

CENTRO DE ARBITRAJE
CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA

Caso Arbitral N° 0494-2021-CCL

ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.S.

vs.

ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA -
OSINERGMIN

LAUDO ARBITRAL

Miembros del Tribunal Arbitral

Ricardo Antonio León Pastor (Presidente)
Carlos Alberto Soto Coaguila (Árbitro)
Gonzalo García Calderón Moreyra (Árbitro)

Secretario Arbitral

Ivan Bendezú Elescano

Lima, 16 de febrero de 2023

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	4
II. NOMBRES DE LAS PARTES, DE SUS REPRESENTANTES Y ABOGADOS	4
2.1. Demandante.....	4
2.2. Demandado.....	5
III. CONVENIO ARBITRAL Y EXISTENCIA DE LA RELACIÓN JURÍDICO PROCESAL ..	5
IV. CONFORMACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	5
V. DERECHO APLICABLE	6
VI. SEDE Y TIPO DE ARBITRAJE	6
VII. ANTECEDENTES PROCESALES	7
7.1. Escritos y órdenes procesales.....	7
7.2. Audiencias	8
VIII. MEDIOS PROBATORIOS PRESENTADOS POR LAS PARTES	9
IX. PUNTOS CONTROVERTIDOS	9
X. ANÁLISIS DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y VALORACIÓN PROBATORIA	10
10.1. Primera cuestión controvertida referida a la primera pretensión principal de la demanda	12
10.2. Segunda cuestión controvertida referida a la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda	31
10.3. Tercera cuestión controvertida referida a la segunda pretensión principal de la demanda.....	34
10.4. Cuarta cuestión controvertida referida a la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la demanda	35
10.5. Quinta cuestión controvertida referida a la tercera pretensión principal de la demanda	46
XI. DECISIONES	50

TÉRMINOS Y SIGLAS EMPLEADOS EN EL PRESENTE LAUDO	
ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.S.	El demandante o ETSA o contratista
ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA - OSINERGMIN	El demandado u OSINERGMIN o entidad
Son conjuntamente ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.S. y el ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA - OSINERGMIN	Las partes
Ricardo Antonio León Pastor Carlos Alberto Soto Coaguila (Árbitro) Gonzalo García Calderón Moreyra (Árbitro)	Tribunal arbitral o tribunal
contrato de Locación de Servicios N° 066-2017, Contratación Directa del administrador en el marco del Decreto de Urgencia N° 001-2017, que tendrá a su cargo la administración, en representación del Estado Peruano, de los bienes de la concesión del proyecto "Mejoras a la Seguridad Energética del País y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano", así como su supervisión hasta la transferencia al sector privado.	Contrato de locación de servicios o contrato
Centro de Arbitraje Cámara de Comercio de Lima	Centro de Arbitraje
Ley de contrataciones del Estado aprobada mediante Ley N° 30225 (vigente desde el 09 de enero de 2016)	LCE
Reglamento de la Ley N° 30225 aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF (vigente desde el 09 de enero de 2016)	RLCE
Decreto Legislativo N° 1071	Ley de Arbitraje

I. INTRODUCCIÓN

1. Este Laudo resuelve las controversias ventiladas en el Caso Arbitral N° 0494-2021-CCL, que fue iniciado ante el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima por Estudios Técnicos, bajo el Reglamento de Arbitraje del Centro (vigente desde el 1 de enero de 2017) y las Reglas del Proceso contenidas en la orden procesal N° 2 de fecha 12 de enero de 2022.
2. ETSA solicita al tribunal que ordene a OSINERGMIN el reconocimiento y pago de una serie de gastos incurridos en la ejecución del contrato número 066-2017, celebrado el 26.05.2017. El objeto del contrato fue la contratación directa del administrador en el marco del Decreto de Urgencia número 001-2017, siendo las labores de administración encargadas a ETSA, en representación del Estado Peruano, de los bienes de la concesión del Gasoducto Sur Peruano.
3. En el marco de la ejecución de dicho contrato, el contratista implementó medidas para controlar y prevenir la propagación de la Covid-19, por un monto ascendente a S/ 2'223,368.00 más IGV. Ello en virtud de las disposiciones del marco legal que establecen que OSINERGMIN debe reconocer y reembolsar a ETSA los costos asociados al cumplimiento de las medidas del Estado para evitar la propagación de la pandemia en ejecución del contrato.
4. Por su parte, OSINERGMIN señala que la suscripción de la Adenda 6 del 10 de julio de 2020 al contrato se efectuó con pleno conocimiento previo del contratista sobre los gastos que este habría de incurrir en cumplimiento de la normativa emitida por el Estado Peruano con motivo de la situación de pandemia. Por tanto, ETSA va contra sus actos propios, pues a través de su oferta contractual (propuesta de adenda) indujo al OSINERGMIN a la suscripción de una adenda bajo condiciones económicas expresas y específicas, que ahora pretende desconocer.
5. Por otro lado, ETSA solicita la reducción de una penalidad aplicada por el incumplimiento de la obligación de presentar oportunamente el Análisis de Riesgo, debido a que, no habría generado ningún tipo de daño, además que, el retraso solamente asciende a 4 días hábiles. Al respecto, OSINERGMIN señala que la penalidad fue aplicada en observancia de lo establecido en el contrato, sus partes integrantes y la normativa de contrataciones con el Estado, de manera proporcional al monto estipulado en el valor referencial del servicio aprobado por el MINEM, debido al retraso en la presentación de la Actualización del Análisis de Riesgo.

II. NOMBRES DE LAS PARTES, DE SUS REPRESENTANTES Y ABOGADOS

2.1. Demandante

6. ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.S. con R.U.C N° 20544244184; con domicilio legal

en Casilla N° 4847 del Colegio de Abogados de Lima, distrito de Miraflores, provincia y departamento de Lima; representado por Oscar Eduardo Saco Hatchwell y los abogados Giovanni Priori Posada, Luis Alonso Navarro García, Luis Francisco Paz y Rafael Rocca Marín.

2.2. Demandado

7. ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA – OSINERGMIN con R.U.C N° 20376082114; con domicilio legal en Calle Bernardo Monteagudo 222, distrito de Magdalena del Mar, provincia y departamento de Lima; representado por Daniel Arturo Calmet Goytendia y los abogados Hernando Montoya Alberti y Suzie Salinas Bramon.

III. **CONVENIO ARBITRAL Y EXISTENCIA DE LA RELACIÓN JURÍDICO PROCESAL**

8. La cláusula décimo séptima del contrato estipula lo siguiente respecto a la solución de controversias (sigue captura de pantalla):

CLÁUSULA DÉCIMO SÉPTIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
Los actos dictados después de la suscripción del contrato serán resueltos mediante trato directo. De no encontrar una solución satisfactoria para ambas partes, cualquiera de ellas podrá recurrir a la vía arbitral, mediante arbitraje de derecho de conformidad con los reglamentos y estatutos del Centro de Conciliación y Arbitraje Nacional e Internacional de la Cámara de Comercio de Lima. El arbitraje será conducido por un Tribunal Arbitral compuesto por tres (3) árbitros, cuya decisión será definitiva e inapelable.

9. Nótese que la relación jurídica procesal de las partes en contienda en el presente arbitraje, emana de la voluntad de ambas a dirimir las controversias que se presenten durante la etapa de la ejecución contractual mediante arbitraje, al no encontrar una solución satisfactoria para ambas partes a través trato directo.

IV. **CONFORMACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL**

10. De conformidad con lo establecido en la cláusula citada previamente, las partes acordaron que las controversias que surjan durante la ejecución del contrato se resuelven vía arbitral, mediante arbitraje de derecho de conformidad con los reglamentos y estatutos del Centro de Arbitraje, conducido por un tribunal arbitral compuesto por tres (3) árbitros, cuya conformación se detalla a continuación:

4.1. Árbitro designado por la parte demandante

11. La abogada Elvira Leonor Martínez Coco, con DNI N° 25671812 fue designada como árbitra por la parte demandante, quien aceptó el encargo el 10 de setiembre de 2021.
12. Posteriormente, el 15 de octubre de 2021, la secretaría arbitral comunicó a la abogada Elvira Leonor Martínez Coco que, no es posible continuar con el trámite de su aceptación al encargo, debido a que, según el artículo 189 del RLCE, en los casos sujetos al régimen de la LCE los

miembros del Tribunal Arbitral deben encontrarse inscritos en el Registro Nacional de Árbitros (RNA) y la abogada no formaba parte de dicho Registro.

13. El abogado Carlos Alberto Soto Coaguila, con DNI N° 29598698 fue designado como árbitro por la parte demandante, quien aceptó el encargo el 23 de noviembre de 2021.

4.2. Árbitro designado por la parte demandada

14. La abogada Cecilia O'Neill de la Fuente, con DNI N° 06781898 fue designada como árbitra por la parte demandada, quien aceptó el encargo el 4 de noviembre 2021. Sin embargo, el 13 de octubre de 2021 renunció el cargo, debido a que no forma parte del Registro Nacional de Árbitros del OSCE.

15. El abogado Gonzalo García Calderón Moreyra, con DNI N° 08230241 fue designado como árbitro por la parte demandada, quien aceptó el encargo el 11 de noviembre 2021.

4.3. Presidente del tribunal

16. El 21 de diciembre de 2021, los abogados Carlos Alberto Soto Coaguila y Gonzalo García Calderón Moreyra designaron al abogado Ricardo Antonio León Pastor, identificado con DNI N° 06251882 como presidente del tribunal arbitral, quien aceptó el encargo al día siguiente.

V. DERECHO APLICABLE

17. El derecho aplicable -de acuerdo a lo establecido en la cláusula décimo sexta del contrato- es el siguiente (captura de pantalla):

CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO

Sólo en lo no previsto en este contrato, en la Ley N° 30225 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, será de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda, y demás normas de derecho privado.

18. La normativa aplicable al análisis de las materias controvertidas es la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF (vigentes desde el 09 de enero de 2016); la Ley de Arbitraje aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1071; supletoriamente el Código Civil; y, demás normativa aplicable.

VI. SEDE Y TIPO DE ARBITRAJE

19. De acuerdo con las reglas procesales 9 y 12, la sede del arbitraje es la ciudad de Lima y la sede institucional del arbitraje el local del Centro, ubicado en avenida Giuseppe Garibaldi N° 396, Jesús María. Sin perjuicio de ello, las actuaciones arbitrales podrán realizarse fuera de

esta sede, o de manera remota a través de una plataforma virtual. Asimismo, el arbitraje de tipo nacional y de Derecho.

VII. ANTECEDENTES PROCESALES

7.1. Escritos y órdenes procesales

20. El 30 de diciembre de 2021, mediante orden procesal N°1 el tribunal arbitral resolvió otorgar a las partes el plazo de 5 días hábiles para que se manifiesten sobre el proyecto de reglas.
21. El 12 de enero de 2022, mediante orden procesal N°2 el tribunal arbitral resolvió fijar las reglas del arbitraje y otorgó al demandante el plazo de 30 días hábiles para que presente su demanda.
22. El 25 de febrero de 2022 Estudios Técnicos presentó su demanda.
23. El 5 de abril de 2022 OSINERGMIN presentó su contestación de demanda, excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva contra la primera pretensión de la demanda y su pretensión accesoria y solicitó la incorporación del MINEM al arbitraje.
24. El 6 de abril de 2022, mediante orden procesal N°3 el tribunal arbitral resolvió otorgar al demandante el plazo de 5 días hábiles para que cumpla con precisar a cuánto ascendería el monto de la cuantía de la pretensión accesoria a la primera pretensión principal.
25. El 9 de mayo de 2022 Estudios Técnicos presentó su réplica a la contestación de demanda.
26. El 20 de mayo de 2022 Estudios Técnicos absolvió la falta de legitimidad para obrar pasiva y la solicitud de incorporación del MINEM.
27. El 26 de mayo de 2022, mediante orden procesal N°4 el tribunal arbitral resolvió suspender la Audiencia de Ilustración de Hechos y Actuación de Pruebas del 16 de junio de 2022 y el Calendario de Actuaciones Procesales y citó a las partes a Audiencia Especial para el 16 de junio de 2022 a las 9:30 am.
28. El 1 de junio de 2022 OSINERGMIN presentó su escrito de dúplica a la réplica a la contestación de demanda y solicitó el plazo ampliatorio de 20 días para presentar un nuevo medio probatorio.
29. El 3 de junio de 2022 Estudios Técnicos presentó su escrito en el cual se opone a la solicitud de plazo adicional.
30. El 3 de junio de 2022, mediante orden procesal N°5, el tribunal arbitral resolvió declarar improcedente la solicitud de ampliación de plazo adicional para la presentación de medio probatorio formulada por OSINERGMIN.

31. El 17 de junio de 2022, mediante orden procesal N° 6, el tribunal resolvió declarar fundada la reconsideración formulada por OSINERGMIN y, en consecuencia, dejar sin efecto la orden procesal N° 5; otorgar a OSINERGMIN el plazo de cinco (5) días hábiles a fin que manifieste lo conveniente a su derecho respecto a la oposición al plazo adicional presentado por su contraparte.
32. El 1 de julio de 2022, mediante orden procesal N° 7 que contiene el Laudo Parcial, el tribunal resolvió declarar infundada la excepción de falta de legitimidad para obrar pasiva formulada por el OSINERGMIN; declarar improcedente la solicitud de incorporación del MINEM al proceso formulada por el OSINERGMIN; dejar constancia que lo resuelto no significa un adelanto de opinión del tribunal respecto a las pretensiones sometidas al presente arbitraje.
33. El 8 de julio de 2022, mediante orden procesal N° 8, el tribunal resolvió declarar infundada la oposición formulada por Estudios Técnicas en su escrito de fecha 3 de junio de 2022; admitir el medio probatorio ofrecido por el OSINERGMIN en su escrito de réplica a la réplica a la contestación de la demanda y, otorgarle el plazo de veinte (20) días hábiles para su presentación.
34. El 12 de septiembre de 2022, mediante orden procesal N° 9, el tribunal resolvió fijar las materias controvertidas que serán objeto de pronunciamiento; declarar el cierre de la etapa probatoria; modificar el calendario de actuaciones arbitrales y audiencias, citar a las partes a la Audiencia de Ilustración de Hechos y Actuación de Pruebas para el 2 de noviembre de 2022 a las 2:30 pm, a través de la plataforma Zoom; otorgar a las partes el plazo de cinco (5) días hábiles para que convengan en cronograma de la referida audiencia, la misma que se reprogramó para el 7 de noviembre de 2022 a las 15:00 horas.
35. El 6 de enero de 2023, Estudios Técnicos presentó el escrito con sumilla "alegatos finales y liquidación de costos".
36. El 6 de enero de 2021, la entidad presentó sus alegatos finales.
37. El 10 de enero de 2023, mediante orden procesal N° 10, el tribunal resolvió tener presente los escritos de conclusiones finales presentados por las partes; declarar el cierre de las actuaciones, en vista que las partes han aportado documentos necesarios para resolver la presente controversia; y, fijar plazo para laudar en cincuenta (50) días hábiles.

7.2. Audiencias

38. El 16 de junio de 2022 a las 9:30 horas se llevó a cabo la Audiencia Especial con la asistencia de los miembros del tribunal arbitral y las partes, quienes contaron con oportunidad y disposición para exponer oralmente sus posiciones en torno a la excepción de falta de legitimidad

para obrar pasiva formulada por la entidad, así como sobre la solicitud de incorporación del Ministerio de Energía y Minas al presente arbitraje. Asimismo, las partes respondieron las preguntas que formuló el Tribunal Arbitral, según consta en el video de registro de la Audiencia.

