

Arbitraje seguido entre

ELECTRO SUR ESTE S.A.A.

(Demandante)

Y

CONSORCIO ENERGÍA

(Demandado)

LAUDO

Árbitro Único

Manuel Diego Aramburú Yzaga

Secretaría Arbitral

Álvaro Antonio Estrada Rosas

Expediente N° 0180-2022-CCL

En Lima, a los 29 días del mes de febrero del año dos mil veinticuatro, el árbitro único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, así como en rigurosa observancia del debido proceso y escuchados los argumentos en torno a las pretensiones planteadas en los escritos postulatorios, emite el laudo siguiente para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada:

I. CONVENIO ARBITRAL:

1. Con fecha 31 de julio del 2020, las partes suscribieron el Contrato N° 058-2020-CONTRATO DEL SERVICIO DE COMERCIALIZACIÓN, MANTENIMIENTO Y OPERACIÓN ABANCAY-ANDAHUAYLAS 2020 Y 2021-ÍTEM 1 (en adelante, “el Contrato”), el cual tuvo como objeto la Contratación para brindar atención de calidad al cliente y a la población en general de las localidades de las zonas de administración de la Unidad de Negocio Abancay de la Gerencia Regional de Apurímac de ELECTRO SUR ESTE S.A.A. (en adelante ELSE).
2. El Contrato, en su Cláusula Vigésima Quinta estableció el convenio arbitral, en los siguientes términos:

“Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

El arbitraje será institucional y resuelto por ÁRBITRO ÚNICO, organizado y administrado por el Centro de Arbitraje Nacional e Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (...).”

II. DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

3. El árbitro único fue designado de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre las partes y con los artículos 10° y 11° del Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (en adelante, Reglamento del Centro).
4. Recibida la aceptación del árbitro único, el Tribunal Arbitral quedó válidamente constituido de la siguiente forma:

Tribunal Arbitral	
Árbitro	Designación y Aceptación
Manuel Diego Aramburú Yzaga	Designado como Árbitro Único, por el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

III. NORMAS APLICABLES

5. De acuerdo con la Cláusula Vigésima del Contrato, el marco legal aplicable es el siguiente:
 - Es de aplicación el Texto Único Ordenado de la Ley No. 30225 aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF.

IV. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

6. A efectos de resolver la controversia, corresponde que el Árbitro Único se pronuncie respecto de las pretensiones planteadas teniendo en cuenta lo alegado por las partes y las pruebas aportadas al arbitraje. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza respecto de tales hechos.

7. Asimismo, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje, en aplicación del Principio Probatorio de “Adquisición de la Prueba”, los medios probatorios ofrecidos por las partes, desde el momento que fueron presentados y admitidos como tales, pasaron a pertenecer al arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizados para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que les ofreció.
8. Se deja constancia que, al emitir el presente laudo arbitral, el árbitro único ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el arbitraje valiéndose de las reglas de la sana crítica y apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios presentados o hechos relatados por las partes no significa, de ningún modo, que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que el árbitro único deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que, a criterio del árbitro único, tuviere respecto de la controversia materia de análisis.
9. A continuación, el Tribunal procederá a exponer las posiciones de las partes en torno a las pretensiones formuladas por Electro Sur Este S.A.A. (en adelante, el demandante) y Consorcio Energía (en adelante, el demandado).

“Primera Pretensión principal: Que se declare nulidad, ineficacia o invalidez de la declaración de resolución del “Contrato N°058-2020 Contratación del Servicio de Comercialización, Mantenimiento y Operación Abancay – Andahuaylas 2020 y 2021 – Ítem 1” realizada por el Consorcio Energía a través de la carta notarial de fecha 16 de febrero de 2022 recibida por mi representada el 17 de febrero de 2022.”

▪ **POSICIÓN DEL DEMANDANTE:**

10. El demandante explica que el 12 de mayo de 2020 convocó al Concurso Público No. CP 001-2020-ELSE para la contratación de los servicios comerciales de la distribución de energía eléctrica y señala que la buena pro fue otorgada al

demandado el 25 de junio de 2020. Refiere que el Procedimiento de Selección se convocó con dos ítems:

- ITEM 1: “Servicio de ejecución de Actividades Comerciales, Mantenimiento y Operación; Abancay Y Sectores; Gerencia Región Apurímac, 2020-2021”.
- ITEM 2: “Servicio de ejecución de Actividades Comerciales, Mantenimiento y Operación; Andahuaylas Y Sectores; Gerencia Región Apurímac, 2020-2021”

11. El demandante precisa que, de conformidad con las Bases del Procedimiento de Selección, el sistema de contratación era a precios unitarios, por un plazo de dos años (2020 y 2021), es decir, por un total de 730 días calendario. Agrega que el 31 de julio de 2020 las partes suscribieron el Contrato y el 17 de febrero de 2022, el demandado comunicó la resolución del Contrato invocando la existencia de hechos sobrevinientes a la suscripción del Contrato referidos a (i) la entrega del Bono de Electricidad; (ii) prestaciones de atención de emergencias; y (iii) gastos producto de contagios por Covid.

12. Asimismo, el demandante explica que el 23 de febrero de 2022, mediante Carta Notarial G-410-2022 ELSE, notificó al demandado la Resolución N° G-028-2022 por la que declaró la resolución del Contrato por paralización injustificada de la prestación, pese a haber sido requerido previamente para el cumplimiento de sus obligaciones.

13. Señala que, por la fecha de convocatoria, son de aplicación al Contrato el TUO de la Ley 30225 aprobado por Decreto Supremo N° 082-2019-EF (en adelante la Ley) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 344-2018-EF, en sus términos originales (en adelante el Reglamento).

14. De conformidad con los hechos y argumentos expuestos en la demanda, el demandante indica que no se ha configurado la causal de resolución del Contrato por hechos sobrevinientes a la suscripción del mismo y que tampoco existió imposibilidad por parte del demandado para cumplir sus obligaciones. Agrega que el demandado, en su resolución contractual ha invocado, como causales de resolución hechos sobrevinientes a la suscripción del Contrato, los cuales están

referidos a (i) Bono de Electricidad aprobado por Decreto de Urgencia N° 074-2020; (ii) los gastos generados como consecuencia de prestaciones de emergencia; y (iii) gastos derivados del contagio masivo del Covid 19.

“La resolución del Contrato, invoca “hechos sobrevinientes” a la suscripción del Contrato referidos a (i) Bono de Electricidad aprobado por Decreto de Urgencia N° 074-2020; (ii) los gastos generados como consecuencia de prestaciones de emergencia; y (iii) gastos derivados del contagio masivo del Covid 19.”

15. Según el demandante, el demandado pretende aplicar, aunque incorrectamente, el artículo 36.1 de la Ley de Contrataciones del Estado y el artículo 164.3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sosteniendo que se ha producido un hecho ajeno a las partes contractuales, generando un desequilibrio contractual que imposibilita definitivamente la continuación de la ejecución contractual y que se ha producido en el demandado una falta de liquidez económica y un perjuicio patrimonial.
16. Para el demandante, ninguno de los hechos invocados como causales de resolución contractual es posterior al perfeccionamiento del Contrato porque la convocatoria al Procedimiento de Selección que originó la celebración del Contrato fue el 12 de mayo de 2020 y el Contrato se suscribió el 31 de julio de 2020. Así, explica que, para considerar que se trata de un hecho posterior o sobreviniente al perfeccionamiento del Contrato, este debe necesariamente ser posterior al 31 de julio de 2020, lo que no ha sucedido.
17. Respecto al Bono de Electricidad, el demandante indica que este fue aprobado a través de Decreto de Urgencia N° 74-2020 publicado el 27 de junio de 2020, es decir, al 31 de julio de 2020, fecha en la que se suscribió el Contrato, ya se conocía la existencia del Bono y sus condiciones, y, por tanto, no puede calificar como un hecho sobreviniente al perfeccionamiento del Contrato. Además, señala que el Bono de Electricidad fue un mecanismo aprobado bajo determinadas condiciones y por una duración definida entre los meses de marzo de 2020 a diciembre de 2020, es decir, por un período acotado y anterior al Contrato, que debía implementarse los 6 meses siguientes a la fecha de suscripción del Contrato, por el período de agosto a diciembre de 2020.

