

EXPEDIENTE N° 3946-239-22

E-BUSINESS DISTRIBUTION PERU S.A. – EBD PERU S.A.

VS

GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

LEYSSER LEÓN HILARIO ÁRBITRO ÚNICO

DIONEL MAITA URÍA SECRETARIO ARBITRAL

12 DE DICIEMBRE DE 2023



Expediente N° 3946-239-22

E-BUSINESS DISTRIBUTION PERU S.A. – EBD PERU S.A. vs. GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO

DECISIÓN N° 15 (LAUDO ARBITRAL)

I. ANTECEDENTES

§1. El 9 de mayo de 2022, E-BUSINESS DISTRIBUTION PERU S.A. (en adelante, la Demandante o EBD) presentó al Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (en adelante, el Centro), una solicitud de arbitraje contra el GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO (en adelante, la Entidad o la Demandada)

Dicha solicitud fue formulada con arreglo al convenio arbitral contenido en la Cláusula Décimo Séptima del Contrato N° 001-2022-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO, celebrado el 7 de enero de 2022.



CLÁUSULA DÉCIMA SÉTIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

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

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



Página 4 de 5



Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 224 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.



El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el numeral 45.21 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.



La Demandante, haciendo referencia al contrato en mención, esbozó las siguientes pretensiones arbitrales contra la Entidad:

Primera pretensión Principal:

Que, se revoque la indebida aplicación de penalidades motivada por el Gobierno Regional del Callao en la ejecución del contrato N° 001-2022-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO para la adquisición de bienes para el proyecto de modificación del sistema de utilización en media tensión 20KV (operación inicial en 10KV) de la Sede del Gobierno Central del Callao, por las consideraciones de hecho y de derecho que se exponen en la presente demanda arbitral.

Segunda pretensión Principal:

Que, en virtud de declarar fundada nuestra primera pretensión principal, se ordene a la demandada la devolución del monto de S/. 218,009.39 soles por concepto de la indebida aplicación de penalidades en la ejecución del contrato materia del presente arbitraje más los intereses legales que correspondan a la fecha de su ejecución.

Tercera pretensión principal:

Que, se ordene a la demandada al pago de costas y costos del presente proceso arbitral.

- §2. El 27 de junio de 2022, la Entidad absolvió la solicitud de la Demandante, formulando oposición, objeción y excepción de caducidad respecto del arbitraje iniciado contra ella.
- §3. El 26 de julio de 2022, la Demandante absolvió el escrito de objeción, oposición y excepción al arbitraje presentado por la Entidad.
- §4. El 5 de agosto de 2022, el Centro comunicó a las partes que remitiría la oposición formulada por la Entidad a la Secretaría General de Arbitraje.
- §5. El 21 de septiembre de 2022, mediante Comunicación N° 4, la Secretaría General de Arbitraje emitió un informe pronunciándose sobre la oposición al arbitraje declarándola infundada.



- §6. El 11 de octubre de 2022, el Centro hizo de conocimiento de las partes que el profesor universitario y abogado Leysser Luggi León Hilario fue designado como Árbitro Único.
- §7. El 18 de octubre de 2022, el referido profesional aceptó el cargo para el que fue designado por el Centro.
- §8. El 19 de octubre de 2022, mediante Comunicación N° 6, habiéndose constituido el Tribunal Arbitral Unipersonal, la Secretaría Arbitral solicitó a las partes que, de considerarlo conveniente, dentro de un plazo de cinco (5) días hábiles, presentaran sus propuestas de modificación a las reglas aplicables al presente arbitraje, que serían las contenidas en el Reglamento de Arbitraje del Centro.
 - El plazo concedido a las partes venció sin que ninguna de ellas se manifestara con respecto a este punto.
- §9. El 23 de diciembre de 2022, mediante Escrito N° 03-2922, bajo sumilla "Lo que se indica", la Entidad presentó ante el Centro, la constancia de haber cumplido el requerimiento de registrar en el SEACE al Tribunal Arbitral Unipersonal.
- §10. El 26 de diciembre de 2022, mediante Escrito N° 01, el Demandante presentó su demanda arbitral contra la Entidad.
- §11. El 18 de enero de 2023, mediante Escrito N° 4-2023, bajo sumilla "Lo que indica", la Entidad presentó su contestación de demanda, en la cual contradice en todos sus extremos las pretensiones formuladas por la Demandante, y solicita al Árbitro Único las siguientes declaraciones:



- 1.- INFUNDADA LA DEMANDA en todos sus extremos.
- 2.- QUE LA OBLIGACION DE PAGO SE HA EXTINGUIDO POR CONSOLIDACION.
- 3.- QUE LA ACCION PARA CUESTIONARSE LA LIQUIDACION CON APLICACIÓN DE PENALIDADES HA CADUCADO ampliamente [EXCEPCION DE CADUCIDAD].
- **4.-** SE ORDENE que la contratista-demandante asuma el íntegro, vale decir, el ciento por ciento [100%] de los costos y costas arbitrales.

Los principales argumentos de hecho y de derecho de la excepción deducida por la Entidad son los siguientes:

- (i) Que hubo una contratación precedente de la Demandante, efectuada en el 2020, durante el Estado de Emergencia Sanitaria derivada de la pandemia por el COVID-19, la cual se realizó por contratación directa, emitiéndose para tal fin la Orden de Compra N° 2020-0245 Estado de Emergencia Nacional N° IOARR 2489007, del 14 de agosto de 2020.
- (ii) Durante la ejecución de dicho contrato, la Demandante habría incurrido en la inejecución de sus obligaciones y/o en cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de las prestaciones a su cargo.
- (iii) Que, en el marco de dicha relación contractual, se emitió la Resolución Gerencial No. 017-2021-Gobierno Regional del Callao-GRI, de fecha 1 de octubre de 2021 (anexo 1-F de la demanda arbitral) en la cual se dispuso la aplicación de una penalidad a la Demandante, ordenándose, asimismo, el recupero correspondiente:







Programación Multianual y Gestión de Inversiones, aprobada por Resolución Directoral Nº 001-2019-EF/63.01 y contando con la Visación del Jefe de la Oficina de Construcción y la Gerencia Regional de Infraestructura.

ARTÍCULO PRIMERO.- APROBAR la Liquidación Técnica Financiera elaborada por la Entidad, relacionado a la Orden de Compa N° 2020-000245, de fecha 14 de Agosto de 2020, celebrado por la Entidad con el Contratista E.BUSINESS DISTRIBUTIÓN PERU SA. EBD PERU SA, correspondiente a la IOARR N° 2489007, denominada "ADQUISICIÓN DE UN GRUPO ELECTROGENO; REMODELACIÓN DE RED DE CABLEADO HORIZONTAL; EN EL (LA) ESS. NAC. DANIEL A. CARRIÓN-BELLAVISTA EN LA LOCALIDAD DE BELLAVISTA, PROVINCIA CONSTITUCIONAL DEL CALLAO, DEPARTAMENTO. CALLAO", ejecutado bajo la modalidad de Ejecución Presupuestaria Directa en concordancia con lo dispuesto en el Artículo 27º inciso 27.1 apartado b) del Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225-Ley de contrataciones del Estado; la misma que muestra como INVERSIÓN AUTORIZADA la suma de S/ 2,076,279.90 (DOS MILLONES SETENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE CON 90/100 SOLES) incluido el IGV, y un MONTO PAGADO al Proveedor de S/ 2,076,279.90 (DOS MILLONES SETENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE CON 90/100 SOLES), incluido el IGV. Resultando un SALDO A FAVOR DEL PROVEEDOR por la suma de S/ 0.00 (CERO CON 00/100 SOLES), incluido el IGV, y en el rubro OTROS CONCEPTOS se ha establecido cono saldo a CARGO DEL CONTRATISTA los siguientes conceptos a) Por concepto de Penalidad Máxima-por atraso en la ejecución del Servicio de la IOARR por el monto de S/ 207,627.99 (DOSCIENTOS SIETE MIL SEISCIENTOS VEINTISIETE CON 99/100 SOLES), incluido el IGV, detallado en el Cuadro N° 04 y b) Por conceptos de Gastos por la elaboración de la Liquidación por el monto de S/ 10,381.40 (DIEZ MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y UNO CON 40/100 SOLES) incluido el IGV, detallado en el Guadro N° 04 y b) Por conceptos de Gastos por la elaboración de la Liquidación por el monto de S/ 10,381.40 (DIEZ MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y UNO CON 40/100 SOLES) incluido el IGV, detallado en el Guadro N° 04 y b) Por conceptos de Gastos por la elaboración de la CARGÓN Cesto de liquidación que se aplica de conformidad con lo dispuesto en la Directiva N° 001 ARTÍCULO PRIMERO .- APROBAR la Liquidación Técnica Financiera elaborada por

