

LAUDO ARBITRAL

PARTES DEL ARBITRAJE:

INVERSIONES LANCASTER SAC

En lo sucesivo, **LANCASTER** o **EL CONTRATISTA**.

PROGRAMA NACIONAL DE APOYO DIRECTO A LOS MÁS POBRES - JUNTOS

En lo sucesivo, **EL PROGRAMA** o **LA ENTIDAD**.

ÁRBITRO ÚNICO:

Dr. Hugo Sologuren Calmet

SECRETARIO ARBITRAL:

Pablo Segundo Esteban Tello

RESOLUCIÓN N° 13

Lima, 25 de abril de 2018

I. VISTOS:

A. ANTECEDENTES

1. El 25 de febrero de 2015 las partes suscribieron el Contrato N° 10-2015-MIDIS/PNADP con el objeto de la contratación del servicio de arrendamiento de inmueble para la Sede Central del Programa Nacional de Apoyo Direto a los más Pobres - Juntos; al cual denominaremos en lo sucesivo, el **CONTRATO**.
2. Como consecuencia de las controversias relacionadas con el incumplimiento del **CONTRATO**, **LANCASTER** procedió a remitir su correspondientes solicitud de arbitraje, en aplicación del Convenio Arbitral suscrito, e inmerso en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato, la cual establece que:

«Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el 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 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

[...]»

3. Dicho convenio arbitral, también estipula que el laudo arbitral que se emita será definitivo y obligatorio para las partes.

B. DESARROLLO DEL ARBITRAJE

1. Luego de instalado el Árbitro Único, con Acta de Instalación de fecha 16 de mayo de 2017, se fijaron las reglas que regirían el presente arbitraje y se dio inicio a las actuaciones arbitrales.
2. De este modo, el 13 de junio de 2017, **EL CONTRATISTA** presentó su escrito de demanda. Subsiguientemente, el 14 de julio de 2017, **LA ENTIDAD** la contestó.
3. Estando definida la posición de las partes con la presentación de sus respectivos actos postulatorios, mediante Resolución N° 6 de fecha 06 de setiembre de 2017 se fijaron los siguientes puntos en controversia que constituyen la materia de nuestro pronunciamiento:

3.1. Primer punto controvertido (Primera pretensión):

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare la nulidad e inficacia del acto mediante el cual se ordenó se detraiga S/. 148, 383.69, el cual fue detraído de las Facturas N° 001-0003557001 y N° 001-00035566.

3.2. Segundo punto controvertido (Segunda pretensión):

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Entidad pague al contratista la suma de S/. 148, 383.69 más los intereses legales que se generan a la fecha de pago.

3.3. Tercer punto controvertido (Primera pretensión subordinada a la primera pretensión):

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare la nulidad e ineficacia del acto mediante el cual se ordenó se detraiga la suma de S/. 148, 383.69, de las Facturas N° 001-0003557001 y N° 001-00035566.

3.4. Cuarto punto controvertido (Segunda pretensión subordinada a la primera pretensión):

Determinar si corresponde ordenar a la Entidad pague al contratista la suma de S/. 137, 184.89 que fue detraído de las Facturas N° 001-0003557001 y N° 001-00035566, por aplicación de penalidad, más los intereses legales que se generen a la fecha de pago.

3.5. Quinto punto controvertido (Tercera pretensión):

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Entidad el pago de costos y costas que genere el presente proceso arbitral.

4. En esa misma Resolución se admitieron los medios probatorios ofrecidos por las partes en el transcurso de las actuaciones arbitrales:

Pruebas presentadas por el contratista:

- 4.1. Se admite la totalidad de las pruebas documentales ofrecidas por el contratista en el acápite "VII. MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito de demanda presentado el 13 de junio de 2017.

Pruebas presentadas por la Entidad:

- 4.2.** Se admite la totalidad de las pruebas documentales ofrecidas por la Entidad en el acápite "IV. Medios Probatorios" de su escrito de contestación de demanda presentado el 14 de julio de 2017.»
5. Mediante Resolución N° 9 de fecha 01 de diciembre de 2017, se resolvió prescindir de la Audiencia de Ilustración de Hechos, declara el cierre de la instrucción del presente proceso arbitral, y en consecuencia otorgar a las partes el plazo de diez (10) días hábiles, a fin de que presenten sus alegatos y conclusiones finales
6. A través de Resolución N° 10 de fecha 28 de diciembre de 2017, se tuvo presente los escritos de alegatos presentado por LANCASTER y por LA ENTIDAD con fecha 19 y 20 de diciembre de 2017, respectivamente.
7. Mediante Resolución N° 11, estando al desarrollo del proceso y teniendo en cuenta el numeral 44) del Acta de Instalación, se consideró de oficio citar a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el día 30 de enero de 2018.
8. A la postre, en la fecha, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales en la cual las partes expusieron oralmente sus posiciones sobre la materia en controversia y, asimismo, respondieron a las preguntas efectuadas por el Árbitro Único.
9. En el Acta de Audiencia de Informes Orales, atendiendo al estado del arbitraje se fijó el plazo para Laudar en treinta (30) días hábiles, contados a partir de notificada las partes con dicha resolución, prorrogable discrecionalmente por treinta (30) días hábiles adicionales.
10. Mediante Resolución N° 12 de fecha 12 de marzo de 2018, se dispuso prorrogar en treinta (30) días hábiles el plazo para laudar.

II. CONSIDERACIONES DEL ÁRBITRO ÚNICO

A. CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, este Árbitro Único corrobora y deja constancia de que:

- (i) Se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes, habiendo sido designados con irrestricto respeto de ello.
- (ii) En ningún momento se recusó al Árbitro Único, o se impugnó o reclamó contra las reglas fijadas para el presente arbitraje, las cuales se encuentran asentadas en el Acta de Instalación de fecha 16 de mayo de 2017.
- (iii) Las partes presentaron su demanda y contestación dentro de los plazos dispuestos, fueron debidamente emplazadas y ejercieron plenamente su derecho de defensa.
- (iv) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o solicitar el uso de la palabra para informar ante el Árbitro Único, lo que sucedió a través de la Audiencia de Informes Orales.
- (v) Las partes han tenido oportunidad suficiente para reconsiderar cualquier resolución distinta al laudo emitida en el presente arbitraje, que se hubiere dictado con inobservancia o infracción de una regla contenida en el Acta de Instalación, una norma de la Ley o del Reglamento, habiéndose producido la renuncia al derecho a objetar.
- (vi) Ninguna de las partes ha cuestionado la afectación del derecho de defensa en el presente arbitraje.
- (vii) Este Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos establecidos en las reglas fijadas para el presente arbitraje.
- (viii) Las partes no han deducido excepciones ni defensas previas.