18. Refiere que la carta de resolución contractual fue remitida por el demandado el 17 de febrero de 2022, es decir un año y un mes después de la culminación de la vigencia del Bono y, por tanto, cuando las consecuencias de esta medida ya habían culminado hace más de un año.
19. Respecto de los gastos generados como consecuencia de prestaciones de emergencia no previstas, el demandante señala que es una empresa de distribución de servicio de energía eléctrica y que es un hecho conocido y notorio que se trata de un servicio que debe estar disponible para el usuario de manera permanente, sin interrupciones y en el que, por la naturaleza del servicio, de existir alguna avería urgente, ésta debe ser reportada y atendida aun cuando se trate de un día inhábil.
20. Agrega que la Cláusula Novena del Contrato contempla una serie de actividades a cargo del demandado que estuvieron previstas desde las Bases, bajo el rubro de “Servicio de Mantenimiento y Operación” entre las que se encuentran instalación o retiro de unidad de alumbrado, izaje de postes, instalación de retenidas, entre otras y que la mayoría de las actividades de mantenimiento y operación pueden ser realizadas a través de trabajos programados, pero también es posible que estas mismas actividades, deban ser realizadas de emergencia porque afectan el servicio o pone en peligro bienes o personas.
21. Explica que, desde las Bases, se contempló que el demandado presente su Plan de Trabajo incluyendo el Plan de Contingencia y que la Cláusula Quinta del Contrato establece que el servicio que estaba a cargo del demandado debía sustentarse en el Plan de Trabajo que presentó en el expediente técnico para el inicio de la prestación del servicio, dicho plan, según el demandante, contempla entre otros:

*“Plan de Contingencia, para atender emergencias que se presentan fuera del horario normal de trabajo, sábados, domingos y días feriados (Horario Normal de Trabajo de **LA EMPRESA** es de lunes a viernes de 07:30 a 17:45 horas, con la formación de cuadrillas (mínimo 01 Supervisor, 02 técnicos), de reten aptas para resolver interrupciones inesperadas, durante las 24 horas del día y los 365 días del año y tener las condiciones económicas, técnicas y/u operativas para su ejecución.*

*Este Plan de Contingencia se activará a la solicitud y/o requerimiento de **LA EMPRESA**, en forma verbal o con Orden de Trabajo¹.*

22. El demandante indica que la posibilidad de atender emergencias siempre estuvo prevista y que, en todos esos casos, el demandado tenía que valorizar los servicios y se pagaría conforme al Contrato bajo el sistema de precios unitarios. Agrega que, en ningún caso el demandante garantizó a un número de prestaciones de ningún tipo (ni programadas ni de emergencia), pues siendo un contrato a precios unitarios, se paga lo efectivamente ejecutado.
23. Señala que, teniendo en cuenta que la mayoría de las actividades previstas en el Contrato podían ser atenciones de emergencia no era posible “crear” una partida distinta para emergencias, pues explica que ésta es una modalidad de prestación, que depende de las circunstancias en que se deban atender.
24. Respecto de los gastos por contagios de Covid 19 que el demandado tuvo que asumir como consecuencia de la pandemia, lo que habría incrementado los costos por la contratación de personal adicional que tuvo que contratar, el demandante indica que las restricciones de la pandemia se iniciaron el 16 de marzo de 2020 y con posterioridad a ello, se realizó la convocatoria al concurso, específicamente el 12 de mayo de 2020 y, por tanto, el demandado formuló su oferta conociendo la situación existente.
25. Así las cosas, el demandante explica que los contagios y todos los gastos que se hubieran derivado del Covid 19, no son gastos extraordinarios, ni imprevisibles ni irresistibles y menos pueden ser considerados como “hecho sobreviniente al perfeccionamiento del Contrato” porque era la situación previsible en un contexto de pandemia mundial. Agrega que el Contrato se suscribió conociendo perfectamente la existencia de una pandemia y en modo alguno es “posterior a su perfeccionamiento”.
26. El demandante indica que la imposibilidad de cumplimiento está referida a la imposibilidad material de este y que, el ejemplo típico de estos casos es la pérdida de la cosa o la imposibilidad material de hacer y si bien esta imposibilidad puede

¹ Numeral 21 de la demanda.

ser matizada según las circunstancias, se refiere a la imposibilidad de la ejecución de la prestación por razones objetivas y cuando la prestación resulta legal o físicamente imposible. No se trata de una imposibilidad de cumplir por voluntad del obligado.

27. Por otro lado, el demandante también ha señalado que ninguno de los tres hechos invocados como causales de resolución del Contrato se encuentra probado, pues por el momento en que se produjeron, todos eran plenamente conocidos antes la fecha de suscripción del Contrato y no configuran ninguno de los supuestos previstos en el artículo 164.3 del Reglamento.
28. Con fecha 11 de diciembre de 2023, el demandante presentó su escrito de alegatos finales, mediante el cual reiteró los argumentos expuestos en su demanda y además señaló que no existen “mayores gastos” que se puedan reconocer porque el Contrato se ejecutó por encima del monto ofertado y no hay prueba de gastos “adicionales”. Además, señala que los términos del Contrato no se han modificado, por lo que la demandante solo está obligada a pagar lo que se pactó expresamente.
29. En su escrito de alegatos finales ha señalado que el demandado ha alegado que los hechos que motivaron las causales invocadas sean analizados de manera conjunta para establecer la existencia de la causal de resolución del Contrato y que el desequilibrio económico fue la consecuencia de los hechos que invoca, pero que ninguna de estas alegaciones es suficiente para desvirtuar los argumentos que sustentan la pretensión principal.

▪ POSICIÓN DEL DEMANDADO

30. El demandado, en su escrito de contestación de demanda, señala que los hechos invocados como causales de resolución de contrato se han configurado, pero sobre la base de la evaluación conjunta del impacto de los 3 hechos. Agrega que los impactos fueron sobrevinientes al Contrato y que tienen naturaleza de fuerza mayor generando que el Contrato se vuelva inejecutable bajo las condiciones presentadas en la oferta.

31. Asimismo, indica que la demandante toma como fecha de referencia para su evaluación de los hechos invocados como causales de resolución del Contrato, la fecha de perfeccionamiento del Contrato (31 de julio de 2020); pero no ha considerado que la publicación del concurso público fue el 12 de mayo de 2020 y la presentación de la oferta el 16 de junio de 2020, es decir, antes de la firma del Contrato, habiéndose elaborado y presentado en un contexto distinto. Además, señala que la publicación de Decreto de Urgencia N° 074-2020 del 27 de junio de 2020, referido al bono de electricidad, fue posterior a la presentación de la oferta.
32. El demandado señala que para este Contrato hubo un cambio de reglas y modificación al sistema de contratación que regularmente se utilizaba por la naturaleza de las prestaciones, puesto que hasta el proceso del 2018 la contratación se efectuaba bajo un sistema mixto, esto es, a precios unitarios para el servicio de mantenimiento y a suma alzada para la atención de operaciones y/o emergencias, según las bases del Procedimiento del Contrato N° 036-2018.
33. Señala que el Contrato No. 036-2018 (no se trata de este contrato sino al que refiere el demandado como uno previamente suscrito) contemplaba una partida independiente para la atención de emergencias, la cual contaba con un presupuesto único pagado a suma alzada, considerando que esta actividad requería la disposición de personal exclusivo que debía estar de forma permanente a la expectativa de poder atender las emergencias que surjan durante el día.
34. Indica que en el Contrato materia de este arbitraje se contempló las prestaciones de emergencia como parte de las de mantenimiento; relegando la descripción de la atención de emergencias a un párrafo en la página 36 de las bases. Agrega que esta situación ha generado uno de los hechos que ha impactado y ha motivado la resolución contractual del demandado.
35. El demandado explica que la demandante tiene conocimiento de que el procedimiento de selección que dio origen al Contrato materia de este arbitraje adolecía de vicios, por lo que en la Contratación Directa N° 001-2022, del saldo del servicio del contrato 058-2020 y la nueva contratación mediante Contrato N° 041-2022, ha retornado en ambos procesos al sistema original, e incluso se han

incrementado en más del 100% el valor de las prestaciones cuestionadas en este arbitraje y agrega que el sistema utilizado para el Contrato es una afectación a la ejecución a costa de su perjuicio.

36. Ahora bien, el demandado alega que la demandante, indirectamente, ha reconocido que el Contrato adolece de defectos y que el sistema bajo el que se convocó y contrató no era el ideal para la ejecución de esta contratación, por lo siguiente:

(i) Al no contar con un personal exclusivo para la atención de emergencias, sino más bien personal del servicio de mantenimiento designado como parte de las cuadrillas de emergencia, existía la posibilidad de que estos se encuentren en ejecución del servicio de mantenimiento mientras se inicie una emergencia.

(ii) Según las leyes laborales los trabajadores no pueden tener jornadas laborales superiores a las 48 horas semanales, pero en este caso, al no tener personal exclusivo y destacado para la atención de emergencias, se tenía que disponer del personal destacado al servicio de mantenimiento para atender las emergencias teniendo, los trabajadores, que cumplir horas adicionales de trabajo para las actividades de emergencias.

(iii) No se contaba con un desagregado de partidas y actividades exclusivas para las emergencias, sino más bien, que estas serían las desarrolladas en el literal B de la página 192 de las Bases Integradas, lo cual se condice con lo señalado por la Entidad en el pliego absolutorio con ocasión de la atención de las consultas 32, 33 y 34.

37. El demandado indica que las condiciones de contratación resultaban un “experimento” para la demandante pues pese a que este proceso siempre se convocó bajo un sistema mixto justamente por la relevancia de la atención de emergencias, en esta ocasión, la demandante decidió “intentar probar” un sistema integral de precios unitarios.

38. Indica que el proceder de la demandante frente al comportamiento del demandado es cuestionable porque las acciones del demandante en la ejecución de este servicio deberían haber estado orientadas a garantizar el cumplimiento de la finalidad pública que subyace a la contratación; lo cual no ha sido cumplido. Agrega que, incluso, la convocatoria que dio origen la Contrato involucra una transgresión a la normativa laboral porque el Decreto Legislativo No. 854 - Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo Modificado por Ley No. 27671, establece que la jornada ordinaria de trabajo para varones y mujeres mayores de edad es de 8 horas diarias o 48 horas semanales como máximo, sin excepciones pudiendo únicamente modificarse la distribución de dichas horas mas no superar el máximo semanal.
39. Respecto del Bono de Electricidad otorgado por Decreto de Urgencia No. 074-2020 de fecha 27 de junio de 2020, el cual fue promulgado después de la presentación de ofertas, lo que ocurrió el 16 de junio de 2020, refiere que su oferta fue elaborada con anterioridad a la publicación del referido decreto, consecuentemente su contenido se encuentra enmarcado en un contexto que no contiene lo dispuesto por el Decreto de Urgencia No. 074-2020.
40. El demandado refiere que la Ley de Contrataciones del Estado establece en su artículo 36.1 que cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes y que ello se condice con el artículo 164.4 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que establece que cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.
41. Según señala el demandado en la contestación de demanda, a través del Decreto de Urgencia No. 074-2020 que aprobó el Bono de Electricidad el gobierno subsidió el pago del consumo del servicio de electricidad de los clientes que cumplan con ciertas condiciones. Agrega que parte de las obligaciones del demandado era

efectuar las prestaciones de cobranza, corte y reconexión, entre otras, según lo determinado en las Bases Integradas, pero como los servicios que la demandada debía ejecutar ya estaban pagados, no iba a efectuarse ningún tipo de corte ni reconexión durante la vigencia del bono y, además, el servicio de cobranza devenía en innecesario durante la aplicación del bono.