ARTÍCULO SEGUNDO.- PONER en conocimiento a la Gerencia de Administración la presente Resolución para que de acuerdo a sus funciones disponga el RECUPERO A CARGO del CONTRATISTA E.BUSINESS DISTRIBUTIÓN PERU SA, EBD PERU SA, el monto de S/ 207,627.99 (DOSCIENTOS SIETE MILL SEISCIENTOS VEINTISIETE CON 99/100 SOLES) incluido el IGV, por concepto de la penalidad máxima aplicada así como el monto de S/ 10,381.40 (DIEZ MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y UNO CON 40/100 SOLES), por concepto de Gestor de Eleberación de la laculación. por concepto de Gastos de Elaboración de la Liquidación como se ha señalado en el Artículo Primero de la presente Resolución.

ARTÍCULO TERCERO.- ENCARGAR a la Oficina de Construcción y Vialidad de la Gerencia Regional de Infraestructura, a fin que con el apoyo de la Gerencia de Administración y de la Gerencia de Asesoría Jurídica, como lo establece la Resolución Gerencial General Regional N° 297-2009-Gobierno Regional del Callao-GGR, de fecha 14 de Mayo de 2009, se considere oportunamente la inversión del Servicio materia de este pronunciamiento, en el proceso de transferencia de la IOARR N° 2489007 denominada "Adquisición de Un Grupo Electrogeno; Remodelación de Red de Cableado Horizontal; en el (la) EESS, Nac. Daniel A. Carrión-Bellavista en la Localidad de Bellavista, Provincia Constitucional del Callao Departamento Callao".

- Que dicha Resolución fue notificada a la Demandante mediante Carta Nº (iv) 596-2021-GRC/GRI del 18 de octubre de 2021, siendo recibida por EBD el 20 de octubre de 2021.
- Que, por lo tanto, correspondería aplicar de oficio los numerales 5 y 9 del (v) artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, la LCE) y el numeral 7 del artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, el RLCE).
- (vi) Que, de conformidad con lo establecido en las citadas normas, quedaría en evidencia que el cuestionamiento que efectúa EBD a la imposición y/o aplicación de penalidades en ejecución de la Orden de Compra Nº 2020-



0245, de acuerdo con la Resolución Gerencial N° 017-2021-GRC-GRI, habría caducado, pues el plazo para su cuestionamiento inició el día siguiente de recibida la Carta N° 596-2021-GRC/GRI, ocurrido el 20 de octubre de 2021, y venció indefectiblemente el 3 de diciembre de 2021.

Por lo tanto, según la Entidad, a la fecha de inicio del presente arbitraje, habría caducado la acción para cuestionar lo resuelto en la Resolución de Gerencial Regional citada.

- (vii) Finalmente, se señala que la Demandante conocería la caducidad acaecida, pues así lo habría hecho notar en la Carta S/N de fecha 28 de abril de 2022 dirigida a la Entidad, conforme a lo que aquélla señala en la página 7 de su demanda arbitral.
- §12. El 31 de enero de 2023, mediante Escrito N° 01, bajo sumilla "Absuelve excepción de caducidad y absuelve contestación de demanda", la Demandante solicita que se declare improcedente la excepción de caducidad de la Entidad y que continúen las actuaciones arbitrales.

El escrito citado concluye, en efecto, con este pedido:

POR TANTO:

A usted señor árbitro pedimos tener por presentado el presente escrito y por corresponder; en virtud de los argumentos de hecho y de derecho se declare IMPROCEDENTE la excepción de caducidad y se continúen con las actuaciones arbitrales a fin que en su oportunidad se declaren FUNDADAS cada una de nuestras pretensiones en todos sus extremos.

§13. Mediante Decisión Nº 4, notificada el 9 de febrero de 2023, se rindió cuenta de todo lo actuado hasta dicho momento, y se citó a las partes a una Audiencia Especial, para el 30 de marzo de 2023 a las 11:30 am, vía plataforma Zoom.



§14. El 30 de marzo de 2023, se realizó la Audiencia Especial convocada, la cual contó con la participación de ambas partes, representadas por los abogados a cargo de su defensa, quienes expresaron ampliamente, con igualdad de trato, las bases y fundamentos de sus posiciones en cuanto a la excepción formulada por la Entidad y sobre el fondo de la controversia.

En la Audiencia Especial, igualmente, se dejó constancia de que las otras defensas previas, oposiciones y objeciones formuladas por la Entidad contra el presente arbitraje, salvo, solamente, la excepción de caducidad, habían quedado resueltas con el pronunciamiento de la Secretaría General del Centro, del 21 de septiembre de 2022, mediante la Comunicación N° 4, y de que ninguna de las partes tenía impugnaciones adicionales que plantear al respecto.

- §15. El 30 de marzo de 2023, mediante Comunicación N° 18, se otorgó a las partes un plazo de diez (10) días para la presentación de sus alegatos y/o conclusiones finales.
- §16. El 11 y 19 de abril de 2023, la Entidad cumplió con acreditar el pago del 50% de los honorarios arbitrales, de la tasa administrativa y la retención correspondiente, de lo cual se dejó constancia en las Comunicaciones N° 19 y N° 20, del 18 y 21 de abril de 2023, respectivamente.
- §17. La Demandada presentó su escrito de conclusiones finales el 11 de abril de 2023; la Demandante lo hizo el 13 de abril de 2023.

Mediante la Decisión N° 5, del 26 de abril de 2023, el Árbitro Único declaró tener por presentados los alegatos finales de ambas partes. Asimismo, se fijó el plazo para la emisión del Laudo Parcial en lo relativo a la excepción de caducidad formulada por la Entidad.



II. SOBRE EL LAUDO PARCIAL

- §18. El 22 de junio de 2033, el Árbitro Único, según los fundamentos expuestos, y las pruebas actuadas, emitió la Decisión N° 6, Laudo Parcial, cuyo contenido fue el siguiente:
 - (i) Se declaró infundada la excepción de caducidad formulada por el Gobierno Regional del Callao.
 - (ii) Se dispuso la continuación del arbitraje.
 - (iii) Se puso en conocimiento de las partes el Laudo Parcial, declarándose su valor vinculante y eficacia desde el día de su notificación.
- §19. El 23 de junio de 2023, la Entidad mediante Escrito N° 06-203 bajo sumilla "Solicitud posterior al laudo", presentó un pedido de rectificación contra el Laudo Parcial contenido en la Decisión N° 6.

El 3 de julio de 2023, mediante la Decisión N° 7 se corrió traslado de tal pedido a la Demandante.

La Demandante no se pronunció sobre el pedido de la Entidad, de lo cual el Árbitro Único dejó constancia en la Decisión N° 8, del 17 de julio de 2023.

- §20. El 9 de agosto de 2023, mediante Decisión N° 9, el Árbitro Único dispuso lo siguiente:
 - (i) Declarar fundada la solicitud de rectificación de la Entidad.
 - (ii) Sustituir, por lo tanto, la parte respectiva del segundo párrafo del parágrafo32 del Laudo Parcial (páginas 17 y 18).



