

**Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica
del Perú - PUCP**

Caso Arbitral 3377-231-21-PUCP

EMPRESA COMERCIALIZADORA DE PETRÓLEO S.A.C EN LIQUIDACIÓN

ELEODORO ALBERTO ELERA GONTI Y ANA MARIA COELLO VIZCARRA

(Parte Demandante)

Y

GOBIERNO REGIONAL DEL CUSCO

(Parte Demandada)

LAUDO ARBITRAL

ÁRBITRO ÚNICO

José Rodrigo Rosales Rodrigo

Secretaría Arbitral

Dionel Maita Urias

Fecha de emisión:

12 de julio de 2024

DECISIÓN N° 21

Lima, 12 de julio de 2024

CONSIDERANDO:

I. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL

1. El convenio arbitral se encuentra incorporado de pleno derecho en la Cláusula Décimo Sexta “SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS” del Contrato N° 231-2015-GR CUSCO/GGR para la Adquisición de Cemento Asfáltico PEN 120/150 y Aditivo Mejorador de Adherencia de Asfalto (ítem I) para la Meta 16: “Mejoramiento de la Carretera Huancarani – Paucartambo, Región Cusco” (En adelante, el **CONTRATO**), celebrado entre la **EMPRESA COMERCIALIZADORA DE PETRÓLEO S.A.C EN LIQUIDACIÓN** (En adelante, el **CONTRATISTA**) y el **GOBIERNO REGIONAL DEL CUSCO** (En adelante, la **ENTIDAD**) suscrito con fecha **03 de noviembre de 2015**, como resultado del proceso de selección de la Licitación Pública N° 08-2015-GR-CUSCO.
2. De acuerdo con la Cláusula Decimosexta del contrato, las **PARTES** establecieron la siguiente cláusula de solución de controversias:

“CLÁUSULA DECIMOSEXTA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a Conciliación la controversia que se pudiere suscitar, sin perjuicio de recurrir al Arbitraje en caso de que no se llegue a un acuerdo entre ambas partes, según lo señalado en el artículo 214º del Reglamento.

Las partes acuerdan que todos los conflictos que surjan, desde la suscripción, ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del presente Contrato, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante Arbitraje de Derecho organizado y Administrado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú de conformidad con sus reglamentos vigentes a los cuales las partes se someten libremente, señalando que el Laudo Arbitral es inapelable, definitivo y obligatorio. El arbitraje estará a cargo de un Tribunal Arbitral. En base al artículo 226º del Reglamento, y dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144º, 170º, 175º y 177º modificado del Reglamento, en su defecto, en el artículo 52º de la Ley”

II. DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

3. Con fecha **14 de septiembre de 2021**, el abogado Cesar Ochoa Cardich acepta el cargo de Árbitro Único.

4. Con fecha **12 de mayo de 2022**, el abogado Cesar Ochoa Cardich presenta su renuncia al **CENTRO**.
5. Con fecha **07 de febrero de 2023**, la Corte de Arbitraje envía comunicación electrónica al abogado José Rodrigo Rosales Rodrigo informando su designación como Árbitro Único.
6. Con fecha **10 de febrero de 2023**, el abogado José Rodrigo Rosales Rodrigo acepta el cargo de Árbitro Único.

III. HECHOS RELEVANTES DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL

7. Con fecha **03 de noviembre de 2015**, las partes suscriben el **CONTRATO**.
8. Con fecha **11 de marzo de 2016**, la **ENTIDAD** emite la Orden de Compra N° 00266, correspondiente a la tercera entrega de 24,000 galones de Cemento Asfáltico, por el precio total de S/. 332,400.00 soles.
9. Con fecha **16 de marzo de 2016**, mediante Informe N° 225-2016-GRC/GRI/SGO/RGO/JVV, el Ing. Juan Vargas Vidarte, en calidad de residente general de obra, informa al Ing. Ilim Silvera Reynaga quien actúa como subgerente de obras, que no cuenta con capacidad de recepción del material debido a la paralización de la planta de asfalto y solicita que se coordine con la Oficina de Abastecimiento y Servicios Auxiliares para que se postergue la entrega hasta que la planta esté operativa.
10. Con fecha **16 de marzo de 2016**, mediante Carta S/N, el **CONTRATISTA** solicita a la **ENTIDAD** una ampliación de plazo de entrega de la Orden de Compra N° 00266 por tres (3) días calendarios, en virtud de lo informado por el residente general de obra, el Ing. Juan Vargas Vidarte, quien señaló que no cuenta con capacidad de almacenamiento en el Almacén del proyecto.
11. Con fecha **04 de abril de 2016**, mediante Resolución Directoral Regional N° 017-2016-GR CUSCO/ORAD la **ENTIDAD** declara improcedente la solicitud del **CONTRATISTA** sobre la ampliación de plazo por tres (3) días calendarios en la entrega del cemento asfáltico respecto a la Orden de Compra N° 00266.
12. Con fecha **07 de abril de 2016**, mediante Carta S/N, el **CONTRATISTA** comunica a la **ENTIDAD** su reconsideración contra la Resolución Directoral Regional N° 017-2016-GR CUSCO/ORA, ya que no se ha considerado lo informado por el residente general de obra, quien señaló que no contaba con capacidad de recepción del material en vista que la planta de asfalto se encuentra en reparación, por lo que solicita la paralización de la entrega.
13. Con fecha **06 de abril de 2016**, mediante Informe N° 289-2016-GR CUSCO/GRI/SGO.RGO.JVV, el Ing. Juan Vargas Vidarte, residente general de obra, solicita al Ing. Ilim Silvera Reynaga, Sub-Gerente de Obras, que se continúe con el trámite de atención de la tercera entrega de cemento asfáltico PEN

120/150 REPSOL, debido a que ya se ha solucionado el problema de paralización de la ejecución de la partida de carpeta asfáltica del **CONTRATO**.

14. Con fecha **12 de abril de 2016**, mediante Informe N° 923-2016-GR CUSCO/GRI/SGO, el Ing. Him Silvera Reynaga, Subgerente de obra, informa al Ing. Julio Italo Ramos Calderón quien actúa como gerente regional de infraestructura de la **ENTIDAD**, que ya se puede continuar con la recepción de la tercera entrega de cemento asfáltico. Asimismo, se deja constancia que el **CONTRATISTA** no pudo cumplir con la tercera entrega a causa de la paralización de la planta.
15. Con fecha **16 de abril de 2016**, mediante Memorándum N° 1257-2015-GR CUSCO/GRI el Ing. Julio Italo Ramos Calderón, Gerente Regional de Infraestructura, comunica a Marco E. Arzubialde Tamayo; Director Regional de la Oficina de Administración, que el Residente General de la obra ha informado la imposibilidad de continuar con la recepción del cemento asfáltico cuya Orden de Compra N° 266-2016, fue notificado al **CONTRATISTA** el **15 de marzo de 2016**, sin embargo, debido a la paralización de la planta, se ha visto imposibilitado en cumplir con la entrega.
16. Con fecha **18 de abril de 2016**, mediante Carta N° 003-2016-GR CUSCO/GRI/SGO. RGO.JVV, el Ing. Juan Vargas Vidarte, Residente General de Obra de la **ENTIDAD**, solicita al **CONTRATISTA**; que en atención a la absolución de los problemas que generaron la suspensión, se disponga con la atención de la tercera entrega de 24,000 Gln de cemento asfáltico PEN 120/150 REPSOL, por necesidad en obra.
17. Con fecha **20 de abril de 2016**, el **CONTRATISTA** emite la factura N° 001-0105561 a favor de la **ENTIDAD** por un total de S/ 332,400.00 soles, en virtud de las guías de remisión N° 125083, N° 125084, N° 125085 y N° 125086 sobre la entrega de cemento asfáltico PEN 120/150.
18. Con fecha **21 de abril de 2016**, mediante Carta S/N el **CONTRATISTA** comunica a la **ENTIDAD**, que en virtud de la solicitud realizada mediante Carta N° 003-2016-GR CUSCO/GRI/SGO. RGO.JVV, se dará cumplimiento a lo requerido, dejando constancia que el nuevo plazo de entrega con respecto a la Orden de Compra N° 00266, inicia a partir del **18 de abril de 2016**, la cual deberá ser considerada para efectos de la conformidad.
19. Con fecha **24 de mayo de 2016**, mediante la Carta N° 123-2016-GRCUSCO/SG, la **ENTIDAD** notifica al **CONTRATISTA** que su solicitud de reconsideración contra la Resolución Directoral Regional N° 017-2016-GRCUSCO /ORAD, debe ser tramitada vía conciliación o arbitraje para que haga valer su derecho con arreglo a ley.
20. Con fecha **10 de junio de 2016**, el **CONTRATISTA** comunica su solicitud de conciliación a la **ENTIDAD**, en donde solicita que se declare fundada su solicitud de ampliación de plazo en relación con la orden de compra N° 00266, debiendo establecerse como nueva fecha, según requerimiento del área usuaria, el **18 de abril de 2016**.

21. Con fecha **28 de octubre de 2016**, mediante Acta de conciliación N° 026-2016-CCCC del Centro de Conciliación “Concilia Cusco”, se deja constancia de la falta de acuerdo entre las partes, dándose por finalizado el procedimiento conciliatorio.
22. Con fecha **22 de noviembre de 2016**, el **CONTRATISTA** realiza una petición de arbitraje al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, por la controversia en relación con la orden de compra N° 00266 de fecha **15 de marzo de 2016**, para que se declare fundada su solicitud de ampliación de plazo respecto a la orden de compra mencionada, debiendo establecerse un nuevo plazo, según requerimiento del área usuaria a partir del **18 de abril de 2016**.
23. Con fecha **25 de julio de 2017**, mediante Carta N° 010-2017-GR CUSCO/PPR, la **ENTIDAD** comunica al **CONTRATISTA** su respuesta a la propuesta conciliatoria del **12 de junio de 2017** y propone: i) la devolución de la penalidad de S/33,240.00 soles. ii) No reconocimiento de la indemnización por daños y perjuicios y; iii) Pagar S/ 54,380.00 soles (con descuentos por reajuste de precios) por la décima entrega de cemento asfáltico.
24. Con fecha **07 de agosto de 2017**, mediante Carta S/N, el **CONTRATISTA** comunica a la **ENTIDAD** su aceptación a la propuesta conciliatoria siempre y cuando el pago se realice en un solo acto, caso contrario, se debe tener en cuenta el proceso arbitral seguido en el Centro de Arbitraje de la PUCP, el mismo que se encuentra suspendido desde el **14 de julio de 2017**.
25. Con fecha **27 de septiembre de 2017**, mediante Carta S/N, el **CONTRATISTA** solicita a la **ENTIDAD**, el cumplimiento de su acuerdo conciliatorio efectuada el 08 de agosto de 2017; sin embargo, la **ENTIDAD** no ha cumplido con realizar los pagos de S/ 33,240.00 por concepto de la devolución de la penalidad y los S/ 54,380.00 soles, el cual corresponde a la décima entrega de cemento asfáltico.

