
**ARBITRAJE BAJO LA ADMINISTRACIÓN Y REGLAMENTO DEL
CENTRO DE ARBITRAJE Y JUNTA DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS -
CECONP**

PROCESO ARBITRAL Nº018-2021-CA.CECONP

CONSORCIO SIBLINGS/ FORLI
(En lo sucesivo, el CONTRATISTA o el DEMANDANTE)

Vs.

MINISTERIO DE SALUD - MINSA
(En lo sucesivo, la ENTIDAD o el DEMANDADO)

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

ÁRBITRO ÚNICO

Héctor Torres Rivera

SECRETARÍA ARBITRAL

Daniela Alejandra Romero Arroyo

07 de octubre de 2022

Resolución Arbitral 18

En Lima, a los 07 días del mes de octubre de 2022, el Árbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, revisados los argumentos sometidos a su competencia en torno a la controversia surgida entre las partes, así como escuchado a las mismas, se dicta el siguiente Laudo Arbitral de Derecho.

I. DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE LAS PARTES Y EL CONVENIO ARBITRAL QUE RIGE PARA LA PRESENTE CONTROVERSIA

1. El 30 de abril de 2021, las partes celebraron el Contrato 136-2021-MINSA para la “*Adquisición de camas multipropósito Tipo UCI (120 Unidades)*” (en adelante, el Contrato).
2. En la Cláusula Décima Sexta del Contrato, las partes establecieron un convenio arbitral, en los siguientes términos y alcances:

“CLAUSULA DÉCIMO SEXTA:

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”

[Resaltado propio]

3. Conforme al Convenio Arbitral antes citado, y en aplicación de la normativa en contratación pública¹ que rige a este Contrato, las partes pactaron resolver las controversias derivadas de la ejecución del Contrato a través de un **arbitraje institucional, nacional y de derecho.**
4. Debido a ello, y como consecuencia de la controversia surgida entre las partes en lo relativo al Contrato suscrito y cumplimiento de las obligaciones, el Contratista procedió a solicitar ante el Centro el inicio del presente arbitraje.

II. DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO Y REGLAS DEL ARBITRAJE

¹ Siendo que la Contratación Directa fue publicada el 08 de abril de 2021, las normas aplicables al Contrato son el Decreto Supremo 082-2019-EF (TUO de la Ley 30225 – Ley de Contrataciones del Estado) y Decreto Supremo 344-2018-EF (Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado).

1. Que, mediante Orden Arbitral 04, el Centro designó como Árbitro Único al Abogado Héctor Torres Rivera.
2. Que, habiéndose aceptado el cargo designado, mediante Escrito de fecha 18 de noviembre de 2021, mediante Orden Procesal 05, se otorgó a las partes el plazo de 05 días hábiles para que cumpla con manifestar y formular, de ser el caso, recusación contra el Árbitro Único designado.
3. Finalmente, y no habiendo formulado oposición alguna, mediante Orden Arbitral 06, se declaró firme la designación del Árbitro Único designado.
4. Conformado válidamente el Tribunal Unipersonal, a través del Acta de Instalación del Árbitro Único de fecha 02 de diciembre de 2021, se establecieron las reglas aplicables al desarrollo del arbitramento y, conforme a ello, se prosiguió con el desarrollo de las actuaciones arbitrales.

III. ACTUACIONES ARBITRALES DESARROLLADAS

1. Que, mediante Acta de Instalación del Árbitro Único de fecha 02 de diciembre de 2021, se establecieron preliminarmente las reglas aplicables al desarrollo del arbitraje, otorgándose a las partes un plazo de 10 días hábiles para que cumplan con el pago de los honorarios arbitrales y el registro de este arbitraje ante el SEACE.
2. Que, mediante Resolución Arbitral 01, se resolvió tener por instalado válidamente al Árbitro Único, y se otorgó a las partes un plazo de 03 días hábiles para que cumplan con manifestar su derecho respecto de las reglas propuestas.

