

**CENTRO DE ANÁLISIS Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE LA PONTIFICIA
UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ**

Caso Arbitral N° 2747-119-20

**DIRECCIÓN ESTRATÉGICA S.A.C.
C.
EMPRESA REGIONAL DE SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD – ELECTRO
ORIENTE S.A.**

LAUDO DE DERECHO

Árbitro Único

Leonardo Manuel Chang Valderas

**Secretaria Arbitral
Sheyla Jackeline Ojeda Rojas**

Lugar de emisión: Lima – Perú.

Fecha de emisión y depósito del Laudo: 11 de octubre 2022.

1. LAS PARTES, SUS REPRESENTANTES Y ABOGADOS

DEMANDANTE DIRECCIÓN ESTRATÉGICA S.A.C.

DOMICILIOS PROCESALES ELECTRÓNICOS

daniel@linaresabogados.com

DEMANDADO EMPRESA DE SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD DEL ORIENTE –
ELECTRO ORIENTE S.A.

DOMICILIOS PROCESALES ELECTRÓNICOS

nchavez@elor.com.pe
moises.panduroz@gmail.com

2. DEL CENTRO, DEL ÁRBITRO ÚNICO Y LA SECRETARÍA ARBITRAL

- 2.1. Este arbitraje fue administrado y organizado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante el CENTRO).
- 2.2. La Corte de Arbitraje del CENTRO designó como Árbitro Único al abogado Leonardo Manuel Chang Valderas, a quien se le comunicó de dicha designación con fecha 28 de enero de 2021, aceptando el cargo con fecha 01 de febrero de 2021.
- 2.3. Las funciones propias de la secretaría arbitral estuvieron a cargo, en un primer momento, de la abogada Daniela Ardiles Chávarry. Posteriormente, quien asumió el cargo fue la abogada Sheyla Jackeline Ojeda Rojas.

3. DE LA SEDE DEL ARBITRAJE

- 3.1. La sede del arbitraje es la ciudad de Lima y como sede institucional el local del CENTRO, ubicado en Calle Esquilache N° 371, San Isidro, Lima, Lima.

4. DEL IDIOMA DEL ARBITRAJE

- 4.1. Este arbitraje se tramitó en el idioma español.

5. DEL TIPO DE ARBITRAJE Y LA LEY APLICABLE

- 5.1. Este proceso arbitral es uno institucional, de derecho y nacional.

6. CONVENIO ARBITRAL

Conforme se registra en la solicitud de arbitraje de fecha 27 de febrero de 2020, existe un convenio arbitral a partir de que:

La relación contractual ha sido perfeccionada mediante la emisión del Pedido Marco u Orden de Servicio efectuada por la Entidad el 24 de setiembre de 2019, al tratarse de una Adjudicación Simplificada conforme a lo señalado por el artículo 137.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante RLCE), que señala expresamente lo siguiente:

"137.1. El contrato se perfecciona con la suscripción del documento que lo contiene, salvo en los contratos derivados de procedimientos de Subasta Inversa Electrónica y Adjudicación Simplificada para bienes y servicios en general, en los que el contrato se puede perfeccionar con la recepción de la orden de compra o de servicios, conforme a lo previsto en los documentos del procedimiento de selección siempre que el monto del valor estimado no supere los Cien Mil con 00/100 Soles (S/ 100 000,00)" (el resaltado es nuestro)

De acuerdo a lo señalado en el artículo 226.2 inciso e) del RLCE, cuando no se ha incorporado un convenio arbitral de manera expresa en el contrato, el arbitraje se puede iniciar ante cualquier centro de arbitraje.

7. DE LAS REGLAS PROCESALES APLICABLES

- 7.1. Las reglas procesales del presente arbitraje fueron establecidas en la Decisión N° 01 de fecha 03 de junio de 2021.

8. ANTECEDENTES PROCESALES

- 8.1. La DIRECCIÓN ESTRATÉGICA S.A.C (en adelante el contratista) presentó su solicitud de arbitraje ante el CENTRO con fecha 06 de marzo de 2020, subsanándola con fecha 08 de julio de 2020.
- 8.2. La EMPRESA DE SERVICIO PÚBLICO DE ELECTRICIDAD DEL ORIENTE – ELECTRO ORIENTE S.A. (en adelante la Entidad), contestó la solicitud de arbitraje con fecha 27 de octubre de 2020.
- 8.3. Con Decisión N° 01 de fecha 03 de junio de 2021, se otorgó al contratista el plazo de diez (10) días hábiles a fin de que presente su demanda arbitral.
- 8.4. Teniendo en cuenta el escrito de fecha 27 de octubre de 2020, presentado por la ENTIDAD, en el que presentó sus modificatorias a las reglas del proceso y el escrito con sumilla "Manifiesta conformidad", presentado por el contratista con fecha 04 de junio de 2021; mediante Decisión N° 02 de fecha 17 de junio de 2021, se modificaron los numerales 15 y 16 de la Decisión N° 01 de fecha 03 de junio de 2021, respecto del plazo para la presentación de la demanda en veinte (20) días hábiles, en el mismo plazo la contestación y la reconvenición, de ser el caso, y la contestación de la reconvenición en igual término. Otorgándose, por tanto, al contratista el plazo de veinte (20) días hábiles para que presente su demanda, dejándose constancia que a la fecha de la expedición de la Decisión N° 02 ya habían transcurrido diez (10) días hábiles.
- 8.5. El contratista presentó la demanda arbitral con fecha 02 de junio de 2021.
- 8.6. Mediante Decisión N° 03 de fecha 04 de agosto de 2021, se admitió a trámite la demanda arbitral y se tuvieron por ofrecidos los medios probatorios, corriéndose traslado de la misma a la Entidad, para que en el plazo de veinte (20) días hábiles cumpla con contestarla.
- 8.7. Con fecha 02 de septiembre de 2021, la Entidad contestó la demanda arbitral.
- 8.8. A través de la Decisión N° 04 de fecha 11 de noviembre de 2021, se suspendió el arbitraje por el plazo de quince (15) días hábiles a fin de que se acredite el pago de los gastos arbitrales, bajo apercibimiento de archivo, mientras tanto se

decidió mantener en custodia la contestación de demanda de la Entidad hasta el levantamiento de la suspensión del proceso.

8.9. Mediante Decisión N° 05 de fecha 22 de febrero de 2022, se levantó la suspensión del arbitraje, disponiéndose la continuación del proceso. En ese sentido, se admitió a trámite la contestación de demanda y se tuvo por ofrecidos los medios probatorios, otorgándose al contratista el plazo de diez (10) días hábiles para que manifieste lo conveniente a su derecho.

8.10. Con Decisión N° 06 de fecha 07 de julio de 2022 se determinaron las siguientes cuestiones controvertidas:

8.10.1. PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA PRIMERA PRETENSIÓN

PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Que, se deje sin efecto la Resolución del Contrato efectuada por Electro Oriente mediante la Carta Notarial de fecha 28 de enero de 2020, recibida por nuestra parte el 31 de enero de 2020.

8.10.2. SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA SEGUNDA

PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Que, se ordene el pago de la suma de S/ 59,990.00 (cincuenta y nueve mil novecientos noventa y 00/100 soles) incluido el Impuesto General a las Ventas correspondiente al Pedido Marco N° 4600009271 de fecha 24 de septiembre de 2019, al haberse cumplido por nuestra parte con todas las obligaciones contractuales.

8.10.3. TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA TERCERA PRETENSIÓN

PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Que, la Entidad Electro Oriente pague como indemnización la suma de S/. 80,000.00 (ochenta mil y 00/100 soles), por haber resuelto de manera indebida el contrato perfeccionado mediante el Pedido Marco N° 4600009271 de fecha 24 de septiembre de 2019, por el lucro cesante y daño emergente producido por efectos del daño causado mediante la resolución indebida del contrato. Que, en todo caso el Tribunal Arbitral señale el monto de la indemnización en aplicación del artículo 1332 del Código Civil.

8.10.4. CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA CUARTA PRETENSIÓN

PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Que, Electro Oriente asuma los costos del presente arbitraje, conforme a lo señalado en la Ley de Arbitraje.

8.11. De igual manera se admitieron los siguientes medios probatorios:

8.11.1. CONTRATISTA. – Los medios probatorios documentales consignados en el acápite “VII MEDIOS PROBATORIOS”, identificados del 1-A al 1-L de su demanda arbitral presentada con fecha 02 de julio de 2021.

