

leg. 604-2017



Secretarías Arbitrales

Expediente : I342-2017

Demandante : CONSORCIO GE HEALTHCARE DEL PERÚ SAC - HEALTHCARE ARGENTINA

Demandado : INSTITUTO NACIONAL DE ENFERMEDADES NEOPLÁSICAS

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN N° 739 - 2019

Destinatario : PROCURADURÍA PÚBLICA DEL MINISTERIO DE SALUD
Dirección : Av. Arequipa N° 810, piso N° 09, Lima Cercado
Atención : Procurador Público

Por medio de la presente, le hago llegar un (01) ejemplar del Laudo Arbitral emitido con fecha 21 de junio de 2019, para los fines correspondientes.

Lo que notificamos de acuerdo a Ley.

Santiago de Surco, 24 de junio de 2019.




JOSÉ RODRIGO ROSALES RODRIGO
Secretario Arbitral
SEAR

Arbitraje de Derecho seguido entre

CONTRATISTA GE HEALTHCARE DEL PERÚ S.A.C – GE HEALTHCARE ARGENTINA S.A
(DEMANDANTE)

Y

INSTITUTO NACIONAL DE ENFERMEDADES NEOPLÁSICAS
(DEMANDADO)

LAUDO

ÁRBITRO ÚNICO
JOSÉ MIGUEL CARRILLO CUESTAS

Fecha de emisión: 21 de junio de 2019

En representación del Demandante

Sr. Rony Zvi Goldenstein Abramowicks

Sr. Alí Daniel Alvarado Arechua

Abog. Ricardo Luque Gamero

Abog. Jorge Luis Zubieta Henrice

Abog. Carlos Gastello Artega

Abog. Gracy Zapata Ore

Abog. Gisella Domecq Garcés

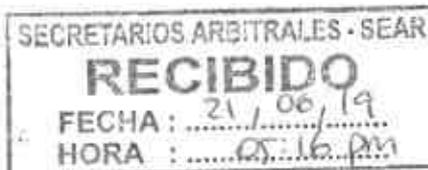
Abog. César Erick Calla Ramírez

En representación del Demandado

Abog. Juan Carlos Bocanegra Herrera

Abog. Luis Celedonio Valdez Pallette

Abog. Diana Merino Obregón



Secretario Arbitral

Abog. José Rodrigo Rosales Rodrigo

RESOLUCIÓN N° 19

Lima, 21 de junio de 2019.

VISTOS:

EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL

1. El Convenio Arbitral se encuentra incorporado de pleno derecho en la cláusula vigésima del Contrato N° 140-2015-INEN, para la "Adquisición de Tomógrafo Computarizado de 128 cortes con energía Dual" entre la empresa **CONSORCIO GE HEALTHCARE DEL PERÚ S.A.C – GE HEALTHCARE ARGENTINA S.A** (en adelante el CONTRATISTA) y el **INSTITUTO NACIONAL DE ENFERMEDADES NEOPLÁSICAS - INS** (en adelante la ENTIDAD) de fecha **02 de noviembre de 2015**, el arbitraje que en aplicación del Reglamento de la Ley, será AD-HOC, NACIONAL Y DE DERECHO.

DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

2. Con fecha **03 de abril de 2017**, mediante Oficio N°3748-2017-OSCE-DAR-SDAA, se designa como Árbitro Único al señor abogado José Miguel Carrillo Cuestas.

ANTECEDENTES DEL PRESENTE ARBITRAJE

3. Con fecha **01 de octubre de 2015**, el Comité Especial adjudicó la Buena Pro de la Licitación Pública N°004-2015-INEN, para la "Adquisición de Tomógrafo Computarizado de 128 cortes con Energía Dual".
4. Con fecha **02 de noviembre de 2015**, LA ENTIDAD celebró con el CONTRATISTA el Contrato N° 140-2015-INEN, proveniente de la Licitación Pública N°004-2015-INEN, para la "Adquisición de Tomógrafo Computarizado de 128 cortes con energía Dual" por un plazo de setenta y cuatro (74) días calendario, por un monto contractual equivalente a S/ 9'293,156.00 (Nueve Millones Doscientos Noventa y Tres con Ciento Cincuenta y Seis con 00/100 Soles) incluido IGV.
5. Con fecha **30 de noviembre de 2015**, la ENTIDAD realizó la entrega formal del ambiente en donde se debía instalar el equipo por parte del CONTRATISTA.
6. Con fecha **11 de diciembre de 2015**, el CONTRATISTA informa a la ENTIDAD mediante Carta s/n que no ha cumplido con retirar las cajas y bultos con restos humanos de patología, del área donde se debía realizar la instalación del equipo a cargo del CONTRATISTA.
7. Con fecha **18 de diciembre de 2015**, mediante Carta s/n, el CONTRATISTA reitera que hasta la fecha no se ha cumplido con despejar el área en donde se iniciará la instalación del equipo y solicita a la ENTIDAD que indique la fecha exacta en la que el espacio estará disponible para empezar con el reforzamiento, asimismo, señala que el atraso por parte de la ENTIDAD significa más días para que el CONTRATISTA cumpla con ejecutar las obligaciones a su cargo.

8. Con fecha **30 de diciembre de 2015**, mediante Carta Notarial N°012240-15, el CONTRATISTA le reitera a la ENTIDAD el contenido de su Carta s/n de fecha **18 de diciembre de 2015**.
9. Con fecha **04 de enero de 2016**, el CONTRATISTA mediante Carta s/n comunica a la ENTIDAD que entre los días **11 y 15 de enero de 2016** procederá con ingresar a las instalaciones el equipo que debía instalar, debido a que en reiteradas ocasiones solicitó a la ENTIDAD que cumpla con el acondicionamiento de un ambiente adecuado para almacenar el equipo y no obtuvo respuesta alguna.
10. Con fecha **13 de enero de 2016**, la ENTIDAD mediante Carta N°011-2016-OL-OGA/INEN comunica al CONTRATISTA el contenido del Memorándum N°041-2016-OIMS-OGA/INEM de fecha **10 de enero de 2016**, en el cual el Director de la Oficina de Ingeniería, Mantenimiento y Servicios de la ENTIDAD informó que no contaban con un ambiente especial para el almacenamiento del tomógrafo, por lo que se postergó la recepción del equipo e informó que el área de patología que sería requerida para el refuerzo estructural ya se encontraba liberada desde el día **11 de enero de 2016**.
11. Con fecha **20 de enero de 2016**, el CONTRATISTA mediante Carta s/n informa a la ENTIDAD que si bien el área de patología se encontraba liberada desde el **11 de enero de 2016**, aún quedaba pendiente mover los lockers y por ello las actividades relacionadas con el reforzamiento estructural del ambiente se iniciaron el **14 de enero de 2016**.
12. Con fecha **28 de enero de 2016**, el CONTRATISTA comunica mediante Carta s/n a la ENTIDAD que los trabajos de reforzamiento estructural del Ambiente, sufrieron un retraso debido a que en el área de trabajo se encontraba el mortuorio y el proceso de cambio de ropa por parte del personal de la ENTIDAD se realizaba en este ambiente, por lo cual el personal del CONTRATISTA debía salir del ambiente mientras se realizaba esta actividad, lo cual había generado un retraso de cinco (05) días.
13. Con fecha **16 de febrero de 2016**, mediante Carta N°09-2016-UFM-OIMS-OGA-INEM, la ENTIDAD informa al CONTRATISTA que está realizando coordinaciones con el área de patología de la ENTIDAD para trasladar las actividades del mortuorio y no interrumpan las actividades de reforzamiento estructural del ambiente. Asimismo, la ENTIDAD no aprueba el plano de instalación del lavamanos debido a que ante eventualidades podría perjudicar el funcionamiento de las máquinas.
14. Con fecha **17 de febrero de 2016**, el CONTRATISTA solicita una ampliación de plazo por cuarenta y nueve (49) días adicionales para la ejecución de las prestaciones a su cargo.
15. Con fecha **19 de febrero de 2016**, la ENTIDAD y el CONTRATISTA suscribieron el Acta de Recepción y Conformidad respecto del Orden de Compra N°9733, en el cual se deja constancia de la recepción del equipo y sus complementos.
16. Con fecha **29 de febrero de 2016**, mediante Carta N°103-2016-OL-OGA/INEM, la ENTIDAD otorgó al CONTRATISTA una ampliación de plazo de veinticinco (25) días para cumplir con el contrato.
17. Con fecha **01 de abril de 2016**, mediante Conformidad N°001-2016, la ENTIDAD le otorga al CONTRATISTA la conformidad de la entrega, instalación y puesta en funcionamiento del equipo.

Árbitro Único
José Miguel Carrillo Cuestas

18. Con fecha **09 de noviembre de 2016**, mediante Carta s/n, el CONTRATISTA cumple con presentar su informe sobre la operatividad del equipo desde el día **21 de marzo de 2016**, debido a que se realizaron las capacitaciones del personal de la ENTIDAD entre las fechas **21 y 23 de marzo del 2016**, por lo que dichas capacitaciones no podrían realizarse antes de que el equipo esté funcionando.
19. Con fecha **24 de enero de 2017**, mediante Carta N°027-2017-OL-OGA/INEN, la ENTIDAD informa al CONTRATISTA que mediante Resolución Jefatural N°21-2017-J/INEN con fecha **20 de enero de 2017**, se declaró la nulidad de oficio de la Carta N°103-2016-OL-OGA/INEN, la cual otorgaba la ampliación de plazo al CONTRATISTA y el Acta de Conformidad, por contener vicios insubsanables; por lo cual se debe aplicar una penalidad del 10% del monto del contrato, el cual equivale al monto de S/ 929, 315.60 (Novecientos Veintinueve Mil Trescientos Quince con 60/100 Soles).
20. Con fecha **02 de febrero de 2017**, el CONTRATISTA cumple con pagar a favor de la ENTIDAD la suma de S/ 929, 315.60 (Novecientos Veintinueve Mil Trescientos Quince con 60/100 Soles) por concepto de la penalidad aplicada.