3. Que, mediante Resolución Arbitral 02 se corrió traslado a la parte demandante del Escrito presentado por la Entidad, para que, en un plazo de 03 días hábiles, exprese lo conveniente a su derecho.
4. Que, mediante Resolución Arbitral 03, se declararon firmes las reglas arbitrales dispuestas en el Acta de Instalación, otorgándose un plazo 15 días hábiles a la parte demandante para que presente su Escrito de Demanda y pruebas correspondientes.
5. Que, siendo que la parte demandante presentó su Escrito de Demanda, mediante Resolución Arbitral 04, se resolvió tener por admitida la demanda arbitral y correr traslado de esta a la Entidad, para que en un plazo de quince 15 días hábiles cumpla con contestarla y presentar las pruebas que considere.
6. Que, mediante Resolución Arbitral 05, se dispuso autorizar la subrogación del pago de los honorarios provisionales del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral para que la parte demandante cumpla con el pago correspondiente.
7. Que, mediante Resolución Arbitral 06, se dispuso correr traslado de los medios probatorios presentados en la demanda arbitral a la Entidad para que en un plazo de 15 días hábiles cumpla con contestarla.
8. Que, mediante Resolución Arbitral 07, se resolvió otorgar al demandante un plazo adicional de 15 días hábiles para que cumpla con acreditar el pago de los honorarios arbitrales subrogados.
9. Que, mediante Resolución Arbitral 08, se resolvió tener por contestada la demanda arbitral y correr traslado de esta a la parte demandante para que en un plazo de 15 días hábiles cumpla con manifestar lo conveniente

a su derecho. Del mismo modo, se citó a las partes a una Audiencia de Ilustración de hechos.

10. Que, mediante Resolución Arbitral 09, se resolvió reprogramar la Audiencia de Ilustración de Hechos y citar a las partes a una nueva Audiencia con fecha 18 de abril de 2022.

11. Que, mediante Resolución Arbitral 10, se resolvió reprogramar nuevamente la Audiencia de Ilustración de Hechos y citar a las partes a una nueva audiencia con fecha 03 de mayo de 2022.

12. Con fecha 03 de mayo de 2022, se celebró la Audiencia de Ilustración de Hechos.

13. Que, mediante Resolución 11, se dejó constancia de que la parte demandante no absolvió el traslado conferido referido a la absolución de la contestación de demanda y del mismo modo, se dejó constancia de que las partes no han presentado sus propuestas de puntos controvertidos.

14. Que, mediante Resolución 12, se fijaron los puntos controvertidos del proceso arbitral, conforme al siguiente detalle:

a) Determinar, si corresponde o no el ordenar dejar sin efecto la penalidad aplicada indebidamente ascendiente (sic) al monto de S/. 378,000.00 Soles, descontado de los pagos realizados el 23 de marzo del 2021 por parte del Ministerio de Salud – MINSA al CONSORCIO SIBLINGS / FORLI.

b) Determinar, si corresponde o no que el Ministerio de Salud – MINSA cumpla con devolver al CONSORCIO SIBLINGS / FORLI, el monto de S/. 378,000.00 Soles, por concepto de

penalidad aplicada indebidamente en los pagos realizados el 23 de marzo del 2021.

- c) Determinar, si corresponde o no que el Ministerio de Salud – MINSA cumpla con pagar a favor del CONSORCIO SIBLINGS / FORLI los intereses legales que se devenguen hasta la fecha de la devolución del monto de S/ 378,000.00 Soles, descontada por el Ministerio de Salud – MINSA al CONSORCIO SIBLINGS / FORLI por concepto de penalidad mal aplicada.
- d) Determinar, si corresponde o no que el Ministerio de Salud – MINSA, asuma todas las costas y costos del presente proceso arbitral.

Del mismo modo, se dispuso otorgar a las partes un plazo de 05 días hábiles para que cumplan con presentar las pruebas que consideren pertinentes.

Finalmente, se otorgó a la parte demandada un plazo de 05 días hábiles para que cumpla con manifestar lo conveniente a su derecho respecto del Escrito presentado por el Contratista de fecha 02 de junio de 2022.

- 15. Que, mediante Resolución 13, se resolvió otorgar a la parte demandada un plazo adicional de 10 días hábiles para que exprese lo conveniente a su derecho respecto del Escrito de fecha 02 de junio de 2022.

