMENTO).

CONSIDERANDO:

I. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente: (i) que el presente proceso se constituyó de acuerdo al convenio arbitral; (ii) que en momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación; (iii) que el Contratista presentó su demanda dentro del plazo dispuesto; (iv) que la Entidad fue debidamente emplazada con la demanda, y contestó la misma dentro del plazo conferido, garantizándose plenamente su derecho de defensa; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos; y, (vi) que, este Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro del plazo acordado con las partes.

II. ANALISIS DE LAS PRETENSIONES

1. De los argumentos expuestos por cada una de las partes en los escritos de demanda, contestación a la demanda, alegatos escritos, así como a las pruebas aportadas en el

presente arbitraje y puestas a consideración de esta jurisdicción, corresponde en este estado al Tribunal Arbitral analizar cada uno de los puntos controvertidos.

2. En esta línea, los puntos controvertidos en este arbitraje, son materia de los medios probatorios actuados, así como de las manifestaciones y escritos presentados en el proceso arbitral, correspondiendo al Tribunal Arbitral su evaluación, con el objeto de determinar si la demora producida en la entrega e instalación del motor y los adicionales contemplados en el Contrato Nº G 045-2010 y sus dos (2) adendas, es o no responsabilidad del Contratista; así como determinar si como consecuencia de ello, corresponde o no que la Entidad devuelva al contratista la suma de S/. 105,235.00 (Ciento cinco mil doscientos treinta y cinco y 00/100 nuevos soles) cobrados por concepto de penalidad.

3. Al respecto, el análisis que se efectúe no debe soslayar que estamos ante un contrato suscrito en el marco del régimen de contratación pública y sujeto a sus reglas privativas, siendo pertinente traer a colación lo expresado por el Tribunal Constitucional en el acápite 12 de los Fundamentos de la sentencia recaída en el Expediente Nº 020-2003-AI/TC[1], que al referirse al objeto del artículo 76º de la Constitución Política, relativo a la constitucionalidad de dicho régimen, sostiene que:

> *"La función constitucional de esta disposición es determinar y, a su vez, garantizar que las contrataciones estatales se efectúen necesariamente mediante un procedimiento peculiar que asegure que los bienes, servicios u obras se obtengan de manera oportuna, con la mejor oferta económica y técnica, y respetando principios tales como la transparencia en las operaciones, la imparcialidad, la libre competencia y el trato justo e igualitario a los potenciales proveedores. En conclusión, su objeto es lograr el mayor grado de eficiencia en las adquisiciones o enajenaciones efectuadas por el Estado, sustentado en el activo rol de principios antes señalados (…)" (El subrayado es nuestro).*

4. De este modo, el nivel de exigencias formales y sustanciales contempladas en el contrato, así como la interpretación adoptada, no pueden ser vistas de modo aislado, sino conforme a los objetivos descritos en los párrafos anteriores, teniéndose en cuenta las disposiciones aplicables al régimen de contratación estatal y, conforme a ello, de los principios y reglas que la sostienen, dentro de las cuales debe tenerse en cuenta el necesario equilibrio entre las partes que intervienen.

---

[1] Colegio Químico Farmacéutico Departamental de Lima contra la Tercera Disposición Final de la Ley Nº 27635 en cuanto establece la adquisición de medicamentos destinados a establecimientos hospitalarios del Ministerio de Salud, ESSALUD y las Sociedades de Beneficencia Pública mediante el mecanismo de la Bolsa de Productos.

5. Así, el análisis de los hechos implica necesariamente una actividad interpretativa, entendida por la acción y el efecto de explicar o de declarar el sentido de una cosa, principalmente el de un contrato dudoso, ambiguo o contradictorio. Por ello, el Tribunal Arbitral al realizar su labor interpretativa tendrá en consideración, las pautas señaladas por Scognamiglio, en el sentido que:

> *"La interpretación debe orientarse a determinar el significado más correcto del negocio, en consideración a su función y a su eficacia como acto de autorregulación de los intereses particulares. Así las cosas, es obvio que la interpretación debe guiarse directamente al contenido del acto dispositivo que debe ser destacado en su significación completa, dentro de una valoración amplia, pero también equilibrada de los puntos de vista e intereses opuestos."* [2]

6. En esa línea, debe tenerse en cuenta como principios interpretativos, los de conservación del contrato, búsqueda de la voluntad real de las partes y Buena Fe.

7. Por el primero de los principios nombrados, cuando una cláusula del contrato es susceptible de interpretarse en dos sentidos deberá entenderse en aquél que puede producir algún efecto y no en el que no genere ninguno. Tal como señala Díez Picazo:

> *"(...) debe dirigirse a que el contrato o cláusula discutida sea eficaz. Entre una significación que conduce a privar al contrato o a la cláusula de efectos y otra que le permite producirlos, debe optarse por esta última"*[3].

Esto se corrobora en la propia legislación de contratación estatal, que establece a la resolución de contrato como la última medida a ser adoptada, prefiriendo de modo claro la persistencia de la relación contractual, en tanto esta sea posible.

8. Por el segundo, es decir el de la búsqueda de la voluntad real de la partes, que es a su vez la posición asumida por el Código Civil Peruano en tanto establece en el último párrafo del artículo 1361° del Código Civil como presunción "*iuris tantum*" que "la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla". Ello quiere decir que el análisis de todos y cada uno de los documentos del Contrato deberá hacerse de manera integral

---

2 **SCOGNAMIGLIO**, Renato. **Teoría General del Contrato**. Traducción de **HINESTROSA**, Fernando. Universidad Externado de Colombia. Medellín. 1983. Pág. 236.