39. El 7 de noviembre de 2022 a las 15:00 horas se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos y Actuación de Pruebas con la asistencia de los miembros del tribunal arbitral y las partes, quienes contaron con oportunidad y disposición para exponer oralmente sus argumentos y absolver las preguntas formuladas.
40. El 13 de diciembre de 2022 a las 15:00 horas se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la asistencia de los miembros del tribunal arbitral y las partes, quienes contaron con oportunidad y disposición para exponer oralmente sus argumentos y absolver las preguntas formuladas. Asimismo, el tribunal otorgó a las partes un plazo para presentar sus alegatos finales y liquidación de costos.

VIII. MEDIOS PROBATORIOS PRESENTADOS POR LAS PARTES

41. Los medios probatorios presentados por las partes han sido tenidos en cuenta por el tribunal al momento de emitir este Laudo, en particular, el Árbitro Único ha considerado aquellos medios señalados por las partes en sus argumentaciones escritas y orales.

8.1. Respecto a Estudios Técnicos

42. De acuerdo con lo establecido en el artículo 24(7) del Reglamento de Arbitraje del Centro y el numeral 26 de las reglas del proceso, mediante orden procesal N° 9, el tribunal dispuso la admisión de las pruebas documentales señaladas por Estudios Técnicos y las pruebas identificadas en el numeral "IV. Pruebas" del escrito de réplica presentado el 6 de mayo de 2022.

8.2. Respecto a OSINERGMIN

43. Mediante la orden procesal N° 9 el tribunal tuvo por presentado el Informe Legal ofrecido como medio probatorio por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería mediante escrito de duplica de fecha 1 de junio de 2022, el cual ha sido elaborado por el abogado Mario Castillo Freyre.

IX. PUNTOS CONTROVERTIDOS

44. El 12 de setiembre de 2022, mediante orden procesal N° 9, el tribunal resolvió -entre otros- determinar las cuestiones controvertidas del presente arbitraje, derivados de la demanda, los cuales se listan a continuación:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Determinar si corresponde, o no, que el Tribunal Arbitral ordene al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería pagar a favor de Estudios Técnicos S.A.S. S/ 2'223,368.00 más IGV correspondiente a los mayores gastos incurridos por Estudios Técnicos S.A.S. en la ejecución del contrato No. 066-2017, contrato de Locación de Servicios para la Contratación Directa del Administrador en el Marco del Decreto de Urgencia No. 001-2017, debido a la pandemia generada por la Covid-19 y a las medidas dispuestas por el Estado peruano durante el año 2020.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Determinar si corresponde, o no, que el Tribunal Arbitral condene al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería al pago de intereses moratorios aplicando la tasa de interés legal desde su requerimiento de pago, 15 de enero de 2021, hasta la fecha efectiva de pago.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Determinar si corresponde, o no, que al amparo del artículo 1346 del Código Civil, el Tribunal Arbitral disponga la reducción de la penalidad aplicada a Estudios Técnicos S.A.S. por la presentación extemporánea del Análisis de Riesgos al ser manifiestamente excesiva.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA PRETENSIÓN ACCESORIA A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Determinar si corresponde, o no, que ante el amparo de la Segunda Pretensión Principal se ordene al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería la devolución y pago a favor de Estudios Técnicos S.A.S. del monto resultante de la reducción de la penalidad ordenada por el Tribunal Arbitral.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Determinar si corresponde, o no, que el Tribunal Arbitral condene al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería a cumplir con el pago de todos los costos arbitrales incurridos en el presente procedimiento arbitral, lo cual debe quedar expresamente señalado en el Laudo Final que se emita, con la debida liquidación que, para estos efectos, deberá realizarse conforme a lo previsto en el artículo 42 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

X. ANÁLISIS DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y VALORACIÓN PROBATORIA

45. A continuación, el Tribunal Arbitral procederá a pronunciarse sobre cada una de las pretensiones formulada por el demandante. El Tribunal está de acuerdo en el análisis efectuado sobre los puntos controvertidos antes referidos, salvo respecto a la primera cuestión controvertida, sobre la que el doctor Gonzalo García Calderón Moreyra hace un voto singular que forma parte del presente Laudo.
46. Sin embargo, para tomar las decisiones que adopta en el presente Laudo, se referirá a aquellos elementos que considera relevantes y trascendentes en su análisis, sin que ello implique que este Tribunal Arbitral no haya valorado todos y cada uno de los medios probatorios que obran en el expediente.
47. En este contexto, se analizarán las pretensiones formuladas en el presente proceso, de modo que el Tribunal Arbitral decidirá -motivadamente- cuál de las posiciones jurídicas se encuentra acreditada o probada en el presente arbitraje, a fin de resolver la controversia con arreglo a la Ley aplicable.
48. Asimismo, al emitir el presente Laudo Arbitral, el Tribunal Arbitral declara que ha valorado la totalidad de los medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el arbitraje, así como las alegaciones formuladas por las Partes referidas a la materia controvertida. De este modo, la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las Partes, no implica bajo ninguna circunstancia que determinado medio probatorio o determinado hecho no haya sido valorado. Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este Laudo Arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral tuviese respecto de la controversia materia de análisis.
49. En tal sentido, el Tribunal Arbitral deja constancia que ha merituado los medios probatorios que obran en el expediente y, en virtud de lo dispuesto en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje ha realizado una libre y razonado valoración de los mismos; en consecuencia, no sería correcto afirmar que el hecho de no pronunciarse concretamente sobre un medio probatorio determinando implica que no ha sido debidamente valorado.
50. Sobre todo, tomando en consideración que el estándar de prueba aplicable al ordenamiento jurídico peruano es el de la "libre valoración de la prueba", el cual –como es sabido– reposa sobre los siguientes elementos: la valoración conjunta y la apreciación razonada.
51. Como es de conocimiento de las partes, la valoración conjunta no exige al juzgador –en el caso concreto, el Tribunal Arbitral– que se pronuncie sobre todos y cada uno de los medios probatorios aportados

por las partes de forma aislada. La exigencia se limita a realizar un juicio crítico del conjunto de los medios probatorios aportados al proceso.

52. Por su parte, la apreciación razonada, determina el nivel de motivación del árbitro en la valoración de los medios probatorios, de forma tal que se exige al juzgador que motive y se pronuncie expresamente respecto de aquellos medios probatorios esenciales que sustentan su decisión.
53. De ese modo, la libre valoración de la prueba, se encuentra vinculada con el alcance que debe tener la motivación, con la limitación de que no debe haber un pronunciamiento específico sobre todos los medios probatorios.
54. Aunado a ello, se deberá tener en consideración que la enumeración de los puntos controvertidos sobre los que se pronunciará el Tribunal Arbitral es meramente ilustrativa, constituyendo una pauta referencial, la cual no limita el orden del análisis que realizará el Tribunal Arbitral respecto de la controversia y las pretensiones planteadas en el Arbitraje.

10.1. Primera cuestión controvertida referida a la primera pretensión principal de la demanda

Determinar si corresponde, o no, que el Tribunal Arbitral ordene al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería pagar a favor de Estudios Técnicos S.A.S. S/ 2'223,368.00 más IGV correspondiente a los mayores gastos incurridos por Estudios Técnicos S.A.S. en la ejecución del contrato No. 066-2017, contrato de Locación de Servicios para la Contratación Directa del Administrador en el Marco del Decreto de Urgencia No. 001-2017, debido a la pandemia generada por la Covid-19 y a las medidas dispuestas por el Estado peruano durante el año 2020.

Posición de ETSA

55. El contrato y las Bases sustentan que ETSA no puede ser responsable de los costos generados por un caso fortuito o fuerza mayor.
56. El contrato y las Bases no contienen disposiciones específicas sobre el traslado de los costos asociados a reanudar la ejecución del contrato ante la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor, como lo son la pandemia de la Covid-19, las medidas del Estado de Emergencia y las normas dispuestas por el Estado peruano para la prevención de la propagación de la COVID.
57. Sin embargo, el contrato contiene algunas disposiciones sobre las consecuencias de la ocurrencia de una imposibilidad sobreviniente de las prestaciones, tales como serían el caso fortuito o la fuerza mayor. Estas disposiciones presentan principios y preceptos que, son consistentes con las disposiciones del marco legal que establecen que OSINERGMIN debe reconocer y reembolsar a ETSA los costos asociados

al cumplimiento de las medidas del Estado para evitar la propagación de la pandemia en ejecución del contrato.

- a. La cláusula duodécima del contrato, puntualmente el numeral 10 de la tabla de penalidades contenida en el literal b), dispone que la penalidad aplicable a ETSA por no reponer los Bienes de la Concesión por deterioro o pérdida no se aplica en casos de fuerza mayor o casos fortuitos.
 - b. El numeral 2.7.2. de las Bases permite resolver el contrato por caso fortuito o fuerza mayor mientras que el numeral 3.11.29 de las Bases señala que ETSA no se encuentra obligada a reponer los Bienes de la Concesión por deterioro o pérdida cuando dicho deterioro o pérdida se hubiera producido por caso fortuito o fuerza mayor.
 - c. El numeral 3.11.33. de las Bases dispone que en caso ETSA no continúe el Servicio por causas atribuibles a su responsabilidad (es decir, de ETSA) estaría obligada a mantener la preservación y custodia de los Bienes de la Concesión hasta su entrega al MINEM y que deberá asumir dicha obligación "a costo total del Administrador". En cambio, si se impide la continuación del servicio ante un evento no imputable a ETSA, el contrato no dispone que los costos que esta deba asumir para reanudar su ejecución deban ser asumidos por ella.
58. Al tratar las normas del Código Civil, en este caso OSINERGMIN mantuvo el interés y exigió el cumplimiento del contrato, observando una serie de medidas como la implementación del Plan para la Vigilancia, Prevención y Control del Covid-19. Por tanto, y por mandato de la legislación aplicable, debe reembolsarse a ETSA los costos asociados a su cumplimiento.
59. La LCE y su Reglamento, así como las normas dictadas durante el Estado de Emergencia y las Directivas y Normativas del OSCE establecen que OSINERGMIN debe reconocer en favor de ETSA los gastos incurridos para prevenir la propagación del COVID.
60. El artículo 34.10 de la LCE dispone que es posible modificar los contratos bajo su marco normativo y, por lo tanto, modificar los montos contractuales ante hechos sobrevinientes que no sean imputables a alguna de las partes y que incluso dicha modificación puede implicar el incremento del precio del contrato.
61. Ante hechos no imputables al contratista sobrevinientes a la oferta, como la pandemia de la Covid-19 y las medidas dispuestas por el Estado, la LCE previó que se podían modificar los contratos y sus montos contractuales. Para ello, se estableció, como única limitación, que se permita alcanzar la finalidad del contrato y no cambien los elementos determinantes de su objeto. En consecuencia, mediante la carta 507, la demandante solicitó a OSINERGMIN el reconocimiento de los costos incurridos como consecuencia de la pandemia de la Covid-19 y la

implementación de las medidas del Estado (incluyendo el Plan de Prevención de la Covid-19).

62. En adición a lo anterior, durante el Estado de Emergencia se emitieron disposiciones normativas que obligaban a OSINERGMIN a reconocer los gastos por ETSA objeto de reclamación en la carta 507:
 - a. El 10 de mayo de 2020 se emitió el Decreto Legislativo N° 1486, Decreto Legislativo cuyo literal c) de su segunda disposición complementaria transitoria dispuesto que las entidades se encuentran facultadas para acordar modificaciones contractuales para la prevención y control del Covid-19, debido reconocer el costo que ello demande.
 - b. El 19 de mayo de 2020 se emitió la Directiva N° 005-2020-OSCE/CD, que estableció los alcances y disposiciones para la reactivación de obras públicas y contratos de supervisión.
 - c. El 30 de junio de 2020 se publicó el Decreto Supremo N°168-2020-EF que establece disposiciones en materia de contrataciones públicas para facilitar la reactivación de contratos de bienes y servicios y modifica el RLCE.
 - d. Opinión N° 068-2020/DTN emitida por el OSCE el 17 de agosto de 2020 reconoce el hecho de que la pandemia del Covid-19 y lo dispuesto por el Estado.
63. La solicitud de ETSA contenida en la carta 507 cumple con el requisito establecido en el literal d) de la Tercera Disposición Complementaria Final del DS 168 pues los costos reclamados por ETSA corresponden a “medidas para la prevención y control frente a la propagación del Covid-19 dispuestas por los sectores competentes y otras que resulten necesarias para la reactivación de la ejecución del contrato”.
64. Por lo que, corresponde reconocer los costos cuando la entidad ha aprobado dichas medidas. En este caso, en la Adenda del 10 Julio 2020 se reconoció que el contrato había estado paralizado desde la emisión del Decreto Supremo No. 044-2020-PCM hasta el 30 de junio de 2020 (salvo las actividades de custodia) y que OSINERGMIN había aprobado el Plan para la Prevención del COVID presentado por ETSA. Por lo tanto, correspondía que OSINERGMIN apruebe dicha solicitud.
65. El Código Civil ampara la pretensión de ETSA de reembolso de los gastos efectuados por la pandemia de la Covid-19 y generados en cumplimiento de las medidas de prevención y control dispuestas por el Estado, (artículo 1138 del CC, 1314 al 1317 del CC).
66. En primer lugar, nos encontramos ante un caso de fuerza mayor: un evento exógeno que impacta directamente en el sinálgama contractual originalmente acordado por las partes al celebrar un contrato. En segundo lugar, el estándar antes desarrollado se condice directamente con las reglas impuestas a ambos contratantes por el principio-deber de la buena fe contractual, previsto en el artículo 1362

del Código Civil. Por lo que, las reglas del Derecho Civil peruano no solo son supletoriamente aplicables, sino que han sido extrapoladas a la propia contratación estatal, imponiendo a OSINERGMIN el deber de reconocer a ETSA los mayores costos incurridos por esta última para superar el evento de fuerza mayor.

67. Cuantificación del reclamo: En la Pericia Contable y en el Informe Área 2 se concluye que los costos incurridos por ETSA como consecuencia de la implementación del Plan para la Vigilancia, Prevención y Control del Covid-19 durante el año 2020 y de la obligación asumida en la Adenda Julio 2020 de cumplir con las actividades de preservación y mantenimiento previstas en el contrato para el 31 de diciembre de 2020, ascienden a S/. 2'223,368.00 soles:
- a. BDO concluyó que el costo total de los servicios médicos, pruebas Covid-19, así como los análisis y exámenes médicos y la evaluación del personal contagiado como parte de la implementación del Plan para la Vigilancia, Prevención y Control del Covid-19 ascendió a S/. 758,611.00 sin incluir el IGV correspondiente.
 - b. BDO mostró el detalle de las personas que dieron origen al reclamo por haber sido diagnosticadas con Covid-19 y llegó a la conclusión de que el monto correspondiente a este monto ascendía a S/. 224,395.00.
 - c. BDO concluyó que el costo total de la adquisición del servicio de fumigación – desinfección de los locales donde se llevan a cabo los servicios que brinda el personal de ETSA para el cumplimiento del contrato para la implementación del Plan para la Vigilancia, Prevención y Control del Covid-19 ascendió a S/. 33,664.00 sin incluir IGV.
 - d. BDO concluyó que el costo total del alquiler de la Casa COVID, así como los gastos por el consumo de energía eléctrica con la finalidad de cumplir con la cuarentena establecida al personal antes de iniciar su nueva jornada de trabajo como parte de la implementación del Plan para la Vigilancia, Prevención y Control del Covid-19, ascendió a S/. 49,034.00.
 - e. BDO concluyó que el costo total de la contratación del servicio de transporte de las unidades adicionales para cumplir con el distanciamiento social establecido por el Estado peruano, así como para el personal adicional por COVID como parte de la implementación del Plan para la Vigilancia, Prevención y Control del Covid-19, ascendió a US\$ 128,081.00 equivalentes a S/. 493,112.00 considerando el tipo de cambio de la fecha de elaboración de la Pericia Contable.