42. Explica que el 12 de octubre del 2020, mediante Carta No. CE 007-2020-APR enviada por el demandado al demandante, solicitó que *“se disponga y autorice el reconocimiento económico correspondiente a la actividad de “Cobranza de Recibos” dejada de ejecutar y las previstas hasta diciembre 2020, según los precios unitarios establecidos en los contratos, en vista que conforme a lo regulado por el OSINERGMIN la facturación del cargo fijo mensual al usuario final incluye los costos de cobranza del recibo, por lo que en esta situación particular en la que el Bono de Electricidad ha sustituido la actividad de cobranza de varios meses (Julio a Diciembre 2020), y por tratarse de un contrato a precios unitarios, y al ser un caso fortuito y no previsto en el contrato, resulta razonable y justo que se reconozca en la valorización las actividades dejadas de ejecutar por razones ajenas al CONSORCIO ENERGIA, con la finalidad de sostener los recursos humanos, infraestructura y costos financieros asociados al contrato.”* Asimismo, en dicha comunicación, el demandado refiere que solicitó también *“Disponer y autorizar el Retiro y/o Suspensión del personal que labora en los centros de cobranza y el cierre de locales, en vista que esta actividad se ha reducido significativamente, manteniendo solo en algunas localidades concentradas y con personal reducido, así como disponer y autorizar la Suspensión y/o Retiro del personal e infraestructura destinado a las Actividades de Cortes y Reconexiones.”*
43. Agrega que mediante la Carta No. CE 007-2020-APR, puso en conocimiento del demandante el impacto que se estaba produciendo a costa de los efectos de la aplicación del bono, por lo que propuso ciertas medidas para que se mantuvieran el equilibrio financiero del Contrato.
44. Para el demandado resulta aplicable la Teoría de Imprevisión la cual está basada en la compensación a la parte que se encuentra perjudicada o en menos ventaja por alguna afectación respecto del equilibrio económico del Contrato. Señala que

este mismo concepto está incluido dentro del Principio de Equidad establecido en la Ley de Contrataciones del Estado.

45. Indica que, mediante Carta CE-No. 004-2020-AND reiteró al demandante lo solicitado, mediante Carta No. CE 007-2020-APR, no obstante, el demandante no se pronunció y continuó con la ejecución del Contrato afectando el equilibrio económico del mismo.
46. Frente a esta situación, el demandado señala que por Carta-CE-No. 058-2021-AND, informó al demandante el incremento del déficit económico por tratar de mantener personal para cortes y reconexiones y para cobranzas. Además, mediante esta carta solicitó el reembolso ascendente a S/ 109,756.27 correspondiente a la actividad "*Cobranza de Recibos*" así como el reembolso de la suma de S/ 131,858.80 que corresponde a la actividad "*Cortes y Reconexiones*".
47. El demandado indica que fue, recién, el 26 de julio de 2021 que mediante Carta No. RA-441-2021, el demandante contestó vía notarial la Carta-CE-Nº 058-2021-AND, expresando que no le correspondía reconocer montos a favor del demandado. No obstante, el demandado señala que, para la fecha de esta comunicación, percibía menos del 10% del monto proyectado, lo cual se fue agravando a pesar de haber obtenido un crédito reactiva para respaldar los proyectos.
48. Por otro lado y sobre el impacto del COVID-19 en la ejecución del Contrato, el demandado señala que los contagios fueron aumentando mes a mes, a tal punto que nadie pudo prever dicha situación. Agrega que las disposiciones en materia laboral que el Gobierno decretó protegían al trabajador, siendo una de las disposiciones la puesta en cuarentena del personal contagiado por 14 días, debiendo contratarse a nuevo personal para seguir manteniendo el servicio, lo que ha generado mayores gastos a los previstos. Además, señala, debía brindar hospedaje pagado al trabajador por el aislamiento correspondiente, siendo que ninguno de estos gastos fue previsto.
49. Agrega que estos gastos no previstos complicaron aún más el escenario caótico en el que se encontraba el demandado ya que no podía cumplir con sus obligaciones

con sus proveedores y trabajadores por no contar con los ingresos previstos durante la vigencia del Bono de Electricidad.

50. Respecto de la atención de servicios de emergencia, el demandado señala que se contempló en las bases la atención de emergencias en el servicio, las cuales debían ser atendidas por cuadrillas que serían formadas por el personal designado para el servicio de mantenimiento; ello en atención a que no se había establecido una partida exclusiva que permitiera contratar al personal dedicado exclusivamente a la atención de las referidas emergencias. Expresa que para cumplir con dicho requerimiento tuvo que contratar personal complementario para poder cubrir las emergencias en su totalidad y no vulnerar las normas laborales de los trabajadores de mantenimiento.
51. El demandado indica que para la atención de las emergencias las actividades, según lo establecido en las bases y la absolución de consultas y observaciones, debía seguirse lo establecido en el desagregado de Actividades de Servicio de Mantenimiento y Operación contenido en el folio 192 de las Bases Integradas y que como parte de este detalle, en los apartados RP-16 y RP-17 se estableció que no correspondía al contratista efectuar dichos trabajos que eran necesarias para la atención de muchos servicios de emergencias. Agrega que el demandado atendió 2827 emergencias y/o averías que requerían la prestación de las actividades contenidas en los apartados RP-16 y RP-17 y que al no ser imputables al demandado la atención de dichas actividades, correspondía que sea el demandante sea quien las atienda, o, en su defecto, que disponga de una modificación contractual para que el demandado pueda efectuar las actividades mencionadas y que eran necesarias para la continuación de la ejecución contractual.
52. Al respecto, el demandado indica que por Carta No. 011-2021-CE/ABA solicitó al demandante que se evalúe como prestación adicional que esté orientada a poder atender los servicios de emergencia, sin perjudicar a ninguna de las partes, sin embargo. esta solicitud, mediante Resolución de Gerencia General No. G-082-2021, fue declarada improcedente. De acuerdo a lo señalado por el demandado, con el fin de continuar con la ejecución del Contrato, asumió las actividades

contenidas en los apartados RP-16 y RP-17 sin percibir contraprestación económica ni apoyo alguno por parte del demandante.

53. El demandado señala que por Carta-CE-N° 005-2022-AND puso en conocimiento del demandante su situación económica alegando los tres hechos controvertidos (el impacto iniciado por el bono de electricidad y potenciado por los efectos de la pandemia y las prestaciones relacionadas a la atención de emergencias y/o averías) a efectos de reconstruir el equilibrio económico del Contrato, sin embargo, la demandante no respondió dicha comunicación, ocasionando que el demandado no pueda hacer efectivos sus pagos.
54. Señala que, por Carta Notarial del 16 de febrero de 2022, tuvo que resolver el Contrato bajo la causal de hechos sobrevinientes al contrato y de fuerza mayor no imputables a las partes establecidas en los artículos 1314 y 1315 del Código Civil.
55. Ahora bien, con fecha 11 de diciembre de 2023, el demandado presentó su escrito de alegatos finales, mediante el cual señaló que los hechos sobrevinientes alegados no son la promulgación del bono de electricidad ni la pandemia del Covid 19, sino más bien son los impactos que dichos hechos tuvieron en la ejecución del Contrato con posterioridad al perfeccionamiento del mismo.
56. Respecto del impacto del bono de electricidad en las condiciones contractuales, el demandado indica que fue una situación no prevista ni cuantificable que cambió las condiciones contractuales bajo las cuales se suscribió el Contrato porque con la sola publicación del Decreto de Urgencia No. 074-2020 del 27 de junio de 2020 no era posible prever las consecuencias y ello se refleja en el hecho de que en la bases, oferta del demandado y el Contrato no se contempló alguna medida relacionada al impacto que iba a tener la implementación del bono en la ejecución del Contrato.
57. Agrega que, si bien el bono de electricidad fue creado aproximadamente un mes antes de la firma del Contrato, las disposiciones y definiciones de OSINERGMIN para su implementación se conocieron 3 meses después a su suscripción, es decir, el 26 de octubre de 2023, por lo tanto, los impactos ocasionados por el bono de

electricidad son hechos sobrevinientes no imputables a las partes que modificó las condiciones iniciales del Contrato.

