

**ARBITRAJE AD HOC**

**OLVA CURRIER SAC**

(En adelante, **CONSORCIO**)

(Demandante)

Vs.

**AUTOIRIDAD NACIONAL DEL AGUA – ANA**

(En adelante, **LA ENTIDAD**)

(Demandado)

---

**LAUDO**

---

*Arbitro Único*

José Eynar Escalante Soplin

*Secretaría Arbitral*

María del Carmen Díaz García

---

## LAUDO

---

❖ Demandante:	OLVA CURRIER SAC
❖ Demandado:	AUTORIDAD NACIONAL DEL AGUA – ANA
❖ Contrato:	Contrato N° 105-2014-ANA-OA-UL
❖ Objeto:	Servicio de Mensajería para la sede central de la Autoridad Nacional del Agua.
❖ Monto Contrato:	S/ 2'727,000.00
❖ Cuantía controvertida:	S/ 88,906.00
❖ Honorarios del señor Arbitro:	S/ 5,207.00
❖ Secretaria Arbitral:	S/ 3,119.00
❖ Designación de Árbitro Único:	Resolución N° 052-2018-OSCE/DAR
❖ Fecha de emisión del laudo:	31 de mayo de 2019
❖ Número de folios:	49

**Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias, subrayando en negrita:**

- ✓ *Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del Contrato*
- ✓ *Resolución de Contrato*
- ✓ *Ampliación del plazo contractual*
- ✓ *Defectos o vicios ocultos*
- ✓ *Formulación, aprobación o valorización de metrados*
- ✓ *Recepción y conformidad*
- ✓ *Liquidación y pago*
- ✓ *Mayores gastos generales*
- ✓ *Indemnización por daños y perjuicios*
- ✓ *Enriquecimiento sin causa*
- ✓ *Adicionales y reducciones*
- ✓ *Adelantos*
- ✓ **Penalidades**
- ✓ *Ejecución de garantías*
- ✓ **Devolución de garantías**
- ✓ *Otros Especificar*

## INDICE

I. ANTECEDENTES.....	4
II. EL CONVENIO ARBITRAL.....	4
III. DESIGNACIÓN DEL ARBITRO UNICO.....	5
IV. DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL .....	6
V. CONSIDERACIONES PRELIMINARES AL ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA.....	10
VI. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES .....	14
VII. COSTOS ARBITRALES .....	47
VIII. LAUDO .....	48

## LAUDO ARBITRAL

### RESOLUCION N° 14

En la ciudad de Lima, a los treinta un días del mes de mayo del año dos mil diecinueve, el Árbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la Ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

#### **I. ANTECEDENTES**

1. El día 21 de febrero de 2014 se firma el Contrato N° 105-2014-ANA-OA-UL, entre OLVA CURRIER SAC (en adelante, el Contratista) y la Autoridad Nacional del Agua – ANA (en adelante, la Entidad) para la para la Adquisición del Servicio de Mensajería para la Sede Central de la Autoridad Nacional del Agua – ANA, por un monto de S/ 2'727,000.00 (en adelante, el Contrato).
2. El demandante es OLVA CURRIER SAC y el demandado la Autoridad Nacional del Agua - ANA.

#### **II. EL CONVENIO ARBITRAL**

3. De conformidad con lo establecido en la Cláusula Décimo Sexta del Contrato sobre la Solución de Controversias, las partes establecieron lo siguiente:

*“Cualquiera de las partes tiene 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 de la ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el Artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso de que no se llegue a un acuerdo entre ambas partes, según lo señalado en el Artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

### III. DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

4. El día 05 de febrero de 2018 OLVA CURRIER SAC solicitó el inicio del arbitraje Ad Hoc, dando respuesta con fecha 19 de febrero de 2018, aceptando el proceso arbitral por parte de la Entidad, emitiéndose la comunicación de designación residual de árbitro, con fecha 27 de marzo del 2018, debiendo llevarse a cabo en la ciudad de Lima y en un arbitraje Ad Hoc, procediendo de acuerdo a lo establecido en el numeral 52.3) del Art. 52° de la Ley de Contrataciones del Estado – aprobado por Decreto Legislativo N° 1017 y modificado por Ley N° 29873 (en adelante el OSCE) el inicio del proceso arbitral para solucionar el conflicto derivado del Acta de Instalación de fecha 21 de mayo del 2018.
5. El mismo que fue aceptada por el profesional, a la designación en mérito de la Resolución N° 52-2018-OSCE/DAR; aceptación por el Árbitro Único mediante documento de fecha 04 de abril del 2018.
6. Citándose posteriormente a la Audiencia de Instalación en la oficinas del OSCE, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, sito en el Edificio El Regidor N° 108,

Residencial San Felipe, distrito de Jesús María.

#### **IV. DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL**

##### **DEMANDA ARBITRAL Y CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

7. Con fecha 11 de junio de 2018, se recepcionó la presentación del escrito de demanda arbitral, por parte del Contratista.
8. El día 12 de junio de 2018, la Entidad se apersona y cumple mandato y otros.
9. Con fecha 29 de junio de 2018, subsana observación y requiere cumplimiento de Acta de Instalación por parte del Contratista.
10. La Entidad acredita pago con fecha 30 de julio del 2018, de igual manera contesta demanda.
11. Posteriormente la Entidad, subsana la omisión advertida, adjuntando CD y presenta medios probatorios con fecha 02 de agosto del 2018.

##### **DEL PROCESO ARBITRAL**

12. Mediante Resolución N° 1 el Árbitro Único Arbitral, tiene presente el escrito presentado por el Contratista, dejando constancia que ha cumplido con abonar los pagos tanto del árbitro único como de la secretaria arbitral, facultando al Contratista asumir el pago en subrogación por temer interés bajo apercibimiento de suspender el presente arbitraje.
13. Mediante Resolución N° 2 el Árbitro Único admite a trámite la demanda arbitral, tener por ofrecidos los medios probatorios.
14. Mediante Resolución N° 3, el Árbitro Único se tiene por contestada la demanda presentada por la Entidad y tener por ofrecidos sus medios probatorios. Se tiene por acreditado el pago según corresponde, se les

otorga a ambas partes para que propongan sus puntos controvertidos y se cita para Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos para el día jueves 20 de septiembre del 2018 a horas 4:00 de la tarde en la sede arbitral del señor Árbitro Único sito en el Jr. Huancavelica N° 450 – 11vo. Piso – Dpto. 1103 – Lima Cercado.

