

Lima, 05 de diciembre de 2019

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

EXPEDIENTE ARBITRAL N° 034-2017-SNA/OSCE

Demandante:

Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L.

En adelante el **DEMANDANTE**, el **CONTRATISTA** o la **EMPRESA**

Demandado:

Electro Sur Este S.A.A.

En adelante el **DEMANDADO**, la **ENTIDAD** o **ELECTRO SUR ESTE**

Árbitro Único:

Dr. Carlos Alberto Matheus López

RESOLUCIÓN N° 15

Lima, 05 de diciembre de 2019.-

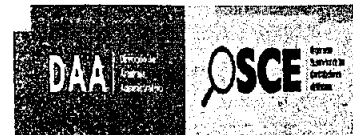
VISTOS:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 02 de octubre de 2015, se suscribió el Contrato N° 406-2015¹ derivado del Concurso Público N° CP-003-2015-ELSE para la prestación del servicio denominado: *"Contrato del Servicio de Lectura de Medidores, Reparto de Recibos y Otros: Vilcanota y la Convención 2015-2017 – Ítem 02"*, entre la empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. y Electro Sur Este S.A.A.

La Cláusula Trigésimo Primera del Contrato establece lo siguiente:

¹ Ver Medio Probatorio "1." del escrito de Demanda de fecha 01 de febrero de 2017.



Exp. N° S 034-2017 -SNA/OSCE

"Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 176°, 177° y 181° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir a arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En caso no se solucione la controversia en conciliación se acuerda la siguiente cláusula arbitral:

"Todos los conflictos que deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado, bajo la organización y administración de los órganos del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y de acuerdo con su Reglamento".

El Laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia".

11.
Como consecuencia de las controversias relacionadas con la aplicación de las penalidades por supuestos incumplimiento de obligaciones a cargo de la empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L., correspondientes al servicio de lectura de medidores, reparto de recibos y otros encargado por la empresa Electro Sur Este S.A.A., en cumplimiento de lo establecido en el Contrato N° 406-2015 para la contratación del servicio denominado: "Contrato del servicio de lectura de medidores, reparto de medidores y otros: Vilcanota y la Convención 2015-2017 - Ítem 02 "; la empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. procedió a remitir al Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado – OSCE la correspondiente demanda arbitral, en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada Cláusula Trigésimo Primera del Contrato.

Por otro lado, en virtud a lo establecido en el Artículo 216° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado mediante el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, el presente arbitraje será Nacional y de Derecho.

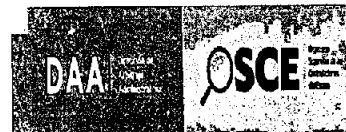
Asimismo, en el convenio arbitral se pactó que el laudo arbitral del presente proceso será vinculante para las partes, siendo definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia².

II. DESARROLLO DEL PROCESO

A. Actuación Preliminar del Tribunal Arbitral

1. Con fecha 01 de febrero de 2017, la EMPRESA presentó su escrito de demanda arbitral ante la secretaria del SNA - OSCE. Dicho escrito fue puesto en conocimiento de la ENTIDAD, a fin de que en el plazo de quince (15) días hábiles de notificada cumpla con contestarla.
2. La ENTIDAD mediante escrito de fecha 23 de marzo de 2017, contestó la demanda de fecha 01 de febrero de 2017, negándola en todos sus extremos y solicitando que la misma sea declarada infundada. Dicho escrito de contestación de demanda fue puesto en conocimiento de la EMPRESA.
3. Asimismo, debe precisarse que, para dirimir la presente controversia, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE mediante Resolución N°049-2017-OSCE/DAR de fecha 18 de setiembre de 2017, designó al doctor Carlos Alberto Matheus López en calidad de Árbitro Único.
4. Ante la designación realizada, el Árbitro Único aceptó el cargo encomendado en el presente proceso, así como también expresó su compromiso en desempeñar dicho

² Ver Cláusula Trigésimo Primera del Contrato ubicada en el Medio Probatorio "1." del escrito de Demanda de fecha 01 de febrero de 2017.



Exp. N° S 034-2017 – SNA/OSCE

cargo con absoluta imparcialidad, autonomía e independencia. Además, manifestó que no se encuentra incurso en impedimentos para el ejercicio del cargo de árbitro, ni tampoco posee relaciones, vínculos o compromisos con alguna de las partes involucradas.

5. Posteriormente, se citó a las partes y al Árbitro Único a la Audiencia de Instalación, a fin de que se proceda a instalar el Tribunal Arbitral Unipersonal el día jueves 30 de noviembre de 2017 a horas 10:00 a.m., en la sede institucional del Centro de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, ubicada en Av. Gregorio Escobedo Cdra. 7 s/n, Edificio “El Regidor” N° 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María y en la Oficina Desconcentrada del OSCE en la ciudad de Cusco.
6. Conforme a dicha citación, en el día y hora fijados para ello, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación por videoconferencia la cual, se desarrolló en la sede institucional del Centro de Arbitraje del OSCE desde la ciudad de Lima con la presencia del Dr. Carlos Alberto Matheus López, en calidad de Árbitro Único y por su parte, en mismo tiempo virtual en la Oficina Desconcentrada del OSCE de la ciudad de Cusco, contándose con la presencia de las partes, con el propósito de instalar el Tribunal Arbitral Unipersonal que se encargará de resolver la presente controversia.
7. Mediante Resolución N° 07 de fecha 12 de octubre de 2018, se citó a las partes a la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios por videoconferencia, para el día viernes 16 de noviembre de 2018 a las 11:00 a.m., en la sede institucional del Centro de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, ubicada en Av. Gregorio Escobedo Cdra. 7 s/n, Edificio “El Regidor” N° 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María y en la Oficina Desconcentrada del OSCE en la ciudad de Cusco, a efectos de: (i) Determinar las cuestiones que serán materia de pronunciamiento del Árbitro Único; (ii) Admitir o rechazar los medios probatorios ofrecidos por las partes; y (iii) Disponer, de estimarlo conveniente, la

realización de una o más audiencias referidas a las cuestiones que serán materia de pronunciamiento por el Árbitro Único.

8. Conforme a dicha citación, en el día y hora fijados para ello, se llevó a cabo la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios con la asistencia del Árbitro Único desde la ciudad de Lima y las partes desde la ciudad del Cusco, no pudiendo arribarse a una conciliación entre éstas últimas. Acto seguido, se procedió a fijar los puntos controvertidos materia del presente arbitraje, los cuáles fueron identificados de la siguiente manera:

- **De la Demanda presentada por la empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. el 01 de febrero de 2017:**

- 14.
- i) **Primer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que se declare que en la aplicación de otras penalidades debe prevalecer los criterios de objetividad, razonabilidad y congruencia conforme a lo dispuesto por el Artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
 - ii) **Segundo Punto Controvertido:** En caso se declare infundado el punto i) precedente, determinar si corresponde o no que se declare nula e ineficaz la aplicación de otras penalidades establecida en la Resolución N° G-437-2016 de fecha 18 de setiembre del 2016, cuyo porcentaje aplicado fue de 15, 63%, por lo que, además se solicita se efectué su devolución del monto ascendente a S/. 230,689.97 nuevos soles.
 - iii) **Tercer Punto Controvertido:** En caso se declare fundado el punto i) precedente, determinar si corresponde o no que se devuelva el monto retenido por la Entidad toda vez que la aplicación de otras penalidades sólo es del 10% del monto del contrato.
 - iv) **Cuarto Punto Controvertido:** En caso se declare infundado el punto i) precedente, determinar si corresponde o no que se revoque la resolución del



Contrato N° 406-2015 "Contrato de Lectura de medidores, reparto de recibos y otros: Vilcanota y la convención 2015-2017-ITM 02" notificado en la Carta notarial S/N que contiene la Resolución N° G-437-2016 de fecha 18 de setiembre de 2016, por ser invalida e ineficaz.

- v) **Quinto Punto Controvertido:** En caso se declare infundado el punto i) precedente, determinar si corresponde o no que se ordene a la Entidad devolver el monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento que fue entregado vía retención cuyo monto asciende a S/. 141,370.90.
- vi) **Sexto Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que se declare que la Entidad ha causado daños y perjuicios por haber retenido montos de manera indebida.
- vii) **Séptimo Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que se declare y ordene a la Entidad que devuelva el monto de las costas y costos.

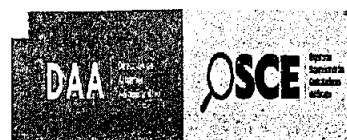
9. Asimismo, en la mencionada Audiencia, se admitieron los medios probatorios descritos de la siguiente manera:

De la parte Demandante:

Se admitieron todos los medios probatorios ofrecidos por la EMPRESA en su escrito de Demanda Arbitral de fecha 01 de febrero de 2017, incluidos en el acápite denominado: "MEDIOS PROBATORIOS" de dicho escrito de demanda e identificados con los numerales que van del numeral 1) al numeral 5).

De la parte Demandada:

Se admitieron todos los medios probatorios ofrecidos por la ENTIDAD en su escrito de Contestación de Demanda de fecha 24 de marzo de 2017, incluidos en el acápite denominado: "A. Documentos que acreditan la Caducidad de las pretensiones contenidas en la demanda", numerales que van del numeral 1) al numeral 4) y en el



acápite denominado: “B. Documentos que acreditan que la Demanda es INFUNDADA en todos sus extremos”, numerales que van del numeral 5) al numeral 17) de dicho escrito.

10. Adicionalmente, en la referida diligencia se otorgó a la ENTIDAD un plazo de veinte (20) días hábiles, contados a partir del día siguiente de notificada el Acta, a fin de que presente los siguientes documentos:

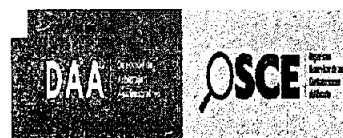
- Tres (3) copias certificadas o fedateadas de las penalidades debidamente acreditadas.
- Tres (3) copias certificadas o fedateadas del contrato celebrado con la empresa ICEMA que efectúa las labores del contrato resuelto con el Contratista.
- Tres (3) copias certificadas o fedateadas del documento mediante el cual se comunicó la resolución del contrato al Contratista.
- Tres (3) copias certificadas o fedateadas de las notificaciones de las penalidades aplicadas al Contratista en los meses de diciembre de 2015; enero a abril de 2016 y junio de 2016, con el cargo de recepción visible.

11. Es así que, mediante escrito de fecha 14 de diciembre de 2018, la ENTIDAD cumple con remitir los documentos solicitados por el Árbitro Único, corriéndose traslado de los mismos a la EMPRESA a través de la Resolución N° 09 de fecha 19 de febrero de 2019, para que en un plazo de cinco (5) días hábiles de notificada cumpla con manifestar lo conveniente a su derecho.

12. Dentro del plazo establecido, la EMPRESA mediante escrito de fecha 04 de marzo de 2019, expresa que la documentación alcanzada -materia de exhibición- por su contraparte no habría sido presentada de manera completa y pertinente, pues habría documentación pendiente de presentación; razón por la cual, mediante Resolución N° 10 de fecha 19 de marzo de 2019, se requirió a la ENTIDAD que en un plazo de cinco (5) días hábiles de notificada, subsane las observaciones realizadas o manifieste lo conveniente a su derecho respecto a lo indicado por su contraparte en relación a la documentación presentada materia de exhibición; bajo apercibimiento de que, en caso de incumplimiento se tenga presente su conducta procesal.