- (iii) Declarar no ha lugar a pronunciamiento del Árbitro Único sobre lo demás puntos contenidos en la solicitud de la Entidad.
- (iv) Declarar que la Decisión N° 9 forma parte del Laudo Parcial.

Posteriormente a la notificación de la Decisión N° 9, ninguna de las partes formuló pedidos ulteriores, ni efectuó reserva de derechos, ni presentó escrito alguno. Tampoco se presentaron impugnaciones contra el Laudo Parcial en la vía judicial. Así, el arbitraje quedó expedito para su continuación.

- §21. El 11 de agosto de 2023, mediante Decisión N° 10, el Árbitro Único:
 - (i) Determinó las cuestiones controvertidas del presente proceso arbitral.
 - (ii) Admitió los medios probatorios de la Demandante y la Entidad:
 - a) Por parte de la Demandante:

Los documentos ofrecidos en el acápite "IV. Medios Probatorios" y "VII. Anexos" de la demanda arbitral presentada el 26 de diciembre de 2022.

b) Por parte de la Entidad:

Los documentos ofrecidos en el acápite "VIII. Sobre los medios probatorios" de la contestación de demanda arbitral presentada el 18 de enero de 2023.

- (iii) Declaró el cierre de las actuaciones arbitrales.
- (iv) Fijó el plazo para la emisión del Laudo Arbitral, de acuerdo con el artículo53º del Reglamento de Arbitraje del Centro.



- (v) Precisó que las partes no pueden presentar escrito alguno, salvo que medie requerimiento del Tribunal Arbitral, conforme lo dispuesto en el artículo 53º del Reglamento de Arbitraje del Centro.
- §22. El 15 de agosto de 2023, la Entidad, por Escrito N° 07-2023 bajo sumilla "Formula reconsideración", presentó una reconsideración contra la Decisión No. 10.
- §23. El 22 de agosto de 2023, mediante la Decisión N° 11, el Árbitro Único consideró conveniente, antes de pronunciarse sobre el recurso de reconsideración formulado por la Entidad, correr traslado de ésta a la Demandante, para que, en el plazo de tres (3) días hábiles, manifieste lo conveniente a su derecho.

Asimismo, se suspendió el plazo fijado por la Decisión N° 10 para la emisión del Laudo Arbitral, hasta que el Árbitro Único resuelva la reconsideración formulada por la Entidad.

- §24. El 11 de septiembre de 2023, mediante la Decisión N° 12, el Árbitro Unico dejó constancia de lo siguiente:
 - (i) De que la Demandante no absolvió el traslado conferido mediante la Decisión N° 11.

Asimismo:

- (ii) Declaró fundado el recurso de reconsideración formulado por la Entidad.
- (iii) Admitió la solicitud de exhibición realizada por la Entidad y, por lo tanto, otorgó a la Demandante el plazo de diez (10) días hábiles para presentar las pruebas de exhibición descritas en el literal ii. del punto 7 de la reseñada Decisión.



POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

- Mediante la presente Decisión, el Árbitro Único procederá a analizar y resolver la reconsideración formulada por el GOBIERNO.
 - i. El árbitro, tomando en consideración, los fundamentos del GOBIERNO, así como el silencio de E-BUSSINES, y atendiendo al derecho fundamental a la prueba, en su relación con el derecho al debido proceso, pero sin perjuicio de manifestar que se encuentra suficientemente informado para emitir su pronunciamiento en esta controversia, dispone concer el recurso formulado por el GOBIERNO, y, por lo tanto, admitir la solicitud de exhibición formulada.
 - ii. En línea con lo decidido, de conformidad con el inciso 1 del artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071 que establece "la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios", se dispone requerir a E-BUSINESS la presentación de las siguientes pruebas ofrecidas:
 - a) Del cargo de recepción, del requerimiento notarial efectuado mediante Carta N° 274-2021-GRC/GA de fecha 08 de noviembre de 2021, BAJO APERCIBIMIENTO de tenerse por ciertos los términos de la imagen inserta en la página 7 de la demanda.
 - b) De la Resolución Gerencial Regional Nº 017-2021-Gobierno Regional del Callao de fecha 01 de octubre de 2021, BAJO APERCIBIMIENTO de tenerse por ciertos los términos de la imagen inserta en la página 4 de este escrito de contestación de demanda.
 - c) Del cargo de la Carta N° 596-2021-GRC-GRI de fecha 18 de octubre de 2021, BAJO APERCIBIMIENTO de tenerse por ciertos los términos de la imagen inserta en la página 5 de éste escrito.
- (iv) En relación con el primer y segundo otrosí del escrito de reconsideración de la Entidad, declaró que se tuviera presente lo señalado por ésta.
- (v) Dispuso que el plazo de cuarenta y cuatro (44) días hábiles para emitir el Laudo Arbitral se reanudaría por Decisión posterior.
- §25. El 21 de septiembre de 2023, la Demandante, mediante Escrito N° 03, bajo sumilla "Absuelve exhibición documental y presenta alegatos", pide al Árbitro Único tener por presentados los medios probatorios requeridos para su exhibición.



- §26. El 22 de septiembre 2023, mediante Decisión N° 13, el Árbitro Único:
 - (i) En relación con el escrito rubricado "Absuelve exhibición documental y presenta alegatos", tener por presentadas las pruebas exhibicionales que se requirieron a la Demandante en la Decisión N° 12.
 - (ii) En relación con el escrito rubricado "Absuelve exhibición documental y presenta alegatos", tener presentes los alegatos de la Demandante.
 - (iii) Poner en conocimiento de la Entidad el escrito de la Demandante, a fin de que, de considerarlo necesario, manifieste lo conveniente a su derecho en el plazo de diez (10) días hábiles.
- §27. El 5 de octubre de 2023, la Entidad, mediante Escrito N° 08-2023 bajo sumilla "Absuelve decisión No. 13", absolvió el traslado realizado.

El 6 de octubre de 2023, mediante la Decisión N° 14, el Árbitro Único dispuso la reanudación del plazo para la emisión del Laudo Arbitral final, hasta por cuarenta y cuatro (44) días hábiles, que vencerán el 13 de diciembre de 2023.

El 20 de noviembre de 2023, hallándose en curso el plazo de emisión del Laudo Arbitral Final, la Entidad presentó un escrito de objeción a que el procedimiento prosiguiera, y que contiene, asimismo, otras solicitudes y declaraciones, incluida la de nulidad de todo lo actuado y una excepción de incompetencia.

El 6 de diciembre de 2023, con la Decisión N° 15, el Árbitro Único desestimó, por improcedentes los pedidos de la Entidad, en estricta observancia de lo dispuesto en el artículo 53 del Reglamento del Centro, y de su comportamiento incoherente con su activa participación y ejercicio de medios de defensa en todo el desarrollo del presente arbitraje:



comornie con la dispuesta en el articulo de laci rregiamente de Arbitaje.

DECISIONES:

- Al escrito de Antecedente i.: TÉNGASE PRESENTE la objeción y excepción deducida por el GOBIERNO en los términos expuestos en dicho escrito.
- DECLÁRESE IMPROCEDENTE la objeción formulada por el GOBIERNO.
- DECLÁRESE IMPROCEDENTE la excepción de incompetencia formulada por el GOBIERNO.
- PRECÍSESE que ninguna parte puede presentar escrito alguno, salvo requerimiento efectuado por el Tribunal Arbitral, conforme con lo dispuesto en el artículo 53° del Reglamento de Arbitraje.

Firmado por: Leysser Luggi León Hilario, Árbitro Único.

Lo que a ustedes notifico con arreglo a ley.