8.11.2. ENTIDAD. – Los medios probatorios documentales consignados en el acápite “3. MEDIOS PROBATORIOS”, identificados del 1 al 11 de su contestación de demanda presentada con fecha 02 de septiembre de 2021.

8.12. Igualmente, se citó a las partes a la Audiencia Única de Ilustración de hechos, sustentación de posiciones y pruebas para el 26 de julio de 2022 a horas 9:30 am.

8.13. En la fecha programada se desarrolló la Audiencia Única que se registró en el Acta de Audiencia Única, la misma que quedó grabada, como se observa del siguiente enlace https://drive.google.com/file/d/19ZA6YTnBhSSAXlvBevjRlh6GSpUD_XtM/view.

Allí se declaró el cierre de la etapa probatoria y se otorgó a las partes el plazo de diez (10) días hábiles a ambas partes para que presenten sus alegatos escritos finales.

8.14. Prosiguiendo con la narración del proceso, únicamente, el contratista presentó sus alegatos escritos con fecha 11 de agosto de 2022.

8.15. Finalmente, a través de la Decisión N° 07 de fecha 22 de agosto de 2022, se tuvo presente los alegatos escritos del contratista, se declaró el cierre de las actuaciones arbitrales y se fijó el plazo para laudar en cuarenta (40) días hábiles, prorrogable por diez (10) días hábiles adicionales.

9. DE LA DEMANDA ARBITRAL

9.1. El contratista pretende en su demanda que el Árbitro Único declare fundado lo siguiente:

9.1.1. Primera Pretensión Principal

Que se deje sin efecto la Resolución del Contrato efectuada por Electro Oriente mediante la Carta Notarial de fecha 28 de enero de 2020, recibida por nuestra parte el 31 de enero de 2020.

9.1.2. Segunda Pretensión Principal

Que se ordene el pago de la suma de S/ 59,990.00 (cincuenta y nueve mil novecientos noventa y 00/100 soles) incluido el Impuesto General a las Ventas correspondiente al Pedido Marco N° 4600009271 de fecha 24 de septiembre de 2019, al haberse cumplido por nuestra parte con todas las obligaciones contractuales

9.1.3. Tercera Pretensión Principal

Que la Entidad Electro Oriente pague como indemnización la suma de S/. 80,000.00 (ochenta mil y 00/100 soles), por haber resuelto de manera indebida el contrato perfeccionado mediante el Pedido Marco N° 4600009271 de fecha 24 de septiembre de 2019, por el lucro cesante y daño emergente producido por efectos del daño causado mediante la resolución indebida del contrato. Que, en todo caso el Tribunal Arbitral señale el monto de la indemnización en aplicación del artículo 1332 del Código Civil

9.1.4. Cuarta Pretensión Principal

Que Electro Oriente asuma los costos del presente arbitraje, conforme a lo señalado en la Ley de Arbitraje

Hechos

9.2. El contratista refiere que mediante acta de fecha 12 de septiembre de 2019, se le otorgó la Buena Pro de la Adjudicación Simplificada N° 061-2019-EQ-L-1 para la "Contratación del servicio de búsqueda y selección para cubrir la posición de 5 gerentes de línea de Electro Oriente S.A., por la suma ofertada ascendente a S/ 59,990.00.

9.3. La Entidad le solicitó la prestación del servicio a través del Pedido Marco N° 4600009271 de fecha 24 de septiembre de 2019.

- 9.4. Menciona que el plazo para la prestación del servicio se fijó del 25 de septiembre de 2019 al 21 de febrero de 2020, con el pago a 15 días.
- 9.5. No obstante, indica que recibió el Pedido Marco N° 4600009271 con fecha 01 de octubre de 2019, por lo que el servicio debió iniciar a partir del día siguiente de su recepción, esto es, el 02 de octubre de 2019.
- 9.6. En ese sentido, expone que la Entidad debió alcanzarle el perfil con fecha 11 de octubre de 2019; sin embargo, recién le fue entregado el 22 de octubre de 2019, esto es once (11) días después, por lo que para que lleve a cabo su prestación, presentó a la Entidad una solicitud de ampliación de plazo por once (11) días, no obteniendo respuesta.
- 9.7. Así las cosas, expresa que la Entidad y FONAFE tardaron veintisiete (27) días, es decir, hasta el 18 de noviembre de 2019, en remitirle los perfiles debidamente firmados, a fin de que pueda iniciar su servicio, significando un atraso de cuarenta (40) días para que inicie el proceso de selección.
- 9.8. Narra el contratista que con fecha 03 de diciembre de 2019, a través de una conversación telefónica con el Sr. Isidro López – Jefe del Departamento de Recursos Humanos – se le indicó que el servicio debía adecuarse a los “Lineamientos para la Selección de Gerentes y Cargos equivalentes de las empresas del ámbito de FONAFE”, lo que le generó un atraso que no le es atribuible de quince (15) días contados desde el 18 de noviembre de 2019, totalizando cincuenta y cinco (55) días calendario.
- 9.9. Expone que presentó, como parte del servicio, un cuadro comparativo mostrando a los candidatos potenciales según los perfiles solicitados, los cuales fueron entregados tardíamente por la Entidad, a pesar de no encontrarse dicha actividad fijada en los términos de referencia, pero que aceptó en aras de su colaboración en la correcta ejecución del servicio.
- 9.10. Asimismo, señala que, respecto a la posición de Gerente Comercial, mantuvo una comunicación constante con el señor Isidro López – Jefe de Recursos Humanos – a quien le informó la poca recepción de Curriculum Vitae (CVs) para dicha posición, conforme se aprecia en el correo electrónico enviado de fecha 03 de diciembre 2019 a las 11:26 am con el asunto: Gerente Comercial, conteniendo los CVs recibidos. Añade que informó ello a la Especialista Corporativa de Desarrollo Organizacional de FONAFE doña Claudia Lazo, habiendo posteriormente acordado por vía telefónica, junto a ella y el Sr. Isidro López, extender la recepción de CVs hasta el día 24 de diciembre de 2019.
- 9.11. Menciona que, en base a dicho acuerdo, remitió un cuadro preliminar de los postulantes que, al 19 de diciembre de 2019, cumplían con los requerimientos establecidos según los perfiles; no obstante, refiere que frente a dicha comunicación tampoco obtuvo respuesta por parte de la Entidad.
- 9.12. Ahora bien, sobre el puesto de Gerencia de Administración y Finanzas, literalmente indica *“se atendió la solicitud del Jefe de Recursos Humanos, vía telefónica, siendo que las coordinaciones se efectuaban por esa vía a efectos que los informes sean entregados con anticipación a la fecha de la sesión de directorio programada para el día 15 de enero de 2020, por lo que el día 13 de enero de 2020, con entregar los informes, los que, sorpresivamente fueron devueltos por Electro Oriente el día 24 de enero de 2020, en sobre cerrado, posteriormente a ello con fecha 29 de enero de 2020, nos llega la carta de Resolución de Contrato”*.

9.13. Expresa que mediante Carta Notarial N° GAH-156-2019 de fecha 19 de diciembre de 2019, notificada el 20 de diciembre de 2019, la Entidad le comunicó supuestos incumplimientos contractuales, por la aparente demora a los requerimientos realizados por la Jefatura de Recursos Humanos, señalando que no había evaluado a los candidatos de acuerdo a los perfiles para el puesto de Gerente de Administración y Finanzas, mencionando que había consignado la experiencia en el sector o sectores afines como indispensable, siendo solo deseable, lo que limitaría la participación a varios candidatos, según el cuadro que remitió. Agrega que la Entidad le manifestó en relación a la Gerencia General que no había recibido información alguna.

9.14. Finalmente, refiere que con Carta Notarial de fecha 20 de diciembre de 2019, respondió las observaciones que la ENTIDAD le había formulado, en los siguientes términos:

“a. No existe ni precisa en el Pedido Marco Nro. 4600009271 términos vinculados a determinar un tiempo específico de respuesta que adviertan incumplimiento o demora. Sin embargo, existe un plazo razonable jurídicamente hablando, en virtud del cual hemos aceptado sin perjudicar el proceso de manera alguna.

En igual sentido, ni la comunicación ni el contacto se perdieron toda vez que alternativamente, empleamos WhatsApp, correo electrónico, llamadas telefónicas.

b. En relación al numeral 3, en él se nos solicita la remisión del Cuadro de Cumplimiento de Perfil – Gerente Comercial, con fecha viernes 13 de diciembre de 2019 a 16:10 hrs. Damos cuenta que el mismo fue remitido al Jefe de Recursos Humanos de Electro Oriente, al tercer día del requerimiento, el día 19 de diciembre a las 17:30 hrs. Al no existir término que exprese exigibilidad normativa o convencional, mi representada considera, no haber incurrido en incumplimiento o demora alguna.