DESARROLLO DEL PRESENTE ARBITRAJE

ACTUACIONES ARBITRALES

21. Con fecha **09 de junio de 2017** el CONTRATISTA cumple con presentar su demanda arbitral, la misma que observada por no haber cumplido con adjuntar el medio probatorio N°01, por lo que después de entregar el medio probatorio N°01 se admite su escrito de demanda y es puesto en conocimiento de la parte contraria a través de la Resolución N° 03 de fecha **16 de junio de 2017**.
22. Con fecha **01 de agosto de 2017**, la ENTIDAD presenta excepciones de incompetencia y de caducidad, las cuales fueron puestas en conocimiento de la parte contraria y se le otorga un plazo de veinte (20) días hábiles para manifestar lo conforme a su derecho a través de la Resolución N° 06.
23. Con fecha **04 de abril de 2018**, se realiza la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, en la se establecieron como puntos en controversia los siguientes:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Tribunal declare que el derecho del Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas ("INEN") a cuestionar los efectos del Acta de Conformidad No. 001-2016, emitida por el INEN con fecha 01 de abril de 2016, caducó el día 22 de abril de 2016, a consecuencia de lo cual, los actos contenidos en dicha acta quedaron plenamente consentidos a partir del día 23 de abril de 2016.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si, como consecuencia de amparar lo establecido en el Primer Punto Controvertido, corresponde que el Tribunal declare que el derecho del INEN a cuestionar los efectos de la Carta No. 103-2016-OL-OGA/INEN, emitida con fecha 29 de febrero de 2016, habría caducado el día 21 de marzo de 2016, a consecuencia de lo cual, los actos contenidos en la

referida carta quedaron plenamente consentidos a partir del 22 de marzo de 2016.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si, como consecuencia de amparar lo establecido en el Primer Punto Controvertido, corresponde o no que el Tribunal declare inválida y sin efecto legal la Resolución Jefatural No. 21-2017-J/INEN de fecha 20 de enero de 2017, al haber sido expedida con posterioridad al vencimiento del plazo de caducidad establecido para que el INEN cuestione los efectos del Acta de Conformidad No. 001-2016, emitida por el INEN con fecha 1 de abril de 2016.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si, como consecuencia de amparar lo establecido en el Primer Punto Controvertido, corresponde o no que el Tribunal deje sin efecto la Penalidad que fuera aplicada al CONTRATISTA y ordene al INEN que proceda a devolver el monto correspondiente a la misma a favor del CONTRATISTA la misma que fue ascendente a la suma de S/ 929,315.60.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

En caso el Tribunal desestime lo señalado en el Primer Punto Controvertido, determinar si corresponde que el Tribunal declare que los actos contenidos en la Carta No. 103-2016-OL-OGA/INEN, emitida por el INEN con fecha 29 de febrero de 2016, son válidos y surten plenos efectos, a consecuencia de lo cual, el plazo establecido en el Contrato No. 140-2015-INEN para la entrega, instalación y puesta en funcionamiento del Equipo se extendió por veinticinco (25) días adicionales al plazo previsto inicialmente.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si, como consecuencia de amparar lo establecido en el Quinto Punto Controvertido, corresponde que el Tribunal reduzca la cuantía de la Penalidad (aplicada por el INEN en contra del CONTRATISTA) en la suma de S/ 478,738.34 y ordene que el INEN proceda a devolver este monto a favor del CONTRATISTA.

SETIMO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar a quién corresponde el pago de los costos del presente proceso arbitral.

24. Con fecha **20 de agosto de 2018**, se declara concluida la etapa probatoria mediante Resolución N° 12 y se otorgó a las partes un plazo de cinco (05) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos.
25. Con **20 de octubre de 2018**, a través de la Resolución N° 13 se deja constancia que la ENTIDAD cumplió con presentar su escrito de alegatos finales y se fija como fecha para la Audiencia de Informes Orales, el **23 de noviembre de 2018**.
26. Con fecha **23 de noviembre de 2018**, se realizó la Audiencia de Informes Orales, en la cual se fija plazo para laudiar por treinta (30) días hábiles, los cuales pueden ser prorrogados por treinta (30) días adicionales a discreción del árbitro.

27. Con fecha **30 de abril de 2019**, mediante Resolución N° 18, el Árbitro Único dispone hacer efectivo el uso de la atribución de prórroga del plazo para laudar por treinta días adicionales, los cuales vencen el día **21 de junio de 2019**.

CONSIDERANCIONES A TOMAR EN CONSIDERACIÓN EN EL ANALISIS DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL

28. Que el Arbitro Único, al momento de evaluar y resolver el presente caso, tiene en cuenta la prelación normativa dispuesta en la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por la Ley N°29873 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2018-EF y modifica por Decreto Supremo N°138-2012-EF (en adelante el RLCE) y las Directivas que apruebe OSCE para tal efecto, supletoriamente regirán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N°1071, Ley de Arbitraje.
29. Que, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el juzgador respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo a los principios generales de necesidad de la prueba, originalidad de la prueba, pertinencia y utilidad de la prueba, entre otros; por su parte, el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071 que regula el Arbitraje, otorga a los árbitros, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas.
30. Que, todo el ordenamiento jurídico peruano, en lo que se refiere al cumplimiento de los contratos, establece que los contratos son obligatorios para las partes, en este sentido, de conformidad con el artículo 142° del RLCE.
31. Que, es preciso dejar claramente establecido que éste como todos los casos que se sustentan en un contrato debe ser resuelto con sujeción al principio de la autonomía de las partes que, en forma fundamental, inspira el derecho contractual, principio que ha sido recogido en el artículo 62° de nuestra Constitución Política, además de la Ley, dentro de los alcances que establece el artículo 1° de la LCE y al amparo de los Principios que rigen las contrataciones consagrados en el artículo 4° de la citada ley, aplicable al presente caso.
32. Que, asimismo debe tenerse en cuenta lo dispuesto por los artículos 1352°, 1354° y 1356° del Código Civil que consagran el principio de la consensualidad, el principio de la libertad contractual y el carácter obligatorio de las disposiciones contractuales, respectivamente. Al respecto, el artículo 1361° del Código Civil declara como principio rector que *“los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos”* y el artículo 1362° del mismo cuerpo normativo prescribe que *“los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”*.
33. Que, del mismo modo, debe tomarse en cuenta el artículo 1352° del Código acotado, que establece que *“los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos casos que, además, deben observar la forma señalada por ley bajo sanción de nulidad”*; en igual sentido, el artículo 1373° del citado cuerpo normativo dispone que *“el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente”*.

Árbitro Único
José Miguel Carrillo Cuestas

34. Todas estas disposiciones consagran el principio jurídico rector de la contratación (“*pacta sunt servanda*”), base del derecho obligacional y contractual que compromete a las partes a cumplir de buena fe las obligaciones pactadas de un contrato.
35. Los principios de fuerza obligatoria del contrato, buena fe y común intención de las partes sostienen que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, presumiéndose legalmente que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes. En tal sentido, quien niega dicha coincidencia debe probarla.
36. Que, conforme se ha indicado anteriormente, en materia de probanza todo aquel que alega un hecho debe de probarlo, sin perjuicio de que el Arbitro Único pueda solicitar y actuar pruebas adicionales si considera que lo requiere. A tales efectos, el Arbitro Único a lo largo del arbitraje ha analizado la posición de la demandante y del demandado, sus alegaciones y las pruebas que han aportado al presente proceso.
37. Que siendo ello así, corresponde al Árbitro Único, establecer la secuencia lógica del presente Laudo mediante la exposición ordenada de su criterio respecto a cada una de las pretensiones postuladas, atendiendo no solo a la argumentación propuesta por las partes sino también analizando las pruebas ofrecidas y actuadas respecto a cada una de dichas pretensiones.
38. Debe tenerse en cuenta que el Árbitro Único evalúa las pruebas aportadas al proceso para determinar, en base a su valoración conjunta, las consecuencias que para las partes se deriven de haber probado o no sus respectivas alegaciones de acuerdo a derecho.
39. Que, a los efectos de valorar las pruebas aportadas al presente proceso arbitral, que es uno de derecho, debe tenerse en cuenta, como ya se ha expresado, que la carga de la prueba corresponde a quien alega determinado hecho. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la prueba tiene por objeto que la parte interesada acredite ante el juzgador los hechos que invoca en la sustentación de su posición para crear certeza respecto de ellos. A este respecto, la doctrina señala que:

“La noción vulgar o corriente de probar la recoge y tecnifica la ley para que las partes interesadas en un litigio sepan a qué atenerse en cuanto al modo de hacerlo (...) probar es averiguar la verdad de una cosa, justificarla, hacerla presente (...).”

Es obvio que haya diferencia entre la prueba social y la prueba jurídica, dadas las sanciones o consecuencias que el derecho establece si se da o no se da la prueba del hecho o del acto jurídico, verbigracia, la cosa juzgada, que socialmente no existe. En sentido legal la prueba no es una demostración cualquiera, sino a través de ciertos medios y procedimientos que la ley del proceso prescribe, permite o prohíbe, con mayor o menor severidad según los varios pueblos (...).

Todo medio que pueda alcanzar el doble fin de hacer conocido del juez un hecho, es decir, darle conocimiento claro y preciso de él, y juntamente darle la certeza de la existencia del hecho, es un medio de prueba. Como el juez ignora los hechos, pero las partes interesadas si lo conocen, pues lo han creado y los han vivido, deben hacérselos conocer de tal manera que el conocimiento le produzca certeza en su criterio.”