IV. DESARROLLO DEL PRESENTE ARBITRAJE

A. ACTUACIONES ARBITRALES

26. Con fecha **11 de mayo de 2021**, el **CONTRATISTA** presentó su solicitud de arbitraje de conformidad al Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje PUCP.
27. Con fecha **28 de junio de 2021**, el **CONTRATISTA** presentó su escrito de subsanación a la solicitud de arbitraje dentro del plazo otorgado por el Centro de Arbitraje PUCP.
28. Con fecha **07 de julio de 2021**, la **ENTIDAD** contesta la solicitud de arbitraje.
29. Con fecha **03 de noviembre de 2021**, mediante Decisión N° 1 se determinan las reglas del presente proceso arbitral y se otorga veinte (20) días hábiles al **CONTRATISTA** para que presente su escrito de demanda arbitral.

30. Con fecha **22 de noviembre de 2021**, mediante Decisión N° 2, se tiene por acreditado el registro en el SEACE del proceso.
31. Con fecha **03 de diciembre de 2021**, el **CONTRATISTA** presenta su escrito de demanda arbitral.
32. Con fecha **10 de enero de 2022**, mediante Decisión N° 3, se admite a trámite la demanda arbitral y se otorga un plazo de veinte (20) días hábiles a la **ENTIDAD** para que presente su escrito de contestación de demanda arbitral.
33. Con fecha **15 de febrero de 2022**, la **ENTIDAD** presenta su escrito de contestación de demanda arbitral y deduce excepción de caducidad.
34. Con fecha **11 de abril de 2022**, mediante Decisión N° 4, se admite a trámite la contestación de demanda arbitral y se otorga un plazo de veinte (20) días hábiles al **CONTRATISTA** para que manifieste lo conveniente a su derecho sobre la excepción formulada.
35. Con fecha **19 de mayo de 2022**, el **CONTRATISTA** cumple con presentar su escrito de absolución a la excepción de caducidad.
36. Con fecha **15 de marzo de 2023**, mediante Decisión N° 05, se cita a las partes a una Audiencia Especial de Excepción de Caducidad para el día **20 de abril de 2023**.
37. Con fecha **08 de mayo de 2023**, ambas partes presentan sus escritos de conclusiones sobre la excepción de caducidad.
38. Con fecha **23 de mayo de 2023**, mediante Decisión N° 06, se declara el cierre parcial de las actuaciones arbitrales y fija en cuarenta (40) días hábiles el plazo para emitir el laudo parcial resolviendo la excepción de caducidad, el cual podrá ser prorrogado en diez (10) días hábiles adicionales.
39. Con fecha **17 de julio de 2023**, se emite el Laudo Parcial mediante el cual, se declara fundada en parte la excepción de caducidad y se excluye del presente proceso arbitral la Primera Pretensión Principal de la demanda presentada por el **CONTRATISTA**.
40. Con fecha **03 de agosto de 2023**, mediante escrito s/n el señor Eleodoro Alberto Elera Gonti advierte de un contrato de cesión de derechos celebrado entre el **CONTRATISTA** a favor de Eleodoro Alberto Elera Gonti y Ana María Coello Vizcarra (en adelante, los **CESIONARIOS**)
41. Con fecha **16 de agosto de 2023**, mediante Decisión N° 06, se otorga un plazo de cinco (5) días hábiles a las partes para que manifiesten lo conveniente a su derecho sobre la solicitud formulada por los **CESIONARIOS**.

42. Con fecha **05 de septiembre de 2023**, mediante Decisión N° 10 se deja constancia la falta de absolución del traslado conferido mediante la Decisión N° 09 por ambas partes. Asimismo, se otorga un plazo de tres (03) días hábiles a las partes para que manifiesten lo conveniente a su derecho sobre la sucesión procesal solicitada por los **CESIONARIOS** con fecha **03 de agosto de 2023**.
43. Con fecha **08 de septiembre de 2023**, mediante escrito s/n el **CONTRATISTA** ratifica la sucesión procesal solicitada por los **CESIONARIOS**.
44. Con fecha **14 de septiembre de 2023**, mediante Decisión N° 11, se declara no ha lugar la solicitud formulada por los **CESIONARIOS** mediante escrito de fecha **03 de agosto de 2023**. Asimismo, se prescinde de la tramitación de lo requerido por los **CESIONARIOS** en los extremos del Segundo, Tercer y Cuarto Otrosí Decimos del escrito en cuestión.
45. Con fecha **22 de septiembre de 2023**, mediante escrito s/n el **CONTRATISTA** reconsidera el contenido de la Decisión N° 11.
46. Con fecha **25 de septiembre de 2023**, mediante Decisión N° 12 se otorga un plazo de cinco (5) días hábiles a la **ENTIDAD** para que manifieste lo conveniente a su derecho sobre la reconsideración formulada por su contraparte.
47. Con fecha **12 de octubre de 2023**, mediante Decisión N° 13 se declara fundado el recurso de reconsideración formulado por el **CONTRATISTA** y se incorpora a los **CESIONARIOS** al proceso en calidad de parte no signataria. Asimismo, se solicita a la secretaría arbitral a remitir todos los actuados a los **CESIONARIOS** y les otorga un plazo de veinte (20) días hábiles para que presenten alguna pretensión; de considerarlo.
48. Con fecha **14 de noviembre de 2023**, mediante Decisión N° 14 se tiene presente las pretensiones formuladas por los **CESIONARIOS** y se otorga un plazo de veinte (20) días hábiles a la **ENTIDAD** para que manifiesten lo conveniente a su derecho.
49. Con fecha **25 de enero de 2024**, mediante Decisión N° 15, se determinan los puntos controvertidos y se cita a Audiencia Única para el **21 de febrero de 2024**.
50. Con fecha **12 de marzo de 2024**, mediante Decisión N° 16, se deja constancia que ambas partes cumplieron con presentar sus escritos de conclusiones sobre lo expuesto durante la Audiencia. Asimismo, se cierra etapa probatoria y se otorga a las partes diez (10) días hábiles para que presenten sus escritos de alegatos finales.
51. Con fecha **21 de marzo de 2024**, mediante Decisión N° 17 se tiene presente el recurso de reconsideración formulado por la **ENTIDAD** y se otorga un plazo de cinco (5) días hábiles al **CONTRATISTA** y a los **CESIONARIOS** para que manifiesten lo conveniente a su derecho. Finalmente, se deja sin efecto el plazo otorgado mediante Decisión N° 16.

52. Con fecha **18 de abril de 2024**, mediante Decisión N° 18, se tiene presente los escritos de absolución presentados por el **CONTRATISTA** y los **CESIONARIOS** y se declara infundado el recurso de reconsideración presentado por la **ENTIDAD**. Finalmente, se otorga a las partes diez (10) días hábiles para que presenten sus escritos de alegatos finales.
53. Con fecha **06 de mayo de 2024**, mediante Decisión N° 19, se declara el cierre de las actuaciones arbitrales y se fija el plazo para la emisión del Laudo Arbitral en cuarenta (40) días hábiles, el cual podrá ser prorrogado en diez (10) días hábiles adicionales.

B. CONSIDERACIONES PARA EL ANÁLISIS DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL

54. Al momento de evaluar y resolver el presente caso, se tiene en cuenta las reglas procesales establecidas por las partes, la prelación normativa dispuesta en el Decreto Legislativo N° 1017 - Ley de Contrataciones del Estado y modificado mediante Ley N° 29873 (en adelante La **LCE**), y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, modificado mediante Decreto Supremo N° 138-2012-EG y Decreto Supremo N° 080-2014-EF (en adelante el **RLCE**), y las Directivas que apruebe el OSCE para tal efecto.
55. De igual modo, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el juzgador respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo a los principios generales de necesidad de la prueba, originalidad de la prueba, pertinencia y utilidad de la prueba, entre otros; destacándose que el artículo 43° de la Ley de Arbitraje, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1071, otorga al Árbitro Único, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas.
56. En ese orden de ideas, es del caso precisar que este como todos los casos que se sustentan en un contrato debe ser resuelto con sujeción al principio de la autonomía de las partes que, en forma fundamental, inspira el derecho contractual, principio que ha sido recogido en el artículo 62° de nuestra Constitución Política y dentro de los alcances que establece el artículo 1° de la **LCE** y al amparo de los Principios que rigen las contrataciones consagradas en su artículo 2° de **RLCE**.
57. Por ende, debe tenerse en cuenta lo dispuesto por los artículos 1352°, 1354° y 1356° del Código Civil que consagran el principio de la consensualidad, el principio de la libertad contractual y el carácter obligatorio de las disposiciones contractuales, respectivamente. Al respecto, el artículo 1361° del Código Civil declara principio rector que "los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos" y el artículo 1362° del mismo cuerpo normativo prescribe que "los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes".
58. Todas estas disposiciones consagran el principio jurídico rector de la contratación ("pacta sunt servanda"), base del derecho obligacional y contractual que

compromete a las partes a cumplir de buena fe las obligaciones pactadas de un contrato.

59. Los principios de fuerza obligatoria del contrato, buena fe y común intención de las partes sostienen que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, presumiéndose legalmente que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes. Quien niega dicha coincidencia debe probarla. Siempre, claro está, dentro del marco de lo regulado por la normativa de contrataciones del Estado.
60. En materia de probanza todo aquel que alega un hecho debe de probarlo. A tales efectos, este Tribunal Arbitral a lo largo del arbitraje ha analizado la posición de las partes del arbitraje, sus alegaciones y las pruebas que han aportado al presente proceso.
61. Siendo ello así, corresponde a este Árbitro Único, establecer la secuencia lógica del presente Laudo mediante la exposición ordenada de su criterio respecto a cada una de las pretensiones postuladas, atendiendo no solo a la argumentación propuesta por las partes sino también analizando las pruebas ofrecidas y actuadas respecto a cada una de dichas pretensiones.
62. Debe tenerse en cuenta que este Árbitro Único evalúa las pruebas aportadas al proceso para determinar, en base a su valoración conjunta, las consecuencias que para las partes se deriven de haber probado o no sus respectivas alegaciones de acuerdo con derecho.