15. Mediante Resolución N° 4, el Árbitro Único se tiene por presentada los puntos controvertidos, haciendo presente que la Entidad ha propuesto sus puntos controvertidos fuera de plazo, además de y acompañar nuevos medios probatorios.
16. Mediante Resolución N° 5, el Árbitro Único reprograma la fecha para la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos para el día jueves 11 de octubre del 2018 a horas 10:30 de la mañana en la sede arbitral del señor Árbitro Único sito en el Jr. Huancavelica N° 450 – 11vo. Piso – Dpto. 1103 – Lima Cercado.
17. Mediante Resolución N° 6, el Árbitro Único a solicitud del Contratista, se reprogramme audiencia programada, por las razones expuestas en su escrito, citándose a las partes la nueva fecha de Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos para el día miércoles 14 de noviembre del 2018 a horas 10:30 de la mañana en la sede arbitral del señor Árbitro Único sito en el Jr. Huancavelica N° 450 – 11vo. Piso – Dpto. 1103 – Lima Cercado.
18. Se emite el Acta de Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, con la presencia del representante del Contratista Abog. GUILLERMO JESUS SANTIBAÑEZ RAMOS identificado con DNI N° 25483788, así como la Entidad, a través de su Abog. LINDA ANGELLA CASANA VILELA, identificad con DNI N° 71489943, en representación de la Procuraduría Publica Adjunta del Ministerio de Agricultura y Riego, donde se propone los siguientes puntos controvertidos:

▪ **Primer Punto Controvertido:**

Determinar si procede o no aplicar la penalidad interpuesta por la entidad en la ejecución del Contrato N° 105-2015-ANA-OA-UL, en aplicación de lo dispuesto en el Art. 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, consecuentemente se ordene a la Entidad aplicar la penalidad que legalmente corresponde, vale decir, la suma de S/ 106,348.71 (y no la penalidad indebidamente aplicada de S/ 220,275.00) y se proceda a devolver la suma de S/ 113,926.29.

▪ **Segundo Punto Controvertido:**

Determinar si procede o no como primera pretensión subordinada, la devolución del monto ascendente a la suma de S/ 88,806.21, al haber aplicado en forma indebida (CARTA FIANZA).

▪ **Tercero Punto Controvertido:**

Determinar si procede o no como segunda pretensión subordinada, la devolución el monto ascendente a la suma de S/ 104,480.43, por concepto de aplicación de penalidad en forma indebida, más los intereses costos y costas arbitrales.

19. Con respecto a los medios probatorios ofrecidos por el Contratista, detallados en los anexos de su demanda (Anexos del 1C1 al 1C7 respectivamente, así como el Expediente de contratación del Concurso Público N° 006-204-ANA, téngase presente.
20. De igual modo, los medios probatorios ofrecidos y detallados en su escrito de fecha 30 de julio de 2018 (anexos del 1 al 4); así como los presentados en el escrito de fecha 02 de agosto de 2018 (anexos del 4-A al 4-PP respectivamente), téngase presente. Igualmente la Carta N° 007-2018-ANA-AO, y los ofrecidos en el con fecha 18 de setiembre de 2018 (anexos

6-A al 6-S respectivamente); téngase presente.

21. Mediante Resolución N° 7, el Árbitro Único se tiene como FIJADOS los puntos controvertidos:

- **DETERMINAR** si procede o no aplicar la penalidad interpuesta por la Entidad en la Ejecución del Contrato N° 105-2015-ANA-OA-UL, en aplicación de lo dispuesto en el Art. 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, consecuentemente se ordene a la Entidad aplicar la penalidad que legalmente corresponde, vale decir, la suma de S/ 106,348.71 (y no la penalidad indebidamente aplicada de S/ 220,275.00) y se proceda a devolver la suma de S/ 113,926.29.
- **DETERMINAR** si procede o no como primera pretensión subordinada, la devolución del monto ascendente a la suma de S/ 88,806.21, al haber aplicado en forma indebida (CARTA FIANZA).
- **DETERMINAR** si procede o no como segunda pretensión subordinada, la devolución el monto ascendente a la suma de S/ 104,480.43, por concepto de aplicación de penalidad en forma indebida, más los intereses costos y costas arbitrales.

22. Mediante Resolución N° 8, el Árbitro Único, téngase presente el escrito presentado por el Contratista, y cúrsese el Oficio para que remitir el medio probatorio ofrecido en su escrito de demanda.

23. Mediante Resolución N° 9, el Árbitro Único, téngase presente el escrito autorizado por el Procurador Público Adjunto del Ministerio de Agricultura y Riego Abog. Reynaldo Patiño Fuertes. Se prescinde de la Audiencia de Pruebas, por cerrada la Etapa Probatoria, otorgándose a las partes para que presenten sus alegatos por escrito, e informar, si así lo estiman

conveniente a su derecho.

24. Mediante Resolución N° 10, el Árbitro Único, tiene presente el escrito presentado por el Contratista, y con fecha 20 de marzo de 2019, se cita Audiencia de Informes Orales a horas 4:00 de la tarde en la sede arbitral del señor árbitro sito en el Jr. Huancavelica N° 450 – 11vo. Piso – Dpto. 1103 – Lima Cercado.
25. Se lleva a cabo la Audiencia de Informes Orales, con la presencia del representante del Contratista Abog. GUILLERMO JESUS SANTIBAÑEZ RAMOS identificado con DNI N° 25483788, así como la Entidad, a través de su Abog. KAREN GIULIANA LOARTE FLORES, identificad con DNI N° 42501141, en representación de la Procuraduría Publica Adjunta del Ministerio de Agricultura y Riego, donde hicieron el uso de la palabra para que expresen lo conveniente a su derecho, con derecho a réplica y dúplica respectivamente.
26. Mediante Resolución N° 11, el Árbitro Único, tiene presente el escrito presentado por el Contratista y fija el plazo para laudar en 30 días hábiles, prorrogables por plazo similar. Mediante Resolución N° 11 repite la resolución por error donde, el Árbitro Único, hace uso del derecho de prorroga y amplía el plazo para laudar en el mismo plazo original.
27. Mediante Resolución N° 13, el Árbitro Único, aclara la resolución de ampliación del plazo para laudar.

#### **V. CONSIDERACIONES PRELIMINARES AL ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA**

28. En forma previa al análisis de la materia controvertida y valoración de los medios probatorios admitidos y actuados por el Árbitro Único en el presente arbitraje, corresponde señalar que:



### **Del marco legal**

- (i) De acuerdo con el convenio arbitral las partes establecieron que el arbitraje será de derecho y que se resolverá de acuerdo a las reglas pactadas por el Reglamento de Arbitraje demás normas aplicables en forma supletoria.
- (ii) Las controversias derivadas del citado Contrato se resolverán de acuerdo a lo establecido en la legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia sometida al presente proceso arbitral es la legislación peruana. Las normas aplicables al presente arbitraje, de acuerdo a lo establecido en el numeral 52.3) del Artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado - aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873, deben mantener obligatoriamente el siguiente orden de prelación en la aplicación del derecho: 1) la Constitución Política del Perú, 2) la Ley de Contrataciones del Estado - aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873 (en adelante la Ley) -, 3) el Reglamento de la Ley – aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF- (en adelante, el Reglamento), 4) las normas de derecho público y 5) las de derecho privado. Esta disposición es de orden público. El incumplimiento de lo aquí dispuesto es causal de anulación del laudo, así como el Decreto Legislativo N° 1071 – Ley de Arbitraje y modificatorias.

### **De la competencia del árbitro único**

- (iii) La designación del árbitro se efectuó de acuerdo a las reglas establecidas en el Convenio Arbitral. Ambas partes aceptaron la designación del árbitro. Ni el Contratista ni la Entidad recusaron al referido árbitro, ni impugnaron o reclamaron contra las disposiciones de procedimiento.

### **Del ejercicio legítimo de defensa de las partes**

- (iv) El Contratista presentó su demanda, y la Entidad fue debidamente emplazada con dicha demanda y ejerció plenamente sus derechos de defensa, contestando la misma, la que fuera igualmente puesta en conocimiento del Contratista, quién tuvo plena oportunidad de ejercer su derecho de defensa.
- (v) Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraran pertinentes, sin limitación alguna, así como para expresar sus posiciones de hecho y de derecho, habiendo tenido amplia oportunidad de presentar sus alegatos escritos y de informar oralmente, con la participación de sus abogados y/o representantes legales, respetando en todo momento el Árbitro Único el irrestricto ejercicio del derecho de defensa de las partes.

