

Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima

Caso Arbitral N° 0312-2020-CCL

CONSTRUCCIONES ELECTROMECHANICAS DELCROSA S.A.
(Demandante)

Y

ELECTRO SUR ESTE S.A.A.
(Demandado)

LAUDO ARBITRAL

ÁRBITRO ÚNICO

DR. JULIO CARLOS LOZANO HERNÁNDEZ

SECRETARIA ARBITRAL

ABG. JOYCE POVES MONTERO

Lima, 07 de septiembre de 2021

<u>Términos empleados en este Laudo Arbitral</u>	
LA DEMANDANTE en adelante EL CONTRATISTA	CONSTRUCCIONES ELECTROMECHANICAS DELCROSA S.A.
LA DEMANDADA en adelante LA ENTIDAD	ELECTRO SUR ESTE S.A.A.
EL ÁRBITRO ÚNICO	Dr. Julio Carlos Lozano Hernández
EL CENTRO	Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima
EL CONTRATO	Contrato N° 031 – 2020 denominado “Adquisición de Transformadores Elevadores para Centrales Hidroeléctricas”

I. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

1. Las partes, el 26 de febrero de 2020, suscribieron el Contrato N° 031 – 2020 denominado “Adquisición de Transformadores Elevadores para Centrales Hidroeléctricas”, luego de haber sido otorgada la buena pro a **EL CONTRATISTA** en la Licitación Pública N° LP-039-2019-ELSE. Cabe mencionar que el monto del contrato fue de S/ 1´556,280,00 (Un millón quinientos cincuenta y seis mil doscientos ochenta con 00/100 soles), incluido impuestos.
2. El plazo de ejecución del contrato inicialmente se estableció en 180 días calendario computados desde el día siguiente de la suscripción del contrato, computo que inició el 27/02/2020. Posteriormente, mediante Carta N° DAL-34-2020 de fecha 8 de julio de 2020, **EL CONTRATISTA** solicita ampliación de plazo por 89 días. Ante ello, **LA ENTIDAD**, mediante Resolución de Gerencia General N° G - 163 – 2020 e fecha 16 de julio de 2020,

otorga una ampliación de 68 días, con lo que **EL CONTRATISTA** no estaría de acuerdo, razón por la que inicia el arbitraje.

II. DESARROLLO DEL PROCESO

1. Con fecha 19 de agosto de 2020, en virtud de lo establecido en la cláusula vigésimo novena, **EL CONTRATISTA** presenta su Solicitud de Arbitraje contra **LA ENTIDAD**, a efectos de que se declare ineficaz la Resolución de Gerencia General N° G - 163 - 2020 de fecha 16 de julio de 2020, que aprueba parcialmente la solicitud de ampliación de plazo N° 01 presentada por **EL CONTRATISTA**, y que se declare la aprobación de solicitud de ampliación de Plazo del Contrato de "ADQUISICIÓN DE TRANSFORMADORES ELEVADORES PARA CENTRALES HIDROELÉCTRICAS" en 89 días calendario **EL CONTRATISTA**. Asimismo, solicita el pago de costas y costos; reservándose el derecho ampliar y/o de modificar sus pretensiones con la interposición de su demanda arbitral.
2. Con fecha 11 de septiembre de 2020, **LA ENTIDAD** contesta la Solicitud de Arbitraje interpuesta, señalando que la cláusula arbitral se encuentra contenida en el Contrato N° 031-2020 "*Adquisición de Transformadores Elevadores para Centrales Hidroeléctricas*" Licitación Pública N° LP-039-2019-ELSE, a cuyos términos se remiten, refiriendo a su vez que, en relación a las pretensiones de **EL CONTRATISTA**, la posición de **LA ENTIDAD** es que las mismas no cumplen los requisitos previstos en la normativa de contrataciones del Estado para ser procedentes, por lo que son infundadas. Se reserva además el derecho de formular reconvencción, una vez que sea notificada la demanda y, formular, de ser el caso, excepción de caducidad.

3. Con fecha 25 de enero de 2021, **EL CONTRATISTA** presenta escrito sumillado "*Acumulación de Pretensiones*" mediante el que señala que en la actualidad se viene tramitando el proceso arbitral N° 312-2020-CCL, el cual versa sobre las controversias generadas entre las partes suscribientes del Contrato N° 031-2020, es por ello que en su oportunidad en su solicitud de arbitraje de fecha 19 de agosto del 2020, solicitaron el inicio del proceso arbitral materia de referencia con las siguientes pretensiones:

- Que el tribunal arbitral declare ineficaz la resolución de gerencia general N° G-163-2020-ES que deniega en parte la ampliación de plazo.
- Que el tribunal arbitral declare la aprobación de su solicitud de ampliación de plazo por 89 días calendarios.
- Que el tribunal arbitral ordene a **LA ENTIDAD** el pago de los gastos y costos que el precitado arbitraje les irrogue.

4. Posteriormente, refiere **EL CONTRATISTA** que mediante comunicación de fecha 23 de diciembre de 2020 **LA ENTIDAD** pretende imponerle una serie de penalidades que no van acorde a lo estipulado por las partes en el Contrato N° 031-2020; en ese sentido, **EL CONTRATISTA** solicita la acumulación de una nueva pretensión al proceso N° 312-2020-CCL que se encuentra en curso, la cual es la siguiente:

- Que, el tribunal arbitral deje sin efecto el oficio GOT N°-269-2020 y, por ende, declare ineficaz la penalidad impuesta por el

monto de S/ 33,600.00 (treinta y tres mil seiscientos con 00/100).

5. El 29 de enero de 2021, **EL CONTRATISTA** presenta escrito sumillado "*Lo que se indica*", por el cual requiere respetuosamente al abogado Oscar Fernando Herrera Giurfa se abstenga de seguir participando en arbitraje en trámite, señalando que la actividad arbitral tiene como base angular la confianza de las partes en quienes van a resolver la controversia, toda vez que refiere que existe actualmente una relación profesional de cercanía entre dicho abogado y la abogada María Becerra, presidenta o árbitro de la otra parte, lo que podría ser entendido como una causal de recusación, ya que, según refieren, les genera dudas justificadas sobre su imparcialidad e independencia.
6. Con fecha 16 de febrero de 2021, ante la designación efectuada por el Consejo Superior de Arbitraje, este Árbitro Único presenta su *Aceptación y Declaración de Independencia, Imparcialidad y Disponibilidad*.
7. Mediante Orden Procesal N° 1 de fecha 28 de enero de 2021, se otorgó a las partes el plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que presenten sus observaciones o comentarios al proyecto de reglas arbitrales, estableciendo que vencido dicho plazo, se darían por aprobadas las mismas con su conformidad.
8. Mediante escrito del 3 de febrero de 2021, **LA ENTIDAD** señaló su número de teléfono, así como su domicilio procesal y confirmó sus correos electrónicos.

9. Mediante Orden Procesal N° 2, de fecha 18 de febrero de 2021, debidamente notificada a las partes, se resuelve, poner en conocimiento de las partes la aceptación del Árbitro Único, remitir a las partes el proyecto de reglas arbitrales, otorgando un plazo de cinco (5) días hábiles a efectos de que presenten sus observaciones o comentarios y otorgar a **LA ENTIDAD** el plazo de diez (10) días hábiles a fin de que modifiquen y/o actualicen la inscripción del Árbitro Único. A dicha orden procesal se adjunta el calendario procesal.
10. Mediante escrito del 24 de febrero de 2021, **LA ENTIDAD** solicitó la modificación del numeral 16 de las reglas arbitrales, referido a la forma de presentación de los escritos, a fin de que se establezca que la presentación de los escritos a través de la plataforma del AOL sea de forma facultativa, debiendo presentar por correo electrónico.
11. Mediante Orden Procesal N° 3 del 08 de marzo de 2021, el Árbitro Único resuelve, entre otros, modificar la regla arbitral N° 16 contenida en la Orden Procesal N° 2, fijar las reglas definitivas del presente arbitraje, y otorgar a **EL CONTRATISTA** el plazo de veinte (20) días hábiles a fin de que presente su escrito de demanda arbitral. Asimismo, se consigna el calendario procesal siguiente:

N°	Actuación	Partes / Árbitro Único	Fecha
1	Presentación de la demanda	Parte demandante	06/04/2021
2	Presentación de la contestación a la demanda y, de ser el caso, de la reconvencción	Parte demandada	04/05/2021

Caso Arbitral N° 0312-2020-CCL

**CONSTRUCCIONES ELECTROMECHANICAS DELCROSA S.A. c. EMPRESA REGIONAL DE
SERVICIOS PUBLICOS DE ELECTRICIDAD DEL SUR ESTE S.A.
Laudo Arbitral**

3	De ser el caso, presentación de la contestación a la reconvencción	Parte demandante	01/06/2021
5	Audiencia Única	Partes y Árbitro Único	08/06/2021 a las 10:00 a.m.
6	Presentación de escritos posteriores a la audiencia	Partes	14/06/2021
8	Cierre de las actuaciones	Árbitro Único	21/06/2021
9	Laudo final	Árbitro Único	En el menor plazo posible o, en todo caso, dentro de los cincuenta (50) días hábiles posteriores al cierre de las actuaciones

12. Con fecha 06 de abril de 2020 **EL CONTRATISTA**, dentro del plazo otorgado, presenta su escrito de Demanda contra **LA ENTIDAD**, conteniendo las siguientes pretensiones:

- **PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL**

Que, el Arbitro Único declare ineficaz la Resolución de Ampliación de Plazo Contrato de "ADQUISICIÓN DE TRANSFORMADORES ELEVADORES PARA CENTRALES HIDROELÉCTRICAS" N° G - 163 - 2020 de fecha 16 de julio del 2020 que aprueba parcialmente la solicitud de ampliación de plazo N° 01 presentada por **EL CONTRATISTA**, en consecuencia, se apruebe la ampliación de plazo excepcional en razón a 89 días calendarios.

- **PRETENSION ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL**

Que, el Arbitro Único ordene a **LA ENTIDAD** que efectuó el pago de S/ 36,618.30 (Treinta y seis mil seiscientos dieciocho con 30/100 soles) en favor de **EL CONTRATISTA** por haberse retenido esta suma como concepto de penalidad por mora de la Factura Electrónica N° FF01- 00019486.

- **SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL**

Que, el Arbitro Único declare ineficaz la imposición de otras penalidades ascendentes a S/ 33,600.00 (Treinta y tres mil trescientos con 00/100 soles) conforme al Oficio GOT N° 269 – 2020 de fecha 23 de diciembre del 2020, en consecuencia, efectuándose el cálculo correcto de dicha penalidad el monto debe ascender a S/ 2,100.00 (Dos mil cien con 00/100 soles).

- **PRETENSION ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL**

Que, el Arbitro Único ordene a **LA ENTIDAD** la devolución de S/ 31,500.00 (Treinta y un mil quinientos con 00/100 soles) en favor de **EL CONTRATISTA** por haberse retenido de manera indebida esta suma como concepto de otras penalidades de la Factura Electrónica N° FF01- 00019486.