13. Con escrito de fecha 03 de abril del 2019, la ENTIDAD cumplió con el requerimiento efectuado mediante Resolución N° 10 de fecha 19 de marzo de 2019, manifestando lo conveniente a su derecho y, anexando la Resolución N° 008-2019-OS/TASTEM-S1 que respaldaría sus argumentaciones.
14. Frente a dicho escrito, se expidió la Resolución N° 11 de fecha 15 de abril de 2019, teniéndose por presentado el mismo y por absuelto el requerimiento realizado. Asimismo, en dicha resolución se precisó que la ENTIDAD ha cumplido satisfactoriamente con exhibir la documentación solicitada, motivo por el que, se debe tener por cumplido el requerimiento efectuado por este Árbitro Único en la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 16 de noviembre de 2018, procediéndose con ello, a admitir los medios probatorios presentado por la ENTIDAD mediante escrito de fecha 14 de diciembre de 2018.
15. De otro lado, con escritos de fechas 07 y 23 de mayo de 2019, la EMPRESA manifiesta lo conveniente a su derecho sobre la defensa de su representada en el proceso, es así que, mediante Resolución N° 12 de fecha 28 de junio de 2019, se tuvieron por presentados los mismos para los fines pertinentes. Asimismo, en dicha resolución se otorgó a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles para la presentación de sus alegatos escritos y se citó a éstas a la Audiencia de Informes Orales, la cual se realizaría el día viernes 16 de agosto de 2019 en la sede institucional del Centro de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, ubicada en Av. Gregorio Escobedo Cdra. 7 s/n, Edificio “El Regidor” N° 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima.
16. Mediante Resolución N° 13 de fecha 28 de agosto de 2019, se dejó constancia que la EMPRESA y la ENTIDAD cumplieron con presentar sus alegatos a través de sus escritos de fechas 01 y 06 de agosto de 2019, y se reprogramó la Audiencia de Informes Orales, la cual se realizaría el día viernes 20 de setiembre de 2019 en la sede institucional del Centro de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, ubicada en Av. Gregorio Escobedo Cdra. 7 s/n,



Edificio "El Regidor" N° 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima.

17. En la fecha y hora programada, vía videoconferencia en la sede institucional del OSCE de Lima y de Cusco se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la presencia del Árbitro Único y las partes, diligencia en la cual, se otorgó el uso de la palabra a las partes para que expongan sus alegaciones finales ante el Árbitro Único, realizando éste las preguntas pertinentes, las mismas que fueron respondidas por éstas.
18. Finalmente, mediante Resolución N° 14 de fecha 23 de octubre de 2019, se fijó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles contado a partir del día siguiente de notificada dicha Resolución, el cual se prorrogará automáticamente -sin necesidad de resolución previa- por otros quince (15) días adicionales, conforme a lo señalado en el numeral 8.3.23 de la Directiva N° 024-2016-OSCE/CD – "Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del OSCE".

III. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

III.1.- CUESTIONES PRELIMINARES

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

- 14.
- (i) Que, el Árbitro Único se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes, habiendo sido designado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, mediante Resolución N°049-2017-OSCE/DAR de fecha 18 de setiembre de 2017.
 - (ii) Que, en ningún momento se recusó al Árbitro Único, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.



- (iii) Que, la empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- (iv) Que, la empresa Electro Sur Este S.A.A. fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, habiendo cumplido con presentar su contestación de demanda dentro de los plazos correspondientes.
- (v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como también tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Árbitro Único, lo que sucedió a través de la Audiencia de Informes Orales.
- (vi) Que, el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos establecidos en las reglas del proceso, los cuales fueron aceptados por las partes.

III.2.- MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 16 de noviembre de 2018, corresponde al Árbitro Único resolver la presente controversia en base a los puntos controvertidos fijados en este caso.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos, teniendo en cuenta el mérito de las pruebas aportadas al proceso, para determinar en base a la valoración conjunta de ellas, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta en relación a las pruebas aportadas al arbitraje, que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en

contra de los intereses de la parte que las ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio, la cual establece que:

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

El Árbitro Único deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que este 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.

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

11. **1. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:**

"Determinar si corresponde o no que se declare que en la aplicación de otras penalidades debe prevalecer los criterios de objetividad, razonabilidad y

³ TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén "Medios Probatorios en el Proceso Civil", Editorial Rodhas, Lima, 1994, pág. 35.

congruencia conforme a lo dispuesto por el Artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado”.

1.1 POSICIÓN DE LA EMPRESA:

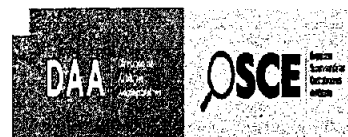
La empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. ampara sus pedidos en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

La demandante expresa que su contraparte ha señalado el tipo de incumplimiento, monto y porcentaje, sin embargo las ha aplicado de manera automática, vulnerando el derecho de defensa (descargo) que tuvo su representada, establecido en el numeral 21) de las PENALIDADES Y SANCIONES del CAPITULO III: TÉRMINOS DE REFERENCIA Y REQUERIMIENTOS TÉCNICOS MINIMOS y el literal b) del numeral 3.3 Anexo N° 02-TR de las siguientes actividades: LECTURA DE MEDIDOR CLIENTES COMUNES Y CLIENTES MAYORES, REPARTO DE RECIBOS DE CLIENTES.

Teniendo claro ello, también refiere que el objeto del Contrato es la lectura, reparto y cobranza de recibos comunes y mayores. Siendo así, de la aplicación de penalidades efectuadas por la ENTIDAD, no se aprecia el tipo de clientes afectados (mayores o comunes), toda vez que no se alcanzó la relación o listado de tales clientes, de tal forma que su representada pueda efectuar el descargo correspondiente de la infracción cometida, dentro del plazo otorgado en las bases (24 horas – literal h) y j) 2 días del numeral 21 de las bases).

Las penalidades del mes de febrero de marzo, la ENTIDAD ha aplicado dos penalidades sin considerar que sólo se debe penalizar por aquella que tenga la multa más alta, existiendo duplicidad de penalidades hecho totalmente proscrito por las bases integradas (literal g) del numeral 21 de las bases), así por ejemplo: la penalidad del mes de febrero que:

Ítem 20) por lecturas efectuadas fuera del cronograma p.c.; duplicándose por el ítem 21) por retraso en el sistema SIELSE de las lecturas información fuera de los plazos establecidos. Toda vez que la conducta infraccionada *"es que no se efectuó la lectura a tiempo lo que trae como consecuencia que el retraso en el sistema SIELSE"*, tan es



cierta dicha aseveración que la cantidad de usuarios detectados para ambas infracciones es 1150 conforme consta del cuadro de penalidades y sanciones del mes febrero 2015.

En la penalidad del mes de marzo se evidencia lo mismo, conforme se puede ver del ítem 20 y 23 como se observa la entidad vulnera su propio procedimiento de penalización, toda vez que sanciona con multa dos conductas que encajan en una misma infracción.

De ambas penalidades, añade que es posible demostrar que la ENTIDAD no ha cumplido con hacer conocer a su representada sobre los resultados y observaciones posibles, solicitando el levantamiento correspondiente (literal c) del numeral 3.3 Anexo N° 02-TR de las siguientes actividades: LECTURA DE MEDIDOR CLIENTES COMUNES Y CLIENTES MAYORES, REPARTO DE RECIBOS DE CLIENTES).

Ante tal incumplimiento, su representada se vio en la necesidad de requerir de manera verbal y escrita a la ENTIDAD que les alcancen los productos no conformes de tal manera que puedan hacer el descargo correspondiente, ello se acredita con las Cartas de fecha 08 de febrero de 2016, 12 de mayo de 2016 y 27 de mayo de 2016 donde solicitan que se entreguen los productos no conformes, a los cuales la ENTIDAD hizo caso omiso.

Aunado a ello, su contraria no ha considerado el descargo de las penalidades que se presentó a las refacturaciones mediante Carta de fecha 09 de agosto de 2016 toda vez que de la resolución de contrato se lee que se han aplicado sin ningún criterio todas las penalidades mes a mes.

4. Asimismo, pone en conocimiento que las penalidades del mes de Abril (comunicadas mediante Oficio N° CQ-175-2016 ELECTRO SUR ESTE S.A.A.) fueron sometidas a conciliación (21 de julio de 2016) y su representada presento el desistimiento, toda vez que se acordó con la ENTIDAD la solución mediante reconsideración.

Para acreditar lo indicado, añade que con Carta N° 005-CAZS-2016 de fecha 27 de julio de 2016 solicitó reconsideración a las penalidades impuestas en el mes de abril, asimismo mediante Carta de fecha 22 de agosto de 2016, solicitó reconsideración a las penalidades impuestas en el mes de julio.

La ENTIDAD mediante Oficio N° OF-CQ-249-2016 de fecha 29 de setiembre de 2016, señaló a su representada que confirmaba la aplicación de las penalidades expresando que no existió ningún error, siendo su proceder de mala fe, pues este fue el principal motivo de la resolución de Contrato. Sin embargo, su representada procedió nuevamente a solicitar reconsideración de penalidades el 30 de setiembre de 2016 mediante Carta N° 0010-CAZS-2016.

En tal sentido, la ENTIDAD no ha explicado al aplicar las penalidades, las razones de su aplicación de dichas penalidades, mucho menos se explicó su causal ya que no señaló si se trataba de clientes comunes o mayores y a que clientes era, menos se otorgó un plazo para efectuar el descargo de la aplicación de tales penalidades, vulnerándose con ello, el derecho al debido proceso que tuvo su representada, toda vez que:

- Se le negó conocer cuáles eran las penalidades impuestas y su monto.
- Se le negó a conocer cuáles eran los supuestos clientes afectados (solo se detalla un número).
- Se le negó a conocer las razones de la imposición de penalidades.
- Se le negó efectuar el descargo correspondiente.
- Se le aplicó las penalidades al pago de las valorizaciones dejándole sin liquidez.

Por tales razones, la EMPRESA solicita se declare que en las "otras penalidades" impuestas por la ENTIDAD debe prevalecer el criterio de objetividad y deben ser aplicadas bajo los parámetros impuestos en las bases, ello en razón a lo taxativamente señalado en el Artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

1.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD:



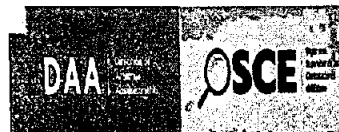
A continuación, se reseñan los fundamentos de hecho y de derecho a los que hace referencia la empresa Electro Sur Este S.A.A. respecto a este punto controvertido:

Sobre el particular la EMPRESA expresa que el Artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado está referido a que las penalidades que se contemplen en el Contrato, deben cumplir con esos parámetros y para ello, debieron estar consignados en las Bases del Proceso. Ello significa que, si los postores tienen alguna observación sobre la objetividad, razonabilidad o congruencia postores de las penalidades previstas, pueden formularlas en la etapa de observaciones del proceso, de manera que una vez que las bases quedan integradas, ya no cabe cuestionamiento sobre las Bases.

Asimismo, añade que la pretensión tal como está planteada es infundada, pues no es jurídicamente posible que en esta etapa -cuando el Contrato ya se ha ejecutado e incluso resuelto- se incorpore un cuestionamiento sobre la aplicación del Artículo 166° del citado Reglamento; pues estas penalidades fueron conocidas por la EMPRESA desde el proceso de selección y han sido consentidas durante toda la ejecución del Contrato, este solo hecho determina que la pretensión de la demandante sea manifiestamente infundada.

Agrega que, si su contraparte tiene alguna discrepancia en relación a la ejecución del Contrato (aceptado, firmado, ejecutado) cualquier cuestionamiento tendría que estar sustentado en él, no en una norma que está prevista expresamente para el proceso de selección, pues se trata de una etapa que ha precluido en el momento en que las Bases quedaron integradas.

En relación al fundamento de hecho de la EMPRESA, ésta alega que durante los meses de diciembre de 2015 a octubre de 2016 se aplicaron las penalidades sin sustento alguno, sin embargo, no detalla cómo ni por que sostiene que las penalidades no han sido aplicadas de manera objetiva, el único cuestionamiento concreto es la penalidad referida a los meses de febrero y marzo de 2015, respecto de los cuales, sostiene que no se ha detallado el tipo de clientes, se ha aplicado dos penalidades por un mismo hecho y no ha sido notificada con las observaciones para que las subsane.



Sobre ello, la ENTIDAD indica que la demanda se encuentra vacía de fundamento jurídico y fáctico. Asimismo, expresa que la cláusula vigésimo séptima del Contrato establece un régimen de penalidades, infracciones y sanciones aplicable a la EMPRESA previsto en función de Unidades de Penalización (UP) que es el equivalente a 1% de la UIT, en ese régimen se detalla la tipificación de infracción, la forma en que se cuenta la infracción que se registra como unidad y la multa aplicable en UP.