Igualmente, se otorgó a las partes un plazo adicional de 10 días hábiles para que presenten sus pruebas.

16. Que, mediante Resolución 14, se dispuso tener por saneado el proceso arbitral y admisión de los medios probatorios en vista a que las partes no cumplieron con presentar los medios probatorios requeridos y, finalmente, se dispuso el cierre de la etapa probatoria.
17. Que, mediante Resolución 15, se declaró firme la Resolución 14 y se otorgó a las partes un plazo de 05 días para que presenten sus alegatos escritos.
18. Que, habiendo la parte demandante cumplido con presentar su Escrito de Alegatos, mediante Resolución 16, se dispuso fijar el plazo para laudar en 20 días hábiles.

IV. CONSIDERACIONES INICIALES DEL TRIBUNAL UNIPERSONAL

1. Previo al análisis de la materia controvertida objeto del presente Laudo Arbitral, el Árbitro Único considera pertinente dejar constancia de lo siguiente:
 - (ii) El Árbitro Único se constituyó conforme a lo establecido en el convenio arbitral suscrito por las partes, no habiéndose objetado su composición ni formulada recusación alguna frente a este.
 - (iii) Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraron pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hecho y de defensa sin limitación alguna, habiendo tenido la oportunidad de ser escuchadas y de presentar sus posiciones ante el Árbitro Único.

- (iv) El Árbitro Único es de la postura que, en principio, la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear convicción respecto de tales hechos.
- (v) Los medios probatorios aportados al presente arbitraje, en virtud del principio de adquisición o comunidad de la prueba, pertenecen al arbitraje por lo que pueden ser usados incluso para probar hechos que vayan en contra de la parte que las ofreció.
- (vi) El Árbitro Único ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos y examinado las pruebas presentadas, de acuerdo con las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43° del Decreto Legislativo 1071 - Ley de Arbitraje, el cual resulta de aplicación a este proceso. De este modo, la decisión plasmada en el presente Laudo es el resultado del referido análisis, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas, y algunos de los argumentos esgrimidos, no hayan sido expresamente citados.
- (vii) De igual modo, el Árbitro Único deja constancia que el presente Laudo cumple con lo dispuesto en el artículo 56.1 y 56.2 de la Ley de Arbitraje que señala que todo laudo debe ser motivado.
- (viii) Para la emisión del presente Laudo, el Árbitro Único ha revisado cada uno de los medios probatorios a fin de formarse convicción sobre los argumentos vertidos por las partes, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde,

aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o al valor probatorio que le ha sido asignado.

2. El Árbitro Único, dentro del plazo establecido, procede a emitir el correspondiente Laudo Arbitral.

V. DE LA POSICION DE LAS PARTES:

Parte demandante

1. Dentro del plazo establecido, la parte demandante presentó su Escrito de Demanda, de acuerdo con lo siguiente:

Que, sobre la controversia suscitada entre las partes, el demandante precisó que, como parte de sus obligaciones establecidas en el Contrato, debía hacer entrega de 120 camas multipropósito Tipo UCI en un plazo de 20 días calendario, los cuales serían contados desde la notificación de la orden de compra.

En ese contexto, indicó que mediante correo electrónico de fecha 20 de enero de 2021, Álvaro Valenzuela Medina, personal del Ministerio de Salud, remitió las especificaciones técnicas a considerar para la adquisición de los bienes y, posteriormente, **mediante correo de fecha 27 de enero de 2021, se remitió la Orden de Compra 94-2021 referente a la adquisición de Camas Camillas** (objeto contractual).

Al respecto, el demandante destacó que, sin perjuicio de lo remitido por la Entidad, **no pudo recepcionar la orden de compra hasta el día 03 de febrero de 2021**, esto debido a problemas presentados en el dominio de la página institucional de la empresa.