13. Los fundamentos de la Demanda incoada por **EL CONTRATISTA** fueron los siguientes:

De la primera pretensión principal:

a) Que, el 15 de marzo de 2020 se emitió el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM mediante el cual el Gobierno Peruano dispuso el

inicio de la inmovilización social obligatoria (cuarentena) por la propagación de contagios del COVID 19 en el territorio peruano, medida que fue ampliada hasta el 30 de junio del 2020 con la emisión del Decreto Supremo N° 94-2020-PCM; siendo que el 3 de mayo de 2020, mediante Decreto Supremo N° 080-2020-PCM, se aprobó la “Reanudación de Actividades” para las empresas consideradas en la Fase 1 de reactivación económica; por consiguiente, conforme a lo establecido en el Artículo 3 de dicha norma, a fin de reiniciar sus operaciones, las empresas debían elaborar un “Plan para la vigilancia, prevención y control del COVID 19 en el trabajo” conforme a los lineamientos establecidos en la Resolución Ministerial N° 239-2020 – MINSa, norma que aprueba los “Lineamientos para la Vigilancia de la Salud de los Trabajadores con riesgo de exposición a COVID 19”.

- b) En virtud de ello, el 18 de mayo de 2020, consigue la Autorización para la Operatividad para la Producción de Bienes y Servicios Esenciales por parte del Ministerio de la Producción – PRODUCE, adjuntando el mismo como Anexo A-7 de su demanda arbitral. Además, luego de elaborar y presentar su “Plan para la vigilancia, prevención y control del COVID 19 en el trabajo” logró aprobación de dicho documento el 20 de mayo del 2020, siendo que la autorización por parte del Ministerio de Salud – MINSa para reiniciar sus actividades de producción “CONSTANCIA DE REGISTRO N° 002141-2020”, adjunta como Anexo A-8 de su demanda.
- c) Que, luego de haber obtenido la autorización correspondiente para el reinicio de actividades por parte de la autoridad

administrativa, tuvo que implementar el Plan de Vigilancia y Prevención, para lo cual tuvo que adquirir equipos de protección personal (mascarillas, protectores fáciles), alcohol desinfectante, instalar lavatorio de manos para todo el personal, reubicar los puestos de trabajo para mantener el distanciamiento social, así como implementar una serie de medidas con la finalidad de evitar la propagación de contagios en sus trabajadores. Siendo que, recién el 12 de junio de 2020 logró reiniciar formalmente sus operaciones, considerándose dicha fecha como el cese de la causal de la paralización de actividades que justificaría la solicitud de ampliación de plazo.

- d) Que, el Gobierno Peruano promulgó el Decreto Supremo N° 168-2020 – EF el 30 de junio de 2020, por el que, en su tercera disposición complementaria final estableció un procedimiento excepcional para la reactivación de contratos de bienes y servicios regidos bajo el marco de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, que fueron paralizados por la declaratoria de Estado de Emergencia Nacional producida por el COVID-19, medida que fue aprobada por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM.
- e) Que, en consecuencia, accogiéndose a dicho procedimiento **EL CONTRATISTA** mediante Carta N° DAL – 34 – 2020 de fecha 08 de julio del 2020, adjunto como Anexo A-9 de su demanda, solicitó la ampliación de plazo contractual cuantificando la afectación que tuvo el contrato por las medidas restrictivas, esto es calculando la paralización que se originó el 15 de marzo del 2020 con el inicio la inmovilización social (cuarentena) y

declaratoria de estado de emergencia decretado por el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, hasta que **EL CONTRATISTA** finalmente pudo reactivar sus operaciones, lo que ocurrió el 12 de junio del 2020, calculando la paralización de actividades de **EL CONTRATISTA** en 89 días calendarios.

- f) Que, **LA ENTIDAD** al momento de evaluar la solicitud de ampliación de plazo N° 02, mediante la RESOLUCIÓN DE AMPLIACIÓN DE PLAZO CONTRATO DE "ADQUISICIÓN DE TRANSFORMADORES ELEVADORES PARA CENTRALES HIDROELÉCTRICAS" N° G - 163 - 2020 de fecha 16 de julio del 2020, ahora impugnada, señaló:

"Que, el Informe Técnico ha cumplido con evaluar y/o analizar el impacto del Estado de Emergencia Nacional producido por el COVID-19 y la consecuente inmovilización social (cuarentena) y sus efectos en el contrato y los servicios que la contratista se encontraba obligada a brindar, concluyendo que corresponde el reconocimiento de una ampliación de plazo parcial por el término de sesenta y ocho (68) días calendario para la entrega de los bienes, que inicialmente se encontraba prevista para el 24.08.2020, estableciendo como nueva fecha de esta entrega el 31.10.2020, debido al Estado de Emergencia Nacional, dispuesto desde el 16.03.2020 y hasta el 22.05.2020, fecha cierta que se acredita con la aprobación del Plan COVID-19 del contratista, que lo habilita al reinicio de sus actividades. (...)"

- g) Que, puede notarse entonces que la demandada **LA ENTIDAD**, al momento de evaluar la ampliación de plazo solicitada por **EL**

CONTRATISTA, consideró erradamente que el cese de la causa de paralización sucedió cuando **EL CONTRATISTA** obtuvo la aprobación del Plan de Vigilancia y Prevención contra el COVID – 19, esto es al 20 de mayo del 2020. Cabe mencionar que aquí también por error **LA ENTIDAD** consideró que dicho evento ocurrió el 22 de mayo del 2020, cuando en la realidad el Plan de Vigilancia COVID – 19 fue aprobado en fecha 20 de mayo del 2020.

- h) Que, resulta evidente entonces que el argumento usado por **LA ENTIDAD** para aprobar parcialmente la ampliación de plazo no fue objetivo, pues **LA ENTIDAD** no ha considerado que **EL CONTRATISTA** previo al inicio de actividades post cuarentena no solo debía cumplir con tener un Plan de Prevención contra el COVID – 19 aprobado, sino que más bien la normativa exigía que **EL CONTRATISTA** implemente en sus instalaciones los protocolos considerados en dicho Plan, dado que la finalidad de ello fue evitar la propagación del COVID – 19 en los trabajadores dentro del centro de trabajo. Esto evidentemente no fue entendido por **LA ENTIDAD**.
- i) Que, el Decreto Supremo N° 080-2020-PCM (Decreto Supremo que aprueba la reanudación de actividades económicas en forma gradual), en su artículo 3, estableció que los protocolos sanitarios sectoriales para el reinicio de actividades tendrían como base los “Lineamientos para la vigilancia de la Salud de los trabajadores con riesgo de exposición a COVID-19” aprobados mediante Resolución Ministerial N° 239-2020-MINSA. Es entonces esta última norma la que, de manera específica

determinó las medidas y protocolos que deberían implementar todas las personas naturales o jurídicas que realicen actividad económica previo al reinicio de sus actividades.

- j) Que, según lo establecido en la Resolución Ministerial N° 239-2020-MINSA, todo empleador, en este caso **EL CONTRATISTA**, previo al reinicio de sus actividades tenía la obligación de implementar los protocolos de salud necesarios para garantizar a sus trabajadores un ambiente de labores seguro ante la propagación del COVID – 19, lo que implicó también que se efectúen varias modificaciones en las instalaciones de **EL CONTRATISTA** (fábrica y oficinas administrativas), se tuvo que reubicar los lugares de trabajo, así como la ubicación de maquinarias y equipos de trabajo para procurar el distanciamiento personal entre los trabajadores. Todas estas actividades de implementación evidentemente tuvieron que realizarse luego de que el “Plan para la vigilancia, prevención y control del COVID – 19 en el trabajo de **EL CONTRATISTA**” fuera aprobado con fecha 20 de mayo del 2020, por lo que, dadas todas las limitaciones logísticas y de transporte que se tuvieron en ese momento, **EL CONTRATISTA** logró reiniciar sus actividades al 12 de junio del 2020.
- k) Que, es entonces el 12 de junio del 2020 la fecha en la cual cesó la causa de paralización de actividades (cese de la causal de ampliación de plazo), por lo que, no es correcto afirmar, como lo hizo **LA ENTIDAD**, que la causa de paralización habría culminado con la aprobación del “Plan para la vigilancia,

prevención y control del COVID – 19 en el trabajo de **EL CONTRATISTA**” que ocurrió el 20 de mayo del 2020.

- l) Que, en tal sentido, el cómputo correcto para determinar la afectación del plazo del contrato debe considerarse del 15 de marzo del 2020, fecha del inicio del estado de emergencia y cuarentena (Decreto Supremo N° 044-2020-PCM), al 12 de junio del 2020, fecha en la que realmente **EL CONTRATISTA** reinició sus actividades, por tanto, efectuándose el cómputo correcto, se obtiene 89 días calendarios que debieron ser aprobados como ampliación de plazo y no de manera parcial únicamente 68 días calendarios.
- m) Que, por consiguiente, considerando que para el reinicio de actividades post cuarentena no solo bastaba que **EL CONTRATISTA** haya cumplido con obtener la aprobación del “Plan para la vigilancia, prevención y control del COVID – 19”, sino que además requería garantizar a sus trabajadores un ambiente adecuado para evitar contagios del COVID – 19 a través de la implementación de los protocolos de salud en el centro de trabajo según los lineamientos contenidos en la Resolución Ministerial N° 239-2020-MINSA. La paralización de actividades ajenas a la voluntad del contratista deberá considerarse hasta el 12 de junio del 2020 fecha en la cual efectivamente **EL CONTRATISTA** reinició sus actividades.

De la pretensión accesoria a la primera pretensión principal:

- a) Que, mediante correo electrónico del 23 de diciembre del 2020 el administrador del contrato por parte de **LA ENTIDAD**, Ingeniero Omar Ipenza notificó a **EL CONTRATISTA** el Oficio GOT N°-269-2020 de fecha 23 de diciembre del 2020, que adjunta como Anexo A-11 de su demanda, mediante el que hace de conocimiento de **EL CONTRATISTA** la liquidación del Contrato N° 031-2020; oficio por el que comunicó el cálculo de una penalidad por mora, la imposición de otras penalidades con su respectivo calculo, así como algunos deductivos realizados al contrato. Refieren que **LA ENTIDAD** realizó el cálculo de la penalidad por mora considerando el plazo del contrato a razón de 255 días calendario, en virtud de haberse aprobado la ampliación de plazo N° 01 con 68 días y la aprobación de ampliación de plazo N° 02 con 07 días calendario.
- b) Que, el monto de la penalidad por mora según el cálculo realizado por **LA ENTIDAD** asciende S/ 36,618.30 (Treinta y seis mil seiscientos dieciocho con 30/100 soles) el que consideran inadecuado, en tanto y en cuanto al amparase la primera pretensión principal se aprobarían los 89 días calendarios solicitado inicialmente en la ampliación de plazo N° 01, por lo que, finalmente se tendría como plazo de ejecución del contrato 276 días calendario, siendo la nueva fecha de término del contrato el 29 de noviembre del 2020; razón por la que consideran haber cumplido con ejecutar todo el alcance del contrato en fecha 22 de noviembre 2020 obteniendo la respectiva conformidad, no correspondería la imposición de penalidad por mora, siendo que habrían culminado la ejecución

del contrato con una antelación de 07 días calendario al plazo final del contrato.

- c) Que, al ampararse la primera pretensión principal de la demanda, consecuentemente, aprobada la ampliación de plazo N° 01, **LA ENTIDAD** debería devolver la suma de S/ 36,618.30 (Treinta y seis mil seiscientos dieciocho con 30/100 soles) que fue descontado de la Factura Electrónica N° FF01- 00019486.