Posición de OSINERGMIN

68. Esta pretensión debe ser desestimada por carecer de sustento fáctico y jurídico, toda vez que:

- a. El contrato fue suscrito por las partes bajo el sistema de contratación de suma alzada, lo que implica que la propuesta económica del contratista era formulada por una suma integral, comprendiendo todo gasto asociado al cumplimiento de sus obligaciones. En efecto, el contrato contiene cláusulas específicas que expresamente prevén que la contraprestación del Contratista es a todo costo y por una suma global.
 - b. No se cumplen los elementos de la teoría de la imprevisibilidad invocada por el demandante, pues la suscripción de la adenda al contrato, que es la que gobierna la relación contractual entre las partes para el periodo solicitado por ETSA, se efectuó con pleno conocimiento previo del contratista sobre los gastos en que este habría de incurrir en cumplimiento de la normativa emitida por el Estado Peruano con motivo de la situación de pandemia.
 - c. ETSA invoca disposiciones normativas y pronunciamientos administrativos no aplicables al caso.
 - d. ETSA va contra sus actos propios, pues a través de su oferta contractual (propuesta de adenda) indujo al OSINERGMIN a la suscripción de una adenda bajo condiciones económicas expresas y específicas, que ahora pretende desconocer.
69. La Suma Alzada fue el sistema contractual bajo el cual las partes suscribieron el contrato. En la página 2 de los TDR se estableció el Valor Referencial de la contratación, especificándose que en él se incluían todos los costos asociados a la ejecución del servicio, y señalándose expresamente que el OSINERGMIN no reconocería pago adicional de ninguna naturaleza. En adenda del 10 de julio de 2022 se ratificó el carácter de suma alzada del contrato.
70. ETSA, de manera previa a la remisión de su propuesta y a la suscripción de la modificación del contrato, preveía el impacto que el nuevo régimen de ejecución contractual tendría en su estructura interna de costos. Aun así, formuló su propuesta contractual con condiciones económicas expresas, y fueron estos los términos en que el OSINERGMIN basó su decisión de suscripción de la Adenda.
71. La Nota incorporada en la página N° 16 de las Bases señala que las actividades indicadas [en las bases] no son limitativas, por lo que el Administrador debía realizar todas las acciones le permitieran cumplir a cabalidad con el alcance del servicio. Es decir, las partes suscribieron un contrato bajo el sistema de suma alzada, es decir, el precio pactado como contraprestación de los servicios del administrador constituía una suma integral por todo concepto comprendido en la ejecución de sus prestaciones, de modo tal que cualquier erogación del Contratista adicional a la prevista en su estructura inicial de costos no habría de impactar en el monto contractual estipulado en el contrato.
72. El 10 de julio de 2020, las partes suscribieron una adenda, mediando la oferta de ETSA y aceptación de la entidad, pactando nuevos términos hasta el 31 de diciembre de 2020. De manera que, todas las

disposiciones contractuales no incorporadas en la adenda se mantendrían en los términos vigentes del contrato.

73. No son imprevisibles ni sobrevinientes los eventos que ETSA invoca como justificantes para un aumento de la contraprestación. El demandante pretende llevar a error al Tribunal al aseverar que los hechos que invoca eran imprevisibles y que sobrevinieron al contrato, porque busca situar la atención del Tribunal sobre la fecha de suscripción del contrato original (26 de mayo de 2017).
74. Las partes suscribieron una adenda contractual adicional con fecha 10 de julio de 2020, que estableció las nuevas condiciones del contrato desde dicha fecha hasta diciembre de 2020. De este modo, siendo este preciso periodo el comprendido en la reclamación económica del demandante por invocada fuerza mayor, el momento relevante para el análisis de imprevisibilidad deberá situarse en la fecha de celebración de la adenda de 10 de julio de 2020, por constituir este el momento de celebración de un pacto contractual modificador que determinó las condiciones de ejecución del contrato durante el periodo restante del año, hasta diciembre de 2020, que es justamente el presentado por ETSA en su pretensión de ajuste económico del contrato.
75. Se efectúa a continuación un recuento de los hechos relevantes que evidenciarán por sí solos cómo ETSA conocía y podía prever, de manera previa a la suscripción de la adenda, sobre la necesidad de incurrir en costos adicionales en la ejecución del contrato, con motivo de la normativa de emergencia ya en vigor desde mayo de 2020; y cómo, aun así, fue ETSA misma la parte que presentó al OSINERGMIN una oferta contractual (propuesta de adenda) que plasmó condiciones económicas explícitas a regir en el periodo restante del año hasta diciembre de 2020. Esto, en pleno conocimiento de las medidas que dicho contratista debía en adelante adoptar dentro de la ejecución del contrato para cumplir con los lineamientos de la Resolución Viceministerial N° 016-2020-MINEM.
76. El 17 de mayo de 2020, fecha esencial para nuestra controversia, es publicada la Resolución Viceministerial N° 016-2020-MINEM/VMH, por la que el MINEM aprueba los lineamientos para las actividades de hidrocarburos a reanudarse, y establece la obligación para los administrados de presentar. Así, desde este momento ETSA conocía las medidas que debía tomar para la reanudación de sus labores según contrato, así como la existencia de costos adicionales asociados a su implementación.
77. El 11 de mayo de 2020, ETSA remitió al OSINERGMIN su Plan para la Vigilancia, Prevención y Control del Covid-194, que incluía todas las actividades y acciones requeridas por la Resolución Viceministerial N° 016-2020-MINEM/VMH.

78. El 4 de junio de 2020, ETSA remitió al OSINERGMIN su propuesta de adenda contractual, que establecía modificaciones relativas al cronograma de entregables y a las especificaciones técnicas del servicio, y que preveía de manera expresa los montos a ser pagados al administrador en el marco del contrato modificado, señalándose además que la contraprestación era la establecida en el numeral 3.16 del contrato, es decir, el monto vigente de USD 42,757,251.23 que se había previsto para el año 2020 según la adenda de 30 de diciembre de 2019. Monto vigente contractual para el periodo 2020 según adenda de fecha 30.11.2019, ratificado en adenda de 10 de julio de 2020.
79. Por tanto, ETSA, de manera previa a la remisión de su propuesta y a la suscripción de la modificación del contrato, preveía el impacto que el nuevo régimen de ejecución contractual tendría en su estructura interna de costos. Aun así, formuló su propuesta contractual con condiciones económicas expresas, y fueron estos los términos en que el OSINERGMIN basó su decisión de suscripción de la Adenda.
80. De este modo, ha quedado demostrado que los hechos invocados por la demandada no fueron ni imprevisibles ni sobrevinientes a la suscripción de la adenda contractual, por lo que no configuran supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, y, por tanto, no pueden servir de base para solicitar una modificación del monto contractual.
81. La normativa invocada por ETSA no aplica al presente caso. El artículo 34.10 de la LCE no hace imperativa la celebración de un acuerdo, sino que lo faculta. En ese sentido, no podría este artículo servir de fundamento legal para lograr la intervención de un tercero (el Tribunal) que modifique compulsivamente condiciones pactadas por ambas partes, como el monto del contrato. La situación prevista en el artículo 34(1) es la de un mutuo acuerdo celebrado por la parte privada y estatal, que para operar requiere contractualmente tanto de oferta como de aceptación a las condiciones que son objeto de modificación.
82. Al respecto, ya hemos invalidado el argumento de que se hubieran presentado hechos sobrevinientes o imprevisibles a la suscripción del contrato, o que configuraran caso fortuito o fuerza mayor, pues a partir de la historia del caso ha quedado evidenciado que ETSA conocía y preveía, en tiempo previo a la presentación de su propuesta de adenda contractual, que el cumplimiento de la normativa sectorial de hidrocarburos habría de impactar en sus costos asociados a la ejecución del servicio. En esa medida, queda completamente descartada cualquier remisión al artículo 34(10) LCE.
83. ETSA contradice sus propios actos. ETSA, sabiendo que su estructura de costos se vería impactada con la implementación de medidas según disposición de la Resolución Ministerial 016-2020-MINEM/VMH, presentó una propuesta contractual manteniendo el componente económico del contrato, e indujo a OSINERGMIN a suscribir una adenda contractual

bajo dichas condiciones económicas. Sin embargo, el 15 de enero de 2021, ya transcurrido el periodo de la adenda 2020 y comprometido los pagos pactados, solicita un inopinado reconocimiento de pagos adicionales por las medidas y protocolos incorporados en la ejecución de sus servicios.

Razonamiento del Tribunal Arbitral

84. El 26 de mayo de 2017, las partes suscribieron el contrato mediante el cual se otorgó a ETSA la administración en representación del Estado de los bienes de la concesión del Gaseoducto Sur Peruano, en el marco del Derecho de Urgencia N° 001-2017, por el plazo inicial de trescientos sesenta (360) días calendario, el mismo que fue prorrogado sucesivamente mediante sendas adendas. Precisamente, mediante la Adenda 5 suscrita el 30 de diciembre de 2019, las partes prorrogaron la vigencia del contrato hasta el 31 de diciembre de 2020. Siendo que, a partir de marzo de 2020, el Estado, publicó una serie de medidas para prevenir y evitar la propagación del Covid-19.
85. En este contexto, en la primera pretensión, ETSA solicita al tribunal que ordene a OSINERGMIN el pago de los gastos incurridos debido a la pandemia generada por la Covid-19 y las medidas dispuestas por el Estado, que asciende a S/. 2'223,368.00 más IGV. El contrato ni sus adendas tenían prevista la obligación de pago por dicho concepto. Por ello, de manera preliminar, el tribunal analizará si el marco normativo habilitaba a ETSA a tal pretensión.
86. Para ello, debemos situarnos en aquel contexto. A nivel mundial, la pandemia ocasionada por el brote del Covid-19 ha llevado a los gobiernos de cada país a decretar medidas excepcionales como la restricción del derecho fundamental al libre tránsito y la libertad de reunión, con el objetivo de reducir la cantidad de contagiados por el mencionado virus. En nuestro país, el pasado 15 de marzo de 2020 se publicó el Decreto Supremo N° 044-2020-PCM, norma mediante la cual el Poder Ejecutivo declaró el estado de emergencia nacional.
87. El mencionado decreto dispone que, durante el periodo de aislamiento, se garantiza la continuidad de los servicios de agua, saneamiento, energía eléctrica, gas, combustible, telecomunicaciones, limpieza y recojo de residuos sólidos y otros. Es decir, los servicios públicos prestados -incluso los prestados por empresas concesionarias- debía proseguir pese al estado de emergencia decretado.
88. A partir de la vigencia del referido Decreto Supremo se suspendieron todas las actividades económicas, salvo las vinculadas a la prestación de servicios esenciales, incluidos servicios públicos esenciales. La importancia de esta disposición no es menor, toda vez que los servicios públicos son determinantes para satisfacer las necesidades e intereses de la comunidad.

89. Por ello, las Entidades Públicas, tanto Organismos Reguladores como Ministerios, empleando sus facultades normativas, emitieron normas para garantizar la continuidad de los servicios públicos, inclusive cuando el usuario no pueda cumplir con la contraprestación correspondiente, ya que nadie fue ajeno a aquella situación económica en la que se debía priorizar los recursos para fines como la salud y alimentación.
90. En el sector energía, mediante Resolución Viceministerial N° 001-2020-MINEM/VM, se dispuso que durante el estado de emergencia nacional, las empresas que realicen actividades de generación, transmisión y distribución eléctrica deben: i) activar y ejecutar los protocolos de seguridad destinados a salvaguardar la salud de su personal, contratistas y/o terceros ii) priorizar las acciones destinadas a garantizar la continuidad del suministro regular de energía eléctrica, iii) remitir al Ministerio de Energía y Minas y el OSINERGMIN sus planes de contingencia para asegurar la continuidad del servicio público.
91. Adicionalmente, el 18 de marzo de 2020, mediante la Resolución Viceministerial N° 014-2020-MINEM-VMH, se dispuso que, durante el estado de emergencia, los titulares de las actividades de hidrocarburos como explotación, procesamiento, transporte por ductos, de distribución de gas natural por red de ductos, entre otras, y las actividades de comercialización de hidrocarburos, deberán: i) activar y ejecutar los protocolos de seguridad destinados a salvaguardar la salud de su personal, contratistas y/o terceros, ii) priorizar las acciones destinadas a garantizar la continuidad del suministro de hidrocarburos; y, iii) poner a disposición de la Dirección General de Hidrocarburos y del OSINERGMIN, la información relacionada con los inventarios de hidrocarburos que dispongan, el estado de operatividad de sus instalaciones, las principales vías de comunicación empleadas para el transporte de insumos e hidrocarburos.
92. El 6 de mayo de 2020, mediante Resolución Ministerial N° 129-2020-MINEM/DM, se aprobaron "Criterios de focalización territorial" a ser aplicados en la "Reanudación de Actividades" de explotación, beneficio, almacenamiento, transporte y cierre de minas del estrato de la gran minería, proyectos en construcción de interés nacional e hidrocarburos. Así, el 17 de mayo de 2020, través de la Resolución Viceministerial N° 016-2020-MINEM/VMH, el MINEM aprobó los lineamientos para el seguimiento, requerimiento de información u otras acciones para verificar el cumplimiento de lo establecido en la R.M. N° 129-2020-MINEM/DM, en lo concerniente a las actividades de construcción en hidrocarburos que se reanudan y a la continuación de actividades de hidrocarburos que se encontraban permitidas.
93. El numeral 1.1 del artículo 1 de la Resolución Viceministerial N° 016-2020-MINEM/VMH dispuso que los titulares de las actividades de hidrocarburos deben presentar el "Plan para la Vigilancia, Prevención y Control del Covid-19 en el Trabajo" (en adelante, el Plan), como

condición para reanudar sus actividades. El Plan implicaba la implementación de acciones y medidas para: el traslado e ingreso de las unidades, instalaciones y/o centros de trabajo; prevención y control para el ingreso a las unidades, instalaciones y/o centros de control; estadía de unidades, instalaciones y/o centros de trabajo; aislamiento temporal, evaluación de casos sospechosos o confirmados de Covid-19, seguimiento y reincorporación al trabajo.