V. DETERMINACIÓN DE LOS PUNTOS EN CONTROVERSIAS

63. En atención a las posiciones de las partes sobre los fundamentos de hecho y derecho de la controversia recogidos en sus escritos en el presente proceso arbitral, este Despacho, determinó los puntos en controversia mediante Decisión N° 15 con fecha **23 de enero de 2024**, de acuerdo con lo siguiente:
 - **Primer punto controvertido (Derivado de la Segunda Pretensión Principal de la demanda):** Determinar si corresponde o no ordenar al GOREC el reintegro y/o devolución del monto de S/. 33,240.00 a favor de EMCOPESAC, correspondiente a la retención de la factura N° 001-0105561, por la supuesta aplicación de penalidad; más los intereses legales que correspondan hasta la fecha efectiva del pago.
 - **Segundo punto controvertido (Derivado de la Tercera Pretensión Principal de la demanda):** Determinar si corresponde ordenar o no que el GOREC pague a favor de EMCOPESAC el monto de S/. 30,000.00 por los daños y perjuicios derivados de la supuesta aplicación indebida de la penalidad, retención de esta, incumplimientos y conducta contractual, más los intereses legales que correspondan hasta la fecha efectiva del pago.

- **Tercer punto controvertido (Derivado de la Cuarta Pretensión Principal de la demanda):** Determinar si corresponde o no ordenar que el GOREC pague a favor de EMCOPESAC los costos del proceso arbitral que involucran el pago de los gastos arbitrales que genere el presente procedimiento arbitral, tales como honorario del árbitro único, gastos administrativos del centro de arbitraje y los honorarios de defensa legal, más sus respectivos intereses legales.
 - **Cuarto punto controvertido (Derivado de la Primera Pretensión Principal del escrito presentado por los CESIONARIOS):** Determinar si corresponde o no ordenar al GOREC el reintegro y/o devolución por el monto de S/. 33,240.00 a favor de los CESIONARIOS de EMCOPESAC correspondiente a la retención de la factura N° 001-01055611 por la aplicación indebida de penalidad, como consecuencia de la improcedencia de ampliación de plazo realizado mediante Resolución Directoral Regional N° 017-2016-GR-CUCO/ORAD de fecha 04 de abril de 2016; más los intereses legales que correspondan hasta la fecha efectiva del pago.
 - **Quinto punto controvertido (Derivado de la Segunda Pretensión Principal del escrito presentado por los CESIONARIOS):** Determinar si corresponde o no declarar que, como consecuencia de la indebida aplicación de penalidad aplicadas, se le ordene al GORE CUSCO pagar a favor de los CESIONARIOS de EMCOPESAC la suma de S/. 30,000.00 (Treinta mil con 00/100 soles) por los daños y perjuicios derivados de la aplicación indebida de la penalidad, retención de la misma, incumplimientos y conducta contractual, más los intereses legales que correspondan hasta la fecha efectiva del pago.
 - **Sexto punto controvertido (Derivado de la Tercera Pretensión Principal del escrito presentado por los CESIONARIOS):** Determinar si corresponde o no ordenar que el GORE CUSCO asuma el pago de los gastos arbitrales que genere el presente procedimiento arbitral, tales como honorario del árbitro único, gastos administrativos del centro de arbitraje y los honorarios de defensa legal, más sus respectivos intereses legales.
- 64.** Se establece que el Árbitro Único se reserva el derecho de analizar las cuestiones controvertidas en el orden que considere más conveniente a los fines de resolver la controversia y no necesariamente en el orden previamente establecido.
- 65.** Por otro lado, el Árbitro Único precisa que, si al resolver uno de los puntos controvertidos llegase a la conclusión de que carece de objeto pronunciarse sobre otro u otros, podrá omitir pronunciarse sobre ellos motivando su decisión.
- 66.** Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos ante el Árbitro Único. Asimismo, el Árbitro Único formuló preguntas en la Audiencia las mismas que fueron absueltas por las partes y en el escrito final presentado ante este Árbitro Único, habiéndose permitido a las partes ejercer con absoluta libertad sus

derechos, sin limitación, sin vulnerarse el derecho de defensa; tal es así que no existe en el proceso constancia de alguna causal de anulación futura.

67. Finalmente, que de conformidad con lo establecido en el artículo 43º del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, el Árbitro Único tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia, actuación y valor de las pruebas.

VI. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS EN CONTROVERSIAS

ANÁLISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO Y EL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO.

68. Atendiendo a lo señalado, corresponde ahora analizar los puntos en controversia a fin de resolverlos de manera ordenada:

Primer punto controvertido (Derivado de la Segunda Pretensión Principal de la demanda): Determinar si corresponde o no ordenar al GOREC el reintegro y/o devolución del monto de S/. 33,240.00 a favor de EMCOPESAC, correspondiente a la retención de la factura N° 001-0105561, por la supuesta aplicación de penalidad; más los intereses legales que correspondan hasta la fecha efectiva del pago.

Cuarto punto controvertido (Derivado de la Primera Pretensión Principal del escrito presentado por los CESIONARIOS): Determinar si corresponde o no ordenar al GOREC el reintegro y/o devolución por el monto de S/. 33,240.00 a favor de los CESIONARIOS de EMCOPESAC correspondiente a la retención de la factura N° 001-01055611 por la aplicación indebida de penalidad, como consecuencia de la improcedencia de ampliación de plazo realizado mediante Resolución Directoral Regional N° 017-2016-GR-CUCO/ORAD de fecha 04 de abril de 2016; más los intereses legales que correspondan hasta la fecha efectiva del pago.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

69. El **CONTRATISTA** señala que la Resolución Directoral Regional N° 017-2016-GR-CUCO/ORAD, en su cláusula duodécima del **CONTRATO** y lo establecido en el artículo 48º de la **LCE**, son sumamente claros al señalar que las penalidades se aplican solamente ante el incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales a cargo del **CONTRATISTA**.
70. El **CONTRATISTA** considera importante destacar que su función se centraba en asegurar que el material fuera depositado conforme a lo estipulado en el **CONTRATO**. De tal manera, el **CONTRATISTA** solo se centraba en garantizar la entrega del cemento asfáltico, elemento objeto del contrato.
71. El **CONTRATISTA** indica que no cuenta con información detallada ni tiene un interés directo en el uso en que la **ENTIDAD** pueda dar al cemento asfáltico suministrado. Asimismo, considera importante recalcar que en ningún momento

del **CONTRATO** se estipuló que su representada asumiría el papel de supervisor del material o producto vendido a la **ENTIDAD**.

72. El **CONTRATISTA** afirma que parte de las obligaciones del **CONTRATO** suscrito no compete el seguimiento o fiscalización del uso que se le dé al cemento asfáltico por parte de la **ENTIDAD**. Precisa que su responsabilidad se limitó a suministrar el producto según lo acordado contractualmente; y, cualquier otro aspecto relacionado con su uso o destino queda fuera de su ámbito de competencia y responsabilidad.
73. El **CONTRATISTA** afirma que no se pudo cumplir con la tercera entrega de cemento asfáltico, por causa imputable a la **ENTIDAD**; es decir, que nos encontramos frente a un incumplimiento debidamente justificado y amparado por el ingeniero residente de obra. Por tanto, se ha aplicado una penalidad indebida, teniendo en cuenta, además, que no se cumplió con la formalidad correspondiente, toda vez que la **ENTIDAD** no ha cumplido con señalar cual sería la causal y monto de penalidad aplicable.
74. El **CONTRATISTA** indica que en la Resolución Directoral Regional N° 017-2016-GR-CUCO/ORAD, la **ENTIDAD** no establece ni resuelve concretamente la aplicación de una penalidad, muy por el contrario, solo detalla la improcedencia de la solicitud de ampliación de plazo. Por tanto, la **ENTIDAD** habría realizado una indebida retención sobre la factura N° 001-0105561, ya que no ha seguido la formalidad correspondiente.
75. El **CONTRATISTA** indica que la **ENTIDAD** aceptó proceder con la devolución de la retención indebidamente aplicada; sin embargo, se negó a realizar el pago por concepto de indemnización por daños y perjuicios. Asimismo, indica que dicha contrapropuesta fue suscrita por la procuradora de la **ENTIDAD**, en donde el **CONTRATISTA** considera que reconoció expresamente el error y propuesto una solución alternativa.
76. El **CONTRATISTA** precisa que la contrapropuesta elaborada por la **ENTIDAD** fue aceptada por su representada. Sin embargo, no recibió una respuesta por parte de esta, motivo por el cual, mediante s/n de fecha **27 de setiembre de 2017**, procedió con el envío del requerimiento de pago a la **ENTIDAD** en donde reiteró la aceptación de la propuesta mencionada subrayando la importancia de que se cumpla con lo acordado y aceptado por el **CONTRATISTA**.
77. El **CONTRATISTA** considera que ambas comunicaciones evidencian, por un lado, la buena fe y disposición de su parte de aceptar la contrapropuesta remitida con el único fin de finiquitar el conflicto y, por otro lado, la inconsistencia de la **ENTIDAD** al trasgredir su propia oferta sin mayor explicación.
78. El **CONTRATISTA** indica que con fecha **25 de julio de 2017**, la **ENTIDAD** les remitió la Carta N° 010-2017-GR CUSCO/PPR como respuesta a la solicitud de conciliación presentada por su representada el **12 de junio de 2017**. El **CONTRATISTA** indica que la carta en mención fue remitida por conducto notarial.

79. El **CONTRATISTA** considera que la **ENTIDAD** advirtió de la debida aplicación de la penalidad, por lo que, mediante Carta N° 010- 2017-GR CUSCO/PPR, les propuso la devolución de dicha penalidad. Asimismo, trae a colación lo dispuesto en el artículo 141° del Código Civil referente a la manifestación de voluntad.
80. El **CONTRATISTA** indica que de acuerdo con el artículo 141° del RLCE, la **ENTIDAD** expresó su voluntad de proceder con la devolución del monto retenido de S/ 33,240.00, por tanto, la carta emitida por la **ENTIDAD** representa un reconocimiento de que se ha cometido un error en la aplicación de la penalidad correspondiente, lo cual, debería entenderse como una validación de las reclamaciones planteadas por el **CONTRATISTA**.
81. Por tanto, el **CONTRATISTA** considera que corresponde que la **ENTIDAD** realice el reintegro y/o devolución por el monto de S/. 33,240.00 (Treinta y tres mil doscientos cuarenta con 00/100 soles) correspondiente a la retención de la factura N° 001-0105561, por la aplicación indebida de la penalidad; más los intereses legales que correspondan hasta la fecha efectiva del pago.