De la segunda pretensión principal:

- a) Que, **LA ENTIDAD**, a través del Oficio GOT N° 269 – 2020 de fecha 23 de diciembre del 2013, comunicó la liquidación del Contrato N° 031-2020, mediante el que impuso otras penalidades distintas a la penalidad por mora, previstas en Cláusula Décimo Novena del Contrato, las mismas que sustenta en que el personal ofertado por **EL CONTRATISTA** no estuvo presente en la implementación de los transformadores en las 04 CHs (4 Centrales Hidroeléctricas), toda vez que, en su oferta propuso la participación del siguiente personal:

Profesional	Ofertado
Responsable del Servicio	Jesus Bravo Eguizabal
Técnico Electricista	Lenin Cruz Canta Gomez
Prevencionista de Riesgos	Yogger Rusmaar Flores Quijano

- b) Que, según los términos establecidos en la cláusula cuarta del contrato que está referida al alcance, debían realizar la fabricación de 07 transformadores que reemplazarían a los ya

existentes en las Centrales Hidroeléctricas de propiedad de ELSE, realizar el transporte, montaje, pruebas y puesta en servicios de estos, y, los equipos reemplazados debían ser llevados a los almacenes que **LA ENTIDAD** designe.

- c) Que, por tanto, según ello, la participación del personal propuesto era necesaria e indispensable únicamente al momento de hacer efectiva las maniobras de montaje, pruebas y puesta en servicio de los 07 Transformadores; sin embargo, como quiera que desde la celebración del contrato hasta la fecha de hacer efectivo el montaje transcurrió aproximadamente 9 meses, no se pudo contar con los profesionales ofertados debido a la crisis del COVID – 19, razón por la que tuvo que realizar los trabajos con personal distinto al ofertado.
- d) Que, el contrato sin duda estableció penalidades distintas a la penalidad por mora que sancionaban el cambio de personal ofertado, sin embargo, al momento de imponer dichas penalidades se realizó una interpretación errada, por tanto una imposición y calculo inadecuado de dichas penalidades.
- e) Que, si bien es cierto, el Reglamento de la Ley N° 30225 Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 344 -2018-EF en su Artículo 163.11 señala que, las Entidades pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 162 (penalidad por mora), están deben estar incluidas en los documentos del procedimiento de selección, asimismo, estas deberán ser objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación.

- f) Que, **LA ENTIDAD** no puede efectuar interpretaciones distintas, que no conserven el sentido de lo que los documentos de selección y el contrato concibieron como los supuestos de hecho pasibles de sanción.
- g) Que, se imputa como infracciones las sanciones previstas en el cuadro de penalidades Ítem 2, 8 y 9, donde se señala como supuestos de hecho o conductas sancionables las siguientes:

Item	Tipificación de la Infracción	Unidad	Penalidad % UIT	Procedimiento
2	El contratista no cuenta con el personal ofertado en su propuesta	Cada Infracción	50%	Informe Administrador de Contrato
8	Cambio de personal sin autorización de la empresa (el pago de la penalidad no habilita al residente que no cumpla los requisitos solicitados)	Cada vez	100%	Informe Administrador de Contrato
9	Cambio de personal técnico propuesto sin autorización de la empresa (el pago de la penalidad no habilita al trabajador que no cumpla los requisitos)	Cada vez	50%	Informe Administrador de Contrato

- h) Que, todas las penalidades (supuestos de hecho) están orientadas a sancionar una misma conducta, que es: el cambio del personal ofertado. Es decir, **LA ENTIDAD** habría establecido tres tipos de sanción para una misma conducta, quebrantando la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad que exige la norma de contrataciones en caso las Entidades decidan incluir otro tipo de penalidades distintas a la penalidad por mora.
- i) Que, de otro lado, no obstante, a que **LA ENTIDAD** pretende imponer tres tipos de sanción a una misma conducta, impuso las sanciones previstas en el cuadro de penalidades Ítem 2, 8 y 9,

aplicando un criterio arbitrario y totalmente distinto al previsto en el mencionado Cuadro de Penalidades.

- j) Que, por ejemplo, en referencia a la penalidad contenida en el Ítem 2 del Cuadro Penalidades, el criterio de aplicación para esta sanción es por "Cada Infracción", es decir, por cada vez que **EL CONTRATISTA** no cuente con el personal ofertado en su propuesta. En los hechos, las maniobras de montaje, puesta en operación de los 7 Transformadores y retiro de los equipos existentes se realizaron en un solo acto y con los mismos profesionales, por tanto, solo no contó con el personal ofertado en una oportunidad, es decir, solo incurrió una sola vez en la penalidad del Ítem 2. Sin embargo, **LA ENTIDAD** de manera arbitraria, al momento de aplicar la sanción, cambió el criterio de aplicación de dicha sanción indicando que la infracción es por cada "Intervención", entendiéndose ello por cada transformador que fue montado y puesto en operación, lo que no resulta razonable, es desproporcionado y atentatorio a nuestro derecho.
- k) Por otro lado, referente a la penalidad contenida en el Ítem 8, la conducta a sancionar es: "El cambio de personal sin autorización de la empresa", siendo el criterio de aplicación por "Cada vez", es decir, durante la ejecución del contrato **EL CONTRATISTA** será sancionado en cada oportunidad que cambie al personal ofertado. En los hechos se puede ver que se ha cambiado el personal ofertado en una única oportunidad. Sin embargo, en este caso también se advierte que **LA ENTIDAD** al momento de aplicar la penalidad cambia arbitrariamente el criterio de aplicación por cada "Intervención", lo cual no resulta correcto

dado que el Cuadro de Penalidades no hace referencia a intervenciones.

- l) Del mismo modo, respecto de la penalidad contenida en el Ítem 9 del Cuadro Penalidades, al igual que en los casos anteriores, según el contrato la conducta a sancionar es: "Cambio de personal técnico propuesto sin autorización de la empresa" siendo el criterio de aplicación por "Cada vez" que **EL CONTRATISTA** cambie el personal ofertado. En los hechos, durante la ejecución del contrato, solo se cambió al personal ofertado una sola vez. No obstante, para la aplicación de esta penalidad se advierte que nuevamente, **LA ENTIDAD** impuso esta penalidad por cada "Intervención" lo cual, como ya hemos reiterado, no es correcto.
- m) En conclusión, refiere **EL CONTRATISTA** que muy aparte de que **LA ENTIDAD** ha cambiado el criterio establecido para la aplicación de cada penalidad, resulta evidente que, dichas penalidades están orientadas a sancionar un mismo hecho.
- n) Que, en tal sentido, conviene referirnos a la primera disposición complementaria final del Decreto Supremo N° 344-2018-EF que aprueba el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable al presente caso, que señala, "En lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, solo en ausencia de estas, las de derecho privado", ello nos permite remitirnos al inciso 11° del artículo 248° del Decreto Supremo N° 004-2019-JUS Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento

Administrativo General, norma de derecho público que regula los principios de la potestad sancionadora, dentro de ellos resaltamos el principio *Non bis in idem* que refiere: No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento, ello resulta aplicable en el caso que nos ocupa debido a que el Cuadro de Penalidades del contrato contiene supuestos de hecho que pretenden sancionar al mismo sujeto varias veces por incurrir en una sola conducta. Cabe mencionar que aludimos al principio *Non bis in idem* como un principio general del Derecho.

- o) Que, para el caso que ocupa resulta relevante observar la versión sustantiva o material a la que alude el Supremo Tribunal, donde se señala que, constituye un exceso del poder el hecho de sancionar a un sujeto dos veces, o más como en el caso de análisis, por una misma infracción. Asimismo, resaltamos lo referido por el Supremo Tribunal que señala: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido. En ese sentido, podemos advertir que las penalidades impuestas contenidas en el Ítem 2,8 y 9 del Cuadro de Penalidades se fundamentan en el mismo contenido injusto, es decir, todas de una u otra forma están orientadas a sancionar el cambio del personal ofertado.
- p) Que, en conclusión, a la luz de lo señalado anteriormente resulta desproporcionado, arbitrario y lesivo para **EL CONTRATISTA** la

imposición de otras penalidades por parte de **LA ENTIDAD**. No obstante, no se niega que haber ejecutado los trabajos con personal distinto al que propuso en su oferta, no obstante, considerando que la penalidad contenida en el Ítem 8 no es aplicable puesto que el contrato no preveía la participación de un RESIDENTE, del mismo modo, teniendo en cuenta que la penalidad contenida en el Ítem 2 sanciona de manera genérica el cambio del personal ofertado, aplicando proporcionada y taxativamente las penalidades, consideramos que **EL CONTRATISTA** debería ser pasible de ser sancionada únicamente por la penalidad del Ítem 9 del Cuadro de penalidades, aplicándose dicha sanción por una única vez.

- q) En tal sentido, se solicita al Árbitro Único que declare ineficaz la imposición de otras penalidades ascendentes a S/ 33,600.00 (Treinta y tres mil trescientos con 00/100 soles) y en aplicación correcta del cuadro de penalidades contenido en el contrato, reduzca el monto a la suma de S/ 2,100.00 soles por aplicación de la penalidad del Ítem 9 por una sola vez que **EL CONTRATISTA** habría cambiado al personal ofertado.

De la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal:

- a) Que, considerando el carácter accesorio de esta pretensión, al declararse fundada la segunda pretensión principal, el Árbitro Único deberá amparar la pretensión accesoria a esta segunda pretensión principal, por tanto, deberá ordenar a **LA ENTIDAD** que efectúe la devolución de S/ 31,500.00 (Treinta y un mil quinientos con 00/100 soles). Esto debido a que está

determinado que **EL COTRATISTA** únicamente es pasible de ser sancionada con la penalidad prevista en el Ítem 9 del Cuadro de Penalidades contenida en la Cláusula Décimo Novena, por tanto, únicamente le corresponde asumir la suma de S/ 2,100.00 (Dos mil cien con 00/100 soles) por concepto de otras penalidades.

14. Con fecha 04 de mayo de 2021, **LA ENTIDAD** se apersona al proceso, contestando dentro del plazo otorgado la Demanda Arbitral interpuesta en su contra por **EL CONTRATISTA**, solicitando se declare Infundada en todos sus extremos. Además, solicita que **EL CONTRATISTA** asuma en su totalidad las costas y costos del presente proceso arbitral, al resultar sus pretensiones manifiestamente infundadas.

15. Los fundamentos esenciales de la Contestación de Demanda presentada por **LA ENTIDAD** fueron los siguientes:

a) Que, la pretensión es infundada porque (i) el D.S. 080-2020-PCM publicado el 8 de mayo de 2020 ya le permitía la continuación de sus actividades; (ii) no existe ningún medio probatorio que acredite que la implementación de su protocolo haya concluido el 12 de junio (o julio¹) de 2020.

b) Que, el 3 de mayo de 2020 se publicó en el Diario Oficial El Peruano el Decreto Supremo N° 080-2020 (en adelante, DS 080), que entró en vigencia el 4 de mayo de 2020, por el que se

¹ En la carta N° DAL-34-2020 el Contratista sostiene que su inicio de actividad es en el mes de JULIO y no en JUNIO, como señala en la demanda.

dispuso el reinicio de las actividades, entre las que se encuentra la metalmecánica, de **EL CONTRATISTA**.