B. MATERIA CONTROVERTIDA

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde a este Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos fijados mediante Resolución N° 6 de fecha 06 de setiembre de 2017, teniendo en

cuenta el mérito de la prueba aportada, a fin de determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del Arbitraje.

Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el Árbitro Único respecto de tales hechos.

A su vez, debe tenerse en cuenta, que en aplicación del Principio de «Comunidad o Adquisición de la Prueba», las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que las ofreció.

La posición antes expuesta es defendida por Taramona¹ quien desarrollando la institución de la prueba en lo relativo a este principio señala que «[...] **la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó**».

Bajo ese orden de ideas, este Árbitro Único basará su decisión únicamente en los medios probatorios aportados por las partes y la convicción que éstos le generen respecto de los puntos o materias en controversia. A contrario sensu, los hechos o puntos no controvertidos no serán materia de pronunciamiento por parte de este Árbitro Único. Constituyen materias incontrovertidas los hechos afirmados por una de las partes y admitidos por la otra en el transcurso de las actuaciones arbitrales, y aquellos supuestos en los cuales la ley establece una presunción *iuris et de iure*.

¹ Taramona Hernández, José «Medios Probatorios en el Proceso Civil». Ed. RODHAS, 1994, págs. 35.

A efectos didácticos, en el presente caso el análisis y resolución de los puntos controvertidos será realizado en el siguiente orden:

C. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare la nulidad e ineficacia del acto mediante el cual se ordenó se detraiga S/. 148,383.69 soles, el cual fue detraído de las facturas N° 001-0003557001 y N° 001-00035566.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a **LA ENTIDAD** que pague a **LANCASTER** la suma de S/. 148,383.69 soles, más los intereses legales que se generen a la fecha de pago.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare la nulidad e ineficacia del acto mediante el cual se ordenó se detraiga S/. 148, 383.69 soles de las facturas N° 001-0003557001 y N° 001-00035566, puesto que solo le correspondía una penalidad por 8 días de atraso.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a **LA ENTIDAD** pague a **LANCASTER** la suma de S/. 137, 184.89 soles, monto que fue detraído de las facturas N° 001-0003557001 y N° 001-00035566 por aplicación de penalidad, más los intereses legales que se generen a la fecha de pago.

1.1. POSICIÓN DE LAS PARTES SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

A. POSICIÓN DE LANCASTER

Respecto al Primer Punto Controvertido

LANCASTER señala que de conformidad con la normativa en contrataciones con el Estado, en caso de que la prestación haya sido ejecutada de manera defectuosa, la entidad deberá requerir el cumplimiento de la misma (subsananación de la observación), bajo apercibimiento de resolver el contrato; siendo que en caso el contratista no cumpla con subsanar debidamente las observaciones en el plazo otorgado por la entidad, esta considerará como no ejecutada la prestación y podrá resolver el contrato.

Al respecto, precisa que la consecuencia directa de una prestación defectuosa es la resolución del contrato.

Por otro lado, en relación a la prestación tardía, **LANCASTER** manifiesta que la normativa de contrataciones con el Estado, ha establecido como consecuencia la aplicación de penalidades, teniendo ésta como finalidad desincentivar el incumplimiento tardío de el contratista, así como, resarcir a la entidad por el perjuicio que el retraso en la ejecución de las prestaciones le hubiera causado.

LANCASTER señala que la penalidad por mora sanciona el retraso en la ejecución de las prestaciones a cargo del contratista, constituyéndose en el mecanismo idóneo para asegurar el cumplimiento oportuno de las obligaciones asumidas por ellos y, resarcitorio de los eventuales daños y perjuicios que el contratista haya ocasionado a la entidad con su cumplimiento tardío, la cual se concibe como un mecanismo destinado a fijar la reparación en caso de cumplimiento tardío y siempre que este incumplimiento sea imputable al deudor.

En atención a ello, manifiesta que la supuesta inoperatividad del ascensor del inmueble dado en arrendamiento por dicha parte debió ser considerado como una prestación defectuosa y no tardía y, por su efecto, su consecuencia no debió ser la aplicación de penalidad por mora, sino la intimación a cumplir con subsanar la observación conforme las formalidades establecidas en el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En cuanto a los hechos del presente caso, **LANCASTER** señala que la prestación materia del Contrato fue la entrega en arrendamiento de un inmueble, el cual contenía como parte de su infraestructura, un ascensor.

Siendo así, indica que entregó el inmueble a **LA ENTIDAD** dentro del plazo previsto en el Contrato, razón por la cual considera que no se encuentra frente a un cumplimiento tardío de la obligación contractual.

LANCASTER señala que con fecha 27 de abril de 2016, fue notificada con la Carta N° 32-2016-MIDIS/PNADP-UA-CL en la cual **LA ENTIDAD** le informó que se había procedido a aplicar penalidades por mora por el periodo que el ascensor reportó desperfectos.

A dicha comunicación le siguió la Carta Nortarial N° 53-2016-MIDIS/PNADP-UA de fecha 12 de diciembre de 2016, en la que indicó que en diciembre de 2015 se reportó un desperfecto en el ascensor, razón por la cual se procedió a llamar a la empresa Ascensores S.A., la cual cobró por la reparación del mismo S/ 11,468.99 soles por lo que se les solicitó a **LANCASTER** el abono de dicho monto.

Al respecto, señala que conforme a la empresa Ascensores S.A. de fecha 6 de junio de 2016 a la Entidad, los trabajos de reparación se realizaron el 15 de noviembre de 2015 y culminaron el 25 de dicho mes y año por lo que el desperfecto del ascensor, es decir, la prestación defectuosa logró ser superada el 25 de noviembre de 2015.

