

LAUDO DE DERECHO

Demandante:

PT & J SOLUCIONES EMPRESARIALES S.A.C.
En adelante el Contratista o el Demandante

Demandado:

MINISTERIO DE SALUD
En adelante el MINSA, la Entidad o el Demandado.

Árbitro Único:

Dr. Patrick Hurtado Tueros

Secretaria Arbitral:

Dra. Claudia Elorrieta Muñiz

RESOLUCIÓN N° 09

Lima, 28 de agosto de dos mil dieciocho.-

VISTOS:

ANTECEDENTES

EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL.

Con fecha 19 de setiembre de 2013, las partes suscribieron el Contrato N° 256-2013-MINSA: "Contratación del Servicio de Inventario Físico de Activos Fijos y de Existencias" (en adelante, El Contrato).

En la **CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA** de dicho contrato se estipuló 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".

INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO.

Con fecha 12 de octubre de 2015, se realizó la Instalación del Árbitro Único; en dicha oportunidad, el Árbitro se ratificó en señalar que no tiene ningún tipo de incompatibilidad con las partes y que se desenvolvería con imparcialidad, independencia y probidad en el procedimiento arbitral.

NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE.

Se estableció que el presente arbitraje, serán de aplicación las reglas procesales establecidas en el Acta de Instalación y, en su defecto, de acuerdo a lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aprobados por Decreto Legislativo N° 1017 (modificada por Ley N° 29873) y Decreto Supremo N° 184-2008-EF (modificada por Decreto Supremo N° 138-2012-EF), respectivamente (en adelante, la Ley y su Reglamento).

Sin perjuicio de ello, también se estableció que, en caso de deficiencia o vacío existente en las reglas que anteceden, el Árbitro Único queda facultado para resolver de forma definitiva del modo que considere apropiado.

EL PROCESO ARBITRAL:

LA DEMANDA

Con fecha 20 de octubre de 2015, el Contratista presentó su escrito de demanda. La demanda fue planteada en los siguientes términos:

PETITORIO

El demandante formuló las siguientes pretensiones:

PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Solicito que se sirva ordenar al Ministerio de Salud – MINSA, que cumpla con indemnizarme por los daños y perjuicios ocasionados a mi representada, hasta por el monto total de S/ 50,101.00 (Cincuenta mil ciento uno con 00/100 nuevos soles), debido al cumplimiento tardío –por culpa inexcusable– de dicha Entidad en optimizar su Sistema Integrado de Gestión Administrativa – SIGA, a efecto de que el mismo pudiera soportar la carga de la nueva Base de Datos que fuera elaborada por mi representada; al exigirle con ello, la constante renovación de la garantía ofrecida, así como propició el mantenimiento de personal técnico fuera del plazo

proyectado y finalmente al imponerle injustamente una penalidad por retraso, sin tener en consideración –en ninguno de los casos- que dicho retraso fue ocasionado únicamente por la negligencia de la Entidad demandada en el cumplimiento de sus obligaciones. Para la determinación del daño, habrá de tenerse en consideración los siguientes elementos:

- Daño emergente: El Ministerio de Salud – MINSA, deberá indemnizarme con la suma de S/ 35,101.00 (Treinta y Cinco Mil Ciento Uno con 00/100 Soles), el mismo que es el resultado obtenido de la sumatoria de los siguientes conceptos:
 - a) Monto resultante del descuento efectuado sobre el pago final -a mi representada- por la imposición de Penalidad por Retraso: S/ 33,800.00 (Treinta y Tres Mil Ochocientos con 00/100 Soles).
 - b) Monto resultante del gasto incurrido -por mi representada- para las dos (02) renovaciones de la Carta Fianza N° 7101310101284, emitida por el monto diferencial de la propuesta: S/ 1,301.00 (Un Mil Trescientos Uno con 00/100 Soles).
- Daño moral: El Ministerio de Salud – MINSA, además deberá indemnizarme con la suma de S/. 15,000.00 (Quince Mil con 00/100 Soles), monto que consideramos adecuado para compensar a mi representada por daño moral, consistente en el descrédito a mi representada en el mercado laboral; ocasionado por la injusta imposición de una penalidad por retraso y su respectivo descuento. Además de las consecuencias económicas nocivas, debido a la emisión de una Constancia de Servicios registrando la citada penalidad; hecho que ha anulado el valor de dicho documento, a efecto de que pueda presentarse en futuros procesos para acreditar el escrupuloso cumplimiento a los contratos que manifiesta mi representada.

PRETENSIÓN ACCESORIA:

Solicito que al declarar fundada nuestra pretensión principal, asimismo, disponga ordenar a la entidad demandada que asuma el pago del íntegro de los costos arbitrales; realizando la devolución del monto desembolsado por mi representada en el presente proceso. El cual deberá cubrir todos los gastos administrativos irrogados por el accionar y el impulso del presente proceso, así como los honorarios del árbitro único, secretario arbitral y los honorarios profesionales –razonables- correspondientes a mi abogado defensor, de conformidad con el art. 70° y 73° de la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071), los cuales deberán liquidarse oportunamente.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA DEMANDA

1. Con fecha 19.07.2013, se suscribió el Contrato, siendo de especial relevancia las siguientes estipulaciones del Contrato:

Cláusula cuarta: La Entidad se obliga a pagar la contraprestación a El Contratista en nuevos soles, en pagos parciales (...), de acuerdo al siguiente detalle:

- a) Primer pago.- 20% del monto adjudicado, contra prestación del informe parcial del resultado del inventario físico de activos fijos según cronograma de ejecución (a los 60 días calendarios de iniciado el servicio).
 - b) Segundo pago.-20% del monto adjudicado, contra prestación del informe de avance de análisis y conciliación de información (a los 90 días calendario de iniciado el servicio).
 - c) Tercer pago.- 60% del monto adjudicado, contra prestación del informe final (A los 120 días calendario de iniciado el servicio).
2. No existe controversia respecto de la entrega dentro de los plazos contractuales del primer (05.01.2014) y segundo (31.01.2014) informes parciales.
 3. Respecto de la entrega del tercer informe, éste fue presentado dentro del plazo ampliado, de acuerdo a la ampliación de plazo que fue declarada procedente mediante Oficio N° 415-2014-OL-OGA-MINSA de fecha 14.03.2014.
 4. A pesar de que el informe final se presentó dentro del plazo estipulado en el contrato, la Entidad no cumplió con proveer los medios técnicos idóneos para que el Contratista realizara la carga de la nueva base de datos al módulo del Sistema Integrado de Gestión Administrativa – SIGA, conforme lo exigen las Bases Integradas, pues para tal fin resultaba necesaria la actualización del SIGA a una versión superior, requiriendo esto último de una capacidad de memoria mayor de la que poseía su servidor vigente.
 5. Esto último significa una negligencia por parte de la Entidad, al no planificar debidamente, de manera previa a la celebración del contrato, que su servidor vigente y el módulo de gestión patrimonial del mismo, tuvieran las condiciones técnicas idóneas, que los hicieran aptos para soportar una carga masiva, propia del ingreso de la nueva base de datos elaborada por el contratista, lo que evidencia una omisión al deber de diligencia y una vulneración al principio de buena fe contractual que dilató dicha carga de datos por más de siete (07) meses después de presentado el informe final.

6. Con fecha 30.07.2014, la directora ejecutiva de Economía comunicó al director ejecutivo de logística de la Unidad Ejecutora 001 Administración Central que no contaba con la disponibilidad presupuestal para dar cobertura a la adquisición de nuevos servidores. Es así que recién con fecha 09.09.2014, la Unidad de Patrimonio solicitó el borrado del inventario de patrimonio del 2009, como nueva alternativa de solución para generar el espacio de memoria requerido para contener la carga de la nueva Base de Datos al SIGA.

7. Recién la Entidad culmina su obligación de manera tardía, con fecha 27.10.2014, fecha en la que mediante correo electrónico, el sectorista del Ministerio de Economía y Finanzas, indica los pasos para que el Contratista pueda insertar las cuentas contables y el clasificador de los ítems de consulta, por lo tanto recién en esa fecha se pudo ingresar la nueva base de datos.

8. Concluida la carga de la nueva base de datos, con fecha 04 de noviembre de 2014, la Entidad emitió el Acta de Conformidad de Servicio, detallándose que:

"Teniendo en cuenta que la empresa PT&J Soluciones Empresariales S.A.C. ha culminado con la actualización del SIGA-MP, que es lo que quedó pendiente para finalizar el servicio; a razón que el SIGA-MP institucional presentaba fallas para la carga de la Base de Datos".

9. De lo señalado precedentemente, el contratista afirma que puede colegirse un reconocimiento de la Entidad de que la única razón por la que quedó pendiente la finalización del servicio desde la presentación del informe final (27.03.2014) al 04.11.14, fue debido a que el SIGA institucional presentaba fallas (falta de espacio en la memoria del servidor) producto de la negligencia de la Entidad en el cumplimiento de su obligación; configurándose un supuesto de culpa inexcusable por parte de la Entidad, que le atribuye responsabilidad por los perjuicios ocasionados al Contratista.

10. No obstante el reconocimiento por parte de la Entidad, esta emitió el Informe de Liquidación N° 1818-2014-UA-OL-OGA/MINSA de fecha 10.11.2014, mediante el cual dispone imponer una penalidad por atraso al Contratista, por el monto ascendente a S/ 33,800.00, sustentándola en el siguiente fundamento:

"El contratista PY&J Soluciones Empresariales S.A.C. ha excedido el plazo en la ejecución de la prestación por lo que corresponde aplicar penalidad por mora, la suma total de S/ 33,800.00 (treinta y tres mil ochocientos con 00/100

nuevos soles), de acuerdo al art. 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado".

11. Señala el contratista que se omitió en dicho informe, de manera deliberada, realizar cualquier tipo de valoración respecto del retraso atribuido al contratista fuese producto del cumplimiento tardío de la propia Entidad en optimizar su sistema de gestión.

12. Finalmente, con Memorando N° 3817-2014-OL-OGA/MINSA de fecha 14.11.2014, en el que la Entidad dispone la retención de la suma impuesta como penalidad por retraso (33,800.00), descontándola del pago final al que tenía derecho el Consorcio como contraprestación por la presentación del informe final.

13. Con relación a los elementos que configuran la responsabilidad civil de la Entidad, el Consorcio menciona:

- Antijuridicidad: Al respecto, el Contratista indica que la Entidad reconoce en numerosa documentación que el retraso excesivo retraso en la carga de la nueva Base de Datos, devino por "razones ajenas al servicio", es decir ajenas al contratista prestador del servicio pues, las únicas formas de optimizar el servidor institucional y su sistema de gestión, consistían o en la compra de un nuevo servidor o en la eliminación de la información desfasada de la memoria; ello se encontraba en la esfera de competencia de la Entidad, que incumplió con ejecutar su obligación de forma oportuna.

No obstante, no se encuentra expresamente estipulada en las Bases Integradas o en el Contrato la obligación de la Entidad de acondicionar su servidor y su SIGA institucional, el árbitro deberá ponderar-en virtud de los principios de equidad, primacía de la realidad y principio de buena fe contractual- que no puede resultar exigible que la Entidad sancione al Contratista por no cumplir con la carga de la base de datos, cuando ello era imposible, debido a la falta de una planificación adecuada por parte de la Entidad.

- Daño: Con relación al daño emergente, este resulta verificable debido a que (i) la Entidad descontó del pago final al contratista la suma de S/ 33,800.00 por concepto de penalidad por retraso, cuando este retraso resulta atribuible únicamente a la Entidad, configurándose un menoscabo en la esfera patrimonial del contratista que le genera perjuicio; (ii) La Entidad forzó al Contratista a que siga renovando la Carta Fianza N° 710131010284, por lo que el

monto gastado en exceso asciende a S/ 1,301.00, lo cual constituye un perjuicio pues las renovaciones de garantía excedieron el plazo real de la prestación del servicio y este plazo fue dilatado por culpa inexcusable de la Entidad.

