

**CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
CENTRO DE ARBITRAJE NACIONAL E INTERNACIONAL**

Caso No. 0275-2021-CCL

SOLUCIONES ESTRUCTURALES S.A.C.
-Demandante-

v.

PROGRAMA NACIONAL DE INVERSIONES EN SALUD - PRONIS
-Demandado-

LAUDO

Tribunal Arbitral

Alberto Molero Rentería (Presidente)
Sandro Espinoza Quiñones
Rony Salazar Martínez

Secretaría Arbitral

Jorge Ruíz Wadsworth

Lima, 2022

Orden Procesal No. 10

Lima, 10 de octubre de 2022

VISTOS:

I. EL CONVENIO ARBITRAL:

1. Con fecha 25 de junio de 2020, la empresa Soluciones Estructurales S.A.C. (en adelante, el CONTRATISTA) y el Programa Nacional de Inversiones en Salud – Pronis (en adelante, la ENTIDAD), suscribieron el Contrato No. 07-2020-PRONIS de la Contratación Directa No. 001-2020-PRONIS para el “Servicio de instalación y alquiler de seis (06) centros de atención y aislamiento temporal para los pacientes afectados con el Covid-19 para los departamentos de Piura, Ancash, Ucayali, Arequipa y Cusco” – ítem No. 02 (en adelante, el CONTRATO).
2. De acuerdo con la cláusula décimo octava del CONTRATO, las partes acordaron lo siguiente:

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

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

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

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

3. En atención a ello, de conformidad con la citada cláusula del CONTRATO, queda establecida la competencia del Tribunal Arbitral para avocarse al conocimiento y resolución del presente conflicto, al haberse verificado los alcances del convenio arbitral suscrito entre el CONTRATISTA y la ENTIDAD. Cabe señalar que, durante el proceso, ninguna de las partes ha planteado ningún tipo de objeción o cuestionamiento a dicha competencia arbitral.

II. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

4. El CONTRATISTA designó como árbitro al abogado Sandro Espinoza Quiñones, mientras que la ENTIDAD designó al abogado Rony Salazar Martínez. Posteriormente, los árbitros designados por las partes, de mutuo acuerdo, designaron como Presidente del Tribunal Arbitral al abogado Alberto Molero Rentería, el mismo que aceptó el encargo encomendado el 3 de diciembre de 2021, quedando desde entonces constituido el Tribunal Arbitral.

5. En ese sentido, el Tribunal Arbitral ha sido debidamente designado de acuerdo con el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima y al convenio arbitral celebrado entre las partes, manifestado no tener ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las mismas. Asimismo, se obligaron a desempeñar con justicia, imparcialidad y probidad la labor encomendada, conforme lo dispone el Código de Ética del Centro.

III. RESUMEN DE LAS PRINCIPALES ACTUACIONES ARBITRALES:

6. Mediante Orden Procesal No. 1 de fecha 23 de diciembre de 2021, el Tribunal Arbitral resolvió, primero, otorgar a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que presenten sus observaciones a la propuesta de reglas, segundo, otorgar a la parte demandada un plazo de cinco (5) días hábiles para que se pronuncie sobre la posibilidad de presentar una reconvencción, tercero, otorgar a la demandada un plazo de diez (10) días hábiles a fin de que acredite el registro en el SEACE de los miembros del Tribunal Arbitral.
7. Mediante Orden Procesal No. 2 de fecha 24 de enero de 2022, el Tribunal Arbitral resolvió, primero, fijar las reglas del proceso en los términos de la Orden Procesal, segundo, otorgar a la parte demandante un plazo de veinte (20) días hábiles a fin de que presente su demanda, tercero, otorgar a la parte demandada un plazo de diez (10) días hábiles para que acredite el registro en el SEACE del nombre de los miembros del Tribunal Arbitral.
8. Mediante Orden Procesal No. 3 de fecha 29 de abril de 2022, el Tribunal Arbitral resolvió, primero, fijar las cuestiones materia de pronunciamiento por el Tribunal Arbitral, segundo, tener por admitidos los medios probatorios de las partes, tercero, recordar a las partes que la Audiencia Única se llevaría a cabo el 9 de mayo de 2022, cuarto, otorgar a la parte demandada un plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que cumpla con el registro de la controversia en el portal del SEACE y de los miembros del Tribunal Arbitral.
9. Mediante Orden Procesal No. 4 de fecha 9 de mayo de 2022, el Tribunal Arbitral resolvió, primero, tener presente lo expuesto por la Procuraduría Pública del Ministerio de Salud, segundo, ratificar el desarrollo de la Audiencia Única programada para el día 9 de mayo de 2022 a las 3:00 pm a través de la información de acceso ya remitida anteriormente.
10. Mediante Orden Procesal No. 5 de fecha 10 de mayo de 2022, el Tribunal Arbitral resolvió, primero, reprogramar la audiencia para el 17 de mayo de 2022 a las 9:00 am, segundo, hacer presente el calendario procesal vigente.
11. Mediante Orden Procesal No. 6 de fecha 25 de mayo de 2022, el Tribunal Arbitral resolvió, primero, reprogramar la audiencia por última vez para el 17 de junio de 2022 a las 10:00 am, segundo, hacer presente el calendario procesal vigente.
12. Mediante Orden Procesal No. 7 de fecha 17 de junio de 2022, el Tribunal Arbitral resolvió, primero, reprogramar la audiencia para el 19 de julio de 2022 a las 10:00 am, dejando constancia que tenía la condición de inamovible habiendo otorgado a las partes amplias oportunidades para que concurran a la audiencia, segundo, hacer presente el calendario procesal vigente.

13. Mediante Orden Procesal No. 8 de fecha 15 de agosto de 2022, el Tribunal Arbitral resolvió, primero, declarar el cierre de las actuaciones arbitrales y avocarse a la elaboración del laudo, cuyo plazo de emisión vencerá como máximo dentro de los 50 días hábiles posteriores al cierre de las actuaciones dispuesta en la Orden Procesal, segundo, comunicar a las partes que, habiéndose dispuesto el cierre de las actuaciones arbitrales, no se puede presentar escritos, alegaciones, pruebas adicionales u otra documentación al expediente.
14. Mediante Orden Procesal No. 9 de fecha 16 de agosto de 2022, el Tribunal Arbitral resolvió, único, otorgar un plazo final de cinco (5) días hábiles a la parte demandada para que acredite el registro de la controversia en el SEACE, bajo apercibimiento de informar al Órgano de Control Interno respectivo.