En esa línea, **LANCASTER** menciona diversas comunicaciones intercambiadas con **LA ENTIDAD**²², precisando que en ninguna de ellas se procedió conforme lo establece el artículo 169 del Reglamento (apercibimiento para corregir la prestación defectuosa bajo intimación de resolver el Contrato). Por el contrario de la lectura integral de las mismas se puede colegir que **LA ENTIDAD** manifestaba implícitamente la decisión de continuar el Contrato.

Conforme a lo señalado anteriormente, las entidades ante un incumplimiento defectuoso deben proceder conforme a lo establecido en el artículo 169 del Reglamento, y no proceder a la aplicación de penalidad por mora, pues no se está frente a una prestación tardía. Es así que, en el presente caso, al aplicársele penalidad por mora por los días en los que supuestamente el

²² Para mayor abundamiento ver las páginas 7 y 8 de la Demanda Arbitral.

ascensor reportó problemas técnicos, claramente contravino la normativa de contrataciones del Estado (específicamente artículo 169 del Reglamento), así como lo establecido en el artículo 8 de la Ley de Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444, por lo que corresponde que el Árbitro Único declare la nulidad del acto de aplicación de penalidad.

Respecto al Segundo Punto Controvertido

LANCASTER señala que siendo nula y por su efecto ineficaz la aplicación de penalidades dispuesta por **LA ENTIDAD** de acuerdo a los argumentos expuestos en el primer punto controvertido, solicita que se ordene el pago de la suma de S/ 148,383.69 detraída por penalidad, más los intereses legales que se generen a la fecha de pago.

Asimismo, teniendo en cuenta el artículo 42 de la Ley de Contrataciones del Estado y 2 de su Reglamento, **LANCASTER** considera que la errada aplicación de penalidad por mora en la prestación ha conllevado a que no perciba el 100% del monto que le correspondía dentro del plazo previsto por la Ley, pues ilegítimamente se le detrajo el monto señalado en el párrafo anterior, por lo que también corresponde que el Árbitro Único reconozca a su favor el pago de intereses legales.

Respecto al Tercer Punto Controvertido

LANCASTER señala que en el supuesto que no se acoja la primera pretensión principal, y por su efecto, corresponda la aplicación de penalidad por mora, resulta pertinente indicar que mediante correo de fecha 17 de mayo de 2018, **LA ENTIDAD** remitió un cuadro en el que detalló los supuestos días en que el ascensor estuvo inoperativo³.

De acuerdo a dicho cuadro, **LANCASTER** manifiesta que **LA ENTIDAD** aplicó una penalidad por mora por 106 días, específicamente por dos periodos:

- **Primer periodo: del 17 de noviembre de 2015 al 06 de enero de 2016.**

³ Para mayor abudamiento ver las páginas 13 y 14 de la Demanda Arbitral.

Al respecto, señala que se cuenta con la carta de la empresa Ascensores S.A. en la que señala que los trabajos de reparación al ascensor se realizaron el 15 de noviembre de 2015 y culminaron el 25 de noviembre de dicho mes y año; por lo cual es posible concluir que el ascensor estuvo operativo desde dicha fecha y no a partir del 06 de enero de 2016.

Asimismo, manifiesta que es valioso indicar que la propia **ENTIDAD** requirió a la empresa Ascensores S.A. que brindará el servicio técnico, siendo que mediante Carta Notarial N° 053-2016-MIDIS/PNADP-UA, informó que en diciembre de 2015 se reportó un desperfecto en el ascensor, razón por la cual se procedió a llamar a la mencionada empresa, requiendo a **LANCASTER** el pago de dicha reparación. Por tal motivo, **LANCASTER** afirma que se dejó operativo el ascensor y que lo señalado por **LA ENTIDAD** carece de asidero legal.

- **Segundo periodo: del 11 de febrero de 2016 al 05 de abril de 2016.** Sobre el particular, **LANCASTER** adjunta la carta emitida por la empresa Eguren Servicios S.A.C. que complementa el diagnóstico remitido por correo electrónico del 22 de febrero de 2016.

Señala que **LA ENTIDAD** no ha acreditado que el deterioro en el ascensor se deba a causas imputables a **LANCASTER**, por el contrario, manifiesta que está acreditando que la responsabilidad que conllevó a que el ascensor se encontrará inoperativo es absolutamente imputable a **LA ENTIDAD**, por lo que ésta debe asumir las consecuencias de la misma. En otras palabras, **LA ENTIDAD** debe asumir las secuelas del mal uso del ascensor, puesto que los desperfectos fueron por el exceso de carga en el mismo, por lo que siguiendo ese mismo argumento, considera que no se les puede imputar una penalidad por mora, por un hecho que no le es imputable.

Por lo expuesto, **LANCASTER** considera que solo se les debió aplicar 8 días de penalidad, correspondiendo por ello una penalidad de S/ 11,198.80.

En tal sentido, **LANCASTER** señala que conforme al artículo 165 del Reglamento, al habersele aplicado penalidad por mora cuando no habría incurrido en ella, queda claro que el acto de aplicación de penalidad adolece de un vicio de nulidad.

Respecto al Cuarto Punto Controvertido

LANCASTER indica que siendo nula y por su efecto ineficaz la aplicación de penalidad dispuesta por **LA ENTIDAD**, de acuerdo a los argumentos del punto anterior, solicita el pago de la suma de S/ 137,184.89 detraído por aplicación de penalidad más los intereses legales que se generen a la fecha de pago, puesto que dejó de percibir dicho monto cuando legítimamente le correspondía.

B. POSICIÓN DE LA ENTIDAD

Respecto al Primer Punto Controvertido

LA ENTIDAD señala que **LANCASTER** sustenta su pretensión indicando que al aplicarles penalidades por mora por los días en que estuvo inoperativo el ascensor se contraviene la normativa de contrataciones específicamente el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, pues lo que correspondía era apercibir a dicha empresa para que corrija la prestación defectuosa (ascensor inoperativo) bajo intimación de resolver el contrato, por lo que a criterio de **LANCASTER** correspondería declarar la nulidad del acto de aplicación de la penalidad.