Así, y de acuerdo con la posición de la parte demandante, a fin de dejar constancia de ello, precisó que, mediante correo electrónico de fecha 04 de febrero de 2021, Miguel Nanquel Cárdenas, Gerente de Operaciones del Consorcio Sibling / Forlu indicó a la contraparte:

“Es grato saludarlos y a la vez informarles que debido a problemas presentados en el dominio de nuestra página web institucional de SIBLINGS PERU, no hemos estado recibiendo correos institucionales por esa razón que el día 03.02.2021 hemos tomado conocimiento de la Orden de Compra N° 000094-2021 para la atención de 120 unidades de cama camilla multipropósito, por lo tanto iniciamos de inmediato las coordinaciones logísticas. Damos por recepcionado la Orden de Compra en mención con fecha 03.02.2021”

En virtud de ello, el demandante precisó que el plazo de ejecución pactado empezaría a contabilizarse desde la recepción del correo por el cual se remite la orden de compra, es decir a partir del 03 de febrero de 2021.

Considerando ello, destacó que ha cumplido con sus obligaciones contractuales dentro del plazo estipulado, siendo que la penalidad aplicada no resulta procedente por cuanto no ha existido retraso injustificado.

Así, existiendo controversia entre las partes, el demandante indicó que se inició el proceso de conciliación para arribar a una solución, hecho que ha sido materia del presente proceso arbitral.

Parte demandada:

2. En igual sentido, la parte demandada dio respuesta al Escrito presentado por la contraparte:

La Entidad negó lo indicado por el demandante, precisando que la notificación de **la orden de compra se realizó debidamente mediante correo de fecha 27 de enero de 2021**, determinándose a partir de tal momento, el inicio del plazo contractual. **En ese sentido, destaca que el plazo para la entrega de bienes vencía el día 16 de febrero de 2021.**

Que, cualquier desperfecto con el correcto funcionamiento de los correos y dominios del demandante, es entera responsabilidad de dicha parte por lo que tal justificación no resulta ser válida.

Así, denotándose que el plazo de entrega inició el 28 de enero de 2021 y culminó el 16 de febrero de 2021, **se tiene que al haber entregado los bienes el 23 de febrero de 2021** (Acta de Recepción N° 033-2021-SAEM-UAI-OA-OGA/MINSAs), existió un retraso injustificado de 07 días calendario, resultando aplicable la fórmula de penalidad por mora establecida en el artículo 162° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En consecuencia, habiéndose aplicado debidamente las penalidades por la demora en la ejecución de lo pactado, solicita se declare infundadas las pretensiones.

3. Pues bien, y de acuerdo con la posición de las partes, los puntos controvertidos fijados son los siguientes:
 - a) Determinar, si corresponde o no el ordenar dejar sin efecto la penalidad aplicada indebidamente ascendiente (sic) al monto de S/. 378,000.00 Soles, descontado de los pagos realizados el 23 de marzo del 2021 por parte del Ministerio de Salud – MINSAs al CONSORCIO SIBLINGS / FORLI.

- b) Determinar, si corresponde o no que el Ministerio de Salud – MINSA cumpla con devolver al CONSORCIO SIBLINGS / FORLI, el monto de S/. 378,000.00 Soles, por concepto de penalidad aplicada indebidamente en los pagos realizados el 23 de marzo del 2021.
- c) Determinar, si corresponde o no que el Ministerio de Salud – MINSA cumpla con pagar a favor del CONSORCIO SIBLINGS / FORLI los intereses legales que se devenguen hasta la fecha de la devolución del monto de S/ 378,000.00 Soles, descontada por el Ministerio de Salud – MINSA al CONSORCIO SIBLINGS / FORLI por concepto de penalidad mal aplicada.
- d) Determinar, si corresponde o no que el Ministerio de Salud – MINSA, asuma todas las costas y costos del presente proceso arbitral.

VI. POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO:

PRIMERA MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO: Determinar, si corresponde o no el ordenar dejar sin efecto la penalidad aplicada indebidamente ascendiente (sic) al monto de S/. 378,000.00 Soles, descontado de los pagos realizados el 23 de marzo del 2021 por parte del Ministerio de Salud – MINSA al CONSORCIO SIBLINGS / FORLI.