IV. SOBRE LOS GASTOS ARBITRALES:

15. De acuerdo con los actuados que obran en el expediente, se efectuó la liquidación de gastos arbitrales del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral del Centro de Arbitraje, los mismos que fueron asumidos por el CONTRATISTA, conforme a lo siguiente:

| Concepto | Monto |
|-----------------------------------|------------------------------|
| Honorarios del Tribunal Arbitral | S/. 29,526.21 más IGV. |
| Gastos Administrativos del Centro | S/. 9,931.34 más IGV. |
| TOTAL | S/ 39,457.55 más IGV. |

V. MATERIAS CONTROVERTIDAS:

16. Mediante Orden Procesal No. 3 de fecha 29 de abril de 2022, se fijaron las materias o puntos controvertidos del presente proceso derivados de la demanda arbitral presentada por el CONTRATISTA el 21 de febrero de 2022, conforme a lo siguiente:

Primera Pretensión Principal: *Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare ilegal y/o indebida la penalidad impuesta por el Programa Nacional de Inversiones en Salud – PRONIS a Soluciones Estructurales S.A.C. ascendente a S/ 234,333.67 (Doscientos Treinta y Cuatro Mil Trescientos Treinta y Tres con 67/100 soles) en el marco del Contrato No. 07-2020-PRONIS, ítem No. 2.*

Pretensión Accesoría a la Primera Pretensión Principal: *En caso se declare fundada la Primera Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral determinará si corresponde ordenar al Programa Nacional de Inversiones en Salud – PRONIS que restituya y pague a favor de Soluciones Estructurales S.A.C. el importe de la penalidad impuesta, ascendente a S/ 234,333.67 (Doscientos Treinta y Cuatro Mil Trescientos Treinta y Tres Mil con 67/100 soles)*

Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal: *En caso se desestime la Primera Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral determinará si corresponde reducir la*

penalidad impuesta por Programa Nacional de Inversiones en Salud – PRONIS a Soluciones Estructurales S.A.C. en el marco del Contrato No. 07-2020-PRONIS, ítem No. 2, al importe de S/ 50,000.00 (Cincuenta Mil soles) o a otro importe distinto que estime el Tribunal Arbitral, de ser el caso.

Segunda Pretensión Principal: *Que el Tribunal Arbitral determine la distribución de las costas y costos del presente arbitraje.*

VI. POSICIÓN DE LAS PARTES:

Demanda del CONTRATISTA. -

17. Mediante escrito presentado el 21 de febrero de 2022, el CONTRATISTA presentó su escrito de demanda arbitral, de conformidad con la Orden Procesal No. 2 de fecha 24 de enero de 2022. Entre las pretensiones señaladas en la demanda presentada por esta parte, se desprenden las siguientes reclamaciones:

Primera Pretensión Principal: *Solicitamos al Tribunal Arbitral que declare ilegal y/o indebida la penalidad impuesta al Contratista por parte del Programa Nacional de Inversiones en Salud, ascendente a S/ 234,333.67 (Doscientos Treinta y Cuatro Mil Trescientos Treinta y Tres con 67/100 Soles), en la medida que no hubo retraso en la contratación de (i) la póliza de Seguro de Responsabilidad Civil para daños personales o materiales a terceros y en beneficio de éstos vigentes durante todo el contrato, y el (ii) Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (personal propio y sub contratado)*

Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal: *Como consecuencia de que se reconozca que la penalidad fue ilegal y/o indebida, solicitamos al Tribunal Arbitral que se ordene a la Entidad que restituya y pague al Contratista la referida suma dineraria.*

Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal: *En caso se desestime la Primera Pretensión Principal, solicitamos al Tribunal Arbitral que reduzca la penalidad impuesta por parte de la Entidad al Contratista a la suma de S/ 50,000.00 (Cincuenta Mil Soles) o a la suma que determine el Tribunal Arbitral, atendiendo a las circunstancias del caso.*

Segunda Pretensión Principal: *Solicitamos al Tribunal Arbitral que declare que la Entidad debe asumir las costas y costos del presente arbitraje.*

18. En relación a los fundamentos de hecho que sostienen la demanda, el CONTRATISTA refiere que el 4 de noviembre de 2020 recibió en su cuenta un pago realizado por su contraparte significativamente menor al monto que debía recibir y recibía periódicamente, ello por no haber presentado los seguros respectivos a la contratación, hecho que no sería cierto, pues mediante carta de fecha 9 de noviembre de 2020 presentó las pólizas de seguros.

19. Luego mediante carta del 17 de noviembre de 2020, el CONTRATISTA se reafirmó y ratificó lo expuesto en su carta del 9 de noviembre de 2020, pues siempre contó con las pólizas de seguro exigidas por el CONTRATO, por lo que mediante carta No. 333-2020-

MINSA/PRONIS-UAF-SUL del 27 de noviembre de 2020, la ENTIDAD adjunta el Informe No. 188-2020-MINSA/PRONIS-UO-FALM tomó conocimiento de la penalidad impuesta.

20. Conociendo el motivo de la penalidad impuesta por no contar con el seguro complementario de trabajo de riesgo ni con el seguro de responsabilidad civil frente a terceros del CAAT Ancash, el CONTRATISTA presentó los contratos de póliza de ambos seguros. Respecto al primero, este estuvo vigente desde el 1 de febrero de 2020 al 1 de febrero de 2021, por lo que estuvo vigente durante el tiempo que exige la normativa en contratación pública.
21. Respecto a la póliza de seguro de responsabilidad civil para daños personales o materiales, el CONTRATISTA refiere que también estuvo vigente durante toda la ejecución del CONTRATO, si bien hubo un error respecto al plazo de cobertura, mediante comunicación de la misma aseguradora se corrigió este error material, dejando constancia que el CONTRATISTA contaba con cobertura desde el 23 de mayo de 2020.
22. De ahí que para el CONTRATISTA no queda duda que las pólizas existieron y fueron contratadas debidamente, cubrían todo aquello que exigía la normativa en contratación pública y se mantuvieron vigentes durante la ejecución del CONTRATO, sin embargo, a pesar de que esto fue aclarado, no se obtuvo respuesta por parte de la ENTIDAD de las cartas del 9 y 17 de noviembre y 10 de diciembre de 2020 que demostraron la contratación de las pólizas.
23. Sobre la aplicación de la penalidad, el CONTRATISTA refiere que el retraso de 27 días calendarios respecto a la contratación de la póliza de seguro de responsabilidad civil y 9 días calendario respecto al seguro complementario de trabajo de riesgo es incorrecto, debido a que el CONTRATISTA había contratado los seguros dentro de los plazos establecidos en el CONTRATO expuesto además en la carta del 22 de diciembre de 2020.
24. Además, el CONTRATISTA refiere que su contraparte habría vulnerado el debido proceso y por tanto el derecho de defensa de su representada ya que no había notificado al CONTRATISTA de la manera idónea que sería penalizado, sino que le redujo el monto del pago en su cuenta bancaria y no se le otorgó a su representada el plazo para subsanar o contrastar con medios probatorios de sus alegaciones formuladas.