58. Respecto del impacto de las medidas dispuestas por el gobierno en la pandemia por Covid 19, señala que al ser la pandemia totalmente desconocida y al haber ido el gobierno implementando gradualmente nuevas medidas constantemente durante los 2 años de pandemia, cambió las condiciones contractuales bajo las cuales se suscribió el Contrato. Agrega que la gran cantidad de dispositivos legales emitidas después de la suscripción del Contrato, así como la imposibilidad de cuantificarlo son prueba de la imprevisibilidad y califica como un hecho sobreviniente al Contrato.
59. Respecto del impacto del sistema de valorización de las atenciones de emergencia (averías) en el marco de la pandemia por el Covid 19, las condiciones contractuales cambiaron drásticamente porque la atención de estas no era equiparable a una actividad regular, dado que son imprevistas e imposibles de programar, siendo mayor el costo y dificultad para su atención. Agrega que la ejecución de la atención de las emergencias no solo fue más onerosa, sino que demandó más implementaciones que las atenciones regulares y señala que lo que cambió fue el contexto en el que se debía ejecutar la atención de una emergencia.
60. El demandado indica que ninguno de los impactos explicados anteriormente es atribuible a las partes porque son medidas provenientes del gobierno central y eran de obligatorio cumplimiento, por lo que eran irresistibles.
61. Asimismo, el demandado señala que era imposible continuar con el Contrato y que promovió acciones con ocasión de la ocurrencia de los hechos explicados anteriormente, como por ejemplo, la aplicación del artículo 34.10 de la Ley de Contrataciones del Estado que establece que cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, las partes pueden acordar otras modificaciones al contrato siempre que las mismas deriven de hechos sobrevinientes a la presentación de ofertas que no sean imputables a ninguna de las partes. Señala que por Carta No 007-2020-APR, Carta No. 011-2021-VE/ABA, Carta No- 058-2021-AND y Carta CE-N° 005-2022-AND puso en conocimiento y

probó ante la demandante que el contexto de las condiciones contractuales bajo las cuales se suscribió el Contrato habían sido modificadas producto de los efectos de la implementación del bono de electricidad por las disposiciones del OSINERGMIN y la publicación de la lista de beneficiarios del 26 de octubre de 2020, lo que trajo como consecuencia el desequilibrio económico del Contrato.

62. Refiere que mediante la Carta No 007-2020-APR, Carta No. 011-2021-VE/ABA, Carta No- 058-2021-AND y Carta CE-N° 005-2022-AND propuso alternativas de acción orientadas a viabilizar la ejecución del Contrato, siendo una de ellas la propuesta de retiro y/o suspensión del personal que labora en los centros de cobranza y el cierre de locales, dado que la actividad de cobranza se había reducido, manteniendo solo algunas localidades concentradas. También se propuso el retiro o suspensión del personal destinado a las actividades de corte y reconexión, pero que la demandante ignoró las comunicaciones enviadas y luego de 8 meses del envío de la primera carta y de haberse implementado el bono de electricidad es que, por Resolución de Gerencia General No. G-082-2021 emite una respuesta a la Carta No. 011-2021-VE/ABA, rechazando las alternativas de solución planteadas.
63. El demandado indica que no era posible continuar con el Contrato, justamente, porque la demandante rechazó las alternativas de solución planteadas indicado que el sistema de contratación impedía legalmente la implementación de alguna medida o modificación que permitiera restaurar las condiciones originales de contratación.

▪ **POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

64. Según los términos de la Primera Pretensión Principal de la demanda, el Tribunal Arbitral debe analizar si es que corresponde o no declarar la nulidad, ineficacia o invalidez de la resolución del Contrato efectuada por el demandado, mediante Carta Notarial de fecha 16 de febrero de 2022 recibida por la demandante el 17 de febrero de 2022, es decir, el Tribunal Arbitral debe analizar si la resolución contractual realizada por el demandado ha sido realizada cumpliendo con la normatividad legal aplicable y por tanto si ha sido correcta o incorrecta.

65. Conforme a los argumentos expuestos en la demanda y en sus conclusiones escritas, la demandante ha alegado que la resolución del Contrato realizada por el demandado es nula, ineficaz e inválida porque los hechos invocados como causal de resolución del Contrato no constituyen fuerza mayor, ni se trata de hechos sobrevinientes al Contrato, que generen la imposibilidad de cumplirlo. Agrega que los hechos invocados como causales de resolución del Contrato son (i) la entrega del Bono de Electricidad; (ii) las prestaciones de atención de emergencias; y (iii) gastos del producto de contagios por Covid y que estos fueron plenamente conocidos por el demandado antes de la suscripción del Contrato, por lo que no son hechos sobrevinientes a la suscripción del Contrato que puedan generar la resolución del mismo por fuerza mayor. A continuación, se cita lo señalado por la demandante:

“La resolución del Contrato, invoca “hechos sobrevinientes” a la suscripción del Contrato referidos a (i) Bono de Electricidad aprobado por Decreto de Urgencia N° 074-2020; (ii) los gastos generados como consecuencia de prestaciones de emergencia; y (iii) gastos derivados del contagio masivo del Covid 19.”

66. Por su parte, el demandado en su contestación de demanda ha señalado que (i) la entrega del Bono de Electricidad; (ii) las prestaciones de atención de emergencias; y (iii) gastos del producto de contagios por Covid en su conjunto fueron hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del Contrato e incluso a la propuesta económica, siendo esta elaborada sin considerar los hechos mencionados. Asimismo, señala que los tres hechos invocados como causal de resolución del Contrato generaron problemas financieros en la empresa, lo que, a su vez, generó la imposibilidad por parte del demandado de cumplir con las prestaciones contractuales, es decir continuar con la ejecución del Contrato. Agrega que el proceso de selección que originó el Contrato materia de este arbitraje fue un experimento para la demandante, ya que este no fue bajo un sistema mixto, sino que la demandante decidió probar un sistema integral a precios unitarios. En su escrito de alegatos finales, el demandado ajusta su posición y precisa que lo que constituye un hecho sobreviniente al perfeccionamiento del Contrato no era (i) la entrega del Bono de Electricidad; (ii) prestaciones de atención de emergencias; y (iii) gastos del producto de contagios por Covid *per sé*, sino sus efectos e impactos

económicos en la ejecución del Contrato, dado que no se pudo prever ni cuantificar las consecuencias de las disposiciones del Osinergmin, respecto de la implementación del bono de electricidad, ni se pudo prever las consecuencias de las disposiciones que el gobierno central dictaba respecto del COVID 19. Señala que las condiciones del contexto para la atención de emergencias se agravaron siendo los costos para estas actividades más oneroso.

67. A efectos de resolver esta pretensión, se analizarán los hechos expuestos y el material probatorio presentado, para determinar si los hechos invocados constituyen las causales de resolución contractual que se señala ocurrieron, como consecuencia de los hechos sobrevinientes alegados. También se evaluará si estos son no imputables a las partes y si imposibilitaron al demandado cumplir sus obligaciones contractuales.

68. Para ello, es necesario tener en cuenta que con fecha 25 de junio de 2020 se otorgó la buena pro del Concurso Público No. CP-001-2020-ELSE, al demandando, quedando consentida el 8 de julio de 2020² y como consecuencia de ello, se suscribió el Contrato cuyo objeto, conforme a su Cláusula Tercera, era “(...) *la contratación del Servicio de Comercialización, Mantenimiento y Operación Abancay. Andahuaylas 2020 Y 2021- Ítem 1*”, que servirá para dar atención de calidad al cliente y a la población en general de las localidades de las zonas de administración de la Unidad de Negocio Abancay de la Gerencia Regional de Apurímac de LA EMPRESA, en el periodo de los años 2020 y 2021” por el monto ascendente, de acuerdo a la Cláusula Novena del Contrato, a S/ 9'681,632.40 y por el plazo de 730 días calendario, conforme a la Cláusula Décima Segunda del Contrato, “(...) *contados a partir del día siguiente hábil de la implementación y conformidad de la verificación abajo mencionada, para lo cual se suscribirá un acta de inicio de actividades, cuyo plazo no podrá exceder de quince 15 días contados a partir del día siguiente de la firma del contrato.*”

69. Este Contrato fue resuelto por el demandado, mediante Carta Notarial de fecha 16 de febrero de 2022 recibida por el demandante el 17 de febrero de 2022 por la causal, según lo ha sostenido el demandado, referida a la ocurrencia de hechos

² Cláusula Segunda del Contrato.

sobrevinientes al perfeccionamiento del Contrato que determinaron el desequilibrio económico financiero que a su vez determinó la imposibilidad para el demandado de continuar con la ejecución del mismo. Es decir para el demandado, las razones o causas por las que resolvió el contrato son hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del Contrato que determinaron que el mismo no pueda seguir siendo cumplido, por el desequilibrio económico que ello habría generado, los cuales serían (i) el impacto del Bono de Electricidad; (ii) el impacto económico de los gastos generados por prestaciones de atención de emergencias no previstas; y (iii) el impacto de gastos del producto de contagios masivos por Covid 19.

70. Dado que esta es una relación contractual originada en el marco de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, para resolver este caso es indispensable analizar si la causal invocada por el demandado para resolver el Contrato está alineada a lo establecido en las normas precedentemente indicadas. Al respecto, resultan aplicables el artículo 36.1 de la Ley y el artículo 164.3 del Reglamento, que regulan las causales de resolución del Contrato, entre las cuales se encuentra la posibilidad de resolver el contrato como consecuencia de un caso fortuito, fuerza mayor o hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del Contrato que imposibiliten de manera definitiva la posibilidad de continuar con su ejecución. A continuación, se cita el artículo del Reglamento referido:

“Artículo 164.3.- Causales de resolución

(...)

164.3. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.”

71. Teniendo en cuenta que según el demandado, el Contrato fue resuelto por las consecuencias derivadas de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del Contrato que según el demandado no eran imputables a las partes e imposibilitaron de manera definitiva la continuación de la ejecución del Contrato, la evaluación del caso se realizará en función a dichas causales o razones, esto es, si se ha configurado o no un hecho o hechos sobrevinientes al perfeccionamiento

del Contrato que no sean imputables a las partes y en caso de haberse configurado el o los hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del Contrato, no imputables a las partes, si imposibilitó o no de manera definitiva la ejecución del Contrato.

72. Para entender cuándo ocurre el perfeccionamiento del Contrato, es necesario revisar lo establecido en el artículo 137.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. A continuación, citamos lo establecido en el artículo 137.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado para efectos ilustrativos:

“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).”