3 **DIEZ-PICAZO**, Luis. **Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial**. Volumen I. Editorial Civitas. Madrid, 1993. Pág. 396.

y completa teniendo en cuenta la "voluntad común", a la que en la Exposición de Motivos del Código Civil se la define como:

> *"(...) los fines idénticos buscados por los contratantes y que se expresan en la declaración que formulan al celebrar el contrato. No se trata, por consiguiente, del objetivo que busca cada contratante por sí mismo; y hay que presumir que lo que aparece en la relación contractual responde a esa intención, considerada de un modo integral y referida al contrato como un todo"*[4].

Ello se condice con el principio de Verdad Material, contemplado en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley Nº 27444.

9. Finalmente, en cuanto a la Buena Fe, esta no es otra cosa que la aplicación de las ideas de confianza y auto responsabilidad en la interpretación. Así tenemos que:

> *"(...) si una de las partes, con su expresión o su declaración, suscitó en la otra una confianza en el sentido objetivamente atribuible a dicha declaración, esta parte no puede impugnar este sentido y pretender que el contrato tiene otro diverso"*[5].

10. Siendo así, debe tenerse en cuenta que la norma aplicable al presente caso, es la Ley de Contrataciones del Estado aprobado mediante Decreto Legislativo Nº 1017, así como su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 184-2008-EF y sus normas modificatorias y complementarias.

11. Habiendo hecho la introducción ya señalada y habiéndose establecido la posición de las partes, cabe analizar cada uno de los puntos controvertidos, los mismos que fueron fijados en el Acta de Puntos Controvertidos de fecha 05 de agosto de 2011, habiéndose definido de este modo el mandato definitivo sobre los puntos que deberá pronunciarse este Tribunal Arbitral, los mismos que han sido expresamente aceptados por las partes en el citado documento y en el presente proceso arbitral.

En cuanto a la naturaleza del contrato

12. En la relación contractual existen un conjunto de obligaciones que rigen tanto para la parte privada o contratista, como también para la parte estatal. Manuel de la Puente y

---

4 **ARIAS SCHREIBER PEZET**, Max. **Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios**. Tomo VI. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil. Compiladora Delia Revoredo de Debakey. Lima. 1985. Pág. 25.

5 **DIEZ-PICAZO**, Luis. Op. Cit. Volumen I. Pág. 398.

Lavalle[6] expresa sobre el particular que la obligatoriedad del contrato es la fuerza que obliga a tal cumplimiento, siendo que, el contrato como categoría general es obligatorio sea un contrato de derecho privado o público, pues en ambos casos ocurre exactamente lo mismo: *"un acuerdo de declaraciones de voluntad para crear, regular, modificar o extinguir entre las partes una relación obligacional de carácter patrimonial. Asimismo, en uno y otro Derechos (público y privado) el contrato es obligatorio en cuanto se haya expresado en él".*

13. Como parte de las obligaciones de las partes, se cuenta por un lado la de realizar los trabajos contratados y, por el otro, la de abonar de modo oportuno la contraprestación correspondiente, todo ello sin perjuicio de la ocurrencia, en el transcurso de su ejecución de hechos que motiven una alteración de las condiciones inicialmente pactadas, los que vienen a constituir supuestos que pueden dar motivo a la aprobación de deductivos, adicionales, resoluciones parciales o totales y, en general, brindar las condiciones necesarias para alcanzar el fin contractual deseado.

14. Por otro lado, la celebración de contratos presupone la existencia de un equilibrio entre los intereses de las partes. Así, el equilibrio contractual puede, incluso, establecer prestaciones dispares entre sí, pero dicha disparidad tiene por objeto, precisamente, alcanzar el propósito de las partes. No obstante, para estos efectos, atendiendo que ésta implica la asunción de obligaciones dinerarias, se asumirá que el equilibrio que buscan las partes para cumplir con sus propósitos, de modo tal que la exigencia de una de las partes respecto de la otra, no puede devenir en excesiva, desproporcionada y, menos aún, en elemento de frustración del objeto del propio contrato.

15. Asimismo, debe tenerse en cuenta que estamos ante un contrato con prestaciones recíprocas, que no es sino aquel en el que las partes que lo celebran son deudoras y acreedoras la una de la otra, con independencia de la cantidad de prestaciones a las que cada una de ellas se obliga frente a la otra, es decir, son aquellos en los que los beneficios o ventajas que las partes pretenden lograr a través de la celebración y ejecución del contrato son recíprocos. Sobre el particular De la Puente y Lavalle[7] señala que:

---

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

7 DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. **Estudios del contrato privado.** Cultural Cuzco S.A. editores, Lima 1983. Tomo I. Pág. 477.