POSICIÓN DE LOS CESIONARIOS

82. Los **CESIONARIOS** señalan sobre la devolución del monto de la penalidad que, de declararse fundada, esta deba ser otorgada a favor de los **CESIONARIOS**, toda vez que el **CONTRATISTA** es una persona jurídica que se encuentra en proceso de liquidación, la cual, en el marco de las distintas deudas en favor de terceros, suscribió contratos de acreencia con el único fin de no ver afectados los derechos de sus acreedores.
83. Los **CESIONARIOS** indican que fundamentan sus pretensiones en el marco legal de la cesión de derechos suscrita con el **CONTRATISTA** el **10 de marzo de 2021**, según el cual, en todo lo no previsto en dicho contrato de cesión, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1206° y 1208° del Código Civil; tal como se precisa a continuación:

“Artículo 1206.- Cesión de derechos

La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente trasmite al cesionario el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto. La cesión puede hacerse aun sin el asentimiento del deudor”.

“Artículo 1208.- Derechos que pueden ser cedidos

Pueden cederse derechos que sean materia de controversia judicial, arbitral o administrativa”. (el énfasis agregado)

84. Por lo señalados, los **CESIONARIOS** buscan ser acreedores de los beneficios derivados del contrato suscrito con la **ENTIDAD** y que están siendo reclamados a

través de la presente solución de controversia. Ello en virtud de lo establecido en el artículo 14º de la Ley de arbitraje, según el siguiente detalle:

“Artículo 14.- Extensión del convenio arbitral.

El convenio arbitral se extiende a aquellos cuyo consentimiento de someterse a arbitraje, según la buena fe, se determina por su participación activa y de manera determinante en la negociación, celebración, ejecución o terminación del contrato que comprende el convenio arbitral o al que el convenio esté relacionado. **Se extiende también a quienes pretendan derivar derechos o beneficios del contrato, según sus términos.**” (El énfasis agregado)

85. Los **CESIONARIOS** afirman que el artículo bajo comentario habilita a que se extienda el convenio arbitral cuando se está frente a situaciones como, por ejemplo, la cesión de derechos. Tal como se verifica con el contrato celebrado con el **CONTRATISTA** el cual, tuvo como objeto la cesión de la posición de titularidad del derecho sin limitación alguna, en el estado en el que se encuentren a la fecha del acuerdo contractual.
86. De acuerdo con lo establecido en el contrato celebrado el **10 de marzo de 2021**, los **CESIONARIOS** indican que se les debe considerar como titulares del derecho de acreencia según el cual podrán reclamar en la vía arbitral correspondiente todo en cuanto fuere reclamable por el **CONTRATISTA** al estado de la deuda.
87. Los **CESIONARIOS** indican que, en el marco del **CONTRATO** suscrito entre el **CONTRATISTA** y la **ENTIDAD**, en donde se contiene el Convenio Arbitral es en donde pretenden obtener todos los montos dinerarios derivados de la deuda impaga tales como el pago de la deuda, los daños y perjuicios generados por el incumplimiento, así como la devolución de costos y costas, no existiendo limitación alguna.
88. Por lo expuesto, los **CESIONARIOS** consideran que la **ENTIDAD** debe devolver el monto de S/. 33,240.00 soles retenido de la factura N° 001-0105561, y corresponde que el Árbitro Único ordene que dicha devolución deba efectuarse en favor de los **CESIONARIOS**.
89. Asimismo, los **CESIONARIOS** indican que, en virtud de la buena fe del **CONTRATISTA** al haber cedido los derechos sobre la acreencia a su favor, es que, pretenden reclamar la totalidad de la acreencia y derechos que devenguen de la misma a cargo de la **ENTIDAD**, puesto que, la sola suscripción del contrato de cesión implica asumir los impactos positivos y negativos de la deuda pendiente de pago, razón por la cual, son los **CESIONARIOS** quienes promueven el presente arbitraje.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

90. La **ENTIDAD** trae a colación lo dispuesto en el artículo 165º del **RLCE**, en donde se precisa que: “En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones

objeto del contrato, la Entidad le aplicara al contratista una penalidad por cada de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. (...)"

91. Al respecto, la **ENTIDAD** señala que el incumplimiento o el retraso en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del **CONTRATISTA** determinan la aplicación de penalidades, ello tomando en cuenta que la función de las penalidades es desincentivar el incumplimiento de las obligaciones contractuales; así como resarcir a la **ENTIDAD** por el perjuicio que el retraso u otros incumplimientos en la ejecución de las prestaciones le hubiera causado.
92. La **ENTIDAD** afirma que no existe un fundamento legal o fáctico que justifique la devolución de la penalidad, por cuanto esta ha sido correctamente aplicada, razón por la que solicita que se declare infundada la presente pretensión.
93. La **ENTIDAD** señala que la emisión de la Carta N° 010- 2017-GR CUSCO/PPR se dio producto a un análisis ligero, toda vez que en ese momento no contaba con los antecedentes que dieron cabida a la resolución de contrato e interposición de penalidad por incumplimiento de obligaciones por parte del **CONTRATISTA**. Por ello, habiéndose realizado un mejor análisis, vio conveniente no continuar con la propuesta conciliatoria ofrecida por el **CONTRATISTA**.
94. La **ENTIDAD** señala que, en virtud del artículo 175º del **RLCE**, referente a las ampliaciones de plazo contractual, este debe ser presentado por eficacia anticipada dentro del plazos y tiempos establecidos y a su vez solicitados por el representante legal de la empresa, en este caso la solicitud realizada fue expedida por una persona que no mantenía vínculo conocido entre ambas instituciones, lo cual invalida el proceso de solicitud de ampliación de plazo.
95. La **ENTIDAD** precisa que no se realizó ninguna comunicación sobre la negativa de continuar con la suscripción del acta de contrapropuesta alcanzada al **CONTRATISTA**, dado que el desistimiento de continuar con la suscripción de la contrapropuesta conciliatoria es una facultad atribuible directamente a la **ENTIDAD** y a las partes.
96. Asimismo, la **ENTIDAD** indica que no existe documentación alguna que haya sido emitida por el área usuaria o áreas técnicas mediante la cual, hayan tomado la decisión o análisis respecto a esta negativa de continuar con la suscripción del acuerdo de conciliación dado que toda coordinación sobre la misma se realizó en múltiples reuniones de coordinación entre el equipo técnico/legal que concluyó en el desistimiento de continuar con la propuesta conciliatoria.

POSICIÓN DEL ARBITRO ÚNICO

97. Para llevar a cabo el análisis de los presentes puntos controvertidos, es preciso hacer un recuento de los hechos relacionados de forma directa con la controversia, así como respecto a la suscripción del **CONTRATO** y las penalidades que impuso la **ENTIDAD**.

98. Así, esta controversia proviene del Contrato N° 231-2015-GR CUSCO/GGR para la contratación del servicio denominado: "Adquisición de Cemento Asfáltico PEN 120/150 y Aditivo Mejorador de Adherencia de Asfalto (ítem 1)", celebrado entre el GOBIERNO REGIONAL DE CUSCO y la EMPRESA COMERCIALIZADORA DE PETROLEO SAC (EMCOPESAC) con fecha 03 de noviembre de 2015.

99. Al respecto, debemos indicar que el presente **CONTRATO** tiene como objeto la: "Adquisición de Cemento Asfáltico PEN 120/150 y Aditivo Mejorador de Adherencia de Asfalto (ítem 1) para la Meta 16: Mejoramiento de la Carretera Huancarani – Paucartambo, Provincia de Paucartambo, Región Cusco" el cual, se encuentra detallado en la Cláusula Segunda del **CONTRATO**, que establece a la letra lo siguiente:

CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO DEL CONTRATO.

El presente contrato tiene por objeto la Adquisición de Cemento Asfáltico PEN 120/150 y Aditivo Mejorador de Adherencia de Asfalto (ítem 1), para la Meta 16: "MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA HUANCARANI-PAUCARTAMBO, PROVINCIA DE PAUCARTAMBO, REGIÓN CUSCO", conforme a las Especificaciones Técnicas detalladas a continuación:

ITEM	DESCRIPCIÓN	UNIDAD DE MEDIDA	CANTIDAD
I	CEMENTO ASFÁLTICO PEN 120/150	GLN.	250,000

Nota: La entrega de los bienes, ser realizará en los almacenes de obra "MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA HUANCARANI-PAUCARTAMBO, PROVINCIA DE PAUCARTAMBO, REGIÓN CUSCO".

100. Para la prestación de dicho servicio la Cláusula Quinta del Contrato, establece el plazo para dar cumplimiento a la citada prestación:

NRO DE ENTREGA	U.M	CANTIDAD	PLAZO DE ENTREGA
1ra Entrega	GLN.	24,000	A los 03 días calendario del día siguiente de la notificación de la O/C correspondiente a la primera entrega.
2da Entrega	GLN.	24,000	A los 03 días calendario del día siguiente de la notificación de la O/C correspondiente a la segunda entrega.
3ra Entrega	GLN.	24,000	A los 03 días calendario del día siguiente de la notificación de la O/C correspondiente a la tercera entrega.
4ta Entrega	GLN.	24,000	A los 03 días calendario del día siguiente de la notificación de la O/C correspondiente a la cuarta entrega.
5ta Entrega	GLN.	24,000	A los 03 días calendario del día siguiente de la notificación de la O/C correspondiente a la quinta entrega.
6ta Entrega	GLN.	24,000	A los 03 días calendario del día siguiente de la notificación de la O/C correspondiente a la sexta entrega.
7ma Entrega	GLN.	24,000	A los 03 días calendario del día siguiente de la notificación de la O/C correspondiente a la séptima entrega.
8va Entrega	GLN.	24,000	A los 03 días calendario del día siguiente de la notificación de la O/C correspondiente a la octava entrega.
9na Entrega	GLN.	24,000	A los 03 días calendario del día siguiente de la notificación de la O/C correspondiente a la novena entrega.
10ma Entrega	GLN.	34,000	A los 03 días calendario del día siguiente de la notificación de la O/C correspondiente a la décima entrega.
TOTAL		250,000	

Nota: Las Órdenes de Compra se emitirán de acuerdo al requerimiento del Área Usuaria, de conformidad a la necesidad de la obra.

- 101.** De las cláusulas citadas queda claro, que el objeto del presente **CONTRATO** estaba referido únicamente a las entregas del bien materia (ítem 1: cemento asfáltico PEN 120/150), el cual debía cumplir en diez (10) entregas, conforme obra el cuadro adjunto.
- 102.** Este despacho tiene en cuenta que de los presentes puntos controvertidos materia de análisis, se solicita a este Colegiado que se determine si corresponde o no aplicar penalidades por mora o por otra causa al **CONTRATISTA** en la ejecución del **CONTRATO**.
- 103.** Al respecto, el artículo 165º del **RLCE** señala sobre la aplicación de penalidades lo siguiente:

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

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

- 104.** Del mismo modo, la Cláusula Duodécima del **CONTRATO** señala lo siguiente respecto a las penalidades:

CLÁUSULA DUODÉCIMA: PENALIDADES.