1. A efectos de poder analizar este primer punto controvertido, resulta importante delimitar el campo de decisión, siendo este únicamente a la penalidad por mora aplicada por la Entidad al Contratista (Carta 161-2021-OA-OGA/MINSA:

Asimismo, de conformidad con la fecha de vencimiento del plazo de ejecución de las prestaciones a su cargo (16/02/2021) y de la fecha de entrega de los bienes (23/02/2021) se ha procedido a aplicar la penalidad correspondiente en el pago de la orden de compra, la misma que asciende a S/ 378,000.00 (Trescientos setenta y ocho mil con 00/100 soles), de acuerdo al siguiente detalle:

ITEM	DESCRIPCIÓN	MONTO ORDEN DE COMPRA	FECHA DE NOTIFICACIÓN DE OJO	PLAZO DE ENTREGA	FECHA LIMITE	FECHA DE ENTREGA	CANTIDAD RECEPCIONADA	DÍAS DE ATRASO	PENALIDAD DETERMINADA
1	Adquisición de 120 pares uñas múltiples	S/ 4,300,000.00	27/01/2021	Mínimo 20 días calendario contados desde el día siguiente de notificada la orden de compra	16/02/2021	23/02/2021	120	7	S/ 378,000.00

Dicho esto, y dejando a salvo su derecho de contradicción, ante una eventual disconformidad o controversia respecto del pago, de considerarlo pertinente, su representada podrá proceder de acuerdo al procedimiento expresamente establecido en el numeral 45.1 del artículo 45 de la Ley: "Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven, mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. En el reglamento se definen los supuestos para recurrir al arbitraje Ad hoc. Las controversias sobre la nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje."

2. Nuestra normativa en contratación pública expone la existencia de dos tipos de penalidades que pueden ser aplicadas a un contratista: (i) Penalidades por mora, y, (ii) Otras penalidades², en conformidad de lo determinado en el artículo 161°, 162° y 163° del Reglamento.
3. Los artículos antes citados exponen las características que debe contar la infracción contractual para ser considerada una penalidad bajo los alcances de la normativa en contratación pública, pues no toda supuesta infracción contractual es sancionable si esta no cumple con los alcances regulatorios establecidos.
4. En el orden que nos compete para esta controversia, la Penalidad por mora cuenta con la siguiente regulación:

"Artículo 162. Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

162.1. En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de

² También conocidas como Penalidades Especiales

***atraso.** La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula:*

(...)”

[Resaltado propio]

5. Para Guzmán Napurí³, la penalidad por mora es aquella:

*“(...) que se aplica ante el incumplimiento de los plazos de ejecución contractual por el contratista. El Reglamento establece que **en caso de retraso injustificado** del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso.”*

[Resaltado propio]

6. Así las cosas, para que una infracción contractual sea considerada “penalidad por mora”, necesariamente deberá cumplir con ser respecto a un **retraso injustificado** de la prestación objeto del contrato, y, de acuerdo con ello, se imputará por cada día de retraso.

7. De acuerdo con la configuración contractual, la prestación objeto del Contrato fue la siguiente:

<p>CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO El presente contrato tiene por objeto la “ADQUISICIÓN DE CAMAS CAMILLAS MULTIPROPÓSITO TIPO UCI (120 UNIDADES)”.</p>

³ Guzmán Napurí, Christian. Manual de la Ley de Contrataciones del Estado. Gaceta Jurídica SA

8. Determinado ello, ¿cómo se configuraría un retraso⁴ respecto al cumplimiento de la prestación objeto del Contrato? Ciertamente, si la prestación objeto del Contrato es cumplida fuera del plazo contractual pactado por las partes.
9. Como indica el Contrato, el plazo fue de 20 días calendarios, contados a partir del día siguiente de la notificación de la orden de compra:

CLÁUSULA QUINTA: DEL PLAZO DE LA EJECUCIÓN DE LA PRESTACIÓN

El plazo de ejecución del presente contrato es de veinte (20) días calendario, computados a partir del día siguiente de la notificación de la orden de compra.