Contestación de Demanda de la ENTIDAD. -

25. Mediante escrito presentado el 21 de marzo de 2022, la ENTIDAD contestó la demanda formulada, señalando que de conformidad con el Informe No. 188-2020-MINSA/PRONIS-UO-FALM se había configurado la aplicación de penalidades, procediendo a aplicar la fórmula establecida en el CONTRATO por cada supuesto, considerando por ocurrencia cada uno de los días en los cuales el CONTRATISTA no contaba con las pólizas de seguro.
26. En este punto, la ENTIDAD ha señalado que las pólizas de seguro debían estar vigentes durante todo el periodo de ejecución contractual, especialmente durante el procedimiento de instalación de la infraestructura. Además, señala que el inicio del plazo de ejecución contractual se contabilizaba a partir del día siguiente de la notificación de la Carta No. 379-2020-MINSA/PRONIS/UAF, es decir a partir del 23 de mayo de 2020.

27.No obstante, la póliza de seguro de responsabilidad civil presentada por el CONTRATISTA tiene vigencia recién a partir del 19 de junio de 2020, incurriendo en 27 días calendario de retraso, mientras que la póliza de seguro complementario de trabajo de riesgo presentada por el CONTRATISTA tiene vigencia recién a partir del 1 de junio de 2020 incurriendo en 9 días calendarios de retraso, correspondiendo la aplicación de otras penalidades por estos días.

28.Por ello es que, de conformidad con la normativa en contratación pública, se faculta a la ENTIDAD a cobrar esta penalidad deduciéndola de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final, en la liquidación o del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, según corresponda, de ahí que, al haberse debidamente efectuado este cobro, la ENTIDAD sostiene que su contraparte debe asumir los costos que demande el proceso.

VII. POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Cuestiones Preliminares. -

29.Antes de entrar a analizar la materia controvertida, el Tribunal Arbitral considera pertinente confirmar lo siguiente:

- (i) Que, el presente proceso arbitral se constituyó y se desarrolló de conformidad con las disposiciones establecidas en el CONTRATO.
- (ii) Que, durante la tramitación del presente proceso arbitral, ninguna de las partes ha formulado recusación contra los miembros del Tribunal Arbitral.
- (iii) Que, el CONTRATISTA presentó su escrito de demanda arbitral, dentro del plazo dispuesto para ello, ejerciendo plenamente su derecho de acción.
- (iv) Que, la ENTIDAD contestó la demanda arbitral, dentro del plazo dispuesto para ello, ejercicio plenamente su derecho de defensa y contradicción.
- (v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer, presentar y actuar todos y cada uno de sus medios probatorios.

30.Asimismo, el Tribunal Arbitral deja constancia que las materias controvertidas podrán ser ajustadas, reformuladas y/o analizadas en el orden que considere pertinente para resolver de mejor manera las pretensiones planteadas, sin que el orden o ajuste empleado genere nulidad de algún tipo y sin que exceda la materia controvertida del arbitraje.

31.En cuanto a las pruebas, el Tribunal Arbitral expresa que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el colegiado respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba: necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad.

32.Para tal efecto, es necesario precisar que constituye un principio general de todo proceso, el de la carga de la prueba. Dicha norma elemental de lógica jurídica en materia de probanza se

encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 196° del Código Procesal Civil, norma que establece literalmente lo siguiente:

“Artículo 196.- Carga de la prueba

Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos”.

33. Asimismo, el Tribunal Arbitral hace notar que, de conformidad con lo establecido en las reglas del proceso arbitral, tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas, estando en concordancia con lo establecido en el artículo 43 del Decreto Legislativo 1071, Ley que norma el arbitraje en el Perú.
34. Ello ha sido resaltado por HINOJOSA SEGOVIA, pues “(...) la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes...” (Sentencia de fecha 30/11/87) (1)
35. Siendo ello así, el Tribunal Arbitral pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente.

Análisis. -

PRIMERO.

36. En primer lugar, es preciso señalar que el proceso se deriva de las controversias surgidas del Contrato No. 07-2020-PRONIS de la Contratación Directa No. 001-2020-PRONIS para el “servicio de instalación y alquiler de seis (6) centros de atención y aislamiento temporal para los pacientes afectados con el Covid-19 para los departamentos de Piura, Ancash, Ucayali, Arequipa y Cusco” ítem No. 02 por un monto contractual de S/ 2'343,336.65.
37. En tal sentido, para efectos de resolver la presente controversia, este Tribunal Arbitral estima pertinente referirse, de manera previa, al marco jurídico que resulta aplicable al presente proceso arbitral, pues será sobre la base de estas disposiciones normativas que adoptará su decisión. En tal sentido, es preciso hacer referencia a la cláusula décimo séptima del CONTRATO, la misma que señala literalmente lo siguiente:

“Cláusula Décimo Séptima: Marco Legal del Contrato

Solo en lo no previsto en este contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda, y demás normas de derecho privado”.

38. En ese sentido, considerando que la convocatoria del proceso de selección se realizó en el año 2020, el presente caso se rige por el Texto Único Ordenado de la Ley No. 30225 (en

¹ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. “El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)”. Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid. España. 1991. Pág. 309.

adelante, la LEY), aprobada mediante Decreto Supremo No. 082-2019-EF; y su Reglamento (en adelante, el REGLAMENTO), aprobado por Decreto Supremo No. 344-2018-EF, modificado por Decreto Supremo No. 377-2019-EF.

39. De otro lado, considerando que las normas de derecho privado se aplican de manera supletoria al presente proceso arbitral, de conformidad a lo previsto en la cláusula décimo séptima del CONTRATO, es preciso tener en consideración el artículo IX del Título Preliminar del Código Civil, el mismo que establece la aplicación supletoria de dicho cuerpo legal, como se observa a continuación:

Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil. -

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

40. En atención a lo anterior, la base jurídica para que este Tribunal Arbitral ampare los considerandos y evaluar las cuestiones controvertidas del presente proceso arbitral, se encuentra constituida por las disposiciones del CONTRATO, la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, las directivas del OSCE, y supletoriamente, las normas de derecho privado, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza jurídica.