Con relación al daño moral, señala el Contratista que la injusta imposición de una penalidad por retraso, redundó en un innecesario descrédito al profesionalismo con el que se maneja el contratista en el cumplimiento de los contratos que suscribe, por lo que deberá tenerse en cuenta que además de la afectación psíquica de ser víctima de una penalidad y de un descuento de su pago que el Contratista no tenía ninguna obligación legal de soportar el daño moral infringido. Cabe señalar, según indica el Contratista que el documento donde se ha certificado la conformidad del servicio emitido por la Entidad describe la ocurrencia de una penalidad por atraso, lo cual vicia de invalidez dicho documento a efecto de poder presentarlo en otros procesos de selección para acreditar el fiel cumplimiento de los contratos.

- Nexos de causalidad: Se aprecia una relación jurídica directa e inmediata de causa-efecto, entre la conducta antijurídica de la Entidad (cumplimiento tardío en optimizar su SIGA lo cual constituye culpa inexcusable) y el daño (imposición de penalidad y gastos por concepto de renovación de garantía).
- Criterios de imputación: el Contratista señala que ha cumplido con ofrecer los medios probatorios idóneos para acreditar la culpa inexcusable de la Entidad

14. Sobre la pretensión accesoria, señala el Contratista que corresponde que recaiga sobre la Entidad la obligación de asumir la totalidad de los costos arbitrales, debiendo tenerse presente la afectación económica unilateral, concreta y verificable que les ha ocasionado la Entidad; de no haberse materializado las conductas irregulares por parte de la Entidad, el contratista no se hubiera visto en la obligación de recurrir al arbitraje.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

1. Mediante escrito de fecha 11 de febrero de 2016, la Entidad absolvió el traslado de la demanda contestándola. Asimismo, dicha parte dedujo la Excepción de Caducidad respecto de la demanda.

Fundamentos respecto de la excepción:

2. Señala la Entidad que para el presente caso conforme a lo establecido en el artículo 52.2 de la Ley de Contrataciones del Estado, en caso de existir controversias entre las partes durante la ejecución de un contrato, debe acudir al procedimiento de conciliación y/o arbitraje en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato y para los casos específicos, dentro del plazo de 15 días hábiles conforme a lo señalado en el Reglamento.
3. Ya que en este caso se discute el descuento efectuado por la Entidad en el pago de la contraprestación final, corresponde la aplicación del plazo de caducidad establecido en el artículo 181° del Reglamento que establece que las controversias en relación a los pagos que la Entidad debe efectuar al contratista, podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quine (15) días hábiles siguientes de vencido el plazo para hacer efectivo el pago.
4. Así, debe tenerse presente que si bien el demandante acudió al centro de conciliación extrajudicial "El Triángulo Conciliatorio" con fecha 15 de diciembre de 2014, a fin de someter la controversia a un proceso de conciliación, una vez emitida el acta final, no cumplió con iniciar el proceso de arbitraje dentro del plazo de caducidad establecido en el tercer párrafo del artículo 215°, con lo cual perdió el derecho de reclamar su derecho vía proceso de arbitraje, en tanto que a la fecha que inició el presente proceso arbitral (21 de abril de 2015), conforme se advierte de la solicitud de arbitraje) el plazo establecido en el Reglamento ya se encontraba vencido.

Respuesta del Contratista:

5. Mediante escrito de fecha 15 de julio de 2016, el Contratista absolvió el traslado de la excepción de caducidad planteado por la Entidad señalando que la conciliación efectuada culminó con el Acta de No Acuerdo de fecha 23 de enero de 2015, con lo cual el plazo máximo de 15 días hábiles para plantear solicitud de arbitraje vencía el 13 de febrero de 2015.
6. Dentro de dicho plazo de caducidad, el Contratista presentó su solicitud de arbitraje por intermedio del Centro de Arbitraje Avendaño de la Cámara Peruana de Conciliación y Arbitraje (CAPECA) con fecha 11 de febrero de 2016.
7. En respuesta a dicha solicitud, la Entidad emitió el Oficio N° 03272-2015-PPS/MINSA de fecha 16 de abril de 2016, fuera de los 10 días desde su recepción, solicitando expresamente que la solicitud sea dirigida

directamente ante la Procuraduría Pública del Ministerio de Salud. En consecuencia, la Entidad expresamente facultó al Contratista para que presente una segunda solicitud de arbitraje, sin que ello configurara una causal de caducidad. Es por ello, que de acuerdo al principio de buena fe y de libre autonomía de las partes, se accedió al requerimiento de la Entidad y se dirigió una segunda solicitud de arbitraje con fecha 21 de abril de 2015.

8. Con relación a la excepción planteada por la Entidad, el árbitro único señaló en el acta de la audiencia de fijación de puntos controvertidos que dicha excepción sería resuelta en cualquier momento del arbitraje, pudiendo ser incluso al momento de laudar.

Fundamentos de la contestación de demanda:

9. En su contestación de demanda, la Entidad señala que es obligación del contratista tener vigente la garantía de fiel cumplimiento hasta la recepción de la prestación; en ese sentido, el demandante se obligó contractualmente a mantener la vigencia de la carta fianza, por lo cual no puede reclamar las renovaciones de carta fianza como gastos y menos como daño emergente.
10. En lo referente al descuento por pago final, éste obedeció estrictamente al Informe de Liquidación N° 1818-2014-US-OL-OGA/MINSA de fecha 10 de noviembre de 2014, elaborado por la Unidad de Adquisiciones de la Oficina Ejecutiva de Logística del Ministerio de Salud, al amparo de lo establecido en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, atendiendo a que a la fecha de emisión de dicho documento no existió ningún documento que acredite la ampliación de plazo.
11. Con relación al daño moral y pretensión indemnizatoria solicitados, el demandante no ha presentado ningún medio probatorio que sustente el daño sufrido ni el monto indemnizatorio. No se ha acreditado el hecho generador del daño con prueba idónea razonable o adecuada.