EN RELACIÓN AL NUMERAL 2

Mi representada considera lo siguiente:

En el presente numeral de acuerdo al perfil alcanzado a nuestra representada por la Especialista Corporativa de Desarrollo Organizacional de FONAFE el día 18 de noviembre a las 11:36 horas, se realizó el proceso de acuerdo a lo estipulado. La carta notarial alude que el perfil alcanzado señala “Experiencia en el sector o sectores afines como indispensable y el perfil validado indica deseable”; sin embargo, el perfil validado y alcanzado por FONAFE ni cuenta con tal señalamiento

Fundamentos de la Primera Pretensión

9.15. Sostiene que no ha incumplido sus obligaciones contractuales, por el contrario, ha brindado a la Entidad todas las facilidades para que le haga llegar la documentación a la cual se encontraba obligada. Añade que en las Bases Integradas no existen hitos para el cumplimiento de actividades salvo las señaladas para el perfil y la “Entrega de Candidatos”, y que este último plazo no se cumplió por lo que la resolución del contrato resulta manifiestamente improcedente.

9.16. Al respecto, alega que el servicio se prestaría por ciento cincuenta (150) días calendario, lo que conforme a lo señalado en el Pedido Marco N° 4600009271, iniciaba el 29 de septiembre de 2019 y finalizaba el 21 de febrero de 2021. Reitera que en la Bases Integradas no se establecieron hitos o etapas en la

prestación del servicio, únicamente una serie de pasos que se debían seguir a efectos de la prestación del servicio, siendo uno de ellos la validación de los perfiles para los distintos puestos a ser cubiertos por los candidatos seleccionados para la Entidad.

- 9.17.** En ese sentido, refiere que el numeral 5 acápite 5.1 de las Bases Integradas, señala: *“5.1.1. Validación del Perfil. - El proceso se inicia con la validación del perfil. Para ello, se convocará a la Empresa Especializada para efectuar la reunión de validación del perfil del puesto de acuerdo al perfil aprobado por corporación FONAFE”*.
- 9.18.** Asimismo, menciona que el numeral 5 acápite 5.9 de las Bases Integradas señala lo siguiente: *“Plazo para la Ejecución del Servicio: El plazo para la Ejecución del Servicio es de ciento cincuenta (150) días calendario, el cual empieza a regir al día siguiente de notificada al Pedido de Compra o la Orden de Servicio”*.
- 9.19.** El CONTRATISTA precisa que las cinco (05) plazas a cubrir corresponde a los siguientes Gerentes de Línea: 1. Gerente de Administración y Finanzas 2. Gerente Comercial 3. Gerente de Operaciones 4. Gerente de Planeamiento, Gestión y Regulación 5. Gerente Regional Amazonas Cajamarca.

COMPONENTE	PLAZO DE PRESENTACIÓN
VALIDACIÓN DE PERFIL (05 Gerentes de Línea)	Hasta un plazo máximo de 10 días calendario contados desde el día siguiente de la notificación del pedido de compra u otro similar.
ENTREGA DE CANDIDATOS POR PUESTO (05 Gerentes de Línea)	Será computado desde el día siguiente de la entrega del Acta de Validación de Perfil, el cual no podrá exceder de 90 días calendario.

- 9.20.** En ese contexto, sostiene que la demora en la entrega de los perfiles para su validación fue de la Entidad, pues le fueron entregados tardíamente, conforme ha señalado.
- 9.21.** Menciona que la “entrega de los candidatos” lo efectuó dentro de los plazos establecidos, habiendo tenido inconvenientes para la recepción de CVs y respecto de los otros puestos, se sometió a las disposiciones establecidas por el FONAFE para la selección de los candidatos, encargándose de evaluar y presentar la lista de los candidatos, en cumplimiento de lo establecido en las Bases Integradas.
- 9.22.** De esa manera, refiere que cumplió con remitir los entregables a través de comunicación electrónica para los puestos seleccionados dando cumplimiento a sus obligaciones.
- 9.23.** No obstante, alega que con fecha 24 de enero de 2020, mediante carta GAH-200-2020 suscrita por el Lic. Isidro López Guerra, dirigida a su Gerente General, la Entidad le devolvió dos (2) sobres manila, de los cuales “no se verificó su contenido” conforme a lo expresado en la misma, aduciendo un supuesto incumplimiento de su parte respecto de la “Entrega de Informes” – Gerente de Administración y Finanzas, sin expresar en ningún momento en qué consiste el supuesto incumplimiento.

Fundamentos de la segunda pretensión principal

9.24. Refiere que la resolución del contrato resulta improcedente en tanto no se ha cumplido las causales establecidas en el artículo 164 del RLCE, al no existir incumplimiento de sus obligaciones contractuales. Así, señala que, habiendo honrado sus obligaciones, corresponde que la Entidad le abone la contraprestación pactada ascendente a la suma de S/ 59,990.00.

Fundamentos de la tercera pretensión principal

9.25. Sostiene que la resolución del contrato le ha causado daño, pues su expectativa de obtener los beneficios económicos se vio frustrada.

9.26. Señala que ha efectuado gastos para el pago de personal y destinó recursos para el cumplimiento de sus obligaciones. Agrega que corre el riesgo de que se le inicie un proceso sancionador, por lo que debe ser resarcido por la Entidad.

9.27. Menciona que existe daño emergente por la sola resolución del contrato y lucro cesante por la utilidad que dejó de percibir.

9.28. Indica que el daño por la indebida resolución del contrato está acreditado, en todo caso, expone que queda en potestad del árbitro único aplicar el artículo 1332 del Código Civil, otorgándole una indemnización equitativa.

Fundamentos de la cuarta pretensión principal

9.29. Expone que siendo responsabilidad de la Entidad el inicio del presente arbitraje, esta debe asumir todos los gastos que se desprendan de él, incluyendo los honorarios del Tribunal y Secretaría arbitral, honorarios de abogados, entre otros.

10. DE LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL

Argumentos en contra de la primera pretensión principal

10.1. La Entidad deja en claro que según la Directiva Corporativa de Gestión Empresarial de FONAFE, las empresas deben realizar los procesos de selección de gerentes y cargos equivalentes contando con los servicios especializados de una empresa Headhunting, siendo responsabilidad del Directorio de las empresas la designación final del candidato que asuma la posición vacante.

10.2. Señala que la contratación de servicios especializados de headhunting podrá realizarse corporativamente a través de FONAFE, en el presente caso se dio con el Pedido Marco N° 4600009271.

10.3. En ese sentido, indica que el lineamiento para la selección de gerentes y cargos equivalentes de las empresas bajo el ámbito de FONAFE, en su punto 6. DESCRIPCIÓN/DESARROLLO, 1° Etapa: Definición de Perfiles, estableció que:

“FONAFE propondrá un perfil estándar para los puestos gerenciales y equivalentes, los mismos que podrán ser ajustados y alineados a la necesidad y el giro de la empresa mediante un consultor especializado. El perfil deberá ser validado por la empresa especializada, el representante de FONAFE con la participación e involucramiento de las Empresas, privilegiando lo señalado en su Código Marco de Buen Gobierno Corporativo”.

- 10.4.** Así, recalca que la validación de los perfiles de los cinco (05) gerentes de línea culminó el 18 de noviembre del 2019, cuando se firmaron los perfiles entre los representantes de FONAFE, el contratista y la Entidad.
- 10.5.** En ese contexto, la Entidad expone que mediante documento GAH-156-2019 de fecha 19 de diciembre de 2019, el Jefe de Recursos Humanos en su condición de administrador de contrato, remitió al contratista una carta cuyo asunto fue "Incumplimiento de contrato de servicio de búsqueda y selección para cubrir la posición de 5 gerentes de línea de Electro Oriente S.A.", donde se le manifiesta el no cumplimiento del cronograma de los procesos de selección de las posiciones de Gerente Comercial y Gerente de Administración y Finanzas, la demora o no respuesta a los requerimientos efectuados por la Jefatura de Recursos Humanos a solicitud de la Gerencia General, la no evaluación de acuerdo al perfil validado a los postulantes y que el proceso no se estaba llevando acorde al nuevo lineamiento de FONAFE.
- 10.6.** La Entidad alega que el contratista mediante Carta Notarial de fecha 20 de diciembre de 2019, negó lo indicado en la Carta GAH-156-2019 y solicitó una reunión entre los representantes de la Entidad y FONAFE. Agrega que, en virtud de lo anterior, la Gerencia General, se reunió con las funcionarias de FONAFE, Sra. Rocío Valenzuela y Srta. Elizabeth Vela, donde se trató como punto de la agenda, el desempeño del contratista.
- 10.7.** Asimismo, indica que FONAFE le informó que el contratista presentó unos informes que no estuvieron acorde al Lineamiento de FONAFE, los cuales fueron observados y devueltos para su corrección.
- 10.8.** Sostiene que la Jefatura de Recursos Humano procedió a verificar la información, determinando que el contratista efectuó otras irregularidades, como:

"En el punto 5.2. Evaluación y presentación de lista de candidatos en los Términos de Referencia dice: Entregar en los plazos estipulados, las evaluaciones y expedientes de la lista de candidatos propuestos, lo cual no deberá ser menos de cinco (5) candidatos".