94. Por ello, 19 de mayo de 2020, mediante carta N° 407-2020-ETSA/ADMIN, ETSA presentó el Plan actualizado. Y, el 28 de mayo de 2020 la Dirección General de Hidrocarburos del MINEM lo encontró conforme, después de verificar su estructura y contenido mínimo. En atención a ello, el 10 de julio de 2020, mediante la Adenda 6, las partes acordaron reprogramar los entregable y la distribución de los pagos parciales, como contraprestación por el servicio, ratificando el contenido de las cláusulas del contrato y sus adendas que no han sido modificadas, es decir, que el plazo de ejecución del contrato vencía indefectiblemente el 31 de diciembre de 2020.
95. El 29 de junio de 2020, mediante Decreto Supremo N° 168-2020-EF, se establecieron disposiciones en materia de contrataciones públicas para facilitar la reactivación de contratos de bienes y servicios y modifican el RLCE. Mediante esta norma se reconoce la facultad de las entidades de modificar sus contratos a fin de incorporar en ellos las medidas para la prevención y control frente a la propagación del Covid-19 dispuestas por los Sectores competentes y otras que resulten necesarias para la reactivación de la ejecución del contrato, debiendo reconocer el costo que ello demande, en caso corresponda. Dichas modificaciones se efectúan de conformidad con lo dispuesto en el numeral 34.10 del artículo 34 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado.
96. Sobre el particular, OSINERGMIN señala como primer argumento que, al momento de la suscripción de la Adenda 6 de julio de 2020, que trató -entre otros - sobre una reprogramación de los entregables, la pandemia ocasionada por el Covid-19 y el estado de emergencia ya habían iniciado en marzo de 2020. La entidad postula que era obligatorio que ETSA negociara y celebrara en esa oportunidad los costos por el Covid-19. Por tanto, si no lo hizo, renunció a reclamarlos.
97. Por su parte, ETSA señaló que, no tenía la obligación de incurrir en dichos egresos adicionales y no previstos en el contrato para superar la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor, como lo son la pandemia de la Covid-19. Según la cláusula décimo sexta del contrato, sólo en lo no previsto en el contrato, la LCE y su Reglamento, serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil. En estos documentos, encontramos referencia al caso fortuito o fuerza mayor. Es el caso del numeral 2.7.2. del capítulo II de las Bases que señala como causales de resolución -entre otras- el caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite la continuación del contrato. El numeral 3.11.29 del capítulo

III de las Bases que señala El Administrador repondrá los Bienes de la Concesión por deterioro o pérdida excepto si fue producido por caso fortuito o de fuerza mayor debidamente acreditado. Aquí radica el centro de esta controversia.

98. **Sobre la cuantificación de los costos**, en Audiencia Ilustración de Hechos y Actuación de Pruebas realizada el 7 de noviembre de 2022, las partes quienes contaron con oportunidad y disposición para exponer oralmente sus argumentos y absolver las preguntas formuladas, conforme consta en la grabación registrada por secretaría arbitral. En aquella oportunidad, BDO Consulting S.A.C. sustentó la pericia contable de fecha 4 de junio de 2021 que elaboró, el objetivo de valorizar los costos adicionales desembolsados por ETSA a los que se vio obligado a incurrir; debido a -entre otros- el Estado de Emergencia Nacional decretado por el Estado Peruano y la implementación del Plan de vigilancia, prevención y control del COVID, dispuesta por el gobierno.
99. LA metodología de BDO Consulting S.A.C. empleada para la realización de la Pericia Contable fue la siguiente: 1. Identificar las causas que originaron los costos adicionales; 2. Asociar los costos adicionales que se registraron a las causas que les dieron origen; 3. Revisar la documentación y el registro contable de las transacciones. Siendo los costos los siguientes:
- La adquisición de los materiales e insumos para la implementación del Plan de Vigilancia, Prevención y Control del Covid-19 para el reinicio y ejecución de las operaciones para el cumplimiento de los servicios establecidos en el contrato que ascendieron a S/. 387,607.
 - La adquisición de los servicios médicos, de las Pruebas para monitorear al personal y detectar oportunamente los contagios de Covid-19, así como los análisis y exámenes médicos y la evacuación del personal contagiado, en caso de ser necesario, que ascendieron a S/. 758,611.
 - Costos de personal adicionales por aquellas personas que estuvieron de licencia por descanso médico desde la fecha que fueron diagnosticadas con Covid-19 hasta el día del alta médica, que ascendieron a S/. 224,395.
 - La contratación de servicios de fumigación – desinfección de los locales donde se llevan a cabo los servicios que brinda el personal de ETSA para el cumplimiento del contrato, que ascendieron a S/. 33,664.
 - El alquiler de la Casa – Covid-19 con la finalidad de cumplir con la cuarentena establecida al personal al finalizar su período de descanso y antes de su ingreso a las áreas de trabajo para iniciar su nueva jornada de trabajo, que ascendieron a S/. 49,034.
 - La contratación del servicio de transporte de las unidades adicionales para cumplir con el distanciamiento social establecido por el Estado Peruano, así como para el personal adicional por Covid-19, que ascendieron a US\$ 128,081 equivalente a S/. 493,112

(al tipo de cambio de S/. 3.850 a la fecha del presente Informe Pericial).

- La contratación de mayor cantidad de personal para cumplir las labores de preservación y de mantenimiento de tuberías dentro de la fecha límite establecida en el contrato, ascendente a S/. 199,897.

100. En resumen, el monto total de los costos desembolsados por ETSA fue US\$ 557,486, a la tasa de cambio de S/. 3.850 por US\$ 1 de la fecha Informe Pericial hace un monto expresado en soles de S/ 2,146,320 soles, conforme sigue a continuación (sigue captura de pantalla):

Ítem	Descripción	2020		Total
		USD	T.C.	
1	Materiales e insumos COVID-19 por Plan de Vigilancia			387,607
2	Servicios Médicos y Pruebas COVID-19 del personal			758,611
3	Costo empresa de personal contagiado con COVID-19			224,395
4	Servicios - fumigación- desinfección de locales			33,664
5	Alquiler de Casa COVID-19			49,034
6	Transporte de personal adicional por COVID-19	128,081	3.850	493,112
7	Costo empresa por contratación de mayor personal para cumplir con las labores de preservación y mantenimiento de bienes (área 4 - Calca)			199,897
Total		128,081		2,146,320

101. El tribunal observa que el monto contenido y sustentado en el peritaje y el monto pretendido por ETSA en la demanda: S/ 2'223,368.00 más IGV, no coinciden. Pero los montos contenidos y documentados en el peritaje no han sido cuestionados por la entidad, salvo la pertinencia de fechas en la documentación de algunos de los montos. Ante esta crítica, el perito sustentó que la documentación para acreditar los gastos puede ser de fecha posterior a la de la producción efectiva de tales costos, lo que no tiene nada de irregular pues es una práctica comercial.

102. Ahora bien, respecto a si se ha producido un caso fortuito o fuerza mayor sobre los costos Covid-19, OSINERGMIN presentó el Informe Legal Independiente de fecha 25 de julio de 2022, emitido por el Dr. Mario Castillo Freyre con los siguientes objetivos:

- Determinar si el momento temporal para definir la imprevisibilidad es la firma de la adenda.
- Evaluar si es posible afirmar que no existe imprevisibilidad, ni "sobreviniencia" en las medidas COVID ni en sus costos asociados, porque fueron posteriores a la firma de la adenda que es el momento crítico desde el que se evalúa la imprevisibilidad y "sobreviniencia".
- Evaluar si el nuevo equilibrio contractual (desde el punto de vista de la contratación pública) se estableció en la firma de la adenda, y que para establecer dicho equilibrio las partes ya se encontraban debidamente informadas sobre los costos en los que debía incurrir por la normatividad sectorial. En esa línea, valorar si agregar cobros

luego de la adenda vulnera el principio de equilibrio contractual de la Ley de Contrataciones del Estado.

- Evaluar si a los montos de la adenda se le extiende el carácter de suma alzada, por el monto ratificado por ambas partes. En función de ello, determinar si cabe hacer variaciones o si ello rompe el nuevo equilibrio contractual sentado en la adenda.
- Evaluar si se entiende que ETSA, con las adendas suscritas el 30 de diciembre de 2019, el 10 de julio de 2020 y el 30 de diciembre de 2020 renunció a cualquier cobro adicional que tenga como causa la pandemia.

103. Aquel Informe fue elaborado a partir del contrato, bases, adendas, la demanda y contestación del presente proceso, concluyendo lo siguiente:

- No resulta jurídicamente viable que se alegue que existe un evento imprevisible y que sobrevino a la firma del contrato, que justifique que se modifiquen sus términos reconociendo mayores costos a favor de ETSA.
- Si las Partes, mediante la Adenda suscrita con fecha 10 de julio de 2020 ya solucionaron los problemas asociados al evento imprevisible y extraordinario que afectó su contrato (el Covid-19) a través de uno de los mecanismos jurídicos que tenían para hacerlo, ninguno de los contratantes puede invocar el Covid-19 nuevamente como una causa para modificar las condiciones de su relación contractual.
- Con la celebración de la referida Adenda se estableció un nuevo equilibrio económico que, a diferencia del equilibrio original, sí contemplaba el Covid-19 y sus repercusiones en la ejecución contractual. En esa línea y habiendo establecido que la pandemia no califica como un evento sobreviniente e imprevisible respecto de la Adenda, la misma no califica como una razón legítima para justificar que se modifiquen las condiciones económicas que han sido acordadas a través de ella. Por ende, podemos aseverar que en tanto ETSA pretende modificar lo pactado en la adenda, lo que en esencia propone es que, sin causa que lo justifique, se modifique el equilibrio económico de la relación contractual, lo que supone una vulneración a lo previsto en la LCE.
- En los hechos, al renegociar ETSA habría renunciado a cualquier reclamo vinculado a mayores costos que tengan como causa la pandemia. la adenda es el mecanismo jurídico por el cual Demandante y Demandado ajustaron su relación contractual frente como consecuencia del Covid-19 y no puede ser modificado por voluntad unilateral de una de las Partes, simplemente porque considera que debió haber negociado distinto.
- Es aplicable a la Adenda de Cuarta Prórroga suscrita con fecha 30 de diciembre de 2020. Y es que, al igual que la adenda, ésta se celebró cuando las Partes ya conocían las restricciones fácticas y normativas que imponía la pandemia, de donde se sigue que tal evento no califica de modo alguno como un hecho sobreviniente e imprevisible, a partir del cual pueda justificarse la modificación de

las condiciones previstas en esa Adenda de Cuarta Prórroga. ETSA, pudiendo no prorrogar el contrato o, en su defecto, hacerlo en términos económicos distintos luego de valorar la estructura de costos vinculados a la ejecución de sus servicios en el marco de la pandemia, acordó que el monto correspondiente al plazo prorrogado ascendiera a US\$ 42'757,251.23 (cuarenta y dos millones setecientos cincuenta y siete mil doscientos cincuenta y uno con 23/100 dólares americanos).

104. Ahora bien, la normativa de contrataciones del estado no desarrolla los supuestos y requisitos de un evento de fuerza mayor, por lo que, corresponde recurrir a las disposiciones del Código Civil que se aplican de manera supletoria el presente proceso. En particular, los artículos 1314 y 1315 que disponen lo siguiente, respectivamente:

“Artículo 1314.- Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”. (Énfasis agregado).

“Artículo 1315.- Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”. (Énfasis agregado).

105. Al respecto, Mario Castillo y Felipe Osterling señalan lo siguiente:

“El Código Civil de 1984 aclara los conceptos definitivamente. De él se desprende, con toda nitidez, que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso. Así lo establece el artículo 1314. Luego, la imputabilidad solo puede atribuirse a quien procede con dolo o culpa¹”.

106. De acuerdo a Mario Castillo y Felipe Osterling, el sistema de responsabilidad consagrado en el Código Civil distingue el caso fortuito y la fuerza mayor, en cuanto al alcance de la imputación del deudor, escapa a la noción de culpa, es decir, acoge la responsabilidad contractual subjetiva que implica que la ausencia de culpa exime la responsabilidad del deudor².

107. Esta distinción entre caso fortuito y fuerza mayor obedece a una construcción doctrinaria. Así, para Héctor Lafaille la fuerza mayor obedecería al “acto del príncipe” o *factum principis*, incluyendo en este concepto ciertos hechos de tercero, los mismos que ciertamente no provienen de la autoridad, pero menos aun de la naturaleza o de Dios³.

108. Así, el punto de partida del análisis de los elementos constitutivos de la fuerza mayor, se encuentra en el artículo 1314 del Código Civil, esto es,

¹ Castillo, F. M., & Osterling, P. F. (2001). Tratado de las obligaciones. Lima: PUCP. Fondo Editorial. p. 603

² *Ibid.*, p. 611.

³ Lafaille, Héctor. Derecho Civil. vol. 1, tomo VI, p. 180. Citado en: Op. Cit. Castillo, F. M., & Osterling, P. F. (2001). Tratado de las obligaciones.

en el concepto de “diligencia ordinaria requerida” como eximente de responsabilidad en la inejecución de obligaciones.

109. En primer lugar, de acuerdo con Mario Castillo y Gino Rivas diligencia significa cuidado, celo en la realización de determinada actividad. En un plano jurídico, representa una visión subjetiva en cuanto al cumplimiento de las obligaciones y una visión objetiva que se encuentra en el hecho de que la evaluación de la diligencia no depende de los caracteres del sujeto específico involucrado. En realidad, la evaluación de la diligencia se hace a través de parámetros objetivos, pudiendo éstos ser flexibles, dependiendo de la situación concreta, pero jamás variarán en función a las aptitudes concretas del sujeto⁴.
110. En segundo lugar, podemos entender como ordinario a aquello usual, en armonía con los usos y costumbres del momento y lugar, con lo que la diligencia ordinaria puede entenderse como estándar, el cuidado que uno tiene en su proceder del día a día. En otras palabras, el Código Civil no busca exigir un proceder extraordinario, por el contrario, exige una diligencia ordinaria que significa ausencia de culpa⁵.
111. Ahora bien, la diligencia tiene un rol en la inejecución de obligaciones, que es una situación anómala en la relación contractual. Las consecuencias del incumplimiento en la ejecución de una obligación dependen de la causa que lo originó. Así, el incumplimiento que escapa de las manos del obligado (esto es, una situación ajena al control del sujeto, que le impide cumplir con su obligación) deriva en que éste no es responsable por el incumplimiento⁶.
112. En suma, si se prueba que el sujeto obligado obró con la debida diligencia, no hay manera de que se pueda sostener que el incumplimiento le es imputable, es decir, que obró con culpa. Es decir, la diligencia sirve para determinar la ausencia de culpa, lo que, en última instancia, deriva en la no imputabilidad por la inejecución de la obligación: diligencia → ausencia de culpa → incumplimiento no imputable⁷.
113. De manera que, premunidos de este marco doctrinario, analizaremos si el proceder del contratista fue diligente o negligente. En este punto, es se advierte que, mediante carta N° 396-2020-ETSA/ADMIN del 17 de marzo de 2020; carta N° 399-2020-ETSA/ADMIN del 1 de abril de 2020; carta N° 401-ETSA/ADMIN del 6 de abril de 2020; carta N° 402-2020-ETSA/ADMIN del 13 de abril de 2020; carta N° 403-ETSA/ADMIN del 17 de abril de 2020; carta N° 405-ETSA/ADMIN del 6 de mayo de 2020; Anexo A-14. ETSA solicitó a OSINERGMIN que – por excepción- determine la opción de incluir a los trabajos que realiza ETSA en mérito al contrato de locación de servicios N° 066-2017, como actividades adicionales a las

⁴ Castillo Freyre, M., & Rivas Caso, G. (2014). La diligencia y la inejecución de las obligaciones. IUS ET VERITAS, 24(48), p.135 Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11913>

⁵ Ibid, p. 136.