Atentamente,

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ Centro de Análisis y Resolución de Conflictos

III. PUNTOS CONTROVERTIDOS Y POSICIONES DE LAS PARTES

- §28. El 11 de agosto de 2023, mediante la Decisión N° 10, el Árbitro Único estableció los puntos controvertidos del presente arbitraje en estos términos:
 - Primer punto controvertido: determinar si corresponde o no revocar la aplicación de penalidades motivada por el GOBIERNO en la ejecución del contrato N° 001-2022-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO.
 - Segundo punto controvertido: determinar si corresponde o no la devolución del monto de S/. 218,009.39 soles por concepto de la indebida aplicación de penalidades en la ejecución del contrato N° 001-2022-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO.
 - iii. **Tercer punto controvertido:** determinar si corresponde ordenar a la parte demandada a asumir el pago de costas y costos del proceso arbitral.



En la Decisión mencionada, el Árbitro Único se reservó el derecho de analizar las cuestiones controvertidas en el orden que considere más conveniente a los fines de resolver la controversia y no necesariamente en el orden establecido para los puntos descritos. De igual manera, se señaló que, si en el curso de las actuaciones arbitrales surgían nuevos puntos en discusión entre las partes —vinculados o no con los puntos controvertidos fijados—, el Árbitro Único los resolvería al emitir el Laudo.

III.1 POSICIONES DE LA DEMANDANTE

III.1.1 Sobre el primer punto controvertido

§29. El Demandante pide al Tribunal Único Unipersonal que se revoque la indebida aplicación de penalidades motivada por la Entidad en la ejecución del contrato No. 001-2022-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO para la adquisición de bienes para el proyecto de modificación del sistema de utilización en media tensión 20KV de la Sede del Gobierno Central del Callao.

El fundamento de este pedido, es, según lo señalado en la demanda arbitral, que la Demandante cumplió cabalmente con las prestaciones pactadas, dentro de los plazos establecidos en la Cláusula Quinta del referido Contrato, razón por la cual se procedió a emitir la conformidad de la prestación y, en virtud a ello, se procedió al pago de la contraprestación comprometida.

CLÁUSULA QUINTA: DEL PLAZO DE LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN

El plazo de ejecución del presente contrato es CINCUENTA (50) días calendario, conformados de la siguiente manera:



- Respecto a la entrega de los bienes, EL CONTRATISTA tiene un plazo de diecisiete (17) días calendario para el internamiento de los bienes ofertados, el cual se computa a partir del día siguiente de firmado el contrato.
- Respecto a los trabajos de implementación, EL CONTRATISTA tiene un plazo máximo de treinta y tres (33) días calendarios, el cual se computa a partir del día siguiente del internamiento de los bienes ofertados.



Además, la Demandante alega que el acto administrativo por el cual se les imputan penalidades en la ejecución de la orden de compra No. 2020-00245, es un acto nulo de pleno derecho, en la medida que el art. 144 del RLCE establece que los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad y el pago, siendo que los únicos contratos que pueden ser sometidos a una liquidación son los contratos de ejecución y consultoría de obra:

Resolución de Gerencia Regional N° 017-2021-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO – GRI a través de la cual se aprueba una LIQUIDACION TECNICA FINANCIERA imputándonos una penalidad es un acto ineficaz, ilegal y contrario a lo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado como se ha acreditado en el presente escrito toda vez que como se ha demostrado, la demandada ha intentado aplicar la LIQUIDACION TECNICA FINANCIERA que es aplicable para contratos de ejecución y consultoría de obra a un contrato de adquisición de bienes, por lo que en dicho acto se ha contravenido las normas establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento y se pretende ahora darle validez a este acto para cobrarnos esta ilegal penalidad en la ejecución de OTRO CONTRATO, por lo cual hemos iniciado el presente arbitraje.

En su escrito de conclusiones finales, la Demandante resume así sus argumentos:

El presente arbitraje ha sido iniciado por nuestra representada en virtud a la controversia surgida en la ejecución del pago correspondiente a nuestra contraprestación referida al Contrato Nº 001-2022-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO suscrito con fecha 07 de enero de 2022 para la adquisición de bienes para el proyecto de modificación del sistema de utilización en media tensión 20KV (operación inicial en 10KV) de la Sede del Gobierno Central del Callao por un monto contractual de S/. 2,335,218.90 soles, en la medida que se nos ha aplicado una indebida penalidad que no corresponde a la ejecución de este contrato, sino a uno distinto como se desprende de la carta emitida el 09 de mayo de 2022.



Como se aprecia, la Demandante considera haber sido penalizada, al momento en que se le debía pagar las prestaciones cabalmente cumplidas en un contrato, por hechos que, según la Entidad, tuvieron lugar en una relación contractual anterior, y que esta incongruencia estaría demostrada por lo que declara la Entidad en su comunicación recibida el 9 de mayo de 2022:



"Año del Fortalecimiento de la Soberania Nacional"

Callao,

D 6 MAYO 2022

OFICIO Nº/74 -2022-GRC/GA

Señora
MIRTHA REINKENDORF MASIAS
Gerente General de la Empresa
E-BUSINESS DISTRIBUTION PERÚ S.A.
Av. José Gálvez Barrenechea N° 996, San Isidro - Lima
Presente.-

Ref.:

- a) Carta S/N de fecha 28 de abril de 2022
- b) Informe N° 0468-2022-GRC/GA-TESO

De mi consideración:

Me dirijo a usted para expresarle mi cordial saludo y en atención a la Carta de la referencia (a), remitirle adjunto al presente el documento de la referencia (b), a través del cual el Jefe de la Oficina de Tesorería de esta Entidad, informa respecto a la penalidad máxima por atraso en la ejecución de la IOARR N° 2489007, denominada "ADQUISICIÓN DE UN GRUPO ELECTRÓGENO; REMODELACIÓN DE RED DE CABLEADO HORIZONTAL EN EL ESTABLECIMIENTO DE SALUD NACIONAL DANIEL A. CARRION", EN LA LOCALIDAD DE BELLAVISTA, PROVINCIA CONSTITUCIONAL DEL CALLAO.

En tal sentido, se adjunta copia de los actuados; para su conocimiento y fines pertinentes.

Atentamente

SE ANTONIO SALDAMA MURRUGARRA

DEL CALLAS

Sin otro particular, quedo de usted.

1

EBD Perú S.A.

0 9 MAY0 2022



II.1.2 Sobre el segundo punto controvertido

§30. La Demandante solicita, en concordancia con su primera pretensión, la devolución del monto de S/. 218,009.39 soles por concepto de la indebida aplicación de penalidades en la ejecución del contrato materia del presente arbitraje, más los intereses legales que correspondan a la fecha de su ejecución.

La Demandante fundamenta esta pretensión asegurando que, con fecha 27 de abril de 2022, al momento de la ejecución del pago de la contraprestación, de manera ilegal e arbitraria, la Entidad le aplicó una penalidad de de S/. 218,009.39 soles.

En este sentido, la Demandante considera que no incurrió en retraso injustificado en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales que sustentara la aplicación de alguna penalidad en su contra.

Ahora bien, cuando la Entidad respondió a la Demandante mediante Informe del Jefe de la Oficina de Tesorería del Gobierno Regional del Callao, le comunicó que la penalidad tenía como fundamento un atraso verificado en la ejecución IOARR N° 2489007 denominada: "ADQUISICION DE UN GRUPO ELECTROGENO: REMODELACION DE RED DE CABLEADO HORIZONTAL EN EL ESTABLECIMIENTO DE SALUD NACIONAL DANIEL A. CARRION EN LA LOCALIDAD DE BELLAVISTA, PROVINCIA CONSTITUCIONAL DEL CALLAO".

Para la Demandante, esta penalidad aplicada por un supuesto retraso injustificado, corresponde a un contrato distinto, ejecutado con anterioridad al contrato materia del arbitraje, e invoca, al respecto, la carta emitida el 09 de mayo de 2022.



No es verdad, como trata de inferir maliciosamente la demandada que la presente contratación era un SERVICIO en virtud a los alcances de la Resolución de Gerencia Regional Nº 017-2021-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO – GRI de fecha 01 de octubre de 2021 que en uno de sus considerandos señala LITERALMENTE lo siguiente:

Que, mediante el Memorándum N° 316-2020-GRC/GGR, de fecha 25 de Junio de 2020.