Si “**EL CONTRATISTA**” incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del Contrato, “**LA ENTIDAD**” le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del Contrato vigente, en concordancia con el artículo 165º del Reglamento.
En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo a la siguiente fórmula:

Penalidad Diaria =

$$\frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Dónde:

$F = 0.25$ para plazos mayores a sesenta (60) días o;

$F = 0.40$ para plazos menores o iguales a sesenta (60) días.

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al Contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que éstos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de Fiel Cumplimiento o por el monto diferencial de la propuesta (de ser el caso).

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, “**LA ENTIDAD**” podrá resolver el Contrato por incumplimiento.

La justificación por el retraso se sujetará a lo dispuesto por la Ley, el Reglamento, Código Civil y demás normas aplicables, según corresponda.

105. En virtud a lo señalado, la **ENTIDAD** puede aplicar automáticamente la penalidad por mora en la ejecución de la prestación cuando haya determinado que existe retraso injustificado del **CONTRATISTA** en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato -esto es, que el **CONTRATISTA** no hubiera solicitado una ampliación de plazo, o habiéndola solicitado esta no fuera aprobada-; ante lo cual es posible deducir dicha penalidad de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, así como del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, según corresponda.

106. De acuerdo a la **Opinión N° 027-2010/DTN** del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) señala que:

*"(...) 2.1.1 Al respecto, es preciso indicar que la penalidades por mora tienen por finalidad, incentivar al contratista a cumplir con los **plazos** establecidos en el contrato; por tanto, se deduce que la penalidad por mora sanciona el retraso en la ejecución de las prestaciones a cargo de los contratistas, constituyendose como el mecanismo coercitivo idóneo para asegurar el cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas por ellos.*

2.1.2 Adicionalmente a lo expuesto, la aplicación de la penalidad por mora cumple una función resarcitoria de los eventuales daños y perjuicios que el contratista haya ocasionado a la Entidad con su cumplimiento tardío, la cual se concibe como un mecanismo destinado a fijar la reparación en caso de cumplimiento tardío y siempre que este incumplimiento sea imputable al deudor (...)". (El resaltado es agregado).

107. Que, de los elementos expuestos se advierte que las penalidades por mora sancionan la demora cuando exista un incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales.

108. Previo a analizar lo correspondiente a la aplicación debida o no de la penalidad, este Despacho considera pertinente precisar sobre los argumentos realizados por las partes en virtud de la conciliación.

109. Al respecto, si bien existió una contrapropuesta por parte de la **ENTIDAD** y una aceptación a la misma por parte del **CONTRATISTA**, ha de señalarse que dichos documentos se dieron en el marco del proceso conciliatorio, por lo que no pueden ser considerados de carácter probatorio. Debe tenerse presente que la Ley N° 26872 Ley de Conciliación Extrajudicial y sus modificatorias establece en su artículo 8º lo siguiente:

"Artículo 8.- Confidencialidad.- Los que participan en la Audiencia de Conciliación deben mantener reserva de lo actuado. Todo lo sostenido o propuesto en ella carece de valor probatorio.

Se exceptúa de la regla de confidencialidad el conocimiento de hechos que conduzcan a establecer indicios razonables de la comisión de un delito o falta."

110. A ello se suma que en esta etapa no pudo concretarse un acuerdo entre las partes que es justamente lo que llevó al inicio del arbitraje. De esta manera, debe tenerse presente que la Ley N° 26872, Ley de Conciliación Extrajudicial y sus modificatorias, en su artículo 16°, es clara al señalar lo siguiente:

"Artículo 16.- Acta. - El Acta es el documento que expresa la manifestación de voluntad de las partes en la Conciliación Extrajudicial. Su validez está condicionada a la observancia de las formalidades establecidas en la presente ley, bajo sanción de nulidad".

111. En este sentido, se verifica que las partes no han materializado los acuerdos arribados en un Acta de Conciliación, por lo que no nos encontramos frente a algún acuerdo conciliatorio válido.

112. Ahora bien, en atención a los hechos acontecidos durante la ejecución del **CONTRATO** se puede advertir lo siguiente:

- a. El **CONTRATO** contempla en su cláusula duodécima la aplicación de penalidades por días de retraso, así como la fórmula para el cálculo de la misma.
- b. La **ENTIDAD** emitió la Orden de Compra N° 00266 con fecha **11 de marzo de 2016** correspondiente a la tercera entrega de 24,000 galones de Cemento Asfáltico, por el precio total de S/. 332,400.00 soles con un plazo máximo de tres (3) días para su ejecución a cargo del **CONTRATISTA**.
- c. Asimismo, mediante Informe N° 225-2016-GRC/GRI/SGO/RGO/JVV de fecha **16 de marzo de 2016**, el Ing. Juan Vargas Vidarte, en calidad de residente general de obra, informa al Ing. Ilim Silvera Reynaga; Sub-Gerente de Obras de la **ENTIDAD**, que no cuenta con capacidad de recepción del material debido a la paralización de la planta de asfalto y solicita que se coordine con la Oficina de Abastecimiento y Servicios Auxiliares para que se postergue la tercera entrega hasta que la planta esté operativa.
- d. Por su parte, mediante el Informe N° 923-2016-GR CUSCO/GRI/SGO se advierte que la Orden de Compra N° 00266 fue notificada al **CONTRATISTA** el **15 de marzo de 2016**.
- e. Por tanto, el plazo de vencimiento de los tres (3) días calendarios para la ejecución de la Orden habría sido el **18 de marzo de 2016**; no obstante, tomando en cuenta la imposibilidad de recepción en la entrega comunicada por el residente general de obra, este plazo quedó sin efecto:

<u>INFORME N° 923-2016-GR CUSCO/GRI/SGO</u>	
A	: Mg. Ing. JULIO ITALO RAMOS CALDERÓN GERENTE REGIONAL DE INFRAESTRUCTURA
ASUNTO	: CONTINÚE TRAMITE DE ATENCIÓN ENTREGA DE CEMENTO ASFÁLTICO
REFERENCIA	: a) Informe N°289-2016-GR CUSCO/GRI/SGO.RGO.JVV b) Informe N°225-2016-GR CUSCO/GRI/SGO.RGO.JVV
FECHA	: Cusco, 12 ABR 2016
<div style="border: 1px solid black; padding: 5px; display: inline-block;"> GOBIERNO REGIONAL CUSCO GERENCIA REGIONAL DE INFRAESTRUCTURA SECRETARIA </div> <div style="display: inline-block; vertical-align: middle;"> 14 ABR 2016 RECIBIDO Reg. 2631 Hora: 09:30 Firma:  </div>	
<p>Tengo a bien dirigirme a usted, en atención al documento de la referencia a), remitido por el residente de la Meta 47 MEJORAMIENTO DE LA CARRETERA HUANCARANI - PAUCARTAMBO PROVINCIA DE PAUCARTAMBO, DEPARTAMENTO DEL CUSCO, solicita se continúe el trámite de atención de la tercera entrega de cemento asfáltico PEN 120/150, debido a que se ha solucionado el problema de paralización de la planta de asfalto, la cual se comunicó al contratista mediante correo electrónico consignado en la cláusula décimo octava, del Contrato N°231-2015-GR CUSCO/GGR.</p> <p>Con documento de la referencia b), el Residente General de la Obra, informa la imposibilidad de continuar recepcionando el cemento asfáltico, cuya orden de compra N°266-2016, fue notificada al proveedor en fecha 15/03/2016, teniendo un plazo de entrega de 3 días calendario, el cual no fue entregado por el contratista por la paralización de la planta de asfalto, comunicada oportunamente al contratista.</p>	

Fuente: Anexo A-19 presentado en la demanda arbitral de fecha 03 de diciembre de 2021

- f. Posteriormente, con fecha **18 de abril de 2016**, la **ENTIDAD** comunica al **CONTRATISTA** mediante Carta N° 003-2016-GR CUSCO/GRI/SGO. RGO.JVV que ya se solucionaron los problemas que generaron la paralización; por lo que, solicita que se disponga con la atención de la tercera entrega de 24,000 Gln de cemento asfáltico PEN 120/150 REPSOL.
- g. En este sentido, tomando en cuenta la absolución de los problemas para la recepción del material por parte de la **ENTIDAD**, el nuevo plazo de los tres (3) días calendarios para la atención de la Orden de Compra N° 00266 por parte del **CONTRATISTA**, habría vencido el **21 de abril de 2016**.

113. Que, de acuerdo con los hechos señalados anteriormente, el comportamiento del **CONTRATISTA** y de la **ENTIDAD** debe interpretarse bajo el principio de la buena fe pues, como señala **RAMÍREZ**¹:

“(...) la Buena Fe es la conciencia reglamentada por la ley, de haber actuado honesta y lealmente en el ejercicio de la capacidad jurídica, observando todas las condiciones exigidas por la naturaleza del derecho o de la obligación o requeridas para el perfeccionamiento de una situación determinada”

114. Que en efecto, de acuerdo con **DIEZ-PICAZO**, señala que:

“(...) significa fundamentalmente rectitud y honradez en el trato y supone un criterio o manera de proceder a la cual las partes deben atenerse en el

¹ **RAMIREZ ARRAYAS**, José. *Interpretación Constitucional y Principio de la buena Fe*. Revista Estudios Constitucionales. 2003. Volumen 1, Pág. 739-756.
En: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=820/82010130>

desarrollamiento de las relaciones jurídicas y en la celebración, interpretación y ejecución de los negocios jurídico"².

- 115.** Se tiene presente que la teoría de los actos propios es una regla de derecho fundada en el principio de la buena fe que permite, en ciertos casos, resolver conflictos que surgen entre particulares. Por lo cual, es factible de ser usada en la interpretación de los actos jurídicos y en los contratos.
- 116.** Por tanto, los medios probatorios aportados por las partes deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por estas; y producir certeza en este Arbitro Único respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo con los principios generales de necesidad de la prueba, originalidad de la prueba, pertinencia y utilidad de la prueba, entre otros.
- 117.** En este sentido, se verifica que la **ENTIDAD** tenía conocimiento que hubo una paralización en la planta de asfalto lo cual, tuvo como consecuencia la paralización en la entrega del cemento asfáltico a cargo del **CONTRATISTA**; tal como se puede advertir del contenido de la Carta N° 003-2016-GR CUSCO/GRI/SGO. RGO.JVV, mediante el cual, se solicita al **CONTRATISTA** la atención de la tercera entrega de cemento asfáltico. En tal sentido, no se advierte la existencia de un retraso injustificado por parte del **CONTRATISTA**, sino que la demora en el cumplimiento de la prestación obedeció y se justifica en la paralización de la planta de asfalto, circunstancia que resulta ajena a esta parte. Por tanto, no se verifica entonces el supuesto establecido para la aplicación de una penalidad por mora, como es el retraso injustificado.