⁶ Idem.

⁷ Ibid, p. 137.

establecidas en el artículo 4 del Decreto Supremo N° 044-2020-PCM. Es decir, que le permita ejecutar las actividades de preservación y mantenimiento del contrato durante el Estado de Emergencia.

114. En atención a lo anterior, el tribunal advierte de las comunicaciones entre OSINERGMIN, MINEM y ETSA, que esta última actuó con la diligencia debida, tanto en su concepción subjetiva como objetiva. Así, en relación a la primera, se advierte que el deudor desplegó sus esfuerzos de manera voluntaria para el cumplimiento de la prestación, enviando siete comunicaciones a OSINERGMIN y el MINEM a efectos de autorizar la continuidad de las obligaciones establecidas en el contrato de locación de servicios, minimizando el riesgo de un posible deterioro de los bienes, el mismo que no sería atribuible a ETSA.
115. En relación a la segunda, se advierte que la conducta del contratista se ajustó a las circunstancias de tiempo, personas y lugar, toda vez que, mediante la Adenda 5 suscrita el 30 de diciembre de 2019, las partes señalaron sus domicilios para efectos de notificaciones durante la ejecución del contrato. Así, el contratista, diligenció las referidas cartas en los domicilios señalados por OSINERGMIN y MINEM.
116. Esta conducta de ETSA durante la ejecución contractual, revela un comportamiento destinado a satisfacer el interés de la entidad de mantener bajo custodia, mantenimiento y/o preservación de los Bienes de la concesión del proyecto "Mejoras a la seguridad energética del país y desarrollo del Gaseoducto Sur Peruano".
117. Dados así los hechos de caso, resultaría contrario a lo establecido en el artículo 1314 del Código Civil, exigir al contratista un parámetro de diligencia extraordinaria, que representaría una carga excesiva durante la ejecución de un contrato.
118. Sin perjuicio de lo anterior, corresponde analizar el supuesto de fuerza mayor como un evento que escapa a la diligencia estándar del contratista. El citado artículo 1315 del Código Civil establece tres condiciones para evento como fuerza mayor: extraordinario, imprevisible e irresistible, las mismas que fueron desarrolladas por la doctrina.
119. En primer lugar, para Mario Castillo un evento es extraordinario cuando reviste la característica de "anormal", es decir, las circunstancias en que se presenta con extraordinarias y no ordinarias ni "normales"⁸.
120. La doctrina señala que, algo extraordinario es, como la propia palabra lo indica, algo fuera de lo ordinario, esto es, fuera de lo común, se trata de algo que se encuentra dentro del campo de lo excepcional, de un acontecimiento que se produce con excepción, lejos de lo que en forma normal o natural se espera que ocurra. Lo extraordinario es lo que

⁸ Castillo Freyre, Mario (2017). Derecho de las obligaciones. Lima: Fondo Editorial PUCP. p. 142.

atenta o irrumpe en el curso natural y normal de los acontecimientos, quebrándolos⁹.

121. En el presente caso, sabemos que la declaratoria de cuarentena constituye un evento excepcional y, por tanto, extraordinario, toda vez que, durante los últimos cincuenta años, en el Perú no se había declarado una cuarentena por razones de salud pública, la misma que impidió a las personas naturales y jurídicas realizar sus actividades o cumplieran prestaciones a las que se habían obligado. Toda vez que, la Organización Mundial de la Salud caracterizó al Covid-19 como una pandemia al ser una enfermedad con un alto grado y rapidez de infectividad al trasladarse fácilmente de un sector geográfico a otro.
122. En segundo lugar, para Mario Castillo “un hecho o evento es imprevisible porque no se puede prever, ya que supera o excede la aptitud normal de previsión del deudor en la relación obligatoria. Para ello debemos determinar qué constituye este factor o índice de previsión del que se parte para ingresar en el terreno de la imputabilidad. Ello, dado que el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, lo que equivale a decir que el acreedor puede exigir un nivel mínimo de previsión”¹⁰.
123. Recordemos que, el primer caso en el mundo de infección por Covid-19 se reportó en Wuhan (China) el 31 de diciembre de 2019, posteriormente, los casos se reportaron en otras partes fuera de China. Por ello, en algunos países, sus Estados obligaban a adoptar medidas sanitarias. Sin embargo, en nuestro territorio no se había dado ninguna medida en ese sentido anteriormente, hasta que se reportó el primer caso el 5 de marzo de 2020. El impacto de la enfermedad fue imprevisible, porque no era posible prevenir un escenario de aislamiento social obligatorio ante la ausencia de vacunas, desconocimiento de tratamiento y cura.
124. El tribunal no comparte la opinión del Dr. Castillo Freyre emitida en su informe legal sobre la presente controversia. La ubicación correcta respecto a la previsibilidad o no de las medidas gubernativas de emergencia sobre la Covid-19 no debe hacerse al momento de la celebración de la adenda de julio del año 2020, sino al momento de la celebración del contrato. Ese momento fue mayo de 2017, momento en que se suscribió el contrato.
125. Cuando las partes negociaron y suscribieron la adenda de julio de 2020, ya iniciada la pandemia del Covid-19, no negociaron los aspectos vinculados al reconocimiento de sus costos para enfrentar las medidas de emergencia sanitaria. Las partes no han producido ninguna prueba al respecto durante el arbitraje. El contenido de dicha adenda fue sobre cambio de fechas del cronograma de ejecución contractual, no sobre costos Covid-19.

⁹ Op. Cit. Castillo, F. M., & Osterling, P. F. (2001). Tratado de las obligaciones. p. 624-625.

¹⁰ Op. Cit. Castillo Freyre, Mario (2017). Derecho de las obligaciones. p. 143.

126. Si bien la entidad ha argumentado que el reconocimiento de dichos costos debió incorporarse, si el contratista lo pretendía, en dicha adenda, la entidad no ha probado la naturaleza, existencia ni fundamento jurídico de dicha obligación. Esa alegada obligación no ha sido, en absoluto, demostrada desde el punto de vista contractual ni legal.
127. En tercer lugar, un evento es irresistible cuando el deudor no puede impedir su acaecimiento pese a sus esfuerzos, no se circunscribe a la producción del evento, sino que se refiere también a sus consecuencias¹¹. La declaratoria de cuarentena, para tratar de evitar la expansión de la Covid-19 y la adopción de medidas sanitarias por parte estatales no fue en absoluto responsabilidad del contratista.
128. Estando a lo anterior, el argumento no es de recibo, pues ni existió una obligación contractual de negociar los costos Covid-19 conjuntamente con la reprogramación de entregables, ni ETSA formuló renuncia alguna. La renuncia, si se entendía en el marco de una transacción, debía ser formulada expresamente, lo que no sucedió.
129. Sobre el particular, es importante recordar que la voluntad es el “elemento dinámico por excelencia del mundo jurídico, es el requisito material que da vida al negocio. Debe tenerse presente que cuando hablamos de este elemento no aludimos exclusivamente a los motivos que fundamentan el ánimo del declarante, pues el derecho regula las relaciones entre los hombres y, para ello, se precisa que la voluntad se exteriorice o declare”.
130. En efecto, la declaración de voluntad consiste en un comportamiento del sujeto realizado de voluntaria, a través del cual se revela una determinación volitiva, ya sea que exista o no el propósito del sujeto, de transmitir directamente a otros su voluntad. Así, ¿el silencio comporta una manifestación de voluntad? Para absolver esta pregunta, es necesario remitirnos al artículo 142 del Código Civil que dispone “El silencio importa manifestación de voluntad cuando la ley o el convenio le atribuyen ese significado”.
131. Estando a lo anterior, el silencio indica inercia del sujeto que no manifiesta una voluntad positiva o negativa. El silencio como comportamiento omisivo no es idóneo para celebrar negocios jurídicos, que requiere de manifestaciones en sentido estricto o de declaraciones. De manera que, se admite que el negocio se pueda perfeccionar o celebrar no obstante exista silencio cuando la ley le atribuye valor de manifestación en sentido estricto a la inercia del sujeto.
132. Por tanto, en el caso concreto, el silencio de ETSA durante la negociación y suscripción de la Adenda 6 del 10 de julio de 2020

¹¹ Op. Cit. Castillo Freyre, Mario (2017). Derecho de las obligaciones. p. 143.

respecto a los eventuales costos de la implementación del Plan Covid-19, no importó una manifestación o declaración de voluntad, pues ni la Ley ni las partes le atribuyeron un significado a tal inercia, conforme lo establecido en el artículo 142 del Código Civil.

133. Por otro lado, OSINERGMIN señaló que, dado que el contrato fue suscrito por las partes bajo el sistema de contratación de suma alzada, la propuesta económica del contratista era formulada por una suma integral, comprendiendo todo gasto asociado al cumplimiento de sus obligaciones.

134. Sobre el particular, corresponde remitirnos al numeral 1.3 del capítulo I de las Bases que señala "El costo referencial del servicio asciende a US\$ 75'616,603.11 (setenta y cinco millones seiscientos dieciséis mil seiscientos tres con 11/100 dólares americanos), incluidos todos los costos por tributos, seguros correspondientes al Administrador exigidos en este servicio, transportes, inspecciones, pruebas y los costos laborales conforme a la legislación vigente; así como cualquier otro concepto que pueda tener incidencia sobre el costo del servicio a contratar. Osinergmin no reconoce pago adicional de ninguna naturaleza".

135. El artículo 35 de la LCE establece lo siguiente respecto al sistema de contratación suma alzada:

"Artículo 35. Sistemas de Contratación

Las contrataciones contemplan alguno de los siguientes sistemas de contratación:

a) A suma alzada, aplicable cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra, respectivas. El postor formula su oferta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución, para cumplir con el requerimiento".

136. La suma alzada implica un precio global, total, previo e invariable para la realización de toda la obra, independientemente de los costos y plazos reales, pero siempre que se respete el proyecto de la obra y el plazo en función de los cuales se pactó el precio¹². Este sistema de fijación de precios consiste en señalar un monto alzado y, por tanto, invariable para la totalidad de la ejecución de las obras asumiendo el contratista el riesgo en la variación de metrados.

137. Sin embargo, la modalidad de suma alzada no incluye un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor, pues ante la ocurrencia de sucesos que alteran el equilibrio del contrato porque los costos de ejecución de la prestación de una parte han aumentado imprevistamente, el contratista tiene derecho, sin duda alguna, al pago respectivo. En efecto, estos eventos que alteran el alea normal del contrato y, por

¹² Morón, J. C., & Aguilera, Z. (2017). Aspectos jurídicos de la contratación estatal (Vol. 9). Fondo Editorial de la PUCP.

tanto, alteran el precio global comprendido, de inicio, en la modalidad de la suma alzada¹³.

138. Cabe recordar que, mediante el Decreto Supremo N° 168-2020-EF, se reconoció que las entidades se encuentran facultadas para modificar sus contratos a fin de incorporar en ellos las medidas para la prevención y control frente a la propagación del Covid-19 dispuestas por los Sectores competentes y otras que resulten necesarias para la reactivación de la ejecución del contrato, debiendo reconocer el costo que ello demande, en caso corresponda. Dichas modificaciones se efectúan de conformidad con lo dispuesto en el numeral 34.10 del artículo 34 del TUO de la LCE, que habilita las modificaciones contractuales para alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente.

139. Por tanto, esta pretensión será declarada fundada en parte. En consecuencia, el tribunal ordenará al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería pagar a favor de Estudios Técnicos S.A.S. S/ 2'146,320 soles correspondiente a los mayores gastos incurridos por Estudios Técnicos S.A.S. en la ejecución del contrato No. 066-2017, contrato de Locación de Servicios para la Contratación Directa del Administrador en el Marco del Decreto de Urgencia No. 001-2017, debido a la pandemia generada por la Covid-19 y a las medidas dispuestas por el Estado peruano durante el año 2020.

10.2. Segunda cuestión controvertida referida a la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda

Determinar si corresponde, o no, que el Tribunal Arbitral condene al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería al pago de intereses moratorios aplicando la tasa de interés legal desde su requerimiento de pago, 15 de enero de 2021, hasta la fecha efectiva de pago.

Posición de ETSA

140. De conformidad con el artículo 39.3 de la Ley de Contrataciones del Estado, OSINERGMIN debe pagar en favor de ETSA los intereses legales correspondientes a los mayores costos asumidos por ETSA como consecuencia de la implementación del Plan para la Vigilancia, Prevención y Control del Covid-19 durante el año 2020 y de la obligación asumida en la Adenda Julio 2020 de cumplir con las actividades de preservación y mantenimiento previstas en el contrato para el 31 de diciembre de 2020.

141. Por su lado, el artículo 149.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala que el cómputo de los intereses

¹³ Buendía De Los Santos, E. (2016). La renegociación y la revisión del negocio jurídico como los nuevos remedios en el contrato de obra: una solución al problema de los riesgos imprevisibles desde una perspectiva comparada. *THEMIS Revista De Derecho*, (70), 165-181. Recuperado a partir de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/19610>

legales se realiza *“desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse”*.

142. Por lo tanto, OSINERGMIN debe pagar a favor de ETSA los intereses legales correspondientes a los mayores costos asumidos por ETSA como consecuencia de la implementación del Plan para la Vigilancia, Prevención y Control del Covid-19 durante el año 2020 y de la obligación asumida en la Adenda Julio 2020 de cumplir con las actividades de preservación y mantenimiento previstas en el contrato para el 31 de diciembre de 2020, los cuales deben computarse desde el 15 de enero de 2021, fecha en la que ETSA notificó a OSINERGMIN la carta 507.

Posición de OSINERGMIN

143. En la negociación para la suscripción de la Adenda del 10 de julio del año 2020, se había considerado una cantidad determinada, habiéndose formado la relación contractual con el consentimiento de ambas partes y con el conocimiento de la realidad en el momento en que se suscribe la referida Adenda.

144. La adenda propuesta por ETSA y aceptada por OSINERGMIN establecía que las demás cláusulas del contrato que no eran materia de modificación se mantenían sin alteración alguna, ratificándose todo su contenido y haciéndose extensivo los términos de dichas cláusulas a la adenda.

145. El demandante no puede negar que tenía pleno conocimiento de los efectos que tendrían las medidas preventivas contra el virus COVID -19, y prueba de ello es que en el informe pericial presentada por la demandante y sustentado por los peritos, se han adjuntado y referido facturas del mes de marzo, abril, mayo junio del 2020 relativo a gastos relacionados con la pandemia.

146. Ello prueba que la demandante era consciente de los efectos económicos que tendrían los gastos de pandemia en el contrato. Además, los gastos no son significativos dentro de la magnitud del contrato. Se reclama 2 millones de soles aproximadamente, frente a 42 millones de dólares que representa el contrato para el periodo que venció el 31 de diciembre del 2020.

147. Al margen de ello debe tenerse en cuenta que el Plan para la reactivación de las actividades es presentado al Ministerio de Energía y Minas por la demandante, y dentro de esta lógica también entendemos que todo plan debe haber tenido su correlato económico y que siendo ello así, la demandante consideró los mayores gastos y los incluyó en los términos económicos del contrato.