Las penalidades aplicables a la EMPRESA están divididas en: (i) Aspectos generales; y, (ii) Lectura de medidores, reparto de recibos, cobranza y otros; como se puede advertir las conductas previstas en cada grupo, estuvieron previstas en cada grupo, estuvieron previstas desde las bases del proceso fueron conocidas por la EMPRESA desde la convocatoria del proceso y por tanto obligatoria.

El Artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que es posible incorporar penalidades objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria y que son independientemente de la penalidad por mora. Atendiendo a que: (i) El Contrato contempla una serie de prestaciones sustanciales que deben cumplirse de manera permanente durante la ejecución contractual; (ii) Existe una motivación concreta en la necesidad de garantizar el servicio y el cumplimiento del Contrato; y, (iii) Es congruente con la gestión comercial y con el objeto de la convocatoria las penalidades previstas desde las Bases cumplen con el referido Artículo 166°.

Finalmente, la ENTIDAD manifiesta que ni el proceso de selección, ni en la ejecución contractual, ni en este arbitraje, la EMPRESA ha señalado una conducta o penalidad que pueda ser contraria a lo previsto en el Artículo 166° de la Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

1.3 POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Para llevar a cabo el análisis del presente punto controvertido, es preciso hacer un recuento de los hechos relacionados de forma directa con la controversia, así como respecto a la suscripción del Contrato y la aplicación de las otras penalidades realizadas por la empresa Electro Sur Este S.A.A.

Así, esta controversia proviene del Contrato N° 406-2015 derivado del Concurso Público N° CP-003-2015-ELSE para la prestación del servicio denominado: *"Contrato del Servicio de Lectura de Medidores, Reparto de Recibos y Otros: Vilcanota y la Convención 2015-2017 – Ítem 02"*, celebrado entre la empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. y la empresa Electro Sur Este S.A.A. con fecha 02 de octubre de 2015.

El monto contractual asciende a la suma de S/. 1'696,451.02 (Un Millón Seiscientos Noventa y Seis Mil Cuatrocientos Cincuenta y Uno y 02/100 Soles), incluido el impuesto general a las ventas (IGV).

De lo establecido en la Cláusula Trigésimo Primera del Contrato N° 406-2015, se puede apreciar que todos los conflictos que se deriven durante la ejecución del mencionado Contrato, deberán solucionarse de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje administrativo de derecho.

Asimismo, debe precisarse que las condiciones, requisitos y obligaciones de las partes, se encuentran enmarcadas dentro de la Normatividad de Contrataciones con el Estado aplicable, esto es: i) La Ley de Contrataciones del Estado – Ley N° 29873, aprobado por D.L. N° 1071; ii) El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – D.S. N° 184-2008-EF y su modificatoria, D.S. N° 138-2012-EF; iii) Normativa Especial que resulte aplicable; iv) El Código Civil; y, v) Las demás normas de derecho privado.

14. Luego de haber establecido el marco legal mediante el cual se procederá a analizar las controversias surgidas, este Árbitro Único toma en cuenta que el Contrato celebrado ha sido suscrito por ambas partes; razón por la cual, se entiende que las cláusulas contenidas en el mismo son de conocimiento de ambas, no pudiendo actuar éstas, de forma contraria o no respetando los lineamientos que se han establecido de antemano en el mencionado Contrato N° 406-2015.

- **Caducidad alegada por la empresa Electro Sur Este S.A.A.**



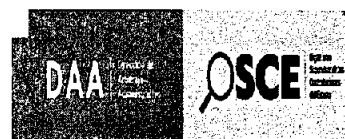
Previo a pasar al desarrollo del presente punto controvertido, se debe indicar que la ENTIDAD en su escrito de contestación de demanda no planteó formalmente una excepción de caducidad, únicamente la citó de manera referencial como parte de su posición, razón por la cual, la misma no fue considerada en el Acta de Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 16 de noviembre de 2018.

Sin perjuicio de ello, y a efectos de no vulnerar el derecho de las partes este Tribunal Arbitral Unipersonal verificará si la presente demanda deviene o no en caduca.

Al respecto, la demandada sustenta la caducidad de la demanda, en que la empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. fue notificada con la resolución de Contrato el 20 de octubre de 2016 y el procedimiento de conciliación concluyó el 28 de noviembre de 2016, por lo que, el plazo que tenía su contraparte para iniciar el arbitraje era hasta el 20 de diciembre de 2016, pues cualquier arbitraje iniciado con posterioridad a esa fecha, es caduco.

Ahora bien, a efectos de verificar si efectivamente los efectos de la caducidad se han activado o no, corresponde tener presente lo que establece la doctrina sobre la caducidad, definiéndola como:

"aquella institución del derecho material referida a actos, instituciones o derechos, siendo en este último caso de uso más común e interesante para el proceso. Asimismo, agrega que se caracteriza porque se extingue el derecho material como consecuencia del transcurso del tiempo. En ese sentido, si se ha interpuesto una demanda cuya pretensión está sustentada en un derecho que ha venido en caduco, entonces en estricto la pretensión no tiene fundamento jurídico, por lo que ya no puede ser intentada. Esta situación es tan categórica para el proceso que el Código Civil le concede al juez el derecho de declarar la caducidad y la consecuente improcedencia de



la demanda si aparece del sólo examen de ésta al momento de su calificación inicial”⁴.

Respecto a esta figura, debemos recordar que la misma es una institución jurídica que se encuentra regulada en los Artículos 2003° al 2007° del Código Civil, no existiendo regulación expresa sobre ella, ni en la Ley de Contrataciones con el Estado, ni en su Reglamento. Así tenemos entonces que, conforme al Código Sustantivo, la caducidad tiene por efecto extinguir un derecho y con ello la acción relacionada con el mismo.

En tal forma, vemos que la caducidad es una institución que busca mantener la seguridad jurídica velando por el interés colectivo, y porque los intereses individuales no perjudiquen a los colectivos. Es por esa razón, que el Artículo 2004° del Código Civil, ha establecido el principio de legalidad en relación con los plazos de caducidad, con la finalidad que no se haga un uso abusivo de la misma.

Asimismo, dicho artículo establece que:

“Artículo 2004°.- Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario”⁵.

De lo expuesto, se puede apreciar que la caducidad sólo puede estar contemplada en una norma con rango de ley.

Acorde con el razonamiento anterior, es importante recordar lo indicado por el Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, el cual nos señala que:

“Artículo IX.- Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”.

⁴ MONROY GÁLVEZ, Juan “El Proceso Civil en un Libro sobre Prescripción y Caducidad” en *Thémis - Revista de Derecho*, N° 10, Lima, 1988, págs. 24-28.

⁵ El sombreado y subrayado es nuestro.

Por lo antes mencionado, queda claramente establecido que el Código Civil determina y fija que los plazos de caducidad se establecen por ley y que sus disposiciones resultan de aplicación supletoria a las disposiciones establecidas en la normativa relacionada con las contrataciones estatales.

En base a ello, el Árbitro Único es de la opinión que el establecimiento de la institución de la caducidad dentro de cualquier norma de carácter especial debe respetar los elementos establecidos por el ordenamiento jurídico general, razón por la cual es necesario ahora precisar lo que establece el numeral 52.2 del Artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado:

“Artículo 52°.- Solución de controversias

(...)

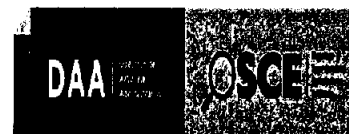
52.2. Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato⁶.

Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento (...).”

De lo establecido en la Ley de Contrataciones se puede advertir claramente que para las controversias referidas a “penalizaciones”, no hay un plazo específico para someterse a los procedimientos de conciliación o arbitraje. Para estos casos, tenemos que de forma expresa la norma hace referencia a que tales procedimientos de conciliación y/o arbitraje, deben solicitarse en cualquier momento anterior a la culminación del contrato.

Entonces, cabe preguntarnos ¿Cuándo se tiene por culminado el presente contrato?, observamos que la citada Ley, también indica cuando un contrato de prestación de

⁶ El sombreado y subrayado es nuestro.



servicios, como el que nos ocupa, concluye. Así, el primer párrafo del Artículo 42° de la Ley de Contrataciones del Estado, nos señala que:

“Artículo 42°.- Culminación del Contrato

Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de la última prestación pactada y el pago correspondientes (....)”.

Como puede apreciarse, el contrato de servicios culmina con la conformidad de la última prestación y el pago respectivo. En el presente caso, tenemos que las controversias planteadas en el arbitraje versan justamente sobre penalidades (específicamente otras penalidades) que impusiera la ENTIDAD demandada a la empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. por los supuestos incumplimientos de obligaciones en los que habría incurrido dicha parte, razón por la cual, este Tribunal Arbitral Unipersonal considera que está claramente demostrado que no existe conformidad de la última prestación justamente porque la propia ENTIDAD ha penalizado a su contraparte por supuestos incumplimientos, con lo cual se advierte que el Contrato N° 406-2015 suscrito entre las partes, no ha culminado aún; pues, a pesar que la demandada haya resuelto el Contrato, ésta resolución se llevó a consecuencia de estas penalidades -hoy- impugnadas en el presente arbitraje, debiendo ser tal Resolución de Contrato materia de análisis en su oportunidad en el presente Laudo, por haber sido sometido a conocimiento de este Árbitro Único.

41. En tal sentido, y dado que el Contrato N° 406-2015 no ha culminado a la fecha, el Árbitro Único concluye que el procedimiento de arbitraje ha sido realizado en la forma oportuna conforme a lo especificado en la propia Ley de Contrataciones del Estado, por lo que no existe plazo de caducidad en específico para temas de penalidades (específicamente otras penalidades) en la Ley, ni mucho menos en los Artículos 165° y 166° del Reglamento; razón por la cual, la empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. goza de plena capacidad para solicitar conforme lo prevé la Ley de Contrataciones del Estado, el inicio de un proceso arbitral producto de las controversias derivadas por penalidades (específicamente otras penalidades).

⁷ El sombreado y subrayado es nuestro.



En razón a lo expuesto y habiéndose señalado que los plazos de caducidad deben ser fijados por ley, este Tribunal Arbitral Unipersonal, en aplicación y respeto de los elementos establecidos en el ordenamiento jurídico general, expresa que la excepción alegada por la ENTIDAD carece de todo sustento legal.

- De la aplicación de las "otras penalidades" realizadas por la empresa Electro Sur Este S.A.A. según los criterios establecidos en el Artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

Con relación al punto controvertido bajo análisis, se puede advertir que la empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. pretende "únicamente" que se declare que para la aplicación de los supuestos configurados como "otras penalidades" debe prevalecer los criterios de objetividad, razonabilidad y congruencia establecidos en el Artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Al respecto, es necesario analizar qué establece el Contrato y la normatividad de Contrataciones del Estado aplicables a dicha controversia, y si han prevalecido o no en el presente caso, los criterios de objetividad, razonabilidad y congruencia al momento en que la ENTIDAD aplica las "otras penalidades".

En tal sentido, debemos recurrir a la Cláusula Vigésimo Sétima del Contrato, la cual regula la tipificación de las infracciones y las consecuentes penalidades y sanciones por los posibles incumplimientos a cargo de la EMPRESA, de la siguiente manera:



El plazo máximo de responsabilidad del CONTRATISTA es de dos años.

XVII. CLÁUSULA VIGÉSIMO SÉTIMA.- Incumplimiento del contrato, penalidades y sanciones.-

LA EMPRESA podrá deducir cualquier gasto que por acción u omisión de CONTRATISTA le genere desembolso económico, el cual será comunicado a CONTRATISTA.

**electro
Sur Este S.A.A.**

Asimismo se ha incorporado penalidades al incumplimiento de las actividades encomendadas mediante la supervisión muestrales.

Si EL CONTRATISTA incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, LA EMPRESA le aplicará a EL CONTRATISTA una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente (de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse), en concordancia con el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

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

Donde:

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

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que éstos involucrarán obligaciones de ejecución pendiente, 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 EMPRESA podrá resolver el contrato por incumplimiento.

