

LAUDO DE DERECHO

CASO ARBITRAL N° 1136-198-16
CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

En el Proceso Arbitral seguido entre:

CONSORCIO INGENIERÍA

v.

EMPRESA ELECTRICIDAD DEL PERÚ - ELECTROPERÚ S.A.

Emitido por Tribunal Arbitral cuya composición es como sigue:

Presidente: Gonzalo García Calderón Moreyra

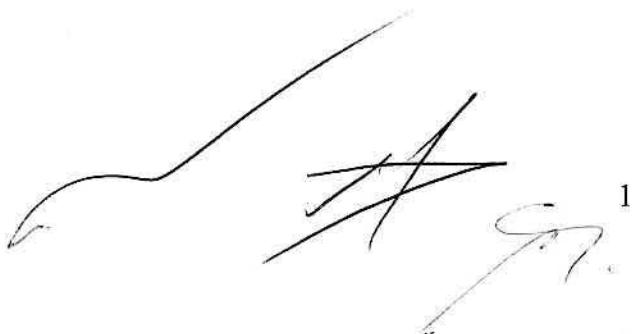
Miembros: Carlos Alberto Puerta Chu

Arturo Vargas Calderón

Secretaría: Karin Nilda Román Palomino

2 de setiembre de 2019

* * * * *



A handwritten signature in black ink, appearing to read "Gonzalo García Calderón Moreyra". A small number "1" is located at the bottom right of the signature.

LAUDO

RESOLUCIÓN Nro. 31

Lima, 2 de setiembre de 2019

I. PREÁMBULO.

1.1. Las Partes y sus representantes.

1. La Parte Demandante de este proceso está conformada por el Consorcio Ingeniería; es un contrato asociativo constituido por las empresas Sociedad de Ingeniería Constructiva Americana Contratistas Generales S.A.C. (identificada con R.U.C. nro. 20547708475) y el Sr. Juan Manuel Inga Hernández (identificado con D.N.I. nro. 17576860); y es denominada en lo sucesivo “DEMANDANTE”, “CONSORCIO” O “CONTRATISTA”.
2. La DEMANDANTE señaló el siguiente domicilio procesal: Av. Marginal No. 439, Urb. Javier Prado 6ta Etapa Salamanca, distrito de Ate Vitarte.
3. La Parte Demandada del proceso está conformada por Empresa Electricidad del Perú - ELECTRO PERU S.A., que es una empresa estatal de derecho privado que tiene como objetivo dedicarse a las actividades propias de la generación, transmisión y comercialización de energía eléctrica, de acuerdo a lo dispuesto en la legislación vigente; y es denominada en lo sucesivo “DEMANDADO”, “ELECTROPERÚ”, o “ENTIDAD”.
4. La ENTIDAD indicó el siguiente domicilio procesal: Prolongación Pedro Miotta No. 421, distrito de San Juan de Miraflores.

1.2. El Tribunal Arbitral.

5. El CONSORCIO designó como árbitro a Carlos Alberto Puerta Chu; por su parte, ELECTROPERU designó como árbitro a Arturo Vargas Calderón; quienes, seguidamente, designaron al doctor Gonzalo García Calderón Moreyra como presidente del Tribunal Arbitral.
6. En audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral mencionada posteriormente en este laudo se estableció como sede institucional el local del Centro de Arbitraje de la PUCP.
7. Los profesionales del derecho declararon que fueron debidamente designados de acuerdo a Ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, manifestando no tener ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con los mismos.

1.3. El Acuerdo Arbitral.



2

8. Con fecha 30 de junio de 2015, CONSORCIO INGENIERIA y ELECTROPERU, suscribieron el Contrato N° ADS-0025-2015-ELECTROPERU para la "Elaboración de Expediente Técnico para el Cambio de Redes Primaria, Secundaria y Alumbrado Público de los Campamentos Campo Armiño y Quichuas del Centro de Producción Mantaro", en adelante, EL CONTRATO.
9. De acuerdo a la Cláusula Décimo Octava de EL CONTRATO, las partes acordaron lo siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMO OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

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 de los plazos de caducidad previstos en la Ley y su Reglamento.

En tal sentido, las partes acuerdan expresamente que cualquier conflicto o controversia que pudiera surgir entre ellas como consecuencia de la interpretación o ejecución de este contrato, incluida las relacionadas con la nulidad y la invalidez, serán resueltas mediante arbitraje de derecho, a cargo de un Tribunal Arbitral compuesto por tres miembros, realizado bajo la organización y administración de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de acuerdo con su Reglamento.

El arbitraje se realizará en la ciudad de Lima y el laudo arbitral es definitivo e inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa o arbitral, y tiene valor que cosa juzgada o se ejecuta como una sentencia.

Sin perjuicio del convenio arbitral contenido en este cláusula, las partes se someten a la jurisdicción de los jueces y tribunales del Cercado de Lima para efectos de la eventual aplicación del Decreto Legislativo 1071 que norma el arbitraje."

10. De acuerdo a lo anterior, queda establecida la competencia arbitral, al haberse verificado el convenio arbitral suscrito entre CONSORCIO INGENIERÍA y ELECTROPERÚ e inserto en EL CONTRATO.
11. 1.4. Reglas Aplicables al Arbitraje. -
12. 11. Con fecha 6 de octubre de 2016, en el local sito en Calle Esquilache N° 371, San Isidro, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral.
13. 12. En dicha audiencia quedó establecido que se aplicarán al presente proceso arbitral las reglas del proceso contenidas en el Acta de Instalación, las contenidas en el Reglamento del Centro de Arbitraje de la PUCP, la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo No. 1017 o la "LCE"), modificada por la Ley N° 29873 y su Reglamento (Decreto Supremo No. 184-2008-EF o el "RLCE") y, supletoriamente, lo dispuesto en el Decreto Legislativo No. 1071 (o "DL 1071"), Decreto Legislativo que norma el arbitraje.
14. 13. En ese sentido, en caso de deficiencia o vacío respecto a las reglas del proceso, el Tribunal Arbitral quedó facultado a resolver en forma definitiva del modo que considere apropiado, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa de las partes, velando porque el procedimiento se desarrolle bajo los principios de celeridad, equidad, inmediación, privacidad, concentración, economía procesal y buena fe.

II. DESARROLLO DEL PRESENTE ARBITRAJE. -



A handwritten signature in black ink, appearing to be a stylized 'H' or 'S' followed by a date '07/01/2017'.

§ Demanda Arbitral y Contestación.

14. Con fecha 20 de octubre de 2016, el CONTRATISTA presentó su escrito de demanda arbitral, por el cual expuso la pretensión de su demanda y sustento. No obstante, esta fue luego subsanada por escrito presentado el 31 de octubre de 2016.
15. Por su parte, con fecha 5 de diciembre de 2016, ELECTROPERU presentó su escrito de contestación de demanda, por el cual contradice lo señalado por el CONSORCIO.

§ Fijación de Puntos Controvertidos.

16. Con fecha 18 de enero del 2017 se llevó a cabo la Audiencia de Determinación de Puntos Controvertidos, en la cual el Tribunal Arbitral procedió a establecer los siguientes puntos controvertidos:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la validez, ineficacia o nulidad de la Carta P-325-2016 notificada con fecha 20 de mayo del 2016, por la cual el demandado notificó y remitió la Resolución de Gerencia General N° G-074-2016 de fecha 19 de mayo del 2016, que a su vez resolvió aprobar la resolución del Contrato, por haberse cubierto el monto máximo de penalidad por mora.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la validez, ineficacia o nulidad de la Resolución de Gerencia General N° G-074-2016 de fecha 19 de mayo del 2016, por el cual el demandado aprobó la resolución del Contrato, suscrito el 30 de junio del 2015, por haberse cubierto el monto máximo de la penalidad por mora.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare la inaplicación del monto máximo de penalidad establecido por ELECTROPERU S.A., mediante la Carta PM-0971-2016 de fecha 06 de abril del 2016.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Determinar si corresponde o no declarar la Resolución del Contrato por causas no imputables a las partes o por causa imputable a ELECTROPERU.