- 118.** Aunado a ello, durante la audiencia este Arbitro Único realizó las siguientes consultas:

Árbitro: ¿El bien se entregó? ³

Contratista: Correcto, si se entregó señor Árbitro Único

(...)

Árbitro: ¿Esa penalidad como se calculó? Independientemente de la situación sobre la imposibilidad de entrega señalada por su contraparte. ⁴

Entidad: (...), no tengo la información a detalle sobre cual habrían sido los plazos o el tiempo de demora en que habría incurrido el Contratista.

- 119.** Es pertinente señalar que, sin perjuicio de las exposiciones realizadas por las partes durante el desarrollo de la audiencia, ambas partes han tenido la oportunidad de presentar conclusiones sobre lo expuesto en la misma. A pesar de ello, se

² **DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN**, Luis. *La Doctrina de los Actos Propios*. Pág. 137.

³ Minuto: 1:15:20

⁴ Minuto: 1:18:50

verifica que la **ENTIDAD** no ha brindado más información sobre cómo se ha realizado el cálculo de la penalidad.

120. Asimismo, tampoco se ha presentado mayor documentación que acredite la aplicación de las penalidades, muy por el contrario, la **ENTIDAD** solo precisa lo siguiente:

Minuto: 1:18:30: ¿El descuento es por penalidad? ¿Esta penalidad como se calculó? ¿Cuánto días de retraso o de que fecha a que fecha se aplicó? ¿Qué tipo de penalidad se aplicó? ¡¿Los bienes si fueron utilizados por parte de la Entidad?

Al respecto debo indicar que los cálculos por penalidad se realizan en virtud a los contrato Nro 231-2015-GR CUSCO/GGR, en este caso de acuerdo a la cláusula duodécima: penalidades.

Fuente: Pág. 2 del escrito presentado por la **ENTIDAD** con fecha 07 de marzo de 2024.

121. Que, si bien es cierto que en el **CONTRATO** se encuentra establecida una cláusula sobre las penalidades, está también especifica la fórmula para su determinación, la misma que no ha sido acreditada por la **ENTIDAD**, en el sentido que, no se ha presentado ningún informe que acredite cuantos días se habría tardado el **CONTRATISTA** en realizar la tercera entrega del cemento asfáltico.

122. Tampoco se han presentado informes emitidos por el área interna de la **ENTIDAD** en donde se acredita la demora imputable al **CONTRATISTA**, por lo que, la penalidad aplicada por la **ENTIDAD** no se ha realizado en cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula duodécima y el artículo 165º del **RLCE**, toda vez que no se ha demostrado la existencia de un retraso injustificado ni se ha justificado el monto atribuido a dicha penalidad. Así las cosas, no corresponde la aplicación de la penalidad por mora, de manera que la **ENTIDAD** debe devolver el importe descontado por tal concepto.

123. En efecto, por los motivos expuestos este Despacho considera que el monto retenido por la **ENTIDAD** resulta indebidamente retenido al **CONTRATISTA** con respecto a la factura N° 001-0105561 por lo que corresponde su restitución. Ello se ampara en lo indicado en la **Opinión N° 028-2021/DTN** del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE) que señala lo siguiente:

“En caso que la Entidad hubiera determinado que durante la ejecución del contrato se aplicó y dedujo indebidamente alguna penalidad, al momento de efectuar la liquidación o pago final -según lo que hubiera correspondido-, la Entidad tenía la oportunidad de reconocer al contratista el monto deducido indebidamente. De no reconocer al contratista dicho monto en tal oportunidad, este podía accionar en las vías correspondientes”.

124. De acuerdo con lo expuesto, el **CONTRATISTA** tiene derecho a que se le reconozca los montos que hayan sido aplicados de manera indebida por alguna penalidad, como se ha verificado que ocurrió en el presente caso en el que no correspondía la aplicación de la penalidad por mora por parte de la **ENTIDAD** en el **CONTRATO** materia del presente arbitraje.

125. Que, en ese orden de ideas y considerando la existencia de la cesión de derechos del **CONTRATISTA** a los **CESIONARIOS** y que la **ENTIDAD** no ha desconocido su existencia, este Despacho considera que el amparar de forma conjunta el primer y cuarto punto controvertido podría generar una situación de doble pago en desmedro de la **ENTIDAD**, por lo que corresponde declarar **IMPROCEDENTE** la solicitud formulada por el **CONTRATISTA** respecto al primer punto controvertido derivado de la Segunda Pretensión Principal de la demanda al haber cedido su derecho de pago a los **CESIONARIOS**, conforme a lo han acreditado los **CESIONARIOS** en el presente proceso arbitral.
126. Que, con relación a la solicitud de pago de intereses a consecuencia de la deducción indebida del monto de la factura N° 001-01055611 del **CONTRATISTA**, cabe mencionar que, de los actuados, se verifica que los **CESIONARIOS** no han presentado el sustento jurídico por el cual deba ampararse este extremo de la pretensión, siendo deber de las partes exponer los fundamentos de su posición a fin de que el árbitro pueda resolver al respecto. Al no verificarse ello, no procede el pago de intereses que se reclama.
127. Por lo antes indicado este Despacho considera declarar **FUNDADO EN PARTE** el cuarto punto controvertido derivado de la Primera Pretensión Principal del escrito presentado por los **CESIONARIOS** por lo que corresponde que la **ENTIDAD** devuelva el monto de S/. 33,240.00 (Treinta y tres Mil doscientos cuarenta y 00/100 Soles) a favor de los **CESIONARIOS** de EMCOPESAC correspondiente a la retención de la factura N° 001-01055611; sin los intereses legales generados desde la fecha en que se debió realizar el pago íntegro de la mencionada factura hasta la fecha efectiva de su pago.

Análisis del Segundo Punto Controvertido y el Quinto Punto Controvertido. -

Segundo punto controvertido (Derivado de la Tercera Pretensión Principal de la demanda): Determinar si corresponde ordenar o no que el GOREC pague a favor de EMCOPESAC el monto de S/. 30,000.00 por los daños y perjuicios derivados de la supuesta aplicación indebida de la penalidad, retención de esta, incumplimientos y conducta contractual, más los intereses legales que correspondan hasta la fecha efectiva del pago.

Quinto punto controvertido (Derivado de la Segunda Pretensión Principal del escrito presentado por los CESIONARIOS): Determinar si corresponde o no declarar que, como consecuencia de la indebida aplicación de penalidad aplicadas, se le ordene al GORE CUSCO pagar a favor de los CESIONARIOS de EMCOPESAC la suma de S/. 30,000.00 (Treinta mil con 00/100 soles) por los daños y perjuicios derivados de la aplicación indebida de la penalidad, retención de la misma, incumplimientos y conducta contractual, más los intereses legales que correspondan hasta la fecha efectiva del pago.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

128. El **CONTRATISTA** afirma que se ha demostrado que cumplió con todas sus obligaciones contractuales, por tanto, corresponde que se le indemnice por los

daños y perjuicios que se le ha generado a consecuencia de la indebida penalidad aplicada por parte de la **ENTIDAD**.

129. Respecto al hecho generador antijurídico, el **CONTRATISTA** indica que, supletoriamente a lo dispuesto en la **LCE**, el Código Civil regula lo referente a la responsabilidad civil contractual, en su artículo 1321°.
130. El **CONTRATISTA** indica que la norma en cuestión establece como responsabilidad civil por inejecución de obligaciones, la falta de observación de obligaciones originadas de un contrato. En el presente caso se evidencia del incumplimiento expreso de la cláusula duodécima del **CONTRATO**, que establece que las penalidades se aplicarán únicamente por un retraso injustificado del **CONTRATISTA**, lo cual la **ENTIDAD** no ha cumplido ya que, ha aplicado una penalidad por un retraso que sí fue justificado y que ha sido reconocido por el Ingeniero Residente de obra, como por los propios funcionarios de la **ENTIDAD**.
131. El **CONTRATISTA** considera que el accionar de la **ENTIDAD**, es contrario al principio general de la buena fe ya que esta tenía pleno conocimiento del contenido del Informe N° 188-2016-GRCUSCO/GRI/SGO/RGO/JV, Informe N° 225-2016-GRC/GRI/ SGO/RGO/JVV, y de lo comunicado por el **CONTRATISTA** mediante carta de fecha **15 de marzo de 2016**, documentos en donde se dejó constancia que los retrasos de la tercera entrega de cemento asfáltico se debían por la paralización de la planta de asfalto, causa imputable a la **ENTIDAD**; sin embargo, de igual forma decidió aplicar de forma arbitraria la penalidad.
132. Respecto al daño generado, entendido este como la lesión de un interés jurídicamente protegido o el detrimento que sufre el acreedor por la indebida aplicación de penalidad, el **CONTRATISTA** señala que por concepto de lucro cesante corresponde que la **ENTIDAD** le pague el monto de S/ 30,000.00 (Treinta mil con 00/100 soles), originado de los intereses devengados, y además de las ganancias que se esperaba razonable y objetivamente recibir como consecuencia del monto retenido por la penalidad.
133. Respecto a la relación de causalidad, el **CONTRATISTA** indica que existe una relación o nexo causal entre el actuar de la **ENTIDAD** y el daño que ha sufrido, en virtud de que la **ENTIDAD** ha aplicado indebidamente una penalidad y ha retenido parte del monto de la factura N° 001-0105561, lo cual ha tenido como consecuencia directa e inmediata el detrimento patrimonial del **CONTRATISTA**.
134. El **CONTRATISTA** precisa que existe una relación de causalidad entre el hecho generador y el daño producido, en tanto que el menoscabo patrimonial que ha sufrido es consecuencia lógica y necesaria de la indebida ampliación de penalidad y la violación al principio general de la buena fe por parte de la **ENTIDAD**.
135. En este sentido, el **CONTRATISTA** trae a colación de dispuesto en el artículo 1321° del Código Civil, el cual hace alusión al resarcimiento de "los daños derivados

de la inejecución o indebida aplicación de las obligaciones o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprendiendo el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata o directa de tal inejecución”.