La justificación por el retraso se sujeta a lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, el Código Civil y demás normas aplicables, según corresponda.

PENALIDADES Y SANCIONES

TUPU 172 de 2017

ITEM	TIPIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN	UNIDAD	MULTA EN UP
ASPECTOS GENERALES			
1	LA CONTRATISTA no cumple con presentar e persona dentro de 48 horas, los documentos de comunicación requeridos, en el plazo establecido.	Cada día	100
2	PENALIDAD POR CAMBIO DE PERSONAL		
2.1	LA CONTRATISTA no cumple con proporcionar al Supervisor General con el perfil propuesto y detallado en el otorgamiento de la buena pro, durante la ejecución del contrato y/o cambio de persona, sin la aprobación previa de ELSE.	Persona	200
2.2	LA CONTRATISTA no cumple con proporcionar al Supervisor Comercial de Actividades de Lectura, Reparto y Cobranza con el perfil propuesto y detallado, en el otorgamiento de la buena pro, durante la ejecución del contrato y/o cambio de persona, sin la aprobación previa de ELSE.	Persona	100
2.3	LA CONTRATISTA no cumple con proporcionar personal del perfil propuesto y detallado, durante la ejecución del contrato y/o cambio de persona, sin la aprobación previa de ELSE.	Persona	20
3	El personal de LA CONTRATISTA no cumple con vestir el uniforme y portar su identificación de identificación en un lugar visible.	Persona	4
4	LA CONTRATISTA no cumple con contar la infraestructura adecuada para el cumplimiento de sus actividades en condiciones de calidad y seguridad.	Equipo	10
5	El personal de LA CONTRATISTA afecta la obra, molestias al cliente y/o seguridad, no cumple con el horario establecido.	Infraestructura	50
6	LA CONTRATISTA y/o su personal NO reportan LOS INCIDENTES, durante el desarrollo de las actividades, según formato establecido para ello.	Cada ocurrencia	5
7	LA CONTRATISTA no cumple con dentro de las normas que rigen las diferentes áreas y actividades, materia es no empleada.	Cada infracción	5

STAMP
RA
ON
LUA

CAZS

**Electro
Sur Este S.A.A.**

3	Por no evaluar las Solicitudes de Acción Preventiva y/o Correctiva y/o Productiva no sometidas al SGC	Cada SAGC o Producto No Conforme	3
9	Por no cumplir con las normas de seguridad (limita suspensión del trabajo hasta que se supere la infracción)	Infracción	3
10	Por no proporcionar la movilidad para la supervisión conjunta	Cada oportunidad	4
LECTURA DE MEDIDORES, REPARTO DE RECIBOS, COBRANZA Y OTROS			
1	La Contratista no cumple con realizar las actividades de lectura con los equipos móviles requeridos	Por cada lectura	0.1
2	Por errores de lectura detectados por el cliente (con infracción)		
2.1	Por lectura erradas por cada mes menores o iguales a 5 errores	Por cada error	2
2.2	Por lectura erradas por cada mes mayores a 5 errores	Por cada error	4
3	Por no emitir los trabajos ejecutados y/o registros conectados o errados o magnetico de acuerdo a lo indicado por ELSE	Cada caso	0.1
4	Por lectura erradas detectadas por ELSE		
4.1	Por lectura erradas por cada mes menores o iguales a 5 errores	Por cada error	1
4.2	Por lectura erradas por cada mes mayores a 5 errores	Por cada error	2
5	Por lectura no registrada en el sistema (con infracción)	Cada lectura	0.1
6	Por información falsa en el reporte de código de observaciones de lectura	Cada caso	2
7	Por error de lecturas en clientes mayores	Cada error	5
9	LA CONTRATISTA ha realizado lecturas erradas produciendo embalse en la facturación (sea del consumo de los clientes temporales o fijos) y/o consumo promedio adicionalmente cuando ELSE lo determine, asuma el monto por el embalse ocasionado y los gastos que genere al cliente (movilidad, etc.)	Cada lectura	3
10	LA CONTRATISTA no ha entregado formatos de verificación de lecturas y reparto de recibos a lo indicado en la tabla SGC-TA-01 del total de lecturas o lo indicado por ELSE	Por cada informe	30
11	Por pérdida de recibos y otras notificaciones, cartas y comunicaciones	Cada recibo	0.2
11.1	Por notificar Fotográficas o ser de mala calidad	Cada fotografía	0.2
11.2	Por conexión telefónica requerida	Cada caso	2
12	Retención de dinero: Cuando no se efectúa oportunamente el depósito de dinero cobrado en la Cta. Cte. De ELSE, ha embalse verificado a recaudación	Cada caso	15
14	Infracción Adm. Cuando el monto pagado por el cliente ha sido modificado o no se ha pagado. Además se deberá retirar al personal responsable	Cada caso	15
15	Cuando no se suma a con la entrega de la quincena de cobranza Boucher de Depósito bancario en la hora y fecha establecida por ELSE	Cada caso	4
16	Cuando NO se reportan oportunamente los recibos cobrados a la entidad y el cliente reclama por el recibo cancelado. Además, si el suministro fue donado deberá asumir el valor de Corte y Reconexión y gastos que genere al cliente	Cada caso	2
17	Cuando se detecta que se informó erróneamente el código de cliente perjudicando a este en beneficio de otro y/o adicionalmente el suministro fue donado deberá asumir el valor de Corte y Reconexión y gastos que genere al cliente	Cada caso	3
18	Por recibo pagado no informado	Cada caso	3
19	Por exceder la tolerancia de 10 minutos en la atención de cobranza en las verificaciones, Certos Autorizados de Recaudación y Certos cobrados indicados en las obligaciones de LA CONTRATISTA	Cada Caso	3
20	Por lecturas efectuadas fuera del cronograma de procesos comerciales (Lecturas)	Cada lectura	0.1
21	Por retraso en la entrega o registro en el sistema SIELSE de las lecturas o información fuera de los plazos establecidos	Por cada día y por cada caso	0.02
22	Por no efectuar la revisión manual de lecturas o efectuar en cantidad menor a 15 % de lecturas	Cada 10.000 sumatorias o fracción	100
23	Por reparto de recibos que excedan los 3 días de la fecha indicada en el cronograma de procesos comerciales (reparto de recibos) mayor a 10% del total	Por cada día	5
24	Por recibo retenido de no reparto de recibos (2 recibos)	Por cada caso	1
25	Por incumplimiento del procedimiento de entrega de cartas y notificaciones o no realiza en forma oportuna (en falta de firma, DNI, nombre, etc.)	Por cada caso	20

**Electro
Sur Este S.A.A.**

13

De	Por entrega y prevención de cartas y notificaciones fuera del plazo establecido en el procedimiento	Por cada caso	5
----	---	---------------	---

Además de las penalidades señaladas se considerarán las siguientes:

(*) Por lectura no realizada sin justificación

Se aclara que las únicas justificaciones válidas son:

1. Para casos de interrupción de toda una localidad o inconvenientes de acceso a las localidades que no permitan la toma de lectura, **EL CONTRATISTA** deberá enviar inmediatamente de detectado el problema, un correo electrónico y comunicarse con el supervisor comercial de **LA EMPRESA**, indicando detalladamente el motivo por el cual no se pueda tomar las lecturas de los medidores, caso contrario será considerado como un error en el procedimiento de trabajo / será penalizado como lectura no realizada.

2. Cuando la lectura no realizada, se evidencie con una vista fotográfica en la que se visualice el motivo por el cual no se realizó la lectura del medidor.

Cualquier otra lectura no realizada y no comprendida en las justificaciones anteriores será penalizada según este ítem

PENALIDADES DE SEGURIDAD A SER CONSIDERADAS EN LAS BASES Y CONTRATOS COMO UNIDADES DE PENALIZACIÓN (1UP= 1% de IUIT)

ITEM	TIPIFICACION DE LA PENALIDAD	UNIDAD	UP
1	El personal de la contratista no cumple con algún aspecto en una inspección u observación de trabajo	Por cada incumplimiento en una inspección u observación. Puede existir más de una UP por inspección u observación	5
2	El personal de la contratista no cumple con algún aspecto de un AST, Análisis de Seguridad de Trabajo	Por cada incumplimiento de una observación. Puede existir más de una UP por observación	5
3	El Contratista y/o su personal no reportan accidentes y/o incidentes de trabajo durante el desarrollo de las actividades	Cada ocurrencia	La contratista se hace cargo de la sanción impuesta por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, SUNAFI y Camermin

Nota.- Estas penalidades se irán acumulando hasta el caso que, el contratista supere la penalidad máxima del 10% del monto total del contrato, siendo causa de resolución de contrato por incumplimiento.

Tal como se puede apreciar de la cláusula citada previamente, podemos advertir que el incumplimiento de determinadas obligaciones es causal de la aplicación de una penalidad, la misma que se encuentra regulada en el Artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado con la denominación de "Otras Penalidades", expresando sobre la misma que:

"Artículo 166°.- Otras Penalidades

En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, 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. **Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora⁸.**"

De la normativa de contrataciones se puede advertir que las otras penalidades se pueden establecer siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes⁹, las cuales se calcularan de forma independiente a la penalidad por mora.

Ahora teniendo claro lo expuesto, surge la siguiente interrogante: *¿La penalidad impuesta por la ENTIDAD cumple con las condiciones o criterios recogidas en el Artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado?*

Las condiciones que establece el Artículo 166° del citado Reglamento, son: objetividad, razonabilidad y congruencia. En el caso de autos evaluaremos si la ENTIDAD ha cumplido con tales condiciones:

- 14:
- En primer lugar, con respecto a la **objetividad**, se ha mencionado que debe existir una determinación clara y precisa de la penalidad, como también que deben establecerse montos o porcentajes o procedimiento para la aplicación de la penalidad. Al respecto, este Tribunal Arbitral Unipersonal considera que dichos presupuestos hacen referencia a que la penalidad debe estar compuesta de dos elementos, **el primero está referido a la tipicidad del supuesto que generará la penalidad y, el segundo,** gira en torno a **la consecuencia que está determinada por la aplicación del procedimiento** que puede estar establecido por la aplicación de un monto, porcentaje, como también por una fórmula.

⁸ El sombreado y subrayado es nuestro.

⁹ En la Opinión N° 064-2012-DTN de fecha 16 de marzo de 2012, se ha desarrollado los requisitos de las otras penalidades, las cuales son:

"(i) **La objetividad** implica que **la Entidad establezca de manera clara y precisa los tipos de incumplimiento que serán penalizados**, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos, según la naturaleza y características particulares de cada contratación; (ii) Por su parte, **la razonabilidad** implica que cada uno de los montos o porcentajes de la penalidad que se aplicará al contratista sean proporcionales a la gravedad y reiteración del incumplimiento; (iii) Finalmente, **la congruencia** con el objeto de la convocatoria implica que se penalice el incumplimiento de alguna obligación comprendida o relacionada con el objeto de la convocatoria."



De esta forma, tenemos que en la Cláusula Vigésimo Sétima del Contrato¹⁰ encontramos unos cuadros que contienen de manera clara, detallada y

11.

¹⁰ Ver la Cláusula Vigésimo Sétima del Contrato, el cual refiere a la letra que:

El plazo máximo de responsabilidad del CONTRATISTA es de dos años.



VII. CLÁUSULA VIGÉSIMO SÉTIMA.- Incumplimiento del contrato, penalidades y sanciones.-

LA EMPRESA podrá deducir cualquier gasto que por acción u omisión de **CONTRATISTA** se genere desembolso económico, el cual será comunicado al **CONTRATISTA**.



CIECETO Sur Este S.A.A.

Asimismo se ha incorporado penalidades al incumplimiento de las actividades encomendadas mediante la supervisión muestrales.

Si EL CONTRATISTA incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, LA EMPRESA le aplicará a EL CONTRATISTA una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente (de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse), en concordancia con el artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

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

Donde:

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

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 EMPRESA podrá resolver el contrato por incumplimiento.