40. De la revisión de los escritos presentados por las partes, las pruebas aportadas y las posteriores actuaciones en el marco del presente proceso arbitral, se aprecia la existencia de un vínculo contractual válido y eficaz entre las partes sustentado en el CONTRATO,

f

que además se ejecutó en su integridad – y dentro del plazo contractual al que se obligó - por parte del CONTRATISTA.

DETERMINACIÓN DE LOS PUNTOS EN CONTROVERSIA ENTRE LAS PARTES

31. En atención a las posiciones de las partes sobre los fundamentos de hecho y derecho de la controversia recogidos en sus escritos en el presente proceso arbitral, el Árbitro Único, determinó con las partes en la Audiencia de Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos, Admisión de los Medios Probatorios e Ilustración de hechos, como los puntos en controversia los siguientes:

1. *Determinar si corresponde o no que el Tribunal declare que el derecho del Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas ("INEN") a cuestionar los efectos del Acta de Conformidad No. 001-2016, emitida por el INEN con fecha 01 de abril de 2016, caducó el día 22 de abril de 2016, a consecuencia de lo cual, los actos contenidos en dicha acta quedaron plenamente consentidos a partir del día 23 de abril de 2016.*
2. *Determinar si, como consecuencia de amparar lo establecido en el Primer Punto Controvertido, corresponde que el Tribunal declare que el derecho del INEN a cuestionar los efectos de la Carta No. 103-2016-OL-OGA/INEN, emitida con fecha 29 de febrero de 2016, habría caducado el día 21 de marzo de 2016, a consecuencia de lo cual, los actos contenidos en la referida carta quedaron plenamente consentidos a partir del 22 de marzo de 2016.*
3. *Determinar si, como consecuencia de amparar lo establecido en el Primer Punto Controvertido, corresponde o no que el Tribunal declare inválida y sin efecto legal la Resolución Jefatural No. 21-2017-J/INEN de fecha 20 de enero de 2017, al haber sido expedida con posterioridad al vencimiento del plazo de caducidad establecido para que el INEN cuestione los efectos del Acta de Conformidad No. 001-2016, emitida por el INEN con fecha 1 de abril de 2016.*
4. *Determinar si, como consecuencia de amparar lo establecido en el Primer Punto Controvertido, corresponde o no que el Tribunal deje sin efecto la Penalidad que fuera aplicada al CONTRATISTA y ordene al INEN que proceda a devolver el monto correspondiente a la misma a favor del CONTRATISTA la misma que fue ascendente a la suma de S/ 929,315.60.*
5. *En caso el Tribunal desestime lo señalado en el Primer Punto Controvertido, determinar si corresponde que el Tribunal declare que los actos contenidos en la Carta No. 103-2016-OL-OGA/INEN, emitida por el INEN con fecha 29 de febrero de 2016, son válidos y surten plenos efectos, a consecuencia de lo cual, el plazo establecido en el Contrato No. 140-2015-INEN para la entrega, instalación y puesta en funcionamiento del Equipo se extendió por veinticinco (25) días adicionales al plazo previsto inicialmente.*
6. *Determinar si, como consecuencia de amparar lo establecido en el Quinto Punto Controvertido, corresponde que el Tribunal reduzca la cuantía de la Penalidad (aplicada por el INEN en contra del CONTRATISTA) en la suma de S/ 478,738.34 y ordene que el INEN proceda a devolver este monto a favor del CONTRATISTA*
7. *Determinar a quién corresponde el pago de los costos del presente proceso arbitral.*

32. En atención a señalado este Árbitro Único considera expresar que al momento de analizar las cuestiones previas y los puntos en controversia tendrá en consideración los medios de prueba aportados durante el desarrollo del presente proceso arbitral.

33. De otro lado, el Árbitro Único deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje, se han 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 tomada en cuenta para su decisión o no haya sido valorada, por lo que el Árbitro Único deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

34. Asimismo, cabe precisar que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Árbitro Único respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba: necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad. Los medios probatorios deben ser valorados por el Árbitro Único de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueban los hechos que fundamentan sus pretensiones, éstas deberán ser declaradas infundadas.
35. Que el Árbitro Único, al momento de evaluar y resolver el presente caso, tiene en cuenta la prelación normativa dispuesta en el Acta de Instalación del Árbitro Único se dejó constancia que se aplicará Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por la Ley N°29873 (en adelante la LCE) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2018-EF y modifica por Decreto Supremo N°138-2012-EF (en adelante el RLCE) y las Directivas que apruebe OSCE para tal efecto, supletoriamente regirán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N°1071, Ley de Arbitraje.
36. Igualmente, se deja establecido en caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Árbitro Único resolverá en forma definitiva, del modo que considere pertinente.
37. Finalmente, que de conformidad con lo establecido en el artículo 43° del Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, el Árbitro Único tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia, actuación y valor de las pruebas.

CUESTIONES PREVIAS A RESOLVERSE PREVIO A ANALIZAR LOS PUNTOS EN CONTROVERSIDA

SOBRE LAS EXCEPCIONES DE INCOMPETENCIA Y CADUCIDAD PLANTEADA POR LA ENTIDAD

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

41. La ENTIDAD ha deducido las excepciones de incompetencia y caducidad, fundamentando ambas en los mismos argumentos. En ese sentido, señala que de acuerdo al artículo 42° de la LCE, el contrato de bienes y servicios culmina con la conformidad de recepción de la última prestación brindada y el pago correspondiente.
42. La ENTIDAD manifiesta que el contrato ya había culminado con el pago total realizado el día **17 de abril de 2016**, y que los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben ser

solicitados en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato, de acuerdo con el artículo 52.2° de la LCE.

43. La ENTIDAD manifiesta que al ser la LCE una norma de cumplimiento obligatorio, se debe tener en cuenta que el contrato al haber culminado, no corresponde que el árbitro único se pronuncie sobre las pretensiones planteadas por el CONTRATISTA.
44. Asimismo, la ENTIDAD señala que la Resolución Jefatural N°21-2017-J/INEN, el cual declaró la nulidad de oficio del Acta de Conformidad N°001-2016 y la Carta N°103-2016-OL-OGA/INEN, se fundamentó en el principio de privilegio de controles posteriores, de conformidad con el numeral 1.16 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG, los cuales indica la ENTIDAD que no implicarían que se retorne a la etapa contractual.
45. Por las razones antes mencionadas, la ENTIDAD señala que el árbitro único carece de competencia para pronunciarse sobre las pretensiones planteadas por el CONTRATISTA debido a que el contrato culminó antes de la presentación de solicitud del arbitraje que se dio con fecha **13 de febrero de 2017**, por lo que de conformidad con el artículo 52.2 de la LCE su derecho de solicitar arbitraje ha caducado al momento de la culminación del contrato.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

46. El CONTRATISTA señala respecto a los fundamentos de las excepciones formuladas por la ENTIDAD son incorrectas y no ajustadas a la ley debido a que la ENTIDAD espero más de nueve (09) meses desde el pago por la entrega del equipo para declarar la nulidad de oficio de la Carta de Ampliación de Plazo N°103-2016-OL-OGA/INEN y el Acta de Conformidad N°001-2016.
47. Asimismo, el CONTRATISTA cuestiona el argumento de la ENTIDAD respecto a la facultad de cuestionar cualquier aspecto de un contrato culminado, y negar la oportunidad a la contraparte privada de cuestionar las decisiones de la ENTIDAD.
48. El CONTRATISTA señala que esta facultad permitiría a la ENTIDAD ejecutar plenamente cualquier acción y en cualquier momento, sin que la parte contraria pueda manifestar su oposición.
49. El CONTRATISTA señala que durante el marco de una contratación pública existen dos (02) relaciones jurídicas entre la ENTIDAD y el CONTRATISTA, el primero desde el momento de la convocatoria hasta el otorgamiento de la Buena Pro, en el cual la naturaleza de la relación jurídica es administrativa y por tanto se materializa en actos administrativos; el segundo empieza desde la suscripción del contrato y es de naturaleza paritaria – contractual.
50. Es por ello, el CONTRATISTA señala que a partir de la suscripción del contrato, la ENTIDAD debía activar los mecanismos de solución de controversias si consideraba que alguna actuación no se ajustaba a ley, para evitar que la controversia sea resuelta por una autoridad competente y no por la propia ENTIDAD.
51. Sobre el cuestionamiento por parte de la ENTIDAD de la Carta de Ampliación de Plazo N°103-2016-OL-OGA/INEN y el Acta de Conformidad N°001-2016, el CONTRATISTA



señala que el plazo para cuestionar dichas actuaciones ha caducado el **21 de marzo y 22 de abril de 2016** respectivamente.

