Lima, 02 de diciembre de 2016

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante:
Consorcio Tecsur – Celsa
En adelante el **DEMANDANTE,** el **CONSORCIO** o el **CONTRATISTA.**

Demandado:
Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anónima – Electro Oriente S.A.
En adelante la **DEMANDADA,** la **ELECTRO ORIENTE** o la **ENTIDAD.**

Árbitro Único:
Carlos Alberto Matheus López.

Secretaria Arbitral:
Elizabeth Karem Ramos Lara.

RESOLUCIÓN N° 29
Lima, 02 de diciembre de 2016.-

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 09 de setiembre de 2014, se suscribió el Contrato N° G-198-2014[1] derivado de la Licitación Pública N° LP-011-2014-ELSE para la contratación de bienes *"Adquisición de Lámparas y Luminarias (Compra Corporativa) ítem 11"*, entre el Consorcio Tecsur - Celsa y la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anónima – Electro Oriente S.A.

1. La Cláusula Décimo Sexta del Contrato establece lo siguiente:

> ***"CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS***

[1] Ver el Medio Probatorio "1." del escrito de Demanda de fecha 21 de abril de 2016.

> *Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175° y 177° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley.*
> *Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el Artículo 214° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.*
> *El Laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia."*

Como consecuencia de las controversias relacionadas con la aplicación de penalidades impuestas por la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anónima – Electro Oriente S.A., el Consorcio Tecsur - Celsa procedió a remitir la correspondiente solicitud de arbitraje, en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada Cláusula Décimo Sexta del Contrato.

Por otro lado, en el numeral 7) del Acta de Instalación de Árbitro Único, se dispuso que, en virtud a lo establecido en el Artículo 216º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Supremo Nº 184-2008-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, el presente arbitraje será Nacional y de Derecho.

Asimismo, en el convenio arbitral se pactó que el laudo del presente proceso será vinculante para las partes, siendo definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia[2].

II. DESARROLLO DEL PROCESO

A. Actuación Preliminar del Árbitro Único

[2] Ver Clausula Décimo Sexta del Contrato, ubicado en el Medio Probatorio "1." del escrito de Demanda de fecha 21 de abril de 2016.

1. Con fecha 15 de marzo de 2016, a las 11:00 horas, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Árbitro Único en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, donde se reunieron el Dr. Carlos Alberto Matheus López, en su calidad de Árbitro Único; conjuntamente con el Dr. Héctor Martín Inga Aliaga, Profesional de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales, en representación de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, con el propósito de instalar el Tribunal Arbitral Unipersonal que se encargaría de resolver la presente controversia.

2. Mediante escrito de fecha 06 de abril de 2016, el Consorcio Tecsur – Celsa solicitó una ampliación de plazo de diez (10) días hábiles para presentar su demanda arbitral, debido a la complejidad para poder recopilar la información necesaria para la sustentación de su demanda.

3. Dicho escrito fue proveído mediante Resolución N° 03 de fecha 08 de abril de 2016, poniéndose en conocimiento de la contraparte y otorgándosele a la demandante un plazo adicional de diez (10) días hábiles computados a partir del día siguiente de vencido el término original, a fin de que cumpla con presentar su demanda arbitral; precisándose además que la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. contará con un plazo de veinticinco (25) días hábiles para presentar su contestación de demanda y reconvención (si fuere el caso), a partir de la respectiva resolución que así lo requiera.

4. Con fecha 21 de abril de 2016, el Consorcio Tecsur - Celsa presentó su escrito de demanda. Por su parte la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. mediante escritos de fechas 20 y 22 de abril de 2016, interpuso Recurso de Reconsideración contra lo resuelto en la Resolución N° 03 de fecha 08 de abril de 2016.

5. Frente a los escritos presentados por la demandada este Árbitro Único mediante Resolución N° 04 de fecha 27 de abril de 2016, emitió su respectivo pronunciamiento, teniendo por formulado el Recurso de Reconsideración planteado por la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. contra la Resolución N° 03 de fecha 08 de abril de 2016 y, estando a las reglas del arbitraje, dispuso que este

Tribunal Unipersonal resolvería dicho recurso en la citada resolución; en consecuencia, declaró improcedente por extemporáneo el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución N° 03 de fecha 08 de abril de 2016 y en tal sentido, tuvo por ratificada la referida Resolución Nº 03, en todos sus extremos.

6. Asimismo, el escrito de demanda presentado por el Consorcio Tecsur - Celsa fue proveído mediante Resolución N° 06 de fecha 27 de abril de 2016. Mediante la referida resolución, el Árbitro Único admitió a trámite el escrito de demanda arbitral presentado por el Consorcio Tecsur - Celsa con fecha 21 de abril de 2016; en consecuencia, se corrió traslado de dicho escrito a la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anónima – Electro Oriente S.A., a fin de que en el plazo de veinticinco (25) días hábiles de notificada cumpla con contestarla y, de considerarlo conveniente, formule reconvención.

7. A través de Resolución N° 07 de fecha 27 de abril de 2016, se ordenó a la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anónima – Electro Oriente S.A., que en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles de notificada cumpla con acreditar ante este Árbitro Único, lo siguiente: (i) Si ha cumplido con registrar en la página del SEACE los Nombres y Apellidos completos del Árbitro Único; y, (ii) Si ha cumplido con publicar en la página del SEACE, el Acta de Instalación del Árbitro Único de fecha 15 de marzo de 2016.

8. Vencido el plazo otorgado mediante Resolución N° 07, este Árbitro Único mediante Resolución N° 10 de fecha 23 de mayo de 2016, requirió nuevamente a la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. para que, en el plazo de cinco (5) días hábiles cumpla con acreditar ante este Tribunal Unipersonal, lo siguiente: (i) Si ha cumplido con registrar en la página del SEACE los Nombres y Apellidos completos del Árbitro Único; y, (ii) Si ha cumplido con publicar en la página del SEACE, el Acta de Instalación del Árbitro Único de fecha 15 de marzo de 2016, todo ello bajo apercibimiento, de que en caso de incumplimiento, se ponga en conocimiento de tales situaciones a la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE.

9. Ante la falta de pronunciamiento de la Entidad demandada respecto al requerimiento realizado a través de la Resolución N° 07, este Árbitro Único mediante Resolución N° 13 de fecha 03 de junio de 2016, tuvo por no cumplido

los requerimientos realizados en la referida Resolución N° 10 por parte de la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. y, en consecuencia, hizó efectivo el apercibimiento decretado.

10. Con fecha 08 de junio de 2016, y dentro del plazo concedido para ello, la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anónima – Electro Oriente S.A. contestó la demanda negándola en todos sus extremos y solicitando que la misma sea declarada infundada. Dicho escrito fue proveído y puesto en conocimiento de la contraria mediante Resolución N° 14 de fecha 10 de junio de 2016.

11. Mediante Resolución Nº 15 de fecha 10 de junio de 2016, se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día miércoles 29 de junio de 2016 a horas 10:00 a.m., a efectos de (i) Determinar las cuestiones que serán materia de pronunciamiento del Árbitro Único; (ii) Admitir o rechazar los medios probatorios ofrecidos por las partes; y (iii) Disponer, de estimarlo conveniente, la realización de una o más audiencias referidas a las cuestiones que serán materia de pronunciamiento por el Árbitro Único.

12. Por motivos de fuerza mayor, el Árbitro Único mediante Resolución N° 17 de fecha 24 de junio de 2016, reprogramó la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día viernes 08 de julio de 2016 a horas 11:00 a.m. en la sede del arbitraje.

13. Estando a la citación efectuada, en el día y hora fijados para ello, en la sede del arbitraje, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios con la asistencia de ambas partes, no siendo factible que se concretase un acuerdo conciliatorio entre ellas. Acto seguido, se procedió a fijar los puntos controvertidos respecto de cada una de las pretensiones.

14. En relación a los puntos controvertidos, referidos a las pretensiones formuladas por el Consorcio Tecsur - Celsa, éstos fueron fijados de la siguiente manera:

- **Derivados de la Demanda presentada por el Consorcio Tecsur - Celsa:**

i) Determinar si corresponde dejar o no sin efecto la penalidad impuesta por la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. mediante Carta N° G439-2015 de fecha 23 de marzo de 2015 y, en consecuencia, determinar si corresponde o no que se restituya al Consorcio Tecsur – Celsa la suma de US$. 12,776.60 (Doce Mil Setecientos Sesenta y Seis con 60/100 Dólares Americanos).

ii) En caso se declare fundado el punto 1) precedente, determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. que pague a favor del Consorcio Tecsur – Celsa la suma de US$. 10,000.00 (Diez Mil con 00/100 Dólares Americanos), por concepto de indemnización.

iii) En caso se desestime el punto 1) precedente, determinar si corresponde o no que se declare que la penalidad que la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. únicamente debe imponer al Consorcio Tecsur – Celsa solo debe estar referida a la supuesta demora en la entrega de dos luminarias que equivaldría la suma de US$. 36.00 (Treinta y Seis con 00/100 Dólares Americanos) y, por ende, determinar si corresponde o no que se restituya al Consorcio Tecsur – Celsa la suma de US$. 12,742.00 (Doce Mil Setecientos Cuarenta y Dos con 00/100 Dólares Americanos) que es la diferencia entre el indebido monto retenido y la penalidad que aún en este supuesto debió aplicarse.

iv) En caso se declare fundado el punto 3) precedente, determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. que pague a favor del Consorcio Tecsur – Celsa la suma de US$. 10,000.00 (Diez Mil con 00/100 Dólares Americanos), por concepto de indemnización.

v) Determinar si corresponde ordenar o no a la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. el pago de todos los gastos arbitrales incluido honorarios de los abogados y técnicos que sean necesarios, debido a que la controversia que se está generando es única y exclusivamente atribuible a ellos.