- 10.9.** Señala que el contratista remitió y publicó un cronograma para la búsqueda de los puestos del Gerente de Administración y Finanzas y el Gerente Comercial, con el cual se tenía que trabajar, conforme se ve en la imagen siguiente:

CRONOGRAMA PROCESO DE SELECCIÓN GERENTES DE LAS POSICIONES:					
• GERENTE COMERCIAL					
• GERENTE DE ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS					
 Electro Oriente <small>Generando Progreso</small>					
Plan de Acción y Validación de Perfiles	Primera Etapa	Segunda Etapa	Tercera Etapa	Cuarta Etapa	Quinta Etapa
<ul style="list-style-type: none"> • Cronograma y Plan de Acción • Recepción y Revisión de Perfiles. • Coordinaciones DIES - ELOR • Validación de Perfiles y Acta FONAFE 	Publicación Pre-Selección de CV's y Convocatoria a Postulantes	Evaluaciones Psicolaborales, Psicotécnicas y de Competencias	Entrevistas y Verificación Referencias (Laboral, Penal, Policial, Reniec, etc.)	Consolidación de Información y Elaboración de Informes Técnicos	Presentación de Terna e Informe a ELECTRO ORIENTE (03 candidatos por puesto)
22 octubre al 18 de noviembre Validación: 22 de octubre Plan de Acción: 18 de noviembre	19 de noviembre al 03 diciembre	04 al 08 de diciembre	09 al 12 de diciembre	13 al 17 de diciembre	18 de diciembre

- 10.10.** No obstante, la Entidad refiere que el contratista no ejecutó conforme lo señalado en el referido cuadro, incumpliendo el cronograma de proceso de selección.

- 10.11.** En ese marco, indica que el CONTRATISTA no presentó ninguna información de acuerdo al cronograma. Añade que presentó fuera de fecha, según cronograma, a los candidatos a la Gerencia de Administración y Finanzas y no presentó a los candidatos a la Gerencia Comercial.
- 10.12.** De igual manera, menciona que en la reunión realizada entre la Gerencia General y la Sra. Rocío Valenzuela por FONAFE, se manifestó que el CONTRATISTA presentó unos informes los cuales fueron devueltos por no estar acorde a los Lineamientos de FONAFE.
- 10.13.** También expone que el Área Usuaría manifestó que el contratista no cumplió lo que señala el "Lineamiento para la selección de gerentes y cargos equivalentes de las Empresas bajo el ámbito de FONAFE", respecto a la etapa 4: Ejecución del proceso de selección, indica que la Empresa deberá pactar con la Empresa Especializada el cronograma y entregables requeridos que hayan sido considerados para el proceso de selección.
- 10.14.** Igualmente, la Entidad, textualmente, señala que:

"De acuerdo al "Lineamiento para la selección de gerentes y cargos equivalentes de las Empresas bajo el ámbito de FONAFE", en el punto b. Proceso de selección externa indica: La Empresa remitirá una copia de los informes psico-laborales de la terna final (3 candidatos) a FONAFE para su conocimiento y visto bueno, FONAFE tendrá la potestad de emitir opinión sobre los informes presentados de ser el caso, para luego ser enviados al Directorio de la Empresa para la decisión final.

Sobre ello, el área usuaria manifestó que tampoco se dio, el Headhunter remitió la terna del puesto de Gerente de Administración y Finanzas, directo a FONAFE según correo del 09.01.2019 de la Srta. Claudia Lazo – Especialista Corporativa de Desarrollo Organizacional – FONAFE, en donde nos indica que el Headhunter – Dirección Estratégica S.A.C., entregó los informes psicolaborales de los candidatos de la Gerencia de Administración y Finanzas y el 13.01.2020 remite una carta con 2 sobres de manila directo al Directorio.

La Empresa Especializada deberá entregar a la Empresa según los cronogramas acordados y sustentados en la orden de servicio emitida, los entregables que hayan considerado dentro del proceso de selección, debiendo remitir a FONAFE el cuadro comparativo de habilidades técnicas y las evaluaciones psicolaborales de la terna final de candidatos según los plazos acordados.

El área usuaria manifestó que tampoco se cumplió con este punto, pues el Headhunter Dirección Estratégica, con documento del 13.1.2020, cuyo asunto – Entrega de Informes – Gerente de Administración y Finanzas, remite al directorio 2 sobres de manila. El directorio remitió la carta y los 2 sobres de manila, a la gerencia general el 16.01.2020"

- 10.15.** Refiere la ENTIDAD que con fecha 24 de enero de 2020, la Gerencia General remitió la carta y los 2 sobres de manila, a la jefatura del Departamento de Recursos Humanos, quien a su vez efectuó la devolución al contratista por no cumplir con el lineamiento de FONAFE.
- 10.16.** Recuerda que mediante documento GAH-156-2019 de fecha 19 de diciembre de 2019 requirió al contratista el cumplimiento de sus obligaciones, resaltando la demora injustificada de prestaciones, concediéndosele el plazo de tres (3) días para su subsanación y cumplimiento, bajo apercibimiento de resolución de contrato; no obstante, el contratista le remitió una carta

indicando que no había incurrido en incumplimiento o demora alguna en la ejecución del servicio. Por lo que, ante el incumplimiento, la Gerencia General emitió el documento G-45-2020 de fecha 28 de enero de 2020 procediendo con la resolución del Pedido Marco N° 4600009271.

Argumentos en contra de la segunda pretensión principal

- 10.17.** Indica que la resolución de contrato obedeció a la renuencia del contratista con sus obligaciones contractuales (incumplimiento y demora en la ejecución del servicio). Así señala que, al no haber realizado las prestaciones en los términos pactados, no procedió a realizar pago alguno.

Argumentos en contra de la tercera pretensión principal

- 10.18.** Alega que no se aprecia el desarrollo de los elementos requeridos para solicitar una pretensión indemnizatoria, por lo que corresponde ser desestimada.
- 10.19.** Sostiene que el contratista pretende correr traslado al Árbitro Único la carga de la prueba, lo que implicaría que el Árbitro Único se despoje de la imparcialidad que debe mantener, por lo que debe ser desestimado.

Argumentos en contra de la cuarta pretensión principal

- 10.20.** Expone que siendo que el contratista no cuenta con suficientes fundamentos para iniciar la presente acción, solicita que el contratista asuma el monto total de los costos correspondientes a los gastos administrativos, honorarios arbitrales, y demás que irrogue el presente proceso arbitral.

11. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Que, se deje sin efecto la Resolución del Contrato efectuada por Electro Oriente mediante la Carta Notarial de fecha 28 de enero de 2020, recibida por nuestra parte el 31 de enero de 2020.