2020, el Gerente General Regional, solicito al Director General del Hospital Nacional Daniel A. N° 2489007, a fin de continuar con el proceso respectivo, documento que fue recepcionado con Gecha 25 de Junio de 2020, y de acuerdo al citado pedido, con el Oficio N° 1477-2020-HNDAC-Anexo N° 01 en el que se describe 1) El Servicio de Remplazo de Red de Cableado para Media Grupo Electrógeno de 315KW (01UND), determinándose en las Especificaciones Técnicas la Horizontal, en el EE.EE. NAC. Daniel A. Carrión - en la Localidad de Bellavista, Provincia Asimismo mediante de Cableado.

Asimismo, mediante el Oficio Nº 1573-2020-HNDAC C DO 11.

La Demandante afirma que la contratación incluía, en realidad, la ADQUISICION de GRUPO ELECTROGENO DE 700 KW y GRUPO ELECTROGENO DE 315 KW, así como el servicio de reemplazo de red de cableado para media tensión.

De esta manera, la Demandante pretende, en este segundo punto controvertido, que se ordene a la Entidad la restitución del valor de la penalidad que, según su posición, le fue ilegalmente aplicada, bajo la consideración, adicional, de que este hecho en sí mismo —la aplicación de la penalidad— fue realizado en el marco de una liquidación que, con estricto arreglo a la LCE y al RLCE no corresponde realizar en los contratos de bienes y servicios, como el que la vinculó con la Entidad.

III.1.3 Sobre el tercer punto controvertido

§31. Respecto a este tercer punto controvertido, la Demandante pretende que el Árbitro Único imponga a la Entidad el pago de las costas y costos del arbitraje.



Es menester dejar constancia, sin embargo, que, ni en la demanda arbitral ni en su escrito de conclusiones finales la Demandante ha desarrollado el fundamento de esta tercera pretensión.

III.2 POSICIONES DE LA ENTIDAD

III.2.1 Sobre el primer punto controvertido

§32. En el Escrito 05-2023 de la Entidad, bajo sumilla "Lo que indica y otro", contesta la demanda arbitral y rechaza totalmente las pretensiones de la Demandante.

La Entidad inicia sus descargos refiriendo que, en el año 2020, proveniente de una Contratación Directa, se expidió la Orden de Compra No. 2020-0245- Estado de Emergencia Nacional – IOARR No. 2489007, denominada "Adquisición de un Grupo Electrógeno, Remodelación (haciendo énfasis en el tipo de contrato) de Red de Cableado Horizontal en la EE.SS. NAC. Danuel A. Carrió, Bellavista, de fecha 14 de agosto de 2020.

Con respecto a esta primera relación contractual, la Entidad menciona que la Demandante (en calidad de contratista) incurrió en inejecución de sus obligaciones y/o en el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

§33. En dicha línea, la Entidad menciona que las infracciones atribuidas a la Demandante fueron debidamente sustentadas y acreditadas, en cuanto a la ejecución de aquella primera contratación, mediante la Resolución Gerencial Regional No. 017-2021-Gobierno Regional del Callao-GRI, del 1 de octubre de 2021, cuyo contenido reproduce (y que en el presente Laudo Arbitral figura *retro*, § 11). Dicha Resolución fue notificada a la Demandante con la Carta N° 596-2021-GRC/GRI, del 18 de octubre de 2021, y recibida el 20 de octubre de 2021.



En este sentido, la Entidad considera que se debe aplicar de oficio, el artículo 45 numerales 45.5 y 45.9 de la LCE, las cuales indican lo siguiente:

45.5 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, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

45.9 Todos los plazos señalados en los numerales precedentes son de caducidad.

45.10 Las controversias se resuelven mediante.

§34. Asimismo, la Entidad invoca el Artículo 170.7 del Reglamento, el cual señala:

las observaciones formuladas.

170.7. Una vez que la liquidación haya quedado consentida o aprobada, según corresponda, no procede someterla a los medios de solución de controversias.

Para la Entidad, sobre la base de las normas citadas, queda en evidencia que el cuestionamiento que efectúa la Demandante a la imposición y/o aplicación de penalidades en la ejecución de la Orden de Compra N° 2020-0245, según Resolución Gerencial Regional No. 017-2021-GRC-GRI, ha caducado. En este sentido, para la Entidad, el plazo para el cuestionamiento ya habría vencido, el 3 de diciembre de 2021, teniendo en cuenta la fecha de notificación de la Carta N° 596-2021-GRC/GRI, que tuvo lugar el 20 de octubre de 2021.

§35. Por último, la Entidad argumenta que debe declararse infundada esta pretensión porque, el convenio arbitral del Contrato N° 001-2022-GRC, materia de este caso arbitral, no puede aplicarse para la revisión de la aplicación de penalidades derivados de la Orden de Compra N° 2020-0245-Estado de Emergencia Nacional.



La Entidad precisa que la Orden Compra N° 2020-0245, no solo tenía por objeto la adquisición de bienes, sino también la ejecución de la obra de remodelación de red de cableado horizontal, en tal sentido, esta concluye con la liquidación de contrato, lo que ocurrió con la emisión y notificación de la Resolución Gerencial Regional N° 017-2021-GRC-CRI del 1 de octubre de 2021.

Asimismo, para la Entidad, la Orden de Compra N° 2020-0245, tiene su propio convenio arbitral, y que este debió aplicarse para la solución de toda controversia, pero la Demandante no lo observó ni cumplió.

Por todo ello, la Entidad considera que sí hubo incumplimientos de única y exclusiva responsabilidad de la Demandante, siendo estos los que derivaron en la aplicación de penalidades (Orden de Compra N° 2020-0245).

III.2.2 Sobre el segundo punto controvertido

§36. Solicita que la Demandante cumpla con efectuar el pago de S/. 207,627.99 y la suma de S/. 10,381.40, por un total S/.218,009.39.

La Entidad considera que, encontrándose firme la Resolución Gerencial No. 017-2021-Gobierno Regional del Callao-GRI, de fecha 1 de octubre de 2021, se requirió a la Demandante, mediante Carta Notarial No. 274-2021-GRC/GA de fecha 08 de noviembre de 2021, el pago de la obligación, respecto de la cual, la Demandante ha omitido y guardado silencio.

Así, la Entidad alega que, la Demandante contaba con el plazo de siete (7) días, sin embargo, hizo mención que, esta hizo caso omiso a tal requerimiento. De esta manera, habiendo transcurrido más de cinco meses de efectuado el requerimiento notarial, se procedió a la consolidación (*sic*) de las obligaciones.



Sin perjuicio de lo anterior, respecto de la ejecución de la segunda contratación, mediante Contrato No. 001-2022-GRC con fecha 07 de enero de 2022, producida la ejecución de la prestación a cargo de la Demandante y efectuadas las acciones necesarias para el pago de la contraprestación, se estableció una acreencia a favor de la Entidad (por el monto de S/. 2'335,218.90 incluidos todos los impuestos).

La Entidad resalta que en este segundo contrato no hay ninguna resolución que apruebe la liquidación, puesto que se trata de adquisición de bienes. Por ello, considera que no debe confundirse con las actuaciones que se hicieron en el primer contrato del año 2020.

Respecto de la extinción de la obligación por consolidación (*sic*), la Entidad detalla que se han establecido dos acreencias. La primera es la acreencia a favor del Gobierno Regional del Callao, la cual se estableció con la Resolución Gerencial No. 017-2021-Gobierno Regional del Callao-GRI, de fecha 1 de octubre de 202, por la suma de S/. 218,009.49 (S/. 207,627.99 más S/. 10,381.40), siendo notificada con Carta No. 596-2021-GRC/GRI, recibida por el demandante con fecha 20 de octubre de 2021; asimismo, señala que se requirió el pago por conducto notarial con Carta No. 274-2021-GRC/GA de fecha 08 de noviembre de 2021, por la suma total de S/. 218,009.49 (S/. 207,627.99 más S/. 10,381.40).