15. Asimismo, en la mencionada Audiencia, se admitieron los medios probatorios descritos de la siguiente manera:

- **De la parte Demandante:**

  Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio Tecsur – Celsa en su escrito de demanda arbitral, ingresada con fecha 21 de abril de 2016, incluidos en el acápite denominado: *"IV. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS"* de dicho escrito e identificados con los numerales que van del numeral 1. al numeral 4.

- **De la parte Demandada:**

  Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. en su escrito de contestación de demanda presentado el 08 de junio de 2016, detallados en el acápite denominado: *"3. MEDIOS PROBATORIOS"* de dicho escrito en el cual, indican que hacen suyos los medios probatorios presentados por su contraparte.

16. Cabe señalar que, en relación a los medios probatorios ofrecidos por las partes y sobre la base del principio de la amplitud de la prueba que se aplica en todo procedimiento arbitral, este Árbitro Único deja constancia que no se ha generado nulidad alguna en el presente proceso arbitral y que se han actuado todos los medios probatorios presentados, los que han sido evaluados en su integridad por este Tribunal Arbitral Unipersonal.

17. A través de Resolución N° 21 de fecha 01 de agosto de 2016, el Árbitro Único declaró el cierre de la etapa probatoria otorgando a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles, a partir de notificadas, a fin de que presenten sus escritos de alegatos y conclusiones finales, y de ser el caso soliciten el uso de la palabra.

18. Mediante escritos de fechas 08 y 18 de agosto de 2016, la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. y la Dirección de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado – OSCE, respectivamente, comunican a este Árbitro Único que la Entidad demandada ha cumplido con registrar en la página del SEACE los Nombres y Apellidos completos del Árbitro Único.

19. En tal sentido, mediante Resolución N° 23 de fecha 23 de agosto de 2016, se tuvieron por presentados dichos escritos y se indicó, que atendiendo a dicho cumplimiento extemporáneo por parte de la Entidad demandada este Árbitro Único actuará conforme a sus facultades y procederá a subir en la página del SEACE el respectivo Laudo Arbitral y los posibles pedidos contra el mismo que se emitan en su oportunidad.

20. Con fecha 23 de agosto de 2016, se emitió la Resolución N° 24 a través de la cual se dejó constancia que ninguna de las partes, ejerció su derecho a presentar sus alegatos escritos. En la misma Resolución N° 24, el Árbitro Único citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales, la cual se llevaría a cabo el día viernes 09 de setiembre de 2016 a horas 11:00 a.m. en la sede del arbitraje; asimismo, se tuvo por solicitado el uso de la palabra en la Audiencia de Informes Orales por parte de la Entidad demandada. Dicho pedido fue realizado mediante escrito de fecha 18 de agosto de 2016.

21. En la fecha y hora programada para tales efectos, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, contando con la presencia de los representantes del Consorcio Tecsur - Celsa y la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. De esta manera, dicha audiencia se realizó con la participación de ambas partes, cuyos representantes hicieron uso de la palabra, formulando el Árbitro Único, luego de dicha exposición, las preguntas pertinentes, las mismas que fueron respondidas por las partes; asimismo, en dicha audiencia se fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles contado a partir del día hábil siguiente de notificada el acta de la audiencia realizada a las partes.

22. Posteriormente, mediante Resolución N° 28 de fecha 14 de octubre de 2016, el Árbitro Único amplió el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, conforme a lo dispuesto en el numeral 46) del Acta de Instalación de Árbitro Único, precisándose que el nuevo plazo empezaría a computarse a partir del vencimiento del plazo inicial.

III. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

III.1.- CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

(i) Que, el Árbitro Único se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.

(ii) Que, en momento alguno se recusó al Árbitro Único, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.

(iii) Que, el Consorcio Tecsur - Celsa presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.

(iv) Que, la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, habiendo cumplido con presentar su contestación de demanda.

(v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como también tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Árbitro Único, lo que sucedió a través de la Audiencia de Informes Orales.

(vi) Que, de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación de Árbitro Único, las partes han tenido oportunidad suficiente para plantear recurso de reconsideración contra cualquier resolución -distinta al laudo y emitida en el presente proceso arbitral- que se hubiere dictado con inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo Nº 1071, habiéndose producido así renuncia al derecho a objetar conforme lo señala la misma Acta de Instalación.

(vii) Que, el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos establecidos en las reglas del proceso, los cuales fueron aceptados por las partes.

III.2.- MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 08 de julio de 2016, en el presente caso corresponde al Árbitro Único determinar lo siguiente en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en

cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el árbitro respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta en relación a las pruebas aportadas al arbitraje, que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que las ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio, la cual establece que:

> *"... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenérsele en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó"*[3]

El Árbitro Único deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que este Tribunal Arbitral Unipersonal deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Árbitro Único tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

[3] **TARAMONA HERNÁNDEZ.**, José Rubén. *"Medios Probatorios en el Proceso Civil"*. Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

Que, adicionalmente debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Árbitro Único, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados, por lo que en ese sentido, el Árbitro Único considera que el análisis debe realizarse de acuerdo a la forma siguiente:

III.2.1.- PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA DEMANDA

1. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde dejar o no sin efecto la penalidad impuesta por la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. mediante Carta N° G439-2015 de fecha 23 de marzo de 2015 y, en consecuencia, determinar si corresponde o no que se restituya al Consorcio Tecsur – Celsa la suma de US$. 12,776.60 (Doce Mil Setecientos Sesenta y Seis con 60/100 Dólares Americanos).

1.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Contratista ampara su pedido en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

Al respecto, el Contratista manifiesta que diversas empresas distribuidoras de energía eléctrica que pertenecen al FONAFE se agruparon con el objeto de llevar a cabo una compra corporativa de diversos bienes eléctricos agrupados en distintos item's. Esta potestad que ejercen las empresas de FONAFE se ha llevado a cabo en diversas oportunidades y, todas ellas con éxito. En efecto, aprovechando la economía por escala y, la ventaja que representa la compra por volumen, el éxito de la compra que realizan las empresas distribuidas ha generado en el mercado que se lleven a cabo compras corporativas para la adquisición de cables eléctricos, medidores de energía eléctrica, entre otros.

No cabe duda alguna que el esfuerzo que realizan las empresas que se agrupan bajo esta finalidad adquirir productos de manera conjunta a un mejor precio que adquiriéndolas de manera individual sólo es y será exitoso y, a su vez, eficiente, cuando las reglas establecidas por ellas mismas se cumplan.

Este esfuerzo se puede apreciar en la larga lista de bienes eléctricos que requieren:

ITEM No.	DESCRIPCIÓN	UNID DE MEDIDA	CANT
1	CONJUNTO BALASTO-IGNITOR PARA V.S. 50 W	CONJ	12276
2	CONJUNTO BALASTO-IGNITOR PARA V.S. 70 W	CONJ	31396
3	CONJUNTO BALASTO-IGNITOR PARA V.S. 150W	CONJ	5604
4	CONJUNTO BALASTO-IGNITOR PARA V.S. 250W	CONJ	1296
5	LAMPARA DE VAPOR DE SODIO DE 50W TUBULAR	PZA	63682
6	LAMPARA DE VAPOR DE SODIO DE 70W TUBULAR	PZA	250962
7	LAMPARA DE VAPOR DE SODIO DE 150W TUBULAR	PZA	38034
8	LAMPARA DE VAPOR DE SODIO DE 250W TUBULAR	PZA	5701
9	LUMINARIA PARA LAMPARA DE V.S. DE 050W (SIN LAMPARA)	PZA	25628
10	LUMINARIA PARA LAMPARA DE V.S. DE 070W (SIN LAMPARA)	PZA	68184
11	LUMINARIA PARA LAMPARA DE V.S. DE 150W (SIN LAMPARA)	PZA	13480
12	LUMINARIA PARA LAMPARA DE V.S. DE 250W (SIN LAMPARA)	PZA	3388
13	CONDENSADOR DE 10 MICROFARADIOS	PZA	33348

La demandante también indica que si a lo expuesto se le suma las pruebas de laboratorio exigidas por las bases y, las pruebas de campo realizadas por el comité especial podemos concluir que el esfuerzo, por decir lo menos, fue enorme. Este aspecto debe ser especialmente valorado, ya que el laudo que se emita debe coadyuvar al esfuerzo que realizan las empresas en seguir confiando y apostando por compras en volumen que representan un gran ahorro de esfuerzo técnico y económico para nuestro país.

Para una mejor revisión, calificación, pruebas que se debían realizar, existencia de proveedores, entre otros, los referidos item's fueron agrupados en tres grupos. Su representada obtuvo la buena pro en el tercer grupo que comprende los ítems del 9 al 12 por lo que, posteriormente, se suscribió el Contrato con la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A.

CONTRATO CON ELECTRO ORIENTE

En este contexto, la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. y el Consorcio Tecsur – Celsa celebraron el Contrato N° G-198-2014 que tenía por objeto la venta de 2544

luminarias para lámparas de 150 w, que serían entregadas bajo la siguiente modalidad:

- En la sede de Loreto, se entregarían 1044 y 500 unidades.
- En la sede de San Martín, se entregarían 500 y 500 unidades.

La controversia se genera en la primera entrega a la ciudad de Iquitos, ya que su representada debía entregar 1044 luminarias, sin embargo, por el robo que sufrió el transportista sólo se entregaron 1042 luminarias en la fecha establecida. Respecto a la entrega en la ciudad de San Martin no se generó ninguna controversia.