Al respecto, señala que conforme a lo pactado en el **CONTRATO**, el retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato acarrea la aplicación de penalidades por cada día de retraso.

Manifiesta que los TDR contenidos en las Bases establece como una de las características del servicio a realizar que el inmueble ofertado tenga más de siete pisos y cuente como mínimo con un ascensor en óptimas condiciones con capacidad para 6 personas, lo cual constituye una prestación que forman parte del objeto contractual, por lo que al estar inoperativo por 106 días calendarios dicho ascensor supone incurrir en un retraso injustificado en las obligaciones del Contratista que acarrea la aplicación de penalidades en forma automática.

Precisa que cuando se establece que el retraso injustificado en la ejecución del Contrato acarrea la aplicación de penalidades por cada día de retraso, ello debe comprender no solo la prestación de entrega del inmueble en la oportunidad

debida, sino también en cumplir con la prestación de proveer el servicio del ascensor en óptimas condiciones durante todo el plazo del servicio, por constituir una obligación esencial establecida en los TDR.

LA ENTIDAD manifiesta que ello, al ser una obligación esencial del proveedor, acarrea en caso de incumplimiento la aplicación de penalidades conforme a lo pactado, con lo cual discrepa de la posición de **LANCASTER**.

Asimismo, **LA ENTIDAD** indica que el propio **LANCASTER** reconoce que el ascensor no estuvo operativo y que le correspondería que se le aplique una penalidad por solo 8 días y no por 106 que se le han aplicado, con lo cual se acredita, no solo el incumplimiento a su cargo, sino que este incumplimiento acarrea la aplicación de penalidades.

Respecto al periodo comprendido entre el 11 de febrero de 2016 al 5 de abril de 2016, señala que en el escrito de Demanda, el Contratista pretende aludir el deterioro e inoperatividad del ascensor a **LA ENTIDAD**, sin adjuntar medio probatorio que acredite tales afirmaciones sustentando su posición en el artículo 1683 del Código Civil.

Así también, en su Demanda, **LANCASTER** no niega el desperfecto del ascensor en las fechas señaladas, dando por válida la posición de **LA ENTIDAD** sobre este punto, puesto que a fin de garantizar la seguridad e integridad de su personal, **LA ENTIDAD** tuvo que incurrir en gastos al proceder a la reparación del ascensor, quedando demostrado de esta forma, el incumplimiento del **CONTRATISTA**.

Por lo tanto, concluye que al aplicar penalidades por los días que estuvo inoperativo el ascensor no supone una vulneración al artículo 169 del RLCE como sostiene erróneamente el demandante, y por lo tanto, **LA ENTIDAD** no se encuentra incurso en el numeral 1) del artículo 10 de la Ley 27444.

Respecto al Segundo Punto Controvertido

LA ENTIDAD señala que esta prentesión tiene el carácter de accesorio, independientemente de la denominación que le asigne **LANCASTER**, por lo que

debe correr la suerte de la primera pretensión principal, desestimándose, al no haberse declarado nulo el acto mediante el cual se aplicaron penalidades.

Respecto al Tercer Punto Controvertido

Al respecto, **LA ENTIDAD** manifiesta que en los fundamentos de esta pretensión **LANCASTER** reconoce que el ascensor estuvo inoperativo en el periodo entre el 17 y el 25 de noviembre de 2015, y por lo tanto, solo se debió aplicar penalidad por 8 días, siendo los otros días de inoperatividad del ascensor, por causas imputables a **LA ENTIDAD**; sin embargo, en la parte final de sus argumentos contradictoriamente, reitera los mismo fundamento por los cuales considera que el acto administrativo de aplicación de penalidades debe declararse nulo, plasmados en su primera pretensión.

LA ENTIDAD señala que se aplicaron penalidades por la inoperatividad del ascensor del 17 de noviembre de 2015 al 06 de enero de 2016 y del 11 de febrero de 2016 al 05 de abril de 2016, que hacen un total de 106 días calendarios, sin embargo, respecto del periodo comprendido del 17 de noviembre de 2015 al 06 de enero de 2016, **LANCASTER** solo reconoce como periodo en el que estuvo operativo el ascensor del 17 al 25 de noviembre de 2015, es decir solo 8 días, lo cual supuestamente se sustentaría en la carta de la empresa Ascensores S.A. del 6 de junio de 2016 que habría enviado a **LA ENTIDAD**, sin embargo dicha carta no cuenta con ningún sello de recibido, razón por la cual, este medio no podría generar mayor elemento de juicio en el Árbitro Único al momento de resolver la presente controversia.

Dicha parte indica que, como se puede advertir del mencionado medio probatorio, este no cuenta con el sello de recepción ni con la firma de la persona que lo recibió aunado al hecho que tal documento no ha podido ser ubicado en los archivos de **LA ENTIDAD**, lo que evidencia que este medio probatorio no puede causar convicción respecto de los hechos que se pretende acreditar.

Para mayor abundamiento, **LA ENTIDAD** adjunta los reportes del servicio de seguridad en donde los agentes de la seguridad registran como ocurrencia que el ascensor se encuentra inoperativo y que se viene realizando reparaciones, con lo cual desvirtúa el argumento del proveedor en el sentido que el ascensor estuvo operativo a partir del 25 de noviembre de 2015.

En cuanto al periodo del 11 de febrero al 05 de abril de 2016, manifiesta que **LANCASTER** no ha acreditado que la inoperatividad del ascensor se deba a causa imputable a ellos y que **LA ENTIDAD** es la responsable que el ascensor se haya visto paralizado, lo cual se pretende acreditar con la carta emitida por la empresa Eguren Servicios S.A.C. que complementaría el diagnostico remitido por correo electrónico del 22 de febrero de 2016.

En conclusión, **LA ENTIDAD** señala que se encuentra acreditado los incumplimientos de **LANCASTER** con los medios probatorios que adjuntó a su contestación de demanda, los cuales se encuentran sancionados con la penalidad correspondiente conforme a lo pactado por las partes, por lo que considera que esta pretensión debe ser declarada infundada.

