

Lima, 23 de Junio de 2016.

Cargo de Notificación

Destinatario : Ministerio de Salud
Domicilio Procesal : Av. Dos de Mayo N° 590 - San Isidro.
Demandante : Consortio Sesar S.A.C - H & R IBEROAMERICANA
Demandado : Ministerio de Salud

Por medio de la presente se cumple con notificarles la Resolución N° 13 de fecha 20 de Junio de 2016, la misma que contiene el Laudo Arbitral de Derecho. **Fdo. Humberto Flores Arévalo, Árbitro Único y Whitney Hernández Girón, Secretaria.**

Lo que se notifica conforme a ley.


Whitney Hernández Girón
Secretaria Arbitral

Lima, 23 de Junio de 2016

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante:

CONSORCIO SESPASAC - H & R IBEROAMERICANA

En adelante **CONSORCIO SESPASAC - H & R IBEROAMERICANA**, el **DEMANDANTE** y el **CONTRATISTA**.

Demandado:

MINISTERIO DE SALUD

En adelante el **MINSA**, la **ENTIDAD**, y la **DEMANDADA**.

Árbitro Único:

Dr. Humberto Flores Arévalo

Secretaria Arbitral

Srta. Whitney Hernández Girón

RESOLUCIÓN N° 13

Lima, 20 de Junio de 2016.-

VISTOS:

I. ANTECEDENTES

Con fecha 02 de marzo de 2015, se suscribió el Contrato N° 120-2015-MINSA, para la "Contratación del servicio de seguridad y vigilancia nivel institucional de la sede central", entre el Ministerio de Salud, en adelante el MINSA, y CONSORCIO SESPASAC - H & R IBEROAMERICANA

La cláusula Décimo séptima, del Contrato establece lo siguiente:

"Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad

Dr. Humberto Flores Arévalo

previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 177°, 181° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

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

Como consecuencia de las controversias relacionadas con la ejecución del Contrato N° 120-2015-MINSA, para la "Contratación del servicio de seguridad y vigilancia nivel institucional de la sede central", el CONSORCIO SESPASAC - H & R IBEROAMERICANA procedió a remitir la correspondiente solicitud de arbitraje, en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada Décimo séptima del Contrato.

II. DESARROLLO DEL PROCESO

A. Actuación Preliminar del Árbitro Único


1. El 13 de octubre de 2015, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Árbitro Único en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, donde se reunieron la Dr. Humberto Flores Arévalo, en su calidad de Árbitro Único, y un profesional de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales, en representación de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, con el propósito de instalar al Árbitro Único que se encargaría de resolver la controversia.
2. Con fecha 02 de noviembre de 2015, el CONSORCIO SESPASAC - H & R IBEROAMERICANA presentó su escrito de demanda, en el que planteó las siguientes pretensiones:

De la demanda arbitral presentada por CONSORCIO SESPAR SAC - H & R
IBEROAMERICANA

Pretensión Principal:

- 1) Que se deje sin efecto las penalidades impuestas mediante el Memorándum N° 1566-2015 de fecha 12.05.15, notificado mediante Oficio N° 619-2015 de fecha 12.05.15., correspondiente al servicio prestado en el mes de Marzo de 2015.
- 2) Que se deje sin efecto las penalidades impuestas mediante el Memorándum N° 1615-2015 de fecha 15.05.15, correspondiente al servicio prestado en el mes de Abril de 2015.
- 3) Que se ordene el reembolso de S/. 326,566.67 y S/. 193,705.00, relacionados a la factura N° 001-0003 (que fue emitida en reemplazo de la Factura N° 001-0002) y N° 001-0004 respectivamente, más los intereses devengados.

Pretensiones Accesorias:

- 
- 1) Que, se ordene una indemnización ascendente a la suma de S/. 800,000 (Ochocientos Mil y 00/100 Nuevos Soles) por el perjuicio causado.
 - 2) Que, se ordene el pago de las costas y costos del proceso, honorarios del arbitraje, derechos administrativos y demás gastos que genere el presente arbitraje.
 3. Con fecha 06 de noviembre de 2015, mediante Resolución N° 01, el Árbitro Único resolvió admitir a trámite el escrito de demanda presentado por CONSORCIO SESPAR SAC - H & R IBEROAMERICANA, corriéndose traslado al MINSa a fin de que se pronuncie; asimismo, se requirió al Contratista a fin de que cumpla con adjuntar el anexo N° 08 de su escrito de demanda; del mismo modo, se tuvo por cumplido el pago de honorarios a cargo del Contratista, otorgándose un plazo a la Entidad a fin de que realice el pago de honorarios a su cargo.
 4. Mediante escrito presentado por el Contratista de fecha 13 de noviembre de 2015, dicha parte cumple con presentar el anexo ofrecido. Posteriormente, mediante

Resolución N° 02 de fecha 13 de noviembre de 2015, se tuvo por cumplido el requerimiento efectuado mediante resolución N° 01.

5. Posteriormente, la demandada mediante escrito de fecha 20 de noviembre de 2015, cumplió con acreditar el registro del proceso en el SEACE; al respecto, mediante Resolución N° 03 se tuvo por cumplido dicho requerimiento.
6. Mediante escrito de fecha 02 de diciembre de 2015, la Entidad demandada cumple con presentar su escrito de contestación de demanda; al respecto, mediante Resolución N° 04 de fecha 07 de diciembre de 2015, el Árbitro Único tuvo por presentado el escrito de contestación de demanda, y tuvo por cumplido el pago de honorarios a cargo del MINSA. Del mismo modo, en dicha resolución el Árbitro Único citó a las partes a la Audiencia de Conciliación, y Determinación de Puntos Controvertidos, la que se llevaría a cabo el día 8 de enero de 2016, a horas 04:30 p.m., en la sede del arbitraje, y se solicitó a ambas partes.
7. Mediante Resolución N° 05 de fecha 04 de enero de 2016 se dispuso la reprogramación de la Audiencia de Conciliación, y Determinación de Puntos Controvertidos, la que se llevaría a cabo el día 18 de enero de 2016, a horas 4:00 p.m.
8. Así pues, el día 18 de enero de 2016, a horas 04:00 p.m., en la sede del arbitraje, en la fecha y hora establecida, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, y Determinación de Puntos Controvertidos con la asistencia únicamente del MINSA, no pudiendo arribarse a una conciliación; por lo que, se procedió a fijar los puntos controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas. En tal sentido, los puntos controvertidos fueron fijados de la siguiente manera:

De las Pretensiones Principales:

- 1) Determinar si corresponde o no que el Tribunal deje sin efecto las penalidades impuestas mediante el Memorándum N° 1566-2015 de fecha 12.05.15, correspondiente al servicio prestado en el mes de Marzo de 2015.
- 2) Determinar si corresponde o no que el Tribunal deje sin efecto las penalidades impuestas mediante el Memorándum N° 1615-2015 de fecha 15.05.15, correspondiente al servicio prestado en el mes de Abril de 2015.

- 3) De determinar si corresponde que el Tribunal ordene el reembolso de S/. 326,566.67 y S/. 193,705.00 Soles, relacionados a la factura N° 001-0003 y N° 001-0004 respectivamente más los intereses devengados.

De las Pretensiones Principales:

- 1) Determinar si corresponde o no que el Tribunal ordene una indemnización ascendente a la suma de S/. 800,000.00 (Ochocientos Mil y 00/100 Nuevos Soles) por el perjuicio causado.
- 2) Determinar si corresponde o no que el Tribunal ordene el pago de las costas y costos del proceso, honorarios del arbitraje, derechos administrativos y demás gastos que genere el presente arbitraje.
9. Del mismo modo, en dicha diligencia se dispuso admitir a trámite como medios probatorios, los documentos que se señalan en el escrito de Demanda Arbitral, señalados en el acápite V, del punto 1 al punto 8, presentados con fecha 02 de noviembre de 2015, y los documentos que se señalan como medios probatorios presentados por la Entidad.
10. Asimismo, en la citada Audiencia de Conciliación, y Determinación de Puntos Controvertidos se dispuso otorgar a las partes un plazo a fin de que presenten cualquier medio probatorio adicional o precisión que consideren pertinente.
11. Que, mediante Resolución N° 06 de fecha 01 de febrero de 2016, se dejó constancia de que las partes no presentaron medios probatorios adicionales, solicitándose a las partes los alegatos escritos.
12. Que, mediante escrito de fecha 17 de febrero de 2016, el Contratista solicitó se realice una audiencia de ilustración; al respecto, el Árbitro Único mediante resolución N° 07 dispuso dejar sin efecto la resolución N° 06, citándose a las partes a Audiencia de Ilustración para el día 02 de marzo de 2016, en la sede del arbitraje.

Dr. Humberto Flores Arévalo

13. Mediante resolución N° 08 de fecha 29 de febrero de 2016, el Árbitro Único dispuso reprogramar la Audiencia de Ilustración para el día 10 de marzo de 2016, en la sede del arbitraje.
14. Que, mediante escrito de fecha 22 de febrero de 2016, la Entidad presenta sus alegatos escritos, en tal sentido el Árbitro Único dispuso mantener en reserva dichos alegatos.
15. Con fecha 10 de marzo de 2016 se realizó la Audiencia de Ilustración con asistencia de ambas partes, en dicha diligencia se dispuso otorgar a las partes diez (10) días hábiles a fin de que presenten medios probatorios adicionales.
16. Que, el Consorcio, mediante escrito de fecha 28 de marzo de 2016, presenta nuevos documentos; en tal sentido, mediante Resolución N° 10 de fecha 04 de abril de 2016, el Árbitro Único resolvió admitir a trámite los medios probatorios presentados por el demandante, dejando constancia de que el MINSa no presentó documentación alguna. Asimismo, el Árbitro Único dispuso la conclusión de la etapa probatoria, otorgando a las partes un plazo a fin de que presenten sus alegatos escritos.
17. Posteriormente el MINSa y el CONSORCIO SESPAS SAC - H & R IBEROAMERICANA cumplieron con presentar sus escritos de alegatos y conclusiones finales dentro del plazo otorgado; al respecto, mediante Resolución N° 11, este Árbitro Único resolvió tener por absuelto requerimiento efectuado a ambas partes y por presentados los alegatos y conclusiones finales de las partes, señalando fecha para la realización de la Audiencia de Informes orales, la misma que se realizaría el 31 de mayo de 2016, a horas 4:30 pm en la sede del arbitraje.
18. Posteriormente, el día y hora programado se realizó, con asistencia de las partes, la Audiencia de Informes Orales, la misma que se llevó a cabo el día 31 de mayo de 2016, a horas 4:30 pm, en la que además se resolvió fijar el plazo para laudar por un plazo de treinta (30) días.
19. Finalmente, mediante Resolución N° 11, este Árbitro Único resolvió tener por cancelados los honorarios arbitrales a cargo de la Entidad.

III. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

1.- CUESTIONES PRELIMINARES

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

- (i) Que, el Árbitro Único se eligió de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
- (ii) Que, en momento alguno se recusó al Árbitro Único, o se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestos.
- (iii) Que, el demandante presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- (iv) Que, la Entidad fue debidamente emplazada con la demanda y presentó su contestación de demanda dentro del plazo otorgado.
- (v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar oralmente ante el Árbitro Único.
- (vi) Que, de conformidad con las reglas establecidas en el Acta de Instalación del Árbitro Único, las partes han tenido la oportunidad suficiente de plantear el recurso de reconsideración contra cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente proceso arbitral, que se hubiere dictado con inobservancia o infracción de una regla dispuesta, una norma de la Ley, del Reglamento o del Decreto Legislativo N° 1071, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar conforme lo señala la misma Acta de Instalación.
- (vii) Que, el Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos aceptados por las partes.

2.- MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, en el presente caso, corresponde al Árbitro Único determinar lo siguiente en base a los puntos controvertidos fijados en el presente arbitraje.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en

Dr. Humberto Flores Arévalo

cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso, para determinar, en base a la valoración conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el árbitro respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de "Comunidad o Adquisición de la Prueba", las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

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

El Árbitro Único deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado; por lo que, el Árbitro Único deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Árbitro Único tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

¹ **TARAMONA HERNÁNDEZ.**, José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

Adicionalmente debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Árbitro Único, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados.

2.1 POSICIONES DE LAS PARTES

A. POSICIÓN DE CONSORCIO SESPAS SAC - H & R IBEROAMERICANA

Respecto de las pretensiones principales:

El Contratista sustenta su pretensión bajo tres fundamentos, Indicando que en caso se tome en consideración los dos primeros, el Árbitro ya no debería pronunciarse respecto del tercer fundamento.

En relación al primer fundamento, el Contratista señala que la Entidad no cumplido con uno de los parámetros para el ejercicio de la aplicación de penalidades específicamente lo relacionado a la objetividad, en tal sentido señala que el Informe y memorándum que sustentan la aplicación de penalidades no se encuentra motivados y por ende resultan ineficaces. Así, señala el Contratista que mediante opinión del OSCE N° 20-2014 se han establecido los parámetros para la aplicación de penalidades distintas a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, normados en el artículo 166° del reglamento.

Los tres parámetros establecidos en dicha opinión, según el Contratista, se refieren a la objetividad la razonabilidad y congruencia con el objeto de la convocatoria. En relación a la objetividad, el Contratista señala que es de obligatorio cumplimiento del acuerdo señalado en el artículo 43° del reglamento.

El Contratista señala que las penalidades imputadas no gozan del criterio del parámetro obligatorio de objetividad, debido a que no se han motivado de manera clara, detallada y expresar los supuestos incumplimientos de la cláusula décimo tercera del contrato, sino que por el contrario las supuestas faltas cometidas según señala el Consorcio habrían sido expuestas de manera genérica ambigua y subjetiva, lo cual evidentemente vulnera, según indica la demandada, su derecho constitucional

Dr. Humberto Flores Arévalo

y administrativo de obtener de la administración pública un acto debidamente motivado, razón por la cual la penalidad impuesta deviene en nula.

En relación al sustento para la aplicación de la penalidad concerniente al servicio prestado en el mes de marzo, el Contratista señala que fue notificado con el Informe N° 012-2015ASI/MINSA y la nota informativa N° 095-2015 mediante oficio N° 619-2015-OL-OGA-MINSA. El Informe N° 012-2015ASI/MINSA, según señala el Contratista, contiene varias observaciones; sin embargo, en lo que corresponde otras penalidades que son materiales y arbitraje señala: *"Aún falta completar la entrega de carne SUCAMEC, Y sólo dos puestos del turno de noche en la sede central se están cubriendo con arma. Los demás puestos están siendo cubiertos sin arma. La empresa viene tramitando la licencia para los AVP."*

Al respecto, la Contratista señala que los supuestos incumplimientos e infracciones al servicio son de carácter genérico, y que la Entidad ha omitido detallar las razones por las cuales se penaliza, por ejemplo precisar las sedes donde se cometieron las faltas del nombre personal con el horario de inspección y otros detalles además señala que no se ha podido demostrar con ningún documento lo señalado, es decir que solo se cuenta con la versión de la Entidad sin ningún medio de prueba, sin la formalidad respectiva, sin ningún detalle y sin motivación.

Asimismo, señaló el Contratista que esta generalidad por la que se pretende adjudicar un incumplimiento deviene en ineficaz, porque no cumple con los parámetros obligatorios como lo es objetividad y motivación de los actos administrativos. En tal sentido, señala el demandante que esa falta de objetividad se repite en el Memorandum N° 1566-2015 de fecha 12 de mayo de 2015 en el cual se ampara el demandado para aplicar la penalidad y descartar la factura.

El Contratista señala que el Informe N° 012-2015ASI/MINSA no cuenta con una información objetiva y motivada faltando los nombres del personal que supuestamente no cumple con lo consignado en las bases, los días en que ocurrieron las faltas, las sedes en que se produjeron los supuestos incumplimientos, los horarios, el modo en que se produjo la ocurrencia, la persona que estuvo a cargo de la inspección, los medios probatorios adjuntos al Informe de la carta notarial que demuestren las afirmaciones vertidas.

Dr. Humberto Flores Arévalo

Según el Contratista dicha información resulta esencial e indispensable a fin de absolver las imputaciones incoadas, pero que ello no se advierte del Informe N° 12-2015-ASI/MINSA.

Del mismo modo, el Contratista señala que el servicio prestado correspondía al mes de marzo y el Informe N° 012-2015ASI/MINSA fue expedido el 12 de mayo de 2015, es decir un mes y medio después de haber culminado el servicio de marzo.

En relación a las penalidades aplicadas el mes de abril, el Contratista señala que el memorándum N° 1615-2015 de fecha 15 de mayo de 2015, contiene los mismos vicios y omisiones ya descritas en el sentido de no depende manera clara y expresa el y objetiva cuáles son los supuestos vigilantes que generaron la penalidad, los días de ocurrencia las faltas, los horarios, modo o circunstancia de la ocurrencia, la persona que estuvo cargo de la Inspección y los medios probatorios adjuntos al Informe al momento en pago la factura que demuestren las afirmaciones de la Entidad. Por lo expuesto señala el Contratista que resulta justo y razonable que si una Institución toma la decisión de retener una suma dineraria lo mínimo es que sustente de manera completa y detallada lo relacionado dicha retención.

Sobre el segundo fundamento, la Contratista señala que las penalidades señaladas en el memorándum N° 1566-2015, no guardan congruencia con el Informe N° 012-2015ASI/MINSA, por lo tanto ambos documentos mediante el cual se aplica la penalidad deviene ineficaz no pudiendo ser oponible, según señala dicha parte.

El Contratista señala que el memorándum N° 1566-2015 se adjunta la liquidación N° 896-2015 con su respectivo anexo, haciéndose referencia las penalidades que se imputan y que habrían motivado el descuento de la factura N° 001-00002, siendo cuatro las penalidades adjudicadas: "no contar con carnet de la DISCAMEC, no contar con licencia de portar armas, puesto de vigilancia encubierto, y no efectuar visitas de supervisor externo."

Al respecto, el Contratista señala que estos supuestos incumplimientos no guardan relación con el Informe N° 012-2015ASI/MINSA, consecuentemente, Contratista señala que no existe congruencia entre ambos documentos ya que sería descontado de la factura conceptos diferentes a los indicados. El Contratista indica que existe una incongruencia entre el requerimiento levantamiento observaciones Informe 012-

Dr. Humberto Flores Arévalo

2015ASI/MINSA, con el documento que sustenta el descuento de la factura memorándum N° 1566-2015.

Por otro lado, el Contratista señala que la exigencia motivación suficiente de los actos de la Entidad es una garantía de razonabilidad y no arbitrariedad de la decisión administrativa, indicando además que la decisión administrativa debe contar con un razonamiento que no sea aparente y defectuoso, sino que exponga de manera clara lógica y jurídica los fundamentos que la justifican.

En relación al tercer fundamento, el Contratista señala que se debe analizar el Informe N° 012-2015ASI/MINSA, ya que señala que ante el supuesto que la penalidad imputada sea correcta, de acuerdo a la cláusula cuarta del contrato, dicha parte no se encuentra obligada a contar con el carnet de SUCAMEC de ni con licencia para portar armas durante el primer mes de servicio. En tal sentido, el Contratista señala que advirtió a la Entidad de la contradicción entre la cláusula cuarta cláusula décimo tercera del contrato de carta de fecha 14 de abril de 2015.

Al respecto, el Contratista señala que en la cláusula cuarta se hace mención a que los documentos del numeral 2.4 deberían ser entregados recién a los 60 días he suscrito el contrato, es decir a la segundo pago, mientras que la cláusula décimo tercera hace referencia a que se aplicaría la penalidad por no contar con licencia; sin embargo, señala el Contratista que no se precisa que esas penalidades serían ejecutables recién al segundo mes. Al respecto, el Contratista señala que la licencia para portar armas y carnet recién podía ser exigida a los 60 días de suscrito contrato. Del mismo modo, señala que la cláusula cuarta tiene su sustento en la segunda observación de las bases planteadas por la empresa Alfil Security SAC.