De manera referencial, es necesario señalar que las luminarias son fabricadas e importadas desde Colombia, son enviadas a Loreto vía terrestre y después son embarcadas en botes hasta cada sede de la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. El esfuerzo logístico para cumplir con las cantidades y plazos convenidos es enorme y, su representada no tuvo ningún inconveniente en realizarlo, no han tenido ninguna controversia con las otras empresas del FONAFE que también suministramos las luminarias objeto del proceso de selección. El Contratista indica que la política de satisfacción de clientes y post venta les obliga y garantiza que desde el inicio de la ejecución de cada contrato realicen esfuerzos para cumplir en los plazos y cantidades previstas.

Por el robo de esas dos luminarias y, la falta de entrega en la fecha prevista, la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. aplicó una penalidad por la suma de US$.12,776.00 y, la fórmula que tuvo en consideración para ello, fue un incumplimiento total por la supuesta falta de entrega de las 1044 luminarias, entre otros, a la demandada nunca le intereso, ni mucho menos tuvo la mínima intención de analizar la falta de entrega de dos luminarias, sino que atribuyó a un incumplimiento ínfimo un incumplimiento total.

Esta penalidad fue aplicada mediante Carta N° GAL-135-2015 de fecha 10 de febrero de 2015, donde se aprecia el errado cálculo que realizó y, se adjunta al presente.

Contra esta errada decisión de la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A., su representada remitió una carta, en la cual informó lo siguiente:

- Que el pasado 22 de noviembre de 2014, se entregó al transportista Operador Logístico Andrea S.A.C. luminarias para que sean entregadas a la sede Loreto y San Martin.
- Sin embargo, cuando las luminarias fueron entregadas a la sede de Iquitos, se nos informó que faltaban dos luminarias; solo dos, de una cantidad de 1044 unidades.

Frente a dicha situación su representada actuó de manera diligente, al haber importado al Perú las luminarias que serían entregadas tanto a su contraparte como a las demás empresas que conformaron la compra corporativa, mucho antes de su fecha de entrega. Estos bienes cuentan con los mejores estándares técnicos y, se encuentran garantizados tanto por el fabricante como por su representada al tener como política institucional la satisfacción de sus clientes.

- Ante ello, el transportista les informó que en el trayecto a la ciudad de Loreto le habían robado dos luminarias; conforme se puede apreciar de la denuncia policial por la pérdida de dos luminarias.

- En este contexto y, previo a la aplicación de alguna penalidad era necesario verificar, si la demora en la entrega de dos luminarias es atribuible o no a su representada, para luego determinar si el retraso en dicha entrega es justificado o no. Para ello, era importante señalar que tanto el Contrato celebrado con su contraparte, como el Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado sólo sanciona con penalidad aquel retraso injustificado, es decir: aquel retraso que no tiene justificación y, por tanto, tenga que ser atribuido al contratista. Solo cuando la demora no sea justificada se podrá aplicar alguna penalidad.

  Sobre el particular, el Artículo 1314° del Código Civil, al regular el incumplimiento de las obligaciones, señala lo siguiente:

  > *"Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".*

Todo lo expuesto, acreditaba que su representada actuó diligentemente, llevando a cabo todos los actos que estaban y estuvieron a su disposición para la entrega de las luminarias que requería la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. en los plazos previstos en el Contrato.

Ante el robo de dos luminarias, se solicitó a la fábrica su envío vía área, lo cual les generó un costo de flete muy elevado, pero se asumió con el objeto que su contraparte pueda apreciar que su representada ante dicho robo también actúo de manera diligente.

De otro lado y, de manera referencial, la Cláusula Duodécima del Contrato celebrado por el Consocio Tecsur - Celsa con la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A., que regula la aplicación de penalidad, establece lo siguiente:

> *"(...)*
> *Si EL CONTRATISTA incurre en* ***retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato***[4]***...***
> *Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato que debió ejecutarse o, en caso que éstos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.*
> *(...)*
> *La justificación por el retraso se sujeta a lo dispuesto por el Código Civil y demás normas concordantes".*

De la propia lectura de la Cláusula Duodécima del Contrato se desprende, que: solo el retraso injustificado es sancionado con penalidad.

Por su parte, el Artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado citado en la carta (materia de cuestionamiento), señala lo siguiente:

> *"(...)*

[4] El sombreado y subrayado es del Contratista.

> *En caso de retraso* ***INJUSTIFICADO*** ***en la ejecución de las prestaciones del contrato***[5]*, la entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso (...)".*

Sobre el particular, el Contratista se remite a la Opinión Nº 064-2012/DTN del OSCE en la cual se señaló: "*Que incumplimientos están sujetos a la aplicación de la penalidad por mora*", concluyendo en lo siguiente:

> *"En primer lugar, debe indicarse que entre las penalidades que una Entidad le puede aplicar a un contratista, se encuentra la penalidad por mora, regulada en el Artículo 165° del Reglamento.*
> *Al respecto, el primer párrafo del referido artículo precisa que "En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato*[6]*, 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 (...)".*

De esta manera, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la aplicación de una penalidad por mora al contratista que, injustificadamente, se retrase en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.

En el mismo sentido, la Opinión Nº 005-2014/DTN señaló lo siguiente:

> *"(...)*
> *El vencimiento del plazo de ejecución de la prestación originalmente pactada en el contrato no determina por sí solo la aplicación de la penalidad por mora, sino que previamente a efectuar el pago respectivo, deben resolverse las solicitudes de ampliación de plazo que se hubieran presentado, a fin de determinar si el contratista se ha retrasado injustificadamente en la ejecución de dicha prestación o no. (...)".*

La copia certificada de la constatación policial señala lo siguiente:

[5] El sombreado y subrayado es del Contratista.

[6] El subrayado es del Contratista.

> *"(...) el solicitante realizaba traslado de mercadería consistente en luminarias de la empresa ELECTRO ORIENTE S.A. es el caso que momentos de momentos de embarca la mercadería del PUERTO ENAPU hacia ELECTRO ORIENTE. Es el caso que en el puerto Enapu el recurrente (transportista) conto el total de la mercadería, sin novedad alguna... y al llegar a la empresa ELECTRO ORIENTE se dio con la sorpresa que le faltaba dos cada de lámpara, asimismo manifiesta que dicha mercadería consta en la Guía de proveedor TECSUR S.A. con Nro. 029-0054282 con la cual coincide con el transportista de Nro. 01-048155 (...)".*

Por su parte, la entrega de las 1042 luminarias dentro del plazo contractual se encuentra acreditada con la nota de ingreso 11-1412000721 de la propia empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. de fecha 31 de diciembre de 2014.

En este contexto, el demandante refiere que las 1042 luminarias si ingresaron a la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. dentro del plazo contractual y, solo dos de ellas, no pudieron ingresar por el robo que sufrió el transportista.

Su pretensión principal pretende que se deje sin efecto la penalidad impuesta al haber actuado con la máxima diligencia posible que requiere la ejecución de su prestación en condiciones de transporte muy desfavorable.

En su oportunidad se fabricaron las luminarias en un tiempo bastante reducido, lo que también generó mayores costos en la mano de obra; fueron importadas al Perú, para luego ser llevados vía terrestre y, por último, ser llevadas en rio hasta la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A.

No hay ninguna acción adicional que su representada hubiera podido realizar para prever un robo. Se actuó de manera diligente por encima de cualquier estándar racional y, eficientemente económico.

1.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

A continuación se reseñan los fundamentos de hecho y de derecho a los que hace referencia la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A., respecto a este punto controvertido:

Como consecuencia del otorgamiento de la Buena Pro de la Licitación Pública N° LP-011-2014-ELSE con fecha 09 de setiembre de 2014, su representada y el Consorcio Tecsur - Celsa suscribieron el Contrato N° G-198-2014, cuyo objeto fue la "Adquisición de 2544 luminarias para lámparas V.S. de 150 W (sin lámpara) Ítem 11", de acuerdo al siguiente detalle:

CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO

Es objeto del presente documento la CONTRATACION DE BIENES: "ADQUISICION DE LUMINARIAS PARA LAMPARA V.S. DE 150 W (SIN LAMPARA)" ITEM 11 por parte de LA ENTIDAD, de acuerdo a los resultados del proceso de selección citado en la cláusula primera, EL CONTRATISTA se compromete a entregar el bien conforme a las Especificaciones Técnicas de las Bases Integradas y oferta de EL CONTRATISTA como se muestra en el ANEXO A al contrato, para la prestación que en resumen a continuación se precisa:

ITEM	DESCRIPCION	CANTIDAD	
		Loreto	San Martin
11	LUMINARIA PARA LAMPARA V. S. DE 150 W (SIN LAMPARA)	1544	1000
TOTAL		1544	1000

CLÁUSULA TERCERA: MONTO CONTRACTUAL

El monto total del presente contrato asciende a US$ 210,516.00 (Doscientos Diez Mil Quinientos Dieciséis y 00/100 Dólares Americanos), a todo costo, incluido IGV. y el cual se describe en el siguiente detalle:

ITEM	Descripción	Unidad	Cantidad	Precio Unitario USD	Parcial USD
11	LUMINARIA PARA LAMPARA V. S. DE 150 W (SIN LAMPARA)	U	2544	70.13	178,403.39
				Sub-Total	178,403.39
				IGV	32,112.61
				Total incluido IGV	210,516.00

Este monto comprende los costos del bien, transporte hasta el punto de entrega, seguros e impuestos, así como todo aquello que sea necesario para la correcta ejecución de la prestación materia del presente contrato.

Nótese que desde la perspectiva de la forma de ejecución de los contratos, de la revisión de sus cláusulas, se puede verificar que nos encontramos en presencia de un contrato de duración, específicamente un contrato de ejecución periódica. Así, en su Cláusula Quinta textualmente, se estableció lo siguiente:

CLÁUSULA QUINTA: INICIO, CULMINACIÓN DE LA PRESTACIÓN Y LUGAR DE ENTREGA

El periodo de ejecución de la prestación/suministro se extenderá como máximo a 360 días calendario, computados desde el día siguiente de suscrito el contrato.