- c) Que, en consecuencia, **EL CONTRATISTA** estuvo contemplado en la primera fase de reanudación de actividades, pues su industria es la de metalmecánica.
- d) Que, de conformidad con el DS 080, **EL CONTRATISTA** podía iniciar sus actividades inmediatamente después de cumplir con los protocolos sanitarios y tal como señala el mismo. La última autorización requerida, que fue el Plan para la vigilancia, prevención y control del COVID 19 en el trabajo, fue aprobado el 20 de mayo de 2020.
- e) Que, **EL CONTRATISTA** invoca como sustento de su pretensión que la Resolución Ministerial N° 239-2020-MINSA exigía que luego de aprobado el Plan de Vigilancia, debía implementar una serie de actividades. Esta afirmación, es por lo menos inexacta, porque los lineamientos a que se refiere la norma, fueron publicados el 29 de abril de 2020, y contiene justamente las medidas que se debían adoptar en el marco de la pandemia, pero en ningún caso, implica que existan dos fases o etapas tales como la presentación del Plan y luego la implementación del mismo, como pretende hacer creer **EL CONTRATISTA**. Y la razón de ello es muy sencilla, la norma exigía para el reinicio de actividades solo la presentación de los protocolos sanitarios, que fueron de aprobación automática y, por tanto, de verificación expost.

- f) Que, en tal contexto, no era necesario que ninguna autoridad constate la implementación de las medidas para permitir el inicio de actividades y solamente se contempló un sistema de verificación posterior y por tanto, no existen las “dos etapas” que pretende señalar **EL CONTRATISTA**.
- g) Que, además, las actividades descritas por **EL CONTRATISTA** como parte de la “implementación posterior”, son de naturaleza PERMANENTE y bajo la lógica de **EL CONTRATISTA** jamás se podría haber iniciado ninguna actividad económica. Así, **EL CONTRATISTA** incluye las actividades de protocolos de limpieza y desinfección y evaluación de la condición de salud de los trabajadores, pero es evidente que se trata de acciones permanentes (que deben realizarse todos los días, mientras dure la pandemia) y las actividades de sensibilización de los trabajadores y medidas de protección, bien pudieron ser implementadas desde el inicio de la vigencia de la norma, hasta la fecha en que logra la aprobación de su plan.
- h) Que, además, existen en el Contrato ciertas actividades tales como la ingeniería de detalle, que se podían hacer de manera remota y en efecto, así se hicieron, pues **EL CONTRATISTA** remitió este entregable por correo electrónico del 15 de junio de 2020 y las observaciones fueron, igualmente, remotas. En ese sentido, además de haber reiniciado sus actividades económicas, habían algunas prestaciones que se podían ejecutar en forma no presencial y de hecho así se hizo. Ello porque no es razonable considerar que la ingeniería de detalle se trabajó en solo tres días (tomando como referencia su dicho de la demanda que

reinició actividades el 12 de junio de 2020), pues conforme al calendario, tenía un plazo de 30 días para realizar tal labor. Pese a ello, **EL CONTRATISTA** pretende hacer consentir, que todo su trabajo fue presencial.

- i) Que, en consecuencia, no existe ninguna justificación legal para sostener que luego de aprobado el Plan de Vigilancia, había una etapa posterior de implementación; pues **EL CONTRATISTA** estuvo autorizado al reinicio de sus actividades desde el 20 de mayo de 2020 y no hay ninguna prueba en contrario.

16. Mediante Orden Procesal N° 4, el Árbitro Único resuelve tener por presentada tanto la Demanda Arbitral incoada por **EL CONTRATISTA** como también la Contestación de Demanda formulada por **LA ENTIDAD**, fijando las materias controvertidas que serán objeto de pronunciamiento en el Laudo Arbitral conforme a lo indicado en el numeral 4 de la referida Orden Procesal, que son las siguientes:

Primer punto controvertido derivado de la primera pretensión principal del escrito de demanda arbitral de fecha 6 de abril de 2021

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare ineficaz la Resolución de Ampliación de Plazo Contrato de "Adquisición de Transformadores Elevadores para Centrales Hidroeléctricas" N° G-163-2020 de fecha 16 de julio de 2020 que aprueba parcialmente la solicitud de ampliación de plazo N° 01 presentada por **EL CONTRATISTA**, en consecuencia, se apruebe la ampliación de plazo excepcional en razón a 89 días calendarios.

Segundo punto controvertido derivado de la pretensión accesoria a la primera pretensión principal del escrito de demanda arbitral de fecha 6 de abril de 2021

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a **LA ENTIDAD** que efectúe el pago de S/. 36,618.30 en favor de **EL CONTRATISTA** por haberse retenido esta suma como concepto de penalidad por mora de la Factura Electrónica N° FF01-00019486.

Tercer punto controvertido derivado de la segunda pretensión principal del escrito de demanda arbitral de fecha 6 de abril de 2021

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare ineficaz la imposición de otras penalidades ascendentes a S/. 33,600.00 conforme al Oficio GOT N° 269-2020 de fecha 23 de diciembre de 2020, en consecuencia, efectuándose el cálculo correcto de dicha penalidad el monto debe ascender a S/. 2,100.00.

Cuarto punto controvertido derivado de la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal del escrito de demanda arbitral de fecha 6 de abril de 2021

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a **LA ENTIDAD** la devolución de S/. 31,500.00 en favor de **EL CONTRATISTA** por haberse retenido de manera indebida esta suma como concepto de otras penalidades de la Factura Electrónica N° FF01-00019486.

17. Con fecha 08 de junio de 2021, se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos por la cual ambas partes tuvieron la oportunidad

de presentar y sustentar oralmente sus fundamentos, en las mismas condiciones y por el mismo espacio de tiempo, circunstancia que fue debidamente tomada en cuenta por el Árbitro Único, quien formuló las interrogantes que consideró convenientes a ambas partes.

18. Mediante escrito de fecha 11 de junio de 2021, **EL CONTRATISTA** presenta su escrito de alegatos finales, reiterando sus argumentos precedentes; por su parte, mediante escrito de fecha 11 de junio de 2021, **LA ENTIDAD** presenta su escrito de conclusiones finales, reiterando sus argumentos precedentes.

19. Mediante Orden Procesal N° 5 de fecha 22 de junio de 2021, el Árbitro Único tiene por presentados los escritos de las partes detallados en el numeral precedente y dispone el cierre de las actuaciones arbitrales, fijando el plazo para emitir el laudo arbitral en cincuenta (50) días hábiles, conforme a lo establecido en los artículos 32° y 39° del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, por lo que la presente causa se encuentra expedita para emitir Laudo Arbitral, a lo que el Árbitro Único procede a abocarse a continuación.

III. DE LAS MATERIAS SOMETIDAS A CONOCIMIENTO DE ESTE ÁRBITRO ÚNICO:

1. Pretensiones de la Demandante contenidas en su escrito de demanda arbitral de fecha 6 de abril de 2021:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

“Que, el Arbitro Único declare ineficaz la Resolución de Ampliación de Plazo Contrato de “ADQUISICIÓN DE TRANSFORMADORES ELEVADORES PARA CENTRALES HIDROELÉCTRICAS” N° G - 163 - 2020 de fecha 16 de julio del 2020 que aprueba parcialmente la solicitud de ampliación de plazo N° 01 presentada por **EL CONTRATISTA**, en consecuencia, se apruebe la ampliación de plazo excepcional en razón a 89 días calendarios.”

PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

“Que, el Arbitro Único ordene a **LA ENTIDAD** que efectúe el pago de S/ 36,618.30 (Treinta y seis mil seiscientos dieciocho con 30/100 soles) en favor de **EL CONTRATISTA** por haberse retenido esta suma como concepto de penalidad por mora de la Factura Electrónica N° FF01- 00019486.”

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

“Que, el Arbitro Único declare ineficaz la imposición de otras penalidades ascendentes a S/ 33,600.00 (Treinta y tres mil trescientos con 00/100 soles) conforme al Oficio GOT N° 269 - 2020 de fecha 23 de diciembre del 2020, en consecuencia, efectuándose el cálculo correcto de dicha penalidad el monto debe ascender a S/ 2,100.00 (Dos mil cien con 00/100 soles).”

PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL

“Que, el Arbitro Único ordene a **LA ENTIDAD** la devolución de S/ 31,500.00 (Treinta y un mil quinientos con 00/100 soles) en favor de **EL CONTRATISTA** por haberse retenido de manera indebida esta suma como concepto de otras penalidades de la Factura Electrónica N° FF01- 00019486.”

2. De la contestación de la demanda por parte de LA ENTIDAD:

LA ENTIDAD, mediante escrito de fecha 04 de mayo de 2021, contesta la Demanda Arbitral interpuesta en su contra por **EL CONTRATISTA**, solicitando se declare Infundada la misma en todos sus extremos. Además, solicita que **EL CONTRATISTA** asuma en su totalidad las costas y costos del presente proceso arbitral, al resultar sus pretensiones manifiestamente infundadas.

IV. DE LA FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS EN EL PRESENTE PROCESO:

20. Conforme se estipuló mediante la Orden Procesal N° 4, el Árbitro Único fijó las materias controvertidas que serán objeto de pronunciamiento en el presente Laudo Arbitral, conforme a lo siguiente:

A. Sobre las Pretensiones Planteadas en la Demanda

- ***Primer punto controvertido derivado de la primera pretensión principal del escrito de demanda arbitral de fecha 6 de abril de 2021:***

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare ineficaz la Resolución de Ampliación de Plazo Contrato de "Adquisición de Transformadores Elevadores para Centrales

Hidroeléctricas” N° G-163-2020 de fecha 16 de julio de 2020 que aprueba parcialmente la solicitud de ampliación de plazo N° 01 presentada por EL CONTRATISTA, en consecuencia, se apruebe la ampliación de plazo excepcional en razón a 89 días calendarios.

- ***Segundo punto controvertido derivado de la pretensión accesoria a la primera pretensión principal del escrito de demanda arbitral de fecha 6 de abril de 2021:***

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a LA ENTIDAD que efectúe el pago de S/. 36,618.30 en favor de EL CONTRATISTA por haberse retenido esta suma como concepto de penalidad por mora de la Factura Electrónica N° FF01-00019486.

- ***Tercer punto controvertido derivado de la segunda pretensión principal del escrito de demanda arbitral de fecha 6 de abril de 2021:***

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare ineficaz la imposición de otras penalidades ascendentes a S/. 33,600.00 conforme al Oficio GOT N° 269-2020 de fecha 23 de diciembre de 2020, en consecuencia, efectuándose el cálculo correcto de dicha penalidad el monto debe ascender a S/. 2,100.00.

- ***Cuarto punto controvertido derivado de la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal del escrito de demanda arbitral de fecha 6 de abril de 2021:***

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a LA ENTIDAD la devolución de S/. 31,500.00 en favor de EL CONTRATISTA por haberse retenido de manera indebida esta suma como concepto de otras penalidades de la Factura Electrónica N° FF01-00019486.

V. ACTUACIÓN PROBATORIA SURGIDA EN EL PROCESO:

1. De conformidad con lo establecido en los resolutivos primero y segundo de la Orden Procesal N° 4 expedida en mayo de 2021, este Árbitro Único admitió los siguientes medios probatorios ofrecidos por las partes:

Con relación a EL CONTRATISTA:

En este acto el Árbitro Único admitió los medios probatorios documentales ofrecidos por **EL CONTRATISTA** en el acápite V denominado "ANEXOS", numerados Anexo A-1 al Anexo A-12 de su escrito de demanda presentado con fecha 06 de abril de 2021.