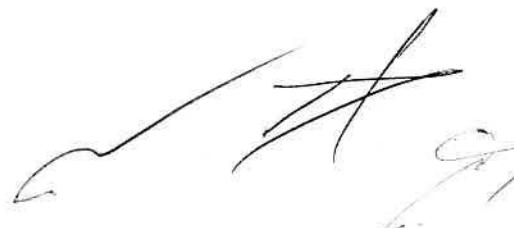
QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Declarar si corresponde o no declarar cuáles son las obligaciones contractuales respecto de los tres (3) informes y/o entregables, de conformidad con el numeral 11.6 de los Términos de Referencia del Contrato.

PRETENSIÓN ACCESORIA A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Determinar si corresponde o no señalar cuáles son las obligaciones que ELECTROPERÚ pretende que el Consorcio execute y, de ser el caso, las declare contractualmente inexigibles al Consorcio.

SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL



Determinar si corresponde o no ordenar a ELECTROPERÚ el pago a favor del consorcio de una suma ascendente a S/. 129, 077.50 más los intereses legales hasta la fecha de su cumplimiento, por concepto de indemnización por daños y perjuicios.

SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL

Determinar si corresponde o no ordenar a ELECTROPERU el pago de los costos y costas derivados del presente proceso arbitral a favor del Consorcio.

17. Adicionalmente, se admitieron como medios probatorios, los siguientes:

- Por parte del CONSORCIO, los documentos ofrecidos en el acápite "VII Medios Probatorios", identificados en el numeral 1 al 3, más los documentos correspondientes al numeral 32, 33 y 34 del acápite "Anexos" de la demanda, los cuales fueron ofrecidos a través del escrito de subsanación a la misma.
- Por el lado de ELECTROPERU, los documentos ofrecidos en el acápite "III Medios Probatorios", identificados del numeral 1 al 20 de la contestación a la demanda y que fueron subsanados mediante escrito de fecha 7 de diciembre del 2016.

18. El Tribunal Arbitral dejó establecido que los puntos controvertidos podrán ser ajustados o reformulados si ello resultara, a su juicio, más conveniente para resolver las pretensiones planteadas por las partes, sin que el orden empleado o el ajuste, omisión o interpretación genere nulidad de ningún tipo, sin excederse de la materia sometida a este arbitraje.

§ Audiencias, Pericia y Decisiones adoptadas en el presente proceso arbitral.

19. Con fecha 21 de abril de 2017 se realizó la Audiencia de Ilustración, por la cual se dio el uso de la palabra a los representantes de las partes para que expongan sus posiciones respecto a los hechos del caso.
20. Con fecha 30 de abril de 2019 se realizó la Audiencia de Informe Pericial, por la cual se dio la perito de oficio expuso los alcances del Informe Pericial que le fue solicitada mediante Resolución N° 11 del 24 de julio de 2017.
21. En efecto, la perito de oficio, Ing. María Elena Rivarola Rodríguez (CIP N° 23341) desarrolló una pericia cuyo objeto fue "Establecer si ELECTROPERU S.A. requirió la ejecución de nuevas partidas no contempladas en las bases del contrato suscrito con el Consorcio Ingeniería, cuyo objeto consistía en la elaboración de un expediente técnico para el cambio de las redes primaria, secundaria y alumbrado público de los campamentos Campo Armiño y Quichuas del Centro de Producción Mantaro de ELECTROPERU S.A."
22. Los comentarios finales de la perito en su referido informe fueron:
- La Entidad no precisó los alcances de los trabajos que tenía que ejecutar el Consultor, al no haber entregado en la etapa de licitación el estudio de Pre Inversión.
 - En la etapa de Consultas del proceso de Licitación, ningún postor solicitó se detallara los componentes de los campamentos Campo Armiño y Quichuas.
 - En los planos entregados por la Entidad, no figuraban los trabajos que viene solicitando el Consultor como prestaciones adicionales.

- El Consultor, luego de obtener una respuesta de la Entidad respecto a las prestaciones adicionales, siguió trabajando incluyendo en el Expediente Técnico estos mayores alcances, sin solicitar un mayor tiempo para su ejecución.
23. Asimismo, la perito concluyó que “*Ante la indefinición de metas, se deberá considerar como prestación adicional: Desmontaje y diseño de distribución de redes secundarias en Campo Armijo (Oficinas, Taller-Almacén, Grifo, Antena de comunicación, Pozo de oxidación), Villa Azul (Campamento Villa Azul) y Campamento Quichuas (Oficinas de represa del campamentos, Exteriores de las represa, Zona de ventilación del túnel, Zona de galerías de túnel, Zona de la base policial, Zona de maquinaria pesada, Exteriores de la base militar) y Desmontaje y diseño de distribución de redes primadas en Campamentos Quichuas (Zona de ventilación, Galerías de túnel y Exteriores de represa, Zona de bombeo).*
 24. En Audiencia de Informes Orales, llevada a cabo el 10 de junio de 2019, el Tribunal Arbitral otorgó el uso de la palabra a las partes a efectos de que sustenten su posición respecto a la controversia, quienes informaron y respondieron a las preguntas del Colegiado, según consta en el audio de registro de la audiencia.
 25. Con fecha 8 de mayo de 2019, las partes presentaron sus alegatos finales.
 26. Mediante el Acta de Audiencia de Informes Orales de fecha 10 de junio de 2019, se fijó plazo para laudar en 30 días hábiles; por Resolución No. 30 se prorrogó el plazo por 30 días hábiles adicionales, siendo el último día para laudar el 6 de setiembre de 2019.

III. ALEGACIONES DE LAS PARTES. -

§ Posición del Demandante

§ Respecto de la Primera y Segunda Pretensión de la Demanda

27. Que, la Carta N° P-325-2016 carece de fundamento y motivación, en tanto la mencionada adjunta la Resolución de Gerencia General N° G-074-2016 de fecha 19 de mayo del 2016, la misma que hace referencia al denominado Informe Técnico Sustentatorio N° CPM-042-2016 de fecha 08 de mayo del 2016, el mismo que no habría sido remitido al DEMANDANTE, por lo cual, la resolución del CONTRATO sería un acto administrativo inválido e ineficaz.
28. Por otra parte, el DEMANDANTE sostiene que la decisión adoptada por la Entidad carece de sustento debido que la resolución del CONTRATO se sustentó en una supuesta máxima penalidad por mora en la entrega de los tres informes, la misma que se debió a las constantes modificaciones adicionales realizadas por la Entidad. Asimismo, la Entidad demandaba incorporaciones extracontractuales.

§ Respecto de la Tercera Pretensión de la Demanda

29. Qué, el demandante sostiene que no corresponde lo señalado por la Entidad respecto a que el Contratista no habría cumplido con la entrega de los tres informes conforme a los Términos y Referencias del CONTRATO, dado que sí

habría cumplido con levantar todas las observaciones planteadas por la Entidad respecto al Informe N° 1.

30. Sin embargo, la Entidad, pese a las subsanaciones, habría realizado nuevas observaciones, indicando que son las mismas, solicitando que se subsanen observaciones que no forman parte de las obligaciones contractuales. Por tanto, el Contratista sostiene que la aplicación de la máxima penalidad por mora es un abuso.