SEGUNDO.

41. Tomando en consideración el marco jurídico antes expuesto, corresponde a este colegiado analizar las materias controvertidas fijadas en la Orden Procesal No. 3 de fecha 29 de abril de 2022, empezando esta labor de análisis por la primera, segunda y tercera materia controvertida del presente proceso arbitral, la mismas que se encuentran reflejadas en la primera pretensión principal de la demanda, su pretensión accesoria y subordinada:

Primera Pretensión Principal: *Determinar si corresponde que el Tribunal Arbitral declare ilegal y/o indebida la penalidad impuesta por el Programa Nacional de Inversiones en Salud – PRONIS a Soluciones Estructurales S.A.C. ascendente a S/ 234,333.67 (Doscientos Treinta y Cuatro Mil Trescientos Treinta y Tres con 67/100 soles) en el marco del Contrato No. 07-2020-PRONIS, ítem No. 2.*

Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal: *En caso se declare fundada la Primera Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral determinará si corresponde ordenar al Programa Nacional de Inversiones en Salud – PRONIS que restituya y pague a favor de Soluciones Estructurales S.A.C. el importe de la penalidad impuesta, ascendente a S/ 234,333.67 (Doscientos Treinta y Cuatro Mil Trescientos Treinta y Tres Mil con 67/100 soles)*

Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal: *En caso se desestime la Primera Pretensión Principal, el Tribunal Arbitral determinará si corresponde reducir la penalidad impuesta por Programa Nacional de Inversiones en Salud – PRONIS a Soluciones Estructurales S.A.C. en el marco del Contrato No. 07-2020-PRONIS, ítem No.*

2, al importe de S/ 50,000.00 (Cincuenta Mil soles) o a otro importe distinto que estime el Tribunal Arbitral, de ser el caso.

42. Como se observa, la controversia surgida entre las partes se encuentra relacionada a la penalidad aplicada al CONTRATISTA ascendente a la suma de S/ 234,333.67 como consecuencia de no haber cumplido con su obligación de contar con el seguro complementario de trabajo de riesgo y el seguro de responsabilidad civil, obligación a la cual se encontraba comprometido, de acuerdo con los Términos de Referencia del CONTRATO:

| PÓLIZAS Y GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO | | |
|---|---|---|
| # | ITEM | CONSIDERACIONES |
| a. | El personal del CONTRATISTA a cargo de la ejecución del contrato debe contar con Póliza SCTR (Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo). | - |
| b. | El CONTRATISTA está obligado a contratar un Seguro de Responsabilidad Civil para daños personales o materiales a terceros y en beneficio de éstos, con las cláusulas que se indican a continuación, por todo el periodo de vigencia del Contrato, que cubra cualquier daño, pérdida, lesión, directa o indirecta y como consecuencia de la instalación de los centros de atenciones y aislamiento temporal. | La suma asegurada para la cobertura de Responsabilidad Civil para daños personales, materiales será de 30% de la oferta propuesta. Sin embargo, el Contratista asume plenamente la responsabilidad por el saldo no cubierto en el caso de cualquier siniestro que le sea imputable y supere dicha suma. |

43. Por ello es que la cláusula décimo tercera del CONTRATO había dispuesto la posibilidad de aplicar otras penalidades al CONTRATISTA, distintas a la penalidad por mora, en caso de incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales:

| N° | SUPUESTOS DE APLICACIÓN DE PENALIDAD | FORMA DE CÁLCULO | PROCEDIMIENTO |
|----|---|---|--|
| 1 | No contar con póliza de Seguro de Responsabilidad Civil para daños personales o materiales a terceros y en beneficio de éstos vigente durante todo el contrato. | $P = M \times Oc$ $M = 3 \text{ UIT}^*$ $Oc = N^\circ \text{ Ocurrencia}$ | Según informe elaborado por el supervisor del área usuaria, la penalidad se aplicará por ocurrencia. |
| 2 | No contar con Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo ² (personal propio y sub contratado). | $P = M \times Oc$ $M = 3 \text{ UIT}^*$ $Oc = N^\circ \text{ Ocurrencia}$ | Según informe elaborado por el supervisor del área usuaria, la penalidad se aplicará por ocurrencia. |

44. En tal sentido, es preciso señalar, en primer término, que la normativa de las contrataciones del Estado prevé que el CONTRATO establece las penalidades que serán aplicables al CONTRATISTA ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales. Estas penalidades, como lo señala la propia normativa en contratación pública, pueden ser "la penalidad por mora" y las "otras penalidades" que son distintas a la mora:

Art. 161.-

“161.1. El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales a partir de la información brindada por el área usuaria, las mismas que son objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.

161.2. La Entidad prevé en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades. Estos dos (2) tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse”.

45. En cuanto a la penalidad por mora, el artículo 162 del REGLAMENTO establece que en caso de retraso injustificado del CONTRATISTA en la ejecución de las prestaciones objeto del CONTRATO a su cargo, la ENTIDAD tiene la facultad de aplicarle dicha penalidad, de manera automática y por cada día de atraso, realizando el cálculo de acuerdo con la fórmula establecida en el mencionado artículo del REGLAMENTO.

46. De otro lado, en cuanto a las otras penalidades, estas se encuentran definidas en los documentos del procedimiento de selección, en donde se detalla un listado de supuestos distintos a la mora. Así, el artículo 163 del REGLAMENTO faculta a la ENTIDAD a regular en estos documentos que conforman el CONTRATO² otras penalidades siempre que sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales. Veamos:

Art. 163.-

*Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 162, **siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación.** Para estos efectos, incluyen los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar”. (énfasis agregado)*

47. De ahí que, si la ENTIDAD verifica la configuración de alguno de los supuestos a penalizar, los cuales deben estar comprendidos en los documentos del procedimiento de selección, entonces esta parte se encuentra facultada para aplicar la penalidad correspondiente al CONTRATISTA, de acuerdo con el procedimiento establecido en los documentos que conforman el CONTRATO, de conformidad con el artículo 163 del REGLAMENTO.