Con relación a LA ENTIDAD:

En este acto el Árbitro Único admitió los medios probatorios ofrecidos en el escrito de contestación de demanda presentado por **LA ENTIDAD** con fecha 04 de mayo de 2021, en el acápite VIII. denominado "Medios probatorios", numerales 1 al 13.

VI. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO:

CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde a este Árbitro Único corroborar lo siguiente:

- (i) Que el Árbitro Único se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por ambas partes.
- (ii) Que **LA ENTIDAD** fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa. Asimismo, ambas partes fueron debidamente notificadas de todos los actos procesales no existiendo “*error in procedendo*” en el presente proceso por una deficiente notificación.
- (iii) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar lo que fuera necesario ante el Árbitro Único.
- (iv) Que, el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

MATERIA CONTROVERTIDA

1. Toda vez 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.

2. 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.
3. De otro lado, debe tenerse en cuenta que, en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento en el 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 que 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”²

4. Asimismo, cabe indicar que este Árbitro Único ha valorado todos los medios probatorios ofrecidos por las partes, así como los escritos y documentos presentados durante todo el proceso arbitral aplicando los principios de legalidad, verdad material y equidad; primando los bienes jurídicos protegidos por nuestro ordenamiento jurídico y tratando de alcanzar la mayor certeza para llegar al valor supremo: Justicia.

ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN LITIGIOSA

RESPECTO DE LAS PRETENSIONES DE EL CONTRATISTA EN SU ESCRITO DE DEMANDA PRESENTADO CON FECHA 06 DE ABRIL DE 2021, FORMALIZADAS LUEGO POR EL ÁRBITRO ÚNICO MEDIANTE EL NUMERAL 4 DE LA ORDEN PROCESAL N° 4:

- **EN RELACIÓN CON LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL POR MEDIO DE LA CUAL EL CONTRATISTA SOLICITA QUE EL ÁRBITRO ÚNICO DECLARE INEFICAZ LA RESOLUCIÓN DE AMPLIACIÓN DE PLAZO CONTRATO DE “ADQUISICIÓN DE TRANSFORMADORES ELEVADORES PARA CENTRALES HIDROELÉCTRICAS” N° G - 163 – 2020 DE FECHA 16 DE JULIO DEL 2020 QUE APRUEBA PARCIALMENTE LA SOLICITUD DE AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 01 PRESENTADA POR EL CONTRATISTA, EN CONSECUENCIA, SE APRUEBE LA**

² TARAMONA HERNÁNDEZ., José Rubén. “Medios Probatorios en el Proceso Civil”. Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

AMPLIACIÓN DE PLAZO EXCEPCIONAL EN RAZÓN A 89 DÍAS CALENDARIOS.

1. En referencia a la primera pretensión principal formulada por **EL CONTRATISTA** en su escrito de **DEMANDA**, por medio del cual solicita que el Árbitro Único declare ineficaz la Resolución de Ampliación de Plazo Contrato de "ADQUISICIÓN DE TRANSFORMADORES ELEVADORES PARA CENTRALES HIDROELÉCTRICAS" N° G - 163 - 2020 de fecha 16 de julio del 2020 que aprueba parcialmente la solicitud de ampliación de plazo N° 01 presentada por **EL CONTRATISTA**, en consecuencia, se apruebe la ampliación de plazo excepcional en razón a 89 días calendarios, es preciso determinar si esta se puede amparar o no, tomando en cuenta los fundamentos fácticos y jurídicos expuestos, así como los medios probatorios obrantes en autos.
2. Realizado el análisis y la valoración conjunta de los medios probatorios aportados por **EL CONTRATISTA**, es de advertir para este la trascendencia de la emisión y publicación oportuna de las disposiciones gubernamentales pertinentes para efectos de acreditar la posibilidad del cumplimiento o no de sus obligaciones contraídas a través del referido Contrato, así como también la pertinencia de la ampliación de plazo solicitada por dicha parte por ochenta y nueve (89) días para la ejecución del mismo.
3. Así pues, se tiene que, de acuerdo con la Cláusula Décimo Séptima del Contrato suscrito, **EL CONTRATISTA** declara bajo juramento que se compromete a cumplir todas las obligaciones derivadas del

referido Contrato, bajo sanción de quedar inhabilitado para contratar con el Estado en caso de incumplimiento.

4. En ese sentido, cabe precisar que la referida cláusula cobra una especial relevancia para este Árbitro Único, toda vez que no resulta un hecho controvertido que **EL CONTRATISTA** haya incumplido con la ejecución del Contrato suscrito, tanto es así que ambas partes han acreditado que efectivamente ello sucedió, debiendo ceñirse el presente análisis a determinar si efectivamente esto se hizo dentro del plazo contractual determinado, tomando en cuenta para dicho efecto las implicancias normativas que trajo consigo el Estado de Emergencia Sanitaria Nacional decretado como consecuencia de la pandemia del Covid-19.
5. Siendo ello así, efectivamente debe tomarse en cuenta la imposibilidad material que **EL CONTRATISTA** incuestionablemente tenía de ejecutar su prestación dentro de los términos contractuales previstos inicialmente; ello es absolutamente evidente por cuanto las circunstancias excepcionales acaecidas con posterioridad han obligado a dicha parte a incurrir en la necesidad de solicitar ampliaciones de plazo para dicho fin, lo cual efectivamente sucedió en el presente caso, siendo la cuestión litigiosa precisamente la cuantía de los días de adición a otorgarse, debiendo ser para **EL CONTRATISTA** de 89 días, mientras que para **LA ENTIDAD** de 68 días calendario, habiendo una discordancia de veintiún (21) días calendario que en ese sentido explicarían la demora por parte de **LA CONTRATISTA** en la ejecución de su prestación materia del presente contrato hasta el día 22 de noviembre de 2020, como

señala **LA ENTIDAD**, siendo el plazo máximo para dicha parte hasta el día 07 de noviembre del mismo año.

6. Al respecto, se tiene que dicho plazo de entrega acordado expresamente por las partes se encontraba taxativamente determinado en la Cláusula Décimo Primera del Contrato suscrito, siendo esta de ciento ochenta (180) días calendario, según detalle:

XI. CLÁUSULA DÉCIMO PRIMERA.- Plazo de entrega.-

El plazo de entrega, instalación y puesta en funcionamiento de los bienes es de **ciento ochenta (180) días calendario**, el mismo que se computa desde el día siguiente de la suscripción del contrato, según el siguiente cronograma:

CRONOGRAMA	
Descripción	Días (*)
Ingeniería de detalle y conformidad del supervisor de LA EMPRESA.	30
Entrega de los transformadores y conformidad del supervisor de LA EMPRESA.	120
Recepción final, conformidad, puesta en servicio, etapa de operación experimental y levantamiento de observaciones de ser el caso.	180
(*) Contados a partir del día siguiente de la firma del contrato.	

7. Siendo ello así, es ocupación de éste Árbitro Único la de determinar si efectivamente dicho plazo debió ser reiniciado desde el día 20 de mayo de 2021, como alega **LA ENTIDAD**, vale decir, desde la fecha en la que **EL CONTRATISTA** estuvo autorizado al reinicio de sus actividades, o en su defecto, como alega **EL CONTRATISTA**, desde el día 12 de junio de 2021, fecha en la cual efectivamente habría reiniciado sus actividades, luego de atender previamente determinadas circunstancias que para dicha parte resultan fundamentales en relación a ello. Cabe precisarse que no es un hecho controvertido que dicho plazo de ejecución se vio interrumpido objetivamente desde el día 16 de marzo de 2021, en virtud de lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM

mediante el cual el Gobierno Peruano dispuso el inicio de la inmovilización social obligatoria (cuarentena) por la propagación de contagios del COVID 19 en el territorio peruano; fecha en la cual se tiene entonces que se dispuso el Estado de Emergencia Nacional y consecuente inmovilización social obligatoria en todo el país, más sí lo es la determinación de la fecha en la cual dicho plazo se reinició en el presente caso.

8. Al respecto, debe precisarse que, si bien **EL CONTRATISTA** alega que culminó su implementación el día 12 de junio de 2020, en este caso, la carga de probar que solo pudo iniciar sus actividades a partir de dicha fecha es, en efecto, un hecho que le compete exclusivamente a **EL CONTRATISTA**, pues, como resulta evidente, **LA ENTIDAD** no tiene forma de probar un hecho del que es complementemente ajeno.
9. En efecto, obra en el presente expediente en calidad de Anexo A-7 la Autorización para la Operatividad para la Producción de Bienes y Servicios Esenciales N° 00001776-2020-PRODUCE/COVID-DVMYPE-I expedida por el Ministerio de la Producción – PRODUCE en favor de **EL CONTRATISTA**, verificándose que, si bien dicho documento comprende fecha 18 de mayo de 2020, ambas partes han establecido que fue debidamente notificado a **EL CONTRATISTA** con fecha 20 de mayo de 2020.
10. En dicho escenario, debe tomarse en cuenta que el referido documento prescribe objetivamente lo siguiente a través de su párrafo segundo: "*La presente autorización faculta el*

desplazamiento de los trabajadores de la empresa, así como el transporte de los insumos y/o productos ligados a su actividad.”

11. En tal contexto, cabe desprenderse que, efectivamente, tomando en cuenta el tenor literal de dicho instrumento, es a partir del día 20 de mayo de 2020 que **EL CONTRATISTA**, en este caso a través de sus trabajadores, tenía la posibilidad expresa de retomar sus actividades y por ende cumplir con sus prestaciones de conformidad al Contrato suscrito.
12. En ese sentido, tenemos también que, atendiendo a lo dispuesto por el artículo 116° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, el mismo a la letra determina:

“Artículo 116.- Contenido del Contrato

*El contrato **está conformado por el documento que lo contiene**, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas y la oferta ganadora, **así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.**”*

(El énfasis es propio).

13. Adicionalmente debe de tenerse en cuenta lo dispuesto por el artículo 120° del precitado Reglamento, el mismo que taxativamente establece lo siguiente:

“Artículo 120.- Plazo de ejecución contractual

El plazo de ejecución contractual se inicia el día siguiente del perfeccionamiento del contrato, desde la fecha que se establezca en el contrato o desde la fecha en que se cumplan las condiciones previstas en el contrato, según sea el caso.

1. Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer que el plazo de ejecución contractual sea hasta un máximo de tres (3) años, salvo que por leyes especiales o por la naturaleza de la prestación se requieran plazos mayores, siempre y cuando se adopten las previsiones presupuestarias necesarias para garantizar el pago de las obligaciones.

2. El plazo de ejecución contractual de los contratos de supervisión de obra debe estar vinculado a la duración de la obra supervisada.

3. Cuando se trate del arrendamiento de bienes inmuebles, el plazo puede ser hasta por un máximo de tres (3) años prorrogables en forma sucesiva por igual o menor plazo; reservándose la Entidad el derecho de resolver unilateralmente el contrato antes del vencimiento previsto, sin reconocimiento de lucro cesante ni daño emergente, sujetándose los reajustes que pudieran acordarse al Índice de Precios al Consumidor que establece el Instituto Nacional de Estadística e Informática - INEI.”

(El énfasis es propio).