Siendo así, la Entidad considera que, de conformidad con el ordenamiento jurídico, se procedió a la extinción de las obligaciones que mantenía ambas partes, en estricto cumplimiento de la institución jurídica de la consolidación de obligaciones (*sic*).

Por último, la Entidad afirma que la primera pretensión principal y la segunda pretensión principal de la demanda, corresponden ser dilucidados por medio de los procedimientos previstos en la Orden Compra N° 2020-0245 de donde provienen, y de ninguna manera en la cláusula arbitral del Contrato N° 001-2022-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO, deviniendo infundadas.



III.2.3 Sobre el tercer punto controvertido

§37. Mediante este punto controvertido, la Entidad solicita que, debido a la propia actuación de la Demandante, la Resolución Gerencial No. 017-2021-Gobierno Regional del Callao-GRI ha quedado consentida y firme, por tanto, le corresponde a ésta asumir el pago de las costas y costos del proceso arbitral.

IV. POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

IV.1 Sobre el primer punto controvertido

§38. La cuestión de la caducidad, opuesta por la Entidad contra las pretensiones de la Demandante, fue resuelta por el Árbitro Único en el Laudo Parcial, respecto del cual no se ha formulado impugnación por ninguna de las partes.

Con tal premisa, el Árbitro Único se pronuncia sobre el fondo de la controversia.

El Árbitro Único considera que la primera pretensión de la Demandante debe ser declarada FUNDADA.

En efecto, en este procedimiento ha quedado probado que la Entidad ha efectuado un descuento sustentado —según su interpretación y las pruebas que ha ofrecido y se han actuado— en las circunstancias de una primera relación contractual en un segundo vínculo.

El proceder de la Entidad ha sido irregular, entonces, porque las penalidades que determinó, cuya oportunidad y fundamento no son materia de este arbitraje, en caso de ser verdaderas, se tenían que cobrar en un procedimiento arbitral contra la Demandante, y no por la vía unilateral de lo que la Entidad denomina, de manera impropia y reiterada, por lo demás, "consolidación".



Así, en la contestación a la demanda arbitral, se lee:

- 5.2) Siendo esto así, de conformidad al ordenamiento jurídico nacional (que está obligado a aplicar el señor árbitro único, pues, nos encontramos frente a un arbitraje nacional de DERECHO), se procedió a la EXTINCION DE LAS OBLIGACIONES, que mantenían ambas partes, en estricto cumplimiento de la institución jurídica de la CONSOLIDACION DE OBLIGACIONES.
- 4.3) En efecto, DENTRO DE LAS DISTINTAS FORMAS DE EXTINGUIR LAS OBLIGACIONES, además del pago, entre otras tenemos la CONSOLIDACION, regulada en el Artículo 1300 y siguiente del Decreto Legislativo 295, en virtud de la cual, la extinción por consolidación puede ser de TODA la obligación O DE UNA PARTE DE ELLA.
- 4.4) En el desarrollo de las relaciones jurídicas patrimoniales, que se han expuesto en este escrito, tenemos que una misma parte es acreedora y deudora a la misma vez, respecto de su contraparte, así tenemos:
 - a) El Gobierno Regional del Callao, ES ACREEDOR de la suma total de S/. 218, 009.49 (S/. 207,627.99 más S/. 10,381.40) y también ES DEUDOR de la suma de S/. 2'335,218.90.
 - b) El contratista-demandante ES DEUDOR de la suma total de S/. 218, 009.49 (S/. 207,627.99 más S/. 10,381.40) y también ES ACREEDOR de la suma de S/. 2'335,218.90





La Entidad concluye, seguidamente:

4.5) Siendo así, se ha producido la consolidación de las obligaciones y en este sentido, sólo y únicamente se ha producido la extinción de parte de la obligación a favor del demandante (vía consolidación) y mediante el pago ordinario la diferencia o saldo; a su turno, la obligación del Gobierno Regional del Callao, se produjo en forma total por consolidación, conforme así pedimos expresamente declarar al Tribunal Arbitral Unipersonal.

§39. En este punto, el Árbitro Único considera imperioso efectuar dos precisiones:

a) En primer lugar, que su decisión en cuanto a la fundabilidad del derecho de la Demandante no perjudica el crédito que la Entidad manifiesta tener, en modo alguno, siempre que su verificación y eventual cobranza se realicen por la vía correspondiente. De la misma manera, no exime a la Demandante de sus responsabilidades en el contrato primigenio con la Entidad, en caso las tuviera, porque ni esas responsabilidades ni nada de lo ocurrido en la primera relación contractual con la Entidad ha sido objeto de controversia en este arbitraje.

En este arbitraje se discute la aplicación de una penalidad en una segunda relación contractual entre las mismas partes. Si esa penalidad tuvo título para ser aplicada o no, en favor de la Entidad. Si cabe la restitución de la suma descontada como penalidad en perjuicio de la Demandante.

Ni el título ni la legalidad de la deuda generada para la Demandante en el primer contrato, según la Entidad, ni su exigibilidad son materia del presente arbitraje.



b) En segundo lugar, que la Entidad ha cometido un error técnico-jurídico al invocar en su favor la figura de la consolidación.

En efecto, la consolidación es un modo de extinción de las obligaciones que el ordenamiento jurídico admite, conforme a las bases romanistas del derecho privado, y que se distingue del cumplimiento. Consiste en la coincidencia en un solo sujeto de las calidades de deudor y acreedor. El deudor se convierte en acreedor de sí mismo, o viceversa.

Son ejemplos de consolidación los casos —escolásticos— del arrendatario que hereda el inmueble alquilado, y el del usufructuario que compra el bien usado y disfrutado. En el primer supuesto, el antiguo arrendatario no debe más la merced conductiva (o puede ser deudor de sí mismo); y en el segundo, el antiguo usufructuario no debe pagar renta alguna a nadie, porque deviene, por la compraventa, propietario del bien que usaba y disfrutaba.

§40. No es a la figura de la consolidación a la que se refiere la Entidad, entonces. Si se evalúan los fundamentos fácticos y jurídicos brindados por ella como descargos frente a la primera pretensión de la Demandante, se desprende que la institución invocada es la compensación.

La compensación también es un mecanismo de extinción de obligaciones, en el que existen relaciones de crédito y deuda en paralelo entre las mismas partes. En una relación, A es deudor de B; en la otra, B es deudora de A.

Lo que ocurre, ante ese paralelismo es que, voluntariamente, los sujetos de las respectivas relaciones pueden concordar que sus créditos y deudas "recíprocos" sean extinguidos de manera parcial o total.

Tal como se dispone en el artículo 1288 del Código Civil, en tal sentido:



"Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo."

Por ejemplo: en la primera relación de obligación, A debe a B S/ 5,000.00. En la segunda relación, B debe a A S/ 3,000.00. A y B pueden acordar que sus créditos y deudas se compensen, y de ello resulta que B, luego de la liquidación respectiva, adeuda a A solamente S/ 2,000.00. Se ha producido, consensualmente, un caso de compensación parcial.

§41. Ahora bien, el Árbitro Único no tiene potestades para transformar una defensa como la efectuada por la Entidad, de consolidación a compensación de deudas. Ello, aun cuando se aplicara el principio del *iura novit arbiter*, rompería la regla del trato igualitario de las partes, y de la congruencia del pronunciamiento, el cual debe ajustarse a lo que las partes han expresado, durante el arbitraje, para defender sus posiciones, como Demandante y Demandada.

Sin embargo, aun cuando se corrigiera —irregularmente— la argumentación de la defensa de la Entidad, de consolidación a compensación, el argumento enfrenta dos obstáculos imposibles de superar:

a) En primer lugar, la compensación es voluntaria. En las pruebas aportadas por las partes no se aprecia que estas hayan pactado la aplicación en su vínculo de una compensación unilateral, o sea, que pueda ser decidida solamente por la voluntad de alguna de ellas.

