

**LAUDO DE DERECHO**

**EMPRESA DE SERVICIOS GENERALES DELTA S.A.C.**

**c.**

**MINISTERIO DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES**

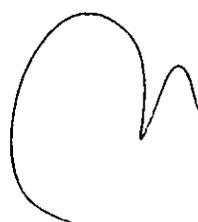
**TRIBUNAL ARBITRAL PRESIDIDO POR EL DOCTOR  
FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY, E INTEGRADO POR EL DOCTOR  
MARCOS RICARDO ESPINOZA RIMACHI Y EL DOCTOR JOSÉ MANUEL PAZ  
VERA**

**Resolución N° 15**  
Lima, 27 de abril de 2016

**VISTOS:**

**I. ANTECEDENTES**

1. El 17 de setiembre de 2013, se suscribió el Contrato No. 094-2013-MTC/10 para la prestación del servicio de seguridad y vigilancia para el ferrocarril Huancayo – Huancavelica, entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones (en adelante, MTC) y la Empresa de Servicios Generales Delta S.A.C. (en adelante, DELTA) por el monto de S/.1'239,462.12 (en adelante, CONTRATO).



1



2. En la ejecución del CONTRATO surgieron controversias entre las partes que son materia del presente arbitraje.

## II. EL PROCESO ARBITRAL

### II.1. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE

#### INICIO DEL ARBITRAJE, DESIGNACIÓN DE LOS ÁRBITROS E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

3. Surgidas las controversias entre las partes, éstas procedieron a designar a sus respectivos árbitros, quienes a su vez se pusieron de acuerdo respecto del nombramiento del tercer miembro y Presidente del Tribunal Arbitral.
4. El Tribunal Arbitral quedó constituido por los doctores Marcos Ricardo Espinoza Rimachi, José Manuel Paz Vera y Fernando Cantuarias Salaverry en su calidad de Presidente del Tribunal Arbitral.
5. El 30 de abril de 2014, se instaló el Tribunal Arbitral con la presencia y la participación de ambas partes. En este acto, se señalaron las reglas del proceso y se fijaron los anticipos de honorarios de los árbitros y del secretario arbitral.

#### EL CONVENIO ARBITRAL Y LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL ARBITRAL

6. En la cláusula décimo octava del CONTRATO, referida a la solución de controversias, las partes acordaron lo siguiente:

18.1 Las partes acuerdan que cualquier controversia que se derive de la ejecución o interpretación del presente contrato, incluidas las que pudieran referirse a su nulidad e invalidez, serán resueltas mediante conciliación o arbitraje, conforme a lo dispuesto por el artículo 52 de la Ley y demás disposiciones establecidas en el Reglamento, y la Ley de la materia, debiendo solicitarse el inicio de estos



procedimientos en cualquier momento anterior a la culminación del contrato.

18.2 Si la conciliación concluye con un acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes deberán someter a arbitraje las diferencias no resueltas, cuyo laudo deberá ser de Derecho.

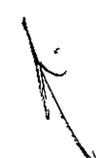
18.3 El arbitraje será resuelto por un Tribunal Arbitral, según lo dispuesto en el artículo 220 del Reglamento. A falta de acuerdo en la designación del mismo o ante la rebeldía de una de las partes de cumplir con dicha designación, la misma será efectuada por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE.

18.4 Ambas partes acuerdan que no serán arbitrables las controversias derivadas de otras fuentes de obligaciones distintas al presente contrato, entre ellas, las controversias que se reclamen por vías de enriquecimiento sin causa.

7. La ley aplicable será la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, LCE) y su Reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo No. 184-2008-EF modificado por Decreto Supremo No. 138-2012-EF (en adelante, RELCE).

#### **PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE**

8. De acuerdo al Acta de Instalación, serán de aplicación al presente arbitraje las reglas procesales establecidas en dicho acta, la LCE y el RELCE. Supletoriamente, se aplicará el Decreto Legislativo No.1071 (en adelante, LEY DE ARBITRAJE).
9. En caso de deficiencia o vacío, referidas al procedimiento, de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva del modo que considere apropiado, mediante la aplicación de principios generales del Derecho y la práctica arbitral.



10. En caso de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral queda facultado en todo momento para establecer reglas procesales adicionales que sean necesarias, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa de las partes, velando porque el procedimiento se desarrolle bajo los principios de celeridad, equidad, intermediación, privacidad, concentración, economía procesal y buena fe.

## II.2. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

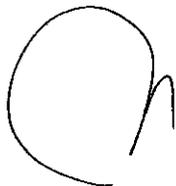
11. El presente laudo se expide de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43° de la LEY DE ARBITRAJE. Estando a lo dispuesto en el mencionado artículo, el Tribunal Arbitral advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.

12. En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Tribunal Arbitral deja expresa constancia que en el presente arbitraje se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 43° de la LEY DE ARBITRAJE, en el que se señala que:

1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.