14. Así, pues, en el presente caso se verifica que, si bien es cierto, **EL COTRATISTA**, argumenta que pese a haberse dispuesto la reanudación de su actividades y haber obtenido la autorización para ello, necesitaba realizar determinadas gestiones que le permitan efectivamente operar; también lo es que, no ha aportado en el desarrollo del presente proceso ningún medio probatorio que acredite su dicho, ni mucho menos que inició, efectivamente, sus actividades el día 12 de junio de 2020, y no a partir de la fecha en la que están facultado para hacerlo; no encontrando por tanto un criterio determinado que permita dilucidar dicha circunstancia, que sería a criterio de **EL CONTRATISTA** una circunstancia especial y relevante que la facultaría a dicho fin.
15. A mayor abundamiento, como pude apreciarse de los medios probatorios adjuntos a la demanda, **EL CONTRATISTA** ya tenía aprobado su "Plan para la vigilancia, prevención y control del COVID 19 en el trabajo" desde el día 20 de mayo de 2020 y, como se ha visto, era éste el requisito que permitía el inicio automático de sus operaciones, razón por la cual este Árbitro Único considera que, en base a lo expuesto, y estando a que no obra en autos medio de prueba alguno que acredite la imposibilidad de **EL CONTRATISTA** para iniciar sus actividades en fecha posterior, era ésta la fecha a partir de la cual correspondía reiniciarse el cómputo de dicho plazo de ejecución, no existiendo ningún criterio objetivo que permita determinar otra situación por parte de este Árbitro Único.
16. Siendo ello así, en el presente caso, tras haberse verificado que la Resolución de Ampliación de Plazo Contrato de "ADQUISICIÓN DE TRANSFORMADORES ELEVADORES PARA CENTRALES

HIDROELÉCTRICAS" N° G - 163 - 2020 de fecha 16 de julio del 2020 que aprueba parcialmente la solicitud de ampliación de plazo N° 01 presentada por **EL CONTRATISTA** emitida por **LA ENTIDAD** se ha realizado de manera motivada, este Árbitro Único considera que no se debe amparar la Primera Pretensión Principal materia de Demanda y, en consecuencia, referida a declarar ineficaz la Resolución de Ampliación de Plazo Contrato de "ADQUISICIÓN DE TRANSFORMADORES ELEVADORES PARA CENTRALES HIDROELÉCTRICAS" N° G - 163 - 2020 de fecha 16 de julio del 2020 que aprueba parcialmente la solicitud de ampliación de plazo N° 01 presentada por **EL CONTRATISTA**.

17. Por lo expuesto, corresponde declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la Demanda formulada por **CONSTRUCCIONES ELECTROMECANICAS DELCROSA S.A.**

- **EN RELACIÓN CON LA PRETENSION ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL POR MEDIO DE LA CUAL EL CONTRATISTA SOLICITA QUE EL ÁRBITRO ÚNICO ORDENE A LA ENTIDAD QUE EFECTUÉ EL PAGO DE S/ 36,618.30 (TREINTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO CON 30/100 SOLES) EN FAVOR DE EL CONTRATISTA POR HABERSE RETENIDO ESTA SUMA COMO CONCEPTO DE PENALIDAD POR MORA DE LA FACTURA ELECTRÓNICA N° FF01- 00019486.**

18. Al respecto, se debe tener en cuenta

Artículo 132.- Penalidades

El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las mismas que deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.

La Entidad debe prever en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades. Estos dos tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

En el caso de obras, dentro de las otras penalidades que se establezcan en los documentos del procedimiento, deben incluirse las previstas en el capítulo VII del presente título.

Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento. (El énfasis es propio)

Artículo 133.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la

Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad **se aplica automáticamente** y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula:

Penalidad diaria

=

0.10 x monto

F x plazo en días

Donde F tiene los siguientes valores:

a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios en general, consultorías y ejecución de obras: F = 0.40.

b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:

b.1) Para bienes, servicios en general y consultorías: F = 0.25.

b.2) Para obras: F = 0.15.

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

Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considera el monto del contrato vigente.

Para los supuestos que por la naturaleza de la contratación, la fórmula indicada en el presente artículo no cumpla con su finalidad, el Ministerio de Economía y Finanzas mediante Resolución Ministerial puede establecer fórmulas especiales para el cálculo de la penalidad por mora.

Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo.” (El énfasis es propio)

19. Por su lado, el contrato que vincula a las partes establece en la cláusula décimo novena la aplicación de penalidad por mora:

XIX. **CLÁUSULA DÉCIMO NOVENA: Penalidades.-**

Si EL CONTRATISTA incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, LA EMPRESA le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso, de acuerdo a la siguiente fórmula:

$$\text{Penalidad Diaria} = \frac{0.10 \times \text{monto vigente}}{F \times \text{plazo vigente en días}}$$

Donde:

F = 0.25 para plazos mayores a sesenta (60) días o;
F = 0.40 para plazos menores o iguales a sesenta (60) días.

El retraso se justifica a través de la solicitud de ampliación de plazo debidamente aprobada. Adicionalmente, se considera justificado el retraso, y en consecuencia no se aplica penalidad, cuando EL CONTRATISTA acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. En este último caso la calificación del retraso como justificado por parte de LA ENTIDAD no da lugar al pago de gastos generales ni costos directos de ningún tipo, conforme el numeral 162.5 del artículo 162 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

20. Se tiene así que, si bien es cierto, **LA ENTIDAD** otorgó ampliación de plazo a **EL CONTRATISTA**, también lo es que se ha acreditado y detallado de manera oportuna *ut supra*, y de autos se puede apreciar que **EL CONTRATISTA** no ha podido probar que sudemora en la ejecución del Contrato suscrito se encuentre debidamente sustentada, en tanto que, si bien es cierto, cumplió su prestación, lo hizo fuera del plazo establecido contractualmente; razón por la que habría incurrido en retraso injustificado en la ejecución de la prestación.
21. Siendo ello así, este Árbitro Único considera que no se puede amparar la Pretensión Accesorias a la Primera Pretensión Principal materia de Demanda y, en consecuencia, ordenar a **LA ENTIDAD** que efectúe el pago de S/ 36,618.30 (Treinta y seis mil seiscientos dieciocho con 30/100 soles) en favor de **EL CONTRATISTA** por haberse retenido esta suma como concepto de penalidad por mora de la Factura Electrónica N° FF01- 00019486; justamente ello por constituirse en una pretensión accesorias a la primera pretensión principal, siendo que la misma ha sido declarada infundada, por lo que le corresponde a la presente seguir la misma suerte.
- 22.** Por lo expuesto, corresponde declarar **INFUNDADA** la Pretensión Accesorias a la Primera Pretensión Principal de la Demanda formulada por **CONSTRUCCIONES ELECTROMECHANICAS DELCROSA S.A.**
- **EN RELACIÓN CON LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL POR MEDIO DE LA CUAL EL CONTRATISTA SOLICITA QUE EL**

ÁRBITRO ÚNICO DECLARE INEFICAZ LA IMPOSICIÓN DE OTRAS PENALIDADES ASCENDENTES A S/ 33,600.00 (TREINTA Y TRES MIL TRESCIENTOS CON 00/100 SOLES) CONFORME AL OFICIO GOT N° 269 – 2020 DE FECHA 23 DE DICIEMBRE DEL 2020, EN CONSECUENCIA, EFECTUÁNDOSE EL CÁLCULO CORRECTO DE DICHA PENALIDAD EL MONTO DEBE ASCENDER A S/ 2,100.00 (DOS MIL CIEN CON 00/100 SOLES).

23. Sobre este extremo, se tiene que **LA ENTIDAD**, mediante el Oficio GOT N° 269 – 2020 de fecha 23 de diciembre del 2013, comunicó **EL COTRATISTA** la liquidación del Contrato N° 031-2020, imponiendo otras penalidades distintas a la penalidad por mora, previstas en Cláusula Décimo Novena del Contrato, las mismas que sustentó en que el personal ofertado por **EL CONTRATISTA** no estuvo presente en la implementación de los transformadores en las 04 CHs (4 Centrales Hidroeléctricas), toda vez que, en su oferta propuso la participación del siguiente personal:

Profesional	Ofertado
Responsable del Servicio	Jesus Bravo Eguizabal
Técnico Electricista	Lenin Cruz Canta Gomez
Prevencionista de Riesgos	Yogger Rusmaar Flores Quijano

24. Se tiene entonces que, de acuerdo a lo manifestado y acreditado por la propia parte demandante, **LA ENTIDAD** aplicó otras penalidades distintas a la penalidad por mora, las mismas que están previstas en Cláusula Décimo Novena del Contrato y consisten en lo siguiente:

**CONSTRUCCIONES ELECTROMECHANICAS DELCROSA S.A. c. EMPRESA REGIONAL DE
SERVICIOS PUBLICOS DE ELECTRICIDAD DEL SUR ESTE S.A.
Laudo Arbitral**

Item	Tipificación de la infracción	Unidad	Penalidad % UIT	Procedimiento
2	El contratista no cuenta con el personal ofertado en su propuesta	Cada infracción	50%	Informe Administrador de Contrato
8	Cambio de personal sin autorización de la empresa (el pago de la penalidad no habilita al residente que no cumpla los requisitos solicitados)	Cada vez	100%	Informe Administrador de Contrato
9	Cambio de personal técnico propuesto sin autorización de la empresa (el pago de la penalidad no habilita al trabajador que no cumpla los requisitos)	Cada vez	50%	Informe Administrador de Contrato

25. Que, **LA ENTIDAD** afirma que, desde las bases del procedimiento de selección (páginas 40 a 43), se contemplaron penalidades específicas para determinados incumplimientos contractuales que nunca fueron motivo de observación o comentario por **EL CONTRATISTA** durante el Procedimiento de Selección y como corresponde, fueron incorporadas en el Contrato, en los términos siguientes:

CUADRO DE PENALIDADES				
ITEM	TIPIFICACION DE LA INFRACCION	UNIDAD	PENALIDAD %UIT	PROCEDIMIENTO
1	El Contratista no cumple con los equipos ofertados ó materiales.	Cada infracción	30%	Informe Administrador de Contrato.
2	El Contratista no cuenta con el personal ofertado en su propuesta.	Cada infracción	50%	Informe Administrador de Contrato.
3	El contratista no cumple con la presentación de los procedimientos e instructivos de las actividades, conforme se menciona en las responsabilidades y obligaciones.	Por día de retraso	10%	Informe Administrador de Contrato.

CONSTRUCCIONES ELECTROMECHANICAS DELCROSA S.A. c. EMPRESA REGIONAL DE SERVICIOS PUBLICOS DE ELECTRICIDAD DEL SUR ESTE S.A.
Laudo Arbitral

	que encontro.			
8	Cambio de personal sin autorización de la empresa (el pago de la penalidad no habilita al residente que no cumpla los requisitos solicitados).	Cada vez	100%	Informe Administrador de Contrato.
9	Cambio de personal técnico propuesto sin autorización de la empresa (el pago de la penalidad no habilita al trabajador que no cumpla los requisitos).	Cada vez	50%	Informe Administrador de Contrato.
10	Cuando se ocasionen daños materiales o personales a terceros.	Cada infracción	50% +reparación inmediata de daños	Informe Administrador de Contrato.
11	El personal no cumple con utilizar el uniforme.	Cada infracción	20%	Informe Administrador de Contrato.
12	El Contratista entrega información falsa.	Cada incumplimiento	100%	Informe Administrador de Contrato.