136. Respecto al factor de atribución, el **CONTRATISTA** señala que este busca asignar la responsabilidad a quien es consciente de su incumplimiento, en el presente caso, la **ENTIDAD** tenía pleno conocimiento de que los retrasos eran imputables a ellos mismos.
137. El **CONTRATISTA** considera que al ser deliberadamente consciente el incumplimiento de parte de la **ENTIDAD**, este ha actuado con dolo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1969º del Código Civil. El cual precisa que: “Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”.
138. El **CONTRATISTA** señala la intencionalidad dolosa por parte de la **ENTIDAD** de aplicar una penalidad indebida. Por tanto, precisa que quien tendría que acreditar la ausencia del dolo extracontractual es la propia **ENTIDAD** conforme se manifiesta del artículo anteriormente citado.
139. Por lo expuesto, el **CONTRATISTA** solicita al Árbitro Único ordene a la **ENTIDAD** pagar a su favor una indemnización por lucro cesante por el monto ascendente a S/. 30,000.00 (Treinta mil con 00/100 soles); más los intereses legales que correspondan hasta la fecha efectiva del pago.

POSICIÓN DE LOS CESIONARIOS

140. Respecto a la presente pretensión, los **CESIONARIOS** se reafirman en lo señalado anteriormente y precisan que, se debe brindar al pedido indemnizatorio el mismo tratamiento señalado para la devolución del monto de la penalidad, pero a favor de los **CESIONARIOS**, puesto que es una acreencia que debió haberse pagado en favor del **CONTRATISTA** hace varios años atrás.
141. Sin embargo, los **CESIONARIOS** consideran que es clara la mala fe de la **ENTIDAD** de no cumplir con sus obligaciones hasta el inicio de un arbitraje como el presente. De esta forma, los **CESIONARIOS** en su calidad de acreedores sin limitación alguna sobre la factura materia de controversia exigen el pago de la indemnización por la suma de S/ 30,000.00 (Treinta Mil con 00/100 soles).
142. Por lo expuesto, dado que el **CONTRATISTA** y los **CESIONARIOS** han suscrito una cesión de derecho sin limitación alguna, los **CESIONARIOS** se encuentran habilitados para solicitar al Árbitro Único no solo que se le reconozca la acreencia objeto de sus pretensiones, sumado a los intereses devengados y por devengarse, sino también el resarcimiento que ello incluye.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

143. La **ENTIDAD** indica que la doctrina conceptúa la indemnización por daños y perjuicios como la acción que tiene el acreedor o el perjudicado para exigir del deudor o causante del daño, una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que a aquel le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación o a la reparación del mal causado.
144. Asimismo, precisa que la probanza del hecho alegado corresponde a quien alega tal pretensión, ello tomando en cuenta que la carga de la prueba y la determinación de su cuantía corresponden al perjudicado por la inejecución de la obligación contractual o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.
145. La **ENTIDAD** señala que, en el presente caso, se tiene que el **CONTRATISTA** no ha acreditado con medio probatorio alguno cual sería el supuesto daño que habría sufrido, más aún si se toma en cuenta que para que proceda su pretensión debe acreditarse el mismo.
146. La **ENTIDAD** considera que la presente pretensión no procede toda vez que el **CONTRATISTA** no ha determinado y/o fundamentado su solicitud de pago ascendente a la suma de S/. 30,000.00 (Treinta Mil con 00/100 soles) por concepto de indemnización por daños y perjuicios.
147. La **ENTIDAD** precisa que toda reclamación de daños y perjuicios, aunque se funde en un derecho inobjetable a exigirlos, requiere la prueba de su existencia. Para declarar la responsabilidad no basta comprobar judicialmente la infracción de la obligación; es preciso demostrar la existencia de los daños y perjuicios.
148. Por lo señalado, la **ENTIDAD** indica que al no haberse probado los supuestos daños y perjuicios que se habrían ocasionado al **CONTRATISTA**, solicita que la presente pretensión de declare infundada.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

149. La responsabilidad civil contractual constituye la obligación de un sujeto de resarcir a otro por los daños que le ha irrogado como consecuencia de un incumplimiento contractual.
150. Al respecto, el **CONTRATISTA** solicita el pago de una indemnización en base a lo señalado en el artículo 1321º del Código Civil, el cual establece responsabilidad de aquel que no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve, obligándolo al resarcimiento del daño que haya resultado de manera directa e inmediata:

“Artículo 1321.- Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable

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.

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecerían a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.”

- 151.** Al respecto, **OSTERLING PARODI**, citando a Planiol y Ripert, apunta “*Si el deudor no cumple su obligación cuando y como debiera, el acreedor tiene el derecho de obtener una indemnización por daños y perjuicios, es decir, una suma de dinero equivalente al provecho que hubiera obtenido del cumplimiento efectivo y exacto de la obligación, a título de indemnización por el perjuicio sufrido.*”⁵
- 152.** A fin de que se reconozca una indemnización por daños y perjuicios es necesaria la concurrencia de todos los elementos de la responsabilidad civil, los cuales son:
- La inejecución de la obligación, que es el elemento objetivo;
 - La imputabilidad del deudor, esto es el vínculo de causalidad entre la culpa o el dolo y el daño, que es el elemento subjetivo
 - El daño, pues la responsabilidad del deudor no queda comprometida si no cuando la inejecución de la obligación ha causado un daño al acreedor.
- 153.** De esta forma, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se identifican cuatro (4) elementos constitutivos que deben concurrir a fin de determinar la existencia de responsabilidad civil, siendo estos: la antijuricidad o conducta antijurídica, el daño, el nexo causal y el factor de atribución.
- 154.** Habiendo expuesto el marco legal y doctrinario sobre la responsabilidad civil contractual, se analizará si en el presente caso se cumplen los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pretensión indemnizatoria del **CONTRATISTA** o de los **CESIONARIOS**.
- 155.** Así pues, se advierte que el **CONTRATISTA** y los **CESIONARIOS** solicitan en el segundo y quinto punto controvertido respectivamente, que se ordene el pago a su favor de una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la aplicación de la penalidad del **CONTRATO** al haberse realizado el descuento en la factura N° 001-01055611
- 156.** Que, de la revisión del contrato de cesión de derechos se advierte lo siguiente de su parte pertinente:

⁵ **OSTERLING PARODI**, Felipe, Estudio Preliminar de la Responsabilidad Civil Contractual, en Tratado de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual, Volumen I, Instituto Pacífico, Lima, 2015, página 51.

SEGUNDA : OBJETO DE ESTE CONTRATO

2.1 Por el presente Contrato , **LA SOCIEDAD CEDENTE** cede a favor de **EL ACCIONISTA CESIONARIO** todos sus derechos sobre las acreencias descritas en el numeral 1.3 de la primera cláusula que antecede, sin limitación alguna. En consecuencia, en mérito a la presente cesión de derechos **EL ACCIONISTA CESIONARIO** adquiere todos los derechos de **LA SOCIEDAD CEDENTE** en relación a las facturas impagadas por **S/. 54,777.74** y **S/. 33,240.00** a cargo del **GOBIERNO REGIONAL DE CUSCO**, en el estado en que se encuentren y asume su posición de titular del derecho para ejercitar las acciones legales a fin de recuperar las citadas acreencias, tanto el principal como los intereses devengados y por devengarse , así como los gastos y costas que pudieran derivarse de las respectivas cobranzas .

2.2 **LA SOCIEDAD CEDENTE** y **EL ACCIONISTA CESIONARIO** declaran expresamente que la cesión de derechos de las acreencias indicadas en el numeral que antecede se efectúa en calidad de Distribución del Haber

Objeto de la Cesión de Derechos celebrada entre el CONTRATISTA y los CESIONARIOS del contrato celebrado el **10 de marzo de 2021**.

157. De lo antes señalado se advierte que el **CONTRATISTA** habría cedido su posición de titular de derecho para ejercer acciones legales a los **CESIONARIOS**, por lo que corresponde declarar **IMPROCEDENTE** lo solicitado en el Segundo punto controvertido (Derivado de la Tercera Pretensión Principal de la demanda) debiéndose continuar ahora con los argumentos vertidos por los **CESIONARIOS** en el marco del Quinto punto controvertido (Derivado de la Segunda Pretensión Principal del escrito presentado por los **CESIONARIOS**).
158. Los **CESIONARIOS** al sustentar su pretensión indemnizatoria si bien ha desarrollado la fundamentación de forma similar al **CONTRATISTA** respecto de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil, únicamente sostiene que el incumplimiento de pago por parte de la **ENTIDAD**, le ha generado un perjuicio económico por la indebida aplicación de penalidad.
159. En tal sentido, los **CESIONARIOS** se encontrarían solicitando que la **ENTIDAD** les realice el pago de la suma de **S/ 30,000.00** por daños y perjuicios, más los intereses legales que correspondan hasta la fecha efectiva del pago.
160. Que, este Arbitro Único señala que la normativa de contrataciones no contempla regulación sobre la indemnización de daños y perjuicios derivados por la responsabilidad contractual causada por la inejecución de obligaciones, por lo que al no existir disposiciones normativas en las normas de derecho público corresponde utilizar las reglas contempladas en el Código Civil sobre responsabilidad contractual en inejecución de obligaciones.
161. Sobre el primer requisito de antijuricidad o conducta antijurídica se entiende como aquella conducta que trasgrede una norma prohibitiva o impositiva; se entiende que es una conducta contra ius o contraria al ordenamiento jurídico en su totalidad “en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha

sido construido el sistema jurídico.”⁶ Es pues, una conducta que no es amparada por el ordenamiento jurídico.

- 162.** De la fundamentación de los **CESIONARIOS**, se desprende que ésta considera como conducta antijurídica la interposición de una penalidad mal aplicada por parte de la **ENTIDAD**. Por tanto, a criterio de este Árbitro Único se encuentra acreditado el primer requisito mencionado.
- 163.** Sobre el daño, los **CESIONARIOS** alegan que el monto de S/. 30,000.00 (Treinta mil con 00/100 soles), es originado de los intereses devengados, y además de las ganancias que se esperaba, los cuales son comprendidos como aquellos gastos razonables y objetivos que se deben recibir como consecuencia del monto retenido por la penalidad.
- 164.** Este Árbitro Único considera en el presente caso que no es suficiente con indicar que la **ENTIDAD** habría causado el daño. Es necesario que los **CESIONARIOS** hubiesen precisado cómo se materializaba este daño mencionado, ello es importante para conocer la forma y el criterio usado para llevar a cabo el cálculo de la indemnización que se está solicitando.
- 165.** El daño es uno de los principales elementos de la responsabilidad civil, por lo que este debe ser cierto y debidamente probado.
- 166.** Al respecto, **ESCOBAR** define al daño de acuerdo con los siguientes términos:
- “significa todo detimento, menoscabo o perjuicio que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona en sus bienes espirituales, corporales o patrimoniales, sin importar que la causa sea un hecho humano, inferido por la propia víctima o por un tercero, o que la causa sea un hecho de la naturaleza”⁷.
- 167.** Asimismo, de la revisión de la documentación presentada por los **CESIONARIOS**, no se aprecia ningún documento que acredite el cálculo llevado a cabo, que proyectaría la suma de S/ 30,000.00 (Treinta Mil con 00/100 soles) como monto de indemnización, ello se debe, a que el daño invocado no ha sido debidamente acreditado. En vista de ello, este Despacho considera que no es posible que se le reconozca monto alguno por indemnización por daños y perjuicios, así como los intereses reclamados por dicho concepto.
- 168.** Por todo lo antes señalado este Despacho considera que corresponde declarar **INFUNDADO** el quinto punto controvertido, derivado de la segunda pretensión principal del escrito presentado por los **CESIONARIOS**.