52. El CONTRATISTA señala que la ENTIDAD ha utilizado un mecanismo incorrecto para cuestionar los efectos de la Carta de Ampliación de Plazo N°103-2016-OL-OGA/INEN y el Acta de Conformidad N°001-2016, debido a que lo realizó mediante un acto administrativo, cuando debió hacerlo mediante los mecanismos de solución de controversias regulados en la LCE.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO

53. Las excepciones son medios de defensa formal que se orientan a cuestionar la validez de la relación procesal, advirtiendo en la misma la existencia de un vicio que hace imposible la continuación del proceso. La LCE no establece un listado de excepciones y tampoco resulta posible aplicar de manera supletoria el Código Procesal Civil, debido al principio de especialidad que recoge la LCE en su artículo 5 sobre el cual volverá el árbitro más adelante. Sin embargo, nada de lo dicho impide que el demandado en un arbitraje pueda proponer excepciones que tengan como objetivo cuestionar la posibilidad de que se someta a arbitraje una determinada controversia. En ese sentido, cabe citar la opinión N° 001-2014-DAA emitida por OSCE, que en sus conclusiones 3.2 y 3.3 dice:
- 3.2 En los arbitrajes bajo el ámbito de la normativa de contrataciones con el Estado no resultan aplicables de manera supletoria las disposiciones del Código Procesal Civil, por cuanto no se encuentran dentro de esquema normativo previsto en el artículo 52 de la Ley y porque prima el principio de especialidad en la aplicación de la Ley y su Reglamento, seguido por la Ley de Arbitraje. Así, las excepciones u objeciones que se formulen en el arbitraje, si bien podrán ser denominadas de modo similar a las establecidas en el artículo 446 del Código Procesal Civil, no podrán fundamentarse ni resolverse en aplicación de las disposiciones de dicha norma”
- 3.3 “Las excepciones que pueden interponerse en un arbitraje no conforman una lista taxativa o cerrada, pudiendo fundamentarse en: i) la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral; ii) no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida; o iii) cualquier otra estimación que impida entrar en el fondo de la controversia, tales como la excepción de incompetencia, la excepción de cosa juzgada, la excepción de caducidad, entre otras”
54. En un arbitraje, la excepción de incompetencia implica un cuestionamiento a la facultad de los árbitros para pronunciarse y decidir sobre una controversia sometida a su conocimiento y decisión, denunciando que los árbitros no son competentes para resolver. Esta situación se da, básicamente, cuando no existe convenio arbitral o cuando las controversias no pueden ser decididas en arbitraje.
55. En el presente caso, LA ENTIDAD considera que el árbitro no es competente porque el contrato ya ha concluido y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 52 numeral 52.2 de la LCE, el arbitraje debe ser iniciado antes de la culminación del contrato.
56. La caducidad es una sanción legal que origina la extinción del derecho como consecuencia del no ejercicio del mismo en plazo determinado, lo que conlleva a la imposibilidad de accionar para proteger ese derecho, pues resulta imposible pedir protección para un derecho inexistente. En ese sentido, la excepción de caducidad tiene como objetivo advertir al árbitro que el derecho que se plantea en la controversia se ha extinguido, por lo cual no tiene sentido continuar con el arbitraje.
57. En el presente caso, LA ENTIDAD considera que ha operado el plazo de caducidad establecido en el artículo 52 numeral 52.2 de la LCE, porque el contrato ha concluido y de acuerdo a lo dispuesto en dicha norma, el arbitraje debe ser iniciado antes de la culminación del contrato.

58. El caso de los contratos regulados por las normas de contratación pública por mandato legal se obliga a las partes a resolver las controversias que se originan en la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, mediante conciliación o arbitraje, tal como se lee en el numeral 52.1 del artículo 52 de la LCE, norma que literalmente establece:

“Artículo 52. Solución de controversias

52.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. La conciliación debe realizarse en un centro de conciliación público o acreditado por el Ministerio de Justicia.”

59. Por lo tanto, en el caso de contratación pública la competencia de los árbitros viene otorgada por mandato legal y no por acuerdo de las partes, razón por la cual, en arbitraje sobre contratos celebrados bajo el régimen de la LCE, los árbitros solo son competentes para conocer aquellas materias que dicha ley establece como materia arbitral. En otras palabras, tratándose de contratos celebrados bajo el marco de la LCE, los árbitros son competentes para conocer y decidir sobre aquellas controversias cuya solución ha sido asignada por la dicha ley a la decisión de un Tribunal Arbitral o Árbitro Único.
60. El árbitro advierte que las dos excepciones presentadas por LA ENTIDAD se basan en el mismo supuesto: el arbitraje se ha iniciado luego de concluido el contrato. Por lo tanto, resulta necesario analizar si en efecto el contrato celebrado entre LA ENTIDAD y EL CONTRATISTA ha concluido.
61. En ese orden de ideas, el árbitro considera que si bien en el caso ha quedado acreditado que LA ENTIDAD otorgó la conformidad e hizo el pago de la contraprestación a EL CONTRATISTA, y que por tal motivo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 42 de la LCE, se podría sostener que el contrato concluyó, resulta necesario evaluar los efectos de la Resolución Jefatural N°21-2017-J/INEN mediante la cual la Entidad declaró la nulidad de oficio de la Carta N°103-2016-OL-OGA/INEN, con la que se otorgó la ampliación de plazo al CONTRATISTA, y la nulidad de la Conformidad.
62. Así pues, si la Resolución Jefatural N°21-2017-J/INEN fuese válida y eficaz, quedaría sin efecto el Acta de Conformidad, en razón de lo cual se podría alegar que no hubo pago de acuerdo a la LCE y al RLCE, y que por tanto en realidad el contrato no habría concluido.
63. Sin embargo, el análisis para determinar la validez y eficacia de la Resolución Jefatural N°21-2017-J/INEN implica un examen que a criterio del árbitro no puede hacerse como parte de la evaluación de las excepciones, ya que implica la revisión y consideración de aspectos que no son solo formales, por lo que no resulta posible amparar las excepciones propuestas, las mismas que deben ser declaradas improcedentes.

ANALISIS DE LOS PUNTOS EN CONTROVERSIA

64. Atendiendo a lo señalado, corresponde ahora analizar estrictamente los puntos en controversia, corresponde ordenarlos de la siguiente manera:

PRIMER PUNTO EN CONTROVERSIA

Determinar si corresponde o no que el Tribunal declare que el derecho del Instituto Nacional de Enfermedades Neoplásicas (“INEN”) a cuestionar los efectos del Acta de Conformidad No. 001-2016, emitida por el INEN con fecha 01 de abril de 2016, caducó el

día 22 de abril de 2016, a consecuencia de lo cual, los actos contenidos en dicha acta quedaron plenamente consentidos a partir del día 23 de abril de 2016.

SEGUNDO PUNTO EN CONTROVERSIA

Determinar si, como consecuencia de amparar lo establecido en el Primer Punto Controvertido, corresponde que el Tribunal declare que el derecho del INEN a cuestionar los efectos de la Carta No. 103-2016-OL-OGA/INEN, emitida con fecha 29 de febrero de 2016, habría caducado el día 21 de marzo de 2016, a consecuencia de lo cual, los actos contenidos en la referida carta quedaron plenamente consentidos a partir del 22 de marzo de 2016.

TERCER PUNTO EN CONTROVERSIA

Determinar si, como consecuencia de amparar lo establecido en el Primer Punto Controvertido, corresponde o no que el Tribunal declare inválida y sin efecto legal la Resolución Jefatural No. 21-2017-J/INEN de fecha 20 de enero de 2017, al haber sido expedida con posterioridad al vencimiento del plazo de caducidad establecido para que el INEN cuestione los efectos del Acta de Conformidad No. 001-2016, emitida por el INEN con fecha 1 de abril de 2016.

CUARTO PUNTO EN CONTROVERSIA

Determinar si, como consecuencia de amparar lo establecido en el Primer Punto Controvertido, corresponde o no que el Tribunal deje sin efecto la Penalidad que fuera aplicada al CONTRATISTA y ordene al INEN que proceda a devolver el monto correspondiente a la misma a favor del CONTRATISTA la misma que fue ascendente a la suma de S/ 929,315.60.

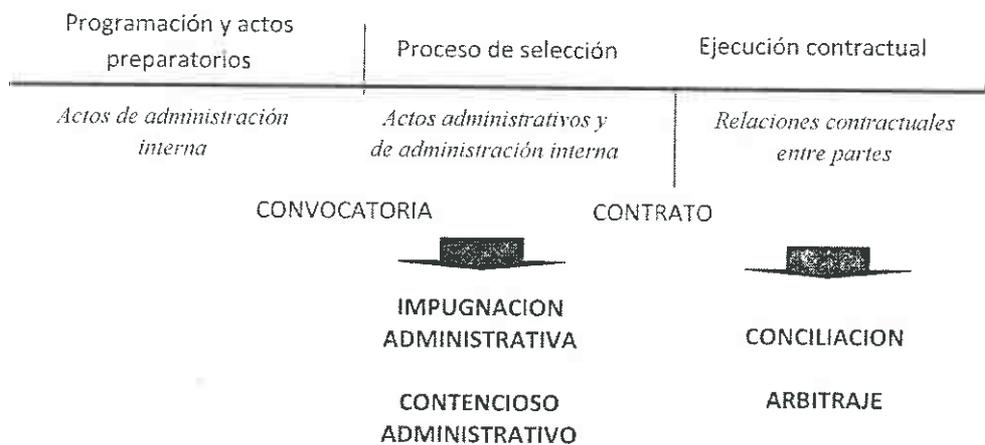
POSICIÓN DEL CONTRATISTA

65. El CONTRATISTA señala que durante el marco de una contratación pública existen dos (02) relaciones jurídicas entre la ENTIDAD y el CONTRATISTA, el primero desde el momento de la convocatoria hasta el otorgamiento de la Buena Pro, en el cual la naturaleza de la relación jurídica es administrativa; el segundo empieza desde la suscripción del contrato y es de naturaleza paritaria – contractual, de conformidad con lo señalado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado:

El otro hito es la suscripción del contrato, pues a partir de este momento las relaciones jurídicas dejan de ser administrativas, de naturaleza subordinada y originadas en actos administrativos (Administración – administrado), para convertirse en relaciones jurídicas contractuales de naturaleza fundamentalmente paritaria (relaciones entre partes), aun cuando sigan siendo relaciones administrativas

Sin embargo, para solucionar las controversias que se originan en estas relaciones jurídicas, el Derecho Peruano ha adoptado una decisión especial, pues utiliza mecanismos de solución de controversias propias del derecho privado: la conciliación y el arbitraje.”

66. Asimismo, el CONTRATISTA adjuntó el siguiente gráfico en el cual detalla la naturaleza de la relación jurídica de una contratación pública:



67. Al respecto, la Subdirección de Capacitación del OSCE señala lo siguiente:

Desde el año 2000, con la emisión de la Ley N° 27330, norma que modifica, entre otros, el artículo 53° de la derogada Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, Ley N° 26850, en nuestro país se ha decidido utilizar mecanismos alternativos para la solución de controversias que ocurran en la etapa contractual, dejando de lado soluciones administrativas o judiciales. Así, actualmente, el artículo 52° de la vigente Ley de Contrataciones del Estado [en relación a la LCE], establece expresamente que: “Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resolverán mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes (...)”.