### **Del laudo**

- (vi) El laudo firmado por el Árbitro Único será notificado físicamente a las partes, además de estar suscrita por la Secretaría Arbitral Ad Hoc designada según norma.
- (vii) El Árbitro Único procede a laudar dentro del plazo de prorrogación establecido.

- 29. Asimismo, el Árbitro Único considera necesario resaltar que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, así como producir certeza en el Árbitro Único respecto a las pretensiones planteadas, de acuerdo a lo consagrado por los principios generales en materia probatoria.
- 30. De igual forma, el Árbitro Único deja establecido que podrá analizar los puntos controvertidos en el orden que considere apropiado. De ser el caso, si decide pronunciarse sobre alguno de ellos, y de ello resulta que carece



de objeto emitir pronunciamiento sobre uno o varios de los otros con los que guarde vinculación por la secuencia lógica de razonamiento, omitirá pronunciarse sobre estos últimos, expresando las razones de dicha omisión, sin que ello genere algún tipo de nulidad.

31. Es necesario precisar que teniendo en cuenta la fecha de celebración del Contrato de cuya ejecución deriva la controversia, la normatividad especial aplicable al presente caso es la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873.

32. Siendo así, el efecto que se genera cuando el Estado contrata con un privado en el marco de la Ley de Contrataciones y su Reglamento, consiste en la prevalencia de estas normas sobre aquellas generales de procedimientos administrativos y sobre aquellas de derecho común que sean aplicables, inclusive al momento de resolver las controversias surgidas del Contrato.

33. Esta prevalencia, no significa la exclusión total de las normas que existen en el ordenamiento jurídico, pues en caso de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Árbitro Único queda facultado en todo momento para establecer las reglas procesales adicionales que sean necesarias, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa de las partes, velando porque el procedimiento se desarrolle bajo los principios de celeridad, equidad, inmediación, privacidad, concentración, economía procesal y buena fe. Así mismo, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, solo en ausencia de estas, las de derecho privado, normas que guardan congruencia con el Artículo IX del Título Preliminar del Código Civil que advierte que "las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza".

34. Tan cierto es lo indicado que, las partes, en ese entendido, han previsto en la cláusula décimo quinta del Contrato que "Sólo en lo no previsto en este Contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponde, y demás normas de derecho privado".
35. Finalmente, el Árbitro Único deja constancia que en el estudio, análisis y consideración del presente arbitraje ha tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

## **VI. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES**

### **ANTECEDENTES DEL CASO**

36. Con fecha 21 de febrero de 2014, suscribieron con la Entidad, el Contrato de Servicios de Mensajería para la Sede Central de la Autoridad Nacional del Agua, Contrato N° 105-2014-ANA-OA-UL, cuyas principales características son las siguientes:
- ✓ Cláusula segunda: Servicio de mensajería en el ámbito nacional
  - ✓ Cláusula tercera: Monto contractual S/ 2'727,000.00
  - ✓ Cláusula quinta: El plazo de ejecución es de 36 meses computados a partir de la orden del servicio.
  - ✓ Cláusula duodécima: Penalidades, conforme el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones.

Como cuestión previa, debemos indicar, que el proceso de selección convocado por la Entidad, contenía una serie de imprecisiones y omisiones, entre ellas, establecía como sistema de contratación, uno de suma alzada, que no es usual en las contrataciones del servicio de mensajería.

A solicitud de la Entidad, se accedió a cambiar el sistema de contratación, así como aclarar convencionalmente, otros temas operativos, coadyuvando, para que el servicio se brinde de la mejor manera.

Da fe de ello, el Acta suscrita el 23 de abril de 2014 y la Adenda N° 105-2014-ANA-ONA-UL, de fecha 05 de junio de 2014.

A pesar que el monto contractual pactado, ascendía a la suma de S/ 2'727,000.00, lo cierto es que, el monto realmente, ejecutado fue de S/ 1'157,941.57. Es decir, la Entidad ejecutó menos de la mitad del monto contratado. Esto evidentemente, nos genera un serio perjuicio económico, al haber realizado una proyección e inversión en atención a un monto determinado, que finalmente no se ejecuta ni siquiera en el 50%.

Evidencia también la poca seriedad de la Entidad, al formular un requerimiento no acorde con la realidad. Y constituye justificados indicios de abuso de autoridad.

37. Durante la ejecución del contrato:

- Emitimos 38 facturas por un monto total de S/ 1'157,941.57.
- Estas facturas generaron penalidades por un total de S/ 131,368.79

Al liquidar el servicio, la Entidad determinó que el monto máximo de penalidad que podía imponer al contratista, era de S/ 272,700.00, equivalente al 10% del monto contractual (S/ 2'727,000.00).

Sin embargo, la Entidad determinó, de acuerdo a esta liquidación, que la totalidad de la penalidades incurridas por nuestra empresa, ascendía a la suma de S/ 220,275.00.

Durante el desarrollo de la ejecución contractual, nos penalizó por un total de S/ 131,368.79.

Los criterios utilizados para aplicar las penalidades, eran diversos, en algunas ocasiones, nos aplicaban la penalidad sin tope alguno y en otras oportunidades, tenía como tope, del equivalente del 10% de la facturación mensual.

Esta situación generó que le cursáramos diversas cartas notariales, formalizando nuestros reclamos.

38. Al habernos pagado la totalidad de facturas, la Entidad – considerando, en nuestra opinión, erróneamente – que aún tiene un saldo pendiente de penalizar, nos requiere al pago de la suma de S/ 88,906.21, bajo sanción de ejecutar la carta fianza de fiel cumplimiento, por la suma de S/ 272,700.00.

39. Cabe indicar, que desconocíamos cual era la lógica de la Entidad, al pretendernos cobrar la suma de S/ 88,906.21.

Motivo por el cual enviamos 03 cartas con fecha 08 de junio, 27 de junio y 12 de setiembre de 2017, solicitando información, sobre este requerimiento de pago y las penalidades incurridas.

40. Más aún, en dichas misivas, observamos estas penalidades, invocando el Artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en el extremo que indica, que los servicios de ejecución continua (como lo es el de mensajería), las penalidades tienen un tope equivalente al 10% de la facturación mensual.

41. Procedimos además a renovar la carta fianza de fiel cumplimiento.

42. Finalmente, nuestra carta fianza fue ejecutada, por la suma de S/ 88,906.21. Sin previo aviso y no obstante que la referida carta fianza se encontraba vigente.

Pretensión principal. Fundamentos de hecho y derecho:

46. Nuestra pretensión principal se sustenta, en la obligatoriedad de aplicación de una norma de orden público, que es el Artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que se encuentra además contenido en la cláusula duodécima del Contrato N° 105-2014-ANA-OA-UL.

Es decir, que en los contratos de prestaciones de servicios de ejecución periódica (el contrato de mensajería es uno de ellos), la penalidad tiene un tope máximo, equivalente al 10% de la facturación mensual, del periodo en que se incurrió con el retraso.