48. En este punto, es preciso señalar que la potestad de la ENTIDAD debe ser ejercida observando los parámetros que el artículo 163 del REGLAMENTO ha dispuesto para aplicar otras penalidades al CONTRATISTA ante el incumplimiento de sus obligaciones, como son la objetividad, la razonabilidad y la congruencia con el objeto de la contratación. Al respecto, cabe señalar que la Dirección Técnica Normativa del OSCE ha expresado lo siguiente³:

² **Art. 138.-**

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

³ Como ha sido señalado por la Opinión No. 023-2017/DNT de la Dirección Técnico Normativa del OSCE.

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

49. Por ello, si bien la ENTIDAD puede establecer en los documentos del procedimiento de selección otras penalidades ante el incumplimiento injustificado de obligaciones, estas deben ajustarse a los parámetros que ha establecido el REGLAMENTO, pues solo a través de la lectura de los documentos del procedimiento de selección, el CONTRATISTA puede conocer, evaluar y cuestionar la objetividad, razonabilidad y congruencia de estas otras penalidades.

50. Sin perjuicio de lo antes expuesto, es preciso señalar que en el supuesto que el CONTRATISTA no hubiese cuestionado u observado la objetividad, razonabilidad y congruencia de las otras penalidades, ello no enerva la obligación de la ENTIDAD de observar los criterios previstos en el artículo 163 del REGLAMENTO, pues esta parte debe cautelar que estas otras penalidades cumplan con los parámetros establecidos.

51. Ciertamente, dado que es una obligación de la ENTIDAD que la contratación pública se realice bajo condiciones de igualdad de trato, objetividad e imparcialidad, como lo dispone el principio de transparencia en la contratación pública, claramente esta parte se encuentra obligada a que los supuestos de aplicación de las otras penalidades cumplan con los parámetros que el propio artículo 163 del REGLAMENTO y el OSCE lo ha definido.

52. Por ello, en el supuesto que estas otras penalidades no cumplan con las condiciones establecidas, estas no resultarían aplicables al CONTRATISTA, pues estas deben estar determinadas de manera clara y precisa los supuestos que originan su aplicación, la forma de cálculo y su procedimiento de verificación, no siendo posible que, durante la ejecución contractual, la ENTIDAD establezca de manera unilateral su procedimiento de verificación.

TERCERO.

53. Tomando en cuenta el marco jurídico antes expuesto, de acuerdo con los medios probatorios que obran en el expediente, se advierte que el CONTRATISTA esta cuestionando la imposición de las penalidades aplicadas a su representada, señalando en primer término, que estas habrían sido impuestas sin posibilidad de cuestionar su aplicación o subsanarlas con medios probatorios pues no se le notificó oportunamente que sería sujeto a penalidad.

54. Ciertamente, a diferencia de la penalidad por mora que se aplica que forma automática, para el caso de las otras penalidades, la ENTIDAD debe cumplir con el procedimiento de verificación dispuesto en el CONTRATO para efectos de atribuir estas penalidades al CONTRATISTA, siguiendo el procedimiento de verificación establecido en el CONTRATO, pero corroborando este incumplimiento con la participación de las partes contractuales.
55. Efectivamente, mientras que en el caso de la penalidad por mora basta la verificación de la penalidad por parte de la ENTIDAD de la configuración del retraso para aplicar la penalidad por mora, en el caso de las otras penalidades, es necesario seguir con un procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar, ello para garantizar el criterio de objetividad que debe seguir la imposición de estas otras penalidades al CONTRATISTA.
56. Al respecto, este colegiado advierte que el día 4 de noviembre de 2020, el CONTRATISTA observó que el pago realizado a su cuenta bancaria era significativamente menor a los pagos que venía recibiendo, razón por la cual sostuvo una reunión el día 7 de noviembre de 2020 con la ENTIDAD, en la cual de manera irregular se le informó que el descuento realizado se habría originado por una penalidad aplicada por no haber presentado las pólizas de seguros.
57. Si bien es cierto esta afirmación queda corroborada a partir de la notificación de la Carta No. 333-2020-MINSA/PRONIS-UAF-SUL del 27 de noviembre de 2020 en la cual se adjunta el Informe No. 188-2020-MINSA/PRONIS-UO-FALM, este Tribunal Arbitral advierte que la comunicación de imposición de penalidad se produjo cuando ya se había establecido e imputado esta penalidad al CONTRATISTA sin posibilidad de efectuar cuestionamiento:

| Carta No. 333-2020-MINSA/PRONIS-UAF-SUL | Informe No. 188-2020-MINSA/PRONIS-UO-FALM |
|---|---|
| <p>PERÚ Ministerio de Salud Comisión Encargada de Verificación Programa Nacional de Inversiones en Salud</p> <p>"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres" " Año de la Universalización de la Salud"</p> <p>Lima, 27 NOV. 2020</p> <p>CARTA N° 333-2020-MINSA/PRONIS-UAF-SUL</p> <p>Señor DANIEL BYRNE LABARTHE Gerente General SOLUCIONES ESTRUCTURALES S.A.C. Calle Alameda El Remero Mz. X Lt. 2, Urbanización Huertos de Villa Chorrillos Presente.-</p> <p>ASUNTO : Solicitud de dejar sin efecto la aplicación de penalidades REFERENCIA : Carta s/n del 17.11.2020</p> <p>Tengo a bien dirigirme a usted, con relación al documento de la referencia, mediante el cual solicita dejar sin efecto la aplicación de las penalidades deducidas a los pagos efectuados, en virtud de los contratos que mantiene vigente con el Programa Nacional de Inversiones en Salud - PRONIS, sosteniendo, entre otros, que no se le habría comunicado previamente la imputación de incumplimiento.</p> <p>Sobre el particular, es pertinente mencionarle que la forma de verificación y el procedimiento de aplicación y cálculo de las penalidades distintas a la penalidad por mora, se encuentran establecidos en los contratos suscritos por su representada, sobre los cuales manifestó su conformidad en su oportunidad, y sobre los cuales se aplicaron las penalidades aludidas. Sin perjuicio de lo indicado, siendo que el Órgano Encargado de las Contrataciones realiza la aplicación de las penalidades en virtud de la información brindada por el área usuaria, se ha remitido el escrito presentado a la mencionada unidad, para su evaluación.</p> <p>Igualmente, se adjunta copia de los documentos sobre los cuales se sustentan las penalidades, para conocimiento y fines.</p> <p>Sin otro particular, me suscribo de usted.</p> <p>Atentamente,</p> <p><i>Soemio</i> Soemio Jefe de la Sala de Resolución de Controversias Programa Nacional de Inversiones en Salud UC 125 - PRONIS</p> <p>Av. Paredón Sánchez Carrón N° 465 - Piso 13 - Magdalena del Mar Central Telefónica (011) 411 - 8181 Fax: Anexo 230 www.pronis.gob.pe</p> | <p>PERÚ Ministerio de Salud Comisión Encargada de Verificación Programa Nacional de Inversiones en Salud</p> <p>"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para Mujeres y Hombres" " Año de la Universalización de la Salud"</p> <p>INFORME N° 188 - 2020-MINSA/PRONIS-UO-FALM</p> <p>PARA : ING. JUAN WILLIAM ZAVALA MEZA Jefe de la Unidad de Obras</p> <p>ASUNTO : SOBRE LA SOLICITUD DE PAGO POR LA 4ta ARMADA DE ALQUILER DE SEIS (6) CENTROS DE ATENCIÓN Y AISLAMIENTO TEMPORAL PARA LOS PACIENTES AFECTADOS CON EL COVID-19 PARA LOS DEPARTAMENTOS DE PIURA, ANCASH, UCAYALI, AREQUIPA Y CUSCO - DEPARTAMENTO ANCASH</p> <p>REFERENCIA : a) Carta S/N°, de fecha 25 de septiembre del 2020 b) Informe N°001-2020- MINSA/PRONIS-UO-EABG c) Memorando N°538-2020-MINSA/PRONIS/UAF Expediente N° ADM10408-2020</p> <p>FECHA : Magdalena del Mar, 29 de octubre 2020</p> <p>Tengo el agrado de dirigirme a usted, en atención a la carta S/N presentada por la empresa SOLUCIONES ESTRUCTURALES, donde solicita el pago respectivo del 20% de contrato vigente por concepto de alquiler de atención y aislamiento temporal para los pacientes afectados con el COVID-19 para los departamentos de Piura, Ancash, Ucayali, Arequipa y Cusco - DEPARTAMENTO ANCASH sede departamento de Ancash.</p> <p>Así mismo, en atención al documento de la referencia c), mediante el cual la Unidad de Administración señala que ha recibido las conformidades previas de pago de los Centros de Atención y Aislamiento Temporal (CAAT) en las sedes de Piura, Ancash, Ucayali, Cusco y Arequipa; no obstante, remite la documentación que presentó la empresa contratista SOLUCIONES ESTRUCTURALES S.A.C. para el perfeccionamiento del contrato, las cuales en calidad de área usuaria recién tomamos conocimiento; todo ello, a efectos que se analice si se han configurado "OTRAS PENALIDADES".</p> <p>I. ANTECEDENTES</p> <ol style="list-style-type: none"> Con fecha 22 de mayo del 2020, se notificó la Carta N° 379-2020-MINSA/PRONIS/UAF, en la cual la Entidad comunica a la empresa Soluciones Estructurales S.A.C. anualmente el Contratista, que prestará el Servicio de Instalación y Alquiler de seis (06) centros de atención y aislamiento temporal para los pacientes afectados con el COVID-19 para los departamentos de Piura, Ancash, Ucayali, Arequipa y Cusco. Mediante Carta S/N de fecha 24 de junio del 2020, la empresa SOLUCIONES ESTRUCTURALES S.A.C. presentó los documentos para la firma del contrato. Con fecha 25 de junio del 2020 se suscribió el Contrato N°07-2020-PRONIS. Contratación Directa N°001-2020-PRONIS "Servicio de instalación y alquiler de un (01) Centro de Atención y Aislamiento Temporal para los pacientes afectados con el COVID-19 (Región Ancash) - ÍTEM N°02". Con fecha 11 de marzo de 2020, mediante Decreto Supremo N° 008-2020-SA, se declara en Emergencia Sanitaria a nivel nacional por el plazo de noventa (90) días calendario y dicta medidas de prevención y control del COVID-19. <p>Av. Paredón Sánchez Carrón N° 465 - Piso 13 - Magdalena del Mar Central Telefónica (011) 411 - 8181 Fax: Anexo 460 www.pronis.gob.pe</p> |

58. Ciertamente, de acuerdo con las conclusiones del informe de la ENTIDAD, se había concluido que debía aplicarse penalidad al CONTRATISTA por concepto de otras penalidades al haber incurrido en 9 días en no contar con el seguro complementario de trabajo de riesgo y 27 días

en no contar con la póliza de seguro de responsabilidad civil, ambos periodos computados desde el día siguiente de iniciado el plazo de ejecución contractual.

59. Sin embargo, a pesar de que el CONTRATISTA en diversas ocasiones comunicó que las pólizas de seguros ya habían sido contratadas por su representada, por lo que se encontraba acreditado el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, como se desprende del contenido de la carta del 9 y 17 de noviembre y 10 de diciembre de 2020, se advierte que la ENTIDAD no ha dado respuesta al respecto y sobre la documentación presentada.
60. De ahí que, si bien la penalidad aplicada por la ENTIDAD cumplía con ciertas condiciones establecidas en el CONTRATO y en el artículo 163 del REGLAMENTO, como por ejemplo la forma de cálculo de la penalidad, para este colegiado, se habría omitido seguir con el procedimiento de verificación, el cual debía necesariamente contar con un pronunciamiento del CONTRATISTA para efectos de su validez y no aplicarlo de forma automática.
61. Efectivamente, como hemos expresado anteriormente, las otras penalidades tienen un tratamiento diferenciado respecto de la penalidad por mora, razón por la que además de calcularse de manera independiente, estas penalidades no son aplicables a supuestos de retraso injustificado o mora, sino a supuestos de incumplimiento debidamente señalados en el CONTRATO, debiendo la ENTIDAD cautelar los criterios establecidos en el REGLAMENTO.
62. En este punto, es preciso señalar que si bien la cláusula décimo tercera del CONTRATO ha establecido que el procedimiento de verificación se realizaba mediante informe elaborado por el supervisor, para este colegiado, este no era suficiente pues este informe se produjo de forma interna y sin la intervención del CONTRATISTA, es decir sin poder hacer valer su derecho ante la ENTIDAD como lo dispone el procedimiento regulado en el REGLAMENTO.
63. Además, este colegiado hace mención que el supuesto procedimiento establecido en la citada cláusula del CONTRATO no evidencia como tal un procedimiento de verificación de penalidad como tal, pues el informe del supervisor puede ser el resultado de un procedimiento o el inicio del mismo, pero en ningún caso el procedimiento en sí mismo pues no se ha establecido el conjunto de actos que permitan verificar la penalidad.
64. En el presente caso, no bastaba que el CONTRATO disponga la condición que conllevaría aplicar la penalidad ante un supuesto de incumplimiento, sino que debía establecerse el conjunto de actos que, concadenados, establecerían los pasos para imponer la penalidad, implicando como se mencionó anteriormente, la participación de las partes del CONTRATO, en concordancia con lo señalado en el artículo 163 del REGLAMENTO.
65. Esto es así porque el procedimiento de verificación de las otras penalidades debe permitir y garantizar al CONTRATISTA que va a tener oportunidad de manifestar lo que considere pertinente a su derecho ante la imputación de una penalidad, dado que, al tener una naturaleza sancionatoria, se debe permitir al CONTRATISTA formular sus descargos, por lo que primero debía imputársele este incumplimiento y luego decidir si quedó verificado.
66. Sin embargo, dado que en el presente caso esto no ha ocurrido, pues el procedimiento de verificación no estaba claramente definido en el CONTRATO, al darse por cumplido solo con

