

LAUDO DE DERECHO

Laudo de Derecho que resuelve la controversia surgida entre ESKE Corporation S.A.C. y la Dirección de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud que dictan los miembros del Tribunal Arbitral, doctor Humberto Flores Arévalo, en condición de Presidente del Tribunal Arbitral, Katty Mendoza Murgado y Horacio Cánepa Torre, en condición de miembros del Tribunal Arbitral.

Número de Expediente de Instalación: 1125-2016

Demandante: ESKE Corporation S.A.C. (en adelante, el Contratista o el demandante).

Demandado: Dirección de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud (en adelante, la Entidad o la demandada).

Contrato: Contrato N° 56-2013-DARES/MINSA para la Adquisición de Multimicronutrientes 1g Polvo, Ítem 1 y 2.

Monto del Contrato: S/. 22'164,764.04

Tipo y Número de Proceso de Selección: Licitación Pública N° 008-2013-DARES/MINSA.

Tribunal Arbitral: Humberto Flores Arévalo (Presidente del Tribunal Arbitral), Katty Mendoza Murgado y Horacio Cánepa Torre.

Secretaría Arbitral: Whitney Hernández Girón

Monto de los honorarios del Tribunal Arbitral: S/. 55,746.36

Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral: S/. 14,221.16

Fecha de emisión del laudo: 10 de octubre de 2016

N° de Folios: 20

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

- ☐ Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato
- ☐ Resolución del contrato
- ☐ Ampliación del plazo contractual
- ☐ Defectos o vicios ocultos
- ☐ Formulación, aprobación o valorización de metrados
- ☐ Recepción y conformidad
- ☐ Liquidación y pago
- ☐ Mayores gastos generales

- ☒ Indemnización por daños y perjuicios
- ☐ Enriquecimiento sin causa
- ☐ Adicionales y reducciones
- ☐ Adelantos
- ☒ Penalidades
- ☐ Reconocimiento y pago de intereses

Resolución N° 10

En Lima, a los 10 días del mes de octubre de 2016, realizadas las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos del demandante y del demandado, el Tribunal Arbitral dicta el presente Laudo de Derecho.

I. ANTECEDENTES

- 1.1. Con fecha 12 de noviembre del 2013, las partes suscribieron el Contrato 56-2013-DARES/MINSA (en adelante, el Contrato), en cuya Cláusula Décima Novena se estableció lo siguiente:

"Cualquiera de las partes tiene el derecho de iniciar arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 176, 177 y 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El laudo emitido es definitivo e inapelable, tiene valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia."

- 1.2. Mediante intercambio de comunicaciones, el Contratista designó como árbitro a la doctora Katty Mendoza Murgado. Por su parte, la Entidad designó como árbitro al abogado Horacio Cánepa Torre; quienes aceptaron las designaciones en el plazo reglamentario y acordaron designar como Presidente del Tribunal Arbitral al abogado Humberto Flores Arévalo.

- 1.3. El 2 de mayo de 2016, en las instalaciones de la sede institucional del Organismo Supervisor del Estado se instaló el Tribunal Arbitral encargado de resolver las controversias que han generado el inicio del presente arbitraje.
- 1.4. En la mencionada audiencia, los árbitros declararon haber sido debidamente designados, se obligaron a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada y ratificaron la aceptación del cargo de árbitros, señalando que no se presenta ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes.
- 1.5. En esta Audiencia, a la que en lo sucesivo nos referiremos como el "Acta de Instalación", el Tribunal Arbitral fijó las reglas de este arbitraje estableciendo que es uno ad hoc, nacional y de Derecho.
- 1.6. Así también, en este Tribunal Arbitral encargó la secretaría del proceso a la señorita Whitney Hernández Girón, estableciendo como sede del arbitraje la oficina ubicada en Avenida Arenales 746, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima.

II. ACTUACIONES ARBITRALES

- 2.1. Con fecha 23 de mayo de 2016, el Contratista presentó su demanda arbitral. En relación a ello, mediante Resolución N° 1 de fecha 25 de mayo de 2016, se admitió a trámite la demanda, corriéndose traslado de la misma a la Entidad, a fin de que en el plazo de quince (15) días hábiles cumpla con contestarla y, de considerarlo conveniente, formule reconvencción. Asimismo, se otorgó un plazo de tres (3) días hábiles al Contratista a fin que cumpla con subsanar las omisiones incurridas.