AUDIENCIA DE FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS

Con fecha 15 de julio de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de medios probatorios:

DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

De conformidad con lo establecido en el numeral 18) del Acta de Instalación, el Árbitro Único procedió a fijar como puntos controvertidos los siguientes:

(a) Excepción:

1. Determinar si corresponde o no que el árbitro único declare fundada la Excepción de Caducidad planteada por el Ministerio.

En ese sentido, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por ambas partes respecto de la Excepción de Caducidad planteada por la Entidad.

(b) Pretensiones demandadas:

De conformidad con lo establecido en el numeral 18) del Acta de Instalación, el Árbitro Único procedió a fijar las siguientes cuestiones que serán materia de pronunciamiento relacionadas con el fondo de la controversia:

1. Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene al Ministerio, que pague a PT & J el monto ascendente a S/ 50,101.00 (Cincuenta mil ciento uno con 00/100 soles) por concepto de daños y perjuicios, debido al cumplimiento tardío – por Culpa Inexcusable – del Ministerio en optimizar su Sistema Integrado de Gestión Administrativa (SIGA), de acuerdo al siguiente detalle:
 - Daño emergente ascendente a S/ 35,101.00 (Treinta y Cinco Mil Ciento Uno con 00/100 Soles), por los siguientes conceptos:
 - a) Monto resultante del descuento efectuado sobre el pago final a PT & J por la imposición de Penalidad por Retraso: S/ 33,800.00 (Treinta y Tres Mil Ochocientos con 00/100 Soles).
 - b) Monto resultante del gasto incurrido por PT & J para las dos (02) renovaciones de la Carta Fianza N° 7101310101284, emitida por el monto diferencial de la propuesta: S/ 1,301.00 (Un Mil Trescientos Uno con 00/100 Soles).
 - Daño moral ascendente a S/. 15,000.00 (Quince Mil con 00/100 Soles), por el descrédito en el mercado laboral ocasionado a PT & J por la injusta imposición de una penalidad por retraso y su respectivo descuento. Además de las consecuencias económicas nocivas, debido a la emisión de una Constancia de Servicios registrando dicha penalidad; hecho que ha anulado el valor de dicho documento, a efecto de que pueda presentarse en futuros procesos para acreditar el escrupuloso cumplimiento a los contratos por parte de PT & J.

2. Determinar a qué parte corresponde el pago de las costas y costos del presente arbitraje.

ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:

Seguidamente, el Árbitro Único procedió a admitir los medios probatorios:

DE LA PARTE DEMANDANTE:

Se admiten los medios probatorios documentales ofrecidos por PT & J en su escrito de demanda, detallados en el acápite "IV) MEDIOS PROBATORIOS", que van del numeral 1) al 15).

DE LA PARTE DEMANDADA:

Se admiten los medios probatorios documentales ofrecidos por el Ministerio en su escrito de contestación de demanda en el que se señala que ofrece como medios probatorios los documentos presentados en demanda.

ALEGATOS Y PLAZO PARA LAUDAR

Mediante escritos presentados con fecha 14 de marzo de 2018, ambas partes presentaron sus alegatos escritos.

Mediante Resolución N° 06 se tuvo presentes los alegatos escritos presentados por ambas partes, se declaró el cierre de la instrucción del presente arbitraje y se fijó el plazo para laudar en treinta días hábiles, los cuales fueron prorrogados por treinta días hábiles adicionales.

CONSIDERANDO

CUESTIONES PRELIMINARES:

Antes de entrar a considerar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

El Árbitro Único se instaló de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral suscrito entre las partes, así como al amparo de la normativa vigente.

El Demandante presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos. Asimismo, la Demandada fue debidamente emplazada con la demanda ejerciendo plenamente su derecho de defensa, al contestar la demanda.

Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraran pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hechos y de defensa sin limitación alguna, habiendo presentado además sus alegatos escritos.

En tal sentido, el Árbitro Único dentro del plazo establecido, procede a emitir el correspondiente laudo arbitral.

ANÁLISIS

Excepción de Caducidad:

1. Con relación a este punto, la Entidad indica que, ya que en este caso se discute el descuento efectuado por la Entidad en el pago de la contraprestación final, corresponde la aplicación del plazo de caducidad establecido en el artículo 181° del Reglamento que establece que las controversias en relación a los pagos que la Entidad debe efectuar al contratista, podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quine (15) días hábiles siguientes de vencido el plazo para hacer efectivo el pago.
2. De igual manera, indica el demandante que debe tenerse presente que si bien el demandante acudió al centro de conciliación extrajudicial "El Triángulo Conciliatorio" con fecha 15 de diciembre de 2014, a fin de someter la controversia a un proceso de conciliación, **una vez emitida el acta final, no cumplió con iniciar el proceso de arbitraje dentro del plazo de caducidad establecido en el tercer párrafo del artículo 215°, con lo cual perdió el derecho de reclamar su derecho vía proceso de arbitraje**, en tanto que a la fecha que inició el presente proceso arbitral (21 de abril de 2015), conforme se advierte de la solicitud de arbitraje) el plazo establecido en el Reglamento ya se encontraba vencido.
3. Al respecto, señala el contratista que la conciliación efectuada culminó con el **Acta de No Acuerdo de fecha 23 de enero de 2015, con lo cual el plazo máximo de 15 días hábiles para plantear solicitud de arbitraje vencía el 13 de febrero de 2015**. Dentro de dicho plazo de caducidad, el Contratista presentó su solicitud de arbitraje por intermedio del Centro de Arbitraje Avendaño de la Cámara Peruana de Conciliación y Arbitraje (CAPECA) con fecha 11 de febrero de 2016.
4. Asimismo, señala que en respuesta a dicha solicitud, la Entidad emitió el Oficio N° 03272-2015-PPS/MINSA de fecha 16 de abril de 2016, fuera de los 10 días desde su recepción, solicitando expresamente que la solicitud sea

dirigida directamente ante la Procuraduría Pública del Ministerio de Salud. En consecuencia, **la Entidad expresamente facultó al Contratista para que presente una segunda solicitud de arbitraje, sin que ello configurara una causal de caducidad.** Es por ello, que de acuerdo al principio de buena fe y de libre autonomía de las partes, se accedió al requerimiento de la Entidad y **se dirigió una segunda solicitud de arbitraje con fecha 21 de abril de 2015.**