148. No se puede alegar fuerza mayor o caso fortuito, amparado en el art. 1315 del Código Civil, pues al momento en que firmó la Adenda

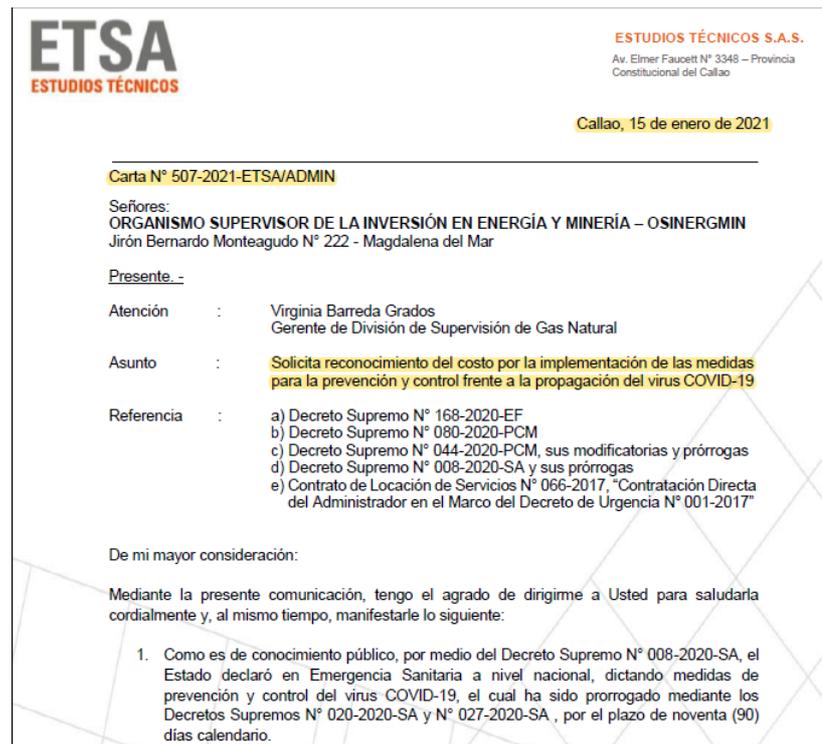
contractual, ya habían transcurrido más de tres meses del estado de Pandemia. La profesionalidad de la demandante descartó poner en la mesa de negociación los gastos por pandemia habida cuenta que el monto total del contrato ascendía a una suma considerable, y que los gastos de pandemia serían sumamente insignificantes, como en efecto lo ha sido.

Razonamiento del Tribunal Arbitral

149. Habiendo declarado fundada la primera pretensión de la demanda y en atención al principio general del derecho que reza "lo accesorio sigue la suerte de lo principal", la primera pretensión accesoria de la primera pretensión de la demanda será declarada fundada.
150. Sobre el interés legal, debemos señalar que es aquel consagrado por la ley, nace por imperio de ésta y sin la manifestación de voluntad de las partes, es decir, la ley fija la obligación del deudor de pagar intereses. Al respecto, la doctrina señala que "el interés legal nace como consecuencia de la voluntad del legislador, lo que equivale a decir que la obligación de pagar intereses se encuentra ajena a la voluntad de las partes"¹⁴.
151. Asimismo, corresponde aplicar el artículo 1324 del CC vigente, en el sentido en que los intereses son fijados por el Banco Central de Reserva. Piazza Risi comentando el mismo artículo, señala: "De acuerdo con este artículo, una vez que se incurra en mora se devengan los intereses legales fijados por el Banco Central de Reserva. Por supuesto, esta regulación es supletoria a la voluntad de las partes y solamente aplicaría en el caso que estas no hubieran fijado un interés moratorio convencional distinto del interés legal fijado institucionalmente"¹⁵.
152. Queda acreditado que, el 15 de enero de 2021, mediante carta N° 507-2021-ETSA/ADMIN, ETSA solicitó a OSINERGMIN el reconocimiento del costo por la implementación de las medidas para la prevención y control frente a la propagación del virus Covid-19,

¹⁴ Vargas-Machuca Jiménez, Roxana. Intereses, tasas, anatocismo y usura. Recuperado a partir de: http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art28.PDF

¹⁵ Piazza Risi, W. (2017). La regulación legal y los principales términos económicos en los contratos de préstamo modernos. Revista de Actualidad Mercantil (5), 39-52. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/actualidadmercantil/article/view/19525/19645>



153. A través de la referida carta, ETSA presentó a la entidad su propuesta de cuantificación del costo que implica la implementación de los Protocolos Sanitarios y otras medidas que resultaron necesarias para la prevención y control frente a la propagación del virus Covid-19, de acuerdo con las disposiciones contenidas en el Decreto Supremo N° 168-2020-EF y otras para efectos de la reanudación de las actividades en virtud del contrato de locación de servicios.

154. Puesto que a través de la carta N° 507-2021-ETSA/ADMIN de fecha 15 de enero de 2021, el consorcio solicitó el pago de los referidos costos, corresponde que el cálculo de intereses legales sea a partir de dicha fecha hasta la fecha efectiva de pago, de conformidad con el cálculo oficial efectuado por la calculadora de intereses legales alojada en el portal de la página web del Banco Central de Reserva del Perú¹⁶.

10.3. Tercera cuestión controvertida referida a la segunda pretensión principal de la demanda

Determinar si corresponde, o no, que al amparo del artículo 1346 del Código Civil, el Tribunal Arbitral disponga la reducción de la penalidad aplicada a Estudios Técnicos S.A.S. por la presentación extemporánea del Análisis de Riesgos al ser manifiestamente excesiva.

Y

¹⁶Calculadora de intereses legales del Banco Central de Reserva del Perú. Disponible en: <https://www.bcrp.gob.pe/apps/calculadora-de-intereses-legales.html>

10.4. Cuarta cuestión controvertida referida a la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la demanda

Determinar si corresponde, o no, que ante el amparo de la Segunda Pretensión Principal se ordene al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería la devolución y pago a favor de Estudios Técnicos S.A.S. del monto resultante de la reducción de la penalidad ordenada por el Tribunal Arbitral.

Posición de ETSA

155. Corresponde reducir la penalidad aplicada en la Conformidad de Ejecución toda vez que el artículo 134 del RLCE dispone que las penalidades deben ser "objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación" y el artículo 1346 del Código Civil faculta al tribunal arbitral a ordenar la reducción de las penalidades cuando sean manifiestamente excesivas.
156. Aun cuando en literal a) de la cláusula decimosegunda del contrato se haya pactado una fórmula para calcular el monto de dicha penalidad, ello no exime de que la penalidad a imponer cumpla con los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad en cada caso concreto, a fin de evitar su arbitraria aplicación o que resulte manifiestamente excesiva e irrazonable.
157. No existen daños ante el incumplimiento de esta obligación. La penalidad es manifiestamente excesiva e irrazonable porque no ha habido daño alguno causado a OSINERGMIN. Si bien el artículo 1343 del Código Civil establece que para exigir la pena no es necesario que el acreedor, vale decir, el OSINERGMIN, pruebe los daños y perjuicios sufridos; en el presente caso, el incumplimiento penalizado no ha sido grave, por lo que resulta excesiva la imposición de US\$ 118,770.13 como penalidad.
158. Mediante la regulación del numeral 7.5 de la Tabla de Penalidades, se busca penalizar cualquier tipo de daño generado a los Bienes de la Concesión, en concreto, las tuberías, equipos y/o materiales, por causa imputable a ETSA, sea por dolo, culpa o negligencia; imponiendo una penalidad de 500 UITs al considerarlo un incumplimiento grave.
159. No obstante, se advierte que OSINERGMIN en ningún momento ha impuesto a ETSA una penalidad basándose en el referido numeral. Con ello, el propio OSINERGMIN deja constancia que ETSA cumplió con preservar y mantener en correcto estado los Bienes de la Concesión.
160. Queda así acreditado que el incumplimiento de la obligación de presentar oportunamente el Análisis de Riesgo no ha generado ningún tipo de daño en el bien más aún cuando el retraso en la presentación del Análisis de Riesgo solamente asciende a 4 días. En consecuencia, no estamos ante un incumplimiento grave que haya generado perjuicios

en los Bienes de la Concesión. Por tanto, teniendo en cuenta que la penalidad a imponerse debe ser proporcional a la gravedad; en este caso, no existe gravedad, con lo cual la imposición de US\$ 118,770.13 resulta, realmente, excesivo e irrazonable, correspondiendo que se acepte la reducción de su monto.

161. La penalidad impuesta es irrazonable: se vulneró el derecho al debido procedimiento de ETSA. OSINERGMIN indicó que por la presentación extemporánea del Análisis de Riesgo aplicaría a ETSA aplicaría la penalidad prevista en el numeral 16.1.3 de la tabla de penalidades contenida en el literal b) de la cláusula decimosegunda del contrato (Informe Técnico 42) y recién luego de descontada la penalidad mediante la Conformidad de Ejecución, ETSA se enteró que OSINERGMIN aplicó la penalidad prevista en el literal a) de la cláusula decimosegunda del contrato.

162. Esto constituye una vulneración al debido procedimiento de ETSA pues nunca tuvo la oportunidad de defenderse respecto de la penalidad prevista en el literal a) de la cláusula decimosegunda del contrato ya que OSINERGMIN nunca le informó que iba a aplicar dicha penalidad.

163. Por lo tanto, es irrazonable que, en un caso en el que el incumplimiento de ETSA no ha causado daño alguno y que se vulneró el debido procedimiento de ETSA en la aplicación de la penalidad, esta ascienda a la suma de US\$ 118,770.13. Por lo tanto, corresponde que esta sea reducida por el Tribunal Arbitral a una (1) Unidad Impositiva Tributaria (UIT) que es la unidad de medida de las penalidades previstas en la tabla de penalidades del literal b) de la cláusula decimosegunda del contrato.

Posición de OSINERGMIN

164. Antecedentes de la Aplicación de las penalidades respecto de la presentación del “Análisis de riesgos. De la “Tabla de Pagos” de las Bases se desprende que el Pago N° 1 del año 2021 se encuentra conformado por los siguientes entregables: a) Plan del Servicio General (01 de enero al 31 de diciembre de 2021), b) Cronograma General del Servicio (01 de enero al 31 de diciembre de 2021), c) Informe Mensual, d) Plan del Servicio Mensual (31 de enero al 01 de marzo de 2021) y e) Actualización de análisis de riesgo y Plan de Emergencias.

165. Dichos entregables debieron ser presentados por el Administrador como fecha máxima hasta el 30 de enero de 2021. Asimismo, la “Actualización de análisis de riesgo y Plan de Emergencias” estaría compuesta por dos documentos en su versión actualizada: el “Análisis de Riesgo” y el “Plan de Emergencias”

166. ETSA presentó al OSINERGMIN la documentación correspondiente al “Análisis de riesgo” el 5 de febrero de 2021, siendo que la fecha máxima de presentación estuvo prevista para el 30 de enero de 2021.

167. De esta manera, el Administrador incurrió en retraso injustificado respecto de la prestación correspondiente a la presentación del "Análisis de Riesgos", dado que este documento fue presentado el día 05 de febrero de 2021, esto es, con posterioridad a la fecha máxima de presentación (30.01.2021).
168. El 19 de febrero de 2021, mediante Oficio N° 92-2021-OS-DSGN, notificado vía correo electrónico, el OSINERGMIN remitió a ETSA el Informe Técnico No. 42-2021-OS-DSGN/UTDGN del 18 de febrero de 2021, que formulaba observaciones al entregable presentado por ETSA correspondiente al mes de enero del año 2021. Asimismo, se indicó que ETSA había presentado el Análisis de Riesgo de manera extemporánea, considerándose, inicialmente, que el Administrador había incurrido en la penalidad tipificada en el numeral 16.1.3 de la tabla de penalidades contenida en el literal b) de la cláusula decimosegunda del contrato.
169. Sin embargo, este criterio fue rectificado. En efecto, el entregable referido en el numeral 16.1.3 de la tabla de penalidades, preveía concomitantemente los documentos "Análisis de Riesgo" y "Plan de Emergencia". Sin embargo, ETSA había incurrido en retraso únicamente con respecto al "Análisis de Riesgo", y no con respecto a los dos documentos de forma conjunta, por lo que la penalidad del inciso 16.1.3 no le resultaba aplicable.
170. En ese sentido, correspondía al OSINERGMIN proceder con la aplicación de la penalidad por mora, de conformidad con lo establecido en el literal a) de la Cláusula Décimo Segunda del contrato.
171. En cuanto al monto de la penalidad, a través del Informe Técnico N° 95-2021-OSDSGN/UTDGN se realizó la Evaluación del Servicio del Administrador, indicándose inicialmente en dicho informe que correspondía la aplicación de la penalidad por mora por el retraso injustificado de seis (6) días en la presentación del "Análisis de Riesgo"; en ese sentido, se concluyó que "la penalidad por mora a aplicar ascendía a 178,155.20 Dólares Americanos de conformidad con lo establecido en el literal a) de la Cláusula Decimo Segunda del contrato (...), y de acuerdo a la evaluación consignada en el Informe Técnico N° 93-2021-OS-DSGN/UTDGN.
172. En consecuencia, siendo que la presentación del "Análisis de Riesgo" tenía como plazo de vencimiento el sábado 30.01.2021, la aplicación de la penalidad debía considerarse desde el martes 02.02.2021 (día posterior al primer día hábil siguiente al vencimiento) y no desde el 31.01.2021, como originariamente se efectuó para determinar la penalidad a aplicar en el Informe N° 93-2021-OSDSGN/UTDGN.
173. En realidad, el Administrador había incurrido en retraso injustificado respecto de la citada prestación por cuatro (4) días, esto es, desde el 02.02.2021 al 05.02.2021.

174. El Informe Técnico N° 268-2021-OS-DSGN/UTDGN concluyó que “el monto de la penalidad aplicable ascendía a US\$ 118,770.13 (ciento dieciocho mil setecientos setenta con 13/100 dólares americanos), correspondiéndole al Administrador la devolución del monto retenido por dicho concepto ascendiente a US\$ 59 385.07 (cincuenta y nueve mil trescientos ochenta y cinco con 07/100 dólares americanos)”.
175. De esta forma, mediante Memorandum DSGN-332-2021 del 21 de julio de 2021, la División de Supervisión de Gas Natural del OSINERGMIN solicitó a la Gerencia de Administración y Finanzas que efectuaran el depósito en la cuenta bancaria de ETSA del importe que había sido retenido en exceso por US\$ 59 385,07 por la penalidad aplicada al entregable de fecha 30.01.2021, gestionada mediante factura N° E001-34.
176. Sobre alegada transgresión del debido procedimiento administrativo. La imposición de una penalidad contractual no es un acto administrativo que requiera imperativamente de un plazo de descargos del lado de un administrado; sino que es una medida de naturaleza contractual utilizada dentro de los diversos instrumentos contractuales provistos por la ley frente al incumplimiento.
177. En ese sentido, resulta irrelevante para el caso que el OSINERGMIN haya rectificado el criterio inicial sobre el tipo de penalidad aplicable al contratista, pues, sin perjuicio de que sí se ha sustentado debidamente la referida variación, la imposición de penalidades por retraso es uno de los derechos contractuales que la LCE y su Reglamento otorgan a las entidades, por lo que no es necesario que medie un periodo de defensa, pues la penalidad, en virtud de la LCE, se devenga de forma automática en los casos de retraso.
178. Por otro lado, la única vía de cuestionamiento prevista cuando se presentan diferencias entre las partes contractuales en el marco de la LCE, para nuestro tipo de contrato, son los mecanismos de solución de controversias establecidos en el artículo 45(1) de dicha norma; vale decir, la conciliación o el arbitraje. No existe una instancia de apelación administrativa interna que demande de un periodo de descargos o de contradictorio para validar la imposición de penalidades por parte de la entidad.
179. Sobre el ajuste de penalidad. Al respecto, debemos señalar que el LCE y su reglamento, a diferencia del Código Civil, establecen penalidades por retraso tasadas, esto es, metodologías de cálculo directas de aplicación imperativa para las entidades, que no admiten ser discrecionalmente modificadas por criterios de gradualidad.
180. En otras palabras, la posibilidad de graduar la penalidad por mora, acaso una operación válida para las relaciones de derecho privado, no es una medida admisible bajo la lógica de las reglas especiales de la

contratación pública, porque estas ya han definido un criterio de imposición de penalidades por retraso que es específico, unívoco y de obligatorio cumplimiento por todas las entidades del Estado, y que se incorpora de pleno derecho al contrato estatal regido por la LCE sin admitir modificaciones provenientes del criterio de la Entidad al momento de la formulación de las bases, o de la elaboración de la respectiva proforma contractual.