- 2.2. Luego, con fecha 3 de mayo de 2016, la demandante cumplió con subsanar las omisiones incurridas, presentando el anexo 1-F y el archivo electrónico del escrito de demanda mediante disco compacto grabable (CD-R). Al respecto, mediante Resolución N° 2 de fecha 1 de junio de 2016, se da cuenta del escrito de subsanación.

- 2.3. Posteriormente, con fecha 17 de junio de 2016, la Entidad contestó la demanda, y, mediante Resolución N° 3 de fecha 23 de junio de 2016, se tuvo por contestada la demanda, teniéndose por ofrecidos los medios probatorios contenidos en el referido escrito, y se otorgó el plazo de tres (3) días hábiles, a fin de que la Entidad presente el archivo electrónico del escrito de contestación de demanda en un disco compacto grabable (CD-R). Asimismo, el Tribunal Arbitral citó a las partes a la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día 13 de julio de 2016 a las 12:00 m.
- 2.4. Con fecha 12 de junio de 2016, el Contratista formuló precisiones respecto a la contestación de demanda, por lo que, mediante Resolución N° 4 de fecha 12 de julio de 2016, se dio cuenta del mencionado escrito, en cuanto fuera de ley, con conocimiento de su contraparte.
- 2.5. Estando a la citación efectuada mediante Resolución N° 3, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación, Saneamiento Procesal, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios con la asistencia de los miembros del Tribunal, la Secretaría Arbitral y ambas partes. En dicha audiencia, a pesar de los esfuerzos realizados por el Colegiado, no se logró arribar a algún acuerdo conciliatorio entre las partes. Acto seguido, se procedió a determinar las cuestiones materia del arbitraje.
- 2.6. Adicionalmente, en la mencionada audiencia se admitieron los medios probatorios descritos de la siguiente manera:

De la parte demandante: Los documentos que se señalan en el escrito de demanda arbitral, señalados en el acápite 4 del punto 4.1 al punto 4.10 presentados con fecha 23.05.16.

De la parte demandada: Las instrumentales adjuntadas a la demanda presentada por Eske Corporation S.A.C con fecha 23.05.16.

- 2.7. Mediante Resolución N° 7 de fecha 8 de agosto de 2016, el Tribunal Arbitral dejó constancia que las partes no presentaron medios probatorios adicionales. Asimismo, dispuso la conclusión de la etapa probatoria y otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos y, de ser el caso, solicitar el uso de la palabra. Adicionalmente, se requirió a la Entidad que en el plazo de cinco (5) días hábiles, cumpla con acreditar el registro y publicación ante el SEACE de los nombres y apellidos completos de los miembros del Tribunal Arbitral, bajo responsabilidad.
- 2.8. Posteriormente, mediante Resolución N° 08 de fecha 22 de agosto de 2016 se resolvió tener por cumplida la presentación de alegatos por ambas partes y, señaló fecha para la Audiencia de Informes Orales convocando a las partes para el día 8 de setiembre de 2016 a las 12:00 m. Finalmente, se dio por efectuado el registro y publicación en el SEACE de los nombres y apellidos de los miembros del Tribunal Arbitral por parte de la Entidad.
- 2.9. Con fecha 8 de setiembre de 2016 se realizó la Audiencia de Informes Orales con la presencia de los miembros del Tribunal Arbitral, la Secretaría y el representante de la Entidad, dejándose constancia de la inasistencia del representante del Contratista, a pesar de encontrarse debidamente notificado conforme al cargo de notificación que obra en el expediente. En dicha audiencia, se procedió a fijar plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, contados a partir del día siguiente de realizada la audiencia, reservándose el Tribunal Arbitral la facultad de ampliar, a su sola discreción, el citado plazo por treinta (30) días hábiles adicionales, en caso lo estimase necesario, conforme a lo previsto en el numeral 45 del Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

III. COSTOS DEL PROCESO

- 3.1. En lo referente a los costos arbitrales, fueron fijados en los numerales 56 y 57 del Acta de Instalación en la suma de S/. 12,056.00 netos para cada

uno de los miembros del Tribunal Arbitral, a los que deberían agregarse los impuestos correspondientes y en S/. 8,274.00 netos para la Secretaria Arbitral, debiendo cada parte asumir el 50% de dichos montos.