68. De conformidad con el artículo 52.2° de la LCE, el CONTRATISTA señala lo siguiente:

(...) Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento.

69. Asimismo, el artículo 174° del RLCE señala sobre el plazo para iniciar arbitraje respecto a:

(...) Las discrepancias en relación a la recepción y/o conformidad, así como la negativa de la Entidad de efectuarlas podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa o de vencido el plazo para otorgar la conformidad, según corresponda.

70. Por lo antes señalado, el CONTRATISTA señala que la LCE y el RLCE establece que las controversias derivadas de temas relacionados a la recepción y conformidad del servicio

f

deben resolverse mediante arbitraje, durante un plazo de quince (15) días hábiles, que es computado desde la fecha de recepción, y por ello el CONTRATISTA señala que el plazo para presentar recurso alguno sobre el Acta de Conformidad debía ser a los quince (15) días hábiles de recepcionada la misma (**01 de abril de 2016**), el cual vencía el **22 de abril de 2016**, y con ello caducó el derecho de la ENTIDAD de cuestionar el Acta de Conformidad.

71. Como consecuencia de la caducidad del derecho de la ENTIDAD, para poder cuestionar el Acta de Conformidad, el CONTRATISTA señala que corresponde de conformidad con el artículo 2003° del CC, la extinción del derecho y de la acción correspondiente.
72. Asimismo, el CONTRATISTA señala que al momento de efectivizarse el plazo de caducidad, se le otorgó la seguridad de que los actos contenidos en el Acta de Conformidad no podrían ser cuestionados por la ENTIDAD debido a que quedaron plenamente consentidos.
73. El CONTRATISTA destaca lo señalado por la ENTIDAD mediante su Resolución Jefatural, en el cual se argumenta lo siguiente:

“Que, la normativa de Contrataciones del Estado ha previsto la Nulidad de oficio de un proceso de selección, hasta antes de la celebración del contrato así como la Nulidad de oficio de un contrato, siempre que se verifiquen las causales señaladas en el artículo 56 de LA LEY. Sin embargo, ni LA LEY ni EL REGLAMENTO han regulado la Nulidad de Oficio de actos expedidos durante la fase de ejecución contractual como es el presente caso, la aprobación de ampliación de plazo, por lo que cada Entidad debe analizar dichas actuaciones – vistas en este caso como actos administrativos enmarcados en una faz contractual- conforme a las formalidades y el procedimiento previsto en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General [en adelante, LPAG], teniendo en cuenta su aplicación supletoria a la normativa especial.”

74. El CONTRATISTA señala al respecto de lo mencionado anteriormente que el legislador no ha regulado la nulidad de oficio de los actos dictados por la ENTIDAD durante la ejecución contractual, es porque la naturaleza de este proceso es contractual y no puede darse modificaciones unilaterales por parte de la ENTIDAD y que cualquier controversia suscitada entre las partes debe resolverse mediante los mecanismos de solución de controversias.
75. Por todo lo antes expuesto, el CONTRATISTA señala que este árbitro único debe desestimar la Resolución Jefatural N° N°21-2017-J/INEN, debido que si se ampara esto implicaría la desnaturalización del ordenamiento normativo de la LCE, otorgando a las entidades la posibilidad de cuestionar actuaciones relacionadas a la ejecución contractual mediante un mecanismo no previsto y en cualquier momento, hasta después de culminado el contrato, generando inseguridad jurídica en el CONTRATISTA.
76. El CONTRATISTA señala que al ser declarada fundada la primera pretensión principal, corresponde como consecuencia declarar fundada la primera pretensión accesoria debido a que al haber caducado el derecho de la ENTIDAD para cuestionar el Acta de Conformidad N° N°001-2016, corresponde por lógica aplicar la caducidad de cuestionar

la Carta de Ampliación de Plazo N°103-2016-OL-OGA/INEN por la misma justificación de la primera pretensión principal.

77. Al respecto de la ampliación de plazo, el CONTRATISTA señala que en virtud del artículo 52° de la LCE y del artículo 175 del RLCE, el procedimiento para iniciar arbitraje por controversias relacionadas a las ampliaciones de plazo corresponde ser iniciado dentro de los quince (15) días desde la emisión comunicando la decisión, lo cual caducaba el día **21 de marzo de 2016**.
78. Por lo antes señalado, el CONTRATISTA señala que a partir del **22 de marzo de 2016**, la carta de la decisión de ampliación de plazo quedó plenamente consentida y no correspondería a la ENTIDAD realizar algún cuestionamiento al respecto.
79. Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, el CONTRATISTA señala que se debe declararse sin validez alguna la Resolución Jefatural N°021-2017-J/INEN, debido a que los cuestionamientos realizados por la ENTIDAD fueron después de que operó el plazo de caducidad.
80. Asimismo, otra de las consecuencias que corresponderían al declarar sin efecto la Resolución Jefatural N°021-2017-J/INEN, es dejar sin efecto la aplicación de la penalidad al CONTRATISTA y la devolución del pago realizado por concepto de la misma, ya que al dejarse sin efecto la Resolución Jefatural N°021-2017-J/INEN, se estaría dejando sin efecto la nulidad del Acta de Conformidad N° N° N°001-2016 y resultaría inaplicable penalidades sin observaciones en el Acta de Conformidad, como señala el CONTRATISTA.
81. Es por ello, que el CONTRATISTA considera que en el supuesto que la ampliación de plazo no fue otorgada correctamente y, por tanto, que no se aplicó oportunamente una penalidad, constituye un supuesto de responsabilidad funcional que debe ser resuelto al interior de la ENTIDAD mediante los mecanismos de responsabilidad funcional establecidos en la ley y no afectando al CONTRATISTA.
82. El CONTRATISTA señala que no se puede aplicar el Código Civil en la fijación de plazos de caducidad por ley, al ámbito normativo de las contrataciones del Estado, de conformidad con la doctrina:
- “(...) Haciendo un poco de historia sobre el origen del plazo de caducidad que rige para el inicio del arbitraje en la fase de ejecución contractual, encontramos que originalmente la Ley N° 26850 “Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado” no estableció plazos de prescripción o de caducidad especiales para recurrir a los sistemas de solución de controversias en la fase de ejecución contractual, los que de conformidad con los artículos 2000° y 2004° del Código Civil sólo pueden ser establecidos por Ley.”*
83. Por lo antes señalado, el CONTRATISTA manifiesta que no se puede aplicar un plazo de caducidad a la solicitud de ampliación de plazo y por lo cual el CONTRATISTA no habría perdido su derecho de solicitar la ampliación de plazo, ya que si no se ha regulado la naturaleza del plazo, sencillamente no se genera ninguna consecuencia si la solicitud de ampliación de plazo se presenta con posterioridad.

POSICION DE LA ENTIDAD

84. La ENTIDAD señala que la solicitud de arbitraje debió presentarse durante la ejecución de contrato y no después de la culminación del mismo, que se dio el día **17 de abril de 2016**, con el pago de la contraprestación a cargo de la ENTIDAD.
85. Asimismo, la ENTIDAD señala que las pretensiones formuladas por el CONTRATISTA en la solicitud de arbitraje son diferentes a las pretensiones formuladas en la demanda arbitral, por lo que debería ser considerada improcedente sus pretensiones.
86. La ENTIDAD señala que en el presente arbitraje no relevante la recepción y conformidad de la prestación, ni la ampliación de plazo, debido a que no han sido incorporados dentro de las pretensiones formuladas en la solicitud de arbitraje, en el presente arbitraje como señala la ENTIDAD debe declararse la procedencia o no de la nulidad de oficio que fue decretada mediante Resolución Jefatural N°021-2017-J/INEN.
87. La ENTIDAD señala que la Carta N°103-2016-OL-OGA/INEN, es un acto administrativo y cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 1° LGPA, y por lo cual no existe impedimento alguno para aplicarle las reglas de la LGPA, menos que al presentar un vicio insubsanable como la expresa contravención a un dispositivo legal de carácter especial e imperativo no sea declarado nulo y esta declaración de nulidad tendrá como efecto la declaración de nulidad de pleno derecho del Acta de Conformidad N°001-2016.
88. Asimismo, la ENTIDAD señala que de conformidad con el artículo 175° de la LCE, el CONTRATISTA puede solicitar una ampliación de plazo en los contratos de bienes y seguros dentro de los siete (07) días hábiles de finalizado el hecho generador del atraso o paralización ajenas a su voluntad.
89. Respecto a la ampliación solicitada por el CONTRATISTA, la ENTIDAD señala que si bien se le otorgó un plazo adicional de veinticinco (25) días calendario para cumplir con la entrega del equipo y su respectiva instalación mediante Memorandum N°286-2016-OIMS-OGA/INEN, a través del informe N°014-2017-OL-OGA/INEN de fecha **06 de enero de 2017**, la Oficina de Logística informa que la Oficina General de Administración señaló que:
- "(...) se revela que fueron más de uno, los hechos que generaron los atrasos, por lo que el contratista debió haber presentado su solicitud de ampliación de plazo cada vez que terminará cada uno de ellos, y el contratista sólo presentó una vez, el 17 de febrero de 2016, debiendo haber sido solicitado el 22 de enero como máximo, con lo que se configura como presentado fuera de plazo".*
90. La ENTIDAD señala que el pedido de ampliación de plazo formulado por el CONTRATISTA debió realizarse como máximo el **22 de enero de 2016** y por ello dicha solicitud presentada el día **17 de febrero de 2016**, debe ser declarada extemporánea.
91. Asimismo, la ENTIDAD señala que el funcionario responsable otorga la ampliación de plazo solicitada por el CONTRATISTA evaluando si se ha configurado alguna de las causales contempladas en el artículo 175° del RLCE y luego encontrarse de conformidad con el artículo 10° de la LGPA, donde se establece los vicios que generan la nulidad del acto administrativo, lo que implica que se pueda declarar la nulidad de cualquier acto

Árbitro Único
José Miguel Carrillo Cuestas

administrativo, siempre que se configure alguna de las causales señaladas en la LGPA, por lo cual, se optó por declarar la nulidad de la Carta N° 103-2016-0LOGA/INEN de fecha **01 de marzo de 2016**.