Puede apreciarse en la liquidación del contrato emitido por la propia Entidad, lo siguiente

(ver cuadro que forma parte integrante de la presente demanda arbitral):

N°	N° FACTURA	FECHA / PERIODO	IMPORTE S/	PENALIDAD CALCULADA S/	PENALIDAD EJECUTADA S/	TOPE 10%
1	154-5693	20.06.2014 FEB 14	4,587.00	900.00	900.00	458.70
2	154-5694	20.06.2014 MAR 14	27,407.12	3,528.75	3,528.75	2,710.71
3	154-5695	20.06.2014 ABR 14	21,533.25	3,142.50	3,142.50	2,153.33
4	154-5696	20.06.2014 MAY 14	21,202.52	1,462.50	1,402.50	2,120.25
5	154-5769	20.08.2014 JUN 14	21,534.51	4,005.00	4,005.00	2,153.45
6	154-5920	11.09.2014 JUL 14	24,297.89	4,425.00	4,425.00	2,429.79
7	154-5957	AGO 14	22,948.00	7,320.00	7,320.00	2,294.80
8	154-5989	13.10.2014 SET 14	33,041.03	3,825.00	9,825.00	3,304.10
9	154-6047	07.11.2014 OCT 14	29,839.28	3,746.25	3,746.25	2,983.93

10	154-6165	12.12.2014 NOV 14	21,730.14	2,302.50	2,302.50	2,173.01
11	154-6175	15.12.2014 DIC 14	11,937.92	502.50	622.50	622.50 (1,193.71)
12	154-6314	09.02.2015 ENE 15	36,653.23	3,600.00	3,660.00	3,660.00 (3,665.32)
13	154-6396	16.03.2015 FEB 15	23,255.37	4,042.50	4,402.50	2,325.54
14	154-6565	22.04.2015 MAR 15	26,666.72	540.00	540.00	540.00 (2,666.67)
15	154-6598	03.06.2015 ABR 15	21,373.08	2,160.00	2,100.00	2,137.31
16	154-6659	06.07.2017 MAY 15	28,841.18	17,591.25	2,884.12	2,884.12
17	154-6759	21.08.2015 JUN 15	34,180.44	1,578.45	1,578.45	1,578.45 (3,418.04)
18	154-6812	11.09.2015 JUL 15	42,364.50	6,003.75	4,236.45	4,236.45
19	154-8005	05.10.2015 AGO 15	34,267.02	6,637.50	3,426.70	3,426.70
20	153-61057	26.11.2105 SET 15	45,695.75	4,473.75	4,473.75	4,473.75 (4,569.58)
21	153-64661	15.12.2015 OCT 15	48,407.93	7,110.00	7,110.00	4,840.79
22	153-61059	15.12.2015 NOV 15	39,806.74	23,407.50	3,980.67	3,980.67
23	153-66094	08.03.2016 DIC 15	42,193.29	16,995.00	4,219.33	4,219.33
24	153-67139	18.03.2016 ENE 16	26,059.78	7,485.00	2,605.99	2,605.99
25	153-67841	04.04.2016 FEB 16	31,345.15	3,457.50	3,134.52	3,134.52
26	153-68706	04.05.2017 MAR 16	48,432.56	8,025.00	4,843.26	4,843.26
27	153-69864	06.06.2016 ABR 16	31,703.50	4,931.25	3,170.35	3,170.35
28	153-70125	20.06.2016 MAY 16	29,795.95	12,045.00	2,979.60	2,979.60
29	153-61900	01.08.2016 JUN 16	46,768.91	14,340.00	4,676.89	4,676.89
30	F426-64	05.09.2016 JUL 16	37,751.82	1,305.00	2,006.00	1,305.00 (3,775.18)
31	F426-192	12.10.2016 AGO 16	35,104.07	5,137.50	3,510.41	3,510.41
32	F426-221	28.10.2016 SET 16	37,145.32	8,647.50	3,714.53	3,714.53
33	F426-280	24.11.2016 OCT 16	42,209.21	8,246.25	4,220.92	4,220.92
34	F426-362	20.12.16 NOV 16	29,254.89	6,288.75	2,945.49	2,925.49
35	F426-373	20.12.2016 1-15 DIC 16	15,845.11	1,920.00	1,584.51	1,584.51



36	F426-585	16.03.2017 16-31DIC 16	21,753.15	2,857.50	2,175.32	2,175.32
37	F426-566	16.03.2017 ENE 17	29,890.81	682.60	682.50	682.50 (2,989.08)
38	F426-579	28.03.2017 123 FEB 17	31,117.43	5,636.25	5,636.25	3,111.74
				220,275.00	131,368.79	106,348.71

43. Ahora bien, el Artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, reproducido en el artículo duodécimos del contrato, señala lo siguiente:

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

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta.

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

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

Donde F tendrá los siguientes valores:

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

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

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

Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considerará el monto del contrato vigente.

**Concordancia: LCE: Artículo 48°.**

Así mismo, el Artículo duodécimo del contrato señala:

## CLÁUSULA DUODÉCIMA: PENALIDADES

Si **EL CONTRATISTA** incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, **LA ENTIDAD** le aplicará una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o de ser el caso, del monto del ítem que debió ejecutarse, en concordancia con el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

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

Donde:

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

**F = 0.40 para plazos menores o iguales a sesenta (60) días.**

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

Esta penalidad será deducida de los pagos 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 (de ser el caso).

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

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



44. Así mismo, el Pronunciamiento N° 183-2015/DSU expedido por OSCE de fecha 18 de febrero de 2015, sobre una observación planteada en el presente proceso de selección, señala:

"(...) De otro lado, respecto a la Observación N° 2, cabe señalar que el artículo 165° del Reglamento establece que "En caso de retraso injustificado en **la ejecución de 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 (...)". Por otro lado, el artículo 166° del Reglamento indica que se podrán establecer penalidades distintas a la penalidad por mora, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo de 10% del monto del contrato.

Sobre la aplicación de la normativa, alega el participante que corresponde la aplicación del artículo 166° en lugar del artículo 165° del Reglamento. Sin embargo, cabe precisar que el artículo 165° es aplicable para toda contratación ya sea que se trate de obras, bienes o **servicios**, en los casos de retraso injustificado por parte del contratista en el cumplimiento de la prestación objeto del contrato, por lo cual dicho artículo no es exclusivo para los contratos de obra; asimismo, el artículo 166° es de aplicación también para los contratos de bienes, servicios y obras, pero para los incumplimientos distintos al retraso en la prestación. Es así que dichos artículos no son excluyentes pues regulan supuestos distintos, razón por la cual en el presente caso la Entidad ha previsto la aplicación de ambos según sea el caso.

