

LAUDO ARBITRAL

Número de Expediente de Instalación: Expediente N° 2222-2022-CEAR-CIES

Demandante: NEVASA CONSULTING S.A.C. (en adelante, el CONTRATISTA o el DEMANDANTE).

Demandado: INSTITUTO NACIONAL DE SALUD DEL NIÑO - INSN (en adelante, la DEMANDADA o la ENTIDAD).

Contrato (N° y objeto): 082-2021-INSN "Servicio de Mantenimiento Correctivo y Preventivo de la Caldera Horizontal Pirotubular 200 BMP – Cleaver Brooks" (en adelante, el Contrato).

Monto del Contrato: S/. 206,720.00 (Doscientos Seis Mil Setecientos Veinte y 00/100Soles) incluido el IGV.

Cuantía de la Controversia: S/. 206,720.00 (Doscientos Seis Mil Setecientos Veinte y 00/100Soles) incluido el IGV.

Tipo y Número de Proceso de Selección: Adjudicación Simplificada

Árbitro Único: Abogado, Dennis Italo Roldan Rodríguez.

Secretaria arbitral: Abogado, Jorge Delgado Monteblanco

Monto de los honorarios del Tribunal Arbitral o Árbitro Único: S/. 14,321.25 mas el Impuesto a la Renta (8%).

Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral: S/. 6,723.75 más el Impuesto a la Renta (8%).

Fecha de emisión del Laudo: 05 de abril de 2023.

N° de Folios:

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

- Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato.
- Resolución del contrato.
- Ampliación del plazo contractual.
- Defectos o vicios ocultos.
- Formulación, aprobación o valorización de metrados.
- Recepción y conformidad.
- Liquidación y pago.
- Mayores gastos generales.
- Indemnización por daños y perjuicios.
- Enriquecimiento sin causa.
- Adicionales y reducciones.
- Adelantos.
- Penalidades.
- Ejecución de garantías.
- Devolución de garantías.
- Otros (cumplimiento de prestaciones, asunción de costos y gastos arbitrales)

Resolución N° 09

Lima, 05 de abril de 2023.

En Lima, a cinco días del mes de abril del año dos mil veinte y tres, el Árbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, actuadas las pruebas, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, contestación de la demanda y medios probatorios aportados, dicta el laudo siguiente:

ANTECEDENTES

Con fecha 30 de setiembre de 2021 se suscribió el Contrato N° 082-2021-INSN "Servicio de Mantenimiento Correctivo y Preventivo de la Caldera Horizontal Pirocubular 200 BMP – Cleaver Brooks" para el Hospital del Niño.

El Contrato cuenta en su cuerpo literal que contiene un convenio arbitral que precisa lo siguiente:

"Cláusula Décima Octava: Solución de Controversia

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.

Como consecuencia de haberse suscrito el Contrato, el DEMANDANTE procedió con la ejecución de su servicio, sin embargo conforme ha detallado en su posición, ello no fue posible producto de una serie de omisiones por parte de la DEMANDADA, situación que le llevó a pedir hasta seis (6) ampliaciones de plazo, de las cuales le fueron otorgadas cuatro (4), finalmente, la DEMANDADA optó por efectuar la resolución del Contrato por haber el DEMANDANTE, conforme a su posición, haber acumulado el máximo de penalidad por mora, situación que no ha sido aceptada por el DEMANDANTE, producto de ello activo la citada cláusula arbitral incoando el presente arbitraje.

Instalación del Árbitro Único

1. Que, mediante procedimiento de selección a cargo del CEAR- CIES quedó seleccionado el Abog. Dennis Ítalo Roldan Rodríguez.

Normativa Aplicable al presente Arbitraje

2. La norma aplicable al presente caso es el Texto Único Ordenado de la Ley N° 30225 - Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Supremo N° 082-2019-EF (**en adelante "la Ley"**), y su Reglamento, aprobada por Decreto Supremo N° 344-2018-EF (**en adelante "el Reglamento"**) y modificado por el Decreto Supremo N° 377-2019-EF; y

supletoriamente las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma del Arbitraje.

Cuestiones Preliminares

3. En forma previa al análisis de la materia controvertida y valoración de los medios probatorios admitidos y actuados por el Árbitro Único en el presente arbitraje, corresponde señalar que:

(i) En materia de contratación pública y dada la existencia de un Convenio Arbitral, las partes puede someter las controversias que se susciten ante cualquier institución arbitrales, sometiéndose a las Reglas establecidas en el Reglamento Arbitral del CENTRO ARBITRAJE, en la Ley y su Reglamento; y supletoriamente las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma del Arbitraje.