Por otro lado, señala el Contratista que la Entidad a través del oficio N° 610-2015 de fecha 11 de mayo de 2016, se puso en su conocimiento el Informe 14-2015 y 15-2015, mediante la cual se señala que no existe contradicción entre ambas cláusulas y que el hecho que no se requiera para el pago, la documentación que sustente la acreditación de contar con los carnets y licencias de armas no exime a la empresa de la obligación de contar con ellas.

Dr. Humberto Flores Arévalo

Asimismo, el Contratista señala que la Entidad con dicha respuesta realiza una interpretación de la cláusula cuarta y décimo tercera lo cual para dicha parte es imposible ya que no cumple con el criterio de objetividad y no subjetividad.

El Contratista señala que es equivocado el análisis e interpretación referida que se debía suponer que desde la firma del contrato se debía contar con los carnets y licencias, ya que si la voluntad de la Entidad era que el personal goce de estos documentos entonces se hubiera consignado ello de manera expresa las bases.

Por otro lado, el Contratista señala que el momento debo absolver la observación 2 se señala *"que el ganador de la buena pro el momento de suscribir el contrato deberá presentar una sola ficha del registro emitido por SUCAMEC, con la relación del personal propuesto y como requisito para el segundo mes de pago, las fichas de cada uno de los vigilantes destacados al MINSA."*

Así el Contratista señala que el Comité especial modificó las bases señalando que para la firma el contrato sólo era necesario una sola ficha con la relación del personal y para el segundo mes de pago recién se debería presentar las fichas de cada vigilante.

Respecto de las pretensiones Accesorias:

En relación a la pretensión indemnizatoria, el Contratista señala que el incumplimiento de pago retrasado por la aplicación de penalidades sin sustento ha traído como consecuencia que no se puede cubrir a tiempo con las remuneraciones de los trabajadores ni de los proveedores, además de las dificultades en el sistema financiero.

Asimismo, indica el Contratista que los proveedores han enviado cartas de requerimiento bajo apercibimiento de denunciarlos penalmente y embargarlos. Del mismo modo, señala el Contratista que la primera factura N° 001-00002 se les descontó casi el 90% del pago y de la factura N° 001-00004 se descontó casi el 60% del pago.

Por otro lado, se debe indicar que el Contratista sustenta su posición indicando la concurrencia de los elementos de la responsabilidad contractual a fin de que proceda la indemnización por daños y perjuicios.

Finalmente, la Contratista señala que la demandada debe asumir los costos y costas del arbitraje pues el proceso se ha iniciado a consecuencia de la aplicación irregular de penalidades.

B. POSICIÓN DE LA ENTIDAD

Respecto de las pretensiones:

En relación a las pretensiones principales, la Entidad señala que la cláusula décimo tercera del contrato señala en forma expresa y objetiva cada una de las penalidades, su aplicación y procedimiento en caso de incumplimiento por el Contratista, las cuales se encuentran en los términos de referencia del referido contrato.

Del mismo modo en la Entidad precisa que las penalidades libremente acordadas en contrato material litis se sustentan en lo dispuesto en los artículos 165° y 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que hacen referencia las penalidades que la Entidad puede aplicar el Contratista.

Así, la Entidad señala que las penalidades impuestas encuentran debidamente sustentadas de acuerdo al Memorandum N° 1566-2015-OL-OGA/MINSA y 1615-2015-OL-OGA/MINSA ambos de fecha 12 de mayo de 2015, e Informes de liquidación N° 896-2015-UAOL-OGA/MINSA y N° 915-2015-UA-OL-OGA/MINSA.

Asimismo, la Entidad precisa que el hecho de que no se requiera para el pago del primer mes la documentación señalada en la cuarta cláusula del contrato que sustenta la acreditación de contar con los carnets y licencias de armas emitidas por la SUCAMEC, no exime la empresa de la obligación de contar con ellas, ni al área de seguridad interna a efectuar la supervisión diaria reportando las penalidades que corresponda aplicar de ser el caso, consiguientemente no existe incongruencia alguna con lo dispuesto en el contrato.

Dr. Humberto Flores Arévalo

M

En relación a la pretensión indemnizatoria, la Entidad indica que la responsabilidad civil es una obligación que recae sobre una persona de reparar un daño que ha causado, indicando pues que no se cumplen los requisitos de conducta antijurídica, el daño causado, relación de causalidad de factor de atribución. Indicando pues que al haberse determinado un incumplimiento por parte del Contratista, dicha parte se vio en la obligación de determinar bajo el supuesto que se encontraba y cuál era la sanción correspondiente, asimismo señala que el daño no fue causado por la Entidad sino por la conducta negligente del Contratista. Del mismo modo, señala la demandada que no hay relación jurídica de causa efecto entre la conducta típica y el daño producido, finalmente señala que no existe culpa, toda vez que las penalidades se encuentran debidamente identificadas y han sido constatadas por el área usuaria por lo que han sido impuestas correctamente.

Por otro lado, la Entidad agrega que en relación a la pretensión accesoria referida al pago de gastos arbitrales reitera los argumentos señalados en la contestación de demanda.

C. POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

EN RELACIÓN AL PRIMER, SEGUNDO Y TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

W

"Determinar si corresponde o no que el Tribunal deje sin efecto las penalidades impuestas mediante el Memorándum N° 1566-2015-OL-OGA/MINSA de fecha 12.05.15, correspondiente al servicio prestado en el mes de Marzo de 2015.

Determinar si corresponde o no que el Tribunal deje sin efecto las penalidades impuestas mediante el Memorándum N° 1615-2015-OL-OGA/MINSA de fecha 15.05.15, correspondiente al servicio prestado en el mes de Abril de 2015.

De determinar si corresponde que el Tribunal ordene el reembolso de S/. 326,566.67 y S/. 193,705.00 Soles, relacionados a la factura N° 001-0003 y N° 001-0004 respectivamente más los intereses devengados."

**Laudo Arbitral de Derecho
Árbitro Único:**

Dr. Humberto Flores Arévalo

Este Árbitro Único analizará de manera conjunta el primer, segundo y tercer punto controvertido, correspondientes a las pretensiones principales pues guardan relación intrínseca.

Las pretensiones principales buscan que el Árbitro Único determine si corresponde o no que se deje sin efecto las penalidades impuestas mediante los Memorándum N° 1566-2015-OL-OGA/MINSA y N° 1615-2015-OL-OGA/MINSA, correspondientes al servicio prestado en el mes de Marzo y Abril de 2015, respectivamente, así como se ordene a la Entidad la devolución de la suma de S/. 326,566.67 y S/. 193,705.00, correspondiente a las retenciones efectuadas por las penalidades que habrían sido injustamente aplicadas a la Contratista.

A fin de resolver el presente punto controvertido, este Árbitro Único considera pertinente establecer si las penalidades y retenciones efectuadas por la Entidad han sido debidamente aplicadas.

Ante ello, corresponde remitirnos a lo estipulado en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato N° 120-2015-MINSA, el cual se refiere a las penalidades. Dicha cláusula a la letra establece lo siguiente:

**Laudo Arbitral de Derecho
Árbitro Único:**

Dr. Humberto Flores Arévalo

CLAUSULA DE OTRO TERCERA PENALIDADES

Si el contratista incurre en el caso de incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato, LA ENTIDAD podrá aplicar las sanciones establecidas en el presente artículo, sin perjuicio de las acciones legales que correspondan al Estado por el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato.

En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se dará por cobrada en el momento de la aplicación.

Penalidad Obliga = 0.10 y 0.15
Por Día y Hora
Por Hora y Día

Dónde P = 0.25 para períodos mayores a sesenta (60) días.

Esta penalidad será deducida de los pagos periódicos del pago final o si fuere necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de Fidejussuramento o del monto diferencial de la propiedad (cuando sea el caso).

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, LA ENTIDAD podrá resolver el contrato por incumplimiento.

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

OTRAS PENALIDADES:

NP	REVLIDAD	APLICACION	PROCESAMIENTO PARA LA EJECUCION DE LA PENALIDAD
FACTORES PERSONAL			
1	Incumplimiento con el tiempo de identificación personal del equipo de desarrollo técnico (EUTEC)	0.1000 por hora por día	
2	Contra los plazos de entrega de los datos	0.1000 por hora por día	
3	No estar en la zona de trabajo	0.1000 por hora por día	Supervisión de los trabajos de desarrollo técnico, personal de desarrollo técnico y personal de desarrollo técnico.
4	Contra los plazos de identificación técnica	0.1000 por hora por día	
FACTORES ADMINISTRATIVOS			
5	Incumplimiento de entrega de la unidad de desarrollo técnico	0.1000 por hora por día	
6	Contra los plazos de entrega de los datos de desarrollo técnico	0.1000 por hora por día	Supervisión de los trabajos de desarrollo técnico, personal de desarrollo técnico y personal de desarrollo técnico.