## II.3. LA DEMANDA

13. DELTA presentó su demanda mediante escrito del 16 de julio de 2015.



## PETITORIO

Primera pretensión principal: Se disponga que DELTA no ha incurrido en ningún tipo de penalidad.

Segunda pretensión principal: Se ordene al MTC que devuelva la suma de S/.84,428.84 (Ochenta y Cuatro Mil Cuatrocientos Veintiocho y 84/100 Nuevos Soles) por la indebida aplicación de supuestas penalidades, además del pago de los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.

Tercera pretensión principal: Se ordene al MTC que pague y/o reembolse a favor de DELTA la suma de S/.12,560.50 (Doce Mil Quinientos Sesenta y 50/100 Nuevos Soles) por concepto de todos los gastos administrativos, costos y costas del presente proceso arbitral.

## FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

### Antecedentes

14. El 17 de setiembre de 2013 se firmó el CONTRATO. Seguidamente, el 22 de diciembre de 2014, se suscribió la Adenda No. 2.
15. El 21 de enero de 2014, se emitió la Factura No. 07128, por el monto de S/.103,288.51 de la cual el MTC descontó el monto de S/.5,500.00 por aplicación de supuesta penalidad.
16. El 7 de febrero de 2014, se emitió la Factura No. 07166, por el monto de S/.103,288.51 de la cual el MTC descontó el monto de S/.10,400.00 por aplicación de supuesta penalidad.



17. El 24 de febrero de 2014, se emitió la Factura No. 07189 por el monto de S/.103,288.51 de la cual el MTC descontó el monto de S/.8,000.00 por aplicación de supuesta penalidad.
18. El 26 de marzo de 2014, se emitió la Factura No. 07242 por el monto de S/.103,288.51 de la cual el MTC descontó el monto de S/.7,800.00 por aplicación de supuesta penalidad.
19. El 29 de abril de 2014, se emitió la Factura No. 07292 por el monto de S/.103,288.51 de la cual el MTC descontó el monto de S/.7,200.00 por aplicación de supuesta penalidad.
20. El 26 de junio de 2014, se emitió la Factura No. 07345 por el monto de S/.103,288.51 de la cual el MTC descontó el monto de S/.8,200.00 por aplicación de supuesta penalidad.
21. El 25 de julio de 2014, se emitió la Factura No. 07387 por el monto de S/.103,288.51 de la cual el MTC descontó el monto de S/.2,900.00 por aplicación de supuesta penalidad.
22. El 28 de agosto de 2014, se emitió la Factura No. 07415 por el monto de S/.103,288.51 de la cual el MTC descontó el monto de S/.4,100.00 por aplicación de supuesta penalidad.
23. El 2 de setiembre de 2014, se emitió la Factura No. 07425 por el monto de S/.103,288.51 de la cual el MTC descontó el monto de S/.10,328.85 por aplicación de supuesta penalidad.
24. El 30 de setiembre de 2014, se emitió la Factura No. 07447 por el monto de S/.103,288.51 de la cual el MTC descontó el monto de S/.9,500.00 por aplicación de supuesta penalidad.



25. El 28 de octubre de 2014, se emitió la Factura No. 07532 por el monto de S/.103,288.51 de la cual el MTC descontó el monto de S/.4,250.00 por aplicación de supuesta penalidad.
26. El 16 de diciembre de 2014, se emitió la Factura No. 07532 por el monto de S/.103,288.51 de la cual el MTC descontó el monto de S/.6,200.00 por aplicación de supuesta penalidad.
27. El 15 de abril de 2015, mediante Carta S/N, DELTA solicitó al MTC que indique de forma detallada y sustentada sobre el cobro de las penalidades, sin recibir respuesta alguna.

#### **De la primera pretensión principal**

28. DELTA ha cumplido con la ejecución de sus obligaciones, por lo que no corresponde aplicar penalidad alguna. No obstante, el MTC ha aplicado penalidades de forma arbitraria sin brindar información sobre la aplicación de las mismas pese al requerimiento de DELTA.
29. El artículo 165 del RELCE establece que en “caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, 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 cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta (...)”.



30. Si bien es cierto que el citado artículo no establece de manera expresa que la aplicación de penalidad deba ser motivada, de acuerdo a lo establecido en el artículo 176 del RELCE, de existir observaciones en el servicio, estas se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de las mismas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación. Nada de esto ocurrió en el presente caso.
31. En ese línea, el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444 (en adelante, LPAG) hace referencia al derecho de los administrados de obtener una decisión motivada y fundada en derecho. Asimismo, la motivación de las resoluciones es un principio constitucional implícito en la organización del Estado.

#### **De la segunda pretensión principal**

32. Dado que está acreditado que DELTA cumplió con el CONTRATO, corresponde que el MTC cumpla con realizar el pago íntegro correspondiente a la prestación ejecutada a su favor.
33. En ese sentido, se debe señalar que el MTC ha retenido el monto de S/.84,428.85 por la indebida aplicación de supuestas penalidades. Además, existen dos facturas pendientes de pago, la Factura No. 07555 y No. 07577.
34. Asimismo, debido a que la aplicación de penalidades es injustificada, se tiene el derecho al pago de interés por el monto referido de conformidad con el artículo 181 del RELCE.