Respecto al Cuarto Punto Controvertido

LA ENTIDAD señala que esta pretensión tiene el carácter de accesoría que debe seguir la suerte del principal, correspondiendo por lo tanto, desestimarla en la medida que se encuentre acreditado que las penalidades se aplicaron con arreglo a la Ley.

1.2. POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Vista la posición de las partes, se advierte que el objeto en controversia en estas pretensiones es determinar si correspondía o no la aplicación de penalidad por mora por la inoperatividad del ascensor, y como consecuencia de ello, si corresponde ordenar o no el pago del monto detraído por **LA ENTIDAD**, por dicho concepto.

Para ello, este Árbitro Único considera iniciar este punto estableciendo un marco teorico y normativo que servirá de base para el análisis de los hechos.

Respecto del contrato de arrendamiento

Al respecto, cabe tener en cuenta que, en el presente caso, nos encontramos ante un contrato de arrendamiento, el cual podemos definir como aquel contrato en el que *"un sujeto de la relación contractual se obliga a ceder a otro*

*el uso de un determinado bien con el objeto de recibir una contraprestación denominada renta*⁴; siendo éste, un contrato de prestaciones recíprocas mediante el cual un sujeto cede temporalmente el uso del bien con la intención esencial de recibir a cambio el pago de una renta o merced conductiva acordada previamente.

Sobre el particular, los profesores Díez-Picazo y Gullón⁵ refieren que *"el contrato de arrendamiento es aquel por el cual una de las partes se obliga a pagar a la otra un precio, y esta, a cambio de ello, a proporcionarle el uso y disfrute temporal de una cosa"*.

En esa línea, el Código Civil Peruano en su artículo 1666°, define el arrendamiento de la siguiente manera: *"Por el arrendamiento el arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien por cierta renta convenida"*.

Teniendo en cuenta lo antes indicado, podemos mencionar que en el presente caso, **LANCASTER** cedió temporalmente el uso del inmueble ubicado en la calle Ricardo Angulo Ramirez N° 795, urbanización Corpac, San Isidro, a **LA ENTIDAD**, para que en dicho inmueble funcione la Sede Central del Programa Nacional de Apoyo Directo a los Más Pobres – Juntos, y a cambio de ello, **LA ENTIDAD** se comprometió al pago de una merced conductiva ascendente a \$ 31,500.00 dólares americanos mensuales.

Cabe mencionar que, a razón de dicho Contrato, se establecieron diversas obligaciones para las partes, alguna de ellas también reguladas en el Código Civil, que bajo el principio de la buena fe, debieron ser respetadas y cumplidas a efectos de alcanzar, sin mayor inconveniente, la finalidad del Contrato. Pero ¿qué sucede en el supuesto de que dichas obligaciones sean incumplidas por alguna de las partes?

Para responder a esta interrogante, primero debemos responder la siguiente pregunta ¿qué se debe entender por cumplimiento de una obligación? Así, cumplir una obligación –materialmente hablando– es sinónimo de realizar

⁴ Ruiz González, Milo. La facultad de los árbitros de reducir la cláusula penal por resolución anticipada. En: *Todo sobre el Contrato de Arrendamiento*. Primera Edición. Gaceta Jurídica. Lima, 2016, p.140.

⁵ Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*. Volumen II, Tecnos, Madrid, 1995, p. 359.

exacta y totalmente la prestación debida. Para que el cumplimiento actúe como modo de extinción, y por tanto libere al deudor, es preciso que éste sea exacto, es decir, que se ajuste de forma absoluta al programa prestacional pactado; o que, de ser el caso, satisfaga el interés del acreedor.

A contrario sensu, cualquier defecto en el comportamiento del deudor, **generaría que dicha situación sea calificada como incumplimiento.**

En cuanto a ello, de lo regulado en el Código Civil se puede extraer tres rubros por los cuales puede ser calificado el cumplimiento de una obligación. Así por su integridad, podrá tratarse de un cumplimiento parcial, integro o excesivo; **en segundo lugar, de acuerdo con la oportunidad de su ejecución, podríamos hablar de un cumplimiento anticipado, oportuno o tardío;** en tanto que por la forma o manera como se ejecuta la prestación, el cumplimiento puede ser defectuoso, adecuado o más que adecuado⁶.

Dada la materia objeto de controversia en el presente arbitraje, corresponde concentrarnos en el segundo rubro: de acuerdo a su oportunidad (cumplimiento anticipado, oportuno o tardío); lo cual se desarrollará mejor, luego de analizar el siguiente punto.

Respecto de las penalidades

En este punto, es pertinente recordar que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Así, las partes definirán de manera clara y detallada cómo es que asignarán los riesgos y la responsabilidad derivada de ellos.

En ejercicio de esta facultad las partes pueden acordar a medida, bajo qué reglas y alcances se distribuirán, entre ellos, los riesgos del contrato y la responsabilidad que deriva de su concreción.

En ese contexto, cualquiera de las partes puede considerar que el riesgo de incurrir en un incumplimiento por el cual deba responder, es tal que la operación podría convertirse en no rentable.

⁶ Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario. Obligaciones de Hacer. En: Compendio de Derecho de las Obligaciones. Palestra Editores SAC. Primera Edición. Lima. 2008, p. 201.

Como remedio a dicha preocupación pueden establecerse indemnizaciones que podrían reclamarse en dichos casos. El instrumento contractual que permite ello es, precisamente, la fijación de penalidades.

Puede entenderse que las cláusulas penales son un mecanismo contractual que permiten a las partes pactar de antemano las consecuencias de sus incumplimientos. Mediante estas, se establece "(...) la pena o penalidad convenida para los casos de incumplimiento"⁷.

Al respecto, el profesor Guillermo Borda ha señalado lo siguiente: "(...) es también un medio de fijar por anticipado los daños y perjuicios que deberán pagarse al acreedor en caso de incumplimiento. Se evitan así todas las cuestiones relativas a la prueba de la existencia del daño y su monto"⁸.

Como se aprecia, la cláusula penal permite la distribución eficiente de los riesgos entre las partes, quienes deciden pactar una cláusula penal siempre y cuando los beneficios excedan los costos. La existencia de una penalidad es muestra de que las partes están maximizando el valor del contrato⁹.