(ii) El Árbitro Único fue designado de conformidad con el procedimiento del CENTRO DE ARBITRAJE. De igual modo, dicha designación guarda de respetar la regulación contemplada en la Ley, y su Reglamento; y las Directivas aprobadas por el OSCE; asimismo, la aplicación del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, se realizará de manera supletoria y siempre que no se oponga a lo establecido en la Ley y el Reglamento.

(iii) El DEMANDANTE y DEMANDADA aceptaron la instalación del Árbitro Único que emite el presente Laudo, sin que exista recusación alguna en contra de él. Asimismo, ni impugnaron o reclamaron contra alguna de las disposiciones contenidas en el Reglamento Arbitral del CENTRO ARBITRAL, o se planteó algún recurso de reconsideración contra las decisiones emitidas por este Tribunal Arbitral.

(iv) El DEMANDANTE presentó su demanda y la ENTIDAD fue debidamente emplazada con dicha demanda, contestando y ejerciendo plenamente su derecho de defensa.

(v) Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraron pertinentes, sin limitación alguna, así como para expresar sus posiciones de hecho y de derecho, habiendo tenido amplia oportunidad de presentar sus alegatos escritos y de informar oralmente, con la participación de sus abogados, respetando en todo momento este Árbitro Único el irrestricto ejercicio del derecho de defensa de las partes.

(vi) Que la decisión de este Árbitro Único contenida en el presente Laudo ha sido emitida dentro del plazo establecido para tales efectos.

Asimismo, este Árbitro Único considera necesario resaltar que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, así como producir certeza respecto a las pretensiones planteadas, de acuerdo a lo consagrado por los principios generales en materia probatoria.

De otro lado, este Árbitro Único deja establecido que podrá analizar los puntos controvertidos en el orden que considere apropiado, agrupándolos o analizándolos individualmente, no necesariamente conforme a lo establecido en el Acta de Audiencia Única de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos, Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones. De ser el caso, si decide pronunciarse sobre alguno de ellos, y de ello resulta que carece de objeto emitir pronunciamiento sobre uno o varios de los otros con los que guarde vinculación por la secuencia lógica de razonamiento, omitirá pronunciarse sobre estos últimos, expresando

las razones de dicha omisión, sin que ello genere algún tipo de nulidad.

Finalmente, se deja constancia que en el estudio, análisis y consideración del presente arbitraje se ha tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

Actuaciones Arbitrales

4. Con fecha 1 de diciembre de 2022, el DEMANDANTE presentó sus pretensiones por medio de su demanda arbitral, la cual fue trasladada, siendo que el día 12 de enero de 2023, la DEMANDADA presentó su escrito de demanda, presentando su posición en torno a las pretensiones formuladas por el DEMANDANTE.

5. Con fecha 6 de marzo de 2023, se emitió el Acta de Audiencia Única de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos, Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones la Decisión Arbitral N° 09, por la que se realizó la Fijación de Puntos Controvertidos, teniéndose en cuentas las pretensiones de la DEMANDANTE y los argumentos de descargo de la DEMANDADA. En ese sentido, se determinaron los siguientes puntos controvertidos:

- **Primer punto controvertido**

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare que la Resolución de Contrato a través de la Carta Notarial N° 012-OL-01-UACBS-INS-2022 con fecha 05 de mayo de 2022 realizada por la Entidad es inválida, ineficaz, y nula, al haber actuado injustamente.

- **Segundo punto controvertido**

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare que no existen penalidades aplicadas en el Contrato N° 82-2021-INSN.

- **Tercer punto controvertido**

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare cumplimiento de la prestación de servicio y en consecuencia ordene a la entidad el pago correspondiente.

- **Cuarto punto controvertido**

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare que la entidad cumpla con asumir el pago de las costas y costos del presente proceso arbitral.

6. Con fecha 6 de marzo de 2023, se llevó a cabo la Audiencia Única de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos, Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones, donde las partes tuvieron la amplitud y oportunidad suficiente de expresar sus argumentos y razones en torno a sus pretensiones.

7. Asimismo, mediante dicha Resolución N° 07, se cierra la etapa probatoria del proceso arbitral y se fija plazo de diez (10) días hábiles para laudar, ello de conformidad al Reglamento Arbitral del CENTRO DE ARBITRAJE.