> *"Basta que los contratantes acuerden, mediante el consentimiento, que existen obligaciones vinculadas entre sí por ese mismo consentimiento, para que en virtud de la fuerza obligatoria que la ley concede al contrato, la obligación de un contratante sea correlativa a la obligación del otro y corran paralelas durante toda la vida del contrato, de tal manera que si una de ellas deja de cumplirse se pierde ese paralelismo, o al menos hay peligro de que se pierda, por lo cual el remedio es el dejar la otra parte de estar obligada por su obligación correlativa, con lo cual se recupera el equilibrio perdido".*

16. En estos contratos se genera un nexo especial que la doctrina denomina "correspondencia o reciprocidad" y que consiste en la interdependencia entre las partes, por lo que en tal sentido cada una no está obligada por sus propias prestaciones sino porque la otra parte, debe otras prestaciones. En conclusión, la o las prestaciones a cargo de una de las partes constituyen el presupuesto indeclinable de la o las prestaciones de la otra.

17. La reciprocidad, encuentra su fundamento en una correlación de prestaciones, como señalan Luis Diez-Picazo y Antonio Gullón[8], "Los deberes de prestación se encuentran entre sí ligados por un nexo de interdependencia, puesto que cada parte acepta el sacrificio que para ella supone realizar la prestación que le incumbe, con la finalidad de lograr como resultado la prestación que la otra parte debe realizar.", esta es pues la característica que tipifica a los contratos con prestaciones recíprocas, como el contrato que nos ocupa.

18. Al respecto, resulta válida la descripción efectuada por Hedemann de lo que significa para cada una de las partes contratantes su posición jurídica, y que ha sido expresada en la siguiente frase: "*yo estoy obligado frente a ti, al igual que tú lo estás frente a mí, no con carácter retorsivo, sino como una manifestación de un acuerdo integral*"[9].

19. Las prestaciones a las que se obligaron LA ENTIDAD y EL CONTRATISTA han sido descritas en el contrato celebrado, prevaleciendo de todas ellas, sin lugar a dudas, la entrega e instalación del Motor Diesel para grupo electrógeno Cummis de 2000 kw y los adicionales contemplados en el Contrato Nº G 045-2010 y sus dos (2) adendas,

---

8 DIEZ-PICAZO, Luis y GULLON, Antonio. **Sistema de Derecho Civil**. Editorial Tecnos, Madrid. Volumen II. Pág.162-163.

9 Citado por DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. Cit. Pág. 476.

así como el abono de la retribución pertinente y el cumplimiento de las condiciones necesarias para el desarrollo de los trabajos contratados, máxime si correspondía a la Entidad tener debidamente establecidas las magnitudes y calidades objeto de convocatoria, debiendo tomarse las medidas correspondientes si, por hechos no imputables al contratista, se alterasen tales las especificaciones preestablecidas.

20. Adicionalmente a las características del CONTRATO referidas en los párrafos precedentes, cabe precisar que el mismo, en todo lo no estipulado, se encuentra regulado por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo Nº 1017, y su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo Nº 184-2008-EF, ambos aplicables al presente caso, siendo las normas del Código Civil de aplicación supletoria a tenor de lo dispuesto por el artículo 142° del mismo Reglamento.

> ***"Artículo 142°.- Contenido del contrato***
> *El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato.*
> *El contrato es obligatorio para las partes y se regula por las normas de este Título. Los contratos de obras se regulan, además, por el Capítulo III de este Título. En lo no previsto en la Ley y el presente Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, sólo en ausencia de éstas, las de derecho privado".*

FUNDAMENTACIÓN

De la evaluación realizada por este Tribunal Arbitral a los documentos que forman parte del acervo documentario del presente proceso arbitral, se advierte lo siguiente:

Respecto si corresponde o no, declarar que la demora producida en la entrega e instalación del motor y los adicionales contemplados en el Contrato Nº G 045-2010 y sus dos (02) adendas no es responsabilidad de EL CONTRATISTA.

21. Antes de pasar a resolver cada uno de los puntos controvertidos fijados en el presente proceso arbitral, los mismos que contaron con el consentimiento de ambas partes del proceso, este Tribunal Arbitral considera importante precisar y reiterar que el objeto del presente arbitraje es determinar si el retraso incurrido por el contratista, entre el 02 de agosto de 2010 al 22 de agosto de 2010, fecha esta última en la cual se culminaron las prestaciones objeto del Contrato, debe ser considerado como un

retraso justificado o injustificado por parte del contratista y, consecuentemente, si corresponde o no aplicar penalidad por mora por dicho período.

22. Ello, debido a que las pretensiones del demandante, el cual dio inicio al presente arbitraje, están dirigidas únicamente a que se determine que el retraso incurrido durante la ejecución del presente contrato, ocurrido entre el 02 de agosto de 2010 al 22 de agosto de 2010, no se configura en un retraso injustificado imputable a su parte, sino más bien a la Entidad, por no haber brindado la disponibilidad debida de sus instalaciones en la ciudad de Iquitos.

23. Pues bien, estando claro lo señalado anteriormente, lo cual se condice con las pretensiones esbozadas, así como de los medios de prueba ofrecidos y actuados en el presente arbitraje, este Tribunal Arbitral debe pasar a determinar, sobre la base de los documentos que comprende el acervo documentario del presente arbitraje, si efectivamente estamos ante un retraso justificado o injustificado referente al periodo comprendido entre el 02 de agosto de 2010 al 22 de agosto de 2010, fecha esta última en la cual el contratista cumplió con todas sus prestaciones derivadas del presente contrato, incluyendo los adicionales y adendas respectivas originadas en el presenta caso.