Posición del árbitro único:

5. Con relación a lo señalado por las partes, cabe señalar que el árbitro único analizará

"Artículo 52.-Solución de controversias

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

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

Para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, el plazo de caducidad es el que se fije en función del artículo 50° de la presente ley, y se computa a partir de la conformidad otorgada por la Entidad. Todos los plazos previstos son de caducidad".

6. Al respecto, sin perjuicio de que en un análisis posterior se determinará si había caducado o no el derecho del demandante de someter a arbitraje una controversia respecto de la aplicación de una penalidad en la liquidación final del servicio y si había quedado consentida o no la aplicación de dicha penalidad por no haberla sometido a arbitraje dentro del plazo correspondiente y si, en vista de ello, es atendible o no otorgarle la

indemnización por daños y perjuicios que ha solicitado, lo cierto es que las pretensiones planteadas por el demandante se refieren a una indemnización por daños y perjuicios **como consecuencia de la aplicación de la penalidad**; es decir, no están cuestionando de manera directa la aplicación de la penalidad solicitando que esta se declare inválida y que por lo tanto sea devuelto el monto retenido de penalidad, sino que lo que se está requiriendo es un pronunciamiento sobre las consecuencias de la aplicación de la penalidad y sobre este punto, la normativa de contrataciones del Estado aplicable a la presente controversia, no establece de manera expresa que exista alguna caducidad para que se puedan presentar pretensiones indemnizatorias referidas no a la falta de pago o aplicación de penalidades de manera directa sino a las consecuencias (daños) de dicha aplicación de penalidad o falta de pago.

7. Atendiendo a lo señalado precedentemente, corresponde declarar infundada la excepción de caducidad planteada.

ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS RELACIONADOS CON LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Primer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene al Ministerio, que pague a PT & J el monto ascendente a S/ 50,101.00 (Cincuenta mil ciento uno con 00/100 soles) por concepto de daños y perjuicios, debido al cumplimiento tardío – por Culpa Inexcusable – del Ministerio en optimizar su Sistema Integrado de Gestión Administrativa (SIGA), de acuerdo al siguiente detalle:

- Daño emergente ascendente a S/ 35,101.00 (Treinta y Cinco Mil Ciento Uno con 00/100 Soles), por los siguientes conceptos:
 - c) Monto resultante del descuento efectuado sobre el pago final a PT & J por la imposición de Penalidad por Retraso: S/ 33,800.00 (Treinta y Tres Mil Ochocientos con 00/100 Soles).
 - d) Monto resultante del gasto incurrido por PT & J para las dos (02) renovaciones de la Carta Fianza N° 7101310101284, emitida por el monto diferencial de la propuesta: S/ 1,301.00 (Un Mil Trescientos Uno con 00/100 Soles).
- Daño moral ascendente a S/. 15,000.00 (Quince Mil con 00/100 Soles), por el descrédito en el mercado laboral ocasionado a PT & J por la injusta imposición de una penalidad por retraso y su respectivo descuento. Además de las consecuencias económicas nocivas, debido a la emisión

de una Constancia de Servicios registrando dicha penalidad; hecho que ha anulado el valor de dicho documento, a efecto de que pueda presentarse en futuros procesos para acreditar el escrupuloso cumplimiento a los contratos por parte de PT & J.

1. Con relación a este punto, de manera resumida, el Contratista indica que se cumplen en este caso todos los elementos que permiten el otorgamiento de la indemnización por daños y perjuicios solicitada:

- Antijuridicidad: Al respecto, el Contratista indica que la Entidad reconoce en numerosa documentación que el retraso excesivo en la carga de la nueva Base de Datos, devino por "razones ajenas al servicio", es decir ajenas al contratista prestador del servicio pues, las únicas formas de optimizar el servidor institucional y su sistema de gestión, consistían o en la compra de un nuevo servidor o en la eliminación de la información desfasada de la memoria; ello se encontraba en la esfera de competencia de la Entidad, que incumplió con ejecutar su obligación de forma oportuna.

No obstante, no se encuentra expresamente estipulada en las Bases Integradas o en el Contrato la obligación de la Entidad de acondicionar su servidor y su SIGA institucional, el árbitro deberá ponderar en virtud de los principios de equidad, primacía de la realidad y principio de buena fe contractual- que no puede resultar exigible que la Entidad sancione al Contratista por no cumplir con la carga de la base de datos, cuando ello era imposible, debido a la falta de una planificación adecuada por parte de la Entidad.

- Daño: Con relación al daño emergente, este resulta verificable debido a que (i) la Entidad descontó del pago final al contratista la suma de S/ 33,800.00 por concepto de penalidad por retraso, cuando este retraso resulta atribuible únicamente a la Entidad, configurándose un menoscabo en la esfera patrimonial del contratista que le genera perjuicio; (ii) La Entidad forzó al Contratista a que siga renovando la Carta Fianza N° 710131010284, por lo que el monto gastado en exceso asciende a S/ 1,301.00, lo cual constituye un perjuicio pues las renovaciones de garantía excedieron el plazo real de la prestación del servicio y este plazo fue dilatado por culpa inexcusable de la Entidad.