En Relación con la Materia Probatoria

8. Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de 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 este Árbitro Único 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” (1)

Saneamiento procesal

9. Al respecto es necesario acotar que tanto al DEMANDANTE, como a la DEMANDADA se les ha dado todas las facilidades con el objetivo que ejerzan plenamente sus derechos a la tutela jurisdiccional efectiva, procediéndose a permitirles formular plenamente sus argumentos y posiciones en torno al debate procesal que se ha establecido al momento de fijar los puntos controvertidos.

10. Finalmente, ninguna de las partes adicionalmente a lo ya precisado ha formulado excepción ni ha cuestionado el establecimiento del proceso arbitral; por lo que se entiende que el proceso arbitral se ha llevado dentro de los cauces normales de las actuaciones de las partes y del Árbitro Único; por lo que, el presente proceso arbitral se encuentra saneado.

Análisis de los Puntos Controvertidos

11. **Primer punto controvertido.** – Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare que la Resolución de Contrato a través de la Carta Notarial N° 012-OL-01-UACBS-INS-2022 con fecha 05 de mayo de 2022 realizada por la Entidad es inválida, ineficaz, y nula, al haber actuado injustamente.

Posición del DEMANDANTE

Ha sido posición del DEMANDANTE el señalar que se observa del tracto contractual, que en diversas oportunidades ha sido la propia DEMANDADA quien no ha cumplido con los requisitos que le eran exigibles para el cumplimiento de nuestras prestaciones, ello de acuerdo a lo establecido en los TDRs y se acredita a través de la Carta N° 505-OL-INSN-2021, Carta N° 585-OL-INSN-2021, Carta N° 593-OL-INSN-2021 y Carta N° 002-OL-INSN-2022; por la que la propia DEMANDADA no sólo reconoce una ampliación de plazo, sino un incumplimiento por parte de ésta para entregar una pieza de funcionamiento denominado “master level”, sin la cual resultaba imposible cumplir con nuestras prestaciones.

Superada dicha omisión por parte de la DEMANDADA señala el DEMANDANTE que con fecha 14 y 15 de marzo de 2022, mediante sendas comunicaciones: Carta N° 013-2022/NEVASA CONSULTING y Carta N° 013-2022/NEVASA CONSULTING, respectivamente, se solicitó con la

¹ TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén. “Medios Probatorios en el Proceso Civil”. Ed.: Rodhas, Lima. 1994, p. 35.

formalidad requerida que la DEMANDADA procediera con la verificación de nuestros servicios y la suscripción del acta de conformidad correspondiente de acuerdo al artículo 168º del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

Situación de la que hizo caso omiso la DEMANDADA, procediendo a efectuar la resolución contractual por haber supuestamente alcanzado el tope máximo de la acumulación de la penalidad por mora, de esta forma, lo cual a criterio del DEMANDANTE constituye un accionar indebido e irregular por cuanto la DEMANDADA debía proceder conforme el procedimiento señalado en el párrafo anterior.

Posición de la ENTIDAD

Con respecto a la posición de la DEMANDADA, es necesario traer a colación que ha señalado en su contestación de la demanda que ha sido el DEMANDANTE quien no ha efectuado el cumplimiento de sus obligaciones, a pesar de las cuatro (4) ampliaciones de plazo otorgadas, corroborándose a través de diversos informes el incumplimiento por parte del DEMANDANTE de sus prestaciones a cargo, situación por la cual, finalmente se decidió resolver el vínculo contractual habiendo llegado a acumular el máximo de penalidades, siendo que se encontraba incurso en ella desde el 19 de enero de 2022 al no haberse otorgado ninguna otra ampliación de plazo al DEMANDANTE.

Posición del Árbitro Único

A manera de inicio, cabe precisar que el presente punto controvertido, toma en consideración la pretensión formulada por el DEMANDANTE, por lo que, el Árbitro Único resuelve en el rango que las pretensiones formuladas lo permitan, habiendo dicho ello, y conforme el planteamiento señalado por el DEMANDANTE en la presente pretensión recogida en este punto controvertido, corresponde únicamente analizar y evaluar si la resolución del Contrato ha sido efectuada en congruencia con la normativa y de acuerdo al procedimiento establecido por ésta.

Dicho ello, debe indicarse que, una vez perfeccionado el contrato, el contratista se compromete a ejecutar las prestaciones pactadas en favor de su contraparte, en el caso materia de análisis, respecto de la DEMANDADA, mientras que esta última se compromete a pagar al contratista la contraprestación acordada. En estos términos, el contrato se entenderá cumplido cuando ambas partes ejecuten sus prestaciones a satisfacción de sus respectivas contrapartes.