10. En tal sentido, si el contratista supera los 20 días calendario pactados, **contados desde el día siguiente de notificada la orden de compra**, estaríamos ante la posibilidad que la Entidad aplique debidamente la penalidad por mora al contratista, **salvo que éste demuestre que dicho retraso es justificado**, cuestión que la normativa en contratación pública ha contemplado. De ser ese el caso, la penalidad por mora que aplique la Entidad sería indebida y debe quedar sin efecto, pues se habría vulnerado la configuración regulatoria establecida para el contrato.
11. En consecuencia, corresponde analizar lo siguiente:
- a) Cuando inició y culminó los 20 días pactados.
 - b) Cuando el Contratista entregó los bienes a la Entidad.
12. Respecto al **literal a)**, el Contrato es determinante respecto a que el plazo inicia **desde el día siguiente de la notificación de la orden de compra**. De acuerdo con la tesis de la Entidad, este hecho habría sido

⁴ Independientemente de la responsabilidad del contratista.

realizado el 27 de enero de 2021 mediante correo electrónico enviado al Contratista.

Respecto a la tesis del Contratista, éste habría sido notificado el 03 de febrero de 2021.

Este Árbitro Único ha observado que el Contratista no ha objetado que las direcciones electrónicas a las cuales la Entidad notificó la orden de compra sean incorrectas o contrarias al pacto contractual. Máxime, que la controversia únicamente versa respecto al día de notificación.

Por tanto, y de acuerdo con la tesis de cada parte, el Contrato se basaría en lo siguiente:

PARTE	PLAZO DE INICIO	PLAZO DE FINALIZACION
Contratista	03.02.2021	23.02.2021
Entidad	27.01.2021	16.02.2021

13. Respecto al **literal b)**, el Contratista entregó los bienes a la Entidad el 23 de febrero de 2021. Sobre este punto, las partes no objetaron ello ni lo sometieron a controversia. Por tanto, para este Árbitro Único, dicha fecha es la fecha real en la cual el Contratista entregó los bienes a la Entidad. **Ello resulta importante pues, de ser válida la tesis de la Entidad, el Contratista habría caído en retraso.**
14. Ahora bien, a efectos de determinar cuál tesis es la correcta, y toda vez que la controversia versa sobre la etapa de inicio – que se habría gatillado respecto a la fecha de notificación electrónica cursada por la Entidad al Contratista, **debe entenderse que el Contratista no ha objetado que la Entidad sí envió el correo electrónico el 27 de enero**

de 2021; únicamente el Contratista ha objetado que el correo enviado por la Entidad el 27 de enero de 2021 ha llegado a su casilla electrónica el 03 de febrero de 2021 debido a problemas en el dominio de la página web del Contratista:

3.8. Que, mediante correo electrónico de fecha 04.02.2021 remitido por Miguel Nanquen Cárdenas Gerente de Operaciones del CONSORCIO SIBLINGS - FORLI (información@siblingsperu.com) comunica : Es grato saludarlos y a la vez informarles que debido a problemas presentados en el dominio de nuestra página web institucional de SIBLINGS PERU, no hemos estado recibiendo correos institucionales, es por esa razón que el día 03.02.2021 hemos tomado conocimiento de la Orden de Compra Nro. 000094 -2021 para la atención de 120 Unidades de Cama Camilla Multipropósito, por lo tanto iniciamos de inmediato las coordinaciones logísticas. Damos por recepcionado la Orden de Compra en mención con fecha 03.02.2021.

[Resaltado propio]

15. Ciertamente, el Contratista se encuentra ante un retraso, pues por supuestos problemas en el dominio de su página web, **ha señalado que no recibió en la fecha notificada por la Entidad⁵** la orden de compra. Nuevamente, este Árbitro Único advierte que **debe entenderse que el Contratista no ha objetado que la Entidad sí envió y notificó el correo electrónico el 27 de enero de 2021 a la dirección electrónica del Contratista.**

⁵ Ello, justamente, determina que la fecha de la tesis propuesta por la Entidad; esto es, 27 de enero de 2021, es la correcta, toda vez que en dicha fecha la Entidad sí envió y notificó el correo electrónico al Contratista. Como ha sido señalado, el Contratista no ha objetado que la Entidad no haya enviado y notificado en dicha fecha el correo electrónico. Esto tomará mayor análisis al determinar si el retraso del Contratista es justificado o no.