- 3.1 En relación a ello, mediante Resolución N° 1 se tuvo por acreditado el pago de los honorarios arbitrales por parte del Contratista y se tuvo por pagados los honorarios arbitrales por parte de la entidad.
- 3.2. Posteriormente, mediante resolución N° 5 se fijó un segundo anticipo de honorarios arbitrales por la suma de S/. 15,539.00 netos para cada uno de los miembros del Tribunal Arbitral, a los que deberían agregarse los impuestos correspondientes y en S/. 12,230.00 netos para la Secretaria Arbitral, debiendo cada parte asumir el 50% de dichos montos.
- 3.3. Luego, mediante escrito del 2 de agosto de 2016, el Contratista presentó recurso de reconsideración contra la Resolución N° 5, fundamentando que no han solicitado la restitución de la suma de S/. 2'036,471.37 ni del monto de S/. 465,223.42, pues lo único que solicita es la restitución de S/. 1'571,247.95.
- 3.4. Luego, mediante Resolución N° 6 de fecha 4 de agosto de 2016, atendiendo a que el primer anticipo se realizó sobre la base S/. 1'571,247.95, el mismo que se encuentra incluido en el monto global de S/. 2'036,471.37, el Tribunal Arbitral resolvió que correspondía reliquidar honorarios por la diferencia, es decir, por el monto S/. 465,223.42, por lo cual se declaró fundado, en parte, el recurso de reconsideración interpuesto por el demandante, dejando sin efecto, parcialmente, la Resolución N° 5, determinando que el segundo anticipo de honorarios correspondiente a cada árbitro ascendería al monto de S/. 6,526.12 y para la Secretaria Arbitral el monto de S/. 5,848.16 neto; los cuales deberían ser pagados por cada una de las partes, en proporciones iguales, otorgándose el plazo de diez (10) días hábiles a fin de que las partes cumplan con el pago de los montos señalados.

- 3.5. Finalmente, mediante Resolución N° 9 de fecha 5 de setiembre de 2016, el Tribunal Arbitral tuvo por pagados los honorarios arbitrales señalados mediante Resolución N° 6 por ambas partes.

IV. DECLARACIONES PRELIMINARES

- 4.1. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde remarcar lo siguiente:

- (i) El Tribunal Arbitral se ha instalado de conformidad con las normas que regulan la contratación estatal y con la conformidad de las partes.
- (ii) Los plazos se computan en días hábiles. Son días inhábiles los días sábado, domingo y feriados no laborables o los días de duelo nacional no laborables declarados por el Poder Ejecutivo de la República del Perú.
- (iii) La sede del arbitraje se encuentra fijada en la ciudad de Lima.
- (iv) El Contratista presentó su demanda dentro del plazo establecido.
- (v) La Entidad fue debidamente emplazada con la demanda habiéndola contestado oportunamente.
- (vi) Las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer sus pruebas, así como han contado con el derecho a informar oralmente en la Audiencia de Ilustración de Posiciones y en la de Informes Orales.
- (vii) El presente Laudo de Derecho se emite dentro del plazo previsto en el Acta de Instalación.
- (viii) Se han analizado todas las afirmaciones de las partes y todas las pruebas admitidas en el proceso, otorgándoles el mérito que les corresponde aun cuando no se haga mención expresa de ellas

en este Laudo, de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, recogido en el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje.

- (ix) Para resolver la controversia el Tribunal Arbitral aplica las disposiciones del Contrato, la normativa de la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento, las normas de Derecho Público y supletoriamente las normas de Derecho común.

V. PUNTOS CONTROVERTIDOS

5.1. En función a las pretensiones demandadas por el Contratista, el Tribunal Arbitral estableció los siguientes puntos controvertidos:

- (i) Determinar si corresponde o no que el Tribunal declare que la penalidad interpuesta a la empresa Eske Corporation S.A.C. en la ejecución de la Adenda de Ejecución de Prestaciones Adicionales del Contrato N° 056-2013-DARES/MINSA, por la suma de S/. 2'036,471.37 y que fue comunicada mediante Oficio N° 1646-2015-DARES/MINSA de fecha 17 de noviembre de 2015 y recibido el 18 de noviembre de 2015, sea declarada como de aplicación incorrecta, pues únicamente debió tenerse en cuenta para su cálculo el 10 % del monto del contrato adicional y no el 10% de la sumatoria del contrato original más el contrato adicional.
- (ii) Determinar si corresponde o no que el Tribunal declare que la penalidad correcta que debió aplicarse a Eske Corporation S.A.C. debe ser máximo el 10% del ítem 2 de la Adenda de Ejecución de Prestaciones Adicionales del Contrato N° 056-2013-DARES/MINSA; es decir, en tanto el monto real y ejecutado del referido ítem 2 ascendía a S/. 4'652,231.18, aplicando una penalidad máxima del 10% este deba ser solamente hasta por la suma de S/. 465,223.42.