24. Para poder resolver el primer punto controvertido fijado en el Acta de Determinación de Cuestiones Controvertidas y Admisión de Medios de Prueba de fecha 25 de octubre de 2011, este Tribunal Arbitral considera relevante realizar una síntesis de los principales hechos acontecidos durante la ejecución del presente contrato, los cuales, de la documentación aportada por cada una de las partes, vienen a ser los siguientes:

- Con fecha 05 de abril de 2010, las partes suscribieron el Contrato Nº G-045-2010 para la adquisición de Motor Diesel para Grupo Electrógeno Cummins de 2000 kw, el mismo que sería entregado en la localidad de San Martín y dentro de un plazo no mayor de veinte (20) días calendario, contados a partir del día siguiente de suscrito el contrato, vale decir, a más tardar el día lunes 26 de abril de 2010.

- Posteriormente, las partes procedieron a modificar el lugar de entrega del bien, debiéndose realizar la entrega del mismo en la Central Térmica de Iquitos, lo cual motivo que las partes suscribieran el día 26 de abril de 2010 la Adenda Nº 01 al Contrato G–045-2010, en la cual las partes acordaron ampliar el plazo contractual a 34 días calendario, contados desde la suscripción del

mismo, así como una contraprestación adicional ascendente a la suma de S/. 18,348.92 Nuevos Soles, generado esto último por dicho cambio de lugar de entrega del bien. Con lo cual, la nueva fecha de entrega del bien sería el 31 de mayo de 2010.

- Luego, mediante documento GAL-420-2010 de fecha 04 de Mayo del 2010, el departamento de Logística de Electro Oriente S.A. indicó que en atención a sus necesidades, la Gerencia General de la citada empresa estatal autoriza la suscripción de una segunda adenda al Contrato N° G 045-2010, debiendo proceder con los trámites administrativos para la adquisición de un generador y un tablero de barras de 460V que incluye interruptor automático de 3200 Amp, solicitando la disponibilidad del contratista para realizar dicha adquisición a través de un contrato adicional.

- Ante ello, mediante Carta S/N de fecha 12 de mayo de 2010, el contratista aceptó suministrar los equipos adicionales solicitados por la Entidad mediante la suscripción de una segunda adenda al Contrato G-045-2010, poniendo en consideración su oferta económica, con un plazo de entrega de 45 días y un costo adicional ascendente a la suma de S/. 251,800.00 Nuevos Soles.

- Debido a ello, y estando la Entidad conforme con la propuesta técnica y económica del contratista, ambas partes procedieron a suscribir la Adenda Nº 02 con fecha 15 de junio de 2010, en la cual la Entidad se obliga a pagar la contraprestación adicional del Contrato G–045-2010, hasta por un monto de S/. 251,800.00 Nuevos Soles, y el contratista a brindar el bien conforme a lo ofrecido.

- Con lo cual, el plazo para la entrega del motor incluida su puesta en servicio con los bienes adicionales requeridos, había sido modificado hasta en 45 días, contados desde el día siguiente de la suscripción de la Adenda Nº 02. Por lo tanto, el plazo de entrega se prolongaba hasta el 02 de agosto de 2010, fecha en la cual el contratista debía cumplir sus prestaciones derivadas del presente contrato, así como lo acordado en las Adendas suscritas respectivamente.

Cabe señalar, que ninguna de las partes ha cuestionado lo acordado mediante las Adendas Nº 01 y 02, ni muchos menos sus efectos, las cuales motivaron que el plazo de entrega se extendiera hasta el 02 de agosto de 2010, ya que

ambas partes, de los documentos presentados en el presente arbitraje, así lo han consentido y ratificado.

- Finalmente, con fecha 22 de agosto de 2010, el contratista procedió a cumplir con la entrega del motor incluida su instalación, así como con los bienes adicionales, hecho que ha sido debidamente corroborado por la propia Entidad a lo largo del presente arbitraje.

25. Así, corresponde a este Tribunal Arbitral determinar, sobre lo expuesto en los acápites anteriores, si el lapso de tiempo transcurrido entre el 02 de agosto de 2010 al 22 de agosto de 2010, fecha esta última en que el contratista dio por culminada sus obligaciones contractuales, deviene en un retraso justificado o injustificado, pasible de penalidad por mora imputable al Contratista.

26. De los argumentos y medios de prueba presentados en el presente proceso arbitral, este Tribunal Arbitral ha podido apreciar que al 02 de agosto de 2010, fecha en la cual debía el contratista cumplir con la entrega de los bienes e instalación correspondiente, esta no se había cumplido, debido a una falta de acceso o disponibilidad a las instalaciones de la Entidad ubicadas en Iquitos (Central Térmica), lugar donde debían entregarse los bienes e instalarse los mismos, conforme lo acordado mediante Adenda Nº 01 y 02.

27. Justamente, de los medios de prueba presentados por la parte demandante, se observa la existencia de una Carta s/n de fecha 03 de agosto de 2010 emitida por el Contratista, en la cual se manifiesta lo siguiente:

> *"Estamos esperando pacientemente que nos confirmen la fecha para dar inicio a los trabajos de montaje y puesta en operación del motor y del generador, para cumplir con los alcances de nuestra propuesta, y que aún no se ha podido realizar debido a que está pendiente que su empresa nos confirme lo siguiente:*
> - *Disponibilidad en las instalaciones de Electro Oriente del transformador de 480 V a 10 KV, sin lo cual no se podrá realizar la puesta en operación.*
> - *Disponibilidad de los cables de Baja Tensión y alta tensión para el conexionado del generador con el tablero, el tablero con el transformador y el transformador con las celdas.*
> - *Disponibilidad de espacios para la ubicación del Tablero, motor y del Generador.*
> - *Disponibilidad de las canaletas o Racks, los cables, así como el tendido de los mismos.*
> - *Disponibilidad de Andamios y escaleras adecuadas para la realización de los trabajos.*

Según lo expuesto, y quedando claro que los motivos por los cuales se viene retrasando la culminación del contrato y sus Adendas respectivas, son totalmente ajenos a nuestra empresa, solicitamos que nos confirmen la fecha para dar inicio con los trabajos de montaje."