Sin embargo, la situación descrita en el párrafo anterior es el óptimo que se busca en materia de contrataciones; no obstante, no toda contratación termina en cumplimiento recíproco y oportuno de las prestaciones pactadas por las partes, pues dependiendo de hechos y circunstancias propias o ajenas a éstas, alguna de las partes podría verse imposibilitada de cumplirlas.

Ante tal eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la posibilidad de resolver el contrato, ya sea por la imposibilidad sobreviniente de ejecutar las obligaciones pactadas o el incumplimiento de estas, ello de conformidad al Artículo 36º de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, la cual para mayor precisión de mi decisión transcribo a continuación:

“Ley N° 30225

[...]

Artículo 36. Resolución de los contratos

36.1 Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes.

36.2 Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados. No corresponde el pago de daños y perjuicios en los casos de corrupción de funcionarios o servidores propiciada por parte del contratista, de conformidad a lo establecido en el artículo 11.

Conforme se observa del dispositivo glosado, si bien es cierto que lo ideal en el marco del sinalagma contractual es el cumplimiento de las obligaciones, ello dado que lo eficiente para las partes es el cumplimiento de sus obligaciones, esto es por parte de la entidad pública obtener la prestación que le permita continuar con el desarrollo de sus servicios y políticas públicas en el marco del interés público y del privado, obtener la retribución pactada; sin embargo, dicha situación no siempre podrá darse, ante lo cual la normativa ha incluido la figura de la resolución contractual como el remedio para resolver la situación de incumplimiento de alguna de las partes.

Complementariamente, es preciso traer a colación que el Reglamento de la Ley de Contrataciones ha establecido taxativamente las causales por las cuales se puede resolver el contrato por incumplimiento de las partes, para mayor abundamiento, citamos la parte correspondiente:

“Decreto Supremo N° 344-2028-EF

[...]

Artículo 164. Causales de resolución

164.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:

- a) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello;*
- b) Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o*
- c) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.*

164.2. El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el artículo 165 [...].”

Bajo dicho entendimiento, el Reglamento de la Ley de Contrataciones ha establecido las causales por las cuales se puede proceder con efectuar una resolución de contrato por atribución de incumplimiento ya sea del contratista o la entidad contratante, estableciéndose una clara diferenciación entre la resolución por el incumplimiento de obligaciones contractuales y la resolución por acumulación del monto máximo de las penalidades acumuladas.

Ahor bien, yendo al caso en concreto, se advierte de las posiciones presentadas por las partes, que la DEMANDADA optó por un doble iter en materia de resolución contractual, dado que por un lado, mediante Carta Notarial N° 003-OL-003-UABCS-INSN-2022 del 22 de febrero de 2022, requirió al DEMANDANTE el incumplimiento de sus obligaciones, ello de conformidad a la causal prevista en el literal a) del numeral 164.1 del artículo 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, no obstante finalmente, terminó resolviendo el Contrato a través de la Carta Notarial N° 012-OL-01-UACBS-INSN-2022 del 5 de mayo de 2022.

Allí es necesario acotar, que si bien la DEMANDADA en mérito de sus cláusulas exorbitantes, en el marco de un contrato administrativo como lo es el Contrato, reserva para sí potestades para resolver en forma unilateral en vínculo contractual, se entiende que dicha atribución no es absoluta y su ejercicio debe ceñirse y ejercerse conforme al derecho y a la normativa aplicable, esto es la Ley y su Reglamento.

Efectuando dicha atingencia, precisamos que la DEMANDADA ya había incoado en forma primigenia un procedimiento de resolución de contrato por incumplimiento de obligaciones del DEMANDANTE, efectuándole un requerimiento formal bajo sanción de proceder a ejecutar el apercibimiento, es decir con la resolución contractual, en dicho interín, el DEMANDANTE con fecha 25 de febrero de 2022, mediante Carta N° 010-2022/NEVASA CONSULTING solicitó el inicio del procedimiento de recepción y conformidad de los servicios de acuerdo al artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, incluso la DEMANDANTE reitera el inicio del citado procedimiento con fecha 25 de marzo de 2022, a través de la Carta Notarial N° 015-2022-NEVASA CONSULTING, situación que no fue respondida o descartada por la DEMANDADA en la oportunidad debida,

Pese a ello, con fecha 5 de mayo la DEMANDADA optó por efectuar la resolución de Contrato basada en la aplicación de la penalidad por mora, sustentando que el DEMANDANTE se encuentra incurso en mora desde el 19 de enero de 2022, fecha en la que venció la última ampliación de plazo otorgada (recuérdese que hubo seis (6) solicitudes de ampliación de plazo); no obstante, omite mencionar respecto a la posición del DEMANDANTE respecto a su solicitud formal para la recepción y conformidad del servicio, situación que no es abordada por la DEMANDADA.