De ese modo, en los contratos civiles, si las partes han acordado una penalidad es porque dicho pacto representa la distribución eficiente de riesgos acordada por aquellas; y, además, representa el equilibrio económico sobre el cual se ha realizado su análisis costo-beneficio.

Ahora bien, bajo esta misma lógica, en los contratos con el Estado, en caso de incumplimiento de las obligaciones por parte del contratista la normativa en contrataciones del Estado ha establecido la aplicación de penalidades, las cuales pueden ser por mora u otras que se establezcan en las Bases.

En cuanto a las **penalidades por mora**, en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado se establece lo siguiente:

⁷ Osterling Parodi, Felipe y Castillo Freyre, Mario. Compendio de Derecho de las Obligaciones. Palestra, Lima, 2008, p. 939.

⁸ Borda, Guillermo. Tratado de Derecho Civil. Buenos Aires: Perrot, 1983, p. 197.

⁹ Talavera Cano, Andrés. Regulando la Intolerancia ante los Incumplimientos Contractuales. En: Ius Et Veritas N 52. Lima, p. 195.

"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 la propuesta.

(...)

Tanto el monto como el plazo a que 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. (...)"

En cuanto a las **otras penalidades**, en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado se consigna lo siguiente:

"Artículo 166.- Otras Penalidades

En las **Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria**, 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. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora".

Respecto a la penalidades, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado se ha pronunciado a través de sus Opiniones¹⁰, entre las cuales podemos citar la Opinión N° 020-2014/DTN:

"Al respecto, debe indicarse que las penalidades que puede aplicar la Entidad al contratista cumplen una doble función: desincentivar el

¹⁰ Las cuales tienen carácter vinculante.

*incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; **así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que el retraso u otros incumplimientos en la ejecución de las prestaciones le hubiera causado.***

*En este contexto, las penalidades que la Entidad puede aplicar al contratista son la **"penalidad por mora en la ejecución de la prestación"** y las **"otras penalidades"**, reguladas en los artículos 165 y 166 del Reglamento, respectivamente.*

*Así, el artículo 165 del Reglamento 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 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.
(...)"*

Recordemos que el objeto de la presente controversia es respecto de la aplicación de penalidad por mora, por lo cual se desarrollará un poco más ese punto.

Al respecto, vale tener presente que el numeral 32 del "Anexo de Definiciones" del Reglamento, define a la mora como *"el retraso parcial, total o continuado y acumulativo en el cumplimiento de prestaciones consistentes en la entrega de bienes, servicios en la ejecución de obras sujeto a cronogramas y calendarios contenidos en las bases y/o contratos"*.

En atención a lo manifestado, se puede considerar que este tipo de penalidad **está directamente relacionado con la oportunidad o el momento en la que debía ejecutarse la prestación** y cuyo retraso implica la necesidad de resarcir los daños causados por la mora en el cumplimiento de la obligación, pues presupone que el cumplimiento, efectivamente, se realice, pero con retraso.

Teniendo en cuenta el marco normativo y doctrinario en relación al contrato de arrendamiento y a las penalidades, corresponde aplicarlos al caso en concreto.

Penalidades aplicadas a LANCASTER

En este caso, **LANCASTER** argumenta que la inoperatividad del ascensor del inmueble dado en arrendamiento, es una prestación defectuosa y no tardía, y como consecuencia de ello, no debía aplicarse penalidad por mora, sino la intimación a cumplir con subsanar la observación conforme las formalidades establecidas en el artículo 169 del Reglamento.

Por lo tanto, la penalidad aplicada por LA ENTIDAD por 106 días calendarios, correspondientes al periodo del 17 de noviembre de 2015 al 6 de enero del 2016 y del 11 de febrero de 2016 al 5 de abril de 2016, debe dejarse sin efecto, y en consecuencia, devolverse el monto detraído de las facturas N° 001-0003557001 y N° 001-00035566, más los intereses legales que se generen a la fecha de pago.

Por su parte, **LA ENTIDAD** señala que el proveer el servicio del ascensor en óptimas condiciones en el inmueble arrendado constituye una de las prestaciones que forman parte del objeto contractual, por lo que al estar inoperativo por 106 días calendarios dicho ascensor supone incurrir en un retraso injustificado en las obligaciones del **CONTRATISTA** que acarrea la aplicación de penalidades en forma automática conforme a lo pactado por las partes; es decir cuando se establece que el retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del Contrato acarrea la aplicación de penalidades por cada día de retraso debe comprender no solo la prestación de entregar el inmueble en la oportunidad debida, sino también en cumplir con la prestación de proveer el servicio del ascensor en óptimas condiciones durante todo el plazo que dure el servicio, por constituir una obligación esencial establecida en los TDR.

Teniendo en cuenta la posición de las partes, se debe partir por indicar que del análisis de los medios probatorios ofrecidos, se advierte que en las Bases del proceso de selección, específicamente en los Terminos de Referencia se establecieron en el segundo numeral, lo siguiente:

"2.0. OBJETO DEL SERVICIO/CONSULTORIA

*Contratación del servicio de **arrendamiento de inmueble** para el funcionamiento de las oficinas de la Sede Central del Programa Nacional de Apoyo Directo a los Más Pobres – JUNTOS, en la ciudad de Lima Metropolitana".*

Asimismo, en el Contrato N° 10-2015-MIDIS/PNDAP, se estableció en su segunda cláusula, cual es era el objeto de dicho Contrato:

"CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO

*El presente contrato **tiene por objeto la contratación del servicio de arrendamiento de inmueble** para la Sede Central del Programa Nacional de Apoyo directo a los más pobres – JUNTOS, conforme a los Términos de Referencia de las Bases Integradas del proceso de selección que dio origen al presente contrato".*

Estando a ello, podemos afirmar que la prestación objeto del presente Contrato consiste en que **LANCASTER** entregue en arrendamiento un inmueble a **LA ENTIDAD** para que en él funcione la Sede Central del Programa Nacional de Apoyo directo a los más pobres – JUNTOS.

Cabe indicar que dicho inmueble debía cumplir con determinadas características, estipuladas en el numeral 4.0 de los Terminos de Referencia, siendo una de ellas, el contar con un ascensor en óptimas condiciones con capacidad para 6 personas.