92. La ENTIDAD señala respecto a la legalidad del Acta de Conformidad N°001-2016 que la conformidad requiere de un informe del funcionario responsable del área usuaria debiendo verificarse la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y el cumplimiento de las condiciones contractuales, de conformidad con el artículo 176° del RLCE.
93. Asimismo, la ENTIDAD señala que el otorgamiento de la conformidad tiene como consecuencia el pago de la contraprestación, de conformidad con el artículo 177° del RLCE.
94. Por todo lo antes señalado, la ENTIDAD manifiesta que el Acta de Conformidad N°001-2016 no contenía los requisitos legales comprendidos en el RLCE, como la verificación del cumplimiento de las condiciones contractuales, y es por ello que la ENTIDAD manifiesta que debido a que el CONTRATISTA no había cumplido con sus obligaciones dentro del plazo contractual, el otorgamiento de la conformidad resulta nula porque no se cumplió con el requisito de carácter insubsanable de la correcta verificación de cumplimiento, por parte de los funcionarios de la ENTIDAD respecto de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA.
95. Es por ello, que la ENTIDAD manifiesta que correspondió aplicar la nulidad de la Conformidad N°001-2016, por su falta de condiciones necesarias para hacer efectivo el acto, de conformidad como lo señala la Opinión N°081-2010/DTN del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado:

"(...) la nulidad constituye tanto el estado de un acto que se considera no sucedido como el vicio que impide a ese acto la producción de sus efectos, y puede resultar de la falta de las condiciones necesarias y relativas, sea a las cualidades personales de las partes, sea a la esencia del acto, lo cual comprende sobre todo la existencia de la voluntad y la observancia de las formas prescritas para el acto"

96. La ENTIDAD señala que si no se reconoce la validez de la Resolución Jefatural N°021-2017 se estaría validando la contravención de las normas de carácter imperativo de la LCE y se estaría premiando el incumplimiento del CONTRATISTA y afectando los intereses del estado.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO

97. El árbitro considera que la primera y principal fuente de derecho es la legislación, entendiendo esta como el conjunto de normas jurídicas creadas por el Estado y que tienen fuerza vinculante. En ese sentido, como dice Rubio:

"La palabra legislación tiene por lo menos dos significados dentro de nuestro Derecho. En un sentido puede definirse como el conjunto de normas jurídicas de carácter general que han sido producidas por el Estado mediante la Constitución, leyes, decretos y resoluciones no judiciales" (...) Rubio Correa Marcial, El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú., 2002. p. 131.

98. Los procesos de contratación en los cuales interviene el Estado se regulan, salvo excepciones establecidas en el Ordenamiento Jurídico Nacional, por las disposiciones de la LCE y del RLCE. En ese sentido, el artículo 1 de la LCE, establece:

Artículo 1.- Alcances

La presente norma contiene las disposiciones y lineamientos que deben observar las Entidades del Sector Público en los procesos de contrataciones de bienes, servicios u obras y regula las obligaciones y derechos que se derivan de los mismos.

99. La citada norma, además, tiene sustento constitucional, en mérito a lo dispuesto en el artículo 76 de la Constitución Política vigente, que señala:

Artículo 76.- Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrata y licitación pública, así como también la adquisición o la enajenación de bienes.

La contratación de servicios y proyectos cuya importancia y cuyo monto señala la Ley de Presupuesto se hace por concurso público. La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades.

100. Siendo así, de acuerdo a la legislación, que como se ha señalado es la principal y más importante fuente de derecho, las contrataciones sobre bienes, servicios u obras que realizan las entidades estatales se rigen por lo dispuesto en la LCE y del RLCE.
101. Por otro lado, en todos los contratos celebrados según las reglas de la LCE, ésta última y su reglamento son las normas que deben aplicarse de manera prioritaria, de acuerdo al principio de especialidad regulado en el primer párrafo del artículo 5 de la LCE:

Artículo 5.- Especialidad de la norma y delegación

El presente Decreto Legislativo y su Reglamento prevalecen sobre las normas de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables.

102. En consecuencia, todo el proceso de contratación se debe regir por las normas establecidas en la LCE y en el RLCE. Establecido esto, el árbitro considera que el proceso de contratación pública comprende tres etapas claramente identificables:
- i) Programación y Actos Preparatorios, que es la etapa en la cual la entidad elabora su plan anual de contrataciones y genera el expediente de contratación.
 - ii) Proceso de Selección, que es la etapa en la cual la entidad realiza todos los actos necesarios para conseguir la contratación de un bien, servicio u obra, incluyendo la convocatoria y desarrollo del proceso de selección y la adjudicación de la buena pro.
 - iii) Ejecución contractual, que es la etapa en la cual se celebra y ejecuta el contrato, produciendo los efectos propios de su objeto. Es importante destacar que este contrato es un "contrato administrativo", como se le conoce en Doctrina.
103. Respecto al contrato administrativo, es necesario recordar que cuando el Estado contrata sobre bienes, servicios u obras, tiene como finalidad la atención y satisfacción del interés público, lo que vincula directamente a la contratación pública con la función administrativa del Estado, toda vez que la misma se define y caracteriza básicamente en función a la atención del interés público. Respecto a la función administrativa, dice DROMI:

"La función administrativa constituye el objeto propio del derecho administrativo. Etimológicamente el vocablo "administrar" significa "servir a" (...). Así, la administración se presenta como una "acción" encaminada hacia un fin. Cuando la actividad administrativa tiene en vista el "bien común" y la "justicia distributiva", hablamos de "Administración Pública". (...) Toda vez que lo gestado y los gestionado es el bien común —en tanto se trata de una actividad concreta dirigida, mediante una acción positiva, a la realización de los fines de seguridad progreso y bienestar de la comunidad, a la integración de la actividad individual en vista al interés general- se verifica función administrativa en los tres órganos



fundamentales del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial) y también en los órganos públicos no estatales (por autorización o delegación estatal), cumpliendo así los cometidos que el orden político y el ordenamiento jurídico asignan al Estado.” (DROMI, Roberto. Derecho Administrativo, Tomo I, Gaceta Jurídica, Primera Edición Peruana. Lima, 2005, p. 197).

104. En ese orden de ideas, una de las manifestaciones de la función administrativa del Estado es, precisamente, la contratación pública, la cual se hace mediante los denominados “contratos administrativos”. En el presente caso, el contrato 140-2015-INEN es un contrato administrativo.
105. El contrato administrativo es un acuerdo de voluntades, donde una de las partes forma parte de la administración pública que contrata, ejerciendo función administrativa, en procura de la satisfacción de un interés público. Una definición que este árbitro comparte es la elaborada por BARTA, quien sostiene:

“El contrato administrativo es el acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro administrativo o con un particular o administrado, para satisfacer finalidades públicas” (BARTA CAVERO José. Licitaciones y concursos públicos. Contratos administrativos. Editorial Huallaga, Lima, 1999, Pag.42)

106. En el mismo sentido, afirma Huapaya:

“Partiendo de dicha definición, consideramos que el contrato público es todo acuerdo de voluntades, permitido por ley, en los que interviene una entidad de la Administración Pública, en el ejercicio de una función o cometido público-administrativo, acuerdo del cual surgen derechos y obligaciones para las partes contratantes. Lo relevante de la definición en elemento subjetivo (la presencia de una entidad pública) y la causa-fin del contrato, que es el cumplimiento de una finalidad administrativa, predeterminada por la norma (Huapaya, Ramón. Una propuesta de formulación de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión de servicios públicos y obras públicas de infraestructura. IUS ET VERITAS, Lima, número 46, volumen 23, pp. 284-329. Consulta: 01 de junio de 2019. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/11973/12541>.”

107. La naturaleza contractual del contrato administrativo es indudable, pues nace de la manifestación libre de la voluntad de las partes, sin que ello signifique que es equivalente a un contrato civil, toda vez que las diferencias entre ambos tipos de contratos son bastante claras, básicamente porque ambos tienen finalidades inmediatas completamente diferentes (fin público del contrato administrativo versus fin privado del contrato civil), lo que origina que la interpretación y ejecución del contrato administrativo presente particularidades, dentro de las cuales se puede contar las denominadas cláusulas exorbitantes y el ejercicio de prerrogativas que la ley solo le reconoce a la Administración Pública y no a los particulares. Sobre este punto, dice Ariño:

“El contrato administrativo está presidido por una idea de «justo precio» (frente al civil, en el que la idea de equivalencia de prestaciones está ausente, después de la codificación); su interpretación no es voluntarista (la intención de las partes), sino legal y teleológica (el fin del contrato, al mejor servicio del público; en todo contrato administrativo hay un tercero oculto que es el público); el pacta sunt servanda tiene un alcance distinto en ambos Derechos, por las necesidades de modificación y cambios que con frecuencia aparecen en los contratos públicos, muchos de ellos de larga duración; el régimen de prescripción o compensación de créditos es también distinto al civil por exigencias del principio de legalidad presupuestaria y de seguridad de la Hacienda Pública; la cláusula rebus sic stantibus, de aplicación excepcionalísima en Derecho civil o mercantil, debe ser habitual en los contratos administrativos para lograr un reparto equitativo de los riesgos (porque esto es lo más conveniente para el interés público). Y así podríamos seguir, marcando diferencias fundamentales entre ambos Derechos. No es, por tanto, un ingenioso prurito de autonomía, sino que es, sobre todo, la realidad de un régimen jurídico de efectos en Derecho positivo, distinto al civil, lo que apoya la afirmación de sustantividad de la figura. Sustantividad que no le hace irreductible al cuadro contractual tradicional del Derecho civil sobre cuyo suelo ha crecido, pero sí les da soluciones propias y peculiares a muchos de sus problemas.” (ARIÑO ORTIZ Gaspar, El enigma del contrato administrativo, En: Revista de Administración Pública

N° 172. Madrid, enero – abril 2007, pp. 79-102. Consulta: 04 de junio de 2019.
<https://recyt.fecyt.es/index.php/RAP/article/view/47832/29289>.