La justificación por el retraso se sujeta a lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, el Código Civil y demás normas aplicables, según corresponda.

PENALIDADES Y SANCIONES

*UP: 1% de UIT

ITEM	TIPIFICACION DE LA INFRACCION	UNIDAD	MULTA EN UP
ASPECTOS GENERALES			
1	LA CONTRATISTA no cumple con presentar a persona dentro de 48 horas de la recepción de la comunicación otorgados, en el plazo establecido.	Persona	100
2	PENALIDAD POR CAMBIO DE PERSONAL		
2.1	LA CONTRATISTA no cumple con proporcionar a Supervisor General con el perfil propuesto u otorgado en el otorgamiento de la buena pro, durante la ejecución del contrato y/o cambio de persona sin la aprobación previa de ELSE.	Persona	200
2.2	LA CONTRATISTA no cumple con proporcionar al Supervisor Comercial de Actividades de Lectura, Reparto y Cobranza con el perfil propuesto u otorgado, en el otorgamiento de la buena pro, durante la ejecución del contrato y/o cambio de persona sin la aprobación previa de ELSE.	Persona	100
2.3	LA CONTRATISTA no cumple con proporcionar personal del perfil propuesto u otorgado, durante la ejecución del contrato y/o cambio de persona sin la aprobación previa de ELSE.	Persona	20
3	El personal de LA CONTRATISTA no cumple con vestir el uniforme y portar su identificación de identificación en un lugar visible.	Persona	4
4	LA CONTRATISTA no cumple con utilizar la infraestructura adecuada para el cumplimiento de sus actividades en condiciones de calidad y seguridad.	Equipo	10
5	El personal de LA CONTRATISTA efectúa copias indecitas a la empresa (la sanción aplica a todo el personal involucrado).	Infraestructura	50
6	LA CONTRATISTA y/o su personal NO reportan LOS INCIDENTES, durante el desarrollo de los trabajos, según formato establecido para ello.	Cada comparecencia	5
7	LA CONTRATISTA no comparece dentro de sus normas administrativas diferentes a las establecidas y/o a las no empleadas.	Cada infracción	5



**Electro
Sur Este S.A.A.**

1	Por no evaluar las Situaciones de Acción Preventiva y Correctiva y/o Productiva no conformes del BGC	Cada SAPC o Producto No Conforme	3
9	Por no cumplir con las normas de seguridad única suspensión de trabajo hasta que se supere la infracción	Infracción	3
10	Por no proporcionar la movilidad para la supervisión conjunta	Cada infracción	4
LECTURA DE MEDIDORES, REPARTO DE RECIBOS, COBRANZA Y OTROS			
1	La Contratista no cumple con realizar las actividades de lectura con los equipos móviles requeridos	Por cada lectura	0.1
2	Por lecturas de lectura detectadas por los clientes con infracción		
2.1	Por lecturas erradas por cada mes menores o iguales a 5 errores	Por cada error	2
2.2	Por lecturas erradas por cada mes mayores a 5 errores	Por cada error	4
3	Por no enviar los trabajos de lectura y/o registros incorrectos con medio magnético de acuerdo a lo indicado por ELSE	Cada caso	0.1
4	Por lecturas erradas detectadas por ELSE		
4.1	Por lecturas erradas por cada mes menores o iguales a 5 errores	Por cada error	1
4.2	Por lecturas erradas por cada mes mayores a 5 errores	Por cada error	2
5	Por no enviar los recibos en cumplimiento	Cada lectura	1.1
6	Por no informar los errores de código de barras de los recibos de lectura	Cada caso	2
7	Por error de lecturas en clientes mayores	Cada error	5
8	LA CONTRATISTA ha informado lecturas erradas produciendo embalse en la facturación por el consumo de los clientes temporalmente en 10 veces su consumo promedio adicionalmente cuando ELSE lo determine, asumirá el monto por el embalse ocasionado y los gastos que genere al cliente (movilidad, etc.)	Cada lectura	3
9	LA CONTRATISTA no ha entregado formatos de verificación de lecturas y reparto por una muestra mínima de acuerdo a lo indicado en la tabla SOG-TA-01 del ítem 3 de los 13.000.000 indicado por ELSE	Por cada ítem	30
10	Por pérdida de recibos y otras notificaciones cartas y comunicaciones	Cada recibo	0.2
11	Por no tener Fotografías o ser de mala calidad	Cada fotografía	0.2
12	Por conexión que no se repare	Cada caso	3
13	Retención de dinero Cuando no se entrega oportunamente el depósito de dinero cobrado en la Cta Cte De ELSE, haciéndose verificado a recaudación	Cada caso	15
14	Infracción de pago Cuando el monto pagado por el cliente ha sido modificado o no se entrega el recibo de pago. Además se deberá reportar al personal responsable	Cada caso	15
15	Cuando no se suma a la entrega de la quincena de cobros. Solución de Depósito Bancario en la hora y fecha establecida por ELSE	Cada caso	4
16	Cuando NO se reportan oportunamente los recibos cobrados a la entidad y el cliente reclama con el recibo cancelado. Además, si el suministro fue cancelado, deberá suministrar de Corte y Retención y gastos que genere al cliente	Cada caso	2
17	Cuando se detecte que se informó erróneamente el código de cliente por lo que a este se le cancela el servicio y adicionalmente el suministro fue cancelado deberá asumir el valor de Corte y Retención y gastos que genere al cliente	Cada caso	1
18	Por recibo pagado no informado	Cada caso	3
19	Por exceder la tolerancia de 15 minutos en la atención de cobranza en las ventanillas, Centros Autorizados de Recaudación y Concesionarios, indicado en las obligaciones de LA CONTRATISTA	Cada Caso	1
20	Por lecturas efectuadas fuera del programa de procesos comerciales (lecturas)	Cada lectura	0.1
21	Por retraso en la entrega o registro en el sistema SISE de las lecturas o información fuera de los plazos establecidos	Por cada día y por cada caso	0.02
22	Por no efectuar la revisión manual de lecturas o efectuar en cantidad menor a 15 lecturas	Cada 15.000 sumatoria o fracción	100
23	Por retraso de recibos que exceda los 3 días de la fecha indicada en el programa de procesos comerciales (reparto de recibos) mayor a 10% del día	Por cada día	5
24	Por retraso de recibos de no envío de recibos en 2 ocasiones	Por cada caso	1
25	Por incumplimiento del procedimiento de entrega de cartas y notificaciones o no entrega en forma oportuna (tem. Falta de firma, DAA, nombre, etc.)	Por cada caso	20



especifica los respectivos supuestos que dan lugar a una infracción o penalidad por el incumplimiento a cargo de la EMPRESA, por lo tanto, **en ese extracto, nos encontramos ante la tipificación de una penalidad.**

Adicionalmente a ello, es importante resaltar que la aludida cláusula no fue materia de objeción en su oportunidad. De haber realizado la EMPRESA alguna consulta u observación, esta debió realizarla conforme a lo dispuesto en el Artículo 28° de la Ley de Contrataciones del Estado, norma que establece que:

"Artículo 28°.- Consultas y Observaciones a las Bases

**Electro
Sur Este S.A.A.**

13

28	Por entrega y o devolución de cartas y notificaciones fuera de la autorización por cada caso	5
----	--	---

Además de las penalidades señaladas, se consideraran las siguientes:

(*) Por lectura no realizada sin justificación

Se aclara que las únicas justificaciones válidas son:

1. Para casos de interrupción de toda una localidad o inconvenientes de acceso a las localidades que no permitan la toma de lectura, EL CONTRATISTA deberá enviar inmediatamente de detectado el problema, un correo electrónico y comunicarse con el supervisor comercial de LA EMPRESA, indicando detalladamente el motivo por el cual no se pueda tomar las lecturas de los medidores, caso contrario será considerado como un error en el procedimiento de trabajo y será penalizado como lectura no realizada.

2. Cuando la lectura no realizada, se evidencie con una vista fotográfica en la que se visualice el motivo por el cual no se realizó la lectura del medidor.

Cualquier otra lectura no realizada y no comprendida en las justificaciones anteriores será penalizada según este ítem.

PENALIDADES DE SEGURIDAD A SER CONSIDERADAS EN LAS BASES Y CONTRATOS COMO UNIDADES DE PENALIZACIÓN (1UP= 1% de UIT)

ITEM	TIPIFICACION DE LA PENALIDAD	UNIDAD	UP
1	El personal de la contratista no cumple con algún aspecto en una inspección u observación de trabajo.	Por cada incumplimiento en una inspección u observación. Puede existir más de una UP por inspección u observación.	5
2	El personal de la contratista no cumple con algún aspecto de un AST (Análisis de Seguridad de Trabajo).	Por cada incumplimiento de una observación (Puede existir más de una UP por observación).	5
3	El Contratista y/o su personal no reportan accidentes y/o incidentes de trabajo durante el desarrollo de las actividades.	Cada ocurrencia	La contratista se hace cargo de la sanción impuesta por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, SUNAFIL y Casmergmin.

Nota.- Estas penalidades se irán acumulando hasta el caso que, el contratista supere la penalidad máxima del 10% del monto total del contrato, siendo causa de resolución de contrato por incumplimiento.

(...)

A través de las consultas, se formulan pedidos de aclaración a las disposiciones de las Bases y mediante las observaciones se cuestionan las mismas en lo relativo al incumplimiento de las condiciones mínimas o de cualquier disposición en materia de contrataciones del Estado u otras normas complementarias o conexas que tengan relación con el proceso de selección (...).

De la disposición señalada, se puede advertir que, si la EMPRESA hubiera tenido alguna duda u oposición respecto a las otras penalidades establecida en la Cláusula Vigésimo Sétima del Contrato, el momento en el cual debió haberlo manifestado fue en la etapa de consultas y observaciones a las Bases; por ello, si es que no realizó las mismas o, a pesar de haber realizado las consultas u observaciones, éstas no hubiesen sido acogidas al momento de la integración de Bases o en el momento en que la EMPRESA suscribió el Contrato N° 406-2015, habría consentido las otras penalidades.

Entonces, siendo que en la Cláusula Vigésimo Sétima del Contrato N° 406-2015 la ENTIDAD ha tipificado determinados incumplimientos como otras penalidades, así como su respectivo procedimiento para la aplicación de éstas y, siendo que la EMPRESA no expresó -en su oportunidad- observación alguna, ni a las Bases Integradas, ni al Contrato, queda claro también que las reglas contenidas en tales documentos son definitivas y no pueden ser cuestionadas por las partes; motivo por el cual, queda evidenciado, que la EMPRESA pactó de manera voluntaria con la ENTIDAD las "otras penalidades".

Continuando con el análisis del segundo elemento de la objetividad, de la revisión de la mencionada Cláusula Vigésimo Sétima del Contrato, se puede observar el procedimiento de determinación para la aplicación de las otras penalidades por incumplimiento de alguna de las obligaciones taxativamente contempladas, donde para la referida determinación de la penalidad se recurre a la siguiente fórmula:



PENALIDADES Y SANCIONES

1 UP = 1% de 1 UIT

En tal sentido, ha quedado demostrado que sí se ha establecido una tipificación para los supuestos de hecho de las otras penalidades y, también se ha establecido, un procedimiento determinable para las posibles consecuencias a los supuestos de hecho; motivo por el cual, este Árbitro Único considera que la penalidad aplicada por la ENTIDAD cumple con el requisito de objetividad establecido en el Artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

- En segundo lugar, sobre la **razonabilidad**, se ha mencionado que los montos o porcentajes de la penalidad sean proporcionales a la gravedad y reiteración del incumplimiento.

Respecto a la gravedad del incumplimiento de las obligaciones, se puede advertir que los supuestos recogidos en los cuadros de la Cláusula Vigésimo Sétima del Contrato no son exagerados o descabellados para tales obligaciones, más aún si las propias partes han estado de acuerdo al momento de la aprobación de las Bases Integradas y de la respectiva suscripción del Contrato, sin manifestar objeción alguna sobre el particular; razón por la cual, este Tribunal Arbitral Unipersonal si considera que la penalidad impuesta por la ENTIDAD cumple con el requisito de razonabilidad establecido en el Artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

- En tercer lugar, en cuanto a la **congruencia**, se ha mencionado previamente que para que la misma se configure, requiere que la penalidad esté relacionada con el objeto de convocatoria.