Con relación al daño moral, señala el Contratista que la injusta imposición de una penalidad por retraso, redundará en un innecesario descrédito al profesionalismo con el que se maneja el contratista en

el cumplimiento de los contratos que suscribe, por lo que deberá tenerse en cuenta que además de la afectación psíquica de ser víctima de una penalidad y de un descuento de su pago que el Contratista no tenía ninguna obligación legal de soportar el daño moral infringido. Cabe señalar, según indica el Contratista que el documento donde se ha certificado la conformidad del servicio emitido por la Entidad describe la ocurrencia de una penalidad por atraso, lo cual vicia de invalidez dicho documento a efecto de poder presentarlo en otros procesos de selección para acreditar el fiel cumplimiento de los contratos.

- Nexos de causalidad: Se aprecia una relación jurídica directa e inmediata de causa-efecto, entre la conducta antijurídica de la Entidad (cumplimiento tardío en optimizar su SIGA lo cual constituye culpa inexcusable) y el daño (imposición de penalidad y gastos por concepto de renovación de garantía).
- Criterios de imputación: el Contratista señala que ha cumplido con ofrecer los medios probatorios idóneos para acreditar la culpa inexcusable de la Entidad.

2. Al respecto, la Entidad indica que:

- Es obligación del contratista tener vigente la garantía de fiel cumplimiento hasta la recepción de la prestación.
- En lo referente al descuento por pago final, éste obedeció estrictamente al Informe de Liquidación N° 1818-2014-US-OL-OGA/MINSA de fecha 10 de noviembre de 2014, elaborado por la Unidad de Adquisiciones de la Oficina Ejecutiva de Logística del Ministerio de Salud, al amparo de lo establecido en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, atendiendo a que a la fecha de emisión de dicho documento no existió ningún documento que acredite la ampliación de plazo.
- Con relación al daño moral y pretensión indemnizatoria solicitados, el demandante no ha presentado ningún medio probatorio que sustente el daño sufrido ni el monto indemnizatorio. No se ha acreditado el hecho generador del daño con prueba idónea razonable o adecuada.

Posición del árbitro único:

3. A fin de analizar la pretensión principal (primer punto controvertido), relacionada con un pedido de otorgamiento de un monto por concepto de daños y perjuicios generados por la Entidad, el árbitro único considera pertinente en primer lugar hacer referencia a qué elementos deberán ser tomados en cuenta al momento de analizar este punto controvertido.

4. Al respecto, señala el autor Juan Espinoza Espinoza¹ y lo indica pacíficamente la doctrina:

"Los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, tanto la derivada del incumplimiento de las obligaciones como la denominada extracontractual o aquiliana son:

- I. La imputabilidad, entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona.*
- II. La ilicitud o antijuridicidad, vale decir, la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.*
- III. El factor de atribución, o sea, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto.*
- IV. El nexo causal, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido. V. El daño, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un jurídico tutelado".*

5. Con relación a lo pretendido, el árbitro único procederá a analizar los puntos señalados precedentemente, empezando, para efectos de practicidad, con el análisis de la supuesta antijuridicidad de la actuación de la Entidad.

6. Al respecto, conforme se indica en la Casación N° 3168-2015, LIMA, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia:

*"4.6. Al respecto, uno de los principales elementos, es el de la **antijuridicidad** de la conducta, la cual consiste en determinar que aquel comportamiento ha contravenido una norma prohibitiva, y/o violado el sistema jurídico en su totalidad; es decir, **solo nacerá la obligación de indemnizar, cuando se haya causado daño a otro u otros, mediante un proceder que no es amparado por el derecho**, porque se incumple una norma imperativa, los principios del orden público, o las reglas de convivencia social, como las buenas costumbres; y en el caso de los asuntos contractuales, ésta surgirá del incumplimiento de una conducta pactada de forma previa, lo cual, es considerado como una conducta típica; supuesto que está regulado en el*

¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. Lima: Gaceta Jurídica S.A.; Tercera Edición, 2005, pág. 69.

artículo 1321 del Código Civil; lo que dará lugar a la obligación legal del resarcimiento.

Entonces, cuando se cause daño en el ejercicio regular de un derecho, legítima defensa o estado de necesidad, no existirá responsabilidad civil, porque estos habrían ocurrido en el ámbito permitido por el ordenamiento jurídico" (énfasis agregado).

7. Tomando en cuenta lo señalado precedentemente, analizaremos si existe obligación de indemnizar por parte de la Entidad por encontrarnos ante un hecho antijurídico –es decir, no amparado por el derecho- por parte de dicha Entidad o si por el contrario, la actuación que el Contratista llama "antijurídica" no es tal pues ha sido consentida por el mismo.
8. Para ello, volvamos a lo establecido de manera expresa en la normativa de Contrataciones del Estado, de manera específica a lo establecido en el artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable al presente proceso arbitral:

"Artículo 52.-Solución de controversias

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

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

Para los reclamos que formulen las Entidades por vicios ocultos en los bienes, servicios y obras entregados por el contratista, el plazo de caducidad es el que se fije en función del artículo 50º de la presente ley, y se computa a partir de la conformidad otorgada por la Entidad.

Todos los plazos previstos son de caducidad" (énfasis agregado).

9. De igual manera, en el artículo 181º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se establece lo siguiente:

"Artículo 181º.- Plazos para los pagos

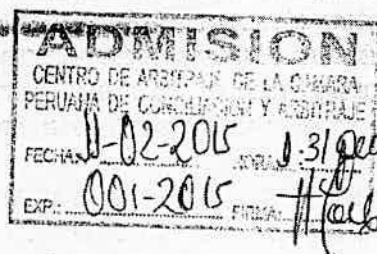
La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de recepción de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días 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 48º de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

Las controversias en relación a los pagos que la Entidad debe efectuar al contratista podrán ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de vencido el plazo para hacer efectivo el pago".