el informe del supervisor, se evidencia que no se ha cumplido lo dispuesto en el artículo 163 del REGLAMENTO, por lo que el incumplimiento detectado por la ENTIDAD no puede ser atribuido al CONTRATISTA por haberse aplicado de forma ilegal e indebida.

CUARTO.

67. Hasta este punto, este colegiado ha concluido que la penalidad impuesta por la ENTIDAD al CONTRATISTA es ilegal o indebida por no haber seguido el procedimiento de verificación de otras penalidades regulado en el artículo 163 del REGLAMENTO, ello tras haberse verificado que el CONTRATISTA no tuvo oportunidad de subsanar o formular sus comentarios al respecto en tanto que, a su criterio, no habría incumplimiento que se habría suscitado.

68. Al respecto, dado que el CONTRATISTA esta solicitando la devolución del monto que fue retenido por la ENTIDAD, corresponde determinar si se produjo o no el cumplimiento de su obligación contractual. En tal sentido, es preciso señalar que, de conformidad con los términos de la contratación pública, el CONSORCIO se encontraba obligado a contratar un seguro de responsabilidad civil y un seguro complementario de trabajo de riesgo.

69. Estas obligaciones, conforme quedaron analizadas en este laudo, debían ser ejecutadas por el CONTRATISTA, de lo contrario eran sujetas a imponerse otras penalidades a su representada, según lo dispuesto en la cláusula décimo tercera del CONTRATO, aspecto que para la ENTIDAD se había producido en este caso pues en su Informe No. 188-2020-MINSA/PRONIS-UO-FALM de fecha 29 de octubre de 2020 se había dispuesto lo siguiente:

3. Por todo lo expuesto se concluye que corresponde aplicar penalidades al contratista por concepto de "OTRAS PENALIDADES" al haber incurrido en 09 días en no contar con el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo y 27 días póliza de Seguro de Responsabilidad Civil, conforme a lo establecido en los Términos de Referencia en concordancia con el numeral 163.1 del artículo 163 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

70. Como se observa, para la ENTIDAD se habría producido un periodo de 9 días sin contar con el seguro complementario de trabajo de riesgo y 27 días sin contar con la póliza de seguro de responsabilidad civil, computados a partir del día siguiente de la notificación de la Carta No. 379-2020-MINSA/PRONIS/UAF, por lo que los seguros debían encontrarse vigentes conjuntamente con el plazo de ejecución contractual iniciado el 23 de mayo de 2020.

71. De acuerdo con la cláusula quinta del CONTRATO, el plazo de ejecución contractual era de 105 días calendarios, computados como ha sido aseverado por ambas partes, a partir del día siguiente de la notificación de la Carta No. 379-2020-MINSA/PRONIS/UAF, por lo que, si este plazo se iniciaba el 23 de mayo de 2020, entonces las pólizas de seguro debían estar vigentes hasta el 4 de setiembre de 2020.

72. Empero, como se desprende de los medios probatorios presentados, el CONSORCIO había acreditado a la ENTIDAD que contaba con las pólizas de seguro requeridas, las cuales se contaban para toda la vigencia del CONTRATO. Así, por ejemplo, mediante carta del 9 de noviembre de 2020, el CONTRATISTA presentó los contratos de las pólizas de seguro con las cuales quedaba acreditada su contratación para toda la vigencia del CONTRATO.

| Sobre el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo | Sobre la póliza de seguro de responsabilidad civil |
|---|---|
| <p>b) Sin embargo, el Contratista tiene contratado con la empresa Mapfre un Contrato de Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo de Pension y Salud desde febrero de 2020 hasta febrero de 2021, el cual se paga de manera mensual (ver Anexo 1 A).</p> <p>c) En esa medida, SOLEST tiene contratada una póliza de seguro de SCTR, con una reconocida empresa aseguradora desde antes que se inicie las contrataciones con vuestra Entidad, e incluso antes de la declaración del Estado de Emergencia Sanitaria y el Estado de Emergencia Nacional.</p> <p>d) Dicha póliza, se paga todos los meses a la empresa aseguradora, por ende, en el mes de mayo de 2020, se encontraba perfectamente vigente, y así ha sido durante todos los meses siguientes de contratación del servicio.</p> | <p>b) Sin embargo, tal como se demuestra con la carta de fecha 7 de diciembre de 2020, emitida por la empresa aseguradora Rimac Seguros (ver Anexo 1-B), la Póliza de Responsabilidad Civil N° 1201-540002, cuenta con cobertura desde el 23 de mayo de 2020.</p> <p>c) Del mismo modo, los Informes adjuntos al escrito de la referencia, indican que el Contratista presentó para (i) el Hospital - Sede Ica, y (ii) Hospital - Sede Chincha, una póliza de Seguro de Responsabilidad Civil a terceros con vigencia desde el 7 de julio de 2020.</p> <p>d) Sin embargo, tal como se demuestra con la carta de fecha 7 de diciembre de 2020, emitida por la empresa aseguradora Rimac Seguros (ver Anexo 1-C), la Póliza de Responsabilidad Civil N° 1201-540126, cuenta con cobertura desde el 26 de junio de 2020.</p> |

77. A partir de ello, dado que la penalidad aplicada se había configurado por no contar con las pólizas de seguro, se encuentra acreditado para este colegiado que estos seguros ya habían sido contratados por el CONTRATISTA, razón por la cual los supuestos incumplimientos detectados por la ENTIDAD carecían de sustento, aspecto como expresamos, habría quedado esclarecido con un debido procedimiento de verificación de penalidades.