28. Respecto al documento mencionado en el acápite anterior, la Entidad no ha formulado tacha u observación contra el mismo, o bajo cualquier otra forma cuestionar su validez o contenido, hecho que abunda a favor de la veracidad de la situación cuestionarlo y, de este modo, constituye el primer rasgo sintomático respecto de la veracidad de la información que en él se manifiesta.

El segundo rasgo sintomático que debe ser tenido en cuenta, está constituido por el correo electrónico de fecha 05 de agosto de 2010, enviado por Electro Oriente al Contratista que, corroborando lo expuesto en la Carta s/n de fecha 03 de agosto de 2010 de KOMATSU, señala lo siguiente:

"Pueden empezar sus trabajos en el grupo Cummins de 2 Mw, a partir de este Lunes 09.08.10, coordinar con el Ing. Walter Chávez lo faltante o pendiente; asimismo confirmar cuando estarán en Nauta para hacer la verificación y puesta en servicio del grupo de 500 Kw."

29. Siendo así, de ambos elementos probatorios, este Tribunal Arbitral puede apreciar que, al 02 de agosto de 2010, fecha en la cual inicialmente el contratista debía realizar la entrega del motor y culminar su puesta en servicio en los términos establecidos en el contrato y en las Adendas Nº 01 y 02, no pudo ser llevado a cabo en su oportunidad, debido a que recién a partir del 09 de agosto de 2010, la Entidad procedió a dar la disponibilidad debida para que el contratista procediera a realizar los trabajos correspondientes, tal como se puede apreciar del ya señalado correo electrónico de fecha 05 de agosto de 2010, enviado por Electro Oriente a KOMATSU.

Cabe señalar, que este medio de prueba tampoco ha sido cuestionado por parte de la Entidad, lo cual demuestra la veracidad del mismo en cuanto a su existencia y contenido del mismo.

En ese sentido, al ser ambos documentos (la carta y el correo) medios probatorios válidos, que no han sido cuestionados, tachados u observados, es claro que deben ser tenidos en cuenta, al tratarse de elementos que acreditan el intercambio de posiciones entre las partes, así como involucran un conjunto de pasos en la relación contractual, que resultan tanto más importantes teniendo en cuenta las diversas variaciones establecidas en el contrato a iniciativa de Electro Oriente, máxime si los

mismos involucraron un cambio de ubicación geográfica sustancial respecto de su ubicación (Ciudad de Tarapoto versus Ciudad de Iquitos). Al respecto, tal como ya hemos señalado en la parte introductoria, los elementos probatorios tienen como función generar una convicción suficiente respecto de los dichos de las partes en un sentido o en otro y, por tanto, se convierten en elementos sustanciales en el análisis a efectuar.

Es más, tales medios probatorios resultan plenamente válidos y aceptados por ambas partes, teniéndose en cuenta que Electro Oriente al contestar la demanda expresamente señaló que: *"Por un asunto de economía procesal, ofrecemos como medios probatorios el mérito de los documentos ofrecidos y anexados por el Contratista en su escrito de demanda arbitral".*

De ambos medios probatorios indicados, se aprecia que Electro Oriente autoriza el inicio de los trabajo a partir de una fecha (09.08.2010), la que es posterior al vencimiento del plazo del contrato (02.08.2010).

30. Al respecto, de conformidad a lo señalado por ARIANO DEHO:

> *"En buena medida el derecho a la prueba constituye un elemento esencial de un sistema que asegure al justiciable la posibilidad de <u>obtener</u> del Estado una <u>auténtica tutela de sus posiciones jurídicas,</u> ese obtener por el proceso y en el proceso todo aquello y precisamente aquello que tiene derecho a conseguir".*[10]
>
> (El subrayado es nuestro)

Agrega dicha autora, que: "*El derecho de la prueba implica el derecho a que se admita un determinado medio probatorio pertinente dirigido a demostrar la afirmación de un determinado hecho pertinente*"[11], es decir que sea relevante para quien juzga el caso, a fin de generarle convicción respecto de lo que se pretende acreditar.

Por su parte, RODRIGUEZ MONTEZA refiere que "El ofrecimiento y la actuación de un medio y prueba se realiza con la finalidad de producir certeza de lo afirmado, y concluir (conducente) a una convicción de ello"[12].

---

[10] ARIANO DEHO, Eugenia. *El Derecho de la prueba y el Código Procesal Civil*. En: Problemas del Código Civil. Lima, 2003, pp 178.

[11] Op. Cit pag. 182

[12] RODRÍGUEZ MONTEZA, Víctor. "Los principios de la prueba y su consideración en la actividad jurisdiccional". En: Revista jurídica del Perú. N° 86, Lima, 2008, p 366.