## De la tercera pretensión principal

35. Está demostrado que DELTA se ha visto en la necesidad de acudir a la vía arbitral para requerir al MTC la devolución del monto referido por aplicación de supuestas penalidades. Por consiguiente, el MTC debe pagar y/o reembolsar los gastos, costos y costas del presente arbitraje.

36. DELTA ofreció el mérito de diversa prueba documental.

## II.4. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

37. Mediante escrito presentado el 4 de setiembre de 2015, el MTC presentó su contestación de demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos.

## FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO DE LA CONTESTACIÓN

### Primera pretensión

38. Luego de la firma del CONTRATO, mediante Resolución Directoral No. 047-CP/MTC/10 del 22 de octubre de 2014, se autorizó la ejecución de prestaciones adicionales hasta por la suma de S/.206,577.02, monto que representaba el 16.6% del monto total del CONTRATO por un periodo de dos (2) meses formalizado mediante la Adenda No. 01 del 22 de octubre de 2014.

39. Del mismo modo, mediante Resolución Directoral No. 069-CP-MTC/10 del 22 de diciembre de 2014 se autorizó la ejecución de prestaciones adicionales hasta por la suma de S/.138,288.51, monto que representaba el 8.33% del monto total del CONTRATO y una incidencia acumulada del 24.99%, por el periodo de un mes, formalizado mediante la Adenda No. 02 del 22 de diciembre de 2014.

40. Es así que en el transcurso de la ejecución del CONTRATO se aplicó penalidades a DELTA. El requerimiento solicitado por DELTA mediante Carta S/N fue atendido por la Oficina de Atención al Ciudadano y Gestión Documental mediante Oficio No. 997-2014-MTC/04.02 del 7 de mayo de 2014. Sin embargo, conforme se puede apreciar del Aviso de Visita No. 0014174, nadie atendió al notificador del MTC en el domicilio señalado por DELTA.

41. Sin perjuicio de lo antes señalado, el MTC comunicó las razones que motivaban la imposición de penalidades mediante Oficio No. 001-2014-MTC/10.02, Oficio No. 172-2014-MTC/10.02 y Oficio No. 369-2014-MTC/10.02.

#### **Sobre la primera y segunda pretensión principal**

42. Las penalidades se han aplicado a DELTA de conformidad con la cláusula décimo cuarta del CONTRATO y las razones fueron debidamente comunicadas mediante los oficios anteriormente mencionados.

43. Así, en la referida cláusula del CONTRATO se establece no solo los hechos generadores de la aplicación de penalidades sino el procedimiento para su aplicación:

El MINISTERIO, a través del Área de Seguridad o el Funcionario autorizado, levantará un acta indicado las observaciones encontradas; dicho documento será suscrito por el agente de vigilancia en representación de EL CONTRATISTA. Este acto determinará las penalidades a aplicarse, dándosele un plazo pertinente para subsanar las observaciones.

44. Conforme se puede apreciar de los Anexos 1.C al 1.M que se adjuntan al escrito de contestación, el Coordinador del Grupo de Trabajo de Abastecimiento comunicó al Coordinador de Ferrocarril Huancayo – Huancavelica lo siguiente:



Sobre estas observaciones se justifican con las actas de verificación de la prestación del servicio de seguridad y vigilancia de cada puesto de vigilancia (se adjunta copia), suscrito por el agente de vigilancia de turno y el encargado de la Estación por parte del Ministerio.

45. Tal y como se puede apreciar, el MTC siempre cumplió con el procedimiento para la aplicación de penalidades, razón por la que lo manifestado por DELTA denota una mala fe contractual.
46. Finalmente, cada penalidad aplicada se encuentra sustentada con su correspondiente acta de verificación de la prestación del servicio de seguridad y vigilancia.

#### **Sobre la tercera pretensión principal**

47. Del contenido de la demanda se puede apreciar la mala fe procesal con la que viene actuando DELTA, ya que siempre tuvo conocimiento de las causales que originaron la aplicación de penalidades.
48. Siendo ello así, es DELTA quien debe asumir los gastos, costas y costos del presente arbitraje.
49. El MTC ofreció el mérito de documentos probatorios.

#### **II.5 LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS**

50. El 11 de noviembre de 2015 se realizó – con la presencia de ambas partes – la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos. En ese sentido, los puntos controvertidos fueron establecidos de la siguiente manera:

Primer punto controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que la empresa DEMANDANTE no ha incurrido en ningún tipo de penalidad.

Segundo punto controvertido: En caso se ampare el Primer Punto Controvertido, determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que el DEMANDADO pague a favor del DEMANDANTE la cantidad total de S/.84,428.84 (Ochenta y Cuatro Mil Cuatrocientos Veintiocho con 84/100 Nuevos Soles) por la aplicación de supuestas penalidades, más los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago.