73. En el caso que nos ocupa, la fecha de perfeccionamiento del Contrato es el 31 de julio de 2020, puesto que esta es la fecha de su suscripción, lo que conforme al artículo 137.1 del Reglamento determina su perfeccionamiento. Por lo tanto, en este caso, el primer análisis que se debe realizar para determinar si se cumple o no con la causal de resolución del Contrato invocada en la Carta Notarial de fecha 16 de febrero de 2022, es analizar si el hecho o hechos generadores de los impactos alegados ocurrieron con anterioridad o posterioridad al perfeccionamiento del Contrato, para ello debe analizarse cuándo ocurrió o cuándo se dieron los hechos: (i) la promulgación y entrada en vigencia del Bono de Electricidad; (ii) el impacto económico de los gastos generados por prestaciones de atención de emergencias no previstas; y (iii) el impacto de gastos del producto de contagios masivo por Covid 19, y si tales hechos fueron realmente no imputables a las partes y generaron un desequilibrio económico y financiero que imposibilita la ejecución del Contrato. Debe tenerse en cuenta que la fecha del perfeccionamiento del Contrato es el 31 de julio de 2020, por lo que la ocurrencia de los hechos

generadores de los impactos económicos alegados, que se señala determinaron el desequilibrio económico financiero que imposibilita la continuación de la ejecución del Contrato, son posteriores a dicha fecha. En cuanto a que los hechos invocados como causal de resolución, estos, además, no deben haber sido generados por la parte que la haya invocado. Atendiendo a lo anterior, a continuación, analizaremos, si los hechos invocados se ajustan al artículo 164.3 del Reglamento de Contrataciones del Estado, como causales para resolver el Contrato y si el supuesto impacto económico que ha generado un desequilibrio económico financiero imposibilita que el demandado pueda continuar ejecutando el Contrato está alineado a dicho artículo. El análisis debe realizarse de este modo porque en la Carta de Resolución del Contrato de fecha 16 de febrero de 2022, en la contestación de demanda y en su escrito de alegatos finales, el demandado ha hecho referencia a que estas serían, en resumen, las razones por las cuales se resolvió el Contrato.

Respecto de la emisión del bono de electricidad:

74. El demandante indica que el Decreto de Urgencia N° 074-2020 del 27 de junio de 2020, mediante el cual se creó el “Bono de Electricidad”, no puede considerarse como un hecho sobreviniente al perfeccionamiento del Contrato, toda vez que el Decreto de Urgencia N° 074-2020 se publicó el 27 de junio de 2020 y el perfeccionamiento del Contrato fue el 31 de julio de 2020.

75. El demandado, por su parte, refiere en su contestación de demanda que el Decreto de Urgencia N° 074-2020 fue emitido con posterioridad al otorgamiento de la buena pro y a su oferta, la cual fue aprobada por el demandante. Asimismo, el demandado, en sus alegatos finales, ha argumentado que con la sola publicación del Decreto de Urgencia No. 074-2020 del 27 de junio de 2020 no era posible evaluar el impacto económico que se generaría a partir de la creación de dicho bono y que, si bien el bono de electricidad fue creado aproximadamente un mes antes de la firma del Contrato, las disposiciones y definiciones de OSINEGRMIN para su implementación se conocieron 3 meses después a la suscripción del Contrato, por lo tanto, para el demandado, los impactos ocasionados por el bono

de electricidad son hechos sobrevinientes no imputables a las partes que modificó la condiciones iniciales del Contrato.

76. De acuerdo con la Carta Notarial de Resolución de Contrato de fecha 16 de febrero de 2022, el demandado ha señalado que el Contrato se ha visto modificado por hechos sobrevinientes a su firma, como consecuencia del bono de electricidad establecido en el Decreto de Urgencia No. 074-2020, los gastos generados a raíz de las prestaciones de emergencia no previstas en el Contrato y los gastos generados por el contagio masivo del Covid 19³. En esta sección solo se analizará lo referente al bono de electricidad.
77. Conforme al Contrato, dentro de las obligaciones que debía ejecutar el demandado, se encontraban las labores de cobranza, corte y reconexión de energía, labores que, según el contenido de la Carta Notarial del 16 de febrero de 2022 (Anexo A-6) remitida por el demandado a demandante, fueron drásticamente reducidas por la emisión del bono de electricidad porque los beneficiarios de este bono estaban al día en sus pagos mensuales, lo que generó que deje de percibir una suma importante por este concepto, no obstante, tenía el personal activo para atender estas cuestiones.
78. Asimismo, en la Carta Notarial del 16 de febrero de 2022 (Anexo A-6), el demandado ha señalado lo siguiente:

“De lo evidenciado, es posible concluir que el Procedimiento de Selección (...) tenía previsto la necesidad de cubrir las 1’050,312 actividades de cobranza en 730 días calendarios (...) las que no se han venido desarrollando por la afectación del Bono de Electricidad y que se encuentra prolongado en el tiempo debido a esa situación.

*Que a la fecha ello ha generado complicaciones de operatividad e impide la continuidad del servicio que venimos prestando a su Entidad, en vista que, **POR FALTA DE LIQUIDEZ Y PERJUICIO PATRIMONIAL** mi representada no puede*

³ Último párrafo de la página 23 Carta de Resolución del Contrato de fecha 16 de febrero de 2022 y Primer párrafo de la Carta de Resolución del Contrato de fecha 16 de febrero de 2022.

cubrir los costos directos e indirectos y gastos administrativos, conforme a lo pactado, produciéndose así en estricto “un desequilibrio económico financiero” del Contrato (...) que suscribimos, toda vez que con el señalado contrato, como explicamos, se encuentra reducida nuestra capacidad financiera con el consecuente empobrecimiento en nuestro perjuicio y, por otra parte, se genera un enriquecimiento a vuestro favor.

*Ahora bien, de antemano, señalamos que mi representada reconoce **QUE ESTE HECHO NO ES ATRIBUIBLE A SU ENTIDAD** (ni al **CONSORCIO ENERGÍA**), en tanto la emisión del Decreto de Urgencia No. 074-2020 (que nos causa perjuicio), como mencionamos, entró en vigencia en fecha 28 de junio de 2020 y el Procedimiento de Selección (...) fue todavía convocado en fecha 12 de mayo de 2020 (un mes antes) (...)*

*Valga decir ya presentadas las ofertas, inclusive publicadas las bases integradas y adjudicada la Buena Pro a mi representada (hasta el 25 de junio de 2020), **TRES DÍAS DESPUÉS ENTRA EN VIGENCIA ESTA NORMA LEGAL** (Decreto de Urgencia No. 074-2020) lo cual es innegable y debemos reconocerlo **SE ENCONTRÓ FUERA DE LA ESFERA DE LA VOLUNTAD Y CONTROL DE LAS PARTES, SITUACIÓN QUE HACE QUE NO PUEDE SER IMPUTABLE A AMBAS.**”*

79. Como referimos anteriormente, el Tribunal Arbitral debe analizar si las causales invocadas en la Carta de Resolución del Contrato de fecha 16 de febrero de 2022 cumplen lo dispuesto por el artículo 164.3 del Reglamento.
80. En la Carta de Resolución del Contrato de fecha 16 de febrero de 2022, el demandado ha señalado que la emisión del bono de electricidad afectó directamente las actividades estipuladas en la Cláusula Novena del Contrato, ya que las familias beneficiadas con dicho bono se encontraban al día en sus pagos mensuales, no pudiendo realizar las actividades de cobranza, corte y reconexión y que por estas actividades al ser un Contrato a precios unitarios el demandante no reconoció retribuciones en su favor. Señala el demandado que la emisión del Decreto de Urgencia No. 074-2020 que le causa el perjuicio, y que si bien entró en

vigencia en fecha 28 de junio de 2020, es decir, con fecha anterior a la firma del Contrato y, por tanto, antes de su perfeccionamiento, es, a su vez, posterior al inicio del Procedimiento de Selección que fue el 12 de mayo de 2020.

81. Conforme a lo dispuesto por el artículo 164.3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el hecho invocado como causal de resolución debe ser posterior al perfeccionamiento del Contrato y de acuerdo con el artículo 137.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el Contrato se perfecciona con su suscripción. Ya hemos señalado que el Contrato fue suscrito el 31 de julio de 2020 y el hecho que ha invocado el demandado para resolver el Contrato fue conocido desde el 27 de junio de 2020, fecha en que fue publicado en el Diario Oficial El Peruano y entró en vigencia el 28 de junio de 2020, es decir, se dio 34 días antes de haberse perfeccionado el Contrato.
82. Si bien el Decreto de Urgencia N° 074-2020 del 27 de junio de 2020 fue posterior al otorgamiento de la buena pro, lo dispuesto en el artículo 164.3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado es claro y solo habilita a las partes a resolver el Contrato por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del Contrato, es decir, cuando el hecho que genera la imposibilidad para continuar ejecutando el Contrato es posterior al perfeccionamiento del mismo, es decir, no solo debe ser posterior al perfeccionamiento del contrato (no de la buena pro), sino que debe imposibilitar que se continúe con la ejecución del Contrato. Lo invocado en este caso no ha sucedido, dado que, el Decreto de Urgencia N° 074-2020 que regula el bono de electricidad fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el 27 de junio de 2020, 34 días antes de que se perfeccione el Contrato. A este respecto es preciso señalar que el demandado no ha demostrado haber realizado actos entre el otorgamiento de la buena pro y el perfeccionamiento del Contrato, cuando ya conocía de esta situación, tendientes a eliminar y mitigar el posible daño generado por esta razón.
83. En consecuencia, como hemos dicho, el hecho alegado no ha ocurrido con posterioridad al perfeccionamiento del Contrato conforme lo establece el artículo 164.3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que el otorgamiento del bono de electricidad no constituye un hecho sobreviniente al perfeccionamiento del Contrato.