V1

W

**Laudo Arbitral de Derecho
Árbitro Único:**

Dr. Humberto Flores Arévalo

<p>7. De manera descentralizada al personal mediante el agente volante SUBANSA.</p>	<p>7. 200.00 por hora de trabajo y con remuneración de incentivo de motivación y bienestar de trabajo.</p>	
<p>8. Ocho en agente volante de los turnos nocturnos.</p>	<p>8. Sin ningún costo adicional para el Estado al personal.</p>	
<p>9. Contar a un agente o supervisor del personal que no cuente con el mismo perfil del agente voluntario según los Permisos de Referencia.</p>	<p>9. Solo un agente o supervisor lo sustituirá en cualquier momento.</p>	
<p>10. No recibir visitas de otros supervisores externos.</p>	<p>10. 50.00 por día.</p>	
<p>11. Puestos de vigilancia no cubiertos.</p>	<p>11. 100.00 por hora.</p>	
<p>12. Por fines o medios relacionados que sean consecuencia de los recordatorios no cumplidos o no corregidos por el Contratista.</p>	<p>12. 10% del BDT.</p>	<p>Contratista responsable de los costos de ejecución de los trabajos.</p>
<p>Por no cumplir con la presentación de los documentos para el trámite de pago incluido en el manual de procedimientos de pago de un pago máximo de 3 días de culminado el mes de prescripción del servicio.</p>	<p>5% del monto del contrato.</p>	<p>Verificación de cumplimiento de los requisitos para el trámite de pago de los trabajos de mantenimiento.</p>
<p>No pago de las remuneraciones a su personal (incluye los aportes de contingencias por el trabajador, bonos sociales que por ley son obligados a aportar el empleador, así como otras obligaciones que no forman parte de la responsabilidad de la empresa).</p>	<p>10% del monto BDT del contrato y del costo de ejecución del contrato.</p>	<p>Verificación de los pagos de remuneraciones.</p>
<p>El Coordinador de Seguridad Interna de manera permanente visitará al menos una vez al mes a los agentes voluntarios en el MINSA, la Subgerencia de Salud y el personal de las locales donde se presta el servicio, con el fin de verificar el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo, así como de las condiciones de trabajo y de los recursos humanos. En caso de no cumplir con las normas de seguridad y salud en el trabajo, se aplicará el procedimiento de sanciones establecido en el Manual de Procedimientos de la Subgerencia de Salud y el personal de las locales donde se presta el servicio.</p> <p>Los agentes de seguridad interna de manera permanente en cada sede, visitará al menos una vez al mes a los agentes voluntarios en el MINSA, la Subgerencia de Salud y el personal de las locales donde se presta el servicio, con el fin de verificar el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo, así como de las condiciones de trabajo y de los recursos humanos. En caso de no cumplir con las normas de seguridad y salud en el trabajo, se aplicará el procedimiento de sanciones establecido en el Manual de Procedimientos de la Subgerencia de Salud y el personal de las locales donde se presta el servicio.</p>		

Handwritten marks:
A large 'N' or 'M' symbol on the left margin.
A large 'W' symbol on the left margin.

Teniendo en cuenta lo estipulado por las partes en el Contrato materia de *Litis*, es importante tener en cuenta la forma cómo es que la Entidad aplicó las penalidades. Atendiendo a ello, tenemos que las penalidades según lo establecido en el Contrato serán aplicadas de forma automática por la Entidad, la misma que será deducida de los pagos periódicos que se realicen en favor del Contratista.

Ahora bien, la interposición de penalidades en un contrato de Servicios, como es el caso, y en un contrato en general, genera la liberalidad de quien las impone respecto de la carga de probar un daño efectivo a ser resarcido. Es decir, a diferencia del reconocimiento de los daños y perjuicios, donde será necesario advertir no sólo la causalidad adecuada, sino el acaecimiento efectivo del daño, sin embargo, en la implementación de penalidades en el contrato frente a determinados supuestos de hecho, no será necesario que el beneficiario de las penalidades pruebe la configuración de daño alguno, bastará, pues, que pruebe la ocurrencia de su contraria en el supuesto de hecho que genera la penalidad.

De lo dicho, sin embargo, ¿se debe deducir que las penalidades son situaciones de desventaja favorables a una parte respecto de su contraria al no tener que probar nada en absoluto? Ciertamente no, ya que el contrato es, como hemos indicado, una manera de asignar eficientemente los riesgos, quedando en libertad de las partes pactar la imposición de cuantas penalidades consideren convenientes.

En ese mismo sentido, si bien la beneficiaria con la penalidad se libera de la carga de probar el daño generado, queda claro que ello no significa de ninguna manera que queda exenta de probar la ocurrencia de su contraparte en el supuesto de hecho que genera la penalidad, situación importantísima pues ello es el único elemento causal que genera la imposición de la penalidad, pudiendo su contraparte cuestionar la imposición de la penalidad no por la no generación de daño alguno, sino por la ocurrencia del supuesto de hecho que pretende desencadenarla. Lo contrario significaría un supuesto de imposición irrestricta de penalidades.

Ahora bien, corresponde analizar las penalidades impuestas, las mismas que son las siguientes:

Memorándum N° 1566-2015-OL-OGA/MINSA de fecha 12.05.15 señala:

MEMORANDUM N° 1506-2015-01-00AMINSA

A: OFICINARIA CECILIA GILAO ARAUJO
Directora Ejecutiva de la Oficina de Economía (e)

ASUNTO: LICITACION DE PAGO
CONTRATO SESPAN SAC - H&R IBEROAMERIC

REFERENCIA: ORDEN DE SERVICIO N° 041-2015
CONTRATO N° 120-2015-MINSA
EXPLICENTE N° 15-037302-000

FECHA: Lima, 17 Mayo 2015

Tengo a bien dirigirme a usted, para remitirle adjunto al presente el Informe de Liquidación 2015-01-01-00AMINSA así como copia mecanografiada de la Orden de Servicio N° 041-2015 de la empresa H&R IBEROAMERICANA DE CONSTRUCCIÓN CONSULTORIA Y SERVICIO a fin de solicitarle se sirva disponer el devengado y trámite de pago, por el Servicio de Seguridad y que se detalla a continuación:

O/S	PERIODO	N° FACTURA	IMPORTE S/	USUARIO
041	Del 03 al 31 Marzo 2015	001-00002	383.493.38	SERVICIOS AUXILIARES

Al respecto, empresa contratista ha cumplido con la ejecución del servicio de Seguridad y Vigilancia correspondiente al periodo del 03 al 31 de Marzo, a satisfacción de la Unidad de Servicios A0 según consta en el Acta de Conformidad N° 006-2015-AS-USA-MINSA. No obstante, penalidad, a misma que asciende al importe de S/ 326,566.67 (Nuevos Soles) y que se detalla en el Anexo adjunto.

Por lo expuesto, procede el pago de la Franja N° 001-00002, por el importe de S/ 383,493.38 (Trescientos ochenta y tres mil, cuatrocientos ochenta y tres con 33/100 Nuevos Soles), cancelación de la penalidad impuesta.

Asimismo, la Carta Franja N° 7101810000000000 expedida por MAREFI PERU, permanecerá en custodia en la Oficina de Tesorería, hasta la culminación total del Contrato N° 2015-MINSA.

Agradezco de la atención del presente, me suscribo de usted.

Atentamente,

MINISTERIO DE SALUD
OFICINA GENERAL DE ADMINISTRACIÓN

OFICINA DE ECONOMÍA
DIRECCIÓN GENERAL DE ECONOMÍA Y FINANZAS



Handwritten initials 'WS' on the left margin.

Por su parte el Informe de Liquidación N° 896-2015-UA-OL-OGA/MINSA señala en el numeral 5) referida a la aplicación de penalidad se señala lo siguiente:

"PENALIDAD

En atención al memorándum N° 178-2015-USA-OL-OGA/MINSA emitido por la unidad de servicios auxiliares establece la aplicación de penalidad, la misma que se asciende al importe de S/. 326,566.67 Nuevos Soles y que se detalla en el anexo adjunto."

Ahora bien del anexo denominado aplicación de penalidad según Memorándum N° 178-2015-USA-OL-OGA/MINSA correspondiente al período de servicio del 03 al 31 de marzo de 2015, se advierte que únicamente se indican los siguientes conceptos:

- *No contar con carnet de DISCAMEC,*
- *No contar con licencia portar armas,*
- *Puesto de vigilancia no cubiertos, y*
- *No efectuar visitas del supervisor externo.*

Ahora bien, el Memorándum N° 1615-2015-OL-OGA/MINSA de fecha 15.05.15 señala:

MEMORÁNDUM N° 1615-2015-OL-OGA/MINSA

Señala que en atención al Informe de Liquidación N° 896-2015-UA-OL-OGA/MINSA emitido por la Unidad de Servicios Auxiliares, se establece la aplicación de penalidad por el incumplimiento de los requisitos exigidos en el contrato N° 001-0925, por el valor de S/ 326,566.67 Nuevos Soles.

REQUISITO	PERÍODO	IMPENALIDAD	IMPORTE S/	USUARIO
001	Mar 2015	001-0925	326,566.67	SERVICIOS AUXILIARES

En consecuencia, se establece el importe de penalidad por el incumplimiento de los requisitos exigidos en el contrato N° 001-0925, por el valor de S/ 326,566.67 Nuevos Soles.

Por lo expuesto, se emite el presente Memorándum para que se proceda a la aplicación de la penalidad por el incumplimiento de los requisitos exigidos en el contrato N° 001-0925, por el valor de S/ 326,566.67 Nuevos Soles.

Atentamente, Dr. Humberto Flores Arévalo, Árbitro Único.

Señala que en atención al Informe de Liquidación N° 896-2015-UA-OL-OGA/MINSA emitido por la Unidad de Servicios Auxiliares, se establece la aplicación de penalidad por el incumplimiento de los requisitos exigidos en el contrato N° 001-0925, por el valor de S/ 326,566.67 Nuevos Soles.

Asimismo, el Informe de Liquidación N° 915-2015-UA-OL-OGA/MINSA señala en el numeral 6) referida a la aplicación de penalidad se señala lo siguiente:

"PENALIDAD

En atención al memorándum N° 246-2015-USA-OL-OGA/MINSA emitido por la unidad de servicios auxiliares establece la aplicación de penalidad, la misma que se asciende al importe de S/. 193,705.00 Nuevos Soles y que se detalla en el anexo adjunto."

Al respecto, en el anexo denominado aplicación de penalidad según memorándum N° 246-2015-USA-OL-OGA/MINSA correspondiente al período de servicio del 01 al 30 de abril de 2015, se advierte que únicamente se indican los siguientes conceptos:

- o *No contar con carnet de la DISCAMEC,*
- o *No contar con licencia portar armas,*
- o *Puesto de vigilancia no cubiertos, y*
- o *No efectuar visitas del supervisor externo.*

Efectivamente, luego de revisar los documentos presentados como medios probatorios referidos a la aplicación de penalidad, se advierte fehacientemente que la Entidad NO ha cumplido, en ninguno de sus Informes o Memorándums, con sustentar la aplicación de la penalidad impuesta, únicamente limitándose a indicar que el Contratista ha incumplido con la ejecución del servicio de seguridad y vigilancia. Queda claro que los documentos que sirven de sustento a la Entidad para aplicar las penalidades no se identifica de manera expresa la ocurrencia o supuesto de hecho contenido en la cláusula décimo tercera del Contrato en la que incurrió la Contratista.