- 11.1.** Al respecto, ambas partes coinciden en señalar que con fecha 12 de septiembre de 2019, la Entidad otorgó la buena pro a favor del contratista del proceso de selección de Adjudicación Simplificada N 061-2019EQ-L-1 con el objeto de contratar el servicio de búsqueda y selección para la posición de 5 gerentes de líneas de Electro Oriente, por un monto de S/. 59 999.99, a ejecutarse en el plazo 150 días calendario.
- 11.2.** Sin embargo, perfeccionado el CONTRATO, pese a que el cumplimiento oportuno y recíproco era la situación esperada, durante el desarrollo del contrato, la Entidad ha atribuido al contratista el incumplimiento de obligaciones contractuales que, por considerarse no subsanadas, alega, justificaron la decisión de resolver el CONTRATO.
- 11.3.** Ante la resolución del CONTRATO, el numeral 164.1 del artículo 164 del RLCE establece las causales de resolución contractual, precisando los supuestos en los que la Entidad puede resolver el contrato por causa atribuible al contratista, los cuales se detallan a continuación:
- a) *Incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello;*

- b) *Acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o,*
- c) *Paralización o reducción injustificada de la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.*

11.4. Como se advierte del referido artículo, una de las causales de resolución contractual que prevé el RLCE se configura cuando el contratista incumple injustificadamente sus obligaciones – contractuales, legales o reglamentarias – a pesar de haber sido requerido por la Entidad para revertir dicha situación de incumplimiento, lo cual implica que la continuación de éste mismo incumplimiento – injustificado – pueda motivar la decisión de la Entidad de resolver el contrato.

11.5. Además, es relevante mencionar que el incumplimiento injustificado en la ejecución de las obligaciones a cargo del contratista presupone la falta de sustento objetivo que, a juicio de la Entidad, no permite acreditar que dicho incumplimiento no le es atribuible al contratista; en ese contexto, si pese al requerimiento previo, el contratista persistiera en incumplir las obligaciones pendientes de ejecución, injustificadamente, ésta situación configuraría la causal de resolución contractual prevista en el literal a) del numeral 164.1 del artículo 164 del Reglamento.

11.6. Preciado lo anterior, debe señalarse que el art. 165 del RLCE establece el procedimiento de resolución del contrato, precisando que:

“165.1. Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada requiere mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

165.2. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días. En caso de ejecución de obras se otorga un plazo de quince (15) días.

165.3. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.” (El énfasis es agregado).

11.7. Conforme lo señala el citado dispositivo, cuando alguna de las partes incurre en el incumplimiento injustificado de sus obligaciones, bajo apercibimiento de resolver el contrato, la parte perjudicada debe requerirle a la otra, mediante carta notarial, que las ejecute dentro de plazo otorgado para tal efecto, vencido el cual, si dicho incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato, comunicando ésta decisión a través de una segunda carta notarial.

11.8. En ese sentido, si la Entidad le atribuye al contratista la falta de cumplimiento de sus obligaciones –sean éstas contractuales, legales o reglamentarias-, mediante una primera carta notarial, esta debe requerirle que las ejecute, bajo apercibimiento de resolver el contrato, para lo cual le otorgará el plazo que estime pertinente según lo previsto en el artículo 165 del RLCE; así, en caso venciera el plazo otorgado y la misma situación de incumplimiento continuara –es decir, que el contratista no haya ejecutado las obligaciones cuya falta motivaron el requerimiento cursado a través de la primera carta notarial-, la Entidad puede decidir resolver el contrato, notificando dicha decisión a través de una segunda carta notarial.

- 11.9.** Por tanto, se advierte que el incumplimiento injustificado de las obligaciones a cargo del contratista –sean contractuales, legales o reglamentarias- que hubiere generado la notificación de la primera carta notarial, conforme al procedimiento establecido en el numeral 165.1 del artículo 165 del RLCE, debe encontrarse debidamente motivado por la Entidad, a fin de identificar las prestaciones u obligaciones cuya ejecución debe cumplir el contratista dentro del plazo otorgado; en ese contexto, la segunda carta notarial mediante la cual la Entidad decide la resolución del contrato, debe versar sobre la misma situación de incumplimiento que no fue revertida por el contratista pese a haber sido requerido para ello, tal como establece el literal a) del numeral 164.1 del artículo 164 del Reglamento.
- 11.10.** En ese contexto normativo, en primer orden, es necesario resaltar que de la revisión del caso arbitral, se advierte que las partes no han expresado controversia respecto a que el alegado incumplimiento injustificado de las obligaciones, bajo apercibimiento de resolver el contrato, se haya requerido a la otra parte, mediante carta notarial para que las ejecute dentro de plazo otorgado para tal efecto, ni respecto a que la decisión de resolver el CONTRATO se haya comunicado a través de una segunda carta notarial. Así, queda claro que el procedimiento de resolución del contrato previsto en el art. 165 del RLCE, se cumplió y no es un asunto controvertido.
- 11.11.** En segundo orden, como parte del control de legalidad de la cuestionada decisión de resolver el contrato, es necesario que el árbitro único verifique que el incumplimiento injustificado de las obligaciones deba encontrarse debidamente motivado, por lo que se analizará, en el siguiente orden: (i) si la situación de incumplimiento registrada en la segunda carta notarial coincide con la situación de incumplimiento registrada en la primera carta notarial; esto, con el fin de identificar el incumplimiento alegado como causal de resolución de contrato; (ii) si concurre en los hechos el incumplimiento identificado; y, (iii) si el incumplimiento identificado es injustificado.
- 11.12.** Respecto a la exigida coincidencia de supuestos en ambas cartas notariales, se advierte que en la primera carta notarial, de apercibimiento, se identifican como situaciones de incumplimiento las siguientes:
- a) El incumplimiento del cronograma de los procesos de selección de las posiciones de Gerente Comercial y Gerente de Administración y Finanzas.
 - b) No estar llevando el proceso acorde al nuevo lineamiento del FONAFE.
 - c) La demora o no respuesta a los requerimientos realizados por la Jefatura de Recursos Humanos, conforme a los correos remitidos al contratista a solicitud de la Gerencia General.
 - d) No se evalúa a los candidatos acorde al perfil validado del Gerente de Administración y Finanzas, como por ejemplo “experiencia en el sector o sectores afines, se está considerando como “indispensable” y en el perfil validado indicada “deseable”, lo que limita varios candidatos.
 - e) Sobre la posición del Gerente Comercial, a la fecha no se tienen recibida información alguna a pesar de las solicitudes reiteradas a través de correos.
- 11.13.** Como se advierte, los supuestos de incumplimiento contractual registrados en los literales a), c) y e) del anterior numeral, tienen como denominador común, el incumplimiento del cronograma de los procesos de selección de las posiciones de Gerente Comercial y Gerente de Administración y Finanzas; por lo que se considerarán como un solo incumplimiento contractual. Lo mismo ocurre con los supuestos de incumplimiento contractual registrados en los

literales b) y d), pues ambos derivan de la aplicación, en la selección de candidatos, de los nuevos lineamientos del FONAFE.

- 11.14.** Ahora, de la revisión del escrito de contestación de demanda, la defensa de la Entidad sostiene que la Jefatura de Recursos Humanos procedió a verificar la información, determinando que el contratista, incurrió en irregularidades, las que fueron registradas en la carta notarial de resolución de contrato. Veamos cuáles fueron:
- a) El contratista no cumplió con el cronograma que le entregara a la Entidad, para presentar la información sobre el Gerente Comercial y Gerente de Administración y Finanzas.
 - b) No se cumplió con los lineamientos para la selección de gerentes y cargos equivalentes de las Empresas bajo el ámbito del FONAFE.
- 11.15.** Siendo así, pese a lo sostenido por la defensa del contratista, el árbitro único aprecia que la segunda carta notarial mediante la cual la Entidad decide la resolución del contrato, no versa sobre otras situaciones de incumplimiento que, se alega, no fueron revertidas por el contratista pese a haber sido requerido para ello, tal como establece el literal a) del numeral 164.1 del artículo 164 del Reglamento.
- 11.16.** Así, finalmente, el árbitro único identifica como incumplimientos alegados como causal de resolución de contrato, los siguientes:
- a) El contratista no cumplió con el cronograma que le entregara a la Entidad, para presentar la información sobre el Gerente Comercial y Gerente de Administración y Finanzas.
 - b) No se cumplió con los lineamientos para la selección de gerentes y cargos equivalentes de las Empresas bajo el ámbito del FONAFE.
- 11.17.** Ahora, corresponde al árbitro único, determinar si concurre en los hechos cada uno de los incumplimientos identificados.
- 11.18.** El primer incumplimiento identificado como causal de resolución de contrato, es la falta de presentación de la documentación en los tiempos previstos en el cronograma que el contratista entregara a la Entidad.
- 11.19.** Al respecto, en el desarrollo de las posiciones, mientras el contratista sostiene que el referido calendario fue presentado con el propósito de orientar el cumplimiento de un plan de trabajo que permita a las partes culminar el objeto del contrato de prestación única y, no más, la Entidad, por otro lado, sostiene que el calendario que recibió, constituye un instrumento de control de las actividades a las que se comprometió el contratista, por lo que le era exigible su cumplimiento.
- 11.20.** Hasta aquí, queda claro que ambas partes reconocen que el calendario, no formaba parte de los documentos del procedimiento de selección y la oferta ganadora, sino que fue entregado por el contratista a la Entidad, después de perfeccionado el CONTRATO, en los siguientes términos:

CRONOGRAMA PROCESO DE SELECCIÓN GERENTES DE LAS POSICIONES:

- GERENTE COMERCIAL
- GERENTE DE ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS



Plan de Acción y Validación de Perfiles	Primera Etapa	Segunda Etapa	Tercera Etapa	Cuarta Etapa	Quinta Etapa
<ul style="list-style-type: none"> • Cronograma y Plan de Acción • Recepción y Revisión de Perfiles. • Coordinaciones DIES - ELOR • Validación de Perfiles y Acta FONAFE 	Publicación Pre-Selección de CV's y Convocatoria a Postulantes	Evaluaciones Psicolaborales, Psicotécnicas y de Competencias	Entrevistas y Verificación Referencias (Laboral, Penal, Policial, Reniec, etc.)	Consolidación de Información y Elaboración de Informes Técnicos	Presentación de Terna e Informe a ELECTRO ORIENTE (03 candidatos por puesto)
22 octubre al 18 de noviembre Validación: 22 de octubre Plan de Acción: 18 de noviembre	19 de noviembre al 03 de diciembre	04 al 08 de diciembre	09 al 12 de diciembre	13 al 17 de diciembre	18 de diciembre

- 11.21. Entonces, le corresponde determinar el árbitro único si el calendario presentado por el contratista a la Entidad, constituye un documento que compone el CONTRATO y, de serlo, si establece una obligación de cumplimiento del contratista.
- 11.22. Siguiendo esa línea, debe indicarse que conforme al numeral 138.1 del artículo 138 del RLCE *"El contrato está **conformado** por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas, la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes"*. (El énfasis es agregado)
- 11.23. Ahora bien, de la revisión de los actuados, el árbitro único advierte que el referido calendario fue presentado para regular la ejecución del único entregable al que se había obligado el contratista cumplir en el plazo de 150 días calendario, por lo que, no constituye un simple documento referencial o accesorio, sino que, es, sin duda, un documento relevante que impacta sobre la obligación esencial del contratista de ejecutar la prestación a su cargo, en la forma y plazo ofertado; tanto así que, ambas partes, lo consideran exigible para imputar a su contraparte el incumplimiento de las prestaciones a su cargo.
- 11.24. Asimismo, es necesario resaltar que el calendario no resulta ser una imposición de la Entidad como fuente de obligaciones a cargo del contratista, sino que fue presentado por éste, para regular la obligación a su cargo; por lo que el contratista tenía pleno control de los efectos que significaba su inserción en el CONTRATO con el propósito de desarrollar la prestación, considerando que, era obligación de ELECTRO ORIENTE S.A supervisar y verificar, el estricto cumplimiento de las actividades comprendidas en el servicio contratado, así como evaluar el desarrollo del mismo en las fechas establecidas, tal como se describe en el numeral 5.12 de los términos de referencia que componen las Bases del procedimiento de selección.
- 11.25. Así, es correcto sostener, como lo hace la Entidad que el calendario presentado para regular la ejecución de la prestación esencial del contratista es un documento que, a la luz de lo previsto en el artículo 116 del RLCE, compone el CONTRATO y establece una obligación de cumplimiento obligatorio a su cargo.
- 11.26. Determinado lo anterior, corresponde señalar que el contratista reconoce que los hitos temporales del cronograma presentado para ejecutar el único entregable no se cumplieron, pero, lo hace, afirmando que fue por causa imputable exclusivamente a la Entidad (ver desde minuto 31:50 y 51:20 de la

Audiencia Única). Así, corresponde determinar, ahora, si el incumplimiento del cronograma fue justificado como lo sostiene el contratista.

- 11.27.** Sostiene el contratista en el numeral 10 de la demanda que el día **03 de diciembre de 2019**, el Jefe del Departamento de Recursos Humanos de la Entidad le indicó que el servicio se debía adecuar a los nuevos "Lineamientos para la selección de gerentes y cargos equivalentes de las empresas del ámbito del FONAFE", lo que afectó el desarrollo del servicio generándose un atraso de 15 días contados desde el 18 de noviembre de 2018, por causa no atribuible a la Entidad, acumulándose un retraso atribuible a la Entidad por 55 días calendario.
- 11.28.** Por su parte, la Entidad, en el numeral 2.6 del escrito de contestación de demanda, señala que, efectivamente, la validación de los perfiles de los 05 gerentes de línea culminó el 18 de noviembre de 2019, cuando se firmaron los perfiles y que, esta validación, se realizó de acuerdo a la nueva versión del formato que se encuentra en el "Lineamiento para la selección de gerentes y cargos equivalentes de las empresas bajo el ámbito del FONAFE", aprobado el **11 de noviembre de 2019**.
- 11.29.** La nueva versión 03, páginas 09, 14 y 15 sobre los "Lineamiento para la selección de gerentes y cargos equivalentes de las empresas bajo el ámbito del FONAFE" han sido ofrecidas por la defensa de la Entidad en el ofertorio 7 del escrito de contestación de demanda. Asimismo, se ha ofrecido en el ofertorio 11 del mismo escrito de defensa, las comunicaciones electrónicas cursadas entre los representantes de las partes, en las que se registra que con fecha 03 de diciembre de 2019, se solicita al contratista ejecutar el servicio de acuerdo al nuevo "Lineamiento para la selección de gerentes y cargos equivalentes de las empresas bajo el ámbito del FONAFE", aprobado el **11 de noviembre de 2019**.
- 11.30.** En ese contexto, ambas partes han reconocido que, con posterioridad a la aprobación de la validación de los perfiles de los 05 gerentes, ocurrido el 18 de noviembre de 2019, la Entidad solicitó al contratista que adecúe la ejecución del servicio de acuerdo al nuevo "Lineamiento para la selección de gerentes y cargos equivalentes de las empresas bajo el ámbito del FONAFE", aprobado el **11 de noviembre de 2019**; lo que, alega el contratista, supuso modificar el alcance contratado, sin que sea posible mantener el cumplimiento de los hitos previstos en el calendario al que se había obligado.
- 11.31.** Así, mientras para el contratista, el nuevo "Lineamiento para la selección de gerentes y cargos equivalentes de las empresas bajo el ámbito del FONAFE", aprobado el **11 de noviembre de 2019**, modifica el alcance contractual pactado con el efecto de impedirle cumplir con el calendario programado, para la Entidad, tal hecho supone no más que una adecuación contractual a la que debe sujetarse el contratista que no afecta el alcance contratado, por lo que el calendario, se mantiene y resulta exigible.
- 11.32.** Al respecto, en primero orden, es necesario señalar que en el numeral 5 Alcances y descripción del servicio, de los términos de referencia previstos en las Bases del procedimiento se selección, se establece que al empresa especializada (el contratista) deberá cumplir con el lineamiento aprobado a esa fecha. Así, queda claro que el nuevo "Lineamiento para la selección de gerentes y cargos equivalentes de las empresas bajo el ámbito del FONAFE", aprobado el **11 de noviembre de 2019**, es distinto de aquel que se considerara para determinar el alcance del servicio a contratar.