51. Además, el Tribunal Arbitral deberá pronunciarse en el laudo acerca de los costos del presente arbitraje.
52. Asimismo, el Tribunal Arbitral dejó claramente establecido que se reservaba el derecho de analizar los puntos controvertidos no necesariamente en el orden que están señalados en el presente acta, y que de determinarse al pronunciarse sobre algún punto controvertido que carece de objeto pronunciarse sobre otros puntos controvertidos con los que guarde vinculación, podrá omitir pronunciarse expresando las razones de dicha omisión.
53. En esta audiencia, el Tribunal Arbitral admitió las pruebas presentadas por las partes.

## **II.6. TRAMITACIÓN POSTERIOR Y ALEGATOS**

54. El 11 de enero de 2016 se realizó – con la presencia de ambas partes – la Audiencia Especial donde cada una de las partes expuso sus argumentos sobre los puntos controvertidos.

55. El 1 de febrero de 2016, tanto DELTA como el MTC presentaron sus escritos de alegatos.

56. Mediante decisión incorporada en el Acta de la Audiencia de Informes Orales llevada adelante el 18 de abril de 2016, el Tribunal Arbitral dispuso traer los autos para laudar, estableciendo como plazo treinta (30) días hábiles, contados desde la última notificación a las partes y sin perjuicio de su facultad de ampliar este plazo por un término similar.

57. Por tanto, este Colegiado procede a laudar dentro del plazo acordado con las partes.

### III. CONSIDERANDO:

#### CUESTIONES PRELIMINARES

58. Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente:

- Que este Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral contenido en el CONTRATO.
- Que en ningún momento se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de este Tribunal Arbitral.
- Que las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar las pruebas ofrecidas.
- Que las partes han tenido la facultad de presentar alegatos y de informar oralmente.
- Que el Tribunal Arbitral procede a laudar dentro de los plazos dispuestos en el presente arbitraje.

#### IV. ANÁLISIS CONJUNTO DE LA PRIMERA Y SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

Primera pretensión principal: Se disponga que DELTA no ha incurrido en ningún tipo de penalidad.

Segunda pretensión principal: Se ordene al MTC que devuelva la suma de S/.84,428.84 (Ochenta y Cuatro Mil Cuatrocientos Veintiocho y 84/100 Nuevos Soles) por la indebida aplicación de supuestas penalidades, además del pago de los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.

Primer punto controvertido: Determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que la empresa DEMANDANTE no ha incurrido en ningún tipo de penalidad.

Segundo punto controvertido: En caso se ampare el Primer Punto Controvertido, determinar si corresponde o no que el Tribunal Arbitral declare que el DEMANDADO pague a favor del DEMANDANTE la cantidad total de S/.84,428.84 (Ochenta y Cuatro Mil Cuatrocientos Veintiocho con 84/100 Nuevos Soles) por la aplicación de supuestas penalidad, más los intereses que se devenguen hasta la fecha efectiva de pago.

59. Dado que la segunda pretensión principal obedece a los mismos argumentos y hechos que la primera, el Tribunal Arbitral procederá a analizar ambas en conjunto.
60. DELTA manifiesta que las penalidades fueron indebidamente aplicadas en tanto esta habría cumplido con todas sus obligaciones bajo el CONTRATO y, además, nunca recibió una respuesta a su requerimiento de justificación de dichas penalidades. Por su parte, el MTC indica que cada una de estas penalidades tiene un sustento en la correspondiente Acta de Observación y que sí se dio respuesta al requerimiento de DELTA, pero que el notificador respectivo no encontró a nadie en el domicilio de esta última.
61. El Tribunal Arbitral considera pertinente hacer primero referencia a los términos contractuales acordados por las partes y la LCE y RELCE aplicables.

62. La cláusula novena del CONTRATO establece las siguientes obligaciones de DELTA:

### CLÁUSULA NOVENA: OBLIGACIONES DE LAS PARTES

Son obligaciones de EL CONTRATISTA

(...)

d) A que los vigilantes cumplan sus labores con el respectivo equipo radio transmisor – receptor operativo o RPM o RPC o NEXTEL, que les permita comunicarse con su base, chaleco antibalas, correa, gorra, silbato, casaca, vara forrada de cuero y arma reglamentaria con la respectiva licencia. Adicionalmente, para los turnos de noche contarán con una linterna adecuada para cada puesto a cubrir.

(...)

g) Dotar de los carnés DICSCAMEC (vigencia y renovación), así como licencias para el uso y posesión de armas de fuego (vigencia y renovación), sin costo para el personal.

(...)

n) Contar con un sistema de supervisión que opere las 24 horas del día ininterrumpidamente y que permita un contacto permanente con los puestos de vigilancia sin costo alguno para EL MINISTERIO, apoyado en las siguientes acciones:

- Supervisión móvil.
- Supervisión mediante comunicación radical o telefónica con el puesto de vigilancia, así como tomar contacto con las dependencias policiales más cercanas.
- Contacto permanente con el Jefe de Seguridad de EL MINISTERIO, responsable del control de los servicios prestados, a fin de resolver inmediatamente cualquier situación que pudiera presentarse.
- Adicionar al sistema convencional de supervisión un servicio de inspección, que realice visitas inopinadas a las instalaciones de EL MINISTERIO, a fin de constatar la adecuada calidad de los servicios que debe prestar el personal de EL CONTRATISTA. (Énfasis agregado)

63. Asimismo, en la segunda parte de la cláusula décimo cuarta del CONTRATO, referida a las penalidades, se estableció lo siguiente:

**CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA: PENALIDADES**

(...)