84. Adicionalmente a lo anterior, el demandado ha señalado, en sus argumentos contenidos en sus alegatos finales que, si bien el Decreto de Urgencia N° 074-2020 fue promulgado antes de la suscripción del Contrato, las disposiciones y definiciones de OSINEGRMIN para su implementación se conocieron 3 meses después a la suscripción del Contrato. Sin embargo, en la Carta de Resolución del Contrato de fecha 16 de febrero de 2022, las disposiciones emitidas por OSINERMIN no fueron invocadas como parte de los hechos que generan la causal de resolución habiéndose invocado únicamente, la promulgación del bono de electricidad, como hecho generador de la causal de resolución del Contrato y las consecuencias económicas que ello generó, por lo tanto, este Tribunal Arbitral considera que no han sido alegados como causal resolutoria en la carta de resolución de contrato de fecha 16 de febrero de 2022 las disposiciones de Osinergmin que se han considerado en los escritos del demandado.
85. Ahora bien, el demandado ha señalado, como parte de su argumentación complementaria que lo que fue posterior al perfeccionamiento del Contrato fue el impacto que el bono de electricidad generó en el equilibrio del Contrato, ya que, con la sola emisión del Decreto de Urgencia N° 074-2020 no era posible cuantificar ni prever las consecuencias, dado que las disposiciones de OSINERGMIN se dieron con posterioridad a la suscripción del Contrato y ello generó el desequilibrio económico del Contrato, ya hemos dicho que estas disposiciones de Osinergmin no han sido alegadas como parte del hecho generador de la causal invocada en la Carta de Resolución del Contrato.
86. Además, el demandado no ha probado que, como consecuencia del otorgamiento del bono de electricidad, se haya generado un desequilibrio económico financiero no imputable a las partes que sobre todo imposibilite la continuación de la ejecución del Contrato. Importante señalar que el propio demandado en su Carta Notarial de fecha 16 de febrero de 2022 ha señalado que las actividades de cobranza, corte y reconexión se redujeron al 72.56% y 82.23%. A continuación, se inserta una imagen del fragmento de la carta de resolución del Contrato pertinente:

De estos cuadros, se puede extraer que los niveles de valorización para el periodo setiembre 2020 a diciembre de 2021, por las actividades de "Cobranza de Recibos" y "Cortes y Reconexiones" se han reducido drásticamente al 72.56% y 82.23% respectivamente, habiéndose acumulado montos de S/ 102,355.28 y S/ 51,065.50 dejados de ejecutar y valorizar en el contrato que suscribimos con su Entidad ELECTROSUR ESTE S.A.A., por razones ajenas al CONSORCIO ENERGIA, y al tratarse de un contrato bajo el sistema a precios unitarios, **ESTAS DEVIENEN EN ACTIVIDADES MENSUALES DE CARÁCTER IRREPETIBLE (NO SE PUEDEN VOLVER A GENERAR A FUTURO), POR LO QUE A LA FECHA SE ENCUENTRA OCACIONANDO UNA FALTA DE LIQUIDEZ ECONOMICA Y PERJUICIO ECONÓMICO PATRIMONIAL GRAVE EN CONTRA DE NUESTRO CONSORCIO.**

87. Analizando económicamente el impacto del bono de electricidad respecto del Contrato, tenemos que el valor del Contrato fue de S/ 9'681,632.40 y la retribución que había estimado percibir el demandado por las actividades de cobranza fue de S/ 373,079.58 y por corte y reconexión S/ 287,447.50, por tanto, si esta se afectó aproximadamente en un 30% y 20% porque las actividades se redujeron al 72.56% por cobranza de recibos y 82.23% por corte y reconexión, ello en cifras equivale a S/ 102,355.28 y S/ 51,056.50, conforme se ha señalado en la Carta Notarial de resolución del Contrato, lo que no puede importar en un impacto material para la ejecución de un Contrato cuyo valor total es S/ 9'681,632.40.
88. Conforme hemos señalado en el párrafo precedente, los montos involucrados dejados de percibir por el demandado no pueden considerarse que afectan el equilibrio económico financiero del Contrato, puesto que, importan en total una afectación del 1.584 % del valor total del Contrato, lo que de ninguna manera puede considerarse que haya desequilibrado el Contrato y haga imposible su ejecución como ha sido alegado, en todo caso no ha sido probado.
89. Sin perjuicio de lo anterior, no podemos olvidar que la modalidad de contratación fue a precios unitarios, lo que quiere decir que el demandante debía pagar por actividad realizada, no obstante, en las bases existan cantidades referenciales. El sistema de contratación a precios unitarios no garantiza cantidades exactas de ejecución ni la existencia de una demanda determinada. En este caso, el demandado al haber participado en el concurso tenía pleno conocimiento de que estaba contratando bajo este sistema y de las implicancias del mismo, lo que significaba que existía la posibilidad de que se le requiera ejecutar la actividad de

cobranza, corte y reconexión en menor o mayor cantidad a la referenciada en las bases, además participó conociendo la existencia de la pandemia del Covid 19 y que esta ya venía trayendo graves consecuencias en todas las actividades, sobre costos, demoras, entre otros y aun así participó del proceso y firmó el Contrato luego de la promulgación del Bono de Electricidad.

90. En efecto, conforme a las Bases del Concurso, el sistema adoptado para esta contratación es el de precios unitarios, siendo ello plenamente reconocido por ambas partes en este arbitraje. Es preciso señalar que *“Los precios unitarios son los precios que cada postor oferta para cada una de las actividades específicas o partidas que la entidad ha considerado necesarias. En esta modalidad, el precio total se determina en función de lo realmente ejecutado ya que se multiplica el «precio unitario» referencial señalado para determinada partida por el metrado o cantidad establecido para dicha partida⁴.”* y respecto de ello, el artículo 35 del Reglamento de la Ley de Contrataciones ha establecido lo siguiente en el literal b): *“Precios unitarios, aplicable en las contrataciones bienes, servicios en general, consultorías y obras, cuando no puede conocerse con exactitud o precisión las cantidades o magnitudes requeridas. En el caso de bienes, servicios en general y consultorías, el postor formula su oferta proponiendo precios unitarios en función de las cantidades referenciales contenidas en los documentos del procedimiento de selección y que se valorizan en relación a su ejecución real, durante un determinado plazo de ejecución.”*

91. En otras palabras, el demandante, al haber participado en el concurso bajo el sistema de precios unitarios y conociendo de la existencia y consecuencias de la pandemia aceptó el riesgo de que en la ejecución del Contrato podría incrementar o disminuir las actividades de cobranza, corte y reconexión; y no solo por la existencia de un subsidio en favor de los usuarios, sino porque, podrían ocurrir otras situaciones, como por ejemplo, que los usuarios paguen sus recibos puntualmente y que simplemente no existan moras por lo que para el Tribunal Arbitral el incremento o disminución de prestaciones de cobranza, corte y reconexión no podría importar un hecho imprevisible *per se*, ni puede ser invocado

⁴ CAMPOS MEDINA, Alexander e HINOSTROZA SOBREVILLA, Luis Martín. El contrato de obra pública: Lo que no dice la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, pero debería decir. Página 302. En: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/download/14509/15120/0>

como un hecho posterior a la celebración del contrato que determine, la modificación de las condiciones del contrato y en consecuencia la generación de un desequilibrio económico del Contrato, ya que este es un riesgo que el demandado asumió al participar en el Concurso.

92. En consecuencia, los argumentos relativos al bono de electricidad como causal de resolución del Contrato y como factor ocurrido con posterioridad a la celebración del contrato, que generó un desequilibrio económico del Contrato que imposibilitó la continuación de la ejecución del Contrato, no ha sido probado por lo que queda descartado.

Impacto originado por los gastos generados por prestaciones de atención de emergencias no previstas en el Contrato

93. El demandante ha señalado, en su demanda, que el demandado, para la ejecución de las prestaciones de emergencia siempre debía estar disponible para atender las emergencias que se presenten de manera permanente, a efectos de que los usuarios tengan el servicio sin interrupciones. Agrega que estas emergencias podían ocurrir en días inhábiles y fuera del horario normal de labores y que su atención en dichos momentos estuvo contemplada en las Bases como parte de las obligaciones que debía asumir el contratista ganador, por lo que, para estos casos, el demandado debía tener, dentro de su Plan de Trabajo un Plan de Contingencia que le permita ejecutar actividades de emergencia y averías. Por consiguiente, para el demandante la atención de emergencias siempre estuvo prevista en las bases y considerando la modalidad de contratación, estas se pagarían bajo el sistema de precios unitarios, es decir, por lo efectivamente ejecutado.
94. En la contestación a la demanda, el demandado señala que en la contratación se contempló la atención de emergencias, las cuales se debían, realizar por cuadrillas formadas por el personal designado para el servicio de mantenimiento; ya que no había una partida exclusiva que permita contratar personal exclusivo para este fin. Señala que tuvo que contratar personal adicional para atender emergencias y ello fue muy oneroso y difícil y lo hizo para no vulnerar las normas laborales.