- (iii) Determinar si corresponde o no que el Tribunal disponga una restitución por la suma de S/. 1'571,247.95 a favor de Eske Corporation S.A.C. al haberse aplicado incorrectamente una multa de S/2'036,471.37.
- (iv) Determinar si corresponde o no que el Tribunal declare que los intereses que deben pagarse a favor de Eske Corporation S.A.C. en la devolución de la parte de la penalidad incorrectamente aplicada en el ítem 2, son de dos tipos: (i) Intereses legales por la demora en el pago de la factura en el ítem 2, que van desde el momento en que contractualmente debió haberse pagado hasta el 18 de noviembre 2015, fecha en la que se notificó a Eske Corporation S.A.C. el Oficio N° 1646-2015-DARES/MINSA de fecha 17 de noviembre de 2015, (ii) Intereses moratorios, por la demora en el pago del monto objeto de restitución de la demanda, que va desde el 19 de noviembre de 2015 hasta la fecha efectiva de pago, pues con la Carta N° 189-VENTAS-ESKE-2015 ya se hizo expreso el reclamo es este concepto habiendo sido desatendido.
- (v) Determinar si corresponde o no que el Tribunal declare que le corresponde a Eske Corporation S.A.C. el reconocimiento de costas y costos totales derivados de este proceso arbitral.

VI. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que el Tribunal declare que la penalidad interpuesta a la empresa Eske Corporation S.A.C. en la ejecución de la Adenda de Ejecución de Prestaciones Adicionales del Contrato N° 056-2013-DARES/MINSA, por la suma de S/. 2'036,471.37 y que fue comunicada mediante Oficio N° 1646-2015-DARES/MINSA de fecha 17 de noviembre de 2015 y recibido el 18 de noviembre de 2015, sea declarada como de aplicación incorrecta, pues únicamente debió tenerse en cuenta para su cálculo el 10 % del monto del contrato adicional y no el 10% de la sumatoria del contrato original más el contrato adicional.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que el Tribunal declare que la penalidad correcta que debió aplicarse a Eske Corporation S.A.C. debe ser máximo el 10% del ítem 2 de la Adenda de Ejecución de Prestaciones Adicionales del Contrato N° 056-2013-DARES/MINSA; es decir, en tanto el monto real y ejecutado del referido ítem 2 ascendía a S/. 4'652,231.18, aplicando una penalidad máxima del 10% este deba ser solamente hasta por la suma de S/. 465,223.42.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que el Tribunal disponga una restitución por la suma de S/. 1'571,247.95 a favor de Eske Corporation S.A.C. al haberse aplicado incorrectamente una multa de S/2'036,471.37.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que el Tribunal declare que los intereses que deben pagarse a favor de Eske Corporation S.A.C. en la devolución de la parte de la penalidad incorrectamente aplicada en el ítem 2, son de dos tipos: (i) Intereses legales por la demora en el pago de la factura en el ítem 2, que van desde el momento en que contractualmente debió haberse pagado hasta el 18 de noviembre 2015, fecha en la que se notificó a Eske Corporation S.A.C. el Oficio N° 1646-2015-DARES/MINSA de fecha 17 de noviembre de 2015, (ii) Intereses moratorios, por la demora en el pago del monto objeto de restitución de la demanda, que va desde el 19 de noviembre de 2015 hasta la fecha efectiva de pago, pues con la Carta N° 189-VENTAS-ESKE-2015 ya se hizo expreso el reclamo es este concepto habiendo sido desatendido.