Acorde a lo señalado, debemos determinar si existe relación entre el objeto y las otras penalidades tipificadas para sostener que se cumplió con el requisito de la congruencia. Así, por un lado, tenemos que las otras penalidades que son

aplicadas a la EMPRESA se dividen en: (i) Aspectos generales; y, (ii) Lectura de medidores, reparto de recibos, cobranza y otros; y, por otro lado, encontramos que el objeto del Contrato N° 406-2015 está referido a la prestación del servicio denominado: *“Contrato del Servicio de Lectura de Medidores, Reparto de Recibos y Otros: Vilcanota y la Convención 2015-2017 – Ítem 02”*.

Sobre el particular, este Árbitro Único encuentra una relación directa entre las obligaciones contenidas en los puntos (i) y (ii) con el objeto del Contrato, pues la lectura de medidores, reparto de recibos, cobranza y otros, son obligaciones esenciales que estaban a cargo de la EMPRESA para lograr la finalidad del Contrato N° 406-2015.

Conforme a lo señalado en el párrafo anterior, este Tribunal Arbitral Unipersonal considera que la penalidad aplicada por la ENTIDAD, sí es congruente con el objeto del Contrato, ya que para alcanzar el objeto del Contrato la EMPRESA debió realizar tales actividades u obligaciones, en consecuencia, este Árbitro Único considera que la penalidad aplicada por la demandada también cumple con el requisito de congruencia establecido en el Artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

11: En tal sentido y luego del análisis realizado respecto a cada una de las condiciones establecidas en el Artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, este Árbitro Único ha podido corroborar que la Entidad al aplicar las otras penalidades por determinados supuestos contemplados en los cuadros del Contrato, lo hizo conforme a los parámetros señalados en dicho artículo; razón por la cual, la citada penalidad impuesta por la ENTIDAD se encuentra debidamente aplicada en virtud de los criterios antes analizados.

Por todo lo expuesto, este Árbitro Único considera que corresponde DECLARARSE FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la Demanda, debido a que para la aplicación de las “otras penalidades” siempre debe prevalecer los criterios establecidos en el Artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, regulación



que cumplió la ENTIDAD en el presente caso conforme se desprende de los párrafos precedentes.

2. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

“En caso se declare infundado el punto 1. precedente, determinar si corresponde o no que se declare nula e ineficaz la aplicación de otras penalidades establecida en la Resolución N° G-437-2016 de fecha 18 de setiembre del 2016, cuyo porcentaje aplicado fue de 15,63%, por lo que, además se solicita se efectué su devolución del monto ascendente a S/. 230,689.97 nuevos soles”.

2.1 POSICIÓN DE LA EMPRESA:

La empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. ampara sus pedidos en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

De la Resolución N° G-434-2016 del 20 de octubre de 2016 (de resolución de Contrato) la ENTIDAD señala que su representada llegó a acumular el monto que representa el 15.63% (S/. 265,211.97) motivo por el cual, proceden a resolver el Contrato.

Según la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444, los actos administrativos como el presente caso: “*penalidades*” deben de cumplir con requisitos de validez del acto administrativo conforme lo estipulado en los Artículos 3° y 6° de la citada Ley; no obstante, en el presente caso, no ha sucedido así, toda vez que la “*aplicación de otras penalidades*” por parte de la ENTIDAD carecen de:

- La penalidad de marzo de 2015, no ha sido emitida por el órgano facultado para aplicar las penalidades, toda vez que conforme el Contrato (cláusula vigésimo cuarta), la conformidad del servicio recae en el Ing. Jorge Farfán Escalante, siendo aplicada por la señora Lizbeth Castrilon Cárdenas.
- Las penalidades de febrero y marzo no han sido debidamente motivadas, toda vez que el Contrato se supeditaba a efectuar lectura y reparto a clientes mayores y comunes, siendo que en los cuadros de penalidad la ENTIDAD no ha

determinado el tipo de clientes afectados, pues solo muestra una cantidad, no se ha señalado la fecha de infracción con la cual, se determinaría el grado de infracción y sanción a aplicar toda vez que se sanciona si fue antes del cronograma o después del cronograma, no ha señalado como ha determinado la cantidad de clientes afectados ni el medio que utilizó para sacar tal cantidad, ello vulnera su derecho de defensa porque la Ley de Contrataciones del Estado no ha previsto su aplicación automática, siendo contraria a lo señalado como parámetros para la objetividad, que debía cautelar la ENTIDAD y no fue así.

- No ha seguido su propio procedimiento, toda vez que debía dar a conocer a su representada sobre los resultados y observaciones posibles, solicitando el levantamiento correspondiente conforme al Anexo 02-TR y el numeral 21) de las Bases Integradas.
- No ha explicado las razones jurídicas y normativas que justifican la aplicación de “las otras penalidades”.

Agrega la EMPRESA que la ENTIDAD no ha cumplido con los requisitos de validez del acto administrativo como es la debida motivación, ser emitido por el órgano encargado, seguir sus procedimientos establecidos en las Bases integradas, que es ley entre las partes, por lo que es un acto inválido, motivo por el cual, solicita que sea declarado inválido conforme a lo regulado en el Artículo 9° de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444.

14: En tal sentido, amparados en el numeral 1) y 2) del Artículo 10° de la referida Ley, solicitan además que se declare la nulidad de la aplicación de penalidades establecidas por la ENTIDAD en la Resolución N° G-434-2016 del 20 de octubre de 2016, dado a que su contraparte ha señalado que se llegó a acumular el monto que representa el 15.63% (S/. 265,211.97) motivo por el cual, proceden a resolver el Contrato, debido a que la aplicación de las penalidades ha contravenido las Bases, el Contrato y la propia Constitución, conforme a lo detallado, además debe ser declarado su devolución.

Finalmente, la EMPRESA expresa que lo verdaderamente retenido es S/. 139,823.66 soles por penalidades desde diciembre de 2015 hasta junio del 2016 a lo que debe adicionársele las valorizaciones del mes de setiembre y octubre de 2016 que ascienden

ambas a S/. 69,651.8 y S/. 21,214.33 respectivamente, que fueron retenidos por la ENTIDAD hasta la fecha, es decir, su contraria hasta la fecha ha retenido la suma S/. 230,689.97 por concepto de penalidades.

2.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

A continuación, se reseñan los fundamentos de hecho y de derecho a los que hace referencia la empresa Electro Sur Este S.A.A. respecto a este punto controvertido:

La ENTIDAD refiere que su contraparte invoca como sustento jurídico de su demanda la aplicación de normas referidas a la validez del acto administrativo contenidas en la Ley del Procedimiento Administrativo General desconociendo plenamente que, desde las Bases del Proceso, se estableció que el régimen legal aplicable, es el siguiente:

- Ley de Presupuesto para el Sector Público para el año 2015.
- Ley de Equilibrio Financiero del Presupuesto del Sector Público para el año 2015.
- Ley de Contrataciones del Estado: Ley 29873; Decreto Legislativo 1017 y sus normas reglamentarias.
- Ley 27444.

En consecuencia, no es jurídicamente posible invocar la supuesta vulneración de normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General, si antes no se ha sustentado la pretensión en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento y el sólo hecho de hacerlo a través de un lado, genera una causal de anulación de laudo.

Por tal razón, es evidente que la demanda carece de fundamento jurídico, en tanto no se ha acreditado, ni sustentado cual es el extremo del Contrato o de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento que ha sido incumplido o vulnerado, por lo que esta omisión de la demanda debe ser declarada infundada.

2.3 POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

La presente materia controvertida ha sido planteada como Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal de la Demanda.

Al respecto, se debe indicar que las pretensiones subordinadas son aquellas cuyo pronunciamiento se efectuará sí y sólo sí el juzgador desampara la Pretensión Principal a la cual es conexas.

En el presente caso, la misma no puede ser materia de pronunciamiento, debido a que la Primera Pretensión Principal planteada por la empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. ha sido amparada con lo cual, no corresponde emitir pronunciamiento alguno sobre el presente punto controvertido.

En tal sentido, teniéndose en cuenta ello, corresponde DECLARAR QUE CARECE DE OBJETO emitir pronunciamiento sobre el presente punto controvertido.

3. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

“En caso se declare fundado el punto 1. precedente, determinar si corresponde o no que se devuelva el monto retenido por la Entidad toda vez que la aplicación de otras penalidades sólo es del 10% del monto del contrato”.

3.1 POSICIÓN DE LA EMPRESA:

La empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. ampara sus pedidos en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

14. Al respecto, el demandante indica que el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado ha señalado que el monto máximo a ser aplicado por otras penalidades es el 10%, razón por la cual, solicita que en un supuesto no dado, se declare que la ENTIDAD sólo debe retener ese porcentaje.

Por tanto, la EMPRESA solicita que su contraria debe proceder a devolver la diferencia que asciende a S/. 61,044.87 soles.



3.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

A continuación, se reseñan los fundamentos de hecho y de derecho a los que hace referencia la empresa Electro Sur Este S.A.A. respecto a este punto controvertido:

La ENTIDAD expresa que atendiendo a que el monto del Contrato es de S/. 1'696,451.02, el 10% del Contrato es de S/. 169,645.10, habiendo su representada descontado únicamente S/. 139,823.66 existe un saldo de penalidad de S/. 29,821.44 que fueron descontados al final de la liquidación.

Por tal razón, la ENTIDAD refiere que no existe ningún monto por devolver por concepto de penalidad y, por el contrario, su representada ha dejado de cobrar una penalidad de S/. 7,007.61.

3.3 POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

El presente punto controvertido ha sido planteado como pretensión accesoria a la Primera Pretensión Principal de la demanda.

Las pretensiones accesorias son aquellas cuyo pronunciamiento se efectuará sí y sólo sí el juzgador ampara la pretensión principal a la cual es conexa.

En el presente caso, la presente pretensión es accesoria a la Primera Pretensión Principal de la Demanda, la cual ha sido declarada fundada, por lo que corresponde pronunciarse sobre ésta.

En tal forma, la EMPRESA indica que lo retenido asciende a S/. 139,823.66 soles por penalidades desde diciembre de 2015 hasta junio del 2016, a lo que debe adicionársele las valorizaciones del mes de setiembre y octubre de 2016 que ascienden ambas a S/. 69,651.98 y S/. 21,214.33 respectivamente, que fueron retenidos por la ENTIDAD hasta la fecha, con lo cual tiene retenido un total de S/. 230,689.97 por concepto de penalidades; sin embargo, siendo que el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado ha señalado que el monto máximo a ser aplicado por otras penalidades es el

10% del monto contractual, razón por la cual, solicita que la ENTIDAD proceda a devolver la diferencia que asciende a S/. 61,044.87 soles.

Por su parte, la ENTIDAD indica que únicamente ha descontado la suma S/. 139,823.66 soles por penalidades desde diciembre de 2015 hasta junio del 2016, a partir de julio en adelante y pese a que las penalidades en efecto se produjeron, no se hizo retención alguna. Por tanto, existe un saldo de penalidad pendiente conforme al 10% del monto contractual a favor de su representada por la suma de S/. 29,821.44.

Al respecto, debemos observar lo establecido en el Artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual nos señala que:

“Artículo 166°.- Otras Penalidades

En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, 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. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora¹¹.

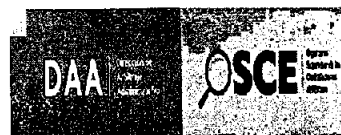
De la normativa de contrataciones se puede advertir que las otras penalidades se pueden establecer hasta por un monto máximo equivalente al 10% del Contrato. Ahora, en el presente caso, debemos tener en cuenta que el monto contractual del Contrato N° 406-2015 asciende a la suma de S/. 1'696,451.02.

Entonces, teniendo en cuenta el monto contractual del presente proceso podemos detallar la siguiente información:

11:

- Monto contractual:	S/. 1'696,451.02.
- 10% del monto tope de la penalidad:	S/. 169,645.10
- Monto descontado de Dic. 2015 – Jun. 2016:	S/. 139,823.66

¹¹ El sombreado y subrayado es nuestro.