Asimismo, es necesario señalar que el medio óptimo para descartar o contradecir lo expuesto por la DEMANDADA respecto al cumplimiento de sus prestaciones, hubiera sido la realización de un acta de constatación in situ del cumplimiento de sus obligaciones de conformidad con las especificaciones técnicas o términos de referencia aplicables y en el marco del procedimiento del artículo 168° del Reglamento, siendo que la emisión de informes no constituye un medio idóneo para ello, debido a que éstos constituyen una opinión o versión unilateral de carácter interno de determinados hechos, ello de conformidad al numeral 182.2 del artículo 182° del TUO de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG), no pudiendo a través de un informe sobre aspectos no constatados in situ generar certidumbre en el Árbitro Único.

En base hasta lo aquí expuesto, se evidencia que la DEMANDADA antes de la resolución contractual efectuada con fecha 5 de mayo de 2022, tenía la obligación de constatar el cumplimiento o no del servicio contratado, considerando la existencia de un pedido formal por parte del DEMANDANTE para la recepción y conformidad del servicio del mantenimiento correctivo, así las cosas, la DEMANDADA no podía proceder a efectuar la resolución por acumulación máxima de penalidades sin antes haber descartado el cumplimiento prestacional de su contraparte, siendo ello así la resolución contractual practicada por la DEMANDADA mediante Carta Notarial N° 012-OL-01-UACBS-INSN-2022 es ineficaz e inválida por haberla efectuado en forma indebida y contraria al arreglo de ley.

Siendo ello así, la pretensión formulada por el DEMANDANTE en cuanto al presente punto controvertido debe ser declarado fundado y en consecuencia se tiene por ineficaz y/o inválida la resolución contractual efectuada por la DEMANDADA mediante Carta Notarial N° 012-OL-01-UACBS-INSN-2022.

12. **Segundo punto controvertido.** – Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare que no existen penalidades aplicadas en el Contrato N° 82-2021-INSN.

Posición del DEMANDANTE

El DEMANDANTE respecto al segundo punto controvertido ha señalado que no le corresponde aplicación alguna de penalidad por mora, dado que ha cumplido con efectuar las prestaciones a su cargo, señalando que de existir retrasos en la ejecución de las prestaciones ello obedece claramente a incumplimientos por parte de la DEMANDADA.

Posición de la DEMANDADA

Por su parte, la ENTIDAD ha manifestado que el presente Contrato en cuanto a su plazo se ha distendido en exceso, siendo el plazo original de treinta y cinco (35) días calendario, así conforme al reporte del Área Usuaria, la DEMANDANTE acumula noventa y dos (92) días de mora, lo que arroja una penalidad aplicable de S/ 20,000.00 (Veinte Mil y 00/100 Soles).

Posición del Árbitro Único

A manera de inicio, debe indicarse que, una vez perfeccionado el contrato, el contratista se obliga a ejecutar sus prestaciones en favor de la entidad conforme a lo establecido en el Contrato, el cual contiene la oferta presentada por el contratista durante el procedimiento de selección; por su parte, la entidad se compromete a pagar al contratista la contraprestación correspondiente, en la forma y oportunidad establecidas en el contrato, conformándose de esta forma el sinalagma contractual.

Así bajo dicho supuesto, se aprecia que el cumplimiento en el plazo y conforme los alcances de las prestaciones acordadas es la situación esperada en el ámbito de la contratación estatal; sin embargo, dicha situación no siempre ocurrirá durante la ejecución contractual, pues alguna de las partes puede incumplir (parcial o totalmente) sus prestaciones, o verse imposibilitada de cumplirlas.

Ante tal eventualidad, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto distintas figuras jurídicas en virtud de las cuales las entidades contratantes pueden cautelar el cabal cumplimiento de las prestaciones contractuales, así como el interés público que subyace a la contratación, así las cosas, de acuerdo con el artículo 162° del Reglamento, cuando el contratista se retrasa injustificadamente en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, corresponde a la Entidad aplicarle la penalidad por mora o el concepto de otras penalidades; para tal efecto, el artículo 161° del Reglamento señala que debe deducir de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, según corresponda; o de ser necesario del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, el monto correspondiente a la penalidad por mora.