Durante dicho periodo, EL CONTRATISTA atenderá/suministrará las lámparas en los plazos y cantidades del siguiente ***Cronograma de Entrega*** en los almacenes de LA ENTIDAD en las direcciones indicadas como Lugar de Entrega de acuerdo al siguiente resumen:

Item	Descripción	Plazo de Entrega Días Calendario	Cantidad de Luminarias En Unidades		Lugares de Entrega
			Loreto	San Martín	
11	LUMINARIA PARA LAMPARA V.S. DE 150 W (SIN LAMPARA)	90 días a partir del día siguiente de la firma del contrato	1044	500	Loreto Av. Augusto Freyre 1166 Iquitos
		360 días de la primera entrega	500	500	San Martín Jr. Malecón Mz. C Lote 1, Distrito Banda de Shilcayo - Tarapoto
TOTAL			1544	1000	

Así pues, de acuerdo al contrato, el demandante estaba obligado a cumplir con dos (02) prestaciones parciales. La primera consistente en la entrega de 1544 Luminarias dentro de los noventa (90) días siguientes a la firma del contrato y, la segunda consistente en la entrega de 1000 Luminarias dentro de los trescientos sesenta (360) días de la primera entrega.

En ese escenario, ante el retraso injustificado por parte del Contratista en la entrega de la primera prestación parcial (1544 Luminarias), mediante Carta N° GAL -135-2015 de fecha 10 de febrero de 2015, su representada le comunicó la imposición de la penalidad por mora impuesta, la misma que fue calculada sobre la base de lo dispuesto en el Artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Es decir, se tomó en cuenta el plazo (90 días) y el monto ($ 127, 766.00) previstos para el cumplimiento de la primera prestación parcial.

Respecto al presente punto controvertido, la demandada manifiesta que su contraparte pretende que el Árbitro Único deje sin efecto la penalidad impuesta por su representada y en consecuencia, se le restituya la suma de $ 12,776.60, señalando como fundamentos de su pretensión que:

a) Debido al robo de dos (02) luminarias que sufrió el transportista, solo se entregaron 1042 de las 1044 luminarias que debieron ser entregadas en Iquitos; señalando, además, que las 1042 luminarias sí ingresaron a la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. dentro del plazo contractual y, solo dos de ellas, no pudieron ingresar debido al indicado robo.

b) La fórmula empleada por la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. para el cálculo de la penalidad se basó en el incumplimiento total, no obstante tratarse de un incumplimiento ínfimo.

c) Actuó de manera diligente al haber importado al Perú las luminarias mucho antes de su fecha de entrega, por lo que previo a la aplicación de alguna penalidad era necesario verificar si la demora en la entrega de las luminarias le era atribuible o no.

Al respecto, la demandada precisa que su contraparte pretende justificar su retraso en el cumplimiento de la primera prestación parcial (entrega de 1544 Luminarias) argumentando que fue objeto de robo, para cual adjunta copia de la "Constatación Policial" de fecha 18 de diciembre de 2014; sin embargo, tal documento carece de valor probatorio para justificar el retraso incurrido por el Contratista, por las siguientes razones:

a) Si bien se encuentre suscrito por el SO2 PNP Luis Sánchez Cárdenas y se le denomina: "Constatación Policial", en los hechos tal documento no goza de tal calidad, pues no contiene ninguna constatación respecto a los hechos que indica el demandante como causa de su retraso (robo).

b) Se trata de un documento emitido en las Oficinas de la Comisaría de Punchana, en el cual simplemente se recoge lo manifestado por el señor Jorge Lorenzo Mondragón Vergara, pero que de su propio contenido se verifica que no se conoce las verdaderas causas de la supuesta pérdida de las dos (02) luminarias. En efecto, en el aludido documento textualmente se indica: *"(...) <u>suponiendo que dichas cajas se hayan caído</u> y/o sustraído en el trayecto final (...)".*

c) Los supuestos hechos irregulares que aduce el Contratista como causa de su retraso habrían ocurrido el día 05 de diciembre de 2014, sin embargo, sospechosamente recién se deja constancia de los mismos el 18 de diciembre de 2014.

En buena cuenta, la demandada expresa que el Contratista no ha acreditado que el incumplimiento de sus obligaciones contractuales se deba a un caso fortuito o fuerza mayor que haya impedido el cabal cumplimiento de las mismas y consecuentemente que su retraso esté justificado; por demás, si el Contratista,

ahora demandante, consideraba que la causa de su retraso se debe a una causa que no le es imputable, tenía habilitado su derecho para solicitar la ampliación de plazo correspondiente, pero no lo hizo.

Respecto al cuestionamiento de la fórmula utilizada por la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. para el cálculo de la penalidad por mora, la demandada precisa que el Artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que la misma debe aplicarse al Contratista que injustificadamente se retrase en la ejecución de las prestaciones a su cargo, a razón de 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. Además, el citado Artículo desarrolla la fórmula que debe utilizarse para calcular el monto de la penalidad diaria a ser aplicada al contratista. Dicha fórmula considera como elementos del cálculo al monto y al plazo de la prestación cuya ejecución ha sufrido el atraso, precisándose que "*Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.*"

La demandada refiere que desde la perspectiva de la ejecución de los contratos, estos se dividen en contratos de "ejecución única" y contratos "de duración". Messineo, por ejemplo, señala que un contrato será de "ejecución única", cuando se ejecuta en un solo acto que agota su finalidad, en tanto que será "de duración" cuando su ejecución se distribuye en el tiempo para alcanzar el fin requerido por las partes. Asimismo, los contratos "de duración" se sub dividen en contratos de "ejecución continuada" y contratos de "ejecución periódica". En el contrato de ejecución periódica "(...) existen varias prestaciones (por regla general de hacer), que se presentan en fechas establecidas de antemano, o bien intermitentes, a pedido de una de las partes (...)". Por su parte, Manuel De La Puente y Lavalle precisa que: "*(...) el contrato es de ejecución periódica, llamado también de tracto sucesivo, cuando la obligación contractual da lugar a varias prestaciones instantáneas del mismo carácter (generalmente de hacer, pero que puede ser también de dar) que deben ejecutarse periódicamente -de un modo fraccionado con una cierta distantia temporis una de la otra- durante la vigencia del contrato, por tener las partes interés de satisfacer una necesidad que presenta el carácter de periódica. (...)*". En tal sentido, un contrato de ejecución periódica es aquel en el cual existen varias prestaciones las cuales son ejecutadas en diversas fechas futuras con intervalos de tiempo entre cada una de ellas.

En el presente caso, la Entidad refiere que es evidente que nos encontramos ante un contrato que involucra obligaciones de ejecución periódica, específicamente dos prestaciones parciales. La primera consistente en la entrega de 1544 Luminarias dentro de los 90 días siguientes a la firma del contrato (1044 en Loreto y 500 en San Martín) y la segunda consistente en la entrega de 1000 Luminarias dentro de los 360 días de la primera entrega (500 en Loreto y 500 en San Martín).

CLÁUSULA QUINTA: INICIO, CULMINACIÓN DE LA PRESTACIÓN Y LUGAR DE ENTREGA

El periodo de ejecución de la prestación/suministro se extenderá como máximo a 360 días calendario, computados desde el día siguiente de suscrito el contrato.

Durante dicho periodo, EL CONTRATISTA atenderá/suministrará las lámparas en los plazos y cantidades del siguiente ***Cronograma de Entrega*** en los almacenes de LA ENTIDAD en las direcciones indicadas como Lugar de Entrega de acuerdo al siguiente resumen:

Item	Descripción	Plazo de Entrega Días Calendario	Cantidad de Luminarias En Unidades		Lugares de Entrega
			Loreto	San Martín	
11	LUMINARIA PARA LAMPARA V. S. DE 150 W (SIN LAMPARA)	90 días a partir del día siguiente de la firma del contrato	1044	500	Loreto Av. Augusto Freyre 1166 Iquitos
		360 días de la primera entrega	500	500	San Martín Jr. Malecón Mz. C Lote 1, Distrito Banda de Shilcayo - Tarapoto
TOTAL			1544	1000	

En ese sentido, la Entidad expresa que ante el incumplimiento del Contratista respecto a la primera prestación parcial (Entrega de 1544 Luminarias), en cumplimiento de lo dispuesto por el Artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, a efectos del cálculo de la penalidad, se ha tomado como base el plazo y el monto de tal prestación parcial incumplida.

En efecto, indican que para la aludida prestación el plazo de 90 días se encuentra claramente fijado en el contrato y, el monto de la prestación parcial incumplida (USD 127,766.00) se ha determinado también sobre la base del precio unitario fijado en la Cláusula Tercera del Contrato. Consecuentemente, dado que su contraparte recién cumplió con entregar la totalidad de las luminarias el 27 de enero de 2015, corresponde la aplicación de penalidad por 50 días de retraso.

No obstante lo expuesto, el demandante pretende que su representada efectúe el cálculo sobre la base del monto equivalente a las dos (02) luminarias faltantes, lo cual no puede ser aceptado pues va en contra de lo dispuesto por el Artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado que prescribe que el cálculo debe efectuarse sobre la base del monto correspondiente a la prestación parcial que fuera materia de retraso. En el caso de autos, la prestación parcial

materia de retraso no es las dos luminarias faltantes, sino la entrega de 1544 Luminarias que debieron entregarse dentro de los 90 días siguientes a la suscripción del contrato.