Asimismo, se advierte de los anexos denominados aplicación de penalidad por periodos del servicio correspondientes al 03 al 31 de mayo de 2015, y 01 de abril al 30 de abril de 2015, únicamente se establece el concepto de la penalidad, el monto de penalidad, el número de agentes y el número de días; sin embargo, no se confronta dicha información con un acta levantada en los días del ocurrencia del hecho pasible de penalidad, u otro documento que pruebe de manera incontrastable la objetividad de las imputaciones de la Entidad.

Ahora bien, lo referido a las penalidades en materia de contratación pública se ha establecido mediante el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, conforme el propio contrato en su cláusula décimo tercera indica. Al respecto el artículo 165° establece lo siguiente:

"En caso retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad se aplicará al Contratista una penalidad por cada día de retraso, hasta por un monto máximo equivalente al 10% del monto del contrato vigente o de ser el caso del ítem que debió ejecutarse."

De otro lado el artículo 166° del referido Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala lo siguiente:

"En las bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria."

De la revisión de los medios probatorios aportados por las partes, este Árbitro Único advierte que nos encontramos frente a la aplicación de penalidades denominadas en el propio contrato como "otras penalidades"; en tal sentido, este Árbitro Único, a fin de determinar si corresponde o no amparar las pretensiones del Contratista para dejar sin efecto las penalidades impuestas por la Entidad, considera que se debe analizar si dichas penalidades han sido justificadas o no.

En tal sentido, de la revisión de la documentación que obra en el expediente se advierte que la Entidad no ha cumplido con justificar de manera adecuada y motivada las penalidades impuestas, situación que definitivamente no puede ser amparable, sino que a todas luces representa una inadecuada práctica que no puede ser amparada por el derecho.

Como se puede apreciar de la documentación presentada, tanto de los Memorándums, como de los Informes antes aludidos, tenemos que son los únicos documentos que obran en el expediente respecto a la aplicación de las penalidades, que se discuten en el presente análisis.

En ese sentido, de la revisión de los documentos descritos, este Árbitro Único ha podido constatar que si bien mediante las Memorándum N° 1566-2015-OL-OGA/MINSA de fecha 12.05.15 y Memorándum N° 1615-2015-OL-OGA/MINSA de fecha 15.05.15, la Entidad ha procedido con informar a la Contratista la aplicación de penalidades ascendentes a los montos S/. 326,566.67 y S/. 193,705.00, la demandada, sin embargo, no ha cumplido con demostrar en base a qué se han debido tales incumplimientos, basándose solamente en justificar dichas penalidades en los Informes N° 178-2015-USA-OL-OGA/MINSA y N° 246-2015-USA-OL-OGA/MINSA y sus anexos.

En este punto, cabe precisar que del análisis de los Informes mencionados en el párrafo precedente, no se advierte que exista una justificación suficiente para la aplicación de penalidades. Consecuentemente, resulta lógico que al establecer una penalidad, la misma sea debidamente fundamentada, en el presente caso siendo un contrato de servicios para brindar Seguridad y Vigilancia en la Sede Central del MINSA corresponde que se identifique mínimamente la falta cometida por el Contratista, ya que como hemos indicado anteriormente no basta que este contemplada en una cláusula contenida en el contrato.

Ahora bien, se debe indicar que los supuestos bajo los cuales la Entidad penaliza al Contratista², tienen un procedimiento establecido en el propio contrato, dicho procedimiento es el siguiente:

"Supervisión de los agentes de seguridad interna, consignando las observaciones del mes en el FORMATO DE CONFORMIDAD."

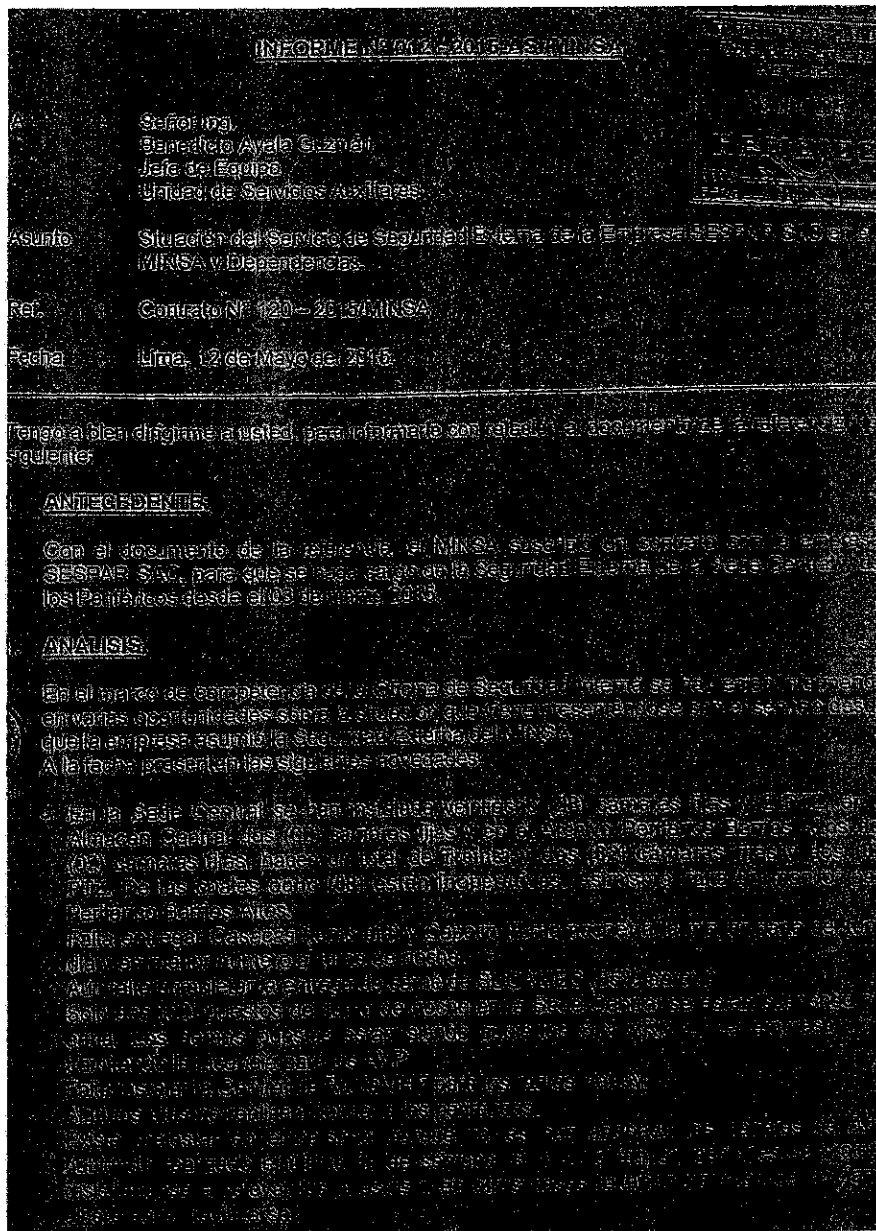
Este Árbitro Único aprecia pues que no se ha cumplido con el procedimiento para la aplicación de la penalidad, toda vez que no se observa la consignación de la ocurrencia en el denominado formato de conformidad, lo que se contradice con lo

² Las penalidades impuestas por la Entidad corresponden a:

- *No contar con carnet de la DISCAMEC,*
- *No contar con licencia portar armas,*
- *Puesto de vigilancia no cubiertos, y*
- *No efectuar visitas del supervisor externo.*

señalado por la Entidad respecto de que el Contratista cumplió con ejecución del servicio de seguridad y vigilancia correspondiente al periodo 03 al 31 de marzo de 2015, y 01 al 30 de abril de 2015, a satisfacción de la Unidad de Servicios Auxiliares.

Por otro lado, se puede apreciar que la Entidad, mediante el Informe N° 012-2015-ASI/MINSA de fecha 13 de mayo de 2015, estableció la situación del servicio de seguridad externa de la empresa Contratista en el Ministerio y sus dependencias, señalando en su análisis lo siguiente:



Como se puede apreciar en el análisis del Informe antes analizado, lo que Seguridad Interna informa sobre el servicio de Seguridad Externa, prestado por el Contratista, corresponden las faltas descritas en dicho documento contenidas en el acápite II análisis; sin embargo, se advierte que únicamente dos (2) de dichas faltas realmente se corresponden los supuestos por los cuales la Entidad aplica las penalidades:

- *Aún faltan completar la entrega del carnet de SUCAMEC (0.5% APROX)*
- *Sólo dos puestos del turno de noche en la sede central se están cubriendo con arma. Los demás puestos están siendo cubiertos sin arma. La empresa viene tramitando la licencia para los AVP.*

Al respecto, Este Árbitro Único de precisar que en primer lugar en el referido Informe N° 012-2015-ASI/MINSA de fecha 13 de mayo de 2015, no se adjunta algún medio probatorio que demuestre de manera fehaciente las faltas advertidas, y por otro lado se puede apreciar que no se hace referencia alguna a los supuestos denominados:

- *Puesto de vigilancia no cubierto y*
- *No efectuar visitas del supervisor externo.*

Tomando en consideración lo indicado en el análisis precedente, este Árbitro Único no podría establecer con certeza absoluta los incumplimientos señalados por la Entidad respecto de las obligaciones del Contratista establecidas en el Contrato.

En ese sentido, la Entidad no ha cumplido con sustentar los conceptos por los cuales impone las penalidades, es decir la Entidad NO ha establecido mínimamente la identificación del agente de seguridad que cometió la falta (denominadas faltas del personal), en qué turno se produjo el hecho, y mucho menos se puede apreciar un registro formal de los supuestos de aplicación de penalidad.

En consecuencia, de acuerdo a lo expuesto, la cláusula penal establecida en el contrato no dispensa a la Entidad de demostrar o probar que la Contratista ha incumplido con sus obligaciones en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato de servicios; por lo que al no haber la Entidad demostrado fehacientemente

que la Contratista incumplió con no contar con carnet de la DISCAMEC³, no contar con licencia portar armas, puesto de vigilancia no cubiertos, y no efectuar visitas del supervisor externo, no correspondería que se aplique las penalidades a la Contratista.