- 6.1. Atendiendo a la íntima relación que guardan los mencionados puntos controvertidos, el análisis a efectuarse se realizará de manera conjunta a efectos de evitar pronunciamientos contradictorios.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

- 6.2. El Contratista manifestó que dio cumplimiento al Contrato N° 56-2013-DARES/MINSA, siendo que respecto al ítem 2 se le impuso una multa ascendente a S/. 299,655.03 por la demora en la entrega, conforme se puede verificar del Memorándum N° 680-2014-UFADQ-DARES/MINSA,

resaltando que del mencionado documento se desprende que: "El Contratista ha cumplido con la entrega del producto adjudicado derivado del Contrato N° 056-2013-DARES/MINSA y cuenta con la Conformidad del Responsable del Almacén y Distribución de la Dirección de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud, y según el Acta de Verificación" (El resaltado no es nuestro); por lo que, el Contratista afirma que el Contrato original quedó completamente liquidado, en tanto, se cumplió con la entrega del bien y su total cancelación, contando con la conformidad de la Entidad, por lo que, ya no debería tomarse en cuenta para en el cálculo de una posterior penalidad en el Contrato adicional.

6.3. Asimismo, el Contratista indica que por una necesidad institucional, con fecha 27 de febrero de 2015, suscribió una Adenda de Ejecución de Prestaciones Adicionales del Contrato N° 056-2013-DARES/MINSA para la entrega adicional de ambos ítems¹, ello por el porcentaje de prestaciones adicionales del 25% del Contrato original tal como se prescribe en el anterior Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, el Reglamento).

6.4. Asimismo, el Contratista manifiesta que para la ejecución del ítem 2 del Contrato adicional se giraron la Orden N° 0000102 por la suma de S/. 275,908.88 y la Orden de Compra N° 0000103 por la suma de S/. 4'376,325.30, ambas de fecha 20 de marzo de 2015, montos que arrojan un total real ejecutado de S/. 4'652,234.18, suma que sería distinta a la consignada en el Contrato adicional del ítem 2, pues la misma era de S/. 4'672,234.18. Sobre este punto, el Contratista expresó que dichas órdenes de compra fueron atendidas completamente con demoras por el volumen elevado de sobres de multimicronutrientes, por lo que, su intención no es discutir las razones de dicha demora, debiendo centrarse la discusión en la incorrecta aplicación de la penalidad impuesta por la Entidad.

¹ (i) ítem 1 para el suministro de 5'482,260 unidades de multimicronutrientes por la suma de S/. 868,936.31 y (ii) ítem 2 para el suministro de 27'483,840 unidades de multimicronutrientes por la suma de S/. 4'672,252.80.

- 6.5. En relación a ello, mediante Oficio N° 1646-2015-DARES, la Entidad informó que correspondía la aplicación de una penalidad ascendente a S/. 2'036,471.37 por 159 días de retraso injustificado en la atención del ítem 2; consecuentemente, mediante la Carta N° 189-VENTAS-ESKE-2015, el Contratista expuso su posición respecto a la incorrecta aplicación de la penalidad.
- 6.6. Así es que, el Contratista señala que se ha aplicado incorrectamente la penalidad, debido a una incorrecta interpretación y aplicación del artículo 165° del anterior Reglamento, pues si bien la penalidad en cuestión solamente debe ser hasta por el 10% del "contrato vigente" en este caso solamente por la Adenda de Ejecución de Prestaciones del Contrato N° 056-2013-DARES/MINSA, mas no por la sumatoria del Contrato N° 056-2013-DARES/MINSA (contrato original) aunada a la Adenda de Ejecución de Prestaciones Adicionales (contrato vigente), tal como ha interpretado el demandando.
- 6.7. Asimismo, manifestó que, asumiendo la posición de la Entidad, respecto a que para la determinación de las penalidades deberían considerarse tanto el contrato original como el contrato adicional, aún en ese escenario se habría configurado una incorrecta aplicación de penalidades, esto es porque si bien el contrato adicional implicaba una sola entrega en diversos destinos, si se aúna al contrato original todo termina siendo un contrato con prestaciones periódicas, siendo que el artículo 165° del anterior Reglamento estipulaba respecto al cálculo de penalidades que: "(...) en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso". Es decir, la penalidad solamente podría ser el 10% de la "prestación parcial" que fue objeto de retraso y en este caso en particular, tal prestación sería el contrato adicional.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