181. Sin perjuicio de lo anterior, señalamos que la penalidad impuesta al Contratista no resulta desproporcionada, debido a las siguientes razones:

- a. Entre ETSA y OSINERGMIN se celebró un contrato que expresa la voluntad común de las partes, y así lo manifiesta el Código Civil en su artículo 1361; por lo tanto, los contratantes están sujetos al cumplimiento de lo pactado, en todos sus extremos.
- b. La forma de cálculo de la penalidad por mora se encuentra estipulada de manera previa tanto en el RLCE como en la cláusula décimo segunda del contrato, y las Partes conocían de ellas, así como de la metodología de cómputo y de sus implicancias.
- c. El monto de la penalidad, (USD 118,770.13) es razonable en consideración del monto estipulado en el Valor Referencial del Servicio (US \$ 75 616 603,11), aprobado por la Dirección General de Hidrocarburos del Ministerio de Energía y Minas, mediante la Resolución Directoral N° 032-2017-MEM/DGH que aprueba las Bases del Concurso para la Selección y Contratación del Administrador en el marco del Decreto de Urgencia N° 01-2017", las cuales contienen los términos, condiciones de contratación y el valor referencial. Así también, es razonable si se tiene presente el monto contractual acumulado vigente en la adenda de 30 de diciembre de 2020 (que regía el periodo contractual en que la penalidad fue impuesta), US\$ 195'650,825.08.
- d. Las penalidades deben incentivar el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales, más aun teniendo en cuenta los superiores fines de interés público que son perseguidos en la contratación estatal. Por esta razón, los montos de las penalidades aplicables al retraso no pueden ser sumas simbólicas e irrisorias, como pretende ETSA (1 UIT), porque de ser así la penalidad dejaría de cumplir su finalidad de incentivo para el cumplimiento, provocando ello la pérdida de eficacia de la contratación pública en general.

182. Asimismo, deberá tomarse en cuenta que en los casos de penalidad no se requiere probar el daño para la aplicación de la penalidad, pues, además de que así lo ha previsto el contrato y la ley aplicable (aplicación automática de la penalidad por retraso injustificado, según se ha mostrado), la idea de la penalidad contractual es evitar la tarea probatoria del acreedor afectado por el incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, a través del pacto

anticipado de una sanción o de una indemnización. Así, las penalidades se aplican de forma independiente a los daños.

Razonamiento del Tribunal Arbitral:

183. El Tribunal Arbitral considera importante precisar que en este apartado analizará en conjunto la tercera y cuarta cuestión controvertida, toda vez que ambas cuestiones están referidas a la reducción de la penalidad aplicada a ETSA por la presentación extemporánea del Análisis de Riesgos.

184. Una vez estudiados los escritos, pruebas y presentaciones de las Partes, así como las argumentaciones realizadas por las Partes durante la Audiencia, el Tribunal Arbitral determinará si corresponde reducir la penalidad aplicada a ETSA por la presentación extemporánea del Análisis de Riesgos al ser manifiestamente excesiva, al amparo del artículo 1346 del Código Civil. Para tal efecto, el Tribunal Arbitral utilizará el siguiente esquema de análisis.

- A. La facultad del Tribunal Arbitral para reducir las penalidades
- B. Las penalidades y su función normativa
- C. La penalidad aplicada a ETSA
- D. ¿corresponde reducir la penalidad?

185. El Tribunal Arbitral precisa que el desarrollo de la materia controvertida referida a la reducción de la penalidad se realizará teniendo en consideración las disposiciones del Código Civil vigente, toda vez que, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, no desarrollan la figura jurídica de la cláusula penal.

Cláusula Décimo Sexta del Contrato: Marco Legal del Contrato

Solo en lo no previsto en este contrato, en la Ley N° 30225 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N°350-2015-EF, será de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del **Código Civil vigente, cuando corresponda, y demás normas de derecho privado.** (Énfasis agregado)

La facultad del Tribunal Arbitral para reducir la pena

186. Al respecto, el Tribunal Arbitral se remite a la Cláusula Décimo Segunda del Contrato, en la cual se establece las penalidades aplicables en caso de retraso injustificado e incumplimiento.

Cláusula Decimo Segunda: Penalidades

- a) Penalidad por Mora: retraso injustificado
- b) Otras penalidades: incumplimiento

187. Es importante precisar que, si bien ambas Partes suscribieron el Contrato en señal de conformidad con su contenido, ello no significa que todas las estipulaciones contractuales (en este caso, las penalidades) hayan sido negociadas por las partes, máxime si se trata de una contratación pública.
188. En este contexto, el Tribunal Arbitral considera pertinente señalar que “la cláusula penal típica surge de la voluntad libre de las partes; en cambio, en el derecho administrativo, el contratista de la obra pública o el adjudicatario de la concesión del servicio se ha limitado a adherirse a un pliego de condiciones impuesto unilateralmente”¹⁷.
189. Teniendo en consideración que las penalidades no han sido “negociadas” por las Partes, el Tribunal Arbitral se encuentra facultado a revisarlas y, en su caso, reducir el monto de la pena. La facultad para reducir las penalidades se encuentra regulada en el artículo 1346 del Código Civil, cuyo texto se cita a continuación:

Artículo 1346.- Reducción judicial de la pena

El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena **cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.** (Énfasis agregado)

190. Con relación a la reducción de la penalidad, el Tribunal Constitucional¹⁸ ha precisado que el artículo 1346 del Código Civil es aplicable también al proceso arbitral. Veamos:

“En el artículo 1346 de Código Civil, **aplicable también al proceso arbitral**, prevé que el juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida” (Énfasis agregado).

191. De ese modo, queda establecida la facultad de este Tribunal Arbitral para revisar y, en su caso, reducir las penalidades.

Las penalidades y su función establecida en la norma

192. En atención a la naturaleza jurídica de la cláusula penal, el Tribunal Arbitral estima conveniente remitirse al artículo 1341 del Código Civil, cuyo texto se cita a continuación:

Artículo 1341.- Cláusula penal compensatoria

¹⁷ Kemelmajer de Carlucci. *La Cláusula Penal*. Editorial: De Palma. Buenos Aires. 1981. pág. 490.

¹⁸ EXP. N.º 05311-2007-PA/TC LIMA, la Sala Primera del Tribunal Constitucional (5 de octubre del 2009).

El pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. En este último caso, el deudor deberá pagar el íntegro de la penalidad, pero ésta se computa como parte de los daños y perjuicios si fueran mayores.

193. En ese sentido, el Tribunal Arbitral advierte –desde un plano normativo del Código Civil– que las penalidades tienen una función **compensatoria-resarcitoria**. De acuerdo con la función resarcitoria, la cláusula penal está destinada exclusivamente a limitar el resarcimiento de los daños que pueden originarse en el incumplimiento de la obligación.

194. Conforme señala Osterling: «[...] la cláusula penal constituye la valuación anticipada de los daños y perjuicios que causaría la inejecución de la obligación principal»¹⁹.

195. Sobre el particular, la Corte Suprema²⁰ ha señalado que, mediante la cláusula penal se fija anticipadamente el monto de la indemnización que corresponde al acreedor y es calculada sobre la base de la representación de los daños que las partes tienen en cuenta al contratar.

Tercero. [La] cláusula penal tiene por sustento la autonomía de la voluntad o la libertad contractual que tienen las partes para fijar anticipadamente el monto de la indemnización que corresponde al acreedor por la inejecución o retardo en el incumplimiento de la obligación a cargo del deudor, que es calculada sobre la base de la representación de los daños que las partes tienen en cuenta al contratar. **La función de fijar anticipadamente el monto de los daños y perjuicios se conoce como función indemnizatoria de la cláusula penal** (Énfasis agregado).

196. Al respecto, es importante precisar que si bien las penalidades tienen también la finalidad de persuadir al deudor para que cumpla con sus obligaciones (finalidad preventiva y compulsiva), este colegiado considera que su finalidad “**principal-normativa**” consiste en resarcir los daños que se pudieran causar como consecuencia del incumplimiento de la obligación. En ese sentido, cuando una de las partes no cumple con su obligación, la otra parte puede exigir el pago de una penalidad. Esta es una forma de evitar la posterior discusión sobre el monto de los

¹⁹ Osterling Parodi, Felipe (1988). “Obligaciones con cláusula penal”. En: Alzamora V., Mario. *Libro Homenaje a Mario Alzamora Valdéz*. Lima: Cultural Cuzco. Pp. 299-324.

²⁰ Casación N.º 3031-99-Lima, de 25-07-2000, f. j. 3. Sala Civil Permanente [EP, 30-11-2000, p. 6498]. Texto completo: <bit.ly/2fMTUBM>.

daños y perjuicios ocasionados, pues dicho monto se ha pactado previamente frente a la ocurrencia del incumplimiento o retraso²¹.

197. En ese sentido, el Tribunal Arbitral considera que la cláusula penal tiene una función esencialmente **resarcitoria**, lo cual permite un cálculo razonable de la pena, esto es, sobre la base de la representación de los daños.

198. Aunado a ello, el artículo 132° del Reglamento de la Ley de Contrataciones establece como postulado general que las penalidades deben ser **objetivas, razonables y congruentes**.

199. Sobre el particular, la Dirección Técnica Normativa del OSCE ha señalado que “...la **razonabilidad** implica que cada uno de los montos o porcentajes de la penalidad que se aplicará al contratista sean **proporcionales a la gravedad y reiteración del incumplimiento**”²². Por otro la **objetividad** implica que la Entidad establezca de manera precisa los tipos de incumplimiento que serán penalizados²³ y finalmente, la **congruencia** esta referida a la relación existente entre el comportamiento que se penaliza y las obligaciones establecidas en el contrato.

200. En ese sentido, el Tribunal Arbitral analizará más adelante la **razonabilidad** de la pena impuesta a ETSA, es decir, su proporcionalidad con relación a la gravedad del incumplimiento y al daño producido.

La penalidad aplicada a ETSA

201. De la revisión del expediente arbitral, se tiene que ETSA con fecha 30.01.2020 presentó como el entregable “Actualización de análisis de riesgo y Plan de Emergencias”, únicamente el “Plan de Emergencia”, **omitiendo la presentación del “Análisis de riesgo”**, el cual fue presentado con carta ADMGSP A7 CAR 1010 de fecha 05.02.2021, esto es, con fecha posterior a la fecha máxima de presentación del mismo.

202. Debido a ello, mediante Informe Técnico N° 93-2021-OS-DSGN/UTDGN de fecha 30 de marzo de 2021, se estableció que ETSA incurrió en retraso injustificado en la presentación del “Análisis de Riesgo”, toda vez que este fue presentado el 05.02.2021, esto es, seis (6) días posteriores a la fecha máxima de presentación: 30.01.2021.

203. Posteriormente, mediante Informe Técnico N° 95-2021-OS-DSGN/UTDGN de fecha 31 de marzo de 2021, se concluyó que la penalidad por mora

²¹ Baldwin Gayoso, Erika (2005). “Cálculo de las penalidades por mora en la ejecución de los contratos con el Estado”. Revista Actualidad Jurídica, núm. 138, pp. 137-139.

²² OPINIÓN N° 0020-2014/DTN del OSCE.

²³ PRONUNCIAMIENTO N°313-2018/OSCE-DGR-SIRC.

(6 días de retraso) a aplicar asciende a **US\$ 178,155.20** de conformidad con lo establecido en el literal a) de la Cláusula Decimo Segunda del contrato, de acuerdo a la evaluación consignada en el Informe Técnico N° 93-2021-OS-DSGN/UTDGN.

204. Luego, mediante Informe Técnico N° 268-2021-OS-DSGN/UTDGN se concluyó que “el monto de la penalidad aplicable ascendía a US\$ **118,770.13** (ciento dieciocho mil setecientos setenta con 13/100 dólares americanos), correspondiéndole a ETSA la devolución del monto retenido por dicho concepto ascendiente a US\$ 59,385.07 (cincuenta y nueve mil trescientos ochenta y cinco con 07/100 dólares americanos)”.

De esta forma, mediante Memorandum DSGN-332-2021 del 21 de julio de 2021, la División de Supervisión de Gas Natural del OSINERGMIN solicitó a la Gerencia de Administración y Finanzas que efectuaran el depósito en la cuenta bancaria de ETSA del importe que había sido retenido en exceso por US\$ 59,385,07 por la penalidad aplicada al entregable de fecha 30.01.2021, gestionada mediante factura N° E001-34.

205. De los hechos acontecidos, el Tribunal Arbitral concluye lo siguiente:

Penalidad aplicada por OSINERGMIN	a) Penalidad por Mora (retraso injustificado en la entrega de “Análisis de Riesgo”) por 4 días.
Monto de la Penalidad	US\$ 118,770.13

206. Ahora bien, es importante precisar que en el presente proceso arbitral no se está cuestionando la aplicación de la penalidad, es decir, no se está solicitando la “nulidad, invalidez o ineficacia” de la penalidad, sino que únicamente se solicita la **reducción de la pena** por ser esta manifiestamente excesiva. De modo que el Tribunal Arbitral debe limitar su análisis a lo que ha sido solicitado por el demandante.

¿Corresponde reducir la penalidad?

207. Revisados los escritos, pruebas y presentaciones de las Partes, así como las argumentaciones realizadas por las Partes durante la Audiencia, el Tribunal Arbitral determinará si corresponde reducir la penalidad aplicada a ETSA por la presentación extemporáneo del Análisis de Riesgos, al amparo del artículo 1346 del Código Civil.

208. Al respecto, el Tribunal Arbitral tiene en consideración que existen criterios (no copulativos) para para reducir las penalidades, de conformidad con el artículo 1346 del Código Civil:

- a. La obligación principal hubiese sido en parte cumplida
- b. La obligación principal hubiese sido irregularmente cumplida; o,
- c. **La pena sea manifiestamente excesiva.**

209. En el presente caso, ETSA manifiesta esencialmente que el monto de la penalidad es manifiestamente excesivo, debido a que la presentación extemporánea (4 días de retraso) del “**Análisis de Riesgo**” no ha producido daños.

210. Con relación a este tema, OSINERGMIN ha señalado que las penalidades deben incentivar el cabal cumplimiento de las obligaciones contractuales, más aun teniendo en cuenta los superiores fines de interés público que son perseguidos en la contratación estatal. Por esta razón, los montos de las penalidades aplicables al retraso no pueden ser sumas simbólicas e irrisorias, como pretende ETSA (1 UIT), porque de ser así la penalidad dejaría de cumplir su finalidad de incentivo para el cumplimiento, provocando ello la pérdida de eficacia de la contratación pública en general.