En este punto resulta conveniente hacer referencia debida motivación de los actos administrativos y criterios de objetividad; al respecto, podemos advertir que el contrato suscrito tiene como característica principal la relación jurídica entre el Estado y el Privado, que es propiamente el documento que contiene el acuerdo (Contrato Administrativo); dicho contrato tiene como objetivo la prestación de un servicio; la cual es ejecutada por un privado, el cual recibe una contraprestación.

En tal sentido, dado que la Ley ha establecido una formalidad definida para que la Entidad manifieste su voluntad, se entiende que esta debe estar enmarcada en una determinada estructura *ad solemnitatem*, dado que conforme al Principio de Legalidad, que debe regir en todas las instituciones públicas, las actuaciones administrativas no pueden ser emitidas de manera ilimitada.

Consecuentemente, en aplicación del principio de legalidad, debemos preguntarnos en primer orden si ¿La declaración de voluntad de la Entidad por medio de la cual decide aplicar penalidades cumple con los requisitos establecidos para declarar su validez?

En primer lugar, debemos señalar que las manifestaciones de voluntad de las partes difieren entre un acto administrativo o un acto jurídico, dependiendo de la naturaleza jurídica de la parte quien emite el acto, lo cual en el presente caso resulta trascendental pues permitirá al Árbitro advertir si la manifestación de voluntad de la Entidad emitida en los Memorandums, es válida o no. Es decir, si la manifestación

³ La Dirección de Control de Servicios de Seguridad, Control de Armas, Munición y Explosivos de Uso Civil - DICSCAMEC, mediante Decreto Legislativo N° 1127, publicado el 07 de diciembre de 2012, dio pie a la creación de la hoy Superintendencia Nacional de Control de Servicios de Seguridad, Armas, Municiones y Explosivos de Uso Civil - SUCAMEC, como un organismo técnico especializado, adscrito al Ministerio del Interior, con autonomía administrativa, funcional y económica, encargado de, entre otros, controlar, administrar, autorizar, capacitar, supervisar fiscalizar, normar y sancionar las actividades en el ámbito de los servicios de seguridad privada, fabricación y comercio de armas, municiones y conexos, explosivos y productos pirotécnicos de uso civil.

de voluntad es realizada por un privado, no cabe duda que la validez de su acto debe evaluarse conforme a lo requisitos de validez del acto jurídico; sin embargo nos encontramos frente a un escenario diferente. Entonces, ¿ello quiere decir que la manifestación de voluntad de la Entidad es siempre un acto administrativo, y de ser ello así, implica que el Contrato que se celebre sobre la base de un acto administrativo se rige bajo el amparo de la Ley 27444, dejando de lado la LCE y el RLCE?

Al respecto, la doctrina del derecho administrativo actualmente postula la teoría de la unicidad de los actos administrativos (no diferencia entre actos administrativos y actos de la administración, pues postula que estos últimos también tienen una finalidad pública aunque indirecta), y aun cuando no se comparta dicha postura moderna seguida por CASSANE por ejemplo, no cabe duda que aquella decisión de la Entidad de aplicar una penalidad –en el peor de los casos- correspondía a un acto administrativo.

Dicho esto, no cabe duda que la decisión en sí misma de la Entidad de aplicar penalidades es un acto administrativo contractual, por lo que el mismo debe contener los requisitos de validez establecido en la Ley 27444, la cual en su artículo 3, establece lo siguiente:

"Artículo 3.- Requisitos de validez de los actos administrativos

1. *Competencia:...*
2. *Objeto o contenido del contrato:...*
3. *Finalidad Pública:...*
4. *Motivación: El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.*
5. *Procedimiento Regular:..."*

Como se puede advertir, para el caso de aplicar penalidades, la normativa aplicable – de acuerdo a las características interpretativas y condiciones contractuales establecidas -, es decir el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, ha establecido como formalidad que el pronunciamiento de la Entidad se encuentre debidamente motivado.

En el presente caso, lo cierto y verificado por este Árbitro - de la evaluación de las penalidades- es que la Entidad no siguió el procedimiento establecido en la norma, debiendo precisarse que la motivación establecida es deficiente por los motivos señalados precedentemente.

Por lo tanto, debido a la falta de motivación y criterio de objetividad para la aplicación de penalidades este Árbitro Único declara FUNDADA la primera pretensión principal, disponiendo dejar sin efecto las penalidades impuestas mediante el Memorándum N° 1566-2015-OL-OGA/MINSA de fecha 12.05.15, correspondiente al servicio prestado en el mes de Marzo de 2015.

M
Del mismo modo, este Árbitro Único declara FUNDADA la segunda pretensión principal disponiendo dejar sin efecto las penalidades impuestas mediante el Memorándum N° 1615-2015-OL-OGA/MINSA de fecha 15.05.15, correspondiente al servicio prestado en el mes de Abril de 2015.

Consecuentemente, queda pendiente analizar si corresponde el reembolso de los montos retenidos a la Contratista de las facturas.

W
Al respecto, se aprecia que la Entidad retiene los montos ascendentes a S/. 326,566.67 y S/. 193,705.00 Soles de las facturas N° 001-0003 y N° 001-0004 respectivamente por la aplicación de las penalidades impuestas mediante el Memorándum N° 1566-2015-OL-OGA/MINSA de fecha 12.05.15, y Memorándum N° 1615-2015-OL-OGA/MINSA de fecha 15.05.15; consecuentemente, y habiéndose determinado dejar sin efecto dichas penalidades corresponde amparar la tercera pretensión principal.

Por otro lado, respecto al cálculo de los intereses correspondientes, este Árbitro Único deberá determinar si corresponde declarar o no el pago de los respectivos intereses legales y la fecha desde que deberán computarse.

Para ello, resulta pertinente citar a los doctores Felipe Osterling Parodi y Mario Castillo Freyre⁴:

⁴ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. "Compendio de Derecho de las Obligaciones". Lima: Palestra Editores, p.517.

"(...) Debe quedar claro que el pago de intereses es susceptible de aplicarse a todo tipo de deudas, entiéndase: deuda pecuniaria o dineraria y deuda no pecuniaria o de valor (...).

De este modo, no la naturaleza de la obligación principal, ni el objeto de su prestación, constituyen óbice para el cobro de los intereses". (El subrayado es nuestro)

En el caso materia de la controversia, se ha determinado que la Entidad debe pagar a favor del Contratista, la suma por concepto por concepto de reembolso de S/. 326,566.67 y S/. 193,705.00 Soles, generado por las penalidades que han sido dejadas sin efecto.

Es decir, se ha determinado que la Entidad tiene una deuda a favor del Contratista, la cual consiste en un pago a favor de éste, producto del reembolso por penalidades. Por tal motivo, encontrándonos frente a una deuda que debe ser cancelada, corresponde declarar que el Contratista tiene derecho también a percibir los respectivos intereses.

Al respecto, el ordenamiento peruano ha establecido dos tipos de intereses: el interés compensatorio y el moratorio. El primero se da cuando se constituye la contraprestación por el uso del dinero o de cualquier otro bien. En cambio, el interés es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago, conforme a lo dispuesto en el artículo 1242º del Código Civil.

Al respecto, Fernández Fernández señala:

"(...) los intereses moratorios vienen a ser aquellos que constituyen la manera de indemnizar supletoriamente al acreedor por el cumplimiento tardío de la obligación pecuniaria por parte del deudor, cubriéndose de esta manera los daños y perjuicios ocasionados precisamente por efectos de la mora en el pago"⁵.

⁵ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, César, "Interés por Mora". En: Código Civil Comentado: comentan 209 especialistas en las diversas materias del derecho civil. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p. 418.

Dr. Humberto Flores Arévalo

Y quien fija la tasa de interés legal es el Banco Central de Reserva del Perú, de conformidad con el artículo 1244° del Código Civil.

Finalmente, corresponde determinar la fecha desde la que se deberá computar los intereses moratorios. Para ello, y siendo que los intereses a los que hacemos alusión, se tratan de intereses por mora, se deberá determinar desde cuando la Entidad incurrió en mora. En ese sentido, se advierte que las partes no han pactado nada al respecto; sin embargo, tenemos el artículo 1334° del Código Civil que dispone que:

"En las obligaciones de dar suma de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda (...)"

Asimismo, la Octava Disposición Complementaria del Decreto Legislativo 1071 establece:

"Para efectos de lo dispuesto en los artículos 1334° y 1428° del Código Civil, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje".

De lo expuesto, se desprende que los intereses moratorios para cuyo cálculo se aplicará la tasa de interés legal, se deberán computar a partir de la fecha en que la Entidad haya recepcionado la solicitud para someter a arbitraje la controversia por parte del Contratista.

En tal sentido, los intereses legales a favor del Contratista, deben computarse en base al monto adeudado por concepto de retenciones de las facturas N° 001-0003 y N° 001-0004, y desde la solicitud de inicio de arbitraje.

En tal sentido, este Árbitro Único declara FUNDADA la tercera pretensión principal, disponiendo el reembolso de S/. 326,566.67 y S/. 193,705.00 Soles, relacionados a la factura N° 001-0003 y N° 001-0004, por concepto de retenciones efectuadas por las penalidades injustamente aplicadas por la ENTIDAD, más los intereses legales correspondientes que se computaran desde la presentación de la solicitud arbitral hasta la fecha efectiva de pago.

EN RELACIÓN A LA PRETENSIÓN ACCESORIA

"Determinar si corresponde o no que el Tribunal ordene una indemnización ascendente a la suma de S/. 800,000 (Ochocientos Mil y 00/100 Nuevos Soles) por el perjuicio causado."