Exp. N° S 034-2017 –SNA/OSCE

- **Saldo pendiente para alcanzar el tope:** **S/. 29,821.44**

En tal sentido y de la documentación que obra en el expediente, queda claro que el monto materia de devolución que exige la EMPRESA en el presente punto controvertido es imposible, más aún si dicha parte reconoce que al monto descontado de Dic. 2015 - Jun. 2016 debe adicionarse las valorizaciones del mes de Set. y Oct. 2016, montos que exceden el saldo pendiente para alcanzar el tope.

Por tales razones, corresponde DECLARAR INFUNDADO el presente punto controvertido.

4. CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

"En caso se declare infundado el punto 1. precedente, determinar si corresponde o no que se revoque la resolución del Contrato N° 406-2015 "Contrato de Lectura de medidores, reparto de recibos y otros: Vilcanota y la convención 2015-2017-ITM 02" notificado en la Carta notarial S/N que contiene la Resolución N° G-437-2016 de fecha 18 de setiembre de 2016, por ser inválida e ineficaz".

4.1 POSICIÓN DE LA EMPRESA:

La empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. ampara sus pedidos en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

Sobre el particular, la EMPRESA refiere que en la Resolución N° G-434-2016 por la que se resuelve el Contrato, se observa que la motivación y fundamento de la ENTIDAD es que su representada habría acumulado el monto máximo de otras penalidades que representa el 15.63% (S/. 265,211.97).

El Artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado ha señalado que estas otras penalidades deben de guardar parámetros como los de la objetividad, situación que no se ha cumplido en el presente caso. Asimismo, no se ha respetado los requisitos de valides del acto administrativo, vulnerándose los procedimientos

establecidos en las Bases integradas y en el Contrato y con ello, el Principio al Debido Proceso, motivo por el cual, en aplicación de los numerales 1) y 2) del Artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444 solicita que se declare la nulidad de la Resolución N° G-434-2016 de fecha 20 de octubre de 2016.

4.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

A continuación, se reseñan los fundamentos de hecho y de derecho a los que hace referencia la empresa Electro Sur Este S.A.A. respecto a este punto controvertido:

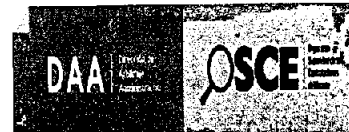
Al respecto, la ENTIDAD señala que la EMPRESA se limita a indicar que no corresponde la penalidad del mes de abril de 2016. No obstante, su representada considera que la Resolución N° 437-2016 es clara al formular el detalle de las penalidades en que ha incurrido su contraria, precisando los ítems que han dado lugar a la penalidad, el monto por cada mes y el total de las penalidades que corresponden, por tanto, al no cuestionar ninguno de estos extremos en la demanda los mismos están quedando consentidos.

Además, refiere que en la Resolución N° 437-2016 el monto de penalidad acumulada por la EMPRESA hasta el mes de Junio de 2016 asciende a S/. 265,211.97. Sin perjuicio de ello, el servicio continuó prestándose hasta el mes de octubre de 2016 y durante este periodo también se generaron infracciones las mismas que no fueron penalizadas justamente porque se alcanzó el monto máximo de penalidad y conforme se ve de autos hasta esa fecha únicamente la ENTIDAD había retenido el equivalente al 10% de penalidad, existiendo un saldo de penalidad no cobrado que asciende a S/. 7,007.61.

11: Por tales razones, la ENTIDAD expresa que la presente pretensión también es infundada.

4.3 POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

La presente materia controvertida ha sido planteada como Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal de la Demanda.



Al respecto, se debe indicar que las pretensiones subordinadas son aquellas cuyo pronunciamiento se efectuará sí y sólo sí el juzgador desampara la Pretensión Principal a la cual es conexas.

En el presente caso, la misma no puede ser materia de pronunciamiento, debido a que la Primera Pretensión Principal planteada por la empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. ha sido amparada con lo cual, no corresponde emitir pronunciamiento alguno sobre el presente punto controvertido.

En tal sentido, teniéndose en cuenta ello, corresponde DECLARAR QUE CARECE DE OBJETO emitir pronunciamiento sobre el presente punto controvertido.

5. QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:

“En caso se declare infundado el punto 1. precedente, determinar si corresponde o no que se ordene a la Entidad devolver el monto de la Garantía de Fiel Cumplimiento que fue entregado vía retención cuyo monto asciende a S/. 141,370.90.”

5.1 POSICIÓN DE LA EMPRESA:

La empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. ampara sus pedidos en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

El demandante manifiesta que su contraria ha retenido la garantía de fiel cumplimiento en mérito de la Ley N° 28015 que a la fecha de la resolución ascendía a S/. 141,370.90 soles, por lo que como consecuencia lógica de las pretensiones anteriores se solicita su devolución.

5.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

A continuación, se reseñan los fundamentos de hecho y de derecho a los que hace referencia la empresa Electro Sur Este S.A.A. respecto a este punto controvertido:

La ENTIDAD indica que la Resolución N° 437-2016 que declara la resolución contractual fue notificada el 20 de octubre de 2016, en consecuencia, la resolución contractual quedó consentida el 21 de diciembre de 2016, pues un día antes venció el plazo para iniciar cualquier controversia derivada del Contrato.

Eso significa que el 21 de diciembre de 2016, la ENTIDAD estaba legalmente habilitada para ejecutar el fondo de garantía.

Por tal razón, a la fecha de interposición de la demanda la resolución de Contrato ya ha quedado consentida, por el sólo transcurso del tiempo y en estricta aplicación del Artículo 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado la presente pretensión, es infundada.

5.3 POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

La presente materia controvertida ha sido planteada como Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal de la Demanda.

Al respecto, se debe indicar que las pretensiones subordinadas son aquellas cuyo pronunciamiento se efectuará sí y sólo sí el juzgador desampara la Pretensión Principal a la cual es conexas.

En el presente caso, la misma no puede ser materia de pronunciamiento, debido a que la Primera Pretensión Principal planteada por la empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. ha sido amparada con lo cual, no corresponde emitir pronunciamiento alguno sobre el presente punto controvertido.

14: En tal sentido, teniéndose en cuenta ello, corresponde DECLARAR QUE CARECE DE OBJETO emitir pronunciamiento sobre el presente punto controvertido.

6. SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO:



“Determinar si corresponde o no que se declare que la Entidad ha causado daños y perjuicios por haber retenido montos de manera indebida.”

6.1 POSICIÓN DE LA EMPRESA:

La empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. ampara sus pedidos en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

El demandante señala que al retener su contraparte indebidamente los pagos de las valorizaciones a su representada, ha causado perjuicios económicos, toda vez que ha afectado el “equilibrio económico” que prima en todo Contrato, toda vez que la razón de ser toda empresa que contrata con el Estado es la obtención de lucro, el cual se ha visto perjudicado puesto que su representada se quedó sin liquidez y no pudo pagar ni siquiera a sus trabajadores.

Asimismo, la EMPRESA añade que, al no pagarle la ENTIDAD en el mes de setiembre, los trabajadores entraron en pánico, debido a que no era la primera vez que su representada no cobraba por el trabajo efectuado a su contraparte, pues éste último retenía sin justificación sus pagos conforme lo demuestra en la Carta N° 007-2016 de fecha 15 de julio de 2016. Además, luego de la resolución del Contrato, la ENTIDAD le comunicó a sus trabajadores que iban a resolver el Contrato, generándose pánico e inestabilidad entre ellos por su pago.

Por tanto, el demandante manifiesta que estos hechos le han causado graves perjuicios económicos a su representada, los cuales deben ser resarcidos por la ENTIDAD, toda vez que han retenido el monto máximo de la valorización efectuada por su representada teniendo hasta que endeudarse para cumplir con el pago de sus trabajadores.

6.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

A continuación, se reseñan los fundamentos de hecho y de derecho a los que hace referencia la empresa Electro Sur Este S.A.A. respecto a este punto controvertido:

La ENTIDAD indica que su contraparte invoca un supuesto daño sin considerar ésta las penalidades de las valorizaciones de los meses de diciembre de 2015 a octubre de 2016, la resolución contractual habría operado por haber sido admitido por la EMPRESA y respecto del cual, no existe controversia.

Adicionalmente, añade que esta pretensión tampoco tiene fundamento jurídico, pues el hecho supuestamente dañoso en realidad es un incumplimiento contractual que da lugar a una penalidad y en ningún caso califica como dañoso para la EMPRESA, así como tampoco se cumplen con ninguno de los requisitos legales para configurar la responsabilidad contractual (no se acredita ni alega el daño, ni el factor atribución, ni el vínculo de causalidad).

En consecuencia, la ENTIDAD concluye que no se cumple con los requisitos legales o facticos para que proceda una declaración de perjuicios, por tanto, la demanda en este extremo también es infundada.

6.3 POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

En relación al presente punto controvertido a analizar, es necesario tener en cuenta que la responsabilidad contractual es la que procede ante la infracción de un contrato válido o es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Ésta comprende dos partes: Una de ellas es la reparación del daño y la segunda es la indemnización por los perjuicios ocasionados. Así, el Artículo 1321° del Código Civil señala lo siguiente:

"Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve".

Asimismo, debe tenerse en cuenta que para que se configure la responsabilidad contractual, debe de cumplirse con lo siguiente: Primero, debe existir un contrato válidamente celebrado, el cual debe ser eficaz; segundo, debe producirse un incumplimiento absoluto o relativo de las obligaciones por parte del deudor, incumplimiento que debe ocasionar un daño; tercero, debe existir una relación de



causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño ocasionado al acreedor; y cuarto, deben configurarse los factores de atribución subjetivos y objetivos.

En el caso de la responsabilidad extracontractual, ésta se determina cuando se produce un daño a un tercero con el cual no existe vínculo contractual. Así, los elementos de la responsabilidad civil extracontractual surgen de los sujetos de esta responsabilidad: la víctima, el perjudicado por el daño (o sus causahabientes); y el responsable, autor culpable o doloso de los hechos. El elemento objetivo lo configura el daño y el elemento subjetivo lo integra la culpa y la negligencia, el descuido, la ignorancia o la imprudencia sin deseo de causar el perjuicio.

Asimismo, es necesario señalar que para este tipo de responsabilidad debe haber primero un daño causado; segundo, la existencia de la relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño causado a la víctima y los actos de atribución (subjetivos u objetivos).

Así tenemos que, entre ambos tipos de responsabilidad civil es fundamental el daño (acto) causado. Si el daño causado no existe no hay responsabilidad contractual ni extracontractual, el daño es el que identifica las responsabilidades; en el campo extracontractual el daño es a cualquier persona, mientras en el contractual el daño es siempre al acreedor¹². Por otro lado, en la responsabilidad extracontractual se asume la doctrina de la reparación integral del daño que existe. Es por ello, que en este campo se indemnizan todos los daños causados a la víctima; mientras que en el ámbito contractual no se reparan, en principio, todos los daños; solamente se reparan, aquellos que sean consecuencia directa del incumplimiento del deudor.

Ahora bien, hay que tener presente que el monto indemnizatorio en el campo extracontractual no depende de la culpabilidad del autor del acto, mientras que en el campo contractual el monto depende del daño y la culpabilidad del deudor, pues será mayor si es producto de culpa grave o dolo, y será menor si es producto de culpa leve.

¹² El subrayado es nuestro.

Luego de lo expuesto, este Tribunal Arbitral Unipersonal advierte que la pretensión de indemnización solicitada por la empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. se configura en una derivada de responsabilidad civil contractual, toda vez que el supuesto perjuicio habría surgido como consecuencia de la retención de los pagos de las valorizaciones a cargo de la ENTIDAD demandada.

En efecto, el Árbitro Único, luego de un análisis de la presente pretensión, ha concluido que lo que la empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. está pretendiendo es una indemnización por los supuestos daños y perjuicios que le estaría ocasionando el hecho de que la ENTIDAD no haya cumplido con pagarle las valorizaciones, sino por el contrario haya procedido a retenerlas.