- 11.33.** En segundo orden, se advierte que en el nuevo "Lineamiento", página 9, para que el contratista inicie el proceso de selección de los candidatos a las gerencias, además de la requerida validación del perfil prevista en el Lineamiento considerado en las Bases, se exige, acordar, después de la validación, un "perfil de puesto definitivo". Así, no cabe duda que en el nuevo "Lineamiento" se incorpora un elemento ajeno al alcance contractual.
- 11.34.** Asimismo, en el nuevo "Lineamiento" se establece, en su etapa 4, que la Entidad y el contratista pacten el cronograma y entregables requeridos que hayan sido considerados para el proceso de selección, teniendo en consideración, inclusive, procesos de selección internos de personal; supuestos que, en el Lineamiento previsto en las Bases, no se contemplaron.
- 11.35.** En ese mismo sentido, en el nuevo "Lineamiento" se preveía que el contratista efectúe evaluaciones de las habilidades técnicas y habilidades blandas de los candidatos a fin de emitir un informe psico – laboral; supuesto que, tampoco se encontraba previsto en el lineamiento previsto en las Bases.
- 11.36.** En esa misma línea, advertimos que en el nuevo "Lineamiento", respecto de las gerencias de línea y/o gerencias de soporte, el contratista debía cumplir una serie de plazos y el FONAFE sujetarse a procedimientos y plazos que no estaban previstos en los términos de referencia contenidos en las Bases, a partir de encontrarse previstos en el lineamiento vigente a la fecha de la convocatoria del procedimiento de selección.
- 11.37.** Por estas razones, es incuestionable sostener que el nuevo "Lineamiento para la selección de gerentes y cargos equivalentes de las empresas bajo el ámbito del FONAFE", aprobado el **11 de noviembre de 2019**, es distinto de aquel que se considerara para determinar el alcance del servicio a contratar, contemplando supuestos distintos que modifican el alcance contractual contenido en el Pedido Marco N 4600009271 de fecha 24 de septiembre de 2019 que equivale al CONTRATO. Así, el nuevo "Lineamiento" al no ser coponente del CONTRATO, no puede ser utilizado por la Entidad para atribuir al contratista un incumplimiento contractual, como en los hechos ha ocurrido.
- 11.38.** En ese contexto, el incumplimiento del cronograma que se atribuye al contratista deviene en justificado en tanto que el nuevo "Lineamiento para la selección de gerentes y cargos equivalentes de las empresas bajo el ámbito del FONAFE", aprobado el **11 de noviembre de 2019**, impuesto por la Entidad durante el desarrollo del servicio contratado, contempla supuestos que modifican el alcance contractual contenido en el Pedido Marco N 4600009271 de fecha 24 de septiembre de 2019, lo que, finalmente, impidió al contratista, ejecutar la prestación de acuerdo a los hitos y plazos a los que se había obligado al presentar el cronograma.
- 11.39.** Por esa misma razón, el incumplimiento contractual referido a la no sujeción del servicio según los lineamientos para la selección de gerentes y cargos equivalentes de las Empresas bajo el ámbito del FONAFE, tampoco es injustificado en tanto que, como se ha explicado, el nuevo "Lineamiento para la selección de gerentes y cargos equivalentes de las empresas bajo el ámbito del FONAFE", que se alega incumplido, es un instrumento que no compone el CONTRATO.
- 11.40.** Por las razones expuestas, corresponde dejar sin efecto la resolución de contrato efectuada por Electro Oriente SA mediante carta notarial de fecha 28 de enero de 2020, en mérito a que se motiva en contravención a lo dispuesto en el artículo 36 del TUO de la LCE y artículos 164 y 165 del RLCE, pues no se ha acreditado que exista incumplimiento injustificado de las

obligaciones contractuales a cargo del contratista; con el efecto jurídico de que el contrato cobre vigencia jurídica desde el día en que la Entidad lo declaró resuelto, inválidamente.

SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Que, se ordene el pago de la suma de S/ 59,990.00 (cincuenta y nueve mil novecientos noventa y 00/100 soles) incluido el Impuesto General a las Ventas correspondiente al Pedido Marco N° 4600009271 de fecha 24 de septiembre de 2019, al haberse cumplido por nuestra parte con todas las obligaciones contractuales.

- 11.41. En esta pretensión el contratista solicita el pago de la suma de S/ 59,990.00 (cincuenta y nueve mil novecientos noventa y 00/100 soles) incluido el Impuesto General a las Ventas correspondiente al Pedido Marco N° 4600009271 de fecha 24 de septiembre de 2019, al haber cumplido con todas sus obligaciones contractuales; motivo por el cual, a efectos de determinar si corresponde ordenar el pago a favor del contratista es pertinente remitirnos al numeral 5.11 del Requerimiento de las Bases Integradas:

5.11 Forma de pago. -

El pago del servicio realizado de manera satisfactoria se efectuará con la conformidad del Jefe de Recursos Humanos de la empresa Electro Oriente S.A. una vez entregada y aceptada la lista de candidatos. Asimismo, se realizará en una sola armada como sigue:

ENTREGABLE	PORCENTAJE DE PAGO	FECHA DE CANCELACIÓN DEL SERVICIO DE ACUERDO AL NIVEL DE AVANCE
Único por cada puesto (05 Puestos de Gerencias de Línea)	100 %	Hasta 15 días Calendarios, luego de emitida la conformidad por el área usuaria.

- 11.42. Asimismo, el numeral 171.1 del artículo 171 del RLCE señala lo siguiente:

Artículo 171.

*Del pago 171.1. La Entidad paga las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los quince (15) días calendario **siguientes a la conformidad de los bienes, servicios en general** y consultorías, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello. El resaltado es nuestro.*

- 11.43. Por otro lado, la Opinión N° 214-2018/DTN, "la normativa de contrataciones del Estado supedita la realización del pago a la emisión de la conformidad por parte de la Entidad, no siendo posible efectuar el pago si previamente no se ha cumplido con dicha condición. De esta manera, a través de la emisión de la conformidad puede considerarse que una prestación ha sido ejecutada según los términos contractuales aplicables y –en consecuencia- generarse el derecho al pago".
- 11.44. De ese marco jurídico se concluye que a fin de que la Entidad proceda con el pago a favor del contratista, previamente este debe obtener la

conformidad de la Entidad, la que solo se otorgará siempre y cuando se verifique el cumplimiento de las condiciones contractuales establecidas.

- 11.45.** Sin embargo, en los hechos la Entidad dispuso la resolución del contrato por el incumplimiento de obligaciones a cargo del contratista y, aun cuando la decisión haya sido revocada en el presente Laudo arbitral, no existe conformidad expresa que justifique el pago a su favor, tal como se previó en las Bases, en el Pedido Marco N° 4600009271 de fecha 24 de septiembre de 2019 y en el numeral 171.1 del art. 171 del RLCE, ni el contratista ha sometido a arbitraje la negativa de la Entidad a otorgarla.
- 11.46.** En consecuencia, considerando que el Contratista no ha obtenido la conformidad del servicio que lo habilite a reclamar el pago del servicio prestado, este Árbitro Único determina que la pretensión debe declararse infundada.

TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Que, la Entidad Electro Oriente pague como indemnización la suma de S/. 80,000.00 (ochenta mil y 00/100 soles), por haber resuelto de manera indebida el contrato perfeccionado mediante el Pedido Marco N° 4600009271 de fecha 24 de septiembre de 2019, por el lucro cesante y daño emergente producido por efectos del daño causado mediante la resolución indebida del contrato. Que, en todo caso el Tribunal Arbitral señale el monto de la indemnización en aplicación del artículo 1332 del Código Civil.

- 11.47.** Sobre este punto resulta claro que la normativa de las contrataciones del Estado regula el derecho del contratista al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados; no obstante, en cuanto a la probanza y la cuantificación del daño alegado, es preciso señalar que ni la LCE ni el RLCE han establecido alguna disposición sobre el particular, motivo por el cual, corresponde recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil, cuyo art. 1321 y 1331, dicen:

Artículo 1321.- "Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. (...)"

Artículo 1331.- "La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

- 11.48.** En ese sentido, este Árbitro Único hace notar que, al tratarse de un pedido de indemnización por daños y perjuicios, la parte actora debe proporcionar la documentación técnica y jurídica que pruebe de manera fehaciente e indubitable la certeza del daño ocasionado así como su cuantía, es decir, que este pueda ser apreciado por este Árbitro Único, sea porque el daño ya se dio o porque es determinado por una consecuencia lógica de un hecho determinado.
- 11.49.** En torno a la certeza del daño, cabe precisar que, al tratarse de uno de los elementos de la responsabilidad civil, este debe ser cierto, no pudiendo ser simplemente hipotético, razón por la cual, DE TRAZEGNIES con acierto señala

que “el daño cualquiera que sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación(...)”¹.

11.50. De otro lado, ARTEAGA ZEGARRA precisa que “(...) en el caso del contratista, se aplican las reglas del derecho común: los daños y perjuicios deben haberse producido efectivamente y, por ello, deben ser probados y cuantificados por quien alega haberlos sufrido; además, debe existir un nexo causal entre el incumplimiento o cumplimiento inexacto de las obligaciones a cargo de la Entidad y el daño efectiva y directamente irrogado por aquel.”²

11.51. Adicionalmente, en cuanto al resarcimiento de los daños y perjuicios alegados, RETAMOZO LINARES³ ha señalado que existen algunas reglas al respecto, siendo estas las siguientes:

- Los daños y perjuicios deben haberse producido efectivamente y, por ello, deben ser probados y cuantificados por quien alega haberlos sufrido.
- Debe existir un nexo causal entre el incumplimiento o cumplimiento inexacto de las obligaciones a cargo de la entidad y el daño efectivo y directamente irrogado por aquel.
- En cuanto a la probanza, esta corre a cargo de la parte que invoca el daño.