Ahora bien, en relación al aspecto cuestionado referido a la aplicación de la penalidad por el monto contractual, cabe señalar que el artículo 165° del Reglamento establece una determinada fórmula a aplicar en todos los casos referidos a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación,

*precisándose luego de dicha fórmula lo siguiente: "(...) Tanto el monto como el plazo se refieren según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso".*

45. El texto expreso del Artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, lo mismo que el Pronunciamiento N° 183-2015/DSU de OSCE, así como la Opinión N° 020-2014/DTN también de OSCE, concluyen que las penalidades, tienen como monto máximo, el 10% del monto del contrato vigente y de ser el caso (contratos de ejecución periódica), del ítem que debió ejecutarse, considerándose el mismo, el mes en que se incurrió en la penalidad.
46. Pero no solo, los pronunciamiento de OSCE, establecen, como debe aplicarse, las penalidades, en el caso de servicios de ejecución periódica. Pues ya existen diversos laudos arbitrales, que realizan una interpretación similar del Artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
47. Uno de estos laudos, es el correspondiente al caso arbitral Representaciones Médicas M&M EIRL contra la Dirección de Abastecimiento de Recursos Estratégicos de Salud – DARES. , cuyo laudo arbitral de fecha 16 de enero de 2015, señala lo siguiente:

**SEXTO:** La cuestión controvertida materia de este primer punto controvertido se centra en determinar si en caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le debe aplicar al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto total del contrato vigente o del ítem que debió ejecutarse y en este sentido se debe considerar que el sentido interpretativo que conduzca al esclarecimiento del contenido y alcance de este párrafo del artículo 165° del D.S. 165-2008-EF sobre este punto se determinara considerando que este artículo y en especial la aplicación de penalidades se sostienen e inscriben en un sistema normativo integral y unitario como es el cuerpo normativo de la Contratación Pública del Perú.

**SEPTIMO:** La categorización de la norma jurídica como norma abstracta implica que esta tiene por objeto regular la conducta humana intersubjetiva con carácter general, orientándola hacia la realización de valores<sup>1</sup> y en este sentido, considerando que el Artículo 2° del Decreto Legislativo 1017 Ley de Contrataciones del Estado señala que es objeto de esta norma establecer las normas orientadas a maximizar el valor del dinero del contribuyente en las contrataciones que realicen las Entidades del Sector Público, de manera que éstas se efectúen en forma oportuna y bajo las mejores condiciones de precio y calidad, a través del cumplimiento de los principios señalados en el artículo 4° de esta norma; a su vez el Artículo 4° en su literal f) establece el principio de eficiencia según el cual bajo las contrataciones que realicen las Entidades deberán efectuarse bajo las mejores condiciones de calidad, precio y **plazos de ejecución y entrega** y con el mejor uso de los recursos materiales y humanos disponibles señalando además que las contrataciones deben observar **criterios de celeridad, economía y eficacia**, sin duda son valores que inspiran a la contratación pública sea oportuna, pronta y de celeridad ejecución de las prestaciones objeto del Contrato respectivo.

**OCTAVO:** En este orden de ideas la penalidad debe estar orientada a reforzar el oportuno cumplimiento del Contrato y/o de cada una de las prestaciones que componen el Contrato de ser el caso, colocando al contratista incumplido con la posibilidad pronta o riesgo inminente de ver resuelto el Contrato en tanto persista más allá de cierto límite razonable el incumplimiento; siendo por tanto a esta altura del análisis imperativo determinar cual debería ser este límite razonable, a la luz de las consideraciones expuestas en el Considerando que antecede, acerca de la oportunidad y celeridad en cuanto a plazos de ejecución y entrega y a la luz de lo prescrito en el artículo 165° del D.S. 184-2008-EF respecto de la aplicación de penalidades.

**NOVENO:** Por consiguiente es postura de este Arbitro Único que tal limite razonable debe atender a los criterios legales antes pergeñados que

emanan del artículo 2° del Decreto Legislativo y el Principio de eficiencia antes señalado y por tanto que toda interpretación del artículo 165° del D.S. 184-2008-EF debe atender y potenciar el oportuno y pronto cumplimiento del Contrato y/o de la prestación respectiva, antes que aquella que privilegia el cobro de una indemnización mayor a favor de la Entidad a fin de resarcirla de los eventuales daños y perjuicios aun cuando ello implique como fondo una irrazonable e intolerable dilación en la ejecución contractual.

**DECIMO:** En este sentido, siendo la finalidad primaria de la penalidad por mora desincentivar el incumplimiento del contratista y solo una finalidad subsecuente de la misma resarcir a la Entidad por el perjuicio que la mora en el cumplimiento de la prestación que le pudiera causar, llama la atención que el criterio de interpretación del artículo 165° que se señala en la Opinión N° 064-2012/DTN del 16 de Marzo de 2012 sea el siguiente: *"el primer párrafo del artículo 165 del Reglamento establece claramente que la Entidad puede aplicar la penalidad por mora (...) 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. (...). De esta manera, independientemente de si el contrato es de "ejecución única", de "ejecución continuada" o de "ejecución periódica" el monto máximo por el cual la Entidad puede aplicar la penalidad por mora al contratista, es el diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente"* tendiendo a favorecer y privilegiar en primer orden el pago de una indemnización que se va abultando con el transcurso de la morosidad propiciando que la extensión de dicha morosidad vaya más allá de todo limite razonable respecto de una pronta, oportuna y célere ejecución del Contrato y/o de la prestación correspondiente, lo cual es incompatible con la plena observancia de los lineamientos establecidos en los artículos 2° y 4° de la Ley de Contrataciones del Estado, especialmente en relación a los valores que trasuntan estas normas y el Principio de Eficiencia en cuanto las contrataciones debe efectuarse de manera oportuna, con las mejores condiciones de plazo de ejecución y entrega, bajo el criterio de celeridad a que se refiere el Principio de Eficiencia.

**DECIMO PRIMERO:** En este orden de ideas descartando en primer lugar que las distinciones en relación a si el contrato es de ejecución única o de ejecución continuada o de ejecución periódica sean relevantes para el análisis de la cuestión planteada, debe quedar claro que la cuestión de fondo a dilucidarse estriba en determinar si el artículo 165° del Reglamento establece que el monto máximo por el cual la Entidad puede aplicar la penalidad por mora al contratista es del diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o es del 10% de la prestación incumplida, teniendo en cuenta para estos efectos que en la antes mencionada Opinión no se analiza en forma alguna el efecto en el sentido y alcance del artículo 165° en mención del párrafo final referido a que dicho 10% también se puede calcular respecto del *"ítem que debió ejecutarse"* siendo que en definitiva debemos determinar a que se refiere este relevante párrafo en relación a la cuestión controvertida por cuanto este párrafo es el que existe en la formula legal.

**DECIMO SEGUNDO:** En relación al monto máximo acumulable de penalidad existen ciertamente dos posibilidades planteadas por cada parte en el presente proceso arbitral, de un lado se plantea por la parte demandada que el 10% se calcula sobre el monto total del contrato y de otro lado se señala por la parte demandante que el 10% se calcula sobre el monto de la prestación incumplida, habiendo señalado la parte demandada en sus escritos presentados en autos y ratificado en la Audiencia de Informes Orales de fecha 17 de Octubre de 2014 que cuando el artículo 165° se refiere en este extremo al Contrato o al Ítem que debió ejecutarse se refiere al mismo concepto dado que el monto del Contrato y el monto del Ítem es el mismo en este caso, en tanto que la parte demandante sostiene que se trata de dos supuestos distintos donde el Contrato haría el todo y el Ítem que debió ejecutarse alude a una parte del Contrato específicamente a la parte que no se ejecuto.

**DECIMO TERCERO:** Al respecto, descartando que se trate de términos que ostentan el mismo significado, dado que si así fuese resultaría ilógicamente redundante el mencionado artículo 165° del D.S. 184-2008-EF, es menester

considerar que el Contrato es definido en el artículo 1351° del Código Civil como el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial en tanto que el termino Ítems usado en el D.S. 184-2008-EF en diversos artículos, en relación a las partes o componentes de un todo mayor, así es de verse en los artículos 13°, 19°, 95° y 108° en los cuales se usa el termino Ítem para referirse a las partes que en conjunto conforman un todo mayor, significado que aplicado al artículo 165° permite establecer que el monto máximo de penalidad acumulable puede ser el 10% del monto del contrato vigente tratándose de contratos que no se ejecutan en prestaciones parciales y tratándose de contratos con entregas parciales del 10% de la prestación no ejecutada.