16. Así las cosas, el Contratista ha sometido a arbitramento que el retraso no le es imputable,
17. En ese orden, corresponde determinar si el retraso presentado al Contratista es justificado o no.
18. ¿Cómo se puede demostrar que un retraso es justificado? De acuerdo con la regulación aplicable al Contrato, la motivación del retraso justificado responde únicamente al contratista, a efectos que la Entidad lo evalúe.
19. El Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), ha emitido sendas Opiniones al respecto, siendo una de las más importantes, la siguiente:

Opinión 143-2019/DTN:

*“2.2.4 Por otro lado, respecto a la solicitud de no aplicación de penalidades por mora, **es necesario que el contratista acredite de manera objetiva que el retraso es consecuencia directa de un evento que no le resulta imputable**, aspecto que es evaluado por la Entidad, (de acuerdo a sus normas de organización interna (...)*

(...)

*Sobre el particular, para dicho fin, **es necesario que se presente el sustento objetivo que permita demostrar que la demora obedece a una situación no atribuible al contratista** frente a su actuar diligente en la ejecución del contrato.”*

[Resaltado propio]

20. Obsérvese que lo señalado por el OSCE guarda estricta relación con el artículo 162° literal 5 del Reglamento:

*“162.5. El retraso se justifica a través de la solicitud de ampliación de plazo debidamente aprobado. Adicionalmente, se considera justificado el retraso y en consecuencia **no se aplica penalidad, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable.** En ese último caso, la calificación del retraso como justificado por parte de la Entidad no da lugar al pago de gastos generales ni costos directos de ningún tipo.”*

[Resaltado propio]

21. Como ampara nuestra regulación aplicable al Contrato, el retraso queda justificado **cuando se acredite objetivamente que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable al contratista.**

22. En tal sentido, **y siendo que el Contratista no ha negado que sí hubo un retraso durante la ejecución contractual** (independientemente de si es atribuible a su responsabilidad o no), ¿qué prueba ha presentado el Contratista a la Entidad para demostrar que el retraso no le era imputable? Esto es, ¿cuál es la prueba objetiva que el Contratista presentó para justificar que el retraso no era atribuible a su responsabilidad?

23. De acuerdo con las pruebas aportadas por ambas partes, el Contratista solamente envió a la Entidad un correo electrónico con el texto siguiente:



24. Como se observa:

- El correo enviado por el Contratista es desde el servidor ofrecido por Gmail.
- El correo enviado por el Contratista no contiene adjuntos/pruebas que demuestren que durante la fecha en controversia tenía problemas respecto a la recepción de correos electrónicos.
- El correo enviado por el Contratista contiene como adjunto la orden de compra notificada por la Entidad.

25. Este último punto resulta sumamente importante para la absolución de esta controversia, pues el Contratista **no justificó objetivamente el retraso**, ya que no ofreció a la Entidad las pruebas que demuestren que estuvo inhabilitado de recibir correos electrónicos durante la fecha en que la Entidad le envió el correo electrónico en donde figuró la orden de compra. En tal sentido, la Entidad pública no contó con ninguna prueba (toda vez que el Contratista no la proporcionó) para evaluar si la posición señalada por el Contratista era correcta.
26. En efecto, a lo largo de las pruebas presentadas por ambas partes, este Árbitro Único no ha observado que existan reportes emitidos por el proveedor del servicio de dominio electrónico del Contratista que demuestre que, durante la fecha en controversia, el Contratista estuvo inhabilitado de recibir correos electrónicos, o documentos similares que demuestren ello. La única prueba presentada por el Contratista es el correo electrónico en donde indica el Contratista que *no hemos estado recibiendo correos institucionales*.
27. Siendo entonces que el Contratista no justificó objetivamente que el retraso era un hecho ajeno a su responsabilidad, pues no ofreció pruebas a la Entidad ni durante este proceso para demostrar que su tesis es correcta, **este Árbitro Único ha determinado que la Entidad imputó debidamente una penalidad por mora contra el Contratista**, pues la Entidad cumplió con los requisitos establecidos en el artículo 162° del Reglamento, al haber penalizado por 07 días calendario de retraso injustificado cometido por el Contratista respecto a la obligación objeto del Contrato.
28. Por tanto, **no corresponde ordenar dejar sin efecto la penalidad aplicada al Contratista**.