⁶ Casación 2467-2016-La Libertad.

⁷ **ESCOBAR** (1989, p. 165), “Sobre la responsabilidad y su relación con el daño y los perjuicios” páginas: 106-115.

Extraído de: <https://revistas.usantotomas.edu.co/index.php/viei/article/view/3754/3716>

Análisis del Tercer Punto Controvertido y el Sexto Punto Controvertido. -

Tercer punto controvertido (Derivado de la Cuarta Pretensión Principal de la demanda): Determinar si corresponde o no ordenar que el GOREC pague a favor de EMCOPESAC los costos del proceso arbitral que involucran el pago de los gastos arbitrales que genere el presente procedimiento arbitral, tales como honorario del árbitro único, gastos administrativos del centro de arbitraje y los honorarios de defensa legal, más sus respectivos intereses legales.

Sexto punto controvertido (Derivado de la Tercera Pretensión Principal del escrito presentado por los CESIONARIOS): Determinar si corresponde o no ordenar que el GORE CUSCO asuma el pago de los gastos arbitrales que genere el presente procedimiento arbitral, tales como honorario del árbitro único, gastos administrativos del centro de arbitraje y los honorarios de defensa legal, más sus respectivos intereses legales.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

169. En este punto corresponde determinar quién debe asumir el pago de los costos, costas y gastos arbitrales que genere el presente proceso arbitral.
170. Conforme lo dispone el numeral 2) del artículo 56 de la Ley de Arbitraje, el Árbitro Único se pronunciará en el presente Laudo Arbitral sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73 de dicho cuerpo normativo.
171. Asimismo, el Árbitro Único se pronunciará sobre los costos derivados del presente proceso arbitral, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 70° y 73° de la Ley de Arbitraje.
172. En atención a ello, **DE TRAZEGNIES**, comentando el artículo 70° de la Ley de Arbitraje, señala:

“Los costos del arbitraje pueden ser clasificados en dos grandes categorías generales. En primer lugar, los costos del procedimiento arbitral o los costos del arbitraje ‘propiamente dichos’. Estos incluyen los honorarios y gastos de los árbitros, los costos administrativos de la institución arbitral u honorarios del secretario, los costos de la Entidad nominadora, si la hubiera, y los costos de los peritos designados de oficio por el tribunal arbitral. En segundo lugar, pueden identificarse los gastos de defensa de las partes, es decir, los gastos en que cada parte tuvo que incurrir para presentar su caso ante el tribunal arbitral. Mediante este listado, el artículo 70° ha incorporado como costos del arbitraje, sujetos a las reglas contenidas en el artículo 73°, a ambas categorías. Los conceptos contemplados en los incisos (a) (b) (c) y (d) constituyen costos del procedimiento arbitral o costos del arbitraje”

'propriamente dichos', mientras que el inciso (e) se refiere a los gastos de defensa incurridos por las partes (...)"⁸

173. De la liquidación de gastos arbitrales se advierte que los montos arrojan los siguientes conceptos:

- a. Mediante Liquidación de Gastos Arbitrales de fecha **18 de octubre de 2021**, notificada en fecha **22 de octubre de 2021**, se establecieron los siguientes gastos arbitrales:

Concepto	Monto
Honorarios del Árbitro Único	S/. 6,500 neto más impuestos de ley
Gastos Administrativos del Centro	S/. 6,732.00 más IGV.

- b. Al respecto, correspondía que cada parte asuma el 50% de los montos indicados anteriormente, siendo que el **CONTRATISTA** asumió el pago de la totalidad de los gastos arbitrales tanto en la parte que le correspondía como en subrogación de su contraparte⁹
- c. De otra parte, mediante Reliquidación de Gastos Arbitrales de fecha **30 de noviembre de 2023**, se establecieron los siguientes gastos arbitrales adicionales:

Honorarios del Árbitro Único	S/. 4,408.00 neto más impuestos de Ley.
Tasa administrativa del Centro	S/. 3,219.00 más IGV.

- d. Al respecto, correspondía que cada parte asuma el 50% de los montos indicados anteriormente, siendo que los **CESIONARIOS** asumieron el pago de la totalidad de los gastos arbitrales tanto en la parte que le correspondía como en subrogación de su contraparte conforme a su escrito de fecha **13 de diciembre de 2023**.

174. Que, de lo informado por la Secretaría Arbitral se informa que la **ENTIDAD** no asumió el pago de los gastos arbitrales ni la reliquidación de los gastos arbitrales siendo el **CONTRATISTAS** y los **CESIONARIOS** los encargados de asumir en cada oportunidad los costos del presente arbitraje.

⁸ **DE TRAZEGNIES, Carolina.** "Comentario al artículo 70 de la Ley Peruana de Arbitraje". En: Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Soto Coaguila, Carlos Alberto y Bullard González Alfredo (Coordinadores). Tomo II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2010. P. 788

⁹ Es pertinente señalar que este Despacho cuando asumió la función de árbitro se estableció como su honorario la suma de S/ 5,200.00 que equivale al 80% del honorario liquidado conforme se informó a las partes conforme a la Comunicación N° 24 de fecha 24 de febrero de 2023.

175. En la revisión de la controversia suscitada entre las partes, este Despacho ha encontrado que la **ENTIDAD** indebidamente aplicó penalidades al pago y esto motivó la realización del presente procedimiento arbitral; por tanto, es justo que dicha parte asuma el pago del total de los costos del proceso, únicamente en lo referido a honorarios del Árbitro Único y los gastos administrativos del Centro.
176. Por lo tanto, en posición de este Árbitro Único, es la **ENTIDAD** quién debe de asumir la totalidad de los gastos administrativos del Centro y la totalidad de los honorarios arbitrales del Árbitro Único que han sido determinados en el presente arbitraje.
177. El Árbitro Único considera determinar cómo costos del arbitraje, el honorario que el Árbitro ha recibido, así como los gastos de administración del arbitraje, los mismos que fueron determinados por el Centro, conforme se detalla a continuación:

Concepto	Monto
Honorarios del Árbitro Único	S/. 10, 908.00 neto más impuesto de ley.
Tasa administrativa del Centro	S/. 9, 951 + IGV.

(Cuadro elaborado por el Centro de Arbitraje)

178. Cabe precisar que, fuera de los conceptos arriba señalados, cada parte deberá asumir directamente los gastos en los que haya incurrido, tales como los gastos correspondientes a honorarios profesionales de los abogados y/o expertos, así como a todo otro gasto en general, por lo que el Árbitro Único dispone que cada una de las partes, asuma los gastos de su respectiva defensa legal.
179. Por todo lo expuesto, con respecto al Tercer punto controvertido derivado de la Cuarta Pretensión Principal de la demanda corresponde declarar **FUNDADA EN PARTE**, en el extremo de los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral del Centro, que deberán ser devueltos por la **ENTIDAD** al **CONTRATISTA** en la proporción de lo pagado en el proceso a excepción de los pagos que realizaron los **CESIONARIOS** a consecuencia de la reliquidación de los gastos arbitrales.
180. Por todo lo expuesto, con respecto al sexto punto controvertido derivado de la Tercera Pretensión Principal del escrito presentado por los **CESIONARIOS** corresponde declarar **FUNDADA EN PARTE**, en el extremo de los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral del Centro, que deberán ser devueltos por la **ENTIDAD** a los **CESIONARIOS** en la proporción de lo pagado en el proceso.

VII. DE LA PRUEBA ACTUADA Y DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

181. Que, el Árbitro Único deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes. Asimismo, se deja constancia de que se ha

examinado las pruebas presentadas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y el principio de libre valoración de la prueba, recogido en el Decreto Legislativo N.º 1071, que regula el Arbitraje. Finalmente, deja constancia de que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes pudieran no haber sido expresamente citados en el presente laudo.

- 182.** De igual manera, el Árbitro Único deja constancia que el presente Laudo Arbitral cumple con lo dispuesto en el artículo 56º de la Ley de Arbitraje que señala que todo laudo debe ser motivado.

Por los fundamentos expuestos, este Arbitro Único **LAUDA**:

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE el PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO por los motivos expuestos en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE el SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO, por los motivos expuestos en la parte considerativa de la presente decisión.

TERCERO: DECLARAR FUNDADO EN PARTE el TERCER PUNTO CONTROVERTIDO por los motivos expuestos en la parte considerativa de la presente decisión, debiendo la **ENTIDAD** reembolsar al **CONTRATISTA** la totalidad de los gastos administrativos del Centro y la totalidad de los honorarios arbitrales del Árbitro Único a excepción de los de los pagos que realizaron los **CESIONARIOS** a consecuencia de la reliquidación de los gastos arbitrales durante el proceso arbitral.

CUARTO: DECLARAR FUNDADO EN PARTE el CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO por los motivos expuestos en la parte considerativa de la presente decisión, debiendo la **ENTIDAD** devolver el monto de S/. 33,240.00 (Treinta y tres Mil doscientos cuarenta y 00/100 Soles) a favor de los **CESIONARIOS** de EMCOPESAC correspondiente a la retención de la factura N° 001-01055611; sin los intereses legales generados desde la fecha en que se debió realizar el pago íntegro de la mencionada factura hasta la fecha efectiva de su pago.

QUINTO: DECLARAR INFUNDADO el QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO, por los motivos expuestos en la parte considerativa de la presente decisión.

SEXTO: DECLARAR FUNDADO EN PARTE el SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO por los motivos expuestos en la parte considerativa de la presente decisión, debiendo la **ENTIDAD** reembolsar a los **CESIONARIOS** la totalidad de los gastos administrativos del Centro y la totalidad de los honorarios arbitrales del Árbitro Único a excepción de los de los pagos que realizaron el **CONTRATISTA** hasta antes de la realización de la reliquidación de los gastos arbitrales durante el proceso arbitral.

SETIMO: El presente Laudo es inapelable y tiene carácter vinculante e imperativo para las partes; en consecuencia, una vez firmado, notifíquese, para su

cumplimiento, con arreglo a lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado y el Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.



JOSÉ RODRIGO ROSALES RODRIGO
ÁRBITRO ÚNICO