108. El hecho que la contratación pública sea una manifestación de la función administrativa, y que el contrato que resulta del proceso de contratación sea un contrato administrativo, no hace, en opinión del árbitro, que la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444 (en adelante la LPAG) sea aplicable en la etapa de ejecución contractual. Esto se debe a que el contrato administrativo, más allá de sus características particulares, es en definitiva un contrato, en tanto que la LPAG tiene como finalidad regular, de manera general, las actuaciones de la Administración Pública, tal como se lee del artículo II inciso 1 del Título Preliminar de dicha norma:

Artículo II.- Contenido

1. La presente Ley contiene normas comunes para las actuaciones de la función administrativa del Estado y, regula todos los procedimientos administrativos desarrollados en las entidades, incluyendo los procedimientos especiales.

109. Respecto al alcance de la LPAG, dice Huamán:

“De principio, el inciso 1 del artículo II del TUO LPAG establece que el régimen jurídico contenido en ella establece las bases necesarias de aplicación a las actuaciones propias de la función administrativa del Estado y al procedimiento administrativo común desarrolladas en las organizaciones jurídico – públicas atendiendo a que las administraciones desarrollan a la par de sus procedimientos especiales o sectoriales los de carácter general que son los ligados a la aprobación automática o evaluación previa; con esto, lo efectuado por el legislador se constituye en un visible punto de partida para todo trámite administrativo otorgando las pautas básicas necesarias para operar en dichos procedimientos; así, la regulación general de procedimiento se constituye, por así decirlo, en la disposición jurídica madre a nivel administrativo de la que fluyen los procedimientos especiales o sectoriales, lo que no pueden valerse de dicha posición preferencial para dejar de lado los lineamientos del TUO LPAG atendiendo a que ella regula los caracteres elementales o generales de todo procedimiento” (HUAMAN ORDOÑEZ Luis Alberto. Procedimiento Administrativo General Comentado. Jurista Editores, Lima.2017, Pps. 66-67).

110. Así pues, la LPAG crea el marco normativo general que deben aplicar las entidades de la administración pública, pero no contiene normas que tengan como finalidad la regulación de la ejecución de un contrato, incluso si este último es un contrato administrativo.
111. La no aplicación de la LPAG a los contratos celebrados con la normativa contenida en la LCE ha sido reconocida por OSCE en distintas oportunidades, como por ejemplo en la Opinión N° 107-2012/DTN, donde se señala:

2.2.2 “Ahora bien, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, un contrato es un acuerdo de voluntades a través del cual tanto la Entidad como el proveedor buscan satisfacer su respectivo interés; en este aspecto, no existe mayor diferencia entre los contratos administrativos y los contratos privados, salvo por el hecho que la Entidad representa el interés público y, por tanto, goza de potestades especiales que le permiten, por ejemplo, ordenar la ejecución de prestaciones adicionales al contratista.
 Así, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto las reglas específicas que se aplican a los contratos “administrativos”¹ celebrados por las Entidades con sus proveedores, en el Título III de la Ley, “De las Contrataciones”, y en el Título III del Reglamento, “Ejecución Contractual”. Estas disposiciones tienen por objeto regular las relaciones contractuales que se

¹ Al respecto, Juan Carlos Cassagne indica que “*En el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo (ius variandi, interpretación, equilibrio financiero, etc.)*.” (El subrayado es agregado). CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*, Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, 2005, segunda edición, Pág. 21.

Árbitro Único
José Miguel Carrillo Cuestas

instauran entre las Entidades y los proveedores o contratistas, desde los requisitos y procedimiento para el perfeccionamiento de los contratos, hasta la culminación de estos.

Sin embargo, la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, no regula las relaciones contractuales de las entidades públicas, sino las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común, como se desprende del Artículo II de su Título Preliminar².

Por ello, ante la ausencia de regulación de algún hecho o situación en la normativa de contrataciones del Estado que se ocupa de la ejecución contractual, será necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil que resulten compatibles, y no a las disposiciones de la Ley N° 27444, pues, como se ha indicado, estas resultarían incompatibles con la lógica contractual. Cabe precisar que la aplicación supletoria de las disposiciones compatibles del Código Civil a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regula la ejecución contractual, no afecta la aplicación de las disposiciones de la Ley N° 27444 a las actuaciones internas que permiten a las Entidades expresar su voluntad en el marco de una relación contractual bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado.”

112. Asimismo, en la conclusión 3.3 de la Opinión N° 130-2018/DTN se indica lo siguiente:

3.3 Las disposiciones de la Ley N° 27444 y de su respectivo Texto Único Ordenado no son de aplicación supletoria a las disposiciones que regulan la ejecución de los contratos celebrados bajo el ámbito de la Ley y su Reglamento.

113. En consecuencia, por los argumentos desarrollados, el árbitro deja sentado que, a su criterio, la LPAG no es aplicable en la etapa de ejecución contractual, premisa a partir de la cual analizará la Resolución Jefatural N°21-2017-J/INEN.

114. La Resolución Jefatural N°21-2017-J/INEN, mediante la cual LA ENTIDAD declaró la nulidad de la ampliación de plazo y de la conformidad, ha sido dictada por LA ENTIDAD basándose en la facultad de la administración de declarar la nulidad de sus propios actos (nulidad de oficio), facultad consagrada en el artículo 11 numeral 11.2 de la LPAG. Sin embargo, tanto la ampliación de plazo como la conformidad de la entrega de los bienes son actos que se dan como parte de la ejecución del contrato, en la cual no resulta de aplicación lo dispuesto por la LPAG. Por ello, el árbitro considera que la mencionada resolución jefatural no podía válidamente dejar sin efecto la ampliación de plazo ni la conformidad de la entrega de bienes.

115. Ahora bien, dado que la Resolución Jefatural N°21-2017-J/INEN no podía válidamente dejar sin efecto la conformidad, y teniendo en consideración que ha quedado probado en autos que LA ENTIDAD hizo el pago de la contraprestación, se debe analizar si el contrato había concluido y las posibles consecuencias de ello.

116. De acuerdo a lo establecido en el primer párrafo del artículo 42 de la LCE, en los contratos de bienes y servicios, el contrato culmina con la entrega de la conformidad y el pago correspondiente. Así, dicha norma señala:

Artículo 42.- Culminación del contrato

Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente.

² “**Artículo II.- Contenido**

1. La presente Ley regula las actuaciones de la función administrativa del Estado y el procedimiento administrativo común desarrollados en las entidades.
2. Los procedimientos especiales creados y regulados como tales por ley expresa, atendiendo a la singularidad de la materia, se rigen supletoriamente por la presente Ley en aquellos aspectos no previstos y en los que no son tratados expresamente de modo distinto.
3. Las autoridades administrativas al reglamentar los procedimientos especiales, cumplirán con seguir los principios administrativos, así como los derechos y deberes de los sujetos del procedimiento, establecidos en la presente Ley.”

117. Por otro lado, que cualquier controversia que de alguna manera pudiera existir entre las partes de dicho contrato con motivo del mismo, no es materia arbitrable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 52 numeral 52.2 de la LCE, norma que establece:

52.2. Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento. La parte que solicita la conciliación y/o el arbitraje debe ponerla en conocimiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en el plazo establecido en el reglamento, salvo cuando se trate de un arbitraje administrado por dicho organismo o cuando éste designe a los árbitros.

118. El artículo 52 numeral 52.2 de la LCE establece como regla general que el arbitraje debe ser iniciado antes de la fecha de culminación del contrato, en tanto que el artículo 42 de la LEC señala que el contrato culmina con la entrega de la conformidad y con el pago.
119. En el presente caso, la conformidad de la entrega, instalación y puesta en funcionamiento del equipo, se dio mediante Acta N° 001-2016 de fecha 01 de abril de 2016 conforme se advierte del medio probatorio N° 13 de la demanda (anexo 1-M del escrito de demanda), y LA ENTIDAD cumplió con pagar al CONTRATISTA la contraprestación con fecha 17 de abril de 2016 (hecho afirmado por el CONTRATISTA en el numeral 7 del ítem "Antecedentes" de su escrito de demanda y aceptado por LA ENTIDAD en la página 7 de su escrito de excepciones y contestación de demanda), en tanto que el arbitraje se inició en febrero de 2017, es decir, con posterioridad a la conformidad y al pago. En consecuencia, de acuerdo a lo establecido en el artículo 42 de la LCE, es indudable que el Contrato N° 140-2015-INEN culminó antes de que se inicie el arbitraje.
120. Dado que la LCE en su artículo 52 numeral 52.2 establece que el arbitraje debe ser iniciado antes de que el contrato culmine, siendo dicho plazo uno de caducidad, y que en el presente caso el arbitraje se inició luego de concluido el contrato, las controversias que el CONTRATISTA plantea no son materia arbitrable.
121. Así pues, una controversia es materia arbitrable cuando puede ser resuelta en arbitraje, ya sea por acuerdo de voluntades o por mandato legal. En el caso de las controversias que surgen luego de la celebración de un contrato celebrado bajo el imperio de la LCE, las mismas son arbitrables por mandato legal, no por acuerdo de voluntades. En ese sentido, la arbitrabilidad dichas controversias surge de la LCE y se encuentra limitada por las disposiciones que dicho cuerpo normativo establece.
122. De acuerdo a la propia LCE, si bien el arbitraje es un medio de solución de dichas controversias, como regla general solo puede ser activado hasta antes de que el contrato concluya. De ello se desprende que con posterioridad a la conclusión del contrato las controversias no pueden ser resueltas en arbitraje, es decir cesa la arbitrabilidad de las mismas.
123. Al no tratarse de controversias arbitrables, la pretensiones del CONTRATISTA son improcedentes, sin que ello perjudique su posibilidad de iniciar las acciones legales que puedan corresponder para cuestionar las consecuencias de la Resolución Jefatural N°21-2017-J/INEN.
124. Al no poder ser amparada la Primera Pretensión Principal, tampoco corresponde amparar sus pretensiones accesorias, independientemente de que éstas últimas tampoco son arbitrables.