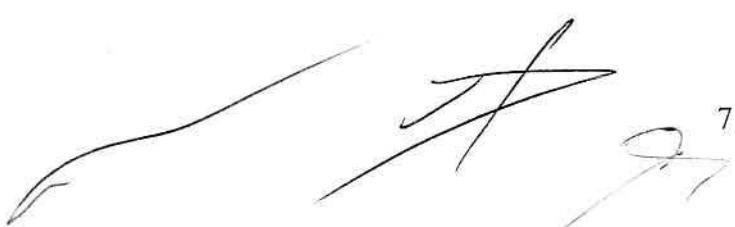
§ ResPECTO DE LA CUARTA Y QUINTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA, Y LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA QUINTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

31. Que, el demandante sostiene que las observaciones levantadas por la Entidad no pudieron absolverse debido a que había serias deficiencias en los términos de referencia, lo cual no le era imputable al Contratista, más aún cuando dichos vacíos y deficiencias eran de conocimiento de la Entidad. Asimismo, el demandante señala que, pese a las observaciones, por un ánimo de buena fe y por concluir satisfactoriamente con el servicio, realizó las tareas del segundo Informe paralelamente.
32. Por otra parte, el demandante señala que para que la Entidad puede aplicar la penalidad ante incumplimiento, no solo debe verificarse la existencia de retraso en el cumplimiento de la prestación, sino que además, dicho retraso debe ser injustificado. Al respecto, el demandante sostiene que ha demostrado la diligencia ordinaria requerida, en tanto, solicitó la documentación necesaria para cumplir con el CONTRATO así como disposición para cumplir con los nuevos requerimientos realizados por la Entidad; sin embargo, la Entidad se negó a colaborar con el Contratista.
33. En tal sentido, el demandante alega que la demora en la presentación de los Informes fue justificada y argumentada, por lo que no correspondía la aplicación de la penalidad por mora

§ ResPECTO DE LA SEXTA PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

34. Que, respecto a la pretensión indemnizatoria, el demandante sostiene que la resolución del CONTRATO, como consecuencia de la aplicación de la máxima penalidad por mora, es un hecho injusto dado que habría cumplido con sus obligaciones contractuales de subsanar las observaciones formuladas por la Entidad así como tratado de cumplir con los requerimientos adicionales que no formaban parte de la prestación. Todo ello, le habría hecho incurrir en mayores gastos adicionales, lo que devino en daño económico.
35. Al respecto, el demandante sostiene que la suma pretendida corresponde al valor monetario de aquello que ha tenido que soportar como consecuencia de la conducta arbitraria y negligente de la Entidad. Mérito de ello, esta desarrollado en los Anexos donde se describe los gastos adicionales incurridos en el entregable N° 1.

§ Posición de la Entidad



7

§ Respecto de la Primera y Segunda Pretensión de la Demanda

36. Que, el demandado sostiene que la decisión resolutoria así como la notificación se enmarcan dentro del ámbito de la autonomía contractual; por tanto, no pueden ser equiparados como actos administrativos. Así, la Entidad sostiene que las Normas de Derecho Público solo son aplicables de forma supletoria a las actuaciones del procedimiento de selección y no en la etapa de ejecución contractual.
37. Por otro lado, el demandado sostiene que la decisión resolutoria de debió a que el Contratista habría llegado al tope de la penalidad prevista producto de incumplimientos, lo cual fue comunicado al demandante, y es en función a ello, que cuestiona la penalidad, por lo que no corresponde que el Contratista alegue indebida motivación.

§ Respecto de la Tercera Pretensión de la Demanda

38. Que, el demandado sostiene que el Contratista no sustenta por qué las observaciones planteadas por la Entidad no se enmarcaban dentro del Contrato y las Bases. Asimismo, el demandado señala que si bien con Carta N° PM-0971-2016 se le comunicó al demandante que no habría cumplido con sus obligaciones, la penalidad no le fue aplicada con dicho documentos, sino mediante el Documento N° AL-0501-2016 de fecha 21 de abril del 2016, el cual no habría sido cuestionado.

§ Respecto de la Cuarta y Quinta Pretensión de la Demanda, y la Pretensión Accesoria a la Quinta Pretensión de la Demanda

39. Que, el demandado sostiene sorprenderse que el demandante señales, a estas alturas, que existían deficiencias en los términos de referencia, cuando tuvo acceso a estos términos durante todo el proceso de selección que precedió al CONTRATO, y sin embargo, nunca lo cuestionó. Por tanto, a consideración del demandado, la posición del Contratista es contrario al Principio de Buena Fe contractual y a la doctrina de los actos propios pues pretende desconocer su propia manifestación de voluntad.
40. Por otra parte, el demandado sostiene que los Términos de Referencia del Contrato establecen con claridad cada uno de los entregables, y que las observaciones realizadas se enmarcaron en los alcances del servicio.
41. Respecto a que el Contratista tuvo que contar con un equipo de medición de energía, dicho requerimiento se realizó sobre la base del compromiso de mejora de su propuesta técnica de las Bases Integradas al CONTRATO.

§ Respecto de la Sexta Pretensión de la Demanda

42. Que, respecto a la pretensión indemnizatoria, el demando sostiene que el Contratista no presenta documento alguno que justifique el quantum del supuesto daño alegado, ni mucho menos sustenta porque dicho daño es imputable, es decir, que exista un nexo causal entre el daño y la conducta de la Entidad.

43. Por otro lado, el demandado sostiene que el cuadro Excel de supuesto gastos efectuados no tiene mayor mérito probatorio, así, se mencionan gastos concernientes a la participación de profesionales, sin embargo, no toma en cuenta los reclamos de la Entidad exigiendo la participación de los mismos. También, respecto al alegado personal administrativo, el demandado menciona que no hay evidencia de su participación, ni tampoco de su ingreso al campamento.

IV. CUESTIONES PRELIMINARES. -

44. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente:

- i) El presente proceso se constituyó de conformidad con las disposiciones establecidas en el Contrato;
- ii) El Consorcio presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso;
- iii) Por su parte, la Entidad fue debidamente emplazada, contestando la demanda dentro del plazo dispuesto para ello y ejerció plenamente su derecho de defensa;
- iv) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.

45. Asimismo, el Tribunal Arbitral deja constancia que el punto controvertido podrá ser ajustado, reformulado y/o analizado para resolver la pretensión planteada por las partes sin que el ajuste genere nulidad de ningún tipo y sin que exceda en la materia sometida a arbitraje.

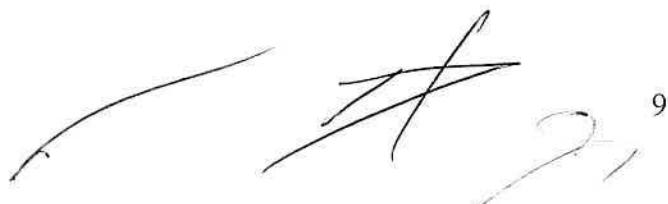
46. En cuanto a las pruebas, el Tribunal Arbitral expresa que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el árbitro respecto al punto controvertido y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba: necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba.

47. Estos medios probatorios deben ser valorados de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueban los hechos que fundamentan su pretensión, la demanda deberá ser declarada infundada.

48. Asimismo, el Tribunal Arbitral destaca que tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas, estando en concordancia con lo establecido en el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje y el artículo 43º del Decreto Legislativo nro. 1071.

49. Siendo ello así, el Tribunal Arbitral pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente.

V. ANÁLISIS. -



9

CONSIDERANDO:

§ 1. Normativa aplicable.

PRIMERO.

50. El presente proceso arbitral se deriva de las controversias surgidas entre las partes respecto del Contrato para la Elaboración de Expediente Técnico para el Cambio de Redes Primaria, Secundaria y Alumbrado Público de los Campamentos Campo Armiño y Quichuas del Centro de Producción Mantaro (el CONTRATO).
51. En ese marco, conforme a la cláusula primera y décimo séptima del Contrato, el marco legal aplicable al mismo está conformado por la LCE y el RLCE, así como por las disposiciones contenidas en el Expediente Técnico, las Bases Integradas de la Licitación Pública, la Propuesta Técnica y Económica del Contratista; no obstante, asimismo, por normas pertinentes del Código Civil y demás concordantes.
52. En caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado.

SEGUNDO.