**OTRAS PENALIDADES**

EL MINISTERIO aplicará las penalidades previstas en el cuadro adjunto, conforme al artículo 266 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, hasta por un monto máximo equivalente al 10% del monto vigente:

PENALIDADES	APLICACIÓN
No contar con Carné de Identificación personal vigente del servicio de vigilancia (DICSCAMEC)	S/.50.00 y retiro del agente inmediatamente, debiendo cubrir el puesto en un plazo máximo de dos horas
Contar con licencia de uso de armas caduca	S/.100.00 y retiro del agente inmediatamente, debiendo cubrir el puesto en un plazo máximo de dos horas
<u>Contar con Carné de identificación caduco</u>	<u>S/.50.00 por día y retiro del agente inmediatamente, debiendo cubrir el puesto en un plazo máximo de dos horas</u>
<u>Cambiar personal de vigilancia sin autorización del Jefe de Seguridad</u>	<u>S/.50.00 y retiro del agente inmediatamente, debiendo cubrir el puesto en un plazo máximo de dos horas</u>
Contar con licencia de uso de armas que no corresponde al arma en uso en la Entidad	S/.100.00 y retiro del agente inmediatamente, debiendo cubrir el puesto en un plazo máximo de dos horas
<u>No brindar descanso al personal mediante el agente volante</u>	<u>S/.200.00 al detectar la situación</u>
Cubrir con un mismo agente dos (02) turnos continuos	S/.100.00 y retiro del agente inmediatamente, debiendo cubrir el puesto en un plazo máximo de dos horas
Cubrir a un puesto de agente con personal que no cuente con el mismo perfil solicitado en los	S/.50.00 y retiro del agente inmediatamente, debiendo cubrir el puesto en un plazo máximo de dos

Términos de Referencia	horas
Puesto de vigilancia no cubiertos	S/.100.00 por hora hasta el tope de horas

**PROCEDIMIENTO:**

**EL MINISTERIO**, a través del Área de Seguridad o el Funcionario autorizado, levantará un acta indicando las observaciones encontradas; dicho documento será suscrito por el agente de vigilancia en representación de **EL CONTRATISTA**. Este acto determinara las penalidades a aplicarse, dándosele un plazo pertinente para subsanar las observaciones. (Énfasis agregado)

64. Por su parte, el artículo 165 del RELCE establece lo siguiente:

**Artículo 165°.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación**

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, 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.

En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

Penalidad diaria =  $0.10 \times \text{Monto} / F \times \text{Plazo en días}$   
 Donde F tendrá los siguientes valores:

- a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios y ejecución de obras:  $F = 0.40$
- b) Para plazos mayores a sesenta (60) días;
  - b.1) Para bienes y servicios:  $F = 0.25$
  - B.2) Para obras:  $F = 0.15$

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia del retraso.

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

Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considerará el monto del contrato vigente. (Énfasis agregado)

65. En esa línea, el artículo 176 del RELCE indica lo siguiente:

### **Artículo 176°.- Recepción y conformidad**

La recepción y conformidad es responsabilidad del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad.

La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.

Tratándose de órdenes de compra o de servicio, derivadas de Adjudicaciones de Menor Cuantía distintas a las de consultoría y ejecución de obras, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

**De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio.** Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

Este procedimiento no será aplicable cuando los bienes y/o servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.

Las discrepancias en relación a la recepción y 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. La recepción conforme de la Entidad no enerva su derecho a reclamar posteriormente por defectos o vicios ocultos. (Énfasis agregado)

66. Como se puede apreciar, en caso de presentarse alguna de las situaciones mencionadas en el cuadro o incumplir alguna de las obligaciones contenidas en la cláusula novena del CONTRATO, el MTC estaba facultado a aplicar las penalidades correspondientes. Asimismo, para poder aplicar dichas penalidades, se debe seguir el procedimiento acordado en la misma cláusula y en el RELCE.
67. Ahora bien, en el presente caso, luego de revisar las Actas de Observación presentadas por el MTC, el Tribunal Arbitral observa que – como bien mencionó DELTA en su escrito del 15 de octubre de 2015 – las mismas no hacen referencia a ninguna de las fechas en que se aplicó las penalidades en cuestión como se aprecia en el siguiente cuadro:

ACTAS DE OBSERVACION	OTRAS PENALIDADES
24 de febrero de 2014	20 de enero de 2014 por S/.5,500.00
25 de febrero de 2014	20 de enero de 2014 por S/.10,400.00
26 de febrero de 2014	12 de marzo de 2014 por S/.8,000.00
28 de febrero de 2014	12 de marzo de 2014 por S/.7,800.00
24 de marzo de 2014	12 de marzo de 2014 por S/.10,328.85
27 de marzo de 2014	12 de mayo de 2014 por S/.7,200.00
23 de agosto de 2014	10 de julio de 2014 por S/.6,200.00
22 de noviembre de 2014	10 de julio de 2014 por 8,200.00
23 de noviembre de 2014	10 de julio de 2014 por S/.4,300.00
24 de noviembre de 2014	16 de setiembre de 2014 por S/.4,100.00
	17 de octubre de 2014 por S/.9,500.00
	19 de noviembre de 2014 por S/.4,250.00

68. No obstante lo anterior, lo cierto es que en los documentos donde consta la aplicación de las penalidades se hace referencia expresa a cada uno de los Informes que da lugar a dicha aplicación de penalidades. Asimismo, en estos Informes sí se hace referencia a las Actas de Observación. El Tribunal Arbitral considera que esto es razonable, en tanto sería un sinsentido esperar que el mismo día en que se emiten las Actas de Observación sean emitidos los Informes y se apliquen las respectivas penalidades.
69. Ahora bien, DELTA también indica – tanto en su escrito de demanda como de alegatos finales – que ninguna de las Actas de Observación sería válida al no haber sido puestas en conocimiento del gerente de su empresa ni del supervisor designado ni remitidas a su domicilio contractual. Al respecto, el Tribunal Arbitral considera que esto no es correcto, en tanto las propias partes acordaron que lo que correspondía era únicamente que un representante de DELTA – el agente de vigilancia – suscriba el Acta correspondiente. Este requisito fue cabalmente cumplido en todas las Actas.
70. Asimismo, mediante escrito del 1 de marzo de 2016, el MTC presentó documentos adicionales que acreditan efectivamente el conocimiento por parte de DELTA de la imputación de los incumplimientos en cuestión. Esto se observa, por ejemplo, en el Informe No. 316-2013-MTC/14.08-HMM, Informe No. 109-2014-MTC/14.08-HMM, Informe No. 124-2014-MTC/14.08-HMM, Informe No. 145-2014-MTC/14.08-HMM, Informe No. 1170-2014-MTC/14.08-HMM, Informe No. 221-2014-MTC/14.08-HMM y en el Informe No. 301-2014-MTC/14.08-HMM.
71. Adicionalmente, respecto al requerimiento de justificación que solicitó al MTC respecto a la aplicación de las penalidades en cuestión, este fue absuelto mediante el Oficio No. 997-2014-MTC/04.02. No obstante, DELTA señala que este nunca le fue entregado. Al respecto, el Tribunal Arbitral observa que el mismo no fue recibido por DELTA por causas imputables a la misma, como bien se demuestra en el Aviso de Visita No. 0014174. Sin perjuicio de ello, lo cierto es

que bastaba con cumplir con el procedimiento acordado en el CONTRATO mediante la emisión de las Actas de Observación, tal como ocurrió en el presente caso.

72. El Tribunal Arbitral tiene en consideración, además, que DELTA no ha argumentado y menos demostrado que no haya existido incumplimientos por su parte, sino únicamente ha presentado defensas formales. Siendo ello así, este Tribunal Arbitral considera que los incumplimientos imputados a DELTA han sido demostrados por parte del MTC y no refutados por la contraparte.
73. Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que no basta con determinar la existencia de incumplimientos por parte de DELTA sino también determinar el monto de las penalidades que corresponden aplicar.
74. Al respecto, como ya mencionamos, en la segunda parte de la cláusula décimo cuarta del CONTRATO, referida a las penalidades, se estableció lo siguiente:

#### CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA: PENALIDADES

(...)

#### OTRAS PENALIDADES

EL MINISTERIO aplicará las penalidades previstas en el cuadro adjunto, conforme al artículo 266 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, hasta por un monto máximo equivalente al 10% del monto vigente:

PENALIDADES	APLICACIÓN
<u>No contar con Carné de Identificación personal vigente del servicio de vigilancia (DICSCAMEC)</u>	<u>S/.50.00 y retiro del agente inmediatamente, debiendo cubrir el puesto en un plazo máximo de dos horas</u>
Contar con licencia de uso de armas caduca	S/.100.00 y retiro del agente inmediatamente, debiendo cubrir el puesto en un plazo máximo de dos horas