Cabe precisar que estamos frente a una pretensión accesoria, es decir, que al declararse fundada la pretensión principal se ampara también la accesoria, en ese sentido el artículo 87º del Código Procesal civil señala:

"Artículo 87.- Acumulación objetiva originaria.-

*La acumulación objetiva originaria puede ser subordinada, alternativa o accesoria. Es subordinada cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada; es alternativa cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir; **y es accesoria cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás.**" (El resaltado y subrayado es nuestro).*

De acuerdo al citado artículo y, estando a que la presente pretensión depende del análisis del primer, segundo y tercer punto controvertido de la demanda, respecto de los cuales el Árbitro Único declaró fundadas dichas pretensiones, corresponde consecuentemente, que el Árbitro Único declare fundado el presente punto controvertido.

Sin perjuicio de lo indicado en el párrafo precedente, este Árbitro Único considera necesario analizar la naturaleza de la pretensión solicitada por el Consorcio a fin de determinar con certeza absoluta si realmente corresponde o no pago alguno por concepto de indemnización.

La Responsabilidad Civil, así como todas las fuentes de las obligaciones, pueden tener dos orígenes inmediatos: contractual o extracontractual. Si bien es cierto que las fuentes de las obligaciones en ambos casos son diferentes, de realidades diversas y de perspectivas diversas, no es menos cierto que la teoría de la responsabilidad es

una sola y que la finalidad en ambos casos es obtener la reparación económica de los daños que han sido efectivamente causados por un agente determinado.

Los elementos que configuran tanto la responsabilidad extracontractual como la responsabilidad contractual, tienen rasgos similares, tomando en cuenta que ambas figuras de responsabilidad civil suponen la búsqueda de la reparación de los daños irrogados en razón de una conducta inadecuada o ilícita que produce este efecto dañoso. Así pues, los elementos que configuran la responsabilidad son: (i) la imputabilidad; (ii) la ilicitud o antijuricidad; (iii) el factor de atribución; (iv) el nexo causal; y (v) el daño.

Sin perjuicio de lo antes indicado, mientras que la responsabilidad contractual supone el solo incumplimiento de un pacto preexistente y contenido en un contrato, convenio o acuerdo para que opere, en el supuesto de la responsabilidad civil extracontractual sólo será necesaria la generación del daño con dolo o culpa para lograr el reconocimiento del resarcimiento.

En relación al elemento (i), esto es "la imputabilidad", el mismo está referido a la capacidad de un determinado sujeto, persona natural o jurídica, de poder ser responsable o imputable del daño que ocasione; es decir, en este elemento se toma en cuenta la capacidad de la persona (jurídica en este caso) de poder responder ante el daño que se le imputa y por el que se pretende que responda, puesto que, independientemente de que causare o no un daño, si es que dicha persona por su capacidad no le es atribuible el resarcimiento, entonces no merece que se prosiga con el análisis de los demás elementos antes indicados.

Cabe preguntarnos, en este caso, ¿La Entidad presenta una condición por la cual, según lo establecido en el Código Civil, pueda ser considerada como una persona jurídica incapaz?; la respuesta es no, es decir, no hay ninguna causal por la que, en el supuesto de haberse configurado un daño, el mismo no pueda imputársele a la Entidad; por lo que, el primer elemento configurativo de la *Responsabilidad Civil* se cumple.

En relación al elemento signado con el punto (ii), esto es la licitud o antijuricidad, Lizardo Taboada⁶ señala lo siguiente:

"Modernamente existe acuerdo en que la antijuricidad, o mejor dicho, que una conducta es antijurídica no sólo cuando contraviene un norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico (...)"

Entonces, el comportamiento dañoso generador de responsabilidad civil constituye un hecho antijurídico, entendiendo este último concepto como la contravención del ordenamiento jurídico que lesiona sin causa justificada la esfera jurídica ajena (o también denominado antijuricidad). Sin embargo, como se puede deducir, no todo hecho antijurídico genera la imputación de responsabilidad civil, pues existen el caso fortuito o la fuerza mayor, que son causas eximentes de responsabilidad, conforme a lo establecido en el artículo 1972° del Código Civil.

En el presente caso, el daño alegado por el demandante (el cual analizaremos a cabalidad más adelante) deviene de una conducta antijurídica o acto dañoso, el cual consiste en la aplicación de penalidades sin causa justificada, asimismo, el hecho que produjo la consecución del daño (que se alega ha ocurrido) no se debió a un caso fortuito o fuerza mayor, lo que no permitiría eximir de responsabilidad a la Entidad.

Asimismo, el artículo 1971° del Código Civil, el cual señala las causales de exoneración de la *Responsabilidad Civil*, establece lo siguiente:

"Artículo 1971°.- Inexistencia de Responsabilidad:

No hay responsabilidad en los siguientes casos:

- 1. En el ejercicio regular de un derecho.*
- 2. En legítima defensa de la propia persona o de otra en salvaguarda de un bien propio o ajeno.*
- 3. En la pérdida, destrucción o deterioro de un bien por causa de la remoción de un peligro inminente, producidos en estado de necesidad, que no exceda lo indispensable para conjurar el peligro*

⁶ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2ª Ed., p32.

y siempre que haya notoria diferencia entre el bien sacrificado y el bien salvado. La prueba de pérdida, destrucción o deterioro del bien es de cargo del liberado del peligro."

Al respecto, habiendo ya analizado el cumplimiento del elemento denominado "antijuricidad", producido por la Entidad, persona jurídica con capacidad plena para atribuirle la consecuencia derivada de su hecho dañoso, sería posible que dicha parte se eximiese de responsabilidad si es que su actuar se encuentra en uno de los tres (3) casos señalados por el citado artículo 1971º; sin embargo, como se puede ver de la revisión de los antecedentes del presente proceso, el acto realizado por la Entidad no estuvo inmerso en ninguna de las tres (3) causales descritas, lo cual se verifica con la circunstancia por la que la Entidad aplica injustificadamente las penalidades; por lo que no es posible, hasta ahora, eximirlo de un posible daño causado.

En relación al elemento (iii), el factor de atribución, es el elemento que nos va a indicar en función a qué es responsable, en este caso, la Entidad, y sobre el particular debemos analizar si nos encontramos ante un factor de atribución objetivo o subjetivo.

Al respecto, atendiendo a lo que la doctrina señala en base a cada uno de los elementos precitados, es claro que no nos encontramos frente a un supuesto de responsabilidad objetiva, por lo que el mencionado factor de atribución debe estar provisto de atributos subjetivos o intencionales, tales como el dolo o la culpa.

En este caso en concreto, la Entidad aplico penalidades sin causa justificada, configurándose por ende un actuar doloso de parte suya, haciendo ello que este elemento configurativo de la *Responsabilidad Civil* también está acreditado.

En relación al punto (iv), o nexos causal, Lizardo Taboada⁷ Córdova señala lo siguiente:

"En lo relativo a la relación de causalidad, la misma es un requisito de toda responsabilidad civil, pues si no existe una relación jurídica de

⁷ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2ª Ed., p35.

causa efecto entre la conducta típica o atípica y el daño producido a la víctima, no habrá responsabilidad de ninguna clase"

Asimismo, el artículo 1321° del Código Civil señala:

"Artículo 1321°.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. (...)."

En otros términos, para que la responsabilidad civil proceda, deberá existir un nexo causal entre el hecho del incumplimiento y el daño producido; es decir, y a diferencia de lo establecido en el artículo 1985° del Código Civil (que regula la causa adecuada), para cuestiones de inejecución de obligaciones el precitado artículo 1321° regula la denominada causa próxima.

En relación con la consecuencia inmediata, Compagnucci de Caso⁸ señala lo siguiente:

"El entendimiento de lo que significa "consecuencia inmediata" aparece con mayor sencillez y se vincula a lo que dispone el Art. 901 del Código Civil. Es lo que acostumbra a suceder según el curso normal y ordinario de las cosas. El mismo Vélez Sársfield en la nota al Art. 520 así lo confirma. En el supuesto del incumplimiento contractual, que estamos analizando, sería la derivada del propio incumplir, ya que se encuentra vinculado a otro hecho ajeno extraño al mismo contrato. La relación de inmediatez se da entre lo prometido en la convención y el incumplimiento".

En este caso en concreto y de lo desarrollado hasta este punto, siendo que el daño alegado se produjo a partir la aplicación de penalidades por parte de la Entidad, se concluye que el actuar doloso de la Entidad fue la causa directa de la producción del daño alegado, esto es, fue la causa inmediata y directa de la producción del mismo.

⁸ COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén. *La Responsabilidad Civil y Relación de Causalidad*. Editorial Astrea; Bs. As; 1984, p. 197.

Por último, en relación al punto (v), es decir en relación al daño, debemos precisar que la determinación del mismo tiene diversas acepciones. En efecto, Guillermo Cabanellas⁹ lo define como "el detrimento, perjuicio o menoscabo que se recibe por culpa de otro en la hacienda o persona. El daño puede causarse por dolo o malicia, por culpa o por caso fortuito".

En el mismo sentido, Ferri¹⁰ precisa aún más el concepto, al establecer que:

*"(...) el daño no puede ser entendido como la lesión de un interés protegido, por cuanto ello resulta equívoco y substancialmente impreciso. **El daño más bien incide en las consecuencias, aquellos efectos negativos que derivan de la lesión del interés protegido (...)**". (Subrayado y sombreado nuestro).*

De lo expuesto, podemos concluir en que el daño se genera por los actos ilícitos o antijurídicos que sobrepasan los límites de sus propios derechos, avasallando los de los demás y por las consecuencias que ellos producen en la esfera del afectado. A estos actos debemos denominarlos como comportamiento dañoso.

Pues bien, conforme se ha indicado al inicio del análisis del presente punto controvertido, siendo que estamos bajo la figura del reconocimiento de daños y perjuicios es necesario que la parte accionante, el demandante, sea quien pruebe debidamente la consecución de los mismos, siendo de su exclusiva responsabilidad la carga de la prueba.

Ahora bien, los autores Osterling y Castillo¹¹, definen el daño emergente y al lucro cesante conforme a lo siguiente:

"En primer lugar, cabe señalar que el artículo bajo análisis es aplicable al ámbito de la responsabilidad contractual (...) La distinción clásica

⁹ CABANELLAS, Guillermo. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*. 1ª Ed. Editora Atalaya, p. 152

¹⁰ FERRI, G.B. Citado por ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *El Tratamiento de los Derechos de la Persona en el Código Civil Peruano de 1984*. 2ª Ed., p. 273.