53. Para resolver la presente controversia, el Tribunal Arbitral ha tenido a la vista un conjunto de medios probatorios que tienen el propósito de comprobar que los hechos descritos por las partes, primero, han tenido lugar en la realidad y, segundo, se encuentran configurados en los supuestos de hecho que conforman las normas jurídicas o cláusulas contractuales correspondientes, a los cuales les corresponde una consecuencia jurídica.
54. Para tal efecto, es menester precisar que constituye un principio general de todo proceso, el de la «carga de la prueba», norma elemental de lógica jurídica en materia de probanza que se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico y que consiste en que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.
55. Así, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el juzgador respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo a los principios generales de la prueba.
56. Adicionalmente, es menester advertir que en el ordenamiento jurídico peruano y otros de Latinoamérica se reconoce el «principio de adquisición procesal», el cual consiste en que las pruebas de una de las partes pueden resultar benéficas a los intereses de la contraria y, más aún, el juzgador ha de examinar y valorar las pruebas que obran en autos, a fin de obtener con esos medios de prueba la verdad histórica que debe prevalecer en el caso justiciable.
57. Efectivamente, en términos de CHIOVENDA, el principio de adquisición procesal consiste en lo siguiente:

“(...) un derecho importante de las partes deriva de la circunstancia que la actividad de ambas

*pertenece a una relación única; y este derecho consiste en que los resultados de sus actividades son comunes a las dos partes en juicio. En virtud del tal principio, llamado de la adquisición procesal, cada una de las partes tiene derecho a utilizar las aportaciones hechas por la contraria, las peticiones que ésta formule y los actos de impulso que realice*¹.

58. Por su parte, el artículo 43º del Decreto Legislativo N° 1071 otorga a los árbitros, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas, siempre que la valoración sea realizada en forma conjunta y utilicen su apreciación razonada:

"Artículo 43º.- 1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.

2. El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso".

§ 2. Materia en controversia.

TERCERO.

59. La controversia surgida entre las partes está relacionada a la penalidad por mora y a la resolución del CONTRATO por haberse cubierto el monto máximo de la misma, en tanto que el Contratista considera que dichas penalidades no eran aplicables, dado que las observaciones planteadas por ELECTROPERU a sus entregables o informes no corresponden a las obligaciones contractuales asumidas por el CONSORCIO, por no estar contempladas en el CONTRATO, los TDR o documentos anexos.
60. Por su parte, la Entidad contradice la demanda, alegando que la posición de la DEMANDANTE es contrataría a la buena y a los actos propios, estando enmarcadas en los alcances del servicio las observaciones hechas a los informes referidos.

CUARTO.

61. En el ámbito de las contrataciones con el Estado, el artículo 165 del RLCE establece la penalidad por mora en la ejecución de la prestación.
62. En relación a su naturaleza, en diversas codificaciones, incluida la peruana, la cláusula penal es considerada un pacto accesorio (*"la nulidad de la cláusula penal no origina la de la obligación principal"* – art. 1345 del Código Civil).
63. Respecto a los fines que persigue, desde el derecho romano, la *stipulatio poenae* guardaba un carácter mixto, de pena y de indemnización. Ciertamente, en la práctica jurídica y comercial se puede apreciar que la cláusula penal puede tener funciones relevantes: la de liquidación preventiva del daño (indemnización), la de coacción y la pena (pura sanción)².

¹ CHIOVENDA, José. *Instituciones de derecho procesal civil*. vol. III, trad. E. Gómez de Orbaneja, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 91.

² TRIMARCHI, Vincenzo Michele. *Clausola penale*, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. III, Utet, Turín, 1959,

64. En otros términos, “el peligro de incurrir en la penalidad constituye un estímulo para el deudor respecto del cumplimiento. En la cláusula [penal] se aprecia, por otro lado, y en lo que atañe a la obligación de resarcimiento, una liquidación (o valorización convencional) anticipada de los daños consiguientes al incumplimiento o al retraso”³.
65. De lo expuesto se desprende que la cláusula penal presupone la existencia de una obligación o deber jurídico⁴, el cual no es ejecutado o es ejecutado parcialmente o con retraso.

QUINTO.

66. Siendo que la cláusula penal está relacionada al incumplimiento de una obligación, cabe destacarse el vínculo inherente entre obligación, incumplimiento y responsabilidad.
67. Así, en palabras de los autores DE RUGGIERO y MAROI, la obligación expresa principalmente, y normalmente, la relación jurídica por la cual una persona (deudor) está constreñida a una determinada prestación frente a otra (acreedor), que tiene el derecho de pretenderla, exigiendo al primero que la satisfaga. De esta manera, la obligación tiene tres elementos esenciales: el doble sujeto (activo y pasivo), el vínculo que media entre el acreedor y deudor y la prestación, siendo las características de la prestación la patrimonialidad y la correspondencia al interés del acreedor en su ejecución.⁵
68. De lo anterior se puede afirmar que el incumplimiento de una obligación es la defraudación al interés del acreedor en la prestación del deudor, en general, por causa imputable a éste.⁶ Precisamente, como DÍEZ-PICAZO refiere, la lesión al derecho de crédito se presenta en dos formas: en una situación de *no prestación*, donde el deudor no realiza ningún acto dirigido a ejecutar la prestación debida, y en una situación de *prestación inexacta*, donde la conducta realizada por el deudor no coincide con la prestación debida. En ese orden de ideas, siguiendo al autor en mención, por un lado, los supuestos de *no prestación* son la imposibilidad sobreviniente, el incumplimiento y el retardo/mora, mientras que, por otro lado, las hipótesis de *prestación inexacta* son el cumplimiento parcial, el tardío y el defectuoso.⁷

citado por LEÓN, Leysser L. *Derecho de las relaciones obligatorias*. Jurista Editores, Lima, 2007, p. 442.

³ *Ibid.*

⁴ TRIMARCHI, Vincenzo Michele. *Clausola penale*, en *Novissimo Digesto Italiano*, vol. III, Utet, Turín, 1959, citado por LEÓN, Leysser L. *Derecho de las relaciones obligatorias*. Jurista Editores, Lima, 2007, p. 443.

⁵ DE RUGGIERO, Roberto y Fulvio MAROI. *Istituzioni di diritto privato*, Vol. II. 6^a ed. Reelaborada según el nuevo Código. Milán-Messina: Casa editrice Giussepe Principato, 1947, p. 1-5.

⁶ MICCIO, Renato. *Delle obbligazioni in generale*. Art. 1173-1320. 3^a Ed. Revisada y actualizada. Turín: Utet, 1982, pp. 5-7, quien refiere que “el interés del acreedor es conseguir el objeto de la prestación y es de naturaleza determinante y absoluta (...) de forma tal que constituye un derecho”; en un sentido similar, Massimo BIANCA afirma que el “elemento funcional de la relación obligatoria es el interés del acreedor”, siendo “el interés que la prestación está destinada a satisfacer” (BIANCA, Massimo. *Diritto Civile*. Volume 4: *L’obbligazione*. Ott. A. Giuffrè Editore. Milano, Italia, 1991, p.41).

⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. Volumen I; p. 673-ss. Ver también, ZACCARIA, Alessio. *Commentario sub art. 1218*, en ID., *Commentario essenziale al libro IV del Codice Civile. Delle obbligazioni (art. 1173-2059)*. Pardua: Cedam, 1996, pp.18-20, quien refiere que la doctrina y la legislación civilistas diferencian distintos presupuestos de incumplimiento: por un lado, el modelo alemán

69. En resumen, cuando dos partes se involucran en un contrato con prestaciones signalgmáticas⁸, se constrñen u obligan mutuamente a cumplir con ciertos actos, conductas o comportamientos que dan contenido, justamente, a dichas prestaciones. El incumplimiento de las obligaciones asumidas por una de las partes implica la lesión al interés de la otra, la cual aguarda su realización y, por consiguiente, quien incurre en esta falta debe responder de los daños y perjuicios que haya generado en su acreedor.