Haciendo un pequeño paréntesis, resulta necesario acotar que si bien la finalidad de las penalidades es cautelar el cabal cumplimiento de las prestaciones del contratista desincentivando el incumplimiento de sus obligaciones, además, esta figura jurídica está prevista para resarcir a la entidad por el perjuicio que el retraso o inadecuada ejecución de las prestaciones le hubiera causado.

Ahora bien, del análisis de la pretensión formulada y atendiendo a su naturaleza conceptual, es necesario antes de proseguir con el desarrollo del análisis que el Tribunal Unipersonal en materia de contrataciones del Estado es competente para sustanciar aspectos de penalidades, siempre que éstas hayan sido imputadas o determinadas en forma sustantiva, es decir para que este Colegiado sea competente, las penalidades sometidas a su fuero deben estar determinadas e imputadas a la parte contractual que lo amerite, así las partes podrán formular sus pretensiones a efectos de convalidar dichas imputaciones o solicitar su inaplicación.

Por lo que, atendiendo a lo resuelto a través del Primer Punto Controvertido, en tanto el Árbitro Único ha declarado inválido el procedimiento de resolución contractual efectuado por la DEMANDADA mediante Carta Notarial N° 012-OL-01-UACBS-INSN-2022 por acumulación máxima por penalidades, restableciéndose la relación jurídica hasta antes del invalidado acto acotado acto de resolución, por lo que en el presente escenario no existen penalidades imputadas al DEMANDANTE a nivel sustantivo, en mérito de lo cual, carece de objeto pronunciarse respecto del presente punto controvertido.

13. **Tercer punto controvertido.** - Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare cumplimiento de la prestación de servicio y en consecuencia ordene a la entidad el pago correspondiente.

Posición del DEMANDANTE

Respecto de este tercer punto controvertido, el DEMANDANTE ha solicitado como petitorio que ha cumplido con las prestaciones a su cargo conforme lo establecido en el Contrato, siendo ello así, señala que se debe proceder con el pago de su retribución pactada.

Posición de la DEMANDADA

Por su parte, la ENTIDAD ha señalado que conforme se evidencia de lo informado por la Oficina de Servicios Generales como Áreas Usuaria, el DEMANDANTE no ha cumplido con efectuar sus prestaciones, razón por la cual no resulta procedente efectuar el pago requerido por éste.

Posición del Árbitro Único

A efectos de iniciar el presente análisis, debemos señalar que en materia de contrataciones del Estado, existen dos conceptos neurálgicos respecto del cumplimiento de obligaciones, la conformidad y el pago, por el primero se entiende la satisfacción de la calidad esperada por el Área Usuaria, mientras que por el segundo se hace referencia a la transferencia de dinero proveniente del presupuesto público al privado o contratista previa conformidad de la ENTIDAD Contratante, lo que en otros términos significa que la conformidad es el presupuesto indispensable para proceder con el pago; sin conformidad no puede haber pago. Para mayor detalle efectuamos la transcripción de los artículos 168° y 171° del Reglamento:

“Artículo 168. Recepción y conformidad

168.1. La recepción y conformidad es responsabilidad del área usuaria. En el caso de bienes, la recepción es responsabilidad del área de almacén y la conformidad es responsabilidad de quien se indique en los documentos del procedimiento de selección.

168.2. La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien verifica, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias. Tratándose de órdenes de compra o de servicio, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

(...)

Artículo 171. Del pago

171.1. La ENTIDAD paga las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la conformidad de los bienes, servicios en general y consultorías, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello (...)

Es decir sin conformidad no puede haberse producido el pago; sin embargo, como se ha precisado en forma previa, se tiene que el marco conceptual del presente análisis se debe de centrar en el hecho del reclamo efectuado por el DEMANDANTE, esto es el pago producto del servicio efectuado, entendiéndose que de acuerdo al Contrato se había dispuesto el desarrollo

de dos servicios: (i) un mantenimiento correctivo cuyo monto correspondía a S/ 200,000.00 (Doscientos Mil y 00/100 Soles) y (ii) un mantenimiento preventivo que ascendía a S/ 6,720.00 (Seis Mil Setecientos Veinte y 00/100 Soles), el cual se realizaría por espacio de 18 meses, cada tres meses, servicio que se tendría que efectuar una vez concluido el mantenimiento preventivo.