¹¹ OSTERLING PARODI, Felipe y CASTILLO FREYRE, Mario. *Compendio de Derecho de las Obligaciones*. Lima. Palestra Editores, 2008. Pág. 865 y 867.

entre daño emergente (damnum emergens) y lucro cesante (lucrum cessans) está dada por la disminución del patrimonio en el primero, y por la privación del aumento o por la supresión de la ganancia esperada esperable en el segundo. Así, el daño emergente se traduce en el empobrecimiento del factor económico actual del patrimonio del sujeto. De ahí que la doctrina no duda en señalar que viene constituido por el perjuicio efectivamente sufrido. El lucro cesante, por su parte, es la frustración traducida en un empobrecimiento patrimonial (...). Ambos elementos – el daño emergente y el lucro cesante – son comprendidos en la indemnización en sí, sin los cuales ésta no alcanzaría su fin, el mismo que consiste en colocar al perjudicado o a la víctima en la misma situación que si la obligación hubiera sido ejecutada”.

Asimismo, el autor Rioja Bermudez¹², sobre la diferencia entre el daño emergente y el daño lucro cesante, precisa lo siguiente:

"La diferencia entre ambos conceptos radica en que mientras el daño emergente es el «egreso patrimonial», el «desembolso», el lucro cesante es el «no ingreso patrimonial», el «no embolso», la pérdida sufrida», la «ganancia frustrada»."

Ahora bien, el daño emergente es la pérdida patrimonial realmente sufrida, al respecto, este Árbitro Único advierte que el Contratista sustenta el daño señalando que la Junta de Accionistas de la empresa H&R Iberoamericana, que es una empresa que forma parte del Consorcio, aprueba otorgar en calidad de préstamo del señor Hans Heysen Arévalo (socio de la citada empresa) la suma de US\$ 92,045.00 dólares americanos, y del señor Gorky Ramírez (también socio de la citada empresa) la suma de S/. 250,000.00 soles, a fin de servir de garantía líquida y obtener la carta fianza de fiel cumplimiento, y para pagar la Comisión de la emisión de la carta fianza provisional o sueldos de trabajadores por el mes de marzo 2015, y de las compras necesarias para la ejecución del contrato, respectivamente.

Al respecto, este Árbitro Único advierte que se han suscrito los Contratos de Mutuo por los montos indicados, sin perjuicio de ello, dichos documentos carecen de valor

¹² <http://blog.pucp.edu.pe/item/89441/lucro-cesante>

Dr. Humberto Flores Arévalo

probatorio que sustente el elemento que configura la responsabilidad civil: "daño", ya que en primer lugar dichos contratos NO han sido refrendados por Notario público, que certifique la fecha de suscripción, sin perjuicio de ello, el mutuatario no es el Consorcio, sino la empresa H&R Iberoamericana, es decir que el préstamo de dinero se realiza a una empresa consorciada y no al mismo Consorcio.

Del mismo modo, conforme la propia Contratista indica, tanto el señor Hans Heysen Arévalo como el señor Gorky Ramírez Castellares son socios de la empresa H&R Iberoamericana, por lo que NO se configura daño ya que el beneficio corresponde a los dos únicos socios de la mencionada empresa consorciada, de conformidad con lo señalado en el acta de Junta General de Accionistas presentada como medio probatorio; finalmente, se advierte también que NO existe medio probatorio alguno que certifique de manera fehaciente el desembolso de los montos señalados.

Este Árbitro Único ha podido verificar únicamente un documento de transferencia que consigna como remitente (Sender) a Blanca F. Beaumont, desde la cuenta de nombre B&B Capital Management LLC a la cuenta receptora de MAPFRE PERÚ Compañía de Seguros por el monto de US\$ 92,045.00 dólares americanos; sin embargo, en dicho documento no se establece de manera expresa que la transferencia se haya realizado a fin de garantizar la carta fianza y o el objeto del Contrato.

Por otro lado, la garantía de fiel cumplimiento, de acuerdo a la Ley y Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, es una obligación contenida en el Contrato a cargo única y exclusivamente del Contratista, por disposición obligatoria de la citada norma, en tal sentido, debe considerarse como una obligación previa, cuyo mantenimiento es obligación exclusiva de la Contratista.

Por otro lado, la propia Contratista indica las facturas impagadas de la empresa MG TRADING SAC únicamente se encuentran pendientes de pago, no habiéndose iniciado ningún proceso judicial y por tanto NO se ha generado daño alguno, siendo además obligación del Contratista la adquisición de los elementos que faciliten el objeto del contrato.

Asimismo, de la revisión de la documentación presentada por el Contratista, no se aprecia ningún documento que acredite el cálculo llevado a cabo, que arrojaría la suma de S/. 800, 000.00 nuevos soles como monto de indemnización, ello se debe,

a que el daño invocado no ha sido debidamente acreditado por el Consorcio. En vista de ello, no es posible que se le reconozca monto alguno por indemnización por daños y perjuicios al Contratista.

En consecuencia, corresponde que el Árbitro Único declare INFUNDADO el presente punto controvertido, correspondiente a la primera pretensión accesoria de la demanda arbitral, por las razones expuestas en los párrafos precedentes.

EN RELACIÓN AL PUNTO CONTROVERTIDO COMÚN

"Determinar si corresponde o no que el Tribunal ordene el pago de las costas y costos del proceso, honorarios del arbitraje, derechos administrativos y demás gastos que genere el presente arbitraje."

Al respecto, cabe indicar que el artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, establece que: *"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"*.

En ese sentido, se aprecia que los conceptos solicitados por el CONSORCIO SESPAR SAC - H & R IBEROAMERICANA establecidos en la segunda pretensión accesoria de la demanda, corresponden a los costos que se han incurrido por la tramitación del presente arbitraje; con lo que, este Árbitro Único procederá a emitir un único pronunciamiento respecto a las costas y costos que han derivado por las actuaciones efectuadas en el presente arbitraje.

Así, es necesario recordar que el numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en su artículo 70°. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° de la citada ley señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el

Dr. Humberto Flores Arévalo

convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Es el caso que en el convenio arbitral contenido en el Contrato, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso arbitral; por lo que, corresponde que el Árbitro Único se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

En tal sentido, considerando el resultado del arbitraje, el cual que si bien es cierto no puede afirmarse que existe una "parte ganadora", en vista de que la aplicación de penalidades ha sido dejada sin efectos mediante el presente laudo, y atendiendo a que la Contratista tuvo motivos suficientes y atendibles para litigar habida cuenta de que debía defender sus pretensiones en la vía arbitral, este Árbitro Único considera conveniente, tomando en cuenta el resultado del arbitraje y las pretensiones amparadas, que la Entidad cancele en una proporción mayor los honorarios arbitrales.

En ese sentido, se dispone que la Entidad asuma el 70% de los honorarios arbitrales totales; por su parte el Consorcio asumirá el 30% restante. Consecuentemente, y siendo que los honorarios arbitrales totales ascienden a S/. 10,050.00 correspondiente al Árbitro Único, y S/. 5060.00 correspondiente a la Secretaría Arbitral, es decir S/. 15,110.00; corresponde disponer que la Entidad cancele a favor de la Contratista el 70% del total de los gastos arbitrales, es decir que por concepto de gastos arbitrales derivados del proceso, S/. 3,022.00 ya que ambas partes han cancelado sus honorarios.

Asimismo, se debe precisar que el patrocinio de abogados y representantes de cada parte deben ser asumidos por éstas de manera exclusiva e independiente. Por lo tanto, este Árbitro Único resuelve que los honorarios arbitrales reflejen el resultado del proceso arbitral. Precisándose que los gastos arbitrales derivados de la defensa y patrocinio de abogados y representantes de cada parte deben ser asumidos por éstas de manera exclusiva e independiente.

IV. DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

PRIMERO.- DECLÁRESE FUNDADA la primera pretensión principal de la demanda; en consecuencia, **DÉJESE SIN EFECTO** las penalidades impuestas mediante el Memorándum N° 1566-2015-OL-OGA/MINSA de fecha 12.05.15, correspondiente al servicio prestado en el mes de Marzo de 2015.

SEGUNDO.- DECLÁRESE FUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda; en consecuencia, **DÉJESE SIN EFECTO** las penalidades impuestas mediante el Memorándum N° 1615-2015-OL-OGA/MINSA de fecha 15.05.15, correspondiente al servicio prestado en el mes de Abril de 2015.

TERCERO.- DECLÁRESE FUNDADA la tercera pretensión principal de la demanda; en consecuencia, **ORDÉNESE** a la Entidad el reembolso de S/. 326,566.67 y S/. 193,705.00 Soles, relacionados a la factura N° 001-0003 y N° 001-0004 a favor de la Contratista, por concepto de retenciones efectuadas por las penalidades aplicadas, más los intereses legales correspondientes que se computaran desde la presentación de la solicitud arbitral hasta la fecha efectiva de pago.

CUARTO.- DECLÁRESE INFUNDADA la primera pretensión accesoria de la demanda, por las razones expuestas en los considerandos pertinentes del presente laudo.

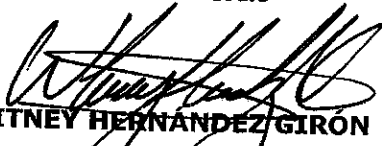
QUINTO.- DISPÓNGASE en relación a los gastos arbitrales que la Entidad pague a favor del Contratista la suma de S/. 3,022.00, considerando el resultado del proceso; asimismo, **PRECÍSESE** que los gastos de defensa y la tramitación del presente proceso arbitral deben ser asumidos de manera individual.

SEXTO.- REMÍTASE al Organismo Superior de las Contrataciones del Estado OSCE, copia del presente laudo Arbitral.
Notifíquese a las partes.

HUMBERTO FLORES ARÉVALO
Árbitro Único

Laudo Arbitral de Derecho
Árbitro Único:

Dr. Humberto Flores Arévalo



WHITNEY HERNANDEZ GIRON
Secretaria Arbitral

5