SEXTO.

70. En resumen, cuando dos partes se involucran en un contrato con prestaciones signalgmáticas⁹, se constrñen u obligan mutuamente a cumplir con ciertos actos, conductas o comportamientos que dan contenido, justamente, a dichas prestaciones. El incumplimiento de las obligaciones asumidas por una de las partes implica la lesión al interés de la otra, la cual aguarda su realización y, por consiguiente, quien incurre en esta falta debe responder de los daños y perjuicios que haya generado en su acreedor.

§ 3. Sobre la aplicación de la penalidad por mora / Tercera pretensión principal.

SÉPTIMO.

71. Siendo que el aspecto neurálgico de la controversia es la aplicación de la penalidad, el Tribunal Arbitral estima pertinente iniciar su desarrollo analizando la tercera pretensión principal.
72. Respecto a este punto controvertido, el CONSORCIO sostiene que no corresponde la aplicación del monto máximo de penalidad por mora dado que respecto al Informe N° 1 ha cumplido con levantar todas las observaciones planteadas por la Entidad; no obstante, ésta última hace nuevas observaciones indicando que son las mismas cuando en realidad son partidas nuevas que no forman parte de las obligaciones contenidas en el CONTRATO.
73. Sobre el particular, el Tribunal Arbitral advierte que la Cláusula Décimo Cuarta del CONTRATO, se basa en lo prescrito en el artículo 165º del RLCE, el cual regula la penalidad por mora en el cumplimiento. Para un mejor acercamiento a la controversia, a continuación se cita el tenor de la referida cláusula:

"CLÁUSULA DECIMOCUARTA: PENALIDAD POR MORA
14.1 PENALIDAD POR MORA

Si EL CONTRATISTA incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, LA ENTIDAD le aplicará una penalidad por cada día

indica que "el incumplimiento puede ser total o puede tratarse de cumplimiento inexacto de la obligación" y, por otro lado, el modelo italiano introduce una tercera categoría, clasificando al incumplimiento en relativo (mora), absoluto y cumplimiento inexacto.

⁸ La expresión sinalagma es un término culto empleado por los justinianos para designar la voz latina *contractus*.

⁹ La expresión sinalagma es un término culto empleado por los justinianos para designar la voz latina *contractus*.

de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente que debió ejecutarse, en concordancia con el artículo 165º del Reglamento de la Ley.

En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo a la siguiente fórmula:

(...)

Cuando llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, LA ENTIDAD podrá resolver el contrato por incumplimiento.

La justificación por el retraso se sujetará a lo dispuesto por la Ley y su Reglamento, el Código Civil y demás normas aplicables, según corresponda” (Énfasis agregado)

74. De acuerdo a lo señalado en la cláusula Décimo Cuarta del CONTRATO, se advierte que la penalidad por mora en la ejecución de la prestación se encuentra regulada bajo los parámetros del artículo 165º del RLCE, en vista de ello, resulta pertinente señalar lo dispuesto en dicha norma:

“Artículo 165.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

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

75. Asimismo, el artículo citado tiene su contraparte en la LCE, cuyo artículo 48º también hace referencia a la aplicación de una penalidad en caso de incumplimiento injustificado de las obligaciones del contratista:

“Artículo 48. Intereses y penalidades

(...)

El contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento.” (Énfasis agregado)

76. De las normas citadas podemos afirmar que la penalidad por mora busca garantizar el cumplimiento de una obligación dentro del plazo establecido, aplicándola como un mecanismo de sanción ante el cumplimiento, dependiendo los días de atraso¹⁰.
77. No obstante ello, se advierte que no se trata de un simple incumplimiento, sino que la penalidad es aplicada en los casos que exista un retraso injustificado por parte del CONTRATISTA dentro de la ejecución del CONTRATO.

¹⁰ De acuerdo a la Opinión 027-2010/DTN señala que la penalidades por mora tienen por finalidad, incentivar al contratista a cumplir con los plazos establecidos en el contrato; por tanto, se deduce que la penalidad por mora sanciona el retraso en la ejecución de las prestaciones a cargo de los contratistas, constituyéndose como el mecanismo coercitivo idóneo para asegurar el cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas por ellos.

OCTAVO.

78. Teniendo en cuenta el objeto señalado en la Cláusula Segunda del CONTRATO, y con la finalidad de determinar si existe responsabilidad por parte del CONSORCIO en el cumplimiento tardío de sus obligaciones; el Tribunal Arbitral, según lo expuesto por las partes, entiende que los plazos pactados en el CONTRATO (consignados en el numeral 13.2 de los TDR) son los siguientes:

- a) El Informe N° 1 que comprenderá el 100% de las actividades mencionada en el numeral 10.6., deberá ser entregado en un plazo de cincuenta y cinco (55) días calendario contados a partir de la fecha de inicio del plazo contractual. Incluye las etapas de revisión del informe por parte de ELECTROPERU S.A y la subsanación de las observaciones por parte del Postor ganador (contratista).
- b) El Informe N° 2 que comprende los estudios de ingeniería indicados en el numeral 10.6, deberá ser entregado en un plazo de cien (100) días calendario, contados a partir de la fecha de inicio del plazo contractual. Incluye las etapas de revisión del informe por parte de ELECTROPERU S.A y la subsanación de las observaciones por parte del Postor ganador (contratista).
- c) El Informe N° 3 que corresponde al informe final de la ingeniería del proyecto según los detalles indicados en el numeral 10.6, deberá ser entregado a los ciento cincuenta (150) días calendario, contados a partir de la fecha de inicio del plazo contractual. Incluye las etapas de revisión del informe por parte de ELECTROPERU S.A y la subsanación de las observaciones por parte del Postor ganador (contratista).

Para la revisión de los informes ELECTROPERU S.A. tiene un plazo de quince (15) días calendario para hacer llegar las observaciones al Consultor sobre los informe 1, informe 2 y el tercer informe (informe final).

Para subsanar las observaciones el contratista tendrá un plazo máximo de diez días (10) días calendario para los informes 1 y 2 y de quince (15) calendario días para el tercer informe (informe final).

79. Del escrito de demanda se aprecia que el CONSORCIO subsanó hasta en cinco (5) oportunidades el Informe N° 1 que presentó originalmente el 15 de setiembre de 2015; no obstante, inclusive la última subsanación (07-01-2016) fue observada por la ENTIDAD; y luego de ello comunica la aplicación de la penalidad por mora.
80. Al respecto, el CONSORCIO señala que sí levantó todas las observaciones planteadas por la ENTIDAD (textos repetitivos, actividades económicas, sociales y ubicación, análisis del sistema eléctrico, evaluación técnica y económica de cambio de nivel de tensión en la red primaria), ampliando con mayor información requerida. Así, considera que no es verdad que las nuevas observaciones de la ENTIDAD sean las mismas que había observado antes, puesto que no forman parte de las obligaciones contractuales del CONTRATISTA.
81. Por su parte, ELECTROPERÚ sostiene que la parte demandante no sustenta por qué las observaciones planteadas por la Entidad no se enmarcaban dentro del CONTRATO y sus Bases.
82. Por otra parte, señala que si bien con la Carta N° PM-0971-2016 se le comunicó al DEMANDANTE que no había cumplido con sus obligaciones, la penalidad no fue aplicada con dicho documento, sino mediante el Documento N° AL-0501-2016.

NOVENO.