78. Dentro de este marco, considerando que la penalidad aplicada por la ENTIDAD ha sido ilegal y/o indebida no solo por no haber seguido un debido procedimiento de verificación de penalidades dispuesto en el REGLAMENTO, sino porque el sustento de la misma carece de asidero fáctico y legal, corresponde que la ENTIDAD restituya y pague a favor del CONTRATISTA el importe de la penalidad aplicada ascendente a S/ 234,333.67.

79. Siendo así, este colegiado concluye que la primera pretensión principal de la demanda formulada por el CONTRATISTA debe ser declarada fundada al igual que su pretensión accesoria.

80. De otro lado, en cuanto a la pretensión subordinada a la primera pretensión principal de la demanda formulada por el CONTRATISTA, este colegiado estima pertinente señalar que, al haberse amparado la primera pretensión principal de la demanda y su pretensión accesoria, consecuentemente carece de objeto emitir pronunciamiento respecto a su pretensión subordinada, por lo que este extremo de la demanda debe ser declarado improcedente.

QUINTO.

81. Habiéndose emitido un pronunciamiento respecto de la primera pretensión principal y su pretensión accesoria y subordinada, corresponde a este colegiado emitir pronunciamiento sobre la forma de distribución de las costas y costos del presente proceso arbitral, ello en atención además a la segunda pretensión principal formulada por el CONTRATISTA, la cual ha sido recogida como punto controvertido, según se dispone a continuación:

Segunda Pretensión Principal: Que el Tribunal Arbitral determine la distribución de las costas y costos del presente arbitraje.

82. Así, es preciso señalar que, de la revisión del convenio arbitral, no se verifica disposición alguna en torno a la distribución de los gastos arbitrales, de manera que este colegiado considera adecuado remitirse a lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley de Arbitraje:

“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.”*

83. 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), d) constituyen costos del procedimiento arbitral a costos del arbitraje propiamente dichos, mientras que el inciso e) se refiere a los gastos de defensa incurridos por las partes (...)”⁴

84. Del mismo modo, de acuerdo con el numeral 1 del artículo 73 de la Ley de Arbitraje, aplicable de manera supletoria al presente caso, se dispone a la letra lo siguiente:

Artículo 73.- Asunción o distribución de costos

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

85. Como se observa, de conformidad con el artículo 73 de la Ley de Arbitraje, aplicable supletoriamente al presente proceso arbitral, el reparto de los gastos arbitrales se efectúa

⁴ 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 Gonzáles, Alfredo (Coordinadores). Tomo II. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje, 2010, p. 788.

teniendo en cuenta -en primer orden- el acuerdo que las partes hayan asumido al respecto, pero a falta de acuerdo, se dispone que dichos gastos son de cargo de la parte vencida, pudiendo este colegiado distribuir y prorratear el pago de estos costos entre las partes.

86. En tal sentido, considerando que no existe acuerdo previo entre las partes acerca de la distribución de los gastos arbitrales, correspondería que los costos del proceso sean asumidos íntegramente por la parte vencida, no obstante, el colegiado resalta la buena conducta procesal de las partes, por lo que su decisión debe enmarcarse en base a la facultad que tiene para distribuir y prorratear los costos del arbitraje entre las partes.

87. De ahí que, el Tribunal Arbitral considera pertinente que las partes asuman en iguales proporciones los gastos arbitrales por concepto de honorarios profesionales de los miembros del Tribunal Arbitral y gastos administrativos de la secretaría arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, debiendo cada parte asumir los costos incurridos para su defensa legal como los honorarios profesionales de sus abogados, peritos y similares.

88. En consecuencia, considerando que el CONTRATISTA ha sido la parte que asumió la totalidad de los gastos arbitrales, de conformidad con la liquidación establecida por la secretaría arbitral para la administración y resolución del presente proceso arbitral, corresponde ordenar a la ENTIDAD que reembolse a favor del CONTRATISTA el 50% de los gastos arbitrales asumidos, los mismos que constituyen la suma de S/ 19,728.78 más IGV.

VIII. DECISIÓN. -

Finalmente, el Tribunal Arbitral deja constancia de que en la elaboración de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado todos y cada uno de los medios probatorios aportados al proceso, de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba; y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia puesta a su conocimiento.

En atención a ello y siendo que el Tribunal Arbitral no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no ha estado sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional, el Tribunal Arbitral **LAUDA EN DERECHO** de la siguiente manera:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la primera pretensión principal de la demanda formulada por el CONTRATISTA al igual que su pretensión accesoría, en consecuencia, se declara ilegal e indebida la penalidad impuesta por la ENTIDAD al CONTRATISTA ascendente a S/ 234,333.67, ordenándose a la ENTIDAD que restituya y pague al CONTRATISTA la suma referida.

SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE la pretensión subordinada a la primera pretensión principal de la demanda formulada por el CONTRATISTA, ello porque carece de objeto el pronunciamiento del Tribunal Arbitral en torno a dicha pretensión subordinada como consecuencia de haberse amparado la primera pretensión principal de la demanda.

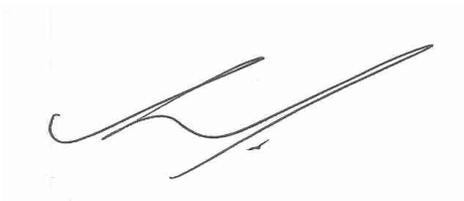
TERCERO: DISPONER que los gastos arbitrales sean asumidos por las partes en iguales proporciones, los cuales comprenden los honorarios profesionales de los miembros del Tribunal Arbitral y los servicios por concepto de secretaría arbitral, **DEBIENDO** cada una de las partes asumir los costos que involucraron a sus respectivas defensas legales y técnicas.

CUARTO: ORDENAR a la ENTIDAD que reembolse a favor del CONTRATISTA el 50% de los gastos arbitrales asumidos por concepto de honorarios profesionales de los miembros del Tribunal Arbitral y gastos administrativos de la secretaría arbitral del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, los mismos que constituyen la suma de S/ 19,728.78 más IGV.

QUINTO: DISPONER la publicación de la presente decisión en el portal web del Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado – SEACE, de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.



ALBERTO MOLERO RENTERÍA
Presidente del Tribunal Arbitral



SANDRO ESPINOZA QUIÑONES
Miembro del Tribunal Arbitral



RONY SALAZAR MARTÍNEZ
Miembro del Tribunal Arbitral