En el caso bajo análisis, claramente, la Entidad buscaría el reconocimiento de una compensación resuelta de manera unilateral, por su sola voluntad, sin que de por medio haya existido un consenso con la Demandante.



b) En segundo lugar, existe prohibición legal expresa para la compensación en las relaciones entre el Estado y los particulares.

El artículo 1290 del Código Civil dispone, en su inciso 4, que está prohibida la compensación, "entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley."

En el caso bajo análisis no hay vestigios de ninguna norma del ordenamiento que sea permisiva del proceder de la Entidad, aun si se rectificara, en sede arbitral, su planteamiento, y se le evaluara, no ya como una "consolidación", sino como una "compensación".

§42. Cabe reafirmar, por lo tanto, la fundabilidad de la pretensión de la Demandante sobre la ineficacia de las penalidades que le fueron aplicadas en el marco del Contrato N° 001-2022-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO, celebrado con la Entidad, y que deben ser revocadas, sin perjuicio de los derechos de la Entidad respecto del primer contrato, celebrado mediante la IOARR N° 2489007, que, se reitera, no han sido —ni pueden ser— materia de pronunciamiento en el presente arbitraje.

Lo mismo cabe decir, por paridad de trato, respecto de la argumentación de la Demandante en cuanto a la extemporaneidad o impropiedad técnico-jurídica de la aplicación de la penalidad, según la primera relación contractual, en lo que atañe a este argumento, por ejemplo, tomado del último escrito de la Demandante:

9. Como hemos señalado en nuestra demanda y en los alegatos finales, queda absolutamente acreditado que NO ESTAMOS ANTE UNA CONTRATACION DE LA EJECUCION DE UNA OBRA, sino ante la ADQUISICION DE BIENES (INCLUSIVE QUE INCLUIA SERVICIOS) por lo cual la figura de la LIQUIDACION FINAL O LIQUIDACION TECNICA FINANCIERA no era aplicable en el presente caso a efectos de emitir la Resolución de Gerencia Regional Nº 017-2021-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO-GRI y en virtud a ella, imputarnos una supuesta penalidad y afectarla al pago total del contrato materia del presente arbitraje.



Tampoco dicha afirmación o argumento de defensa puede ser dirimido en este arbitraje, que únicamente se circunscribe a la eficacia o ineficacia del descuento aplicado contra el pago a la Demandante, por el segundo contrato, por hechos que la Entidad remite a la primera relación contractual, y que basa en el mecanismo de la consolidación, el cual, por las razones expuestas, no es de recibo.

IV.2 Sobre el segundo punto controvertido

§43. El Árbitro Único considera que la segunda pretensión de la Demandante debe ser declarada FUNDADA y que, en consecuencia, la Entidad debe cumplir con pagar a E-Business Distribution S.A., el valor de la penalidad ineficazmente aplicada y revocada en este pronunciamiento, es decir, la suma de S/218,009.39 (doscientos dieciocho mil nueve y 00/39 soles) más los intereses legales devengados hasta la fecha de pago efectivo, y que se computarán desde la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje, es decir, desde el 9 de mayo de 2022.

La penalidad que se tiene por ineficaz es la que fuera comunicada a la Demandante en la Carta N° 274-2021-GRC/GA, del 8 de noviembre de 2021, que remite a la Resolución de Gerencia Regional Nº 017-2021-Gobierno Regional del Callao-GRI, del 1 de octubre de 2021.

CARTA Nº 274 -2021-GRC/GA

SEÑORES E-BUSINESS DISTRIBUTION PERU SA Av. Jose Galvez Barrenechea N° 996 San Isidro - Lima

SALDO A CARGO DEL CONTRATISTA Asunto

RESOLUCION GERENCIAL REGIONAL N° 017-2021-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO-GRI DEL 01 DE OCTUBRE DE 2021 Referencia

0.8 NOV. 2021

NOTARIA DEL POZO VALDEZ

De nuestra consideración:

Nos dirigimos a ustedes en relación a la aprobación de la Liquidación Técnica Financiera elaborada por nuestra Entidad, relacionada a la Orden de Compra Nº 2020-000245, de fecha 14 de agosto de 2020, correspondiente a la IOARR Nº 2489007, denominada "ADQUISICION DE UN GRUPO ELECTROGENO, REMODELACION DE RED DE CABLEADO HORIZONTAL EN EL ESTABLECIMIENTO DE SALUD NACIONAL DANIEL ALCIDES CARRION — DISTRITO DE BELLAVISTA — PROVINCIA CONSTITUCIONAL DEL CALLAO — REGION CALLAO.

Sobre el particular, le manifestamos que de acuerdo a la RESOLUCIÓN GERENCIAL REGIONAL Nº 017-2021-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO-GRI, de fecha 01 de octubre de 2021, existe a la fecha un saldo a cargo del contratista E-BUSINESS DISTRIBUTION PERU SA, por los siguientes



| | SALDO A CARGO | S/. 218,009.39 |
|----|---|----------------|
| 2° | Por concepto de Gastos por la Elaboración de la Liquidación | S/. 10,381.40 |
| | Servicio de la IOARR Nº 2489007 | 01 10 001 10 |
| 10 | Por concepto de Penalidad Máxima por atraso en la Ejecución del | S/. 207,627.99 |



§44. Lo resuelto en este punto es la lógica y justa consecuencia del pronunciamiento del Árbitro Único sobre el primer punto controvertido. La Entidad no tenía título para aplicar una compensación de deudas (mal calificada como consolidación) contra la Demandante, en el segundo contrato, menos todavía si existía, en cuanto al segundo contrato, evaluado en este arbitraje, un Acta de Conformidad (anexo 1-B de la demanda arbitral):

ACTA DE CONFORMIDAD Y PUESTA EN SERVICIO

LCL-6300289528 Orden 2132866 ALIM. TV-09/SED001139S CELDA 7

Referencia: Obra Sistema de utilización en MT 20 kV (Operación inicial en 10 kV).

Cliente: GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO – Avenida Faucett 3970 – Callao, Suministro 478859

Habiéndose concluido la supervisión de los trabajos según la referencia, así mismo realizada las pruebas eléctricas a las instalaciones particulares en coordinación con el Ing. Franco Alexiss Chavez Mendoza CIP 243541 Residente de la Obra de la empresa E-BUSINESS DISTRIBUTION PERU S.A.- EBD PERU S.A. a cargo de la obra y el responsable del cliente, se procede a la Puesta en servicio del Sistema de Utilización en MT.

Quedando en servicio y verificándose la tensión 10 KV en su instalación.

Dando fe y conformidad se firma el acta a las 18:00 horas del día 13 de marzo del 2022.

ur 40 uet 2022.

Ingeniera Beatricieta
CIP Nº 243541
ING. RESIDENTE DE OBRA

ANCO AL EVISE

JOSE FRANCISCO MERINO CASTRO NOONERO MELINELO FLE CERCUREA Reg. de Cargo de Agenerio M. 578/0

SUPERVISOR OBRA ENEL DISTRIBUCION PERU S.A.

· // . W

c.P.C. weight Orlando Mori Pinedo
Jate de la Olietta de Lagistica
RESPONSABLE CLIENTE

RÉGIONAL DEL CALLAO

Strands Consults y VI



Efectivamente, al haberse determinado que la penalidad aplicada por la Entidad contra la Demandante no puede ser reconocida como una consolidación, y que fue incorrecta, además, porque haber superpuesto las conclusiones de la Entidad en relación con otra relación contractual a un segundo vínculo con la misma parte (la Demandante), dicha sanción carecía de título.

De la misma manera, por lo tanto, el efecto de la sanción económica contra la Demandante tiene que ser revertido materialmente, imponiéndose a la Entidad la obligación de abonar a la Demandante la suma irregularmente descontada de su retribución según el Contrato N° 001-2022-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO.