- 6.8. Por su parte, la Entidad manifestó que, para la aplicación de la penalidad se tomó en consideración lo esgrimido en el artículo 165° del Reglamento, que regula la aplicación de la "penalidad por mora"

en la ejecución de la prestación", precisando que la misma debe aplicarse al Contratista que injustificadamente se retrase en la ejecución de las prestaciones a su cargo, a razón de una penalidad por cada día de retraso, 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. (El resaltado no es nuestro)

- 6.9. Así es que, la Entidad afirma que mediante el Oficio N° 1646-2015-DARES de fecha 30 de noviembre de 2015, la Entidad informó que correspondía la aplicación de una penalidad ascendente a S/. 2'036,471.37 por 159 días de retraso injustificado, efectuada en base al monto del Contrato y la sumatoria del monto señalado en la adenda al contrato original suscrito.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL

- 6.10. En el marco de las pretensiones materia de análisis, el Colegiado advierte que es relevante determinar, a efectos de llegar a una conclusión concreta respecto a cada uno de las materias sometidas a análisis, las obligaciones a las cuáles se sometieron las partes, ello permitirá al Colegiado determinar si existió o no una aplicación incorrecta de la penalidad de parte de la Entidad, en el marco de la normativa de contrataciones del Estado. En este análisis, el Colegiado evaluará las posiciones vertidas por ambas partes, por un lado la del Contratista que señala una aplicación incorrecta de la penalidad por parte de la Entidad; y el de la Entidad, quien afirma que la imposición de la penalidad se dio de conformidad con el artículo 165° del Reglamento.

- 6.11. Al respecto, es preciso remitirnos a la Cláusula Décima Quinta del Contrato, la misma que señala lo siguiente:



CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA: PENALIDADES

SI EL CONTRATISTA incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, LA ENTIDAD le aplicará 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 monto del ítem que debió ejecutarse, en concordancia con el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.



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

$$\text{Penalidad Diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Donde:



$F = 0.25$ para plazos mayores a sesenta (60) días o;

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

Esta penalidad será deducida de los pagos periódicos o del pago 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 la propuesta (de ser el caso).

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

La justificación por el retraso se sujeta a lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, el Código Civil y demás normas aplicables, según corresponda.

6.12. Ahora bien, en relación a la aplicación de la penalidad respecto a la ejecución de la prestación del ítem 2 de la Adenda de Ejecución de Prestaciones Adicionales de fecha 27 de febrero de 2015, se tiene que el plazo para la entrega del producto adjudicado venció el 30 de abril de 2015, sin embargo, como bien lo reconoce el Contratista dicha prestación adicional fue entregada 159 días de vencido el plazo establecido en la Cláusula Cuarta de la mencionada adenda, cabe indicar que ambas partes coinciden con dicho plazo.

6.13. Asimismo, este Colegiado considera necesario dilucidar el monto real por ítem 2, pues respecto a este punto el Contratista afirma que realmente se realizó por S/.4'652,234.18, cuando en el Contrato se fijó por el monto de S/.4'672,234.18, pero, como bien lo reconoce la Entidad la Orden de Compra N° 0000102 fue por la suma de S/. 275,908.88 y la Orden de Compra N° 0000103 fue por la suma de S/.4'376,325.30, de ahí que, el monto que debe considerarse como el monto contractual por el ítem 2 es S/.4'652,234.18.

6.14. En ese contexto, el Colegiado considera necesario remitirse a lo establecido en el artículo 165° del Reglamento:

"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 (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 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 la propuesta.

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

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

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 de 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" (Lo resaltado es nuestro)

6.15. Del citado dispositivo se observa que como premisa para la aplicación de la penalidad debe existir un retraso injustificado en la ejecución de

la prestación, retraso que se debe entenderse como la falta de cumplimiento de la prestación luego de vencido el plazo contractual otorgado por causa imputable al Contratista, de lo que se desprende que para la aplicación de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, ésta será por cada día de atraso, calculándose hasta por un monto máximo equivalente al diez (10 %) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

6.16. Así las cosas, y siendo que la controversia versa en relación a la aplicación de penalidad por el atraso del Contratista por 159 días, este Colegiado advierte que, de lo establecido en el artículo 165° del Reglamento, el monto sobre el cual se tiene que calcular el Contrato debe ser por el del ítem 2 de la Adenda de Ejecución de Prestaciones Adicionales, en la medida en que es en relación a éste que se produjo el atraso, máxime si es que el contrato original, es decir, Contrato N° 56-2013-DARES/MINSA de fecha 12 de noviembre de 2013 ya se liquidó, cumpliendo el Contratista con la entrega completa de la prestación del bien, y consecuentemente, su total cancelación.