31. Siendo ello así, debemos señalar que el retraso incurrido por el contratista, a partir del 03 de agosto de 2010 hasta el 22 de agosto de 2010, fecha esta última en la cual se cumplieron todas las prestaciones derivadas del presente contrato y sus Adendas respectivas, se configura como un retraso justificado por parte del contratista, dado que la falta de disponibilidad o acceso a las instalaciones de la Central Térmica de Iquitos es imputable única y exclusivamente a Electro Oriente, el cual tenía la obligación de brindar las condiciones necesarias para alcanzar el objetivo del presente contrato y de sus adendas respectivas.

32. Por lo tanto, en este extremo, corresponde señalar que el retraso incurrido producido entre el 03 de agosto de 2010 al 22 de agosto de 2010, se configura como un retraso justificado por causa no imputable al Contratista, al no brindar la Entidad la disponibilidad o acceso debido a las instalaciones de la Central Térmica de Iquitos, lugar donde debían entregarse e instalar los bienes objeto del presente contrato.

33. En tal sentido, sobre la base de los argumentos y medios probatorios ofrecidos por cada una de las partes en el presente arbitraje, corresponde declarar fundada la primera pretensión señalada en el numeral 1 del petitorio de la demanda, por cuanto el retraso incurrido por el contratista, entre el 03 de agosto de 2010 al 22 de agosto de 2010, se configura como un retraso justificado por causa imputable única y exclusivamente a la Entidad.

Respecto si corresponde o no, que LA ENTIDAD devuelva A LA CONTRATISTA la suma de S/. 105,235.00 (CIENTO CINCO MIL DOSCIENTOS TREINTA Y CINCO CON 00/100 NUEVOS SOLES), cobrados por concepto de penalidad aplicada

34. Respecto a este punto, la Entidad ha señalado a lo largo del presente proceso arbitral, que el plazo para la entrega del bien vencía el día 02 de agosto de 2010. Sin embargo, está probado que la contratista cumplió con el suministro del bien recién el día 22 de agosto de 2010.

35. En tal sentido, señala que ante dicha prestación extemporánea, procedió mediante Carta GAL-1104-2010 de fecha 30 de noviembre de 2010, a comunicarle al demandante que, a consecuencia de su retraso en sus obligaciones contractuales, procedía aplicar de manera automática una penalidad pecuniaria, ascendente al monto de S/. 105,235.00 Nuevos Soles, respecto de la cual, y a lo largo de la

presente litis, la demandante no ha aportado evidencia alguna de la que pueda inferirse causa para cuestionar su validez jurídica.

36. Por otra parte, la demandante ha señalado que, como se ha podido advertir de su demanda y de las pruebas adjuntas a la misma, dicho retraso incurrido no ha sido injustificado, sino más bien se trató de una demora producida por la propia demandada que no brindó las facilidades para ingresar a sus instalaciones (Central Térmica de Iquitos), y que en el colmo de males, optó por aplicar una penalidad, pese a que conocían perfectamente su responsabilidad.

37. Siendo ello los argumentos expuestos por cada una de las partes del presente arbitraje, y habiéndose determinado durante el desarrollo del presente laudo arbitral, que el retraso incurrido por el contratista, entre el 03 de agosto de 2010 al 22 de agosto de 2010, viene a ser un retraso justificado, debido a la falta de disponibilidad o acceso a las instalaciones de la Central Térmica de Iquitos, por causa imputable única y exclusivamente a la Entidad, debemos señalar que no cabe aplicación de penalidad alguna por parte de esta última, conforme lo establecido en el primer párrafo del artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual establece lo siguiente:

> *"**Artículo 165º.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación***
> *En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta."*
>
> (El subrayado es nuestro)

38. No toda demora genera mora, siendo claro que según la norma citada se exige la concurrencia de dos requisitos necesarios para la aplicación de la penalidad por mora: i) Que exista el retraso en el plazo del contrato; ii) Que, adicionalmente, dicho retraso sea un retraso injustificado, entendido injustificado como imputable al Contratista.

39. La conjunción de ambos requisitos guarda coherencia y razonabilidad con el instituto de la *penalidad por mora*, que en esencia busca desalentar conductas del Contratista que motiven una dilación del contrato, más allá del límite expresamente contemplado en el contrato o en sus sucesivas ampliaciones de plazo.

40. De ello, queda claro que no se puede penalizar a un proveedor por retrasos inexistentes o, por retrasos que aún siendo ciertos y verificables, no le sean imputables, sino que obedezcan a hechos de la propia Entidad o de terceros. De lo contrario, se perdería el elemento constitutivo que define la naturaleza de tal consecuencia pecuniaria, que no es otra que sancionar un atraso que el Contratista estuvo en aptitud de evitar, bajo su propia esfera de dominio.

41. Cabe precisar que no debe confundirse entre la ampliación de la plazo de ejecución de la obra y la extensión del plazo de ejecución de la obra con retraso justificado.

    En efecto, si la Entidad concede una ampliación de plazo, entonces el plazo inicial del contrato se extiende en el mismo número de días conferido, siendo que en dicho intervalo no podrá hablarse de retraso contractual alguno, por lo que no se dan ninguno de los dos elementos necesarios para analizar la pertinencia de aplicar o no una penalidad por mora.