11.52. En el presente caso, el contratista solicita la Indemnización por daños y perjuicios ascendentes a la suma de S/. 80,000.00 (ochenta mil y 00/100 soles), por haber resuelto la Entidad, de manera indebida, el contrato perfeccionado mediante el Pedido Marco N° 4600009271 de fecha 24 de septiembre de 2019, refiriendo que:

- a) La resolución del contrato le ha causado daño, pues su expectativa de obtener los beneficios económicos se vio frustrada.
- b) Ha efectuado gastos para el pago de personal y destinó recursos para el cumplimiento de sus obligaciones. Agrega que corre el riesgo de que se le inicie un proceso sancionador, por lo que debe ser resarcido por la Entidad.
- c) Existe daño emergente por la sola resolución del contrato y lucro cesante por la utilidad que dejó de percibir.
- d) El daño por la indebida resolución del contrato está acreditado, en todo caso, expone que queda en potestad del árbitro único aplicar el artículo

11.53. No obstante, respecto del lucro cesante contenido en los literales a) y c) del numeral anterior, sin perjuicio de que el contratista no ha logrado acreditar el daño ni mucho menos la cuantía de lo que habría dejado de recibir por concepto de utilidad; este Árbitro Único advierte que al haberse dejado sin efecto la resolución del contrato efectuada por la Entidad, el CONTRATO ha retomado su vigencia, razón por la cual el contratista puede aún beneficiarse

¹ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La Responsabilidad Civil. En: Biblioteca para leer el Código Civil. Vol. IV. Tomo II. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2005, p.17.

² ARTEAGA ZEGARRA, Mario. El incumplimiento en materia de contratación pública. En: Actualidad Jurídica. Tomo 138, Lima: Gaceta Jurídica, mayo 2005, p. 33.

³ RETAMOZO LINARES, Alberto. Contrataciones y Adquisiciones del Estado y Normas de Control. Análisis y Comentarios, Tomo II, Lima: Gaceta Jurídica, enero 2018, p. 172.

económicamente del mismo, puesto que no se ha expresado razón futura que lo imposibilite.

- 11.54.** Por otro lado, en cuanto al daño emergente referido en el literal b) y c) del referido numeral, el contratista no ha logrado acreditarlo, como tampoco la cuantía que reclama; en ese sentido, no ha demostrado el monto de los gastos que efectuó para el pago de personal y los recursos que destinó para cumplir con sus obligaciones. Por otro lado, el riesgo del inicio de un procedimiento administrativo sancionador al ser tan solo una probabilidad, no puede por su propia definición concebirse como un daño, pues este necesita ser cierto, más aún si ese riesgo se ha desvanecido con la presente decisión arbitral.
- 11.55.** Finalmente, respecto de d), el artículo 1332 del Código Civil establece "*Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valorización equitativa*"; no obstante, para la aplicación del referido artículo el Contratista, previamente, tuvo que demostrar el daño, lo que no efectuó. Hay que añadir, además, que el Contratista debió introducir en esta pretensión un criterio de equidad, sabiendo que equidad no significa satisfacer el interés del contratista, sino analizar la situación concreta de manera objetiva, de modo que se aborde su razonabilidad y proporcionalidad a razón de las diferentes circunstancias que rodean a la controversia. Así esta herramienta extraordinaria o excepcional no puede usarse arbitrariamente por pedido del actor cuando este no haya podido probar el daño ni mucho menos la cuantía de la indemnización que pretende, solicitando subrepticamente que el Árbitro Único asuma su labor probatoria, sino que el Contratista debió introducir una cuantía objetiva como criterio de equidad a fin de su análisis.
- 11.56.** En consecuencia, este Árbitro Único declara infundada la tercera pretensión principal de la demanda arbitral, por los argumentos esgrimidos.

CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA REFERIDA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Que, Electro Oriente asuma los costos del presente arbitraje, conforme a lo señalado en la Ley de Arbitraje.

- 11.57.** Con relación a la cuarta pretensión principal de la demanda, es necesario señalar que, de acuerdo con el artículo 70 del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el arbitraje (en adelante, Ley de Arbitraje), los costos del arbitraje comprenden:
- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
 - b. Los honorarios y gastos del secretario.
 - c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.
 - d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
 - e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
 - f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.
- 11.58.** Asimismo, de acuerdo con el artículo 73 de la Ley de Arbitraje, a falta de acuerdo de partes para distribuir los costos del arbitraje, éstos deben ser de cargo de la parte vencida; sin embargo, el Tribunal Arbitral tiene la facultad de distribuir y prorratear estos costos entre las partes si estimara que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
- 11.59.** En el presente caso, toda vez que no existe un acuerdo entre las partes respecto a la forma cómo se van a imputar o distribuir los costos y costas del

arbitraje, corresponde que el árbitro único, atendiendo a las circunstancias, evalúe si dichos costos y costas deben ser asumidos exclusivamente por una de ellas o si deben ser distribuidos entre ambas.

11.60. Luego de evaluar las posiciones de las partes, considerando el resultado o sentido de este laudo y, al mismo tiempo, atendiendo a que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, en razón de la incertidumbre jurídica que existía entre ellas que, precisamente, motivó el presente arbitraje, tomando en cuenta, además, a efectos de regular el pago de tales conceptos, el buen comportamiento procesal de ambas partes, el árbitro único estima razonable que:

- a. Cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.
- b. Las partes asuman los honorarios y gastos arbitrales en partes iguales.

11.61. En ese contexto, mediante comunicación electrónica de fecha 07 de julio de 2022, el Secretario Arbitral ha remitido información sobre los gastos arbitrales, quedando registro de que el Contratista ha pagado el 100% del total de ambos conceptos, por los montos que a continuación se indican:

CONCEPTO	MONTO
Honorarios Árbitro Único	S/. 6 500.00 netos.
Gastos arbitrales CENTRO	S/. 6 732.00 más IGV

11.62. Siendo así, corresponde ordenar a la Entidad que devuelva al Contratista el 50% de los montos antes descritos.

12. SOBRE EL DEBIDO PROCESO

12.1. El Árbitro Único deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.

12.2. Además, deja constancia que durante el presente arbitraje se ha notificado todas las actuaciones correspondientes, habiendo las partes ejercido en todo momento su derecho a la defensa, sin limitación alguna.

13. DECISIÓN

13.1. De conformidad con los considerandos precedentes y en atención a los puntos controvertidos del presente arbitraje, así como al mérito de los fundamentos expuestos, se resuelve en los términos siguientes:

PRIMERO. – DECLARAR FUNDADA la primera pretensión principal de la demanda arbitral; en consecuencia, corresponde dejar sin efecto la Resolución del

Contrato efectuada por Electro Oriente S.A, mediante la Carta Notarial de fecha 28 de enero de 2020.

SEGUNDO. – DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda arbitral; y, por su efecto, no corresponde ordenar a Electro Oriente S.A el pago a favor de DIRECCIÓN ESTRATÉGICA S.A.C. de la suma de S/ 59,990.00 (cincuenta y nueve mil novecientos noventa y 00/100 soles) incluido el Impuesto General a las Ventas correspondiente al Pedido Marco N° 4600009271 de fecha 24 de septiembre de 2019.

TERCERO. – DECLARAR INFUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda; en consecuencia, no corresponde ordenar a Electro Oriente S.A pagar a favor de DIRECCIÓN ESTRATÉGICA S.A.C la indemnización por daño emergente y lucro cesante por la suma de S/. 80,000.00 (ochenta mil y 00/100 soles).

CUARTO. – FÍJAR los gastos arbitrales del Árbitro Único y de la secretaria arbitral, según lo registrado en el numeral 11.61 del presente Laudo Arbitral.

QUINTO. – DECLARAR FUNDADA EN PARTE la cuarta pretensión principal de la demanda; en consecuencia, se ordena a Electro Oriente S.A devolver a DIRECCIÓN ESTRATÉGICA S.A.C. el 50% de los montos descritos en el numeral 11.61 del presente Laudo Arbitral que fueran íntegramente pagados por DIRECCIÓN ESTRATÉGICA S.A.C.

SEXTO. – DISPONER la publicación de la presente decisión en el SEACE.



LEONARDO MANUEL CHANG VALDERAS
ÁRBITRO ÚNICO