15

83. En efecto, el Contratista sostiene en sus alegatos que para que la Entidad pueda aplicar la penalidad por incumplimiento, no solamente debe verificarse la existencia de un retraso en el cumplimiento de la prestación, sino que además, dicho retraso debe ser injustificado. Situación que en el presente caso no ha ocurrido, ya que lo que solicitaba ELECTROPERU serían partidas nuevas, tal y como lo ha establecido la pericia de oficio realizada en el presente caso.
84. Sin embargo, el Tribunal Arbitral considera de suma relevancia atender a lo también expresado por la perito respecto al tiempo de ejecución de tales labores:

“El Consultor, luego de obtener una respuesta de la entidad respecto a las prestaciones adicionales, siguió trabajando incluyendo en el expediente técnico estos mayores alcances, sin solicitar un mayor tiempo para su ejecución”.
85. La cita puesta en el párrafo anterior es fundamental, puesto que, en principio, para cumplir con las prestaciones a su cargo, el contratista ha de solicitar a la Entidad la ampliación de plazo correspondiente, por consiguiente, si no existe ampliación de plazo o esta ha sido denegada y no controvertida, el retraso no estaría justificado y el contratista sería pasible de sanción o penalidad.
86. Precisamente, el plazo que se concede al contratista para culminar sus prestaciones es tanto un derecho como una obligación para ambas partes. En algunos casos, ese plazo se amplía por efecto de la aplicación de supuestos que contempla el contrato o la normativa, lo cual puede conllevar consecuencias económicas.
87. El artículo 41 de la LCE dispone:

*“Artículo 41.- Prestaciones adicionales, reducciones y ampliaciones
(...)”*

“41.6. El contratista puede solicitar la ampliación del plazo pactado por atraso y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual”.

88. Como puede apreciarse la solicitud de ampliación de plazo será concedida en la medida que, por un lado, esté debidamente comprobado que el atraso fue ajeno a la voluntad del contratista y, por otro lado, dicho atraso haya afectado el cronograma o la ruta crítica del proyecto.
89. El RLCE complementa el artículo 41 de la LCE, estableciendo las causales de ampliación de plazo, del siguiente modo:

“Artículo 175.- Ampliación del plazo contractual

Procede la ampliación del plazo pactado en los siguientes casos:

1. *Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. (...)*
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.*
4. *Por caso fortuito o fuerza mayor”.*

90. De esta manera, cuando suceda alguno de los supuestos indicados en el artículo 175 del RLCE, procederá la modificación del plazo si, además, el contratista solicita la ampliación dentro de los 7 días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación del adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización.
91. Con el otorgamiento de la ampliación de plazo, la aplicación de la penalidad por mora no sería debida. Por el contrario, como sostiene la Dirección Técnico Normativa del OSCE en su Opinión nro. 090-2015/DTN, el retraso será injustificado “...cuando no se haya solicitado la ampliación del plazo contractual o cuando habiéndose solicitado no haya sido aprobada por no verificarse ninguna de las causales previstas en el artículo 175 del Reglamento”.

DÉCIMO.

92. La cita a la opinión de la perito es también fundamental porque advierte que el CONTRATISTA incluyó los adicionales que en el expediente técnico, dotándolo de mayores alcances, sin seguir los procedimientos que provee la normativa de contrataciones del Estado para que, por un lado, dichas labores sean reconocidas como adicionales y, por otro lado, se le conceda una ampliación de plazo por razones imputables a la ENTIDAD.
93. En ese sentido, puede colegirse que la aplicación de la penalidad por mora se realizó automáticamente y de manera correcta, en tanto que el presente Colegiado verifica que el CONTRATISTA no ha presentado una solicitud de ampliación de plazo o la denegatoria a la solicitud.
94. Asimismo, no se ha informado al Tribunal Arbitral de la existencia de un proceso arbitral por el cual el CONSORCIO haya cuestionado las observaciones de la ENTIDAD que contenían partidas no contempladas en el CONTRATO, con lo cual, aun si no se hubiera solicitado ampliación de plazo, la penalidad tendría un origen indebido, en el supuesto de que la observación haya sido declarada inválida o ineficaz por un tribunal arbitral, puesto que en dicho escenario, el CONTRATISTA habría cumplido con entregar el Informe N° 1 subsanado.
95. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral concluye que, de existir algún retraso en el plazo total de vigencia del CONTRATO, el mismo sería injustificado y atribuible al Contratista.

UNDÉCIMO.

96. En ese sentido, este Colegiado considera oportuno verificar si hubo retraso o no. Al respecto, la Cláusula Quinta del CONTRATO establece que el plazo total de la ejecución, se contará a partir de la fecha indicada en el Orden de Proceder, el cual fue emitido por la Entidad, mediante Carta N° PM-2509-2015 de fecha 14 de agosto del 2015, el cual señala que “se emite la presente ORDEN DE PROCEDER, fijándose la fecha de inicio de la ejecución de la prestación el día lunes 17 de agosto de 2015; por plazo total de ejecución de 135 días calendario, vencerá indefectiblemente el día martes 29 de diciembre del 2015.” (Subrayado agregado)

97. En ese sentido, la conformidad del servicio, entendido como la conformidad en la Elaboración de todo el Expediente Técnico de Obra, independiente que se haya pactado mediante presentación de tres (3) entregables, debía realizarse en es el plazo de (135) días calendario, el mismo que vencía indefectiblemente el día 29 de diciembre del 2015.
98. Valga anotarse que, a diferencia de la fase de ejecución de obra, el procedimiento regulado en el artículo 201 RLCE no sería aplicable al artículo 175 RLCE, por lo que corresponde determinar si los hechos alegados en la SAP I configuran alguna de las causales mencionadas. Sin perjuicio de ello, el procedimiento referido podrá ser tomado de referencia de debida diligencia.
99. Ahora bien, de los actuados en el Expediente, este Colegiado acredita que no está sujeto a controversia que la Contratista: (i) presentó el Informe N° 1 mediante Carta N° 0014-2015-CI/EL notificada el 15 de setiembre del 2015, (ii) presentó el Informe N° 2 mediante Carta N° 026-2015-CI/EL notificada el 01 de enero del 2016, (iii) no presentó el Informe N° 3; independiente de las observaciones y subsanaciones recurrentes.
100. Por lo tanto, bajo la premisa que CONSORCIO no cumplió con la entrega a conformidad de los tres (3) entregables que en su conjunto conformaban el Expediente Técnico de Obra; y que, no consta que hubiera solicitado una ampliación de plazo, que o habiéndolo solicitado esta no fuera aprobada; el Tribunal Arbitral concluye que, a partir de la fecha de vencimiento del plazo, dígase 29 de diciembre del 2015, el DEMANDANTE incurre en retraso injustificado

DUODÉCIMO.

101. Habiendo el Tribunal Arbitral llegado a la conclusión que la Contratista incurre en retraso injustificado a partir de vencimiento del plazo, este Colegiado considera oportuno verificar la aplicación de la penalidad por mora, para lo cual corresponde verificar la fórmula de cálculo dispuesto en el CONTRATO:

**"CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA: PENALIDAD POR MORA
14.1 PENALIDAD POR MORA**

(..)
En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo a la siguiente formula:

$$\text{Penalidad Diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}.$$

Donde:

F=0.25 para plazos menores o iguales a 60 días.

(...)

102. Al respecto, se puede destacar que la cláusula citada solo establece un factor ($F=0.25$) proyectándose a un plazo de ejecución contractual menor o igual a (60) días; sin embargo, el presente CONTRATO tiene un plazo de ejecución mayor, dígase (135) días, situación que no está regulada en el CONTRATO ni los documentos que forman parte de él.

103. Entonces, ante lo no regulado en el CONTRATO, corresponde la aplicación supletoria del REGLAMENTO APLICABLE, el cual en su artículo 165º dispone que:

"Artículo 165º.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

(...)

Donde F tendrá los siguientes valores

(...)

Para plazos mayores a sesenta (60) días:

b.1) *Para bienes y servicios F=0.25*

(...)"

(Subrayado es nuestro)

104. Por tanto, del referido artículo se desprende que para plazos mayores a sesenta (60) días, como en el presente caso, se aplicara el factor (F=0.25).

DECIMOTERCERO.