En ese sentido, es necesario recalcar que de la pretensión formulada por el DEMANDANTE se observa que éste ha solicitado el pago del servicio en su totalidad, es decir incluyendo ambos mantenimientos, vale decir el correctivo y el preventivo, no siendo competente el Árbitro Único para proceder con la modificación de dicha pretensión, bajo sanción de incurrir en un Laudo Arbitral *extra petita* o *ultra petita*, siendo así, considerando complementariamente que conforme se ha expuesto al resolver los dos primeros puntos controvertidos, respecto a que la resolución contractual practicada por la DEMANDADA resulta inválida (restableciéndose la relación jurídica) y que el DEMANDANTE ha incoado un pedido de recepción y conformidad del servicio, el cual no ha sido atendido y en el que finalmente se determinará el cumplimiento o no de las prestaciones a cargo del DEMANDANTE, no corresponde al Tribunal Unipersonal emitir pronunciamiento al respecto.

14. **Cuarto Punto Controvertido.-** Determinar si corresponde o no ordenar la ENTIDAD al pago de los costos, entendiéndose por costos del proceso (Honorarios del Árbitro, la Secretaria Arbitral y los Honorarios del Abogado) y costas del proceso todos los gastos que se ha efectuado para el inicio del proceso arbitral, la designación del árbitro, así como los intereses legales y financieros de la suma de dinero indebidamente retenido, ello debido a que la ENTIDAD ha actuado de mala fe y como tal debe asumir con el pago de todo lo antes indicado.

Posición del DEMANDANTE

Respecto de este tercer punto controvertido, el DEMANDANTE ha solicitado como petitorio que sea la ENTIDAD quien asuma todos los costos y gastos que se ha incurrido en el presente proceso arbitral, debido a que el presente proceso arbitral se ha instaurado gracias al irregular accionar de ésta.

Posición de la DEMANDADA

Por su parte, la ENTIDAD ha señalado que le corresponde al DEMANDANTE asumir la totalidad de las costas y costos del arbitraje por haber sido éste quien producto de sus incumplimientos tuvo que acudir al arbitraje, siendo que de conformidad al Artículo 70° del Decreto Legislativo N° 1071 – Ley que Norma el Arbitraje, corresponde asumir los costos a la parte vencida.

Posición del Árbitro Único

En lo que respecta al presente punto controvertido, es necesario señalar que la regla general dicta que la asunción de costos y gastos arbitrales lo efectúa la parte vencida, debido que por su accionar indebido o irregular se tiene por consecuencia el proceso arbitral, ello es de conformidad al numeral 1 del artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071, para mayor énfasis transcribimos la citada disposición:

“Decreto legislativo N° 1071

[...]

Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

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

Por otro lado, el Reglamento del CENTRO DE ARBITRAJE, en cuanto a los costos y gastos arbitrales establece las siguientes disposiciones:

“Reglamento del Centro de Arbitraje

[...]

Contenido del laudo

Artículo 56º.-

1. *Todo laudo deberá ser motivado, a menos que las partes hayan convenido algo distinto o que se trate de un laudo pronunciado en los términos convenidos por las partes conforme al artículo 52º. Constarán en el laudo, la fecha en que ha sido dictado y el lugar del arbitraje.*
2. ***El Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 57º.***

Condena de costos

Artículo 57º.-

1. ***El Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo si procede la condena para el pago de los costos del arbitraje y establecerá cuál de las partes debe pagarlos o en qué proporción deben repartirse entre ellas,*** *teniendo presente, de haberse previsto, lo pactado en el convenio arbitral.*
2. *El término costos comprende:*
 - a. *Los honorarios y gastos del Tribunal Arbitral determinados por el Centro.*
 - b. *Los gastos administrativos del Centro.*
 - c. *Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje, de haber sido debidamente solicitados.*
 - d. *El costo del asesoramiento pericial o de cualquier otra asistencia requerida por el Tribunal Arbitral conforme a este Reglamento.*
 - e. *Los demás gastos originados en las actuaciones arbitrales.*
3. ***Para los efectos de la condena correspondiente se tomará en consideración el resultado o sentido del laudo,*** *así como la actitud que hubiesen tenido las partes durante el arbitraje, pudiendo penalizar el entorpecimiento o dilación manifiesto practicado por cualquiera de las partes. También se podrá tomar en consideración la pertinencia y cuantía de las pretensiones y si su monto incidió sustancialmente en el incremento de los costos.*
4. *Si no hubiera condena, cada parte cubrirá sus gastos y los que sean comunes en iguales proporciones, entendiéndose como comunes los honorarios y los gastos del Tribunal Arbitral, los honorarios de los peritos designados por dicho colegiado por propia iniciativa y los gastos administrativos del Centro.*

(Subrayado y resaltado nuestro)

Atendiendo a lo expuesto, se debe tener en cuenta que el Reglamento del CENTRO DE ARBITRAJE ha otorgado la potestad al Árbitro Único de determinar en el Laudo Arbitral el sentido de la condena respecto de los costos y gastos arbitrales, así como los conceptos que se deben considerar como tales.