Finalmente, la demandada alega que el haber importado los bienes materia del contrato antes de su fecha límite de entrega, no significa por sí mismo que el Contratista haya actuado con la diligencia debida para cumplir cabalmente con la obligación a su cargo. De hecho, éste debió tomar todas las acciones conducentes a que los bienes contratados sean entregado en su totalidad dentro del plazo pactado, situación que no ha ocurrido, por lo demás, conforme se ha señalado su contraparte no ha acreditado que el incumplimiento de sus obligaciones contractuales se deba a un caso fortuito o fuerza mayor que haya impedido el cumplimiento oportuno de las mismas; razón por la cual, se deberá declarar infundada la presente pretensión.

1.3 POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Este punto controvertido corresponde a la Primera Pretensión Principal de la demanda. Mediante esta pretensión el Contratista solicita que se deje sin efecto la penalidad impuesta por la Entidad mediante Carta G439-2015 de fecha 23 de marzo de 2015, y en consecuencia, se les restituya la suma de US$ 12,776.60 dólares americanos.

La controversia es clara. El Contratista manifiesta que la penalidad le ha sido erróneamente impuesta, pues alega (para esta pretensión, pues luego cuestionan también el monto de la misma y la fórmula aplicada) que el incumplimiento se produjo por un evento ajeno al contratista, con lo cual no se produciría un "incumplimiento injustificado" que es el requisito establecido por el Reglamento de Contrataciones con el Estado para imponer penalidades.

En contraposición, la Entidad manifiesta que la penalidad ha sido adecuadamente impuesta, pues en ningún momento el Contratista habría probado fehacientemente que el incumplimiento se produjo por evento de caso fortuito o fuerza mayor, ni solicitó e hizo uso de su derecho a pedir una ampliación de plazo en caso concluyera habría ocurrido tal causal (caso fortuito o fuerza mayor), con lo cual no se habría producido ningún "evento injustificado".

<u>Del incumplimiento injustificado</u>:

La importancia de determinar si se produjo o no el "evento injustificado", que es la principal controversia ocurrida, radica en que el Reglamento de Contrataciones con el Estado, en su Artículo 165°, determina que el retraso (incumplimiento) injustificado genera la aplicación de penalidades:

> ***"Artículo 165.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación***
> *En caso de* ***retraso injustificado***[7] *en la ejecución de las prestaciones objeto del presente contrato, la entidad 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. (...)".*

Para dilucidar, pues, la presente controversia, será imprescindible que el Árbitro Único determine si se produjo o no un incumplimiento injustificado de las obligaciones del Contratista.

Recordemos. De la revisión del Contrato, se advierte que el Contratista debía cumplir frente a la Entidad con dos (2) prestaciones parciales; la primera, consistía en la entrega de un total de 1544 luminarias dentro de los 90 días siguientes a la firma del Contrato; la segunda, consistía en la entrega de 1000 luminarias dentro de los 360 días siguientes de la primera entrega. El incumplimiento se produjo en la primera entrega, pues en lugar de entregar las 1544 luminarias contratadas, únicamente se llegó a entregar a la Entidad 1542 luminarias, indicando el Contratista el robo de las dos faltantes. La no entrega de éstas dos luminarias generó la interposición de la penalidad que ahora se discute en arbitraje.

El Contratista señala que el incumplimiento no fue injustificado, dado que lo que se habría producido es un evento de caso fortuito y/o fuerza mayor, al haber sufrido el robo de las dos luminarias restantes durante el trayecto de envío. Al respecto, la Entidad manifiesta lo siguiente:

> *"1.4 Como se puede apreciar, el demandante pretende justificar su retraso en el cumplimiento de la primera prestación parcial (Entrega de 1544 Luminarias) argumentando que fue objeto de robo, para lo cual*

[7] El sombreado y subrayado es nuestro.

> *adjunta copia de la "Constatación Policial" de fecha 18 de diciembre de 2014; sin embargo, tal documento carece de valor probatorio para justificar el retraso incurrido por el Contratista (...)".*[8]

Hemos indicado precedentemente que la presente controversia se circunscribe a la debida o indebida aplicación de la penalidad impuesta al Contratista. Luego, se advirtió que esta controversia (debida o indebida aplicación de la penalidad) gira en torno a determinar si se produjo o no un supuesto de "incumplimiento injustificado". Ahora bien, se advierte que el análisis del denominado: "incumplimiento injustificado" se circunscribe a saber si el alegado robo (afirmado por el Contratista y cuestionado por la Entidad) es suficiente para determinar como justificado el evento de incumplimiento ocurrido.

De la revisión del expediente, en el Anexo 4 del punto "Medios Probatorios y Anexos" de la demanda de fecha 21 de abril de 2016, el Contratista presentó el documento denominado: "Copia Certificada de Constatación Policial", expedida por el SO2 PNP Luis Sánchez Cárdenas, donde se estableció lo siguiente:

> *"(...) el solicitante realizaba traslado de mercadería consistente en Luminarias de la Empresa Electro Oriente S.A. (...). Es el caso que en el puerto de Enapu el recurrente contó el total de la Mercadería, sin novedad alguna de la Motonave HENRY V y al llegar a la Empresa Electro Oriente S.A. se dio con la sorpresa que le faltaba dos (2) cajas de la empresa; asimismo, manifiesta que dicha mercadería consta en la Guía de Proveedor TECSUR S.A. con Nro. 029-0054282, con la cual coincide con el Transportista de Nro 001-048155*[9]*, suponiendo que dichas cajas se hayan caído y/o sustraído en el Trayecto Final, pese al esfuerzo de búsqueda con el resultado negativo (...)".*

Para este Árbitro Único, éste documento y lo que allí se refiere es importante. Queda claro de su lectura que el embarque y traslado de un total de 1044 unidades de mercadería existió, es decir, el Contratista cumplió con importar el número total de luminarias correspondientes a la primera entrega. Los controles y las actas de entregas previo a la llegada al destino final, dan constancia del total de mercadería requerida, produciéndose en el tramo final del trayecto la pérdida o sustracción

[8] Ver páginas 4 y 5 del escrito de Contestación de Demanda de fecha 8 de junio de 2016.

[9] El subrayado es nuestro.

(pues los hechos no han sido esclarecidos) de las dos unidades faltantes que produjeron el incumplimiento.

Al respecto, la Entidad sostiene que el Contratista no ha acreditado que se haya producido el robo que le podría otorgar al hecho la calidad de caso fortuito y/o fuerza mayor, pues indican que el presente documento carece de valor probatorio, señalando que el mismo no es una constatación policial (al no haberse realizado ninguna constatación física real para esclarecer los hechos) y tampoco se acredita el robo, pues únicamente se deja expresa constancia de una posible sustracción (al indicarse en dicho documento lo siguiente: "*suponiendo que dichas cajas se hayan caído y/o sustraído en el Trayecto Final*").

Este Árbitro Único ha examinado con detenimiento tanto el documento, los hechos descritos y el cuestionamiento de la Entidad, llegando a la conclusión de que no concuerda con el análisis de esta última.

En primer orden, este documento no ha sido materia de cuestionamiento en este arbitraje, formando parte del expediente. Asimismo, en cuanto al valor probatorio, se cuestiona que el documento no contiene ninguna constatación de los hechos que sucedieron y que finalmente no se ha esclarecido qué ocurrió con las dos (2) unidades supuestamente perdidas. Sin embargo, a nuestro criterio, esto no mitiga en absoluto el valor probatorio de este documento frente a los hechos ocurridos conocidos.

Se ha acreditado en este documento de constatación, y tampoco ha sido negado por la Entidad, que la Contratista sí importó la totalidad de las unidades requeridas (1044 en total), quedando registrado ello en las guías del proveedor. Se ha acreditado en este documento de constatación, y tampoco ha sido negado por la Entidad, que el total de las unidades (1044) sí pasaron el último control en el Puerto de Enapu sin complicaciones, quedando registrado ello al comparar las guías del proveedor y del transportista. Se ha acreditado en este documento que en el trayecto hacia el destino final (la sede designada por la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A.), se produjo el extravío de 2 unidades de las 1044 iniciales, que, a la luz de los hechos, la única conclusión lógica final fue que en algún punto en el trayecto se habrían sustraído, sin quedar claro el cómo o por quién se produjo la pérdida. De los hechos, ni la PNP, ni este Árbitro Único están en capacidad de dilucidar quién y cómo se realizó la sustracción de las 2 unidades (puesto que no se pueden

simplemente desaparecer, la pérdida tuvo que haberse debido a un actuar ilícito generado en el último trayecto), por lo que debemos preguntarnos ¿el que no haya quedado totalmente esclarecido cómo y quién efectuó la sustracción de las unidades faltantes, determina que no se haya producido un hecho que rompa el nexo causal? La respuesta es negativa. Justamente porque la pérdida o robo en sí misma (sin importar el cómo o por quién se produjo) es un eximente de responsabilidad al ser un caso típico de caso fortuito y/o fuerza mayor para el Contratista.

Para que el caso fortuito y/o la fuerza mayor se produzcan, deben concurrir tres (3) elementos: (i) el hecho tiene que ser extraordinario, (ii) imprevisible e (iii) irresistible.

Así pues, en relación a determinar si el hecho fue o no extraordinario, es necesario advertir si es que el hecho que se produce es uno que se genera de un riesgo típico o atípico de la actividad desarrollada. Es decir, si el hecho que generó el incumplimiento es uno derivado del propio riesgo de la actividad, no podrá ser considerado extraordinario, a pesar de que no se haya generado por culpa del sujeto. Por ejemplo, si una persona que conduce un auto atropella a otra porque se le vaciaron los frenos, el vaciado de frenos no es propiamente un evento extraordinario, porque es un riesgo típico de conducir un auto el tener problemas mecánicos (como el vaciado de frenos); por el contrario, si por causa de un movimiento telúrico se atropella a alguien, es claro que no es riesgo propio de conducir un auto los accidentes por terremotos o temblores, produciéndose así el hecho extraordinario (véase que ambos eventos escapan al sujeto, pero uno se deriva directamente de la actividad, mientras que el otro no).