§45. Es oportuno reiterar que con lo dispuesto por el Árbitro Único no se afectan los derechos que la Entidad tuviera respecto de la relación nacida de la IOARR N° 2489007, cuyos alcances no han sido —ni podían ser— materia del Laudo emitido en el presente arbitraje. Tampoco sobre el fundamento, legalidad y oportunidad de la penalidad que la Entidad pretende aplicar a la Demandante, o sobre si existen deudas de la Demandante frente a la Entidad, en general, de acuerdo con el primer contrato (Orden de Compra N° 2020-0245 del 14 de agosto de 2020).

Para la decisión adoptada en este Laudo Arbitral, efectivamente, es innecesario entrar en el análisis de los presupuestos de la penalidad, porque la fundabilidad de las dos primera pretensiones de la Demandante es consecuencia del irregular mecanismo de cobranza ejercido, unilateralmente, por la Entidad; mecanismo al que ésta hace referencia, imprecisamente, como consolidación.

Ese mecanismo, irregular, fue aplicado por la Entidad en un contrato distinto del que motivó las penalidades a las que alude, sean veraces o no. Su real naturaleza es la de una compensación, y, si es así, es clara, sin perjuicio de la fundamentación o no de las penalidades, su aplicación sin título habilitante contra la Demandante, que, por tal razón, merece ser amparada.



En ulterior comprobación de la conformidad a ley de lo resuelto por el Árbitro Único se puede citar lo señalado en la Opinión N° 022-2015/DTN, de la Dirección de Técnica Normativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), de fecha 30 de enero de 2015.

En dicha Opinión se lee:

e ,

2.2. Precisado lo anterior, debe señalarse que la compensación, según autorizada doctrina², es definida como "(...), un medio extintivo de obligaciones que opera cuando una persona es simultánea y reciprocamente deudora y acreedora de la otra, respecto de créditos líquidos, exigibles y de prestaciones fungibles entre sí, (...)." (El resaltado es agregado).

En efecto, el artículo 1288 del Código Civil señala que "Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo." (El subrayado es agregado).

Asimismo, el artículo 1289 del Código Civil señala que "Puede oponerse la compensación por acuerdo entre las partes, aun cuando no concurran los requisitos previstos por el artículo 1288. Los requisitos para tal compensación pueden establecerse previamente." (El subrayado es agregado).

Como puede apreciarse, el Código Civil regula los supuestos en los que puede aplicarse la compensación y las condiciones que se requieren para ello.

Sin embargo, el numeral 4) del artículo 1290 del Código Civil prohíbe el uso de la compensación "*Entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por Ley.*" (El subrayado es agregado).

De esta manera, si bien un contratista puede ser simultánea y recíprocamente acreedor y deudor de una Entidad —por ejemplo, cuando el contratista debe pagar el monto correspondiente a la penalidad por mora y la Entidad debe pagar el monto correspondiente a la ejecución de las prestaciones del contratista—, no es posible aplicar la compensación entre el Estado y un particular.

La DTN concluye: "en tanto no existe ley que lo permita de manera expresa, no es posible compensar créditos entre una Entidad y un contratista durante la ejecución de un contrato bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, pues existe una normativa imperativa que lo prohíbe."



De cualquier forma, los derechos de la Entidad pueden ser comprobados y, si ese fuere el caso, ejercidos por ella contra la Demandante en la sede jurisdiccional correspondiente.

IV.3 Sobre el tercer punto controvertido

§46. El Árbitro Único considera que la tercera pretensión de la Demandante debe ser declarada INFUNDADA, y que las costas y gastos administrativos del presente arbitraje deben ser distribuidos entre las partes de manera proporcional, y que deben mantenerse, por lo tanto, tal como ellas los hayan asumido.

En relación con este punto, viene al caso recordar que la Ley de Arbitraje establece en su artículo 73:

"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.

§47. En este arbitraje, es claro que la parte vencida ha sido la Entidad, que no formuló pretensiones reconvencionales que merezcan un pronunciamiento del Árbitro Único, sino solo descargos ante la demanda arbitral.

Sin embargo, ello no es suficiente, a juicio del Árbitro Único para hacer de cargo de dicha parte el total de los costos del arbitraje, porque de la revisión de su posición y de los fundamentos fácticos y jurídicos esgrimidos se deduce que el interés en el litigio ha sido común a la Demandada y al Demandante.



Por otro lado, como en su momento se indicó (véase *retro* § 31), la Demandante no ha señalado los fundamentos por los cuales la Demandada debe ser gravada con la totalidad de los costos del arbitraje, más allá de lo dispuesto en la norma citada, que, como se aprecia, permite al Árbitro Único balancear, en definitiva, la asignación de tales costos entre las partes.

V. DECLARACIONES FINALES Y COMPLEMENTARIAS

§48. El Árbitro Único deja constancia de lo siguiente:

- a) Que fue designado para cumplir la función arbitral, legítimamente, por el Centro de Arbitraje, y que, durante el ejercicio de su cargo, no fue sujeto a recusación ni a cuestionamiento de ningún tipo por las partes.
- b) Que el Laudo Parcial emitido en relación con la excepción de caducidad de la Entidad, mediante la Decisión N° 6, del 22 de junio de 2023, no fue objeto de impugnación judicial ni de reserva de derechos, y que todos los pedidos de las partes en relación con tal pronunciamiento fueron oportunamente absueltos.
- c) Que ningún pedido efectuado por las partes durante el curso del arbitraje ha sido desatendido.

§49. El Árbitro Único deja constancia, asimismo:

- a) De que ambas partes han sido tratadas con igualdad durante el desarrollo del presente arbitraje.
- b) Que el arbitraje se ha desarrollado, en la totalidad de sus actuaciones, con estricta observancia de las reglas del debido proceso.
 - Que, en línea con lo señalado, las partes han presentado todos los escritos que consideraron oportunos para la defensa de sus posiciones e intereses.



Asimismo, las partes han tenido igual oportunidad de oponer sus perspectivas en la Audiencia Especial realizada el 30 de marzo de 2023, y en los escritos de conclusiones finales presentados.

c) Que las pruebas aportadas por las partes han sido evaluadas en su integridad y ponderadas por el Árbitro Único para tomar su decisión final acerca de la fundabilidad o infundabilidad de las pretensiones de la Demandante, aunque no se haya hecho mención de todas de ellas, específicamente, en el texto del presente Laudo Arbitral.

VI. LAUDO

§50. En atención a los fundamentos expuestos, el Árbitro Único LAUDA, el 12 de diciembre de 2023:

<u>PRIMERO</u>: Declarar FUNDADA la primera pretensión de la demanda arbitral. En consecuencia, téngase por revocada y privada de eficacia la penalidad aplicada a la Demandante, E-BUSINESS DISTRIBUTION PERU S.A. al momento de realizarse el pago relativo a las prestaciones ejecutadas por dicha empresa en el marco del Contrato N° 001-2022-GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO.

<u>SEGUNDO</u>: Declarar FUNDADA la segunda pretensión de la demanda arbitral. En consecuencia, ORDÉNESE a la Entidad, GOBIERNO REGIONAL DEL CALLAO abonar a la Demandante, E-BUSINESS DISTRIBUTION PERU S.A. la suma de S/ 218,009.39 (doscientos dieciocho mil nueve y 00/39 soles), más los intereses legales devengados desde la fecha de presentación la solicitud de arbitraje, el 9 de mayo de 2022, hasta la cancelación del referido monto.

<u>TERCERO</u>: Declarar INFUNDADA la tercera pretensión de la demanda arbitral, y disponer, por consiguiente, que los costos del presente arbitraje se distribuyan de forma proporcional entre las partes, tal como éstas los hayan asumido.



<u>CUARTO</u>: Notificar a las partes el Laudo Arbitral que resuelve la controversia que lo originó, y que es vinculante y obligatorio para ellas desde la fecha de su notificación, y disponer la publicación del Laudo Arbitral en el SEACE.

LEYSSER LEÓN HILARIO

Árbitro Único