6.17. Atendiendo a ello, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 165° del Reglamento, corresponde imponer al Contratista una penalidad por los ciento cincuenta y nueve (159) días de retraso injustificado, ascendente a la suma de S/. 4'772,291.19 según el siguiente cálculo:

$$\frac{0.10 \times S/. 4'652,234.18}{0.25 \times 62 \text{ días}} = S/. 30,014.41$$

$$S/. 30,014.41 \times 159 \text{ días} = S/. 4'772,291.19$$

6.18. En consecuencia, siendo que el monto total por la penalidad que le corresponde al Contratista es superior al 10% que establece el artículo 165° del Reglamento, este Tribunal Arbitral considera que corresponde aplicarle una penalidad por dicho atraso correspondiente al máximo que establece la ley, es decir al S/. 465,223.42.

6.19. De lo señalado precedentemente, corresponde ordenar que la Entidad restituya a favor del Contratista la suma de S/. 1'571,247.95 por el descuento incorrecto aplicado por la penalidad por mora del ítem 2 de la Adenda de Ejecución de Prestaciones Adicionales.

6.20. Asimismo, siendo que el Contratista solicita se le reconozcan los intereses legales correspondientes, el Tribunal Arbitral se pronunciará brevemente sobre los intereses.

6.21. De acuerdo con lo establecido en el artículo 1324° del Código Civil, las obligaciones de dar sumas de dinero devengan el interés moratorio desde el día en que el deudor incurra en mora.

6.22. El Tribunal Arbitral advierte que no se ha previsto en el Contrato la mora automática, por tanto, de conformidad con el artículo 1333° del Código Civil, el deudor incurre en mora desde que el acreedor le exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de su obligación. En este sentido, como el Contratista solicitó la devolución de esta suma de dinero en su solicitud de arbitraje, siendo desde esta fecha que debe devengarse los intereses legales moratorios.

6.23. Respecto a la tasa de interés aplicable, el Tribunal Arbitral advierte que las partes en el Contrato no han convenido la tasa de interés para el caso de mora (tasa de interés legal moratorio), por tanto, de conformidad con lo previsto en el artículo 1324° del Código Civil, deberá aplicarse la tasa de interés legal fijada por el Banco Central de Reserva del Perú hasta el día del pago.

6.24. Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral considera debe declararse fundada la primera pretensión principal, debido a que la Entidad aplicó incorrectamente la penalidad por mora en la ejecución del ítem 2 de la Adenda de Ejecución de Prestaciones Adicionales. En relación a ello, el monto aplicado por penalidad máxima del 10% al ítem 2 es de S/. 465,223.42, correspondiendo que la Entidad restituya a favor del Contratista la suma de S/. 1'571,247.95. Además, este Colegiado dispone que al momento de la realización efectiva del

pago se incluyan los intereses legales moratorios devengados desde la fecha en que se notificó la solicitud de arbitraje hasta la fecha efectiva de pago.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO: Determinar si corresponde o no que el Tribunal declare que le corresponde a Eske Corporation S.A.C. el reconocimiento de costas y costos totales derivados de este proceso arbitral.

6.25. Sobre los costos y costas del proceso arbitral, el Tribunal Arbitral advierte que las partes no han convenido distribución alguna de dichos costos en el convenio arbitral. En tal sentido, a falta de dicho acuerdo, el Colegiado cuenta con las facultades para realizar dicha distribución de conformidad con lo establecido en el artículo 73º del D. Leg. N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, el cual establece:

"Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

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

6.26. En ese sentido, para determinar la distribución de los costos y costas del arbitraje el Tribunal debe tener en consideración el actuar de las partes y su colaboración dentro del proceso para resolver la controversia, así como su derecho de litigar en el presente arbitraje.

6.27. De los actuados se observa que ambas partes han cumplido a cabalidad y dentro del plazo con los mandatos conferidos, más aún, se ha mostrado una colaboración por las partes para resolver las controversias suscitadas entre ellas.

6.28. Asimismo, se considera que ambas partes han tenido los motivos suficientes para recurrir a ésta vía, así como argumentos suficientes para defender sus posiciones.