QUINTO PUNTO EN CONTROVERSIA

En caso el Tribunal desestime lo señalado en el Primer Punto Controvertido, determinar si corresponde que el Tribunal declare que los actos contenidos en la Carta No. 103-2016-OL-OGA/INEN, emitida por el INEN con fecha 29 de febrero de 2016, son válidos y surten plenos efectos, a consecuencia de lo cual, el plazo establecido en el Contrato No. 140-2015-INEN para la entrega, instalación y puesta en funcionamiento del Equipo se extendió por veinticinco (25) días adicionales al plazo previsto inicialmente.

SEXTO PUNTO EN CONTROVERSIA

Determinar si, como consecuencia de amparar la establecido en el Quinto Punto Controvertido, corresponde que el Tribunal reduzca la cuantía de la Penalidad (aplicada por el INEN en contra del CONTRATISTA) en la suma de S/ 478,738.34 y ordene que el INEN proceda a devolver este monto a favor del CONTRATISTA

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

125. El CONTRATISTA señala que corresponde declarar fundada la reducción de la cuantía de la penalidad, como consecuencia de declarar la validez y eficacia de la ampliación de plazo de veinticinco (25) días adicionales para que pueda cumplir con las obligaciones pactadas en el contrato.
126. Por lo anteriormente señalado, el CONTRATISTA manifiesta que tenía hasta el **08 de marzo de 2016** para cumplir con la entrega, instalación y funcionamiento del equipo, con lo que manifiesta que al haber culminado con sus obligaciones el **21 de marzo de 2016**, le correspondería que se le aplique la penalidad por los doce (12) días de retraso.
127. Es por ello, que el CONTRATISTA señala que aplicando la fórmula de cálculo de penalidad establecida en el artículo 165° del RLCE, le correspondería por los doce (12) días de retraso, pagar como penalidad la suma de S/ 450,577.26 (Cuatrocientos Cincuenta Mil con Quinientos Setenta y Siete con 26/100 soles) razón por la cual, la diferencia con la suma pagada como penalidad debe ser devuelta al CONTRATISTA, siendo este un monto ascendente a S/ 478,738.34 (Cuatrocientos Setenta y Ocho Mil Setecientos Treinta y Ocho con 34/100 soles).
128. En tal sentido, el CONTRATISTA manifiesta que el retraso injustificado incurrido se configura desde el día siguiente del término del plazo establecido en el Contrato para la entrega, instalación y puesta en funcionamiento del Equipo, ampliado en veinticinco (25) días, esto es a partir del **09 de marzo de 2016**, hasta la fecha en que se cumplió con la referida entrega, instalación y puesta en funcionamiento, lo que ocurrió el **21 de marzo** del mismo año, generándose doce (12) días de atraso, conforme a lo antes señalado, razón por la cual la ENTIDAD debe aplicar la penalidad por los doce (12) días y devolver la diferencia pagada por el CONTRATISTA.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

129. La ENTIDAD manifiesta que la declaratoria de nulidad del Acta de Conformidad N°001-2016, se realizó bajo el principio de controles posteriores, por lo que es válido su declaración de nulidad realizada mediante Resolución Jefatural N°021-2017-J/INEN.

130. La ENTIDAD señala que la aplicación de la penalidad, que fue consecuencia de la declaración de nulidad de la Carta N° 13-2016-OL-OGA/INEN, se dio de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 165° del RLCE, que señala que:

"(...) la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta."

131. Asimismo, la ENTIDAD señala que en caso no se apruebe las ampliaciones de plazo, se estaría determinando que existe un retraso injustificado, debido a que no se estaría verificando causales señaladas mediante el artículo 175° del RLCE que otorgan una ampliación de plazo.
132. La ENTIDAD señala que el CONTRATISTA solicitó de manera extemporánea la ampliación de plazo y por ende el otorgamiento parcial por parte de la ENTIDAD fue declarado nulo y esto genera como consecuencia que se aplique la penalidad de forma automática, de conformidad con el artículo 165° del RLCE, por lo que no correspondería la posibilidad de reducir la penalidad debido a que se encuentra acreditado el incumplimiento del CONTRATISTA.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO

133. Las controversias que plantea el CONTRATISTA se refieren a una ampliación de plazo y a la aplicación de penalidades, pero habiendo quedado establecido que las controversias que plantea el CONTRATISTA no son materia arbitrable debido a que el contrato ha concluido antes de que se inicie el arbitraje. Por ello, la demanda debe ser declarada improcedente en este extremo.
134. Sin perjuicio de ello, al no poder ser amparada la Pretensión Subordinada de la Primera Pretensión Principal, tampoco corresponde amparar su pretensión accesoria, independientemente de que ésta última tampoco sea arbitrable.

SÉTIMO PUNTO EN CONTROVERSIA

Determinar a quién corresponde el pago de los costos del presente proceso arbitral.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO

135. Que, en cuanto a los costos del arbitraje, los artículos 70° y 73° del Decreto Legislativo N° 1071, disponen que el árbitro tenga 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 árbitro podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
136. Que, además de lo antes expuesto, los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del tribunal arbitral; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de la institución arbitral; (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; (v) los gastos razonables incurridos por las

Árbitro Único
José Miguel Carrillo Cuestas

partes para su defensa en el arbitraje; (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

137. Al respecto el árbitro único considera que han existido motivos suficientes de las partes en presentar un caso con argumentos y hechos de sustento, por lo que corresponde que cada parte asuma los costos del proceso arbitral en partes iguales.
138. Que atendiendo que el CONTRATISTA fue quien asumió los gastos arbitrales totales, correspondería a la ENTIDAD la devolución al CONTRATISTA del monto ascendente a S/ 23,151.00 (Veintitrés Mil Ciento Cincuenta y Uno con 00/100 soles).

SE RESUELVE:

Primero: se declare improcedente la excepción de incompetencia deducida por la ENTIDAD.

Segundo: se declara improcedente la excepción de caducidad deducida por la ENTIDAD.

Tercero: se declara improcedente la Primera Pretensión Principal por no ser materia arbitrable, y en consecuencia, que no corresponde que el árbitro declare que el derecho del INEN a cuestionar los efectos del Acta de Conformidad N° 001-2016, emitida por el INEN con fecha 1 de abril de 2016.

Cuarto: se declara improcedente la Primera Pretensión Accesorio de la Primera Pretensión Principal, por no ser materia arbitrable y por no haber sido amparada la Primera Pretensión Principal, y en consecuencia, que no corresponde que el árbitro declare que el derecho del INEN a cuestionar los efectos de la carta N° 103-2016-OL-OGA/INEN, emitida por el INEN con fecha 29 de febrero de 2016 caducó el 21 de marzo de 2016.

Quinto: se declara improcedente la Segunda Pretensión Accesorio de la Primera Pretensión Principal, por no ser materia arbitrable y por no haber sido amparada la Primera Pretensión Principal, y en consecuencia, que no corresponde que el árbitro declare que la Resolución Jefatural N° 21-2017-J/INEN de fecha 20 de enero de 2017 no es válida ni tiene efecto legal alguno por haber sido expedida con posterioridad al vencimiento del plazo de caducidad establecido para que el INEN cuestione los efectos del Acta de Conformidad N° 001-2016 emitida por el INEN con fecha 01 de abril de 2016.

Sexto: se declara improcedente la Segunda Pretensión Accesorio de la Primera Pretensión Principal, por no ser materia arbitrable y por no haber sido amparada la Primera Pretensión Principal, y en consecuencia, que no corresponde dejar sin efecto la penalidad aplicada al CONSORCIO y tampoco corresponde ordenar al INEN devolver el monto correspondiente a dicha penalidad a favor del CONSORCIO.

Sétimo: se declara improcedente la Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal, por no ser materia arbitrable, y en consecuencia, que no corresponde que el árbitro declare que los actos contenidos en la carta N° 103-2016-OL-OGA/INEN emitida por el INEN con fecha 29 de febrero de 2016, son válidos y surten plenos efectos, a consecuencia de lo cual el plazo

Árbitro Único
José Miguel Carrillo Cuestas

establecido en el contrato para la entrega, instalación y puesta en funcionamiento del Equipo se extendió por veinticinco (25) días adicionales al plazo previsto inicialmente.

Octavo: se declara improcedente la Pretensión Accesorio de la Segunda Pretensión Principal, por no ser materia arbitrable y por no haber sido amparada la Segunda Pretensión Principal, y en consecuencia, que no corresponde que el árbitro ordene reducir la cuantía de la penalidad aplicada por el INEN al CONSORCIO en la suma de S/ 478,738.34 ni que ordene al INEN proceda a devolver este monto a favor del CONSORCIO.

Noveno: se ordena que cada parte asuma los costos del proceso arbitral en partes iguales, correspondiendo que la ENTIDAD devuelva al CONTRATISTA la suma de S/ 23,151.00 (Veintitrés Mil Ciento Cincuenta y Uno con 00/100 soles).


JOSÉ MIGUEL CARRILLO CUESTAS
Árbitro Único