Asimismo, se advierte que en atención al Contrato suscrito, con fecha 13 de abril de 2015 se realizó la entrega del inmueble, suscribiendo las partes el "Acta de Instalación del Servicio de Arrendamiento de Inmueble de la Sede Central de San Isidro", con lo cual se puede afirmar que se cumplió con la prestación objeto del Contrato, no advirtiéndose que exista un retraso en ella, que califique como cumplimiento tardío de la obligación.

En este punto, es preciso señalar que, desde la perspectiva de la ejecución de los contratos, estos se dividen en contratos de "ejecución única" y contratos "de duración"; así, Messineo señala que un contrato será de "ejecución única", cuando se ejecuta en un solo acto que agota su finalidad; en tanto que será "de

duración" cuando su ejecución se distribuye en el tiempo para alcanzar el fin requerido por las partes¹¹.

Ahora bien, los contratos "*de duración*" se sub dividen en contratos de "***ejecución continuada***" y contratos de "*ejecución periódica*". Messineo señala que un contrato es de "***ejecución continuada***" cuando "*la prestación (por regla general, de hacer, pero también de no hacer) es única pero sin interrupción (locación, **arrendamiento**, suministro de energías comodato o similares)*", y es de "*ejecución periódica*" cuando "*existen varias prestaciones (por regla general, de hacer), que se presentan en fechas establecidas de antemano (por ejemplo, renta y contrato vitalicio; venta en uno de sus particulares aspectos: arg. art. 1518, parágrafo), (...)*".¹²

A razón de ello, como ya se ha mencionado a lo largo del análisis, nos encontramos ante un contrato de arrendamiento, es decir de ejecución continuada, cuya prestación (la cesión del inmueble) es única pero sin interrupción durante el plazo pactado.

Dada la naturaleza del Contrato y estando a que la entrega del inmueble se realizó de acuerdo a lo pactado, se considera que el objeto de la prestación del Contrato se cumplió de manera oportuna, no existiendo un cumplimiento tardío por el cual corresponda aplicar penalidad por mora.

En cuanto al ascensor, debe indicarse que la operatividad de este no constituye el objeto de la prestación, el cual deba cumplirse en una determinada oportunidad, pues dado que al ser una característica requerida del inmueble, esta debe cumplirse a lo largo de todo el plazo contractual y no en un determinado momento. Penalizar por mora la inoperatividad de dicho equipo, implicaría que el contratista incurre en mora desde el día siguiente de reportado el hecho, lo cual no es razonable, pues debe entenderse que la inoperatividad del ascensor es un evento que puede darse por diversos motivos, como el propio desgaste natural por el transcurso del tiempo, y cuya atención requiere de una revisión y reparación, que en algunos casos puede tomar más de un día,

¹¹MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952, pág. 429-430.

¹² Ídem, pág. 431.

dependiendo de la magnitud del problema, como por ejemplo, en caso que sea necesario el cambio de piezas importantes del equipo.

Lo dicho hasta este punto, no implica que **LANCASTER** no haya incurrido en incumplimientos del contrato, sino que el incumplimiento de dicha parte, no califica como un supuesto para la aplicación de una penalidad por mora.

Sin perjuicio de ello, si bien podría haberse penalizado a **LANCASTER** aplicando el artículo 166 del Reglamento, siempre y cuando en las Bases o en el Contrato se haya estipulado una penalidad por la inoperatividad del ascensor, ello no se estableció en el presente caso, por lo tanto tampoco correspondería la aplicación de otras penalidades.

Por todo lo expuesto, este Árbitro Único considera declarar FUNDADOS el primer y segundo punto controvertido, y en consecuencia, nulo e ineficaz el acto por medio del cual se le aplicó una penalidad por 106 días calendario, correspondiendo, la devolución del monto detraído de las facturas N° 001-0003557001 y N° 001-00035566.

Ahora, en relación a los intereses, conviene tener en cuenta lo establecido en el artículo 48° de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual señala lo siguiente:

"Artículo 48.- Intereses y penalidades

*En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, **ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes.** Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora.*

El contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento."

Así también, lo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

"Artículo 181°.- Plazos para los pagos

La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser éstos recibidos, a fin que la Entidad cumpla con la obligación de efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguientes, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el contrato.

*En caso de retraso en el pago, **el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48° de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.***(...)"

De la lectura del artículo 48° de la Ley de Contrataciones del Estado y 181° de su Reglamento, se advierte que en el caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, se le deberá reconocer al Contratista los intereses legales conforme a lo establecido en el Código Civil.

En tal sentido, este Tribunal Unipersonal considera que en el presente caso, en aplicación del indicado artículo 48° de la normativa antes citada, corresponde reconocer a **LANCASTER** el interés legal, aplicando para ello la tasa fijada por el Banco Central de Reserva del Perú.

De la misma manera, habiendo determinado que debe reconocerse únicamente el interés legal a favor de **LANCASTER**, corresponde establecer desde qué momento se produce dicho interés legal.

En ese sentido, el artículo 1334° del Código Civil dispone que:

"En las obligaciones de dar suma de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda (...)".

Igualmente, la Octava Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1071, señala que:

"Para efectos de lo dispuesto en los artículos 1334º y 1428º del Código Civil, la referencia a la citación con la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje."

De lo expuesto por el mencionado artículo, se desprende que los intereses, para cuyo cálculo se aplicará la tasa de interés legal, se deberán computar a partir de la fecha de comunicada a **LA ENTIDAD** la solicitud de inicio del presente arbitraje hasta la fecha en que efectivamente se realice el pago.

Respecto de las pretensiones subordinadas

En relación al tercer y cuarto punto controvertido, debe tenerse en cuenta que se derivan de pretensiones subordinadas a la primera pretensión principal de la demanda.

En ese sentido, habiéndose declarado fundado la primera y segundo pretensión principal de la demanda *-primer y segundo punto controvertido-*, carece de objeto analizar la Primera y Segunda pretensión Subordinada a la Primera Pretensión Principal.