95. Señala que hubo atenciones de emergencias que realizó, sin embargo, para la atención de dichas emergencias, era indispensable realizar las actividades contenidas en los apartados RP-16 y RP-17 de las bases en las que se estableció que dichas actividades no debían ser ejecutadas por el demandado. Reconoce el demandado que realizar actividades de emergencia era parte del Contrato, pero discute que haya sido establecido en las bases bajo el sistema de precios unitarios y no como una actividad bajo el sistema de suma alzada como en otros procesos. Señala haber solicitado la modificación del Contrato e incluso la aprobación de prestaciones adicionales, pero que nada de ello fue aceptado por el demandante. Indica que invitó a conciliar sobre este aspecto al demandante, pero que no aceptó sus términos.
96. El demandado, en su escrito de alegatos finales, explica que cambiaron drásticamente las condiciones contractuales que existían al momento de contratar porque las atenciones de estas emergencias no eran equiparables a una actividad regular, dado que son imprevistas e imposibles de programar, siendo el costo y dificultad para su atención, mayor dado el contexto de pandemia. Agrega que la ejecución de las atenciones de las emergencias no solo fue más onerosa, sino que demandó más implementaciones que las atenciones regulares.
97. Sobre el particular, el Tribunal Arbitral no considera que los gastos generados por la atención de los servicios de emergencia constituyan una causal sobreviniente al perfeccionamiento del Contrato, que resulte no imputable a las partes y que imposibilite la ejecución del Contrato, que por tanto se pueda considerar como una causal de resolución del Contrato. Al respecto, el artículo 164.3 del Reglamento establece que para que se configure la causal de resolución del Contrato, invocada por el demandado, el hecho referido debe ocurrir con posterioridad a la suscripción del Contrato, lo que sucedió el 31 de julio de 2020. En este proceso de contratación la modalidad de pago fue bajo el sistema de precios unitarios, y parte de las obligaciones eran la atención de las emergencias bajo este sistema, además la necesidad de atenderlas en cualquier horario, justamente por tratarse de emergencias y además el conocimiento del Covid 19, estos factores se conocieron antes del perfeccionamiento del Contrato, y aun así se celebró.

98. Entonces no cabe duda que la obligación de atender las emergencias y averías en horarios regulares y en horarios fuera del horario normal de trabajo, y en días hábiles o inhábiles siempre estuvo establecida en las bases integradas, concretamente en el numeral 5.3, en donde se señaló que el plan de trabajo del demandado para esta contratación, debía contener, entre otros, un plan de contingencia para atender las emergencias y averías a requerimiento del demandante, incluso fuera del horario regular de trabajo y en días inhábiles, por lo tanto fue perfectamente conocido por el demandado desde antes del perfeccionamiento del Contrato que debía atender las emergencias y se le pagarían a precios unitarios.
99. El demandado, como hemos dicho, desde que se presentó como postor del proceso buscando obtener la buena pro de esta contratación, esto es, antes del perfeccionamiento del Contrato, conocía que el Contrato era a precios unitarios y que debía tener un plan de contingencias para atender las emergencias incluso fuera del horario normal de trabajo, incluyendo los días sábado, domingo y feriados y al participar del proceso en estas condiciones era su responsabilidad analizar, determinar y conocer los costos y gastos que las atenciones de emergencia generarían, ya que tuvo que costearlas a efectos de poder presentar una oferta, y presentar una oferta que cubriera sus costos, si cometió un error es su propia responsabilidad. En consecuencia, el impacto de las prestaciones de emergencia no previstas por el demandado no constituye un hecho sobreviniente al perfeccionamiento del Contrato no imputable a las partes y que genere la imposibilidad de continuar con su ejecución, dado que el otorgamiento de la buena pro fue el 25 de junio de 2020 y para este momento el demandado ya conocía las disposiciones de las bases, entre las cuales, se encontraba la obligación de tener un plan de contingencia para atender las emergencia y averías que se presentaran, no se estableció cuantas emergencias debía cubrir, ya conocía del Covid 19 sus características y consecuencias y la masiva propagación de la enfermedad, así como muchas de las normas legales que se promulgaron, como consecuencia de ello que restringían o regulaban actividades económicas y el acceso de las personas a servicios, a la posibilidad de realizar trabajos, lo que ya es por todos conocido. En cualquier caso, era su responsabilidad evaluar económicamente las variables para presentar una oferta.

100. El demandado ha sostenido que lo que debe valorar el Tribunal Arbitral es el negativo el impacto de las prestaciones de emergencias no previstas en el equilibrio económico financiero del Contrato, ya que la ejecución de las prestaciones de emergencias no previstas no era equiparable a las actividades programadas siendo estas imprevistas e imposibles de programar, por lo que el costo y dificultad para su atención, era mayor en un contexto de pandemia. El Tribunal considera que justamente la calificación de actividades, como de emergencia determina en sí mismo, que se trata de actividades imprevisibles, pues no se sabe cuándo ocurrirán, ni se puede prever su magnitud, y en este Contrato, es justamente conociendo tal circunstancia que el demandado contrató a precios unitarios, esto es contrató a sabiendas que debía estar preparado para realizar atenciones de emergencia cuando se presentaran, sin saber cuántas serían ni su magnitud y que únicamente se le pagaría por actividad o atención realizada.
101. Sobre el particular, como ya hemos dicho, era de entera responsabilidad del demandado haber revisado detalladamente las disposiciones de las bases, ya que debía hacerlo para poder ofertar conforme a estas, esto es, debía ofertar a precios unitarios como efectivamente ocurrió, porque siempre supo que las atenciones de emergencia eran imprevisibles por su naturaleza y se pagarían a precios unitarios y al participar aceptó esta condición.
102. Se debe tener presente que, cuando un contrato se rige bajo el sistema de precios unitarios, se le paga al contratista por el trabajo efectivamente realizado, en ese sentido, contratando bajo dicho sistema, el demandado debía facturar lo que realmente ejecutó por concepto de servicio de emergencia o cualquier otro servicio. En específico en lo que respecta a las emergencias, no puede considerarse que porque esta actividad se requiera de manera frecuente generara, un desequilibrio económico que haga imposible continuar con la ejecución del Contrato porque como ya hemos dicho la naturaleza propia de la emergencia determina su imprevisibilidad porque se contrató a sabiendas de que esa era la modalidad de contratación y el demandado percibía una retribución económica por cada actividad realizada.

103. Conforme a las bases y las actividades de emergencia estuvieron siempre como una obligación contractual incluso conocida antes de celebrar el Contrato. En consecuencia, es responsabilidad del contratista, es decir, del demandado haber realizado los cálculos correctos para cubrir sus costos por atenciones de emergencias.
104. Podemos concluir que al respecto de este argumento el contratista contó con la información necesaria para contratar y era su obligación revisar detalladamente las condiciones establecidas en las bases, hacer sus cálculos económicos y realizar su propio análisis, pues parte de sus obligaciones claramente establecidas en las bases eran establecer un plan de contingencia para atender las emergencias a requerimiento del demandante y sobre ello, realizar su oferta a precios unitarios.
105. Finalmente, el demandado ha señalado que el sistema a precios unitarios bajo el cual se contrató, con respecto a estas actividades, fue errado y que fue un experimento para el demandante, a diferencia de contrataciones anteriores en las que el asunto relacionado con las atenciones de emergencias, se manejó un sistema mixto (suma alzada y precios unitarios). Asimismo, ha manifestado que la presente contratación adolecía de vicios por lo que con ocasión de la Contratación Directa N° 001-2022, del saldo del servicio del Contrato 058-2020, es decir, del saldo del presente Contrato y la nueva contratación mediante Contrato N° 041-2022 ha retornado en ambos procesos al sistema original, e incluso se han incrementado los precios en más del 100% el valor de las prestaciones cuestionadas, lo cual sería coherente con la relevancia que tiene el servicio de atención de emergencias.
106. Al respecto, el demandado, como ya se dicho, tenía perfecto conocimiento del sistema de precios unitarios de esta contratación, lo que incluía las actividades de emergencia que por su naturaleza son imprevisibles y solo puede entenderse que si decidió participar de este proceso lo hizo en el ejercicio de su libertad de contratar. Es decir, decidió libremente presentarse como postor, conociendo que la contratación era a precios unitarios y además tenía conocimiento de todas las condiciones relevantes como anteriormente se ha indicado, aceptando las condiciones establecidas en las bases y por ello cualquier caso el impacto

económico de los gastos generados por prestaciones de atención de emergencias que eran naturalmente inciertas e imprevisibles que estuvieron establecidas en las bases y la existencia del Covid 19, no son hechos imprevisibles ocurridos con posterioridad al perfeccionamiento del Contrato, y en tal sentido no pueden considerarse válidos para utilizarse como causal de resolución.