211. Al respecto, el Tribunal Arbitral tiene en consideración que en el presente caso la presentación extemporánea del “Análisis de Riesgo” por cuatro (4) días no ha producido un **daño** a OSINERGMIN, esto es, una afectación al interés público o una pérdida de eficacia en la contratación. Ello se condice con la gravedad de la falta sancionada, que en el presente caso no hubo.

212. Aunado a ello, es importante tener en consideración que, si bien las penalidades tienen también la finalidad de persuadir al deudor para que cumpla con sus obligaciones (finalidad preventiva y compulsiva), este colegiado considera que su finalidad “**principal-normativa**” consistente en resarcir los daños que se pudieran causar como consecuencia del incumplimiento de la obligación. La función resarcitoria de la cláusula penal permite calcular razonablemente de la pena, esto es, sobre la base de la representación de los daños.

213. En consecuencia, teniendo en consideración que en el presente caso no se ha producido ningún daño a los intereses de OSINERGMIN o una pérdida de eficacia en la contratación, el Tribunal Arbitral considera que el monto de la pena ascendente a **US\$ 118,770.13** es manifiestamente excesivo, por lo que corresponde reducirla.

214. Ahora bien, la reducción de la penalidad no implica realizar un nuevo cálculo, sino que consiste únicamente en —valga la redundancia— “**reducir**” la pena, que en el presente caso asciende a **US\$ 118,770.13**.

215. Teniendo en consideración que ETSA no ha brindado elementos probatorios suficientes que permitan determinar cuál es el porcentaje razonable que se debe reducir a la pena, el Tribunal Arbitral considera pertinente, y aplicando el artículo 1346 del Código Civil de manera excepcional aplicar un criterio de equidad contractual y, en

consecuencia, reducir la pena aplicada a ETSA en un cincuenta por ciento (50%).

216. En materia contractual, la palabra equidad y justicia se asocia con expresiones tales como equilibrio, igualdad, proporción, justo medio, compromiso y buena fe²⁴. En esa medida, el Tribunal Arbitral, teniendo en cuenta que este arbitraje es de derecho, y en aplicación del artículo 1346 de nuestro Código Civil que regula la reducción de la penalidad, funda su decisión en los criterios de equidad y justicia contractual.

217. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral considera prudente reducir el cincuenta por ciento (50%) de la pena aplicada a ETSA, en aras de lograr una reducción "equitativa".

50% (US\$ 118,770.13.)

100

= US\$ 59,385.065

218. Por lo tanto, el Tribunal Arbitral determina que en el presente caso la penalidad aplicada a ETSA debe reducirse en un cincuenta por ciento (50%) y, en consecuencia, dispone la devolución y pago a favor de ETSA del monto ascendente a US\$ 59,385.065.

219. Así las cosas, el tribunal declarará fundadas tanto esta pretensión principal como su accesoria.

10.5. Quinta cuestión controvertida referida a la tercera pretensión principal de la demanda

Determinar si corresponde, o no, que el Tribunal Arbitral condene al Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería a cumplir con el pago de todos los costos arbitrales incurridos en el presente procedimiento arbitral, lo cual debe quedar expresamente señalado en el Laudo Final que se emita, con la debida liquidación que, para estos efectos, deberá realizarse conforme a lo previsto en el artículo 42 del Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Posición de ETSA

220. Se debe tener en cuenta que el artículo 73.1 del Decreto Legislativo N° 1071, establece que, a falta de acuerdo entre las partes, como en el presente caso, respecto de los costos del arbitraje, la parte vencida debe asumirlos.

²⁴ TERNERA BARRIOS, Francisco. El Concepto de Justicia Contractual. En: Revista Oficial del Poder Judicial 1/2 2007. Link: <https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d02e650043eb7b7ca706e74684c6236a/17.+Doctrina+Internacional++Francisco+Ternera+Barrios+%28Colombia%29.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d02e650043eb7b7ca706e74684c6236a>.

221. En tal sentido, como el OSINERGMIN será la parte vencida de este arbitraje, pues la demanda de ETSA será declarada fundada, corresponde que asuma todos los costos de este arbitraje.

Posición de OSINERGMIN

222. En mérito a lo regulado en el artículo 73 de la Ley de Arbitraje, la entidad solicita que la asunción o distribución de los costos del arbitraje y demás gastos señalados por el demandante, serán de cargo de la parte vencida.

Razonamiento del Tribunal Arbitral:

223. Corresponde que el tribunal se pronuncie sobre los costos y costas irrogados en el presente proceso, esto es, qué gastos debe asumir cada parte. La cláusula décimo octava del contrato que estipula lo relacionado a la solución de controversias no establece modo alguno para asignar los costos y costas derivados del arbitraje.

224. Los costos del arbitraje han sido cubiertos enteramente por ETSA, monto que asciende a S/ 140,533.62 sin IGV, según el siguiente detalle proporcionado por la secretaría arbitral:

Caso	Etapas	Demandante/Demandado	Gastos Administrativos	Honorario Arbitral
0494-2021-CCL	Solicitud de Arbitraje	DEMANDANTE: ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.S. (ASUMIÓ EL 100%)	'Pagó S/ 15,341.18	'Pagó S/ 40,065.625
			'Pagó S/ 15,341.18	'Pagó S/ 40,065.625
0494-2021-CCL	Demanda	DEMANDANTE: ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.S. (ASUMIÓ EL 100%)	'Pagó S/ 3,715.00	'Pagó S/ 11,145.00
			'Pagó S/ 3,715.00	'Pagó S/ 11,145.00

CASO	Gastos Administrativos	Honorario Arbitral
0494-2021-CCL	S/. 30,682.37	S/. 80,131.25
0494-2021-CCL	S/. 7,430.00	S/. 22,290.00

225. En las reglas del proceso contenidas en la orden procesal N° 2 de fecha 12 de enero de 2021, las partes no pactaron lo relacionado a los costos y costas del proceso. El artículo 42 del Reglamento de Arbitraje del Centro dispone lo siguiente:

“Artículo 42

Decisión sobre los costos del arbitraje

1. Los costos del arbitraje incluyen los siguientes conceptos:

- a) los honorarios y los gastos de los árbitros;
- b) los gastos administrativos determinados por el Centro de conformidad con la Tabla de Aranceles vigente en la fecha de inicio del arbitraje;
- c) los honorarios y los gastos de los peritos nombrados por el Tribunal Arbitral, si los hubiere; y
- d) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

2. El Consejo puede fijar los honorarios de los árbitros en un monto superior o

inferior al que resulte de la Tabla de Aranceles aplicable, si así lo considera necesario, en razón de circunstancias excepcionales que se presenten en el caso.

3. En cualquier momento del arbitraje, el Tribunal Arbitral puede tomar decisiones sobre los costos de pruebas ordenadas por iniciativa propia o sobre los costos legales de una etapa y ordenar su pago. (...)"

226. Asimismo, de conformidad con lo establecido en la Ley de Arbitraje, por ello, es de aplicación el artículo 70 de dicho cuerpo normativo, que dispone lo siguiente:

"Artículo 70: Costos

El Tribunal Arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje.

Los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral.
- b. Los honorarios y gastos del secretario.
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral.
- d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal Arbitral.
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales. (énfasis agregado)".

227. Carolina de Trazegnies Thorne, comentando el artículo 70 de la Ley de Arbitraje, señala una distinción entre costos del arbitraje propiamente dicho y gastos de defensa legal:

"Los costos del arbitraje pueden ser clasificados en dos grandes categorías generales. En primer lugar, los costos del procedimiento arbitral o los costos del arbitraje 'propiamente dichos'. Estos incluyen los honorarios y gastos de los árbitros, los costos administrativos de la institución arbitral u honorarios del secretario, los costos de la entidad nominadora, si la hubiera, y los costos de los peritos designados de oficio por el Tribunal Arbitral. En segundo lugar, pueden identificarse los gastos de defensa de las partes, es decir, los gastos en que cada parte tuvo que incurrir para presentar su caso ante el Tribunal Arbitral. Mediante este listado, el artículo 70 ha incorporado como costos del arbitraje, sujetos a las reglas contenidas en el artículo 73, a ambas categorías. Los conceptos contemplados en los incisos (a) (b) (c) y (d) constituyen costos del procedimiento arbitral o costos del arbitraje 'propiamente dichos', mientras que el inciso (e) se refiere a los gastos de defensa incurridos por las partes (...)²⁵".

228. Asimismo, el numeral 1 del artículo 73 de la Ley de Arbitraje que 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

²⁵ DE TRAZEGNIES THORNE, Carolina. «Comentario al artículo 70 de la Ley Peruana de Arbitraje». En: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. SOTO COAGUILA, Carlos Alberto y BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo (Coordinadores). Tomo II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2010, p. 788.

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" (énfasis agregado).

229. Ahora bien, en relación a los gastos por defensa legal, OSINERGMIN acreditó los gastos incurridos en el presente proceso mediante los siguientes documentos: i) Recibo de honorarios profesionales por la defensa en el presente caso arbitral y orden de servicio por la contratación; y, ii) factura del abogado Mario Castillo Freyre por consulta relacionada a la materia controvertida, cuyo documento se ha acompañado y corre en autos.

230. Por su parte, ETSA presentó su liquidación documentada de los costos incurridos en este arbitraje: i) el monto de los honorarios pactados con los abogados encargados de la defensa de ETSA en este arbitraje ascendió a US\$ 45,000.00 más IGV; ii) la elaboración de la Pericia Contable y su sustentación en audiencia por parte de BDO tuvo un costo total de US\$ 33,220.00 más IGV; iii) para la elaboración del Informe Zusman, ETSA incurrió en un gasto de US\$ 10,000.00, siendo un total de US\$ 88,220.00.

231. De acuerdo a la Ley de Arbitraje en su artículo 73, tiene en consideración 2 circunstancias: (i) El resultado del arbitraje y (ii) la conducta de las partes en el arbitraje. Sobre el primero se refiere a la discreción del Tribunal Arbitral para decidir sobre los costos bajo criterios objetivos que apoyen el criterio de equidad para otorgar a cada parte lo justo, acorde a las circunstancias y, en cuanto al segundo, el Tribunal Arbitral se encuentra en deber de considerar el comportamiento de las partes que hayan colaborado con la resolución oportuna del arbitraje.

232. Ahora bien, el Tribunal Arbitral considera pertinente citar el artículo 42.5 del REGLAMENTO del CENTRO, el cual establece criterios discrecionales al Tribunal Arbitral a fin de decidir sobre la condena de costos arbitrales.

5. Al tomar la decisión sobre costos, el Tribunal Arbitral puede tomar en cuenta las circunstancias que considere relevantes, incluyendo el grado de colaboración de cada parte para que el arbitraje sea conducido de forma eficiente y eficaz en términos de costos y tiempo.

233. Al respecto, atendiendo a lo dispuesto en el REGLAMENTO del CENTRO, así como en la Ley de Arbitraje, el Tribunal Arbitral cuenta con discrecionalidad para determinar los costos del arbitraje.

234. La regla contenida en el primer párrafo del numeral 1 del artículo 73 de la Ley de Arbitraje es que, a falta de acuerdo entre las partes, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida, por tanto, en el presente caso, el tribunal aplicará esta regla. En el presente caso, se tiene que OSINERGMIN es la parte vencida del arbitraje, pues la primera

pretensión principal fue declarada fundada en gran parte, así como su accesoria, y la segunda pretensión fue estimada, así como su accesoria.

235. En tal sentido, bajo la facultad otorgada por Ley que posee el Tribunal Arbitral para fijar los costos y costas del arbitraje; la regla contenida en el primer párrafo del numeral 1 del artículo 73 de la Ley de Arbitraje y el artículo 42.5 del REGLAMENTO del CENTRO, el tribunal estima que corresponde ordenar que OSINERGMIN asuma el 100% de costos y costas del arbitraje.

236. Los costos del arbitraje han sido cubiertos enteramente por ETSA, monto que asciende a S/ 140,533.62 sin IGV, Así, corresponde a OSINERGMIN reembolsarle S/ 140,2,533.62 más IGV.

237. Por otro lado, dado que ETSA ha incurrido en un gasto de su defensa legal ascendente a US\$ 88,220.00 el tribunal dispondrá que OSINERGMIN reembolse US\$ 88,220.00 más IGV.

XI. DECISIONES

238. El tribunal arbitral declara que ha realizado el análisis de los puntos controvertidos establecidos en el presente arbitraje, en función a la valoración de todos los medios probatorios admitidos y actuados por las partes.

239. El tribunal arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos expuestos por las partes y ha examinado todas las pruebas presentadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de la libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43 de la Ley de Arbitraje, y que el sentido de su decisión es el resultado de este análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados.

240. De igual manera, el tribunal arbitral deja constancia que el presente Laudo Arbitral cumple con lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley de Arbitraje que señala que todo laudo debe ser motivado.

DECLARAMOS:

PRIMERO: FUNDADA EN PARTE la primera pretensión principal de la demanda. En consecuencia, ORDENAMOS al ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA – OSINERGMIN pagar a favor de ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.S. 2'146,320 (Dos millones ciento cuarenta y seis mil trescientos veinte soles) correspondiente a los mayores gastos incurridos por este último conforme con el raciocinio contenido en el laudo.

SEGUNDO: FUNDADA EN PARTE la pretensión accesoria a la primera pretensión principal de la demanda. En consecuencia, ORDENAMOS al ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA – OSINERGMIN pagar a

favor de ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.S. los intereses moratorios por el monto indicado en el párrafo anterior, aplicando la tasa de interés legal desde su requerimiento de pago, el 15 de enero de 2021, hasta la fecha efectiva de pago.

TERCERO: FUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda. En consecuencia, DISPONEMOS la reducción de la penalidad aplicada a ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.S. en un cincuenta por ciento (50%) equivalente a US\$ 59, 385.065 (Cincuenta y nueve mil trescientos ochenta y cinco con 65/100 dólares).

CUARTA: FUNDADA la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal de la demanda. En consecuencia, ORDENAMOS AL ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA – OSINERGMIN devolver o pagar a favor de ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.S. US\$ 59, 385.065. (Cincuenta y nueve mil trescientos ochenta y cinco con 65/100 dólares) correspondiente al monto resultante de la reducción de la penalidad ordenada por el Tribunal Arbitral.

QUINTO: FUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda. En consecuencia, ORDENAMOS al ORGANISMO SUPERVISOR DE LA INVERSIÓN EN ENERGÍA Y MINERÍA - OSINERGMIN, reembolse a favor de ESTUDIOS TÉCNICOS S.A.S los siguientes conceptos:

- Por costos del arbitraje la suma de S/ 140,253.62 más IGV.
- Por gastos de defensa legal la suma de US\$ 88,220.00 más IGV.

El presente laudo será notificado a las partes y al Organismo Superior de las Contrataciones del Estado – OSCE- a través del SEACE.

El presente laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes. En consecuencia, firmado, notifíquese para su cumplimiento inmediato.



Ricardo Antonio León Pastor
(Presidente del Tribunal Arbitral)



Gonzalo García Calderón
Moreyra (Árbitro)



Carlos Alberto Soto Coaguila
(Árbitro)