Ahora bien, habiendo ya determinado que la presente solicitud de indemnización se genera de una responsabilidad civil contractual, queda por determinar quién debe probar el incumplimiento, el daño y si el mismo se encuentra probado en el presente proceso.

En esa línea, el Artículo 1331° del Código Civil señala lo siguiente:

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

Con lo antes transcrito, queda claro que quien tiene la carga de la prueba según el Artículo 1331° del Código Civil, es quien afirma que ha sido perjudicado por la inejecución de la obligación contractual. Asimismo, se desprende del mismo artículo que quien solicita una indemnización debe probarlo. Así, y estando a lo indicado, queda claro en primer lugar que, en el presente caso arbitral, quien tiene la carga de probar, si se le provocó un daño por alguna inejecución en las obligaciones contractuales, es el demandante.

14: Ahora bien, en el presente proceso, la empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. se encuentra pretendiendo una indemnización por supuestos daños y perjuicios,

debido a que la ENTIDAD le habría retenido los pagos de las valorizaciones, lo cual le ha generado un perjuicio a su representada.

De lo expuesto por la demandante, se puede inferir que la misma se encuentra pretendiendo una indemnización por supuestos daños y perjuicios, la cual, a entender de este Árbitro Único, no ha sido probada documentalmente durante todo el proceso, así como tampoco ha cumplido con demostrar el acto antijurídico, el perjuicio o daño, la culpa y el nexo causal de la responsabilidad, toda vez que dicha parte se ha limitado únicamente a indicar que existe un daño y perjuicio, pero no ha indicado, por ejemplo, cuál es de manera concreta ese daño, ni cuál es el nexo de causalidad entre el hecho que provoca el daño y el propio perjuicio.

Conforme se ha señalado precedentemente, la empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. tenía la exigencia de acreditar la existencia de un daño en su contra, y que dicho daño haya sido originado por un actuar o un no actuar por parte de la ENTIDAD; sin embargo, aquellos supuestos daños mencionados por la EMPRESA, conforme se ha referido precedentemente, no han sido demostrados, razón por la cual no existe elemento alguno para validar la afirmación del demandante, con lo cual al no haber probanza de daño, se presume la no existencia de éste.

En tal sentido, este Árbitro Único considera que la pretensión indemnizatoria debe ser DECLARADA INFUNDADA.

7. SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no que se declare y ordene a la Entidad que devuelva el monto de las costas y costos".

7.1 POSICIÓN DE LA EMPRESA:

La empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. ampara sus pedidos en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

Al respecto, la demandante refiere que ha iniciado hasta en dos oportunidades conciliación para poder solucionar la presente controversia, así como hemos mandado innumerables cartas a la ENTIDAD, a fin de que ésta revalúe las penalidades; sin embargo, no han reconocido las deficiencias en la notificación de las penalidades contrariamente han señalado tajantemente su prevalencia en la Resolución del Contrato N° G-434-2016.

Asimismo, añade que su representada ha actuado de buena fe en la ejecución del presente proceso; sin embargo, no ha recibido respuesta por la ENTIDAD contrariamente se ha negado a resolver las controversias en las diferentes reuniones sostenidas, así como en la conciliación frustrada, no asistiendo a la audiencia, debido a que señalaron que nuestro derecho debía ventilarse en el arbitraje conforme consta de la Carta de fecha 12 de enero de 2017.

Por estas razones, al tener que recurrir al arbitraje siendo una vía más costosa solicito declarar que la ENTIDAD debe pagar los costos y costas del presente arbitraje.

7.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

A continuación, se reseñan los fundamentos de hecho y de derecho a los que hace referencia la empresa Electro Sur Este S.A.A. respecto a este punto controvertido:

Al respecto, la ENTIDAD expresa que su contraparte pretende que se le devuelvan las costas y costos procesales; no obstante, atendiendo a que: (i) la demanda es manifiestamente caduca; (ii) se ha acreditado que la ejecución contractual del demandante ha sido absolutamente deficiente y que la sola retención de la cobranza de 1154 recibos daría lugar a una penalidad superior al 10% del monto contractual; y, (iii) la demanda es manifiestamente infundada, corresponde que se condene las costas y costos a favor de su representada.

11:

7.3 POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO



Sobre este punto, cabe precisar que la demandante del presente proceso arbitral ha solicitado que la ENTIDAD devuelva las “Costas y Costos del proceso” en los que ésta hubiera incurrido.

En tal sentido, este Árbitro Único considera conveniente pronunciarse sobre los mismos en base a lo establecido en el numeral 8.3.26 de la Directiva N° 024-2018-OSCE/CD “Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del OSCE”, el cual nos señala lo siguiente:

“8.3.26 Contenido del Laudo

(...) El Árbitro Único o el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo respecto a la distribución de los gastos del arbitraje, y establecerá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas, teniendo presente, de haberse previsto, lo pactado en el convenio arbitral; caso contrario, el Árbitro Único o el Tribunal Arbitral decidirá a su entera discreción quién y en qué montos deben ser asumidos¹³”.

De la misma manera, debe tenerse en cuenta que en el numeral 8.4.1 de la Directiva N° 024-2018-OSCE/CD “Reglamento del Régimen Institucional de Arbitraje Subsidiario en Contrataciones del Estado a cargo del OSCE”, se señala que:

“8.4.1 Gastos Arbitrales

Los gastos arbitrales comprenden los honorarios de los árbitros y los gastos administrativos de la Secretaría Arbitral, los cuales serán calculados conforme a lo establecido en la Tabla de Gastos Arbitrales aplicable a los arbitrajes organizados y administrados por el OSCE vigente en la fecha de inicio del arbitraje (...).”

Además, en el convenio arbitral contenido en el Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral; por lo que, corresponde

¹³ El sombreado y subrayado es nuestro.

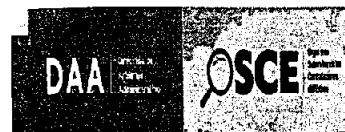
que este Árbitro Único se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

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

En relación a ello, sólo a fin de precisar los montos cobrados en el presente arbitraje, se debe indicar que producto de las pretensiones planteadas por la empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. en su demanda arbitral, se fijó como honorario arbitral neto para el Árbitro Único, la suma neta de S/. 8,617.28 soles, y como honorario de la Secretaría del SNA-OSCE, que incluía los gastos procedimentales, la suma de S/. 6,772.30 soles incluido I.G.V.

La empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. mediante Resolución N° 06 de fecha 18 de julio de 2018, cumplió con pagar los honorarios de la Secretaria del SNA-OSCE a su cargo. Asimismo, cumplió con cancelar los honorarios del Árbitro Único a su cargo y los honorarios de la Secretaria del SNA-OSCE a cargo de su contraparte, conforme se puede advertir de la Resolución N° 07 de fecha 12 de octubre de 2018. Por su parte, la empresa Electro Sur Este S.A.A. cumplió únicamente con cancelar los honorarios arbitrales del Árbitro Único a su cargo conforme se puede advertir de la Resolución N° 03 de fecha 13 de febrero de 2018.

4. Ahora, estando a la decisión de este Árbitro Único de que cada parte asuma sus costos, costas y gastos arbitrales, tenemos que en lo que respecta a los gastos arbitrales, cada parte deberá asumir el 50%.



En tal sentido, el 50% de los honorarios de la Secretaría del SNA-OSCE que se le facultó a la parte demandante ascienden a la suma neta de S/. 3,386.15 soles incluido I.G.V., motivo por el cual, corresponde que la empresa Electro Sur Este S.A.A. devuelva a la empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. dicha suma que inicialmente estaba a su cargo, pero que ante su falta de pago fue cancelada por la demandante conforme consta de la Resolución N° 07 de fecha 12 de octubre de 2019.

Por tales razones, corresponde declarar INFUNDADO el presente punto controvertido.

DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

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

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

PRIMERO.- DECLÁRESE FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la Demanda Arbitral de fecha 01 de febrero de 2017, planteada por la a empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. y analizada en el Primer Punto Controvertido del presente Laudo Arbitral; en consecuencia, **DECLÁRESE** que para la aplicación de "otras penalidades" debe prevalecer los criterios de objetividad, razonabilidad y congruencia establecidos en el Artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

SEGUNDO.- DECLÁRESE QUE CARECE DE OBJETO emitir pronunciamiento sobre la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal de la Demanda Arbitral de fecha 01 de febrero de 2017, planteada por la empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. y analizada en el Segundo Punto Controvertido del presente Laudo Arbitral, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo.

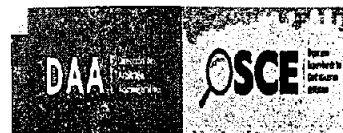
TERCERO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Primera Pretensión Accesorio a la Pretensión Principal de la Demanda Arbitral de fecha 01 de febrero de 2017, planteada por la a empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. y analizada en el Tercer Punto Controvertido del presente Laudo Arbitral, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo.

CUARTO.- DECLÁRESE QUE CARECE DE OBJETO emitir pronunciamiento sobre la Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal de la Demanda Arbitral de fecha 01 de febrero de 2017, planteada por la a empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. y analizada en el Cuarto Punto Controvertido del presente Laudo Arbitral, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo.

QUINTO.- DECLÁRESE QUE CARECE DE OBJETO emitir pronunciamiento sobre la Tercera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal de la Demanda Arbitral de fecha 01 de febrero de 2017, planteada por la a empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. y analizada en el Quinto Punto Controvertido del presente Laudo Arbitral, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo.

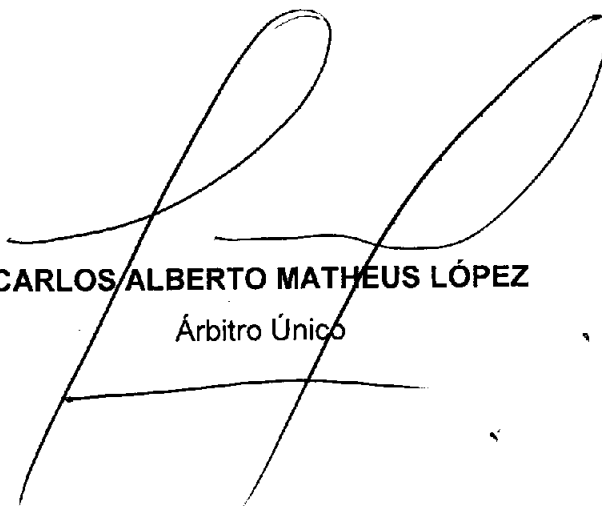
SEXTO.- DECLÁRESE INFUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la Demanda Arbitral de fecha 01 de febrero de 2017, planteada por la a empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L., analizada en el Sexto Punto Controvertido del presente Laudo Arbitral; y en consecuencia, **DISPÓNGASE** que no corresponde reconocer concepto de indemnización por daños y perjuicios alguno.

14. **SÉPTIMO.- DECLÁRESE INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la Demanda Arbitral de fecha 01 de febrero de 2017, planteada por la empresa Cesar Augusto



Zegarra Santisteban E.I.R.L., analizada en el Séptimo Punto Controvertido del presente Laudo Arbitral; en tal sentido, **DISPÓNGASE** que tanto la empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L. así como la empresa Electro Sur Este S.A.A., asuman en partes iguales, los gastos arbitrales, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral y, en consecuencia, **ORDÉNESE** a la empresa Electro Sur Este S.A.A. pagar *-en vía de devolución-* a la empresa Cesar Augusto Zegarra Santisteban E.I.R.L., la suma neta ascendente a S/. 3,386.15 (Tres Mil Trescientos Ochenta y Seis y 15/100 Soles) incluido I.G.V. por concepto de honorarios de la Secretaría del SNA-OSCE a su cargo, pero que ante su falta de pago fue cancelada por la demandante conforme consta de la Resolución N° 07 de fecha 12 de octubre de 2019, de acuerdo a las precisiones indicadas en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

Notifíquese a las partes.



CARLOS ALBERTO MATHEUS LÓPEZ
Árbitro Único