1.3. PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL PUNTO CONTROVERTIDO

En síntesis al análisis del Punto Controvertido, este Colegiado emite su pronunciamiento respecto a la Primer Pretensión Principal de la Demanda:

- **DECLARAR FUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la Demanda, analizada en el Primer Punto Controvertido, por lo que corresponde declarar la nulidad e ineficacia del acto mediante el cual se ordenó se detraiga S/ 148,383.69 soles, el cual fue detraído de las facturas N° 001-0003557001 y N° 001-00035566.
- **DECLARAR FUNDADA** la Segunda Pretensión Principal de la Demanda, analizada en el Segundo Punto Controvertido, por lo que corresponde ordenar al Programa Nacional de Apoyo Directo a los Más Pobres - JUNTOS pagar a Inversiones Lancaster S.A.C. la suma de S/ detraiga S/

148,383.69 soles, más los intereses legales que se generen hasta la fecha de pago.

- **DECLARAR QUE CARECE DE OBJETO** emitir un pronunciamiento respecto de la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión de la Demanda, que dio origen al Tercer Punto Controvertido.
- **DECLARAR QUE CARECE DE OBJETO** emitir un pronunciamiento respecto de la Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión de la Demanda, que dio origen al Cuarto Punto Controvertido.

2. SOBRE LOS COSTOS ARBITRALES

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a LA ENTIDAD el pago de los costos y costas que genere el presente proceso arbitral

2.1. POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

En atención al numeral 1) del artículo 72° del D.L. N° 1071 - Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, este Tribunal Arbitral Unipersonal se pronuncia respecto a los costos detallados en el artículo 70° del mismo cuerpo legal.

Por su parte el artículo 70° de la mencionada Ley, prescribe que «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».

Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma

legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Teniendo en cuenta lo anterior, es pertinente resaltar que en el presente caso, las partes no han establecido pacto alguno acerca de la asunción de los costos arbitrales; por lo que, corresponde que el Árbitro Único se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia a fin de establecer si corresponde la atribución de los gastos arbitrales a una de las partes, y en qué medida, o la aplicación de un prorrateo razonable.

Ahora bien, respecto a la distribución de los costos la doctrina con alto acierto ha señalado que la regla general es que *«los costos deben de seguir el evento»*, es decir, que en atención a lo determinado en el fallo de las pretensiones, la distribución de los costos arbitrales deberá seguir la línea del criterio adoptado.

En este sentido, siendo que desde el punto de vista del Árbitro Único, no puede afirmarse que existe una parte *«perdedora»*, en vista de que ambas tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, fuera del fallo dado, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral; este Tribunal Arbitral Unipersonal considera, siendo consecuente con lo resuelto en este laudo y atendiendo al resultado que se desprendió del análisis fáctico de los hechos y de los medios probatorios ofrecidos por las partes, que corresponde disponer que cada parte asuma el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados y efectivamente cancelados en este arbitraje (es decir, los honorarios del Árbitro único y del Secretario Arbitral), y la totalidad de sus propios costos en los que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

Por lo tanto, no corresponde ordenar a **LA ENTIDAD** que asuma el pago de la totalidad de los costos y costas que generó el presente proceso arbitral.

2.2. PRONUNCIAMIENTO SOBRE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

En síntesis al análisis del Punto Controvertido, este Árbitro Único emite su pronunciamiento respecto a la Tercera Pretensión Principal de la Demanda:

- **DECLARAR INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la Demanda, analizada en el Quinto Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordenar al Programa Nacional de Apoyo Directo a los Más Pobres, pagar a favor de Inversiones Lancaster S.A.C. la totalidad de los costos arbitrales que irrogó el presente arbitraje.
- **DISPONER** que que cada parte asuma el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados y efectivamente cancelados en este arbitraje (es decir, los honorarios del Árbitro Único y del Secretario Arbitral), y la totalidad de sus propios costos en los que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Que, finalmente, el Tribunal Arbitral Unipersonal deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en las expediciones de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación del Árbitro Único.

Por las razones expuestas, de conformidad con el Acta de Instalación y lo previsto la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, y en el Decreto Legislativo Nº 1071, el Árbitro Único, dentro de plazo correspondiente, resolviendo en Derecho

LAUDA:

PRIMERO.- DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la Demanda, analizada en el Primer Punto Controvertido, por lo que corresponde declarar la nulidad e ineficacia del acto mediante el cual se ordenó se detraiga S/ 148,383.69 soles, el cual fue detraído de las facturas N° 001-0003557001 y N° 001-00035566.

SEGUNDO.- DECLARAR FUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la Demanda, analizada en el Segundo Punto Controvertido, por lo que corresponde ordenar al Programa Nacional de Apoyo Directo a los Más Pobres – JUNTOS pagar a Inversiones Lancaster S.A.C. la suma de S/ detraiga S/ 148,383.69 soles, más los intereses legales que se generen desde la interposición de la demanda hasta la fecha de pago.

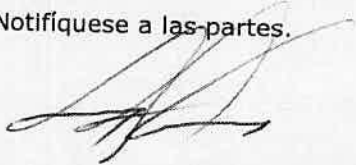
TERCERO.- DECLARAR QUE CARECE DE OBJETO emitir un pronunciamiento respecto de la Primera Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión de la Demanda, que dio origen al Tercer Punto Controvertido.

CUARTO.- DECLARAR QUE CARECE DE OBJETO emitir un pronunciamiento respecto de la Segunda Pretensión Subordinada a la Primera Pretensión de la Demanda, que dio origen al Cuarto Punto Controvertido.

QUINTO.- DECLARAR INFUNDADA la Tercera Pretensión Principal de la Demanda, analizada en el Quinto Punto Controvertido, por lo que no corresponde ordenar al Programa Nacional de Apoyo Directo a los Más Pobres, pagar a favor de Inversiones Lancaster S.A.C. la totalidad de los costos arbitrales que irrogó el presente arbitraje.

SEXTO.- DISPONER que que cada parte asuma el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados y efectivamente cancelados en este arbitraje (es decir, los honorarios del Árbitro Único y del Secretario Arbitral), y la totalidad de sus propios costos en los que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

Notifíquese a las partes.



HUGO SOLOGUREN CALMET
Árbitro Único



PABLO S. ESTEBAN TELLO
Secretario Arbitral