**DECIMO CUARTO:** Esta interpretación posibilita la vigencia plena de los criterios establecidos en el artículo 2° del Decreto Legislativo 1017 y del Principio de Eficiencia definido en el literal f) del artículo 4° de la misma norma legal en el entendimiento que tratándose de contratos a ejecutarse por prestaciones parciales al no cumplirse con la prestación parcial la acumulación de penalidades por mora equivalentes al 10% del valor de la prestación posibilitaria a la entidad a resolver el Contrato incentivándose el cumplimiento de la prestación en el mas breve termino como primera posibilidad antes que privilegiar la acumulación de excesivos montos por penalidades con grave detrimento del cumplimiento efectivo del Contrato, que objetivamente seria la consecuencia de interpretar la norma en el sentido, que en cualquier caso el monto máximo de la penalidad por mora será el 10% del monto total del Contrato, lo cual traería serias distorsiones respecto de la ejecución temporal y oportuna de la prestación tal como da cuenta en el presente caso, el hecho de acumularse una mora de 64 días para la ejecución de la entrega del MES 1. al tiempo de estimular el incumplimiento, habida cuenta que la acumulación de montos excesivos de penalidades desincentiva el cumplimiento de la prestación por tender a generar pérdidas cuyo volumen conlleva a hacer inviable la obtención de los beneficios económicos que implicaría el cumplimiento de la prestación



**DECIMO QUINTO:** En este sentido, habiendo la parte demandada aplicado una penalidad a Representaciones Medicas M & M EIRL por la mora de 64 días en el cumplimiento de la entrega correspondiente al MES 1 deduciendo de la Factura N° 0015163 emitida con relación a la entrega de este MES 1 del Contrato N° 031-2012-DARES/MINSA la suma de S/. 44,550.00 (Cuarenta y cuatro mil quinientos cincuenta y 00/100 nuevos soles) equivalente al 10% del monto total del Contrato ascendente a S/. 445,500.00 (Cuatrocientos cuarenta y cinco mil quinientos con 00/100 Nuevos Soles) cuando de acuerdo a los considerandos antes expuestos la penalidad máxima aplicable a la mora en el cumplimiento de la prestación correspondiente al MES 1 cuyo monto es de S/. 127,463.63 (Ciento veintisiete mil cuatrocientos sesenta y tres con 63/100 Nuevos Soles) debía ser igual a S/. 12,746.36 (Doce mil setecientos cuarenta y seis con 36/100 Nuevos Soles) ello determina que se declare fundado el primer punto controvertido y por tanto que la Dirección de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud – DARES del Ministerio de Salud cumpla con pagar a Representaciones Medicas M & M EIRL la suma de S/. 31,803.63 (treinta y un mil ochocientos tres y 63/100 nuevos soles) que fuera indebidamente retenida a título de penalidad por la demandada del pago correspondiente a la Factura N° 0015163 emitida con relación a la Primera Entrega de la LP 002-2012 DARES/MINSA materia de la Orden de Compra N° 000027 de fecha 06 de agosto del 2012 y efectuada con guía de remisión N° 001-0015615 en el marco del Contrato N° 031-2012 DARES/MINSA del 20 de julio del 2012.

48. Nos hemos permitido reproducir las partes más resaltantes del laudo arbitral anteriormente referido, haciendo nuestros, todos sus argumentos, en relación a la correcta y debida aplicación del Artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el artículo 2° y Artículo 4° literal f) de la Ley de Contrataciones del Estado.
49. Como consecuencia de ello, la Entidad debe aplicar la penalidad que legalmente corresponde, vale decir, la suma de S/ 106,348.71 (y no la penalidad indebidamente aplicada de S/ 220,275.00) y proceder a devolvernos la suma de S/ 113,926.29.

Primera pretensión subordinada a la pretensión principal. Fundamentos de hecho y derecho

50. Si bien hemos sustentado jurídicamente las razones por las cuales, la pretensión principal deberá de ampararse, lo cierto es que, ante la

eventualidad que nuestra pretensión principal sea desestimada, solicitamos que la penalidad impuesta durante la ejecución del Contrato N° 105-2014-ANA-OA-UL, sea únicamente la suma de S/ 131,368.79.

51. Esto obedece, a cualquier observación de índole administrativo, que obstaculice el debido pago por parte de la Entidad, de la suma puesta a cobro. Teniendo en cuenta además, que la suma materia de devolución, fue consecuencia de la ejecución de nuestra carta fianza.
52. Como consecuencia de ello, la Entidad debe devolver de la suma de S/ 88,906.21, al haber ejecutado indebidamente la carta fianza N° 752635 D0001994272 (expedida por Banco de Crédito del Perú, por la suma de S/ 272,700.00) y aplicado indebidamente las penalidades por el servicio oportunamente brindado.

Segunda pretensión subordinada a la pretensión principal. Fundamentos de hecho y derecho.

53. El principio de moralidad – que incluye los principios de justicia y probidad – contenidos en el inciso b) del Artículo 4° de la Ley de Contrataciones del Estado, no puede permitir actos arbitrarios, como el pretender penalizar hasta el 10% del monto contractual, cuanto este no se ha ejecutado en su totalidad.
54. El monto realmente ejecutado, asciende a la suma de S/ 1'157,941.57. Por tanto, sobre este monto, debería de aplicarse, de ser el caso, el tope de penalidad. Es decir, la penalidad máxima.
55. Sería la suma de S/ 115,794.57.
56. Como consecuencia de ello, la Entidad, deberá de devolvernos la suma de S/ 104,480.43 al haber cobrado una penalidad por encima del 10% del monto realmente ejecutado.



## POSICIÓN DE LA ENTIDAD

57. En primer lugar, es preciso recordar que el demandante ha planteado las siguientes pretensiones:

- **Primera pretensión principal:** "Solicitamos que la penalidad impuesta durante la ejecución del Contrato N° 105-2014-ANA-OA-UL, se determine aplicando estrictamente lo dispuesto en el Artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (...), que dispone que para los casos de prestaciones de servicios de ejecución periódica, un monto máximo mensual de penalidad, equivalente al 10% del valor de la factura emitida, en el periodo en que se incurrió en el retraso injustificado.

(...)

Se ordene a la Entidad aplicar la penalidad que legalmente corresponde, vale decir, la suma de S/ 106,348.71 (y no la penalidad indebidamente aplicada de S/ 220,275.00) y se proceda a devolvernos la suma de S/ 113,926.29".

- **Primera pretensión subordinada a la pretensión principal:** "Ante la eventualidad que nuestra pretensión principal sea desestimada, solicitamos que la penalidad impuesta durante la ejecución del Contrato N° 105-2014-ANA-OA-UL, sea únicamente la suma de S/ 131,368.79.

(...)

Se ordene a la entidad, la devolución de la suma de S/ 88,906.21, al haber ejecutado indebidamente la carta fianza N° 752635 D0001994272 (...) ocurrida el día 05 de febrero de 2018, por concepto de penalidad".