10. Conforme se observa de las normas citadas precedentemente, se puede concluir que existe una caducidad expresa establecida normativamente para someter a arbitraje y/o conciliación el desacuerdo del Contratista con relación al pago de su contraprestación, ello incluye claramente la aplicación de penalidades que sean deducidas de dichos pagos; si el contratista no sometiera la controversia a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de caducidad de quince (15) días de vencido el plazo para hacer efectivo el pago, ya no será posible someter dicha controversia a arbitraje y, por lo tanto, este pago con deducción de penalidades ha quedado consentido al no haber sido sometido a un mecanismo de resolución de controversias.
11. Al respecto, en el presente caso ambas partes se encuentran de acuerdo con que el Contratista sometió a conciliación la controversia respecto de la retención y el cobro de las penalidades de la liquidación final, dentro del plazo de caducidad establecido por la norma, por lo menos ninguna de las partes ha señalado lo contrario.
12. Ahora bien, una vez emitida el Acta de No Acuerdo de la conciliación, con fecha 23 de enero de 2015, el Contratista contaba con otros quince (15) días hábiles para presentar su solicitud de arbitraje ante la Entidad, dicho plazo vencía el 13 de febrero de 2015.

13. Al respecto, conforme se puede observar de la solicitud de arbitraje presentada por el Contratista con fecha 11 de febrero de 2015, se observa que dicha solicitud de arbitraje no estuvo dirigida a la Entidad sino a la Secretaría General del Centro de Arbitraje Avendaño de la Cámara Peruana de Conciliación y Arbitraje (CAPECA), lo cual también consta del sello de recepción de la mencionada institución, hecho que es admitido por ambas partes.



Sumilla: SOLICITUD DE ARBITRAJE

A LA SECRETARIA GENERAL DEL CENTRO ARBITRAJE AVENDAÑO DE LA CÁMARA PERUANA DE CONCILIACION Y ARBITRAJE - CAPECA.

14. Con relación a ello, se puede observar que en la cláusula décimo sexta referida a la solución de controversias, no se ha designado ninguna institución como administradora del arbitraje, por lo que se concluye claramente que ambas partes pactaron un arbitraje ad hoc y no institucional para llevar a cabo la solución de cualquier controversia.

15. En efecto, en el convenio arbitral se establece que:

CLÁUSULA DÉCIMO SEXTA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

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.

El Laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.

16. Asimismo, en el Reglamento de Contrataciones del Estado también se establece que si las partes no hubieran acordado un arbitraje institucional, se trata de un arbitraje ad hoc:

"Artículo 216°.- Convenio Arbitral

En el convenio arbitral las partes pueden encomendar la organización y administración del arbitraje a una institución arbitral, a cuyo efecto el correspondiente convenio arbitral tipo puede ser incorporado al contrato. El OSCE publicará en su portal institucional una relación de convenios arbitrales tipo aprobados periódicamente.

Si en el convenio arbitral incluido en el contrato, no se precisa que el arbitraje es institucional, la controversia se resolverá mediante un arbitraje ad hoc".

17. Asimismo, en el artículo 215° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, está regulado cómo se procede al inicio de un arbitraje, habiéndose indicado que, al tratarse de un arbitraje ad hoc, el arbitraje se inicia con la solicitud de arbitraje dirigida a la parte contraria:

"Artículo 215°.- Inicio del Arbitraje

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 176°, 177°, 179°, 181°, 184°, 199°, 201°, 209°, 210°, 211° y 212°; en concordancia con lo dispuesto en el numeral 52. 2 del artículo 52° de la Ley.

*De haberse pactado en el convenio arbitral la realización de un arbitraje institucional, la parte interesada debe recurrir a la institución arbitral en aplicación del respectivo reglamento arbitral institucional. **De haberse pactado arbitraje ad hoc, la parte interesada procederá a remitir a la otra la solicitud de arbitraje** a que se refiere este Reglamento.*

Si las partes optaron por el procedimiento de conciliación de manera previa al arbitraje, éste deberá iniciarse dentro de un plazo de caducidad de quince (15) días hábiles siguientes de emitida el Acta de no Acuerdo Total o Parcial.

Las controversias relativas al consentimiento de la liquidación final de los contratos de consultoría y ejecución de obras o respecto de la conformidad de la recepción en el caso de bienes y servicios, así como las referidas al incumplimiento de los pagos que resulten de las mismas, también serán resueltas mediante arbitraje.

El arbitraje se desarrollará de conformidad con la normativa de contrataciones del Estado, pudiendo el OSCE brindar servicios de organización y administración en los arbitrajes administrativos que se encuentren bajo el régimen de contratación pública y de acuerdo a las Directivas que apruebe el OSCE para tal efecto.

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 52.2 del artículo 52° de la Ley, la parte que solicita la conciliación y/o el arbitraje debe poner su solicitud en conocimiento del OSCE dentro del plazo de quince (15) días hábiles de formulada, salvo cuando se trate de un arbitraje administrado por dicho organismo o cuando éste designe a los árbitros" (énfasis agregado).

18. Al respecto, también se encuentra entre los medios probatorios del presente arbitraje la respuesta emitida por la Entidad mediante Oficio N° 03272-2015-PPS/MINSA, recibida por la demandante con fecha 17 de abril de 2015, en la que la Entidad indica al contratista que al no haber acordado en el convenio arbitral solucionar la controversia a través de un arbitraje institucional, lo que correspondía era que fuera un arbitraje ad hoc y por ello solicitaban se notifique debidamente a la Procuraduría del MINSA, a fin de evitar futuras nulidades.

Al respecto, debo indicar que conforme a lo dispuesto en la cláusula décimo sexta del contrato las partes no acordaron solucionar la controversia a través de una sede institucional como es el caso de la Cámara Peruana de Conciliación y Arbitraje; por tanto, resulta aplicable lo establecido en el artículo 216° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, que establece que el arbitraje será ad hoc.