26. **LA ENTIDAD** asevera además que la aplicación de penalidades está íntimamente vinculada a la exigencia de experiencia del Postor, toda vez que el numeral 18 de las Bases establece que uno de los aspectos fundamentales fue garantizar el personal mínimo para la ejecución del trabajo y que este personal estuviera realmente capacitado; razón por la que, desde las Bases, se estableció una serie de requisitos para el personal propuesto; siendo que **EL CONTRATISTA** obtuvo la buena pro, porque acreditó cierto personal, y además, se obligó a cumplir con esta obligación.

27. Para mayor ilustración, se tiene que, en las bases se estableció lo siguiente:

CONSTRUCCIONES ELECTROMECHANICAS DELCROSA S.A. c. EMPRESA REGIONAL DE SERVICIOS PUBLICOS DE ELECTRICIDAD DEL SUR ESTE S.A.
Laudo Arbitral

LP-029-2019-GL-SS

16. EXPERIENCIA DEL POSTOR
 Facturación: El postor debe acreditar un monto facturado acumulado equivalente a quinientos mil (500,000.00) soles, por la venta de bienes iguales o similares al objeto de la convocatoria, durante un periodo NO MAYOR A OCHO (8) AÑOS a la fecha de la presentación de ofertas.
 Se consideran bienes similares a los siguientes: Fabricación o venta de Transformadores de Potencia mayores o iguales a 22.9 KV y 2 MVA, que incluya Montaje electromecánico.

- PERSONAL MINIMO GARANTIZADO POR LA CONTRATISTA

Cantidad	Especialidad	Experiencia en la especialidad
01 Ing. Electricista Ing. Mecánico Electricista (CLAVE)	Título de Ingeniero Electricista y/o Mecánico Electricista del personal clave requerido como Responsable del servicio, con experiencia no menor a 2 años en trabajos de diseño, montaje/desmontaje, pruebas o puesta en servicio de transformadores de potencia >= 22.9KV; quien estará presente en todas las actividades, elaboración de la ingeniería, programación de trabajos y ejecución de trabajos. La experiencia del personal clave se acreditará con cualquiera de los siguientes documentos: (i) copia simple de contratos y su respectiva conformidad o (ii) constancias o (iii) certificados o (iv) cualquier otra documentación que, de manera fehaciente demuestre la experiencia del personal propuesto.	>= 2 años
01 Técnico electricista, Mecánico Electricista. (CLAVE)	Título de Técnico electricista o mecánico electricista o Ingeniero Electricista o Ingeniero Mecánico Electricista del personal clave requerido como Técnico electricista, con experiencia de 02 años como montajista de equipos subestaciones de potencia >= 22.9 KV, encargado de todas las actividades de montaje. La experiencia del personal clave se acreditará con cualquiera de los siguientes documentos: (i) copia simple de contratos y su respectiva conformidad o (ii) constancias o (iii) certificados o (iv) cualquier otra documentación que, de manera fehaciente demuestre la experiencia del personal propuesto.	>= 2 años
01 Responsable de riesgos. (CLAVE)	Título Profesional de la rama de ingeniería del personal clave requerido como responsable de riesgos, con una experiencia laboral mínima acumulada de 01 años en el cargo de Responsable de Riesgos o Supervisor de Seguridad, Salud en el Trabajo y Medio Ambiente en Actividades Eléctricas. que deberá estar presente durante todas las actividades del presente contrato.	>= 1 años

16. REQUISITOS TECNICOS MINIMOS EN ASPECTOS DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO.

28. **EL CONTRATISTA** por su parte manifiesta que la participación del personal propuesto era necesaria e indispensable únicamente al momento de hacer efectiva las maniobras de montaje, pruebas y puesta en servicio de los 07 Transformadores; sin embargo, refiere que al haber transcurrido desde la celebración del contrato hasta la fecha de hacer efectivo el montaje aproximadamente 9 meses, no se pudo contar con los profesionales ofertados debido a la crisis del COVID - 19, razón por la que tuvo que realizar los trabajos con personal distinto al ofertado; siendo que, según argumenta, si bien es cierto, el contrato estableció penalidades distintas a la penalidad

por mora que sancionaban el cambio de personal ofertado, al momento de imponer dichas penalidades **LA ENTIDAD** realizó una interpretación errada y por tanto una imposición y calculo inadecuado de dichas penalidades.

29. Ahora bien, el contrato suscrito entre las partes, en la cláusula décimo novena, establece, respecto de las penalidades:

CUADRO DE PENALIDADES				
ITEM	TIPIFICACION DE LA INFRACCION	UNIDAD	PENALIDAD %UIT	PROCEDIMIENTO
1	El Contratista no cumple con los equipos ofertados ó materiales.	Cada infracción	30%	Informe Administrador de Contrato. _
2	El Contratista no cuenta con el personal ofertado en su propuesta.	Cada infracción	50%	Informe Administrador de Contrato.
3	El contratista no cumple con la presentación de los procedimientos e instructivos de las actividades, conforme se menciona en las responsabilidades y obligaciones.	Por día de retraso	10%	Informe Administrador de Contrato.
4	El personal y/o el Contratista efectúan negociaciones o cobros de cualquier índole al cliente en beneficio propio y en perjuicio de la empresa (La sanción incluye el retiro del trabajador implicado).	Infracción	50% y/o resolución contrato	Informe Administrador de Contrato.
5	El Contratista y/o su personal no reporta inmediatamente los incidentes o los accidentes ocurridos en el desarrollo de los trabajos.	Cada ocurrencia	50% y además deberá asumir multa impuesta por el MINTRA	Informe Administrador de Contrato. _
6	El Contratista no subsana las observaciones detectadas por la Entidad dentro de los plazos establecidos por ésta.	Cada observación.	30%	Informe Administrador de Contrato.

C.S.A.A.

C.S.A.A.



DELCROSA S.A.

CONSTRUCCIONES ELECTROMECANICAS
DELCROSA S.A.

.....
JIMMY SUINI METZGER



7	El Contratista no cumple con efectuar la limpieza de la zona de trabajo y/o dejar la propiedad pública y/o privada en las mismas o mejores condiciones de lo que encontró.	Cada infracción	30%	Informe Administrador de Contrato.
8	Cambio de personal sin autorización de la empresa (el pago de la penalidad no habilita al residente que no cumpla los requisitos solicitados).	Cada vez	100%	Informe Administrador de Contrato.
9	Cambio de personal técnico propuesto sin autorización de la empresa (el pago de la penalidad no habilita al trabajador que no cumpla los requisitos).	Cada vez	50%	Informe Administrador de Contrato.
10	Cuando se ocasionen daños materiales o personales a terceros.	Cada infracción	50% +reparación inmediata de daños	Informe Administrador de Contrato.
11	El personal no cumple con utilizar el uniforme.	Cada infracción	20%	Informe Administrador de Contrato.
12	El Contratista entrega información falsa.	Cada incumplimiento	100%	Informe Administrador de Contrato.
13	El contratista demora en la presentación del informe final	Cada muestra por día de retraso	5%	Informe Administrador de Contrato.
14	El contratista no cumple con presentar información solicitada, en los plazos y formatos requeridos	Cada requerimiento por día de retraso	5%	Informe Administrador de Contrato.

30. Del ítem 2 de dicho cuadro se puede apreciar que corresponde aplicar una penalidad en caso de que "el contratista no cuente con el personal ofertado en su propuesta"; y, el propio **CONTRATISTA** ha manifestado que no fue posible la participación del personal ofrecido inicialmente, vale decir, que se realizó un cambio de dicho personal; lo que, de acuerdo con autos, no ha sido comunicado previamente ni autorizado por **LA ENTIDAD**. En cuanto a los ítem 8 y 9, correspondería aplicar penalidad en caso ser realice cambio de personal sin autorización de **LA ENTIDAD** y cambio de personal técnico propuesto sin autorización de **LA ENTIDAD**, respectivamente.

31. A decir de **EL CONTRATISTA**, todas las penalidades están orientadas a sancionar una misma conducta, que es: el cambio del

personal ofertado; razón por la que argumenta que **LA ENTIDAD** habría establecido tres tipos de sanción para una misma conducta, quebrantando según afirma, la objetividad, razonabilidad y proporcionalidad que exige la norma de contrataciones en caso las Entidades decidan incluir otro tipo de penalidades distintas a la penalidad por mora.

32. **EL CONTRATISTA** señala que **LA ENTIDAD** pretende imponer tres tipos de sanción a una misma conducta, imponiendo las sanciones previstas en el cuadro de penalidades Ítem 2, 8 y 9, aplicando un criterio arbitrario y totalmente distinto al previsto en el mencionado Cuadro de Penalidades; citando como ejemplo que, respecto de la penalidad contenida en el Ítem 2 del Cuadro Penalidades, el criterio de aplicación para esta sanción es por "Cada Infracción", es decir, por cada vez que **EL CONTRATISTA** no cuente con el personal ofertado en su propuesta; siendo que, en los hechos, las maniobras de montaje, puesta en operación de los 7 Transformadores y retiro de los equipos existentes se realizaron en un solo acto y con los mismos profesionales, por tanto, solo no contó con el personal ofertado en una oportunidad, es decir, lo que lo hace concluir que incurrió una sola vez en la penalidad del Ítem 2. Sin embargo, continúa afirmado **EL CONTRATISTA**, que **LA ENTIDAD** de manera arbitraria, al momento de aplicar la sanción, cambió el criterio de aplicación de dicha sanción indicando que la infracción es por cada "Intervención", entendiéndose ello por cada transformador que fue montado y puesto en operación, lo que a su criterio no resulta razonable, es desproporcionado y atentatorio a sus derechos.

33. Además, manifiesta **EL CONTRATISTA**, que las maniobras de montaje, puesta en operación de los 7 Transformadores y retiro de los equipos existentes se realizaron en un solo acto y con los mismos profesionales, razón por la que habría incurrido en la penalidad del Ítem 2 una sola vez.
34. Al respecto, **LA ENTIDAD** afirma que, tal como establece en el Contrato, se trató de 7 instalaciones que ocurrieron en 4 centrales hidroeléctricas ubicadas en zonas geográficas completamente distintas y en las que la instalación, se hizo en fechas diferentes.
35. Sobre ello, la cláusula cuarta del Contrato precisa como "alcances", que el contrato incluye la fabricación, transporte, montaje, pruebas y puesta en servicio de transformadores elevadores trifásico, distribuidos en 4 centrales hidroeléctricas, ubicadas en diferentes lugares, de acuerdo al siguiente detalle:

CLÁUSULA CUARTA.- Alcances.-

El presente contrato incluye la fabricación, transporte, montaje, pruebas y puesta en servicio de transformadores elevadores trifásico, distribuidos en las siguientes centrales hidroeléctricas:

Ítem	Central Hidroeléctrica	Requerimiento	Cantidad
1	CH. Chumbao	Transformador trifásico 13.2/4.16kV; 2.2MVA	01
		Transformador trifásico 22.9/4.16kV; 2.2MVA	01
2	CH Chuyapi	Transformador trifásico 10/2.4kV; 2MVA	01
3	CH Huancaray	Transformador trifásico 22.9/2.4kV; 0.16MVA	01
		Transformador trifásico 22.9/0.46kV; 0.55MVA	01
4	CH Matará	Transformador trifásico 22.9/2.4kV; 1.6MVA	01
		Transformador trifásico 22.9/0.46kV; 0.55MVA	01
Cantidad Total			07

36. Siendo ello así, se debía cumplir con el objeto del contrato, contando con el personal ofertado en toda la ejecución de este; lo que significa que el personal ofertado por **EL CONTRATISTA**, debía ejecutar el contrato en su totalidad.