<u>Contar con Carné de identificación caduco</u>	<u>S/.50.00 por día y retiro del agente inmediatamente, debiendo cubrir el puesto en un plazo máximo de dos horas</u>
<u>Cambiar personal de vigilancia sin autorización del Jefe de Seguridad</u>	<u>S/.50.00 y retiro del agente inmediatamente, debiendo cubrir el puesto en un plazo máximo de dos horas</u>
Contar con licencia de uso de armas que no corresponde al arma en uso en la Entidad	S/.100.00 y retiro del agente inmediatamente, debiendo cubrir el puesto en un plazo máximo de dos horas
<u>No brindar descanso al personal mediante el agente volante</u>	<u>S/.200.00 al detectar la situación</u>
Cubrir con un mismo agente dos (02) turnos continuos	S/.100.00 y retiro del agente inmediatamente, debiendo cubrir el puesto en un plazo máximo de dos horas
Cubrir a un puesto de agente con personal que no cuente con el mismo perfil solicitado en los Términos de Referencia	S/.50.00 y retiro del agente inmediatamente, debiendo cubrir el puesto en un plazo máximo de dos horas
<u>Puesto de vigilancia no cubiertos</u>	<u>S/.100.00 por hora hasta el tope de horas</u>

75. Siendo ello así, el MTC debía aplicar únicamente los montos establecidos en esta cláusula teniendo en cuenta aquellas penalidades que debían ser aplicadas una única vez por infracción, aquellas que debían ser aplicadas por día o por hora. Asimismo, como se observa en el CONTRATO, el MTC debía otorgar a DELTA un plazo razonable para que pudiera subsanar las observaciones respectivas. Sobre este punto, no existe acuerdo de las partes, por lo que – guiándose por un criterio de razonabilidad y atendiendo a las circunstancias específicas de este caso – el Tribunal Arbitral considera que un plazo razonable en este caso es de siete (7) días calendario.

76. En ese sentido, y obedeciendo al propio pacto de las partes, el MTC no solo debía ceñirse a los montos aplicables según el cuadro antes mencionado sino que, además, no podía aplicar penalidades por un mismo hecho a menos que

transcurriera un mínimo de siete (7) calendario y la infracción no haya sido subsanada por DELTA.

77. Pues bien, luego de haber revisado las pruebas aportadas por ambas partes, el Tribunal Arbitral considera que el MTC aplicó montos excesivos e incluso fuera de sus facultades contractuales, según el siguiente detalle:

- a. El documento Otras Penalidades No. 001-2014 y No. 004-2014 son ambos del 20 de enero de 2014. Asimismo, en ambos casos, el MTC aplica los montos de las penalidades por el número de días y no únicamente por el número de infracciones como indica el CONTRATO. Por otro lado, se incluye la infracción de no efectuar visitas diarias del supervisor cuando esta no está contemplada en el CONTRATO. Por tanto, el monto a reconocer es de S/.2,750.00.
- b. El documento Otras Penalidades No. 006-2014 y No. 010-2014 son ambos del 12 de marzo de 2014. Asimismo, el MTC aplica el monto de la penalidad correspondiente a la infracción por no brindar descanso al personal mediante agente volante por cada día en que continuó la infracción desconociendo lo expresado en el CONTRATO. Por tanto, el monto a reconocer es de S/.2,000.00.
- c. El documento Otras Penalidades No. 040-2014 aplica unas penalidades de S/.4,200.00 por la infracción por no brindar descanso al personal mediante agente volante en lugar de los S/.1,200.00 correspondientes por haberse detectado esta infracción en seis (6) puestos diferentes. Por tanto, el monto a reconocer es de S/.1,250.00.
- d. El documento Otras Penalidades No. 047-2014 aplica montos superiores a los indicados en el CONTRATO para la infracción por no brindar descanso al personal mediante agente volante. Por tanto, el monto a reconocer es de S/.4,800.00.
- e. El documento Otras Penalidades No. 012-2014 aplica la penalidad correspondiente a la infracción por no brindar descanso al personal

mediante agente volante por día cuando debe ser aplicada únicamente al detectarse la infracción. Por tanto, el monto a reconocer es de S/.2,000.00.

- f. El documento Otras Penalidades No. 020-2014 tiene la misma fecha que el documento Otras Penalidades No. 047-2014, por lo que solo corresponde reconocer las infracciones generadas en puestos distintos a los mencionados en este segundo documento. Lo mismo ocurre con el documento Otras Penalidades No. 024-2014. Por tanto, el monto a reconocer es de S/.650.00.
- g. El documento Otras Penalidades No. 027-2014 aplica la penalidad correspondiente a la infracción por no brindar descanso al personal mediante agente volante por día cuando debe ser aplicada únicamente al detectarse la infracción. Por tanto, el monto a reconocer es de S/.1,300.00.
- h. El documento Otras Penalidades No. 019-2014 incluye exactamente los mismos conceptos que el documento Otras Penalidades No. 006-2014. Por tanto, no se debe reconocer ningún monto indicado en este documento.
- i. El documento Otras Penalidades No. 032-2014 aplica la penalidad correspondiente a la infracción por no brindar descanso al personal mediante agente volante por día cuando debe ser aplicada únicamente al detectarse la infracción. Por tanto, el monto a reconocer es de S/.8,100.00.

78. En ese sentido, el monto total a reconocer por concepto de penalidades asciende a S/. 20,100.00 (Veinte Mil Cien y 00/100 Nuevos Soles). En ese sentido, el MTC deberá reembolsar a DELTA el monto de S/.64,328.85 (Sesenta y Cuatro Mil Trescientos Veintiocho con 85/100 Nuevos Soles) que corresponde a la diferencia entre el monto de las penalidades aplicadas por el MTC y el monto que efectivamente se debió aplicar.