- **Segunda pretensión subordinada a la pretensión principal:** "Ante la eventualidad que nuestra pretensión principal sea desestimada, solicitamos que la penalidad corresponda al 10% del monto realmente ejecutado (S/ 1'157,941.57), es decir, a la suma de S/ 115,794.57.

(...)

Se ordene a la Entidad, la devolución de la suma de S/ 104,480.43 al haber cobrado una penalidad por encima del 10% del monto realmente ejecutado.

Más los intereses, costas y costos del proceso..."

58. Al respecto, **NEGAMOS Y CONTRADECIMOS TODOS LOS ARGUMENTOS DESARROLLADOS POR LA PARTE DEMANDANTE**, en virtud de las siguientes consideraciones de orden legal.

59. A modo de antecedentes, debemos manifestar que, como resultado del Concurso Público N° 006-2014-ANA, la Autoridad Nacional del Agua (en adelante, ANA o la Entidad) suscribió el Contrato N° 105-2014-ANA-OA-UL con la empresa OLVA COURIER S.A.C. (en adelante, OLVA o la contratista) para la contratación del "Servicio de mensajería para la Sede Central de la Autoridad Nacional del Agua" por el importe de S/ 2'727,000.00 soles.

60. En ese orden de ideas, tenemos que OLVA presentó las cartas fianzas N°s 752635 D000-01994272 por la suma de S/ 272,700.00 soles por fiel cumplimiento y D000-01993839 por la suma de S/ 229,83.23, que garantiza el monto diferencial.

61. Ahora bien, de la revisión efectuada al citado contrato, se verifica que en la cláusula duodécima se incorpora adicionalmente a las penalidades por

mora, otras penalidades, las mismas que hacen referencia al punto V de los Términos de Referencia contenido en el Capítulo III de la sección específica de las Bases del procedimiento de selección Concurso Público N° 006-2014-ANA, según se detalla:

## V SANCIONES Y PENALIDADES

- Si la empresa contratada, incumple con entregar todos los documentos solicitados para la firma del Contrato, se pondrá en conocimiento del Tribunal del OSCE los hechos para la aplicación de las sanciones conforme al artículo 237° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Similar acción procede si el Proveedor incumple con las obligaciones a su cargo y tuviera que imponer una penalidad o resolver el Contrato.



Si la empresa contratada incumple con ejecutar la prestación en las condiciones establecidas en el Contrato y las presentes Bases, se aplicará las penalidades establecidas en el artículo 185° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, quedando facultado para rescindir el Contrato por incumplimiento cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad equivalente al diez por cien (10%) del monto contractual, y pondrá en conocimiento del Tribunal de Contrataciones del Estado los hechos para la aplicación de las sanciones correspondientes al establecimiento de la responsabilidad civil y penal de las infracciones cometidas y los daños causados, de ser el caso.

- Si se observan deficiencias e irregularidades, en el servicio, estas serán comunicadas, por escrito al contratista, el mismo que tomará las medidas

correctivas señaladas; dentro de las 72 horas, de recibir la comunicación antes mencionada. De persistir las diferencias, se aplicará las penalidades que corresponda por incumplimiento al contrato. Si el proveedor reincide en las faltas o no implementa las medidas correctivas correspondientes en los plazos mencionados, dará lugar a la segunda comunicación escrita, a partir de la cual la ANA, podrá según corresponda, aplicar los procedimientos pertinentes para la desvinculación contractual y así penalicen el incumplimiento a la mora.

En virtud del artículo 160° del Reglamento la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, se podrá aplicar multas por infracciones a las siguientes obligaciones contractuales. Estas penalidades distintas a las penalidades por mora en la ejecución de la prestación, están referidas al incumplimiento de las obligaciones descritas en las Bases y contrato, que motivará la aplicación de las multas respectivas, sin limitación ni consideración a un monto máximo:

Infracciones por incumplimiento injustificado de la obligación contractual, multas por incumplimiento:

N°	INCUMPLIMIENTO	MULTA
1	No se notifica los documentos dentro del plazo previsto.	5 k
2	No se devuelven los cargos de los documentos dentro del plazo establecido.	5 k
3	Pérdidas de los documentos y/o notificaciones (se considerará un documento perdido cuando el contratista no de razón de la ubicación del mismo en un plazo de 03 días)	5 k
4	Dejar la correspondencia a persona ajena a la entidad de destino	5 k
5	Cuando la empresa no efectúa el recojo de los documentos oportunamente según lo indicado en el numeral III de los términos de referencia	5 k

Nota:



- K equivale al 100% del costo del envío
- Las penalidades señaladas serán acumuladas hasta un monto equivalente del 10% del monto del contrato

62. Consecuentemente, mediante Informe N° 158-2017-ANA-OA-UL, la Unidad de Logística de la ANA comunicó a la Oficina de Administración de la Entidad que durante la ejecución del contrato, la Unidad de Trámite

Documentario remitió diversos documentos a través de los cuales reportó las penalidades en las cuales había incurrido el contratista. En virtud de ello, se corrió traslado a OLVA del reporte de penalidades practicado por el referido periodo, donde se computan penalidades por el servicio. Es decir, contrario a lo alegado por el contratista, este sí tuvo conocimiento de las penalidades aplicadas.

63. No obstante lo anterior, no se encuentra regulado en la Ley de Contrataciones del Estado ni en su Reglamento obligación legal alguna para la Entidad de notificar las penalidades impuestas, siendo que estas pueden ser cuestionadas por el contratista en la liquidación final del servicio, mas no alegar que se ha violado su derecho de defensa.

64. Del mismo modo, de la revisión de las Bases Integradas, que forman parte del contrato, se verifica que estas ya señalaban que las penalidades distintas a la mora serían aplicadas sin limitación ni consideración a un monto máximo.

65. Siendo así, es deber de la Entidad realizar el cobro de las penalidades distintas a la mora, pudiendo estas ser deducidas por la ANA de los pagos a cuenta, del pago final o de la liquidación final, así como del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de la propuesta, si fuese necesario; pues solo así podrá cumplir con su finalidad.

66. En este sentido, la Oficina de Administración de la Entidad, a través de la Carta N° 118-2017-ANA-OA comunicó a OLVA que mediante Informe N° 158-2017-ANA-OA-UL, la Unidad de Logística procedió con la liquidación del contrato, verificando que no se realizó el cobro total de las "otras penalidades", razón por la cual se solicitó al contratista la devolución de la suma de S/ 88,906.21 soles.

67. Mediante Carta N° 154-2017-ANA-OA-UL, la Entidad solicitó a OLVA efectivice el pago de S/ 88,906.21 soles, bajo apercibimiento de ejecutar la carta fianza N° 752635 D000-01994272.
68. Ante el incumplimiento por parte del contratista, mí Representada, mediante Carta N° 007-2018-ANA-OA de fecha 18 de enero de 2018 solicitó al Banco de Crédito del Perú la ejecución de la precitada carta fianza emitida por OLVA a favor de la ANA.
69. Ahora bien, el artículo 166° del Reglamento de la Ley de contrataciones aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF dispone lo siguiente: "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".
70. De lo descrito, se infiere que, independientemente si el contrato es de "ejecución única", de "ejecución continuada" o de "ejecución periódica<sup>1</sup>", el monto máximo por el cual la Entidad puede aplicar la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación" al contratista es del 10% del monto del contrato vigente, no un monto distinto, como lo refiere el contratista en su demanda arbitral.
71. De este modo, el inicio del servicio se realizó el 24 de febrero de 2014 hasta el 23 de febrero de 2017, siendo el área usuaria, esto es, la Unidad de Trámite Documentario y Archivo de la ANA, quien verificó la calidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, así como determinó las penalidades o infracciones incurridas por el contratista.