    Si por el contrario, se ha podido verificar que existe un atraso, tenemos un primer elemento constitutivo de la penalidad por mora, resultando pendiente analizar si se configura el segundo elemento: La imputabilidad de tal atraso al Contratista o, lo que es lo mismo, si dicho atraso es injustificado, con lo que queda claro que si dicho atraso no le es imputable al Contratista no será pertinente aplicársele penalidad por dicho concepto.

42. Tal como hemos dicho, no se debe confundir la figura de la ampliación de plazo de la figura del atraso justificado. En la primera, no existe atraso alguno sino una extensión del plazo contractual original con el consiguiente reconocimiento de gastos generales; en el segundo escenario tal atraso existe y no generarán gasto general alguno a favor del Contratista y así como no existe imputabilidad de tal dilación, tampoco se le podrá imponer penalidad por mora por ese concepto. .

43. En conclusión, el citado artículo 165° del vigente Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece de manera clara y precisa que sólo se podrá aplicar penalidad por mora en caso exista un retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, caso contrario, de existir un retraso justificado, no resultará aplicable la penalidad por mora.

44. En el caso que nos ocupa. Ha quedado acreditado en el presente caso, que el mayor tiempo transcurrido entre el 03 de agosto de 2010 y el 22 de agosto de 2010, se debió

única y exclusivamente a la demora por parte de la Entidad en brindar la disponibilidad o acceso debido a las instalación de la Central Térmica de Iquitos en su momento oportuno, disponibilidad con la no se contó sino hasta el 09 de agosto de 2010, tal como se aprecia del ya mencionado correo electrónico de fecha 05 de agosto de 2010 enviado por Electro Oriente al contratista.

45. Por lo tanto, en el presente caso existe un retraso justificado en la ejecución del Contrato Nº 045-2010, siéndole de aplicación la penalidad por mora en la ejecución de las prestaciones a cargo de la actual parte demandante. Consecuentemente, resulta fundada la segunda pretensión de la demanda, debiéndose ordenar a la Entidad la devolución a favor del Contratista de la suma de S/. 105,235.00 Nuevos Soles, cobrados por concepto de penalidad.

Respecto si corresponde o no, que LA ENTIDAD asuma las costas, costos y gastos que genere el presente arbitraje

46. Por su parte, atendiendo a que no existe pacto de las partes sobre las costas y costos y considerando el resultado de este arbitraje en el que, en puridad, no puede afirmarse que existe una "parte perdedora", ya que en apreciación del Tribunal Arbitral ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, y que, además, el Tribunal Arbitral considera el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que le correspondían; esto es, sus propios costos y costas de defensa y representación, atendiendo cada una de ellas en un 50% los honorarios arbitrales y de la Secretaría Arbitral.

Por los fundamentos expuestos, de acuerdo con lo establecido por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Legislativo Nº 1017, su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo Nº 184-2008-EF, y la Ley General de Arbitraje, el Tribunal Arbitral resuelve lo siguiente y en **Derecho;**

LAUDA:

PRIMERO: Declarar FUNDADA la primera pretensión señalada en el numeral 1 del petitorio de la demanda, por cuanto el retraso incurrido por el contratista, entre el 03 de

agosto de 2010 al 22 de agosto de 2010, se configura como un retraso justificado por causa imputable única y exclusivamente a la Entidad.

SEGUNDO: Declarar FUNDADA la segunda pretensión señalada en el numeral 2 del Petitorio de la demanda, debiéndose ordenar a la Entidad la devolución a favor del Contratista de la suma de S/. 105,235.00 Nuevos Soles, cobrados por concepto de penalidad que no correspondía aplicar al presente caso, dado que el retraso justificado incurrido por el contratista, se debió a causa imputable única y exclusivamente a la propia Entidad.

TERCERO: Cada parte deberá asumir el 50% de los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral, así como los propios costos en los que haya incurrido.

CUARTO: Establecer los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral en los montos previamente cancelados.

QUINTO: Disponer que la Secretaría Arbitral proceda a remitir copia del presente laudo a Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, para los fines que corresponda.

Se expide el presente Laudo en la ciudad de Lima, a los 10 días del mes de enero de 2012.

Notifíquese a las partes.

MARCO ANTONIO MARTINEZ ZAMORA
Presidente del Tribunal

CARLOS IREIJO MITSUTA
Arbitro

FRANCISCO VALDEZ HUARCAYA
Secretario Arbitral

VOTO SINGULAR DR. NORVIL MONTAÑO ROJAS

Con el debido respeto de los Señores que han adoptado una posición en mayoría, con la que discuerdo, sin dejar de reconocer que, la estructuración del Laudo Arbitral revela un manejo holgado de los institutos que componen nuestro sistema jurídico contractual, y muy especialmente, aquellos implicados en las relaciones contractuales entres los particulares y las instituciones del Estado, a tenor de las consideraciones singularísimas sistematizadas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento; seguidamente me permito emitir mi **VOTO SINGULAR** en base a las siguientes consideraciones:

1. Como lo señala con acierto el Laudo Arbitral en mayoría, la cuestión controvertida no trata sobre la ocurrencia de retrazo en la ejecución de la prestación debida por el Contratista a la Entidad, sino que, debe determinarse si la mora – efectivamente acaecida – resulta imputable al Contratista, de suerte tal, que corresponda declarar en derecho la validez legal de multa aplicada por la Entidad mediante Carta GAL-1104-2010.