105. Ahora bien, mediante Carta N° PM-0971-2016, de fecha 06 de abril del 2016, ELECTROPERU le comunica al CONSORCIO INGENIERÍA que “*viene incurriendo en retraso injustificado de ejecución de la prestación objeto del contrato, por lo que de conformidad al numeral 14.1 – penalidad por mora, de la cláusula décimo cuarta del contrato, la entidad le aplicará una penalidad por cada – día – de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez (10%) por ciento del monto del contrato vigente, habiéndose computado al día de hoy 05-04-16, un total de 98 días calendario de retraso injustificado en la ejecución de la prestación.*

(Subrayado y resaltado agregado).

106. Así, mediante Carta N° AL-0501-2016 de fecha 21 de abril del 2016, ELECTROPERÚ le comunica a CONSORCIO INGENIERÍA que “*le remite una copia de la penalidad calculada a su representada por haber incurrido en retraso injustificado en la ejecución del servicio. El importe de la penalidad es de S/. 17,887.72*”. Del cálculo realizado, este Colegiado toma nota que se utilizó el factor (F=0.25) correspondiente, así como se aplicó la penalidad teniendo en cuenta el límite de diez (10%) por ciento; no obstante, dado los (98) días de atraso, el cálculo reflejaba una cifra manifiestamente mayor, S/. 51,940.00.

107. En ese sentido, este Tribunal Arbitral considera que la “penalidad por mora” impuesta por la ENTIDAD es correcta y válida porque (i) se aplica a retraso injustificado calculado a partir del vencimiento del plazo total del contrato y no respecto al vencimiento de los plazos establecidos en el Cronograma para cada uno de los tres entregables, (ii) se aplicó el factor que corresponde de conformidad al REGLAMENTO VIGENTE y (iii) se tomó en consideración el límite de penalidad por mora establecido.

108. Por consiguiente, el Tribunal Arbitral considera válido el monto máximo de penalidad por mora establecido por ELECTROPERU; en ese sentido, resuelve declarar INFUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda.

§ 4. Sobre la Primera y Segunda pretensiones principales.

DECIMOCUARTO.

109. En relación a ambas pretensiones, el CONSORCIO sostiene que la resolución del contrato se sustentó en una supuesta máxima penalidad por mora por retraso en la entrega de los Informes N° 1, 2 y 3; sin embargo, la pericia técnica demuestra que dichas solicitudes constituían partidas nuevas que no formaban parte de sus obligaciones contractuales. Por tanto, bajo su consideración, la resolución efectuada por la Entidad es ilegal. Asimismo, sostiene que la decisión resolutoria y la notificación no están debidamente sustentada como corresponde a un acto administrativo.
110. Por su parte, ELECTROPERU refiere que la decisión resolutoria así como la notificación de la misma se enmarca dentro del ámbito de la autonomía contractual, no pudiendo ser equiparado bajo ningún supuesto como actos administrativos. Asimismo, sostiene que la que la decisión resolutoria se sustenta en sí misma pues en ella se establece claramente por qué se resolvía el CONTRATO, que el Contratista había llegado al tope de la penalidad prevista producto de los incumplimientos.
111. El Tribunal Arbitral advierte que fluye del expediente que ELECTROPERU resolvió el CONTRATO mediante Carta Notarial N° P-325-2016 de fecha 19 de mayo del 2016, mediante la cual pone en conocimiento al Contratista de la Resolución de Gerencia General N° G-074-2016 de la misma fecha, invocando "*haber cubierto el monto máximo de la penalidad por mora*".
112. Al respecto, la causal invocada en la Resolución de Gerencia General, por parte de la ENTIDAD, cita lo establecido en la Cláusula Décimo Cuarta del CONTRATO, que señala:

"CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA: PENALIDAD POR MORA

14.1 PENALIDAD POR MORA

(...)

Cuando se lleve a cubrir el monto máximo de la penalidad, LA ENTIDAD podrá resolver el contrato por incumplimiento.

(...)

(Subrayado es nuestro)

113. Por tanto, de la Cláusula citada se concluye que ELECTROPERU podrá invocar como causal de resolución cubrir el monto máximo de la penalidad por mora.

DECIMOQUINTO.

114. Al respecto, la resolución contractual consiste en una acción destinada a hacer cesar los efectos de contratos afectados por vicios sobrevinientes al momento de celebración. Sin duda, la Resolución del Contrato es una figura que reviste extrema importancia para el Derecho, en la medida de que va a acarrear la pérdida de eficacia de la relación contractual. Es así que, las partes pueden establecer los supuestos (sobrevinientes) que habilitan a las partes a activar este mecanismo.
115. Entonces, habiendo el Tribunal Arbitral llegado a la conclusión que la Entidad aplicó válidamente la penalidad máxima por mora y que "cubrir el monto máximo de la penalidad habilita a la Entidad a resolver el contrato", es claro que la resolución del contrato practicada por ELECTROPERU es válida.

116. Respecto al argumento del DEMANDANTE sobre que corresponde la aplicación de las normas y principios del Procedimiento Administrativo General a los supuestos derivados de la ejecución del CONTRATO, este Tribunal Arbitral considera conveniente señalar que las disposiciones de la Ley N° 27444 no serían de aplicación supletoria a las disposiciones que regulan la ejecución de los contratos celebrados bajo el ámbito de la LEY APPLICABLE y su Reglamento, dado que La Ley N° 274444, Ley del Procedimiento Administrativo General no regula las relaciones contractuales de las entidades públicas, sino las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común, como se desprende del Artículo II de su Título Preliminar.
117. En ese sentido, “*en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, un contrato es un acuerdo de voluntades a través del cual tanto la Entidad como el proveedor buscan satisfacer su respectivo interés; en este aspecto, no existe mayor diferencia entre los contratos administrativos y los contratos privados, salvo por el hecho que la Entidad representa el interés público y, por tanto, goza de potestades especiales que le permiten*”¹¹.

DECIMOSEXTO.

118. Sin perjuicio de la conclusión arribada, este Colegiado toma nota que es argumento recurrente del demandante que la Entidad no le proporcionó información suficiente y que para la Elaboración del Expediente Técnico de Obra requería incluir adicionales; situación que fue confirmada, en parte, por el peritaje técnico de oficio.
119. Al respecto, el Tribunal Arbitral advierte que dichas controversias ocurrieron desde el inicio de la ejecución del contrato, como el propio escrito de demanda señala:
- i. Mediante Carta N° 0006-2015-CI/EL de fecha 18 de agosto del 2015, el Contratista solicita a la Entidad información disponible y necesaria para la elaboración del Expediente Técnico,
 - ii. Mediante Carta N° 0015-2015-CI/EL de fecha 16 de setiembre del 2015, el Contratista reitera su solicitud de información, y
 - iii. Mediante Cartas N° 0016-2015-CI/EL, N° 0017-2015-CI/EL y N° 0018-2015-CI/EL de fecha 16 de setiembre del 2015, el Contratista señala que *dentro de sus obligaciones contractuales no se encontraba el desmontaje y diseño de distribución de redes secundarias de la sub estación ubicado en Campo Armijo, Quichuas y Villa Azul*, solicitándose prestaciones adicionales o la exclusión de los mismos.
120. Entonces, si el Contratista manifiesta haber requerido, en su momento, información adicional y prestaciones adicionales; ante lo cual la Entidad manifestó rechazo, correspondía que el Contratista utilizará el medio de solución de controversias establecido en el CONTRATO, dígase el Arbitraje; sin embargo, eso no ocurrió. Por el contrario, del escrito de demanda se advierte que el Contratista presentó el Informe N° 1 “*pese a la falta de información*”, subsanó observaciones pese a

¹¹ Opinión N° 072-2011/DTN

que considera que “no forman parte de las obligaciones contractuales”; hechos que contrastan sus pretensiones.

121. Por consiguiente, el Tribunal Arbitral considera válida y eficaz la resolución del CONTRATO aprobada mediante Resolución de Gerencia General N° G-074-2016 de fecha 19 de mayo del 2016; y en consecuencia, resuelve declarar INFUNDADA las pretensiones bajo análisis.