29. En ese orden, la PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL es INFUNDADA.

SEGUNDA MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO: Determinar, si corresponde o no que el Ministerio de Salud – MINSA cumpla con devolver al CONSORCIO SIBLINGS / FORLI, el monto de S/. 378,000.00 Soles, por concepto de penalidad aplicada indebidamente en los pagos realizados el 23 de marzo del 2021.

30. En conformidad de lo expuesto en el análisis de la PRIMERA MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO, mediante la cual se declaró INFUNDADA la PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL, y siendo que esta SEGUNDA MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO versa sobre si corresponde ordenar o no la devolución de S/ 378,000.00 por supuesta penalidad indebidamente aplicada, **toda vez que el Árbitro Único ha resuelto que la penalidad fue debidamente aplicada por la Entidad**, corresponde determinar que **no corresponde que la Entidad devuelva dicha suma al Contratista.**

31. En consecuencia, la SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL es INFUNDADA.

TERCERA MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO: Determinar, si corresponde o no que el Ministerio de Salud – MINSA cumpla con pagar a favor del CONSORCIO SIBLINGS / FORLI los intereses legales que se devenguen hasta la fecha de la devolución del monto de S/ 378,000.00 Soles, descontada por el Ministerio de Salud – MINSA al CONSORCIO SIBLINGS / FORLI por concepto de penalidad mal aplicada.

32. El artículo 171° del Reglamento ha determinado lo siguiente:

“171.2. En caso de retraso en el pago, el contratista tiene derecho al pago de intereses legales, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.”

33. Siendo que la reclamación por supuestos intereses a favor del Contratista devendría respecto al monto en controversia, y toda vez que este Árbitro Único ya ha determinado que la penalidad fue debidamente aplicada por la Entidad, **no corresponde reconocer ningún interés al Contratista**, toda vez que la regulación aplicable; esto es, el artículo citado, ha determinado que corresponde intereses legales **desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse**, y siendo que el pago efectuado por la Entidad incluyó el descuento por penalidad, la Entidad ha cumplido con el pago oportuno.

34. En ese orden, LA TERCERA PRETENSION PRINCIPAL es INFUNDADA.

CUARTA MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO: DETERMINAR, SI CORRESPONDE O NO QUE EL MINISTERIO DE SALUD – MINSA, ASUMA TODAS LAS COSTAS Y COSTOS DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL

35. El Contratista sometió a competencia del Árbitro Único que este ordene a la Entidad el pago de las costas y costos de este proceso, debido a una supuesta penalidad indebida.

36. En tal sentido, este Árbitro Único considera que, para realizar la distribución de costos del proceso, se debe acudir al acuerdo sostenido entre las partes, y posteriormente, a la Ley de Arbitraje.

37. En el Convenio Arbitral, este Árbitro Único advierte que las partes no han pactado al respecto.

38. En tal sentido, el Decreto Legislativo 1071 determinó:

“Artículo 70.- Costos.

El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

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

(...)

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.”*

[Resaltado propio]

39. Siendo que la Demanda Arbitral del Contratista ha sido desestimada, este Árbitro Único declara INFUNDADA la CUARTA PRETENSION PRINCIPAL, y resuelve que el Contratista asuma el 100% de las costas y costos del presente arbitramento.

VII. DECISIÓN

Por las razones expuestas, dentro del plazo correspondiente, el Árbitro Único emite el Laudo de la siguiente manera:

LAUDA:

Primero: DECLARAR INFUNDADA la Primera Pretensión Principal, toda vez que la Entidad sí imputo debidamente la penalidad.

Segundo: DECLARAR INFUNDADA la Segunda Pretensión Principal, y en tal sentido, **DECLARESE** que no corresponde que la Entidad devuelva la suma materia de controversia al Contratista.

Tercero: DECLARA INFUNDADA la Tercera Pretensión Principal, toda vez que no corresponde imputar ningún interés a favor del Contratista.


Cuarto: DECLARAR INFUNDADA la Cuarta Pretensión Principal, siendo que el Contratista deberá asumir el total de costas y costos de este proceso arbitral.

Quinto: NOTIFÍQUESE a las partes.



HÉCTOR TORRES RIVERA

Árbitro Único



DANIELA ALEJANDRA ROMERO ARROYO

Secretaria Arbitral