Al respecto, con fecha 12 de octubre de 2022 fue aprobada la Pre-Liquidación de Honorarios Arbitrales por la Secretaría General del Centro, arrojando los siguientes montos:

III. CONCLUSIONES:

Se concluye que los montos correspondientes a los Honorarios del Árbitro Único y de la Secretaria Arbitral, son los siguientes:

Honorarios del Árbitro Único	S/ 14,321.25 + IMPUESTOS
Gastos Administrativos de la Secretaria Arbitral	S/ 6,723.75 + IGV

En consecuencia, este Árbitro Único determina los honorarios arbitrales en la cantidad de S/. 14,321.25 (Catorce mil trescientos veinte y uno con 25/100 Soles) más el respectivo Impuesto a la Renta (8%) por concepto de honorarios del Árbitro Único; asimismo, determina los Gastos Administrativos de Secretaria Arbitral en la cantidad de S/. 6,723.75 más el respectivo Impuesto a la Renta (8%).

Siendo ello así, en el presente proceso arbitral, se advierte que se han presentado cuatro pretensiones principales, incluyendo la presente, en ese sentido, el DEMANDANTE sólo ha obtenido la razón en la primera pretensión principal, mas no así en la segunda y tercera pretensiones, evidenciándose que las razones que lo llevaron a accionar la cláusula arbitral fue motivada ante la propia motivación del uso de un legítimo derecho de cuestionar lo que a su entender no se ajustaba al derecho, ello en defensa de sus intereses, no existiendo un uso abusivo de su facultad de iniciar una controversia; tampoco existe evidencia en el accionar de la DEMANDADA que la haga pasible de asumir la totalidad de los costos y gastos arbitrales. Siendo así, resulta correcto el proceder a determinar que cada una de las partes asuman por igual los costos y gastos arbitrales, ello de conformidad con el artículo 78° del Reglamento del CENTRO DE ARBITRAJE

En ese sentido, la ENTIDAD deberá devolver a favor del DEMANDANTE las cantidades de: i) S/. 7,160.62 (Siete mil ciento sesenta con 62/100 Soles) más el respectivo Impuesto a la Renta (8%) por concepto de honorarios del Árbitro Único; y, ii) S/. 3,361.88 (Tres mil trescientos sesenta y uno con 88/100 Soles) más el respectivo Impuesto. Dichas sumas deberán ser devuelta por la ENTIDAD a favor del DEMANDANTE debido a que éste último pago dichos conceptos en lugar de su contraparte

DECISIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

Estando a las consideraciones expuestas, dentro del plazo correspondiente, el Árbitro Único, en Derecho, LAUDA:

PRIMERO. - Declarar FUNDADO el PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO, por las razones expuestas en el considerando 11 de la parte considerativa del presente Laudo.

SEGUNDO. - Declarar IMPROCEDENTE - NO HABER MÉRITO PARA PRONUNCIARSE respecto del SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO, por las razones expuestas en el considerando 12 de la parte considerativa del presente Laudo.

TERCERO. - Declarar IMPROCEDENTE- NO HABER MÉRITO PARA PRONUNCIARSE respecto del TERCER PUNTO CONTROVERTIDO, por las razones expuestas en el considerando 13 de la parte considerativa del presente Laudo.

CUARTO. - Declarar FUNDADO en parte el CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO, por las razones expuestas en el considerando 14 de la parte considerativa del presente Laudo; en consecuencia, cada parte asuma en partes iguales los costos y gastos del presente proceso arbitral. En ese sentido, la ENTIDAD deberá devolver a favor del DEMANDANTE las cantidades de: i) S/. 7,160.62 (Siete mil ciento sesenta con 62/100 Soles) más el respectivo Impuesto a la Renta (8%) por concepto de honorarios del Árbitro Único; y, ii) S/. 3,361.88 (Tres mil trescientos sesenta y uno con 88/100 Soles) más el respectivo Impuesto.

Disponer que en el plazo máximo de cinco (5) días hábiles de emitido el presente Laudo, la Secretaría Arbitral cumpla con notificarlo a las partes en sus respectivos domicilios procesales electrónicos, así como a la Dirección de Arbitraje del OSCE.



DENNIS ITALO ROLDAN RODRÍGUEZ
Árbitro Único