En el presente caso, sin importar quién o cómo fue, queda claro (a criterio del Árbitro Único) que se produjo una pérdida de 2 de las unidades importadas por sustracción o robo (siendo ello la única posibilidad pues no es físicamente posible que dos objetos se desaparezcan sin explicación alguna, habiéndose probado su importación y embalaje total), y que esto escapa o es ajeno a la actividad del Contratista. Hemos visto sin embargo que no toda la actividad ajena a voluntad del sujeto es un evento extraordinario, por lo que debemos analizar si la sustracción o robo producido, forman o no parte de la actividad típica desarrollada por el Contratista.

Así pues, al respecto, es necesario señalar que una actividad ilícita como la sustracción o robo no pueden formar parte natural de una actividad típica lícita, teniendo en cuenta además que la sustracción o robo no son privativas de la actividad de proveer bienes (actividad desarrollada por el Contratista), con lo cual, es claro para este Árbitro Único que nos encontramos frente a un hecho extraordinario[10].

En relación a la determinación de un hecho imprevisible e irresistible, debemos remitirnos a lo señalado por FERNANDO DE TRAZEGNIES:

> *"(...) Para BUSTAMANTE ALSINA estas dos características no son también sino elementos que configuran el carácter extraordinario del acontecimiento: "Que el hecho extraordinario o anormal no es un carácter distinto de la imprevisibilidad e inevitabilidad, sino que señala precisamente las circunstancias en que el hecho no puede preverse o evitarse."*
> *En nuestra opinión, ésta es una aproximación equivocada al problema, o quizá mejor, es la aproximación exactamente opuesta a la correcta. No es porque algo sea imprevisible e irresistible que es extraordinario; es más bien porque un hecho es auténticamente extraordinario que resulta imprevisible e irresistible (...)"*

Concordamos con lo señalado por DE TRAZEGNIES, en que al haberse analizado lo extraordinario de lo sucedido, esto tiene como consecuencia que esto (el robo) haya sido imprevisible e irresistible para el Contratista, concurriendo así todos los elementos para determinar que el acontecimiento ocurrido pertenece al campo del caso fortuito y/o fuerza mayor.

Esto se sostiene, además, en que el robo es un evento tan imprevisible e irresistible, que no hay en el mundo sistema absoluto e infalible que determine un 100% de seguridad. Vemos día a día, como negocios, personas, corporaciones y hasta Estados sufren pérdidas o robos en sus respectivas actividades, siendo evidente que esta actuación ilegal no puede ser fuente propia de riesgo de alguna actividad. En el presente caso, ésta única ocurrencia e inconveniente en el traslado de las luminarias, nos indica que el Contratista no puso en riesgo la entrega

[10] Tal es el rompimiento del hecho causal que incluso este supuesto calza como incumplimiento por hecho determinante de un tercero, que es también eximente de responsabilidad según lo establecido en el Artículo 1972° del Código Civil Peruano.

adecuada y completa de la carga a las instalaciones de la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A., sino que ha sido perjudicado por la inseguridad que vivimos en el país, y que en términos legales se traduce en un evento desafortunado que lo exime de responsabilidad por ser un caso fortuito y/o fuerza mayor.

Dicho esto, al haberse producido un evento de caso fortuito y/o fuerza mayor, ha quedado claro que el incumplimiento no ha sido injustificado bajo ningún concepto, siendo ello así, no se ha generado el requisito de "incumplimiento injustificado" requerido por el Artículo 165° del Reglamento de Contrataciones con el Estado para imponer penalidades.

De la no solicitud de Ampliación de Plazo

Sin perjuicio de lo antes señalado y concluido, es necesario analizar la consecuencia jurídica de la no solicitud de Ampliación de Plazo por parte del Contratista al haber concurrido el evento de caso fortuito y/o fuerza mayor, correctamente advertida por la Entidad, en su contestación de demanda:

> *"(...) En buena cuenta, el contratista no ha acreditado que el incumplimiento de sus obligaciones contractuales se deba a un caso fortuito o fuera mayor que haya impedido el cabal cumplimiento de las mismas y consecuentemente que su retraso está justificado; por demás, si el contratista, ahora demandante, consideraba que la causa de retraso se debe a una causa que no le es imputable, tenía habilitado su derecho para solicitar la ampliación de plazo correspondiente, pero no lo hizo[11]. (...)"*

Ahora bien, en relación a la solicitud de ampliación de plazo, el Artículo 175° del Reglamento de Contrataciones con el Estado, establece lo siguiente:

> ***"Artículo 175.- Ampliación de Plazo Contractual***
> *Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:*
> *1. Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.*

[11] El subrayado es nuestro.

2. *Por atrasos o paralizaciones no imputables al contratista.*
3. *Por atrasos o paralizaciones en el cumplimiento de la prestación del contratista por culpa de la Entidad; y,*
4. *Por caso fortuito y/o fuerza mayor*[12]*. (...)".*

Tal como se observa, el Reglamento de Contrataciones con el Estado se pone en el supuesto de que se produzca un incumplimiento justificado en la prestación del Contratista, ocurriendo un evento de caso fortuito y/o fuerza mayor, frente a lo cual, el Reglamento permite al Contratista solicitar la ampliación de plazo. No hay dudas al respecto.

En este caso, tal como lo ha expresado la Entidad, el Contratista podía haber invocado la solicitud de ampliación de plazo a fin de no incurrir en incumplimiento y así evitar la penalidad impuesta. Frente a ello debemos preguntarnos ¿Cuál es la consecuencia jurídica de no haber solicitado la ampliación de plazo? ¿El que no haya realizado ello, genera automáticamente que pierda la calidad de caso fortuito y/ fuerza mayor y así ser acreedor a la penalidad impuesta?

El pedido de ampliación de plazo es un derecho del Contratista frente a la ocurrencia de un suceso de caso fortuito y/o fuerza mayor, pero como derecho puede o no ejercerlo.

Como consecuencia de no ejercerlo, se puede decir que el Contratista no sólo deja de obtener el plazo adicional que le correspondería por derecho, sino también deja de percibir los mayores gastos generales que le correspondería. Asimismo, automáticamente se pone a merced de un posible incumplimiento por el vencimiento del plazo para cumplir con su prestación; sin embargo, no es posible indicar que al no solicitar una ampliación de plazo, el Contratista se ponga automáticamente en una situación de un incumplimiento injustificado, pues el análisis del incumplimiento injustificado tiene una connotación netamente de responsabilidad civil (que definen los elementos del caso fortuito y/o fuerza mayor, mientras que el Reglamento de Contrataciones solo los menciona) y el mismo no se genera automáticamente si es que no se pide una ampliación de plazo, sino que tiene que ser analizada caso por caso, situación que no ocurrió en el caso que nos ocupa.

[12] El subrayado es nuestro.

Así las cosas, como conclusión, si bien efectivamente el Contratista podía solicitar la ampliación de plazo, el que no lo hiciera no tiene como consecuencia que se considere que automáticamente incurrió en un incumplimiento injustificado, pues la Entidad (al no recibir la solicitud de ampliación de plazo por dicha causal) no tuvo la oportunidad de analizar si efectivamente se produjo la causal de caso fortuito y/o fuerza mayor, lo cual debió realizarse al momento de determinar la aplicación de penalidad (que tiene como requisito el incumplimiento injustificado), que como hemos analizado no correspondería al no haber incurrido el Contratista en un cumplimiento injustificado de la prestación.

Finalmente, no es controversia entre las partes que se estableció como monto de la penalidad la suma de US$ 12,776.60 dólares americanos, con lo cual, al establecer que no corresponde su imposición, se debe determinar su restitución y/o no pago.

Por lo expuesto, DECLÁRESE FUNDADO el Primer Punto Controvertido, correspondiente a la Primera Pretensión Principal del Contratista, en consecuencia, DÉJESE SIN EFECTO la penalidad impuesta por la Entidad mediante Carta G439-2015 de fecha 23 de marzo de 2015, y en consecuencia, DECLÁRESE que la Entidad restituya a favor del Contratista la suma pagada por concepto de penalidad ascendente a US$ 12,776.60 dólares americanos.

2. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

En caso se declare fundado el punto 1) precedente, determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. que pague a favor del Consorcio Tecsur – Celsa la suma de US$. 10,000.00 (Diez Mil con 00/100 Dólares Americanos), por concepto de indemnización.

2.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Contratista ampara su pedido en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

En cuanto al pago de la indemnización el demandante refiere que lo solicitado es un monto racional a efectos de resarcir los gastos y perjuicios generados por la

irregular conducta de la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A.

Asimismo, reiteran, que su representada no pretende ningún beneficio, ni derecho que no nos corresponda, sino que únicamente pretende que se cubra un daño que ya se generó por la mala fe con la que actuó la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A.

2.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

A continuación se reseñan los fundamentos de hecho y de derecho a los que hace referencia la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A., respecto a este punto controvertido:

Al respecto, la Entidad manifiesta que su contraparte como pretensión accesoria a su primera pretensión principal solicita el pago de US$. 10, 000, monto que según señala pretende resarcir los gastos y perjuicios generados por la irregular conducta de su representada; sin embargo, no ha esgrimido un solo argumento ni ha ofrecido un solo medio probatorio que justifique tal pedido.

Sobre el particular, precisa lo dispuesto en el Artículo 52.2° de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual establece lo siguiente:

> "El arbitraje será de derecho y resuelto por árbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo dispuesto en este numeral es causal de anulación de laudo".