6.29. En ese orden de ideas, el Tribunal Arbitral considera que se debe declarar infundada la segunda pretensión principal accesoria planteada por el Contratista; en consecuencia, ordena que los costos y costas del presente arbitraje sean asumidos por las partes en iguales condiciones, debiendo asumir cada una con los costos y costas que les haya irrogado la tramitación del proceso arbitral.

VII. LAUDO

Por las razones expuestas, de conformidad con el Acta de Instalación y lo previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, el Tribunal Arbitral resolviendo en Derecho **LAUDA**:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión demandada, en consecuencia, (i) se declara que la Dirección de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud aplicó incorrectamente la penalidad por mora por la ejecución del ítem 2 de la Adenda de Ejecución de Prestaciones Adicionales del Contrato N° 056-2013-DARES/MINSA, (ii) debiendo aplicarse una penalidad máxima del 10% por la suma de S/. 465,223.42, (iii) así como, se dispone que al momento de la realización efectiva del pago se incluyan los intereses legales moratorios devengados desde la fecha en que se notificó la solicitud de arbitraje.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión accesoria demandada, en consecuencia, se ordena la devolución de la suma de S/. 1'571,247.95 a favor de ESKE Corporation S.A.C por aplicación incorrecta de la penalidad por mora por la ejecución del ítem 2 de la Adenda de Ejecución de Prestaciones Adicionales del Contrato N° 056-2013-DARES/MINSA.

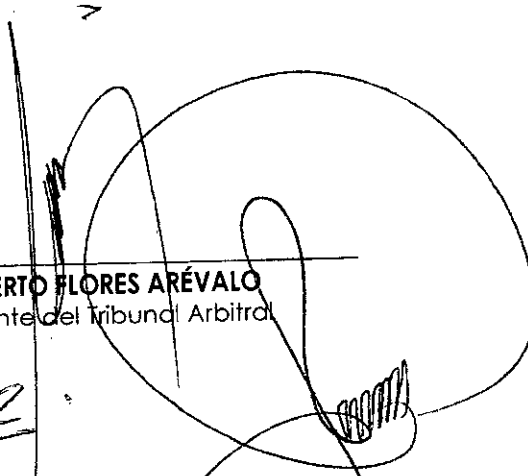
TERCERO: DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión accesoria demanda, en consecuencia, no corresponde que Dirección de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud asuma el pago de las costas y costos del

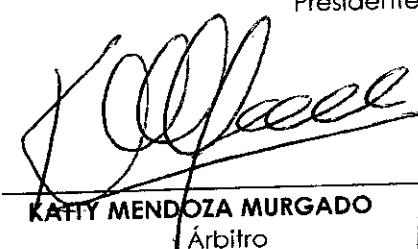
presente arbitraje, por los fundamentos desarrollados en la parte considerativa del presente Laudo.

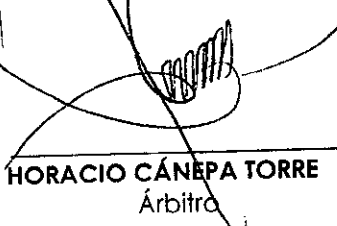
CUARTO: DISPONER que cada parte deba asumir el 50% de los gastos arbitrales y el íntegro de los gastos de su propia defensa, por los fundamentos desarrollados en la parte considerativa del presente Laudo.

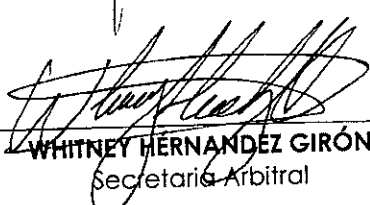
QUINTO: FIJAR los honorarios del Tribunal Arbitral en la suma de S/. 55,746.36 netos y de la Secretaria Arbitral en el monto de S/. 14,122.16, según liquidaciones de honorarios y gastos administrativos practicados en el presente arbitraje, los mismos que deberán ser asumidos en partes iguales por ambas partes.

SEXTO: AUTORIZAR a la Secretaria Arbitral a fin de que remita una copia del presente laudo al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE y registrarlo en el SEACE, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de Contrataciones y su Reglamento.


HUMBERTO FLORES ARÉVALO
Presidente del Tribunal Arbitral


KATTY MENDOZA MURGADO
Árbitro


HORACIO CÁNEPA TORRE
Árbitro


WHITNEY HERNÁNDEZ GIRÓN
Secretaria Arbitral