§ 5. Sobre la Cuarta pretensión principal.

DECIMOSÉPTIMO.

122. Habiendo el Tribunal Arbitral resuelto válida y eficaz la resolución del CONTRATO aprobada mediante Resolución de Gerencia General N° G-074-2016 de fecha 19 de mayo del 2016, considera que no corresponde mayor análisis; por tanto, este Colegiado resuelve declarar INFUNDADA dicha pretensión.

§ 6. Sobre la Quinta pretensión principal.

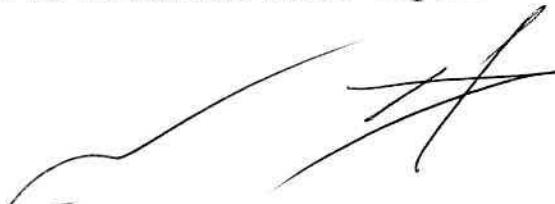
DECIMOCTAVO.

123. Habiendo el Tribunal Arbitral resuelto válida y eficaz la resolución del CONTRATO aprobada mediante Resolución de Gerencia General N° G-074-2016 de fecha 19 de mayo del 2016, considera que no corresponde realizar mayor análisis o pronunciamiento adicional alguno sobre las obligaciones del CONTRATO; por tanto, este Colegiado resuelve declarar NO HA LUGAR dicha pretensión.

§ 7. Sobre la Sexta pretensión principal.

DECIMONOVENO.

124. El CONSORCIO argumenta haber sufrido daños derivados de la *resolución del contrato por penalidad máxima aplicada*, lo que a su consideración es injusto, en tanto, alega haber cumplido con su obligación contractual de subsanar las observaciones que la Entidad realizaba a los entregables presentados. Asimismo, señala que los requerimientos adicionales, que no formaban partes de la prestación, le generaban gastos de tiempo y dinero, lo que le produjo graves daños económicos.
125. Por su parte, ELECTROPERÚ señala que la parte demandante no ha presentado prueba alguna que justifique el quantum del supuesto daño alegado, ni mucho menos sustenta por qué dicho daño le es imputable, es decir, acreditar el nexo de causalidad entre el daño alegado y la conducta de la Entidad.
126. Sobre el particular, con relación al daño, cabe manifestar que el mismo es conceptualizado de manera general como todo perjuicio o menoscabo que sufre un individuo, ya sea en su entidad psicosomática o en su patrimonio.
127. En tal sentido, el daño implica una calificación que realiza un sujeto respecto a las consecuencias que conlleva un determinado evento respecto a su situación



precedente, es decir, luego “...de la formulación de un juicio de disvalor sobre el suceso dañoso y, por lo tanto, sobre la exigencia de intervenir...”¹².

VIGÉSIMO.

128. Al respecto, tal y como ha sido aceptado pacíficamente en la doctrina comparada, el daño debe reunir determinadas características que incidirán en la calificación respecto a la aptitud que debe tener el mismo para efectos de su resarcimiento. Sobre el particular, se ha establecido que, a fin de ser resarcido, el daño debe cumplir con los requisitos de ser cierto; de ser subsistente, es decir, de no haber sido reparado; contar con una “especialidad”, esto es, que se afecte el interés de una persona o entidad que haya merecido juridicidad por el ordenamiento jurídico; y debe ser injusto.
129. Sobre este último requisito, el Tribunal Arbitral ha concluido que la resolución del contrato se ha producido como resultado del ejercicio regular de un derecho: la aplicación de la máxima penalidad por mora, la que es consecuencia de un retraso injustificado por parte del CONTRATISTA, al no haber cumplido con el objeto del CONTRATO, en el plazo establecido, o en su defecto, solicitar una ampliación de plazo como correspondía.
130. En ese sentido, este Colegiado considera que el supuesto daño que pudo haber sufrido el CONTRATISTA no le es imputable a la ENTIDAD por carecer de antijuridicidad; no siendo necesario que se analicen los demás presupuestos de la responsabilidad civil. Por consiguiente, el Tribunal Arbitral resuelve declarar INFUNDADA la pretensión.

§ 8. Pronunciamiento sobre costos del proceso / Séptima pretensión principal.

VIGÉSIMO PRIMERO.

131. Por último, en cuanto a las costas y costos del proceso arbitral, el artículo 67º del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje dispone que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establecerá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas, teniendo presente, de haberse previsto, lo pactado en el convenio arbitral.
132. Siendo que en el convenio arbitral no se ha establecido un pacto sobre el particular, el Tribunal Arbitral estima pertinente atender a la disposición en mención, según el cual, el Tribunal Arbitral debe emitir pronunciamiento en el Laudo sobre la distribución de los costos del arbitraje.
133. Así, en el presente caso, es menester señalar que la conducta de las partes ha sido realizada dentro de los cánones de la buena fe, por lo que, independientemente del resultado, este Tribunal Arbitral considera que no corresponde condenar a una parte al pago exclusivo de las costas y costos, debiendo soportar cada una de éstas las costas y costos que les corresponde. En razón a ello, el Tribunal Arbitral dispone

¹² SALVI, Cesare. “El Daño” En: “Estudios sobre la Responsabilidad Civil”. Traducción y edición al cuidado de Leysser L. León. ARA Editores. Lima. Perú. 2001. Pág. 286.

que ambas partes asuman las costas y costos en proporciones iguales, debiendo cada una de ellas asumir el costo involucrado en la defensa legal.

VI. DECISIÓN.

134. Finalmente, el Tribunal Arbitral 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 las expediciones de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje.
135. En atención a ello y siendo que el Tribunal Arbitral no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no ha estado sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, el Tribunal Arbitral LAUDA EN DERECHO de la siguiente manera:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la Primera Pretensión de la Demanda formulada por CONSORCIO INGENIERÍA referida a que se deje sin efecto la Carta N° P-325-2016 de fecha 20 de mayo del 2016 emitida por ELECTROPERÚ.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la Segunda Pretensión de la Demanda formulada por CONSORCIO INGENIERÍA referida a que se deje sin efecto la Resolución del Contrato efectuado ELECTROPERÚ.

TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la Tercera Pretensión de la Demanda formulada por CONSORCIO INGENIERÍA referida a que se deje sin efecto la penalidad por mora aplicada por parte de ELECTROPERÚ.

CUARTO: DECLARAR INFUNDADA la Cuarta Pretensión de la Demanda formulada por CONSORCIO INGENIERÍA referida a que se declare la Resolución del Contrato por causa no imputables a las partes o por causa imputable a ELECTROPERÚ

QUINTO: NO HA LUGAR la Quinta Pretensión de la Demanda formulada por CONSORCIO INGENIERÍA referida a que se determine cuáles son las obligaciones contractuales respecto de los tres (3) informes y/o entregables que le correspondía al CONSORCIO INGENIERÍA.

SEXTO: DECLARAR INFUNDADA la Pretensión Accesoria a la Quinta Pretensión Principal de la Demanda formulada por CONSORCIO INGENIERÍA referida a que se determine cuáles son las obligaciones que ELECTROPERÚ pretende que CONSORCIO INGENIERÍA ejecute, y de ser el caso, cuáles son contractualmente inexigibles.

SEPTIMO: DECLARAR INFUNDADA la Sexta Pretensión Principal de la Demanda

formulada por CONSORCIO INGENIERÍA referida al pago de una indemnización por daños y perjuicios por parte de ELECTROPERÚ.

OCTAVO: DISPONER que las partes asuman las costas y costos en proporciones iguales, debiendo cada una de ellas asumir el costo involucrado en la defensa legal.



Gonzalo García Calderón Moreyra
Presidente del Tribunal Arbitral



Carlos Alberto Piurta Chu
Miembro del Tribunal Arbitral



Arturo Vargas Calderón
Miembro del Tribunal Arbitral