En ese escenario, dado que ni la Ley de Contrataciones del Estado, ni su reglamento, ni ninguna norma de derecho público establecen las reglas aplicables a la obligación de indemnizar, a efectos de determinar si corresponde amparar o desestimar la pretensión indemnizatoria del Contratista se deberá tener en cuenta lo dispuesto sobre la materia en el Código Civil.

11.

6.

Así las cosas, primero se deberá advertir que para que se configure la responsabilidad civil contractual o extracontractual es necesaria la concurrencia de ciertos elementos tales como: el daño, la antijuricidad o ilicitud, el nexo causal; y los factores de atribución.

El daño, está concebido como aquella afectación que se ocasiona en detrimento o menoscabo de la persona o de su patrimonio. El daño, es el aspecto fundamental de la responsabilidad civil, pues en ausencia de daño no hay nada que reparar o indemnizar y por ende no hay ningún problema de responsabilidad civil. Este requisito es el más importante y complejo, pues si no se demuestra su existencia y la relación de causalidad entre este y el incumplimiento, no se podrá de ninguna manera demandar la indemnización.

La antijuricidad, tiene que ver con aquel comportamiento o conducta que no está amparada en el derecho; una conducta es antijurídica no sólo cuando contraviene una norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico. En la responsabilidad civil contractual, la antijuridicidad lo constituye el incumplimiento contractual. Así, el incumplimiento es considerado, como el primero de los requisitos de la responsabilidad civil contractual; el cual se presenta como un comportamiento del deudor que quebranta la obligación, adquiriendo ese obrar el carácter ilícito o antijurídico.

El nexo causal, tiene que ver con la relación de causalidad que debe existir, es decir de antecedente-consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima, pues de lo contrario no existirá responsabilidad civil. En el caso de la responsabilidad contractual, es necesario que entre el incumplimiento, por una parte, y el daño o perjuicio por otra, medie una relación de causalidad: que el daño sea la consecuencia inmediata y directa del incumplimiento o del hecho dañoso.

Los factores de atribución, en la responsabilidad civil contractual, de acuerdo a la normatividad vigente, el factor de atribución lo constituye la culpa clasificada en tres grados: la culpa leve, la culpa grave o inexcusable y el dolo. El dolo se define en nuestro ordenamiento jurídico, Artículo 1318° del Código Civil, como la intención deliberada de no ejecutar la obligación; por su parte, la culpa se entiende como la negligencia, descuido, falta de diligencia o cuidado, falta de precaución, inadvertencia, con que una persona afronta el cumplimiento de sus obligaciones. La

graduación señalada anteriormente permite aumentar o disminuir la responsabilidad según lo señalan los Artículos 1319°, 1320° y 1321° del Código Civil.

A la luz de lo anteriormente expuesto, resulta claro que tal pretensión del demandante no puede ser atendida por su despacho arbitral toda vez que de la revisión de los documentos que en calidad de prueba adjunta es evidente que:

a) No ha acreditado la existencia de los daños alegados, pues no ha demostrado con documento idóneo que haya incurrido en gastos;
b) No ha demostrado la antijuridicidad de la conducta de la demandada. En efecto, no ha acreditado que su representada haya incumplido el contrato. El accionar de Electro Oriente se llevó a cabo en estricta aplicación de nuestro ordenamiento jurídico pues, la penalidad fue impuesta en estricta aplicación del Artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado;
c) No ha acreditado el nexo causal;
d) No ha demostrado que la Entidad haya actuado con dolo o culpa. Cabe recordar que la prueba por dolo o culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial tardío o defectuoso tal y como lo señala el Artículo 1330° del Código Civil, factores de atribución que el actor tampoco ha podido probar.

Es importante también señalar que de conformidad con el Artículo 1331° del Código Civil la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento tardío o defectuoso. En ese mismo sentido se han pronunciado nuestros tribunales cuando en reiterada y uniforme jurisprudencia han establecido que: *"para que haya daño contractual resarcible no basta que se incumpla la obligación y que el incumplimiento sea imputable al deudor, sino que este produzca un perjuicio a quien lo alega, perjuicio que debe estar plenamente acreditado"*.

En tal sentido, la Entidad manifiesta que la pretensión indemnizatoria también deberá ser desestimada.

2.3 POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Respecto a la Primera Pretensión Accesoria a la Primera Principal de la demanda. Mediante esta pretensión el Contratista solicita que se disponga que la Entidad le pague la suma de US$ 10,000.00 por concepto de indemnización.

Como la presente es una pretensión accesoria, la misma únicamente deberá ser analizada si es que la pretensión principal respecto a la cual es conexa se declara fundada (recordemos que las pretensiones accesorias siguen la suerte de la principal), situación que ha ocurrido, con lo cual es procedente el pronunciamiento.

Una solicitud de indemnización, está enmarcada dentro de un análisis de la responsabilidad civil y es netamente patrimonial.

La *Responsabilidad Civil*, así como todas las fuentes de las obligaciones, pueden tener dos orígenes inmediatos: contractual o extracontractual. Si bien es cierto que las fuentes de las obligaciones en ambos casos son diferentes, de realidades diversas y de perspectivas diversas, no es menos cierto que la teoría de la responsabilidad es una sola y que la finalidad en ambos casos es obtener la reparación económica de los daños que han sido efectivamente causados por un agente determinado.

Los elementos que configuran tanto la responsabilidad extracontractual como la responsabilidad contractual, tienen rasgos similares, tomando en cuenta que ambas figuras de responsabilidad civil suponen la búsqueda de la reparación de los daños irrogados en razón de una conducta inadecuada o ilícita que produce este efecto dañoso. Así pues, los elementos que configuran la responsabilidad son: (i) la imputabilidad; (ii) la ilicitud o antijuricidad; (iii) el factor de atribución; (iv) el nexo causal; y (v) el daño.

Todos estos elementos deben ser analizados a la luz de lo que la parte pretende y, además, de la prueba que fehacientemente ha sido mermado patrimonialmente. Para tales efectos, es necesario analizar lo que el Contratista señala en su demanda arbitral:

> *"El pago de nuestra indemnización –también por un monto racional- <u>pretende resarcir los gastos y perjuicios generados</u> por la irregular conducta de ELECTRO ORIENTE. En este punto, reiteramos que nuestro consorcio no pretende ningún beneficio, ni derecho que no nos corresponda, sino que únicamente pretende <u>se cubra un daño que ya se</u>*

> *generó por la mala fe con la que actuó ELECTRO ORIENTE (...)" (el subrayado es nuestro)*

Si bien el Contratista pretende el pago de una indemnización por una suma de US$ 10,000.00 señalando que con ello se pretende resarcir los "gastos y perjuicios generados", en ningún momento desarrolla, ni indica, cuáles son esos gastos y perjuicios que pretende sean resarcidos, no pudiendo este Árbitro Único analizar de la nada la solicitud del Consorcio Tecsur - Celsa, pues *ex nihilo nihil fit*.

En consecuencia, corresponde DECLARAR INFUNDADA la Primera Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal de la demanda, por los motivos expuestos.

3. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

En caso se desestime el punto 1) precedente, determinar si corresponde o no que se declare que la penalidad que la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. únicamente debe imponer al Consorcio Tecsur – Celsa solo debe estar referida a la supuesta demora en la entrega de dos luminarias que equivaldría la suma de US$. 36.00 (Treinta y Seis con 00/100 Dólares Americanos) y, por ende, determinar si corresponde o no que se restituya al Consorcio Tecsur – Celsa la suma de US$. 12,742.00 (Doce Mil Setecientos Cuarenta y Dos con 00/100 Dólares Americanos) que es la diferencia entre el indebido monto retenido y la penalidad que aún en este supuesto debió aplicarse.

3.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Contratista ampara su pedido en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

Al respecto, la demandante manifiesta que en el negado supuesto que su pretensión principal sea desestimada solicitan que se declare que la penalidad que la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. únicamente debe imponer al Consorcio Tecsur – Celsa sólo debe estar referida a la supuesta demora en la entrega de dos luminarias que equivaldría a la suma de US$ 36.00 y, por ende, restituirles la suma de US$

12,742.00 que es la diferente entre el indebido monto retenido y la penalidad que aún en este supuesto debió aplicarse.

Para estos efectos, el demandante indicar que se ha acreditado que las 1042 luminarias sí ingresaron al local de la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. dentro del plazo convenido en el Contrato.

3.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

A continuación se reseñan los fundamentos de hecho y de derecho a los que hace referencia la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A., respecto a este punto controvertido:

Como pretensión subordinada a su primera pretensión principal, el demandante solicita que la penalidad que su representada únicamente le debe imponer solo debe estar referida a la supuesta demora en la entrega de dos luminarias que equivaldría a la suma de US$. 36.00 y por ende que se le restituya la suma de US$.12, 742.00.

Sobre el particular, la demandada se remitió a los argumentos utilizados para desvirtuar la pretensión principal en el sentido que al encontramos ante un contrato que involucra obligaciones de ejecución periódica, específicamente dos prestaciones parciales, en cumplimiento de lo dispuesto por el Artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, a efectos del cálculo de la penalidad se debe tomar como base el plazo y el monto de tal prestación parcial incumplida que en el presente caso consistente en la entrega de 1544 Luminarias dentro de los 90 días siguientes a la firma del contrato (1044 en Loreto y 500 en San Martín).

En tal sentido, el pedido del demandante para que efectúe el cálculo sobre la base del monto equivalente a las dos (02) luminarias faltantes no tiene mayor sustento pues va en contra de lo dispuesto por el Artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado que prescribe que el cálculo debe efectuarse sobre la base del monto correspondiente a la prestación parcial que fuera materia de retraso. En el caso de autos, la prestación parcial materia de retraso no es las dos luminarias faltantes, sino la entrega de 1544 Luminarias que debieron entregarse dentro de los 90 días siguientes a la suscripción del contrato.