2. Es de mi parecer que la Demanda **adolece de consistencia probatoria** por cuanto, según mi propia apreciación, la Carta S/N del 03 de Agosto del 2010 remitida por el Contratista a la Entidad únicamente contiene una declaración unilateral de la probable existencia de condiciones que, según el dicho del Contratista, estarían impidiendo la ejecución oportuna de la prestación debida, por causa, que la Demandante atribuye a Electro Oriente S.A.; pero respecto de las cuales no ofrece mayores evidencias que conduzcan a un razonamiento irrefutable de retrazo por causa no imputable a la diligencia del deudor.

3. En tal sentido, la Carta S/N del 03 de Agosto del 2010 que viene a ser el eje probatorio de la pretensión de la Demanda no llega a producir certeza ni convicción y que, en todo caso, se presenta como un elemento indiciario no contundente acerca de lo pretendido por el Contratista, pero que, no resulta suficiente – según es mi criterio – para denotar en forma explícita en qué consistieron las facilidades de acceso a las instalaciones que Electro Oriente S.A. le negó al Contratista para el cumplimiento oportuno de la finalidad de la contratación.

4. La tesis de la demanda es que Electro Oriente S.A. le negó acceso a las instalaciones que, contractualmente, se entendía como el lugar de entrega de los

bienes contratados, esto según la determinación reformulada por las partes mediante **Addenda N°01 al Contrato G-045-2010**. Es decir, la Contratista debía cumplir con su obligación de suministro de bienes y demás actividades necesarias para la puesta en funcionamiento del Grupo Electrógeno, en Av. Augusto Freyre N°1168 – Iquitos. Loreto.

Así lo sostiene textualmente en su escrito de demanda (Segundo Párrafo de la página 4 del escrito de la Demanda del Contratista):

"Sin embargo la Empresa Regional de Servicios Públicos de Electricidad del Oriente S.A. ***no brindó las facilidades de acceso a sus instalaciones hasta después del día 09 de Agosto de 2010****, conforme se advierte claramente en el correo electrónico que adjuntamos al presente en calidad de prueba."* . (Énfasis y subrayado nuestro).

5. No obstante lo mencionado por la Contratista, del caudal probatorio obrante en autos **no se evidencia elemento alguno** del cual pueda siquiera colegir el Tribunal que, en efecto, personal de Electro Oriente S.A., propio o contratado, hubiera efectuado alguna acción orientada a impedir el ingreso de los representantes de Komatsu Mitsui a las instalaciones de Electro Oriente S.A. situadas en la Av. Augusto Freyre N°1168 – Iquitos. Loreto.

6. Es más, una lectura detenida del medio probatorio en que la Demandante sostiene su pretensión arbitral de exención de responsabilidad en la mora incurrida (Carta S/N del 03 de Agosto del 2010) se advierte que **no existe ninguna relación entre la imposibilidad de acceso a lugar de entrega de los bienes y el contenido de dicha carta**, puesto que, ésta última hace referencia a facilidades para los trabajos de montaje y puesta en operación del motor y del generador, pero no dice una palabra acerca de una supuesta imposibilidad o limitación para acceder a las instalaciones de Electro Oriente S.A., conforme lo refiere en su escrito de Demandan en sustento de su pretensión.

7. Pese a ello, es decir, pese a que la Demandante no acredita con prueba la limitación que sostiene haber sufrido para ingresar a las instalaciones de Electro Oriente dentro del plazo contractual ampliado por acuerdo de partes, esto es: el 02 de Agosto del 2010, mediante su escrito de demanda reconoce ante el Tribunal que sólo pudo hacerlo el 22 de dicho mes. Así lo declara expresamente:

"Atendiendo a esta demora producida por culpa de la Entidad, nuestra representada cumplió con la entrega del motor incluida su instalación con fecha 22 de agosto del 2010.". Empero, no explica en qué consistió el evento o los evento que limitaron el cumplimiento oportuno de la prestación entre el intervalo de tiempo ocurrido desde el 02 hasta el 22 de Agosto del 2010.

8. Es decir, la Demanda es infundada, por cuanto, el Contratista no ha logrado probar la efectiva ocurrencia del evento consistente en la falta de disponibilidad o acceso a las instalaciones de la Central Térmica de Iquitos. Como ya lo he dicho la demanda incurre en insuficiencia probatoria, y, si no se prueban los hechos que configuran la pretensión, la demanda deberá desestimarse.

9. De otro lado, y siguiendo el razonamiento que nos ofrece la demanda, si la mora en la prestación obecedía a causa imputable a Electro Oriente S.A., el Demandante tendría que haber tramitado la correspondiente solicitud de ampliación de plazo contractual por causa no imputable, a partir del cese de la causal, tal como ha sido previsto por el Artículo 175º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

10. De esta manera, y en la hipótesis que la Entidad hubiera aceptado como procedente una petición ampliatoria del plazo contractual por causa no imputable al Contratista, la penalidad que, a su turno impuso Electro Oriente S.A. por el retrazo evidente, habría carecido de asidero legal, lo cual, al no haber ocurrido de la forma y el modo que impone la normativa a que debe sujetarse la conducta de las partes, me mueve a considerar que la Segunda Pretensión deviene también en infundada.

11. Por lo demás, concuerdo con la decisión atinente a la distribución de los costos del presente proceso arbitral.

Lima 10 de enero del 2012

NORVIL MONTAÑO ROJAS
Arbitro

FRANCISCO VALDEZ HUARCAYA
Secretario Arbitral