79. Por todo lo anterior, el Tribunal Arbitral considera que tanto la primera como la segunda pretensión principal de la demanda deben ser declaradas fundadas en parte.

## **V. DETERMINAR SI PROCEDE QUE SE ORDENE EL PAGO DE LAS COSTAS Y COSTOS DEL ARBITRAJE AL CONSORCIO O A PROVIAS**

80. En el convenio arbitral celebrado entre las partes, no existe pacto expreso de las partes acerca de la imputación de los costos y costas del arbitraje, razón por la cual corresponde apelar a lo dispuesto en la LEY DE ARBITRAJE.

81. Sobre este particular, el artículo 73 de la LEY DE ARBITRAJE establece que 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".

82. Atendiendo a que no existe pacto de las partes sobre las costas y costos y considerando el buen comportamiento procesal de las partes y el criterio de razonabilidad que debe guiar toda decisión, corresponde disponer que cada parte asuma el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios del Tribunal Arbitral y del secretario arbitral.

83. Fuera de estos conceptos, corresponde disponer que cada parte asuma directamente los gastos o costos que sufrió; esto es, que cada parte asuma los gastos, costos y costas en que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente arbitraje, como son los honorarios de sus abogados, entre otros.

## VI. DE LA PRUEBA ACTUADA Y LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

84. El Tribunal Arbitral deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43 de la LEY DE ARBITRAJE y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.

Por las razones expuestas, estando a los considerandos glosados, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 49 y 50 de la LEY DE ARBITRAJE, y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Tribunal Arbitral, en DERECHO,

### LAUDA:

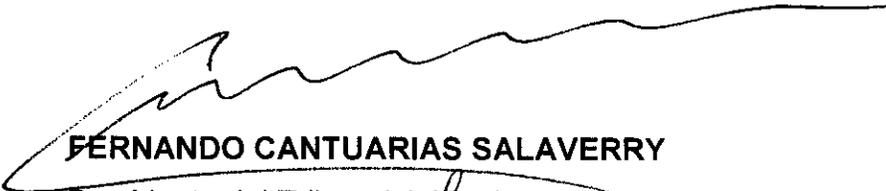
**PRIMERO.**- Declarar **FUNDADA EN PARTE** la primera pretensión principal de la demanda.

**SEGUNDO.**- Declarar **FUNDADA EN PARTE** la segunda pretensión principal de la demanda. Por tanto, ordenar al MTC reembolsar a DELTA el monto de S/.64,328.85 (Sesenta y Cuatro Mil Trescientos Veintiocho con 85/100 Nuevos Soles) más los intereses legales que se devenguen desde la fecha que se notificó la demanda al MTC hasta la fecha de efectivo pago.

**TERCERO.**- **FIJAR** los honorarios de cada uno de los miembros del Tribunal Arbitral en la suma de S/. 3,290.00 (tres mil doscientos noventa con 00/100 Nuevos Soles) netos a los que deberán agregarse los impuestos correspondientes y los servicios de la Secretaría Arbitral en la suma de S/. 3,007.00 (tres mil siete con 00/100 Nuevos

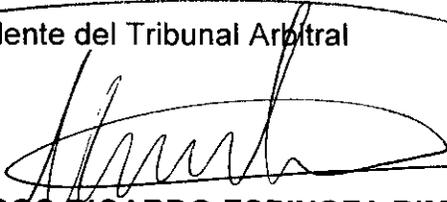
**CUARTO.- DISPONER** que cada parte asuma el cincuenta por ciento (50%) de los honorarios de los árbitros y del secretario arbitral. Fuera de estos conceptos, cada parte asumirá los gastos o costos que sufrió; esto es, cada parte asumirá los gastos, costos y costas que incurrió y debió incurrir como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios de sus abogados, entre otros.

**QUINTO.-** Este laudo se colgará en el SEACE.



**FERNANDO CANTUARIAS SALAVERRY**

Presidente del Tribunal Arbitral



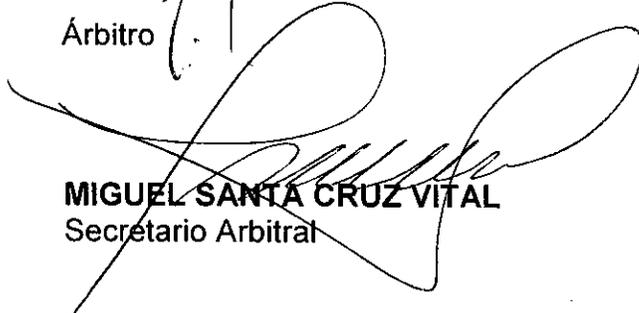
**MARCOS RICARDO ESPINOZA RIMACHI**

Árbitro



**JOSÉ MANUEL PAZ VERA**

Árbitro



**MIGUEL SANTA CRUZ VITAL**

Secretario Arbitral