3.3 POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Respecto a la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Principal de la demanda. Mediante esta pretensión el Contratista solicita que, en caso se desestime el pedido efectuado en la Primera Pretensión Principal, se establezca que la penalidad únicamente correspondería ser impuesta teniendo en cuenta el ítem de incumplimiento y no todo el Contrato, y en ese sentido, se imponga únicamente una penalidad de US$ 36.00 y se devuelva la suma de US$ 12,742.00.

Como la presente es una pretensión subordinada, la misma únicamente deberá ser analizada si es que la pretensión principal respecto a la cual es conexa se declara infundada (recordemos que las pretensiones subordinadas se analizan sí y sólo sí la pretensión principal es desestimada), situación que no ha ocurrido, con lo cual no es procedente el pronunciamiento.

En consecuencia, corresponde DECLARAR IMPROCEDENTE la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal de la demanda, por los motivos expuestos.

4. CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

En caso se declare fundado el punto 3) precedente, determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. que pague a favor del Consorcio Tecsur – Celsa la suma de US$. 10,000.00 (Diez Mil con 00/100 Dólares Americanos), por concepto de indemnización.

4.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

Respecto a esta controversia cabe precisar que los fundamentos expuestos por el Consorcio Tecsur - Celsa para la segunda pretensión están íntimamente ligados con el presente punto controvertido, razón por la cual se tendrá presente los fundamentos de hecho y de derecho precisados por dicha parte en el análisis del referido punto controvertido precedente.

4.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

A continuación se reseñan los fundamentos de hecho y de derecho a los que hace referencia la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A., respecto a este punto controvertido:

Al respecto el demandante como pretensión accesoria a su pretensión subordinada solicita el pago de US$. 10, 000 como indemnización; sin embargo, no ha esgrimido un solo argumento ni ha ofrecido un solo medio probatorio que justifique tal pedido.

No obstante ello, la demandada indica que se remite a los argumentos ya señalados para desvirtuar la pretensión accesoría a la primera pretensión principal con la salvedad que el presente caso ni siquiera ha alegado daño alguno.

4.3 POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

En cuanto a la Primera Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal de la demanda. Mediante esta pretensión el Contratista solicita que, en caso se declare fundado el pedido efectuado en la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, se disponga que la Entidad le pague la suma de US$ 10,000.00 por concepto de indemnización.

Como la presente es una pretensión accesoria, la misma únicamente deberá ser analizada si es que la pretensión principal respecto a la cual es conexa se declara fundada (recordemos que las pretensiones accesorias siguen la suerte de la principal), situación que no ha ocurrido (habiéndose declarado improcedente la pretensión principal de la cual es conexa), con lo cual no es procedente el pronunciamiento.

En consecuencia, corresponde DECLARAR IMPROCEDENTE la Primera Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal de la demanda, por los motivos expuestos.

5. QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde ordenar o no a la Empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. el pago de todos los gastos arbitrales incluido honorarios de los abogados

y técnicos que sean necesarios, debido a que la controversia que se está generando es única y exclusivamente atribuible a ellos.

5.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

Mediante escrito de demanda de fecha 21 de abril de 2016, se advierte que el Consorcio Tecsur - Celsa no manifiesta los argumentos que sustenten esta pretensión, tan solo la plantea.

5.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

A continuación se reseñan los fundamentos de hecho y de derecho a los que hace referencia la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A., respecto a este punto controvertido:

Respecto al presente punto controvertido la Entidad indica que de conformidad con el numeral 1 del Artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071, los costos y costas del presente proceso arbitral deberán ser asumidos completamente por el demandante, toda vez que su demanda carece de fundamentos fácticos y legales que la amparen.

5.3 POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

El numeral 1) del Artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los Árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el Artículo 70° del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1) del Artículo 73° señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral. Además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, los Árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el presente caso no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Árbitro Único se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Considerando el resultado del arbitraje, desde el punto de vista del Árbitro Único, no puede afirmarse en puridad que existe una "parte perdedora", en vista de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral. Por ello, atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada de una de las partes asuma los costos del presente arbitraje; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

En relación a ello, cabe precisar que producto de las pretensiones planteadas por el Consorcio Tecsur – Celsa, se tiene que conforme a los numerales 54) y 55) del Acta de Instalación de Árbitro Único de fecha 15 de marzo de 2016, se fijaron los honorarios arbitrales netos para el Árbitro Único, en la suma de S/. 2,400.00 (Dos Mil Cuatrocientos y 00/100 Nuevos Soles), y como honorarios netos de la Secretaría Ad Hoc y, que incluía los gastos procedimentales, la suma de S/. 1,220.00 (Un Mil Doscientos Veinte y 00/100 Nuevos Soles). Ello implica que los gastos arbitrales derivados del Acta de Instalación hicieron un total de S/. 3,620.00 (Tres Mil Seiscientos Veinte y 00/ 100 Nuevos Soles).

Tales montos, fueron cubiertos por cada una de las partes, de lo cual se dejó constancia a través de las Resoluciones N° 05 y N° 09 de fechas 27 de abril y 23 de mayo de 2016, respectivamente.

Asimismo, es importante recordar que mediante Resolución N° 08 de fecha 02 de mayo de 2016, se efectuó una liquidación por la presentación de la demanda por parte del Consorcio Tecsur - Celsa, fijándose como honorario arbitral neto para el Árbitro Único, la suma de S/. 6,595.12 (Seis Mil Quinientos Noventa y Cinco y 12/100 Nuevos Soles), y como honorario neto de la Secretaría Ad Hoc, que incluía los gastos procedimentales, la suma de S/. 4,056.80 (Cuatro Mil Cincuenta y Seis y 80/100 Nuevos Soles). Ello implica que los gastos arbitrales derivados por el aumento de cuantía de la demanda, hicieron un total de S/. 10,651.92 (Diez Mil Seiscientos Cincuenta y Uno y 92/100 Nuevos Soles).

Tales montos, fueron cubiertos por cada una de las partes, de lo cual se dejó constancia a través de las Resoluciones N° 11 y N° 18 de fechas 23 de mayo y 08 de julio de 2016, respectivamente.

En ese sentido, estando a la decisión de este Árbitro Único de que cada una de las partes asuma sus costos, costas y gastos arbitrales, tenemos que en lo que respecta a los gastos arbitrales que en total ascienden a S/. 14,271.92 (Catorce Mil Doscientos Setenta y Uno y 92/100 Nuevos Soles), cada parte deberá asumir el 50% de este monto, es decir S/. 7,135.96 (Siete Mil Ciento Treinta y Cinco y 96/100 Nuevos Soles).

DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

Que, finalmente, el Árbitro Único deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su Decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en la expedición de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación de Árbitro Único.

Estando a las consideraciones expuestas el Árbitro Único, en Derecho y dentro del plazo fijado para tales efectos, **RESUELVE:**

PRIMERO.- DECLÁRESE FUNDADA la Primera Pretensión Principal derivada de la demanda planteada por el Consorcio Tecsur - Celsa y contenida en el Acta de la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios; y en tal sentido, **DÉJESE SIN EFECTO** la penalidad impuesta por la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. mediante Carta N° G439-2015 de fecha 23 de marzo de 2015 y, en consecuencia, **ORDÉNESE** a la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A. que restituya a favor del Consorcio Tecsur - Celsa la suma ascendente a US$. 12,776.60 (Doce Mil

Setecientos Setenta y Seis y 60/100 Dólares Americanos) por concepto de penalidad.

SEGUNDO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal derivada de la demanda planteada por el Consorcio Tecsur - Celsa y contenida en el Acta de la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios; y en tal sentido, **INDÍQUESE** que no corresponde indemnización alguna por los motivos expuestos en dicho análisis.

TERCERO.- DECLÁRESE IMPROCEDENTE la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal derivada de la demanda planteada por el Consorcio Tecsur - Celsa y contenida en el Acta de la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios; y en consecuencia, **INDÍQUESE** que no es procedente su pronunciamiento, debido a la naturaleza de dicha pretensión.

CUARTO.- DECLÁRESE IMPROCEDENTE la Pretensión Accesoria a la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal derivada de la demanda planteada por el Consorcio Tecsur - Celsa y contenida en el Acta de la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios; y en tal sentido, **INDÍQUESE** que no es procedente su pronunciamiento, debido a la naturaleza de dicha pretensión.

QUINTO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Segunda Pretensión Principal derivada de la demanda planteada por el Consorcio Tecsur - Celsa y contenida en el Acta de la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios; y en tal sentido, **DISPÓNGASE** que tanto el Consorcio Tecsur - Celsa así como la empresa Regional de Servicio Público de Electricidad del Oriente Sociedad Anonima – Electro Oriente S.A., asuman cada una de ellas y directamente, los gastos arbitrales que les correspondía sufragar (50% a cargo de cada una de ellas); así mismo, establézcase que cada una de las partes deberá asumir las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral.

SEXTO.- REMÍTASE al Organismo Superior de las Contrataciones del Estado OSCE, copia del presente Laudo Arbitral.

Notifíquese a las partes el presente Laudo, haciéndoles saber que tiene carácter vinculante y ejecutivo y que es eficaz desde el día de su notificación, así que como, contra el mismo, cabe plantear Recurso de Anulación.

Y, para que conste, firma el presente Laudo el Árbitro Único, ante la Secretaria del mismo, en el lugar y fecha señalados al principio.

CARLOS ALBERTO MATHEUS LÓPEZ
Árbitro Único

ELIZABETH KAREM RAMOS LARA
Secretaria Ad Hoc