Impacto por Gastos por contagios de Covid-19

107. Respecto de los gastos por contagios Covid 19 que el demandado tuvo que asumir como consecuencia de la pandemia, lo que habría incrementado los costos por la contratación de personal adicional que tuvo que realizar, el demandante indica que las restricciones de la pandemia se iniciaron el 16 de marzo de 2020 y con posterioridad a ello, se realizó la convocatoria, específicamente el 12 de mayo de 2020 y, por tanto, el demandado formuló su oferta conociendo la situación existente. Para el demandante, los contagios y todos los gastos que se hubieran derivado del Covid-19, no son gastos extraordinarios, ni imprevisibles ni irresistibles y tampoco pueden ser considerados como “hecho sobreviniente al perfeccionamiento del Contrato” porque era la situación previsible en un contexto de pandemia mundial.
108. Por su lado, el demandado ha indicado, con respecto a la situación del Covid-19, que los contagios fueron aumentando mes a mes, a tal punto que nadie pudo prever dicha situación y que las disposiciones en materia laboral que el Gobierno decretó protegían al trabajador, siendo una de las disposiciones la puesta en cuarentena del personal contagiado por 14 días, debiendo contratarse a nuevo personal para seguir manteniendo el servicio, lo que generó gastos no previstos. Además, señala, que debía correr con los costos de hospedaje del trabajador contagiado por el aislamiento correspondiente, siendo que ninguno de estos gastos fue previsto, generando que no pudiera cumplir con sus obligaciones asumidas sus proveedores y trabajadores por no contar con los ingresos previstos durante la vigencia del Bono de Electricidad. En su escrito de alegatos, el demandado ha señalado que las medidas que el gobierno iba a disponer como parte de la lucha contra la pandemia del Covid 19 eran desconocidas e imprevisibles al momento de la elaboración de las bases, oferta y Contrato por lo que las obligaciones

generadas por disposiciones del Gobierno sobre esta materia son sobrevinientes y al ser mandatos legales son irresistibles. Además, ha indicado que las medidas sanitarias iniciales respecto de la pandemia que eran conocidas antes de la firma del Contrato, no se mantuvieron en el tiempo y por el contrario fueron modificadas, por lo tanto para ellos las medidas que se darían durante la pandemia eran totalmente desconocidas y como consecuencia, los impactos ocasionados por estas son hechos sobrevinientes no imputables a las partes que modificaron las condiciones iniciales bajo las cuales se suscribió el Contrato.

109. Al respecto, es de público conocimiento que el Covid-19 originó una pandemia, generando que los países del mundo declaren un estado de emergencia o situación similar por cuestiones de salud y emitan una serie de normativas que regulaban asuntos asociados a la salud pública, restricciones a libertades y también el ámbito laboral. El Perú no fue ajeno a este contexto mundial, puesto que con fecha 15 de marzo de 2020, las autoridades peruanas, a través del Decreto Supremo No. 044-2020-PCM declararon el Estado de Emergencia Nacional para preservar la salud y dispuso una serie de normas, como el aislamiento social obligatorio y, posteriormente, a través de la modificatorias del Decreto Supremo No. 044-2020-PCM, reglas específicas sobre la reactivación de las actividades.
110. En este contexto de pandemia y de regulaciones especiales sobre el desarrollo de actividades, el demandante convocó el Concurso Público No. CP001-2020-ELSE, para la prestación del *"SERVICIO DE COMERCIALIZACION, MANTENIMIENTO Y OPERACIÓN ABANCA Y - ANDAHUAYLAS 2020 Y 2021- ITEM 1"*, presentándose el demandado como postor, lo que generó que el 26 de junio de 2020 se le otorgará la buena pro. Esto quiere decir, que el demandado conocía, al momento de su presentación como postor, el contexto que se estaba atravesando a nivel global, las restricciones que esto generaba, así como las regulaciones emitidas por las autoridades peruanas respecto de la pandemia y que existía una elevada probabilidad de que esta situación se mantuviera a largo plazo.
111. En línea con lo anterior, el demandado, antes del perfeccionamiento del Contrato, esto es, desde el 15 de marzo de 2020, fecha en que se declara la emergencia,

sabía de la situación que se estaba atravesando en el país por el Covid-19 y que se impondrían diversas medidas, y aun así decidió, presentarse como postor, teniendo como consecuencia el otorgamiento de la buena pro a su favor y la suscripción del Contrato el 31 de julio de 2020, fecha de perfeccionamiento del Contrato, por lo tanto, para este Tribunal Arbitral, la ocurrencia del Covid-19 y las consecuencias de la normativa legal que se dictó e impuso como consecuencia del mismo, no es sobreviniente al perfeccionamiento del Contrato por lo que no cumple las exigencias establecidas en el artículo 164.3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado para ser invocado como causal de resolución del Contrato por cuanto se trata de un hecho preexistente a la contratación y la emisión de normas legales y la continuación de la emisión de normas legales en el contexto del Covid 19 y los efectos de las mismas no también fueron conocidos, al momento de la contratación por lo que no pueden ser considerados para este caso fuerza mayor al ser previsibles en junio de 2020 , fecha del otorgamiento de la buena pro, en consecuencia, este argumento queda desestimado.

112. Ahora bien, este Tribunal considera importante hacer referencia al escrito de alegatos finales del demandado cuando se refiere que, dentro del contexto de la pandemia, las normas se encontraban en constante cambio, por lo que habría costos que el demandante no había previsto, como lo son los referidos a los que podrían generar los trabajadores contagiados de Covid-19. Al respecto, para el Tribunal a ese momento, es decir al momento del perfeccionamiento del Contrato, ya era conocido el dinamismo de la pandemia y los efectos que venía generando, así como que la normativa relativa al Covid-19 se encontraba en constante cambio, pero siempre buscando proteger a la salud de las personas aun sacrificando actividades económicas, eficiencias y derechos como el libre tránsito que quedaron restringidos. Esta situación también se presentaba incluso antes de que el demandado se presentara como postor, por lo que la situación era conocida.

113. Al momento de contratar, el demandado, no solo como una consecuencia natural de empleador, sino por mandato del Contrato conocía que era quien debía asumir las obligaciones laborales con respecto a los trabajadores de su empresa ya que así fue establecido en la Cláusula Octava del Contrato.

114. Respecto al impacto económico que pudo haber afectado al Contrato relacionado con los gastos generados por el Covid 19, para este Tribunal Arbitral, el conocimiento de que esto ocurriría o era muy probable que ocurra es preexistente al Contrato, pues al momento de su perfeccionamiento ya habían transcurrido cerca de 4 meses desde que la pandemia fue declarada y empezaron a dictarse normas, todas ellas con claro impacto sobre las actividades económicas, restricciones y afectaciones a las diversas áreas de la economía, por tanto no se trata de una situación sobreviniente al perfeccionamiento del Contrato. Por tanto, las consecuencias de haber contratado bajo el contexto de una pandemia por Covid 19 no puede ser trasladado al demandante, más aun cuando el demandado no solo tenía toda la información correspondiente para poder analizar costos y gastos, sino que también conocía el contexto de la pandemia y sus regulaciones.
115. En consecuencia, este extremo tampoco cumple los requisitos establecidos en el artículo 164.5 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado para poder ser considerado como un hecho generador de una causal de resolución del Contrato.
116. Finalmente, el demandado a solicitado en su escrito de alegatos finales que se analice los tres hechos invocados de manera conjunta. Para el Tribunal del análisis conjunto o separado de los hechos invocados se obtiene el mismo resultado y por tanto no varía la posición del árbitro, puesto que se trata de hechos o situaciones que se generaron antes del perfeccionamiento del Contrato y que eran perfectamente conocidas por el demandado al momento de contratar y contrató conociéndolas. Es decir, considerando los tres argumentos en conjunto tenemos que antes de contratar conocía de la existencia del bono de electricidad, del Covid 19 y de las condiciones establecidas en las bases entre las cuales se encontraban la atención de emergencias y averías. Además, al decidir contratar tenía la información suficiente para evaluar las consecuencias económicas de estos tres hechos o factores y por tanto tomó una decisión informada al celebrar el Contrato.
117. Sin perjuicio de lo anterior, es importante señalar que el desequilibrio económico del Contrato se presenta cuando las condiciones económicas que existían al momento de su celebración se alteran en perjuicio de una de las partes. En este

caso en particular, conforme se ha desarrollado, no se ha probado que se haya producido un desequilibrio económico del Contrato por hecho sobreviniente que imposibilite la ejecución del Contrato, como hemos indicados, son preexistentes al Contrato.

118. En consecuencia, este Tribunal resuelve declarar fundada la primera pretensión principal de la demanda por las consideraciones anteriormente expuestas, en ese sentido, se declara que la resolución del Contrato efectuada por el demandado es inválida.

Segunda pretensión principal: “Que Consorcio Energía asuma la totalidad de gastos procesales consistentes en los honorarios del árbitro único y gastos de la secretaría arbitral.”

▪ POSICIÓN DEL DEMANDANTE

119. El demandante solicita que el demandado asuma la totalidad de los gastos arbitrales consistentes en los honorarios del árbitro único y de la secretaría arbitral.

▪ POSICIÓN DEL DEMANDADO

120. El demandado solicita que la demandante sea quien asuma los gastos arbitrales porque el demandado ha sido perjudicado por demandante, tanto por la irregularidad de sus bases, como por sus decisiones

▪ POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

121. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley de Arbitraje⁵, el Tribunal Arbitral debe tener en cuenta el acuerdo de las partes respecto de la distribución de los costos del arbitraje. En este caso, las partes no han pactado

⁵ **Ley de Arbitraje. Artículo 73°.- Asunción o distribución de costos**
“1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
(...)”.

cómo es que la distribución de los gastos arbitrales debe realizarse por lo que corresponde al Tribunal Arbitral determinar su distribución. La segunda parte del artículo 73 dispone que los costos serán asumidos por la parte vencida, así como los numerales 4 y 5 del artículo 42° del Reglamento del Centro.

122. En este caso, las pretensiones de la demanda han sido declaradas fundadas en su totalidad, por lo que, resulta razonable que sean el demandado, quien constituye la parte vencida, asuman la totalidad de los gastos arbitrales, los cuales ascienden a S/ 30,000.00 más IGV por honorarios del Tribunal Arbitral y S/ 30,000.00 más IGV por gastos administrativos del Centro y que cada una de las partes asuman los costos relacionados a sus defensas.

123. En consecuencia, la Segunda Pretensión Principal es fundada.

LAUDO

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión de la demanda.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión de la demanda. En consecuencia, se **ORDENA** al demandado que asuma el 100% de los gastos arbitrales generados y reembolse al demandante la suma ascendente a S/ 60,000.00 más IGV.



Manuel Diego Aramburu Yzaga