En ese sentido, corresponde a su representada iniciar el proceso arbitral conforme a los fundamentos expuestos en los artículos 218 y siguientes del D.S. N° 184-2008-EF, no siendo viable la solicitud de arbitraje a través de cualquier sede institucional, para lo cual y a efecto de evitar nulidades posteriores, en salvaguarda de nuestro derecho a la defensa y en aplicación de lo establecido en el artículo 37° del Decreto Supremo N° 017-2008-JUS solicito se notifique debidamente en el domicilio de ésta Procuraduría Pública ubicado en Av. Dos de Mayo N° 590, Distrito de San Isidro.

19. Al respecto, de un análisis de lo señalado por la Entidad en la mencionada Carta, el árbitro único no observa que de ninguna manera el MINSA ha aceptado o ha mostrado su conformidad, ni se ha dado por bien notificado con la solicitud de arbitraje presentada ante el "Centro de Arbitraje Avendaño"; sino que, por el contrario, ha señalado su disconformidad con que no se le haya notificado directamente la solicitud de arbitraje y por ello solicita que le sea notificada debidamente. En consecuencia, no es posible entender del tenor de dicha carta, la posición del Contratista que indica que la Entidad habría legitimado y autorizado a que se presente una segunda solicitud de arbitraje y que por lo tanto se habría encontrado conforme con la solicitud de arbitraje dirigida a una institución arbitral, ya que lo que hizo la Entidad fue solicitar que se notifique debidamente la solicitud de arbitraje.

20. Como ambas partes han sostenido y admitido, el Contratista dirigió su solicitud de arbitraje a la Procuraduría de la Entidad recién con fecha 21 de

abril de 2015, por lo tanto, para el árbitro único, recién en esta fecha fue remitida válidamente la solicitud de arbitraje a la Entidad, en consecuencia, la solicitud de arbitraje dirigida a Centro de Arbitraje Avendaño con fecha 11 de febrero de 2015, carece de validez.

21. Atendiendo a lo señalado precedentemente y a lo establecido expresamente en el artículo 215° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, al no haberse remitido debida y válidamente la solicitud de arbitraje a la Entidad, dentro del plazo de caducidad establecido en la Ley y en el Reglamento de Contrataciones del Estado para someter a arbitraje cualquier controversia referida a la liquidación del contrato y al pago de la Entidad, la decisión de la Entidad de haber aplicado penalidades y haberlas descontado del pago ha quedado consentida, máxime cuando luego de este último pago ha quedado cerrado y concluido el contrato de ejecución de servicio materia del presente arbitraje, al no haberse sometido a arbitraje válidamente, dentro del plazo de caducidad, la liquidación del contrato y la falta de pago por haberse descontado penalidades.

22. Tomando en cuenta este último razonamiento, al haber quedado consentida la liquidación del contrato y el pago efectuado por la Entidad, por no haberse sometido válidamente a arbitraje dentro del plazo de caducidad establecido en la normativa de contrataciones del Estado, no puede requerirse ahora como daños y perjuicios aquello que ya por inacción o error propio del contratista no fue requerido por el único medio que le confería la Ley para hacer valer sus derechos, esto es, someter a arbitraje su controversia si no se encontraba de acuerdo con lo que había resuelto y liquidado finalmente la Entidad respecto de su pago.

23. Es decir, al haber quedado consentido por el Contratista la liquidación y el pago que le realizó la Entidad, tal y como fue hecho, y al haber con ello concluido el contrato, no es posible intentar reclamar por otra vía (daños y perjuicios) aquello que no fue debidamente reclamado en su momento, pues al haber caducado su derecho a reclamo, **se tiene por consentidos y debidamente realizados la liquidación y el pago efectuados por la Entidad;** en consecuencia, el árbitro único encuentra que el elemento de antijuridicidad no se cumple como requisito para el otorgamiento de los daños y perjuicios solicitados por el Contratista, pues no existe obligación de indemnizar cuando el proceder que supuestamente habría causado un daño, está amparado por el derecho y más aún forma parte de las reglas a las que se han sometido las partes, como es la normativa de contrataciones del Estado que ha regulado un plazo de caducidad para los reclamos respecto del pago que, al haber vencido, dicho pago debe entenderse consentido tal y como ha sido efectuado.

24. Atendiendo a lo señalado precedentemente, al no cumplirse con uno de los elementos principales constitutivos de la responsabilidad civil como es la antijuridicidad, ya no es necesario pasar a analizar si se cumple o no con los demás elementos; en consecuencia, la primera pretensión relacionada con la solicitud de indemnización por daños y perjuicios —tanto en lo referido al daño emergente (cobro de penalidad y renovación de la carta fianza) y al daño moral— debe declararse infundada.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar a qué parte corresponde el pago de las costas y costos del presente arbitraje.

1. Finalmente, correspondiendo un pronunciamiento sobre las costas y costos del proceso, atendiendo a la inexistencia de pacto entre las partes y considerando el resultado o sentido de este laudo, así como lo previsto en el numeral 1) del artículo 73º de la Ley de Arbitraje pero, al mismo tiempo, que ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, en razón de la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, que —precisamente— motivó el presente arbitraje, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en vía arbitral; y que, además, el árbitro único considera, a efectos de regular el pago de tales conceptos, el buen comportamiento procesal de las partes, se estima razonable:

(i) Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar; y

(ii) Que los gastos comunes (honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos de la Secretaría Arbitral) sean asumidos por cada parte.

FALLO

El Tribunal Arbitral en atención a las consideraciones y conclusiones expuestas, en Derecho, resuelve:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la Excepción de Caducidad planteada por el Ministerio de Salud.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la pretensión principal planteada por PT&J Soluciones Empresariales S.A.C.

TERCERO: ORDENAR Que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar; y que los gastos comunes (honorarios del Tribunal Arbitral y los gastos de la Secretaría Arbitral) sean asumidos por cada parte.



PATRICK HURTADO TUEROS

Árbitro Único



CLAUDIA ELORRIETA MUÑIZ

Secretaría Arbitral Ad Hoc