37. **LA ENTIDAD** en su contestación afirma que además de que las instalaciones se produjeron instalaciones en lugares distintos, se llevaron a cabo en diferentes fechas, conforme se aprecia a continuación:

FECHAS DE PUESTA EN OPERACIÓN

Destino	Transformador	Fecha de Puesta en Operación
PCH Matara	1600KVA y 550KVA	30/10/2020
PCH Chumbao	2200KVA, 4.16/13.2Kv	13/11/2020
	2200KVA, 4.16/22.9Kv	14/11/2020
PCH Huancaray	550KVA y 160KVA	08/11/2020
PCH Chuyapi	2000KVA	22/11/2020

38. En efecto, cabe precisar que **LA ENTIDAD** sustenta la imposición de estas penalidades argumentando que el personal ofertado por **EL CONTRATISTA** no estuvo presente en la implementación de los transformadores en las 04 CHs (4 Centrales Hidroeléctricas); lo que no ha sido cuestionado por **EL CONTRATISTA**, entendiéndose por tanto que, efectivamente, el contrato fue ejecutado en diferentes momentos y ubicaciones.

39. Al respecto, debe tenerse presente entonces que en los tres (3) casos invocados se versa respecto a una penalidad individual, esto es, **cada vez que se verifique el supuesto tipificado**, por lo que es evidente ello no se constituye en un limitante por parte de **LA ENTIDAD**, de ser el caso, de imponer las penalidades que considere necesarias en cuanto al número, una vez verificados los supuestos para dicho fin.

40. A mayor abundancia, la pertinencia de las penalidades, a título individual, ha sido acreditada de manera formal por **EL**

CONTRATISTA, al referir que en su oferta propuso la participación del siguiente personal:

Profesional	Ofertado
Responsable del Servicio	Jesus Bravo Eguizabal
Técnico Electricista	Lenin Cruz Canta Gomez
Prevencionista de Riesgos	Yogger Rusmaar Flores Quijano

41. No obstante, si bien se verifica que **EL CONTRATISTA** pretende imputar responsabilidad en **LA ENTIDAD** respecto de la contabilidad de los presuntos incumplimientos, lo cierto es que con su dicho ella misma acredita haber incurrido en los supuestos que se pretende penalizar, siendo las penalidades un listado de carácter **TAXATIVO** que únicamente alcanza una interpretación literal, más no limitativa, caso contrario se daría el caso en que una parte ya haya incumplido con un supuesto, podría nuevamente incurrir en ello, sin esperar sanción alguna, pues ya se le habría sancionado por la primera vez, lo que este Árbitro Único considera no es correcto, toda vez que traería abajo toda la estructura de penalidades y su lógica fundamental, que es la de evitar y/oprevenir el incumplimiento.
42. Siendo ello así, este Árbitro Único considera que no se debe amparar la Segunda Pretensión Principal materia de Demanda que consistía en declarar ineficaz la imposición de otras penalidades ascendentes a S/ 33,600.00 (Treinta y tres mil trescientos con 00/100 soles) conforme al Oficio GOT N° 269 – 2020 de fecha 23 de diciembre del 2020, en consecuencia, efectuándose el cálculo correcto de dicha penalidad el monto debe ascender a S/ 2,100.00 (Dos mil cien con 00/100 soles); toda vez que la concurrencia de

las mismas ha sido acreditada por ambas partes, habiendo quedado objetivamente establecido que no existe limitante legal alguno en la normativa de la materia que prohíba a **LA ENTIDAD** a efectuar tres (3) penalidades por la verificación de tres (3) supuestos distintos que, si bien pueden resultar similares, se constituyen finalmente en supuestos diferentes de penalidad, lo que además no fue oportunamente cuestionado por **EL CONTRATISTA** a pesar de estar debidamente habilitado para ello.

43. Por lo expuesto, corresponde declarar **INFUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la Demanda formulada por **CONSTRUCCIONES ELECTROMECANICAS EL CONTRATISTA.**

➤ **EN RELACIÓN CON LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL POR MEDIO DE LA CUAL EL CONTRATISTA SOLICITA EL ÁRBITRO ÚNICO ORDENE A LA ENTIDAD LA DEVOLUCIÓN DE S/ 31,500.00 (TREINTA Y UN MIL QUINIENTOS CON 00/100 SOLES) EN FAVOR DE EL CONTRATISTA POR HABERSE RETENIDO DE MANERA INDEBIDA ESTA SUMA COMO CONCEPTO DE OTRAS PENALIDADES DE LA FACTURA ELECTRÓNICA N° FF01- 00019486.**

44. Según ha quedado debidamente acreditado en el presente caso, se ha verificado que **LA ENTIDAD** ha accionado de manera diligente y motivada, habiéndose encontrado plenamente facultada para imponer penalidades por Ítems distintos que, si bien pudieran a grandes rasgos parecer similares, resultan a todas luces supuestos distintos e independientes, haciéndose inclusive la precisión en el

Contrato suscrito respecto de que la penalidad será aplicada “cada vez” que se verifique el supuesto de infracción, por lo que es evidente en tal contexto no corresponde ordenar devolución alguna.

45. Siendo ello así, este Árbitro Único considera que no se puede amparar la Pretensión Accesorias a la Segunda Pretensión Principal materia de Demanda que consistía en ordenar a **LA ENTIDAD** la devolución de s/ 31,500.00 (treinta y un mil quinientos con 00/100 soles) en favor de **EL CONTRATISTA** por haberse retenido de manera indebida esta suma como concepto de otras penalidades de la factura electrónica N° FF01- 00019486; justamente ello por constituirse en una pretensión accesorias a la segunda pretensión principal, siendo que la misma ha sido declarada infundada, por lo que le corresponde a la presente seguir la misma suerte.

46. Por lo expuesto, corresponde declarar **INFUNDADA** la Pretensión Accesorias a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda formulada por **CONSTRUCCIONES ELECTROMECANICAS EL CONTRATISTA S.A.**

➤ **EN RELACIÓN CON EL PEDIDO DE COSTAS Y COSTOS SOLICITADO POR EL CONTRATISTA EN DETRIMENTO DE LA ENTIDAD.**

47. Al respecto, es menester traer a colación lo prescrito por el Decreto Legislativo que norma el Arbitraje – Decreto Legislativo N° 1071, el mismo que en su artículo 73 dispone lo siguiente:

"Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

1. *El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. **A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida.** Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.*

(...)

(El énfasis es propio)."

48. Siguiendo con lo anterior, éste Árbitro Único considera que el hecho de que no hayan quedado acreditados instrumentalmente los fundamentos de **EL CONTRATISTA** por los cuales corresponde declarar Infundadas la totalidad de las pretensiones principales y accesorias esbozadas por **EL CONTRATISTA** como consecuencia del infundado cuestionamiento contractual efectuado por parte de **EL CONTRATISTA**, constituye motivo atendible para atribuirle a ésta última el pago íntegro de los gastos del presente proceso arbitral.

49. Por lo expuesto, corresponde declarar **INFUNDADA** la Pretensión de Costas y Costos de la Demanda formulada por **CONSTRUCCIONES ELECTROMECHANICAS EL CONTRATISTA S.A.**, debiendo, por el contrario, asumir esta parte demandante la totalidad de las costas y los costos del presente proceso arbitral incoado por ella.

VII. LIQUIDACIÓN DE LOS HONORARIOS ARBITRALES

Los gastos arbitrales del presente Arbitraje ascienden a la suma de S/ 10,000.00 (Diez Mil con 00/100 Soles) netos por concepto de gastos administrativos y S/ 10,000.00 (Diez Mil con 00/100 Soles) netos por concepto de honorarios arbitrales, de acuerdo con el siguiente cuadro:

DEMANDANTE/DEMANDADO	GASTOS ADMINISTRATIVOS	HONORARIO ARBITRAL
DEMANDANTE: CONSTRUCCIONES ELECTROMECANICAS DELCROSA S.A. (100%)	Pagó S/. 10,000.00	Pagó S/. 10,000.00
DEMANDADO: ELECTRO SUR ESTE S.A.A. (0%)	-	-

POR LO EXPUESTO:

Estando a las consideraciones precedentes; habiendo tomado en cuenta todas las pruebas y escritos presentados por las partes; dentro del plazo correspondiente, el Árbitro Único del presente proceso arbitral resuelve:

PRIMERO.- DECLARAR INFUNDADA LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA FORMULADA POR CONSTRUCCIONES ELECTROMECANICAS DELCROSA S.A.; POR TANTO, DECLARAR VÁLIDA Y EFICAZ LA RESOLUCIÓN DE AMPLIACIÓN DE PLAZO CONTRATO DE "ADQUISICIÓN DE TRANSFORMADORES ELEVADORES PARA CENTRALES HIDROELÉCTRICAS" N° G - 163 - 2020 DE FECHA 16 DE JULIO DEL 2020 QUE APRUEBA PARCIALMENTE LA SOLICITUD DE AMPLIACIÓN DE PLAZO N° 01 PRESENTADA POR DELCROSA, EN CONSECUENCIA, SE APRUEBE

LA AMPLIACIÓN DE PLAZO EXCEPCIONAL EN RAZÓN A 68 DÍAS CALENDARIOS.

SEGUNDO.- DECLARAR INFUNDADA LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA FORMULADA POR CONSTRUCCIONES ELECTROMECANICAS DELCROSA S.A.; EN CONSECUENCIA, DECLARAR VÁLIDA LA RETENCIÓN DEL PAGO DE S/ 36,618.30 (TREINTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO CON 30/100 SOLES) EN DETRIMENTO DE DELCROSA POR HABERSE RETENIDO ESTA SUMA COMO CONCEPTO DE PENALIDAD POR MORA DE LA FACTURA ELECTRÓNICA N° FF01- 00019486.

TERCERO.- DECLARAR INFUNDADA LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA FORMULADA POR CONSTRUCCIONES ELECTROMECANICAS DELCROSA S.A.; EN CONSECUENCIA, DECLARAR VÁLIDA Y EFICAZ LA IMPOSICIÓN DE OTRAS PENALIDADES ASCENDENTES A S/ 33,600.00 (TREINTA Y TRES MIL SEISCIENTOS CON 00/100 SOLES) CONFORME AL OFICIO GOT N° 269 – 2020 DE FECHA 23 DE DICIEMBRE DEL 2020.

CUARTO.- DECLARAR INFUNDADA LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA FORMULADA POR CONSTRUCCIONES ELECTROMECANICAS DELCROSA S.A.; EN CONSECUENCIA, DECLARAR VÁLIDA Y EFICAZ LA RETENCIÓN DE S/ 31,500.00 (TREINTA Y UN MIL QUINIENTOS CON 00/100 SOLES) EN DETRIMENTO DE DELCROSA POR HABERSE RETENIDO ESTA SUMA COMO CONCEPTO DE OTRAS PENALIDADES DE LA FACTURA ELECTRÓNICA N° FF01- 00019486.

**QUINTO.- ORDENAR A CONSTRUCCIONES ELECTROMECANICAS
DELCROSA S.A. EL PAGO ÍNTEGRO DE LOS COSTOS, COSTAS Y
GASTOS ADMINISTRATIVOS DEL PRESENTE ARBITRAJE.**

Notifíquese a las partes;



.....

JULIO CARLOS LOZANO HERNÁNDEZ
ÁRBITRO ÚNICO



.....

JOYCE POVES MONTERO
SECRETARIA ARBITRAL