<sup>1</sup> Cabe precisar que, en los contratos de "ejecución periódica", la sumatoria de las penalidades por mora aplicadas por el incumplimiento de las prestaciones parciales no puede ser superior al 10% del monto del contrato vigente.

72. Sobre este último punto, se ha podido observar que desde el mes de febrero de 2014 hasta el mes de abril de 2015, las penalidades se calculaban en relación al monto de infracciones señaladas por el área usuaria de la Entidad. Por ejemplo, durante el mes de agosto de 2014, el área usuaria determinó 122 penalidades en el servicio de mensajería nacional, lo cual equivalía a S/ 22,948.00 soles.

73. Sin embargo, se pudo advertir, que a partir del mes de mayo de 2015, el cálculo de penalidades no estaba directamente relacionada a las infracciones advertidas por el área usuaria. Entonces, mi Representada determinó que la suma correcta de las penalidades impuestas a OLVA era S/ 220,275.00.

74. A mayor abundamiento, mediante la Opinión N° 197-2015/DTN se indica expresamente lo siguiente: "De otro lado, debe señalarse 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 partes".

"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), o bien intermitentes, a pedido de una de las partes (ejemplo, cuenta corriente, apertura de crédito en cuenta corriente, seguro de abono)".

75. En ese mismo orden de ideas, la Opinión N° 138-2016/DTN señala lo siguiente: "(...) De acuerdo con la disposición citada, las Entidades podían establecer en las Bases de los procesos de selección que convoquen penalidades distintas a la 'penalidad por mora en la ejecución de la prestación', las que se calculan de forma independiente a esta y hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del monto vigente del ítem que debió ejecutarse (...)".

76. En el caso de autos, como se mencionó en líneas anteriores, la Unidad de Trámite Documentario remitió diversos documentos a través de los cuales se reportaron las penalidades en las cuales incurrió el contratista, de acuerdo al siguiente detalle:

N°	MES	DOCUMENTO DE CONFORMIDAD DE SERVICIO DATO	PENALIDADES							
			LOCAL NORMAL		LOCAL URGENTE		NACIONAL NORMAL		NACIONAL URGENTE	
			1°	2°	1°	2°	1°	2°	1°	2°
1	FEBRERO 2014	Memorando N° 073-2014-ANA-DA/UA/DT	0				15			
2	MARZO 2014	Memorando N° 073-2014-ANA-DA/UA/DT	7				54			
3	ABRIL 2014	Memorando N° 073-2014-ANA-DA/UA/DT	2				51			
4	MAYO 2014	Memorando N° 073-2014-ANA-DA/UA/DT	2				23			
5	JUNIO 2014	Memorando N° 082-2014-ANA-DA/UA/DT	4				64			
6	JULIO 2014	Memorando N° 114-2014-ANA-DA/UA/DT	4				73			
7	AGOSTO 2014	Memorando N° 122-2014-ANA-DA/UA/DT	0				122			
8	SEPTIEMBRE 2014	Memorando N° 134-2014-ANA-DA/UA/DT	4				63			
9	OCTUBRE 2014	Memorando N° 154-2014-ANA-DA/UA/DT	5				59			
10	NOVIEMBRE 2014	Memorando N° 174-2014-ANA-DA/UA/DT	2				27			
11	1 - 12 DICIEMBRE 2014	Memorando N° 178-2014-ANA-DA/UA/DT	2				7			
12	ENERO 2015	Memorando N° 088-2015-ANA-DA/UA/DT	0				48			
13	FEBRERO 2015	Memorando N° 091-2015-ANA-DA/UA/DT	2				66			
14	MARZO 2015	Memorando N° 028-2015-ANA-DA/UA/DT	0				9			
15	ABRIL 2015	Memorando N° 042-2015-ANA-DA/UA/DT	0				26			
16	MAYO 2015	Memorando N° 174-2015-ANA-DA/UA/DT	6		15		225			
17	JUNIO 2015	Informe N° 184-2015-ANA-DA/UA/DT	7				23			
18	JULIO 2015	Informe N° 180-2015-ANA-DA/UA/DT	51				66			
19	AGOSTO 2015	Informe N° 249-2015-ANA-DA/UA/DT	48				76			
20	SEPTIEMBRE 2015	Informe N° 303-2015-ANA-DA/UA/DT	59				34			
21	OCTUBRE 2015	Informe N° 321-2015-ANA-DA/UA/DT	91		1		35			
22	NOVIEMBRE 2015	Informe N° 021-2016-ANA-DA/UA/DT	73		1		399			
23	DICIEMBRE 2015	Informe N° 064-2016-ANA-DA/UA/DT	60				243			
24	ENERO 2016	Informe N° 087-2016-ANA-DA/UA/DT	20				111			
25	FEBRERO 2016	Informe N° 113-2016-ANA-DA/UA/DT	50				27			
26	MARZO 2016	Informe N° 147-2016-ANA-DA/UA/DT	84				75			
27	ABRIL 2016	Informe N° 193-2016-ANA-DA/UA/DT	35		54		45			
28	MAYO 2016	Informe N° 216-2016-ANA-DA/UA/DT	83		9		119			
29	JUNIO 2016	Informe N° 265-2016-ANA-DA/UA/DT	167		29		97			
30	JULIO 2016	Informe N° 315-2016-ANA-DA/UA/DT	4				19			
31	AGOSTO 2016	Informe N° 352-2016-ANA-DA/UA/DT	46				54			
32	SEPTIEMBRE 2016	Informe N° 363-2016-ANA-DA/UA/DT	159		3		32			
33	OCTUBRE 2016	Informe N° 387-2016-ANA-DA/UA/DT	91		2		79			
34	NOVIEMBRE 2016	Informe N° 422-2016-ANA-DA/UA/DT	71				36			
35	1-15 DICIEMBRE 2016	Informe N° 428-2016-ANA-DA/UA/DT	32				10			
36	16-31 DICIEMBRE 2016	Informe N° 083-2017-ANA-DA/UA/DT	14				38			
37	ENERO 2017	Informe N° 092-2017-ANA-DA/UA/DT	2				10			
38	1-22 FEBRERO 2017	Informe N° 150-2017-ANA-DA/UA/DT	80	17			80	22		

Destinatario: Devolución ANA \*\*

77. Teniendo en cuenta que el Contrato N° 105-2014-ANA-OA-UL asciende a la suma de S/ 2'727,000.00 soles, el límite de penalidad aplicable al concepto de "otras penalidades" es de S/ 272,700.00 soles y no el 10% de la factura mensual como lo señala OLVA en su demanda arbitral.
78. Es así como, teniendo en cuenta que ya se había culminado con los pagos del contrato, la Entidad a fin de cobrar el total de la penalidad, solicitó a OLVA la devolución del monto pendiente por cobrar y que ascendía a S/ 88,906.21 soles y al no recibir respuesta, se procedió con la ejecución de la carta fianza N° 752635 D000-01994272, conforme lo faculta el artículo 165° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017.
79. Por todo lo expuesto, se concluye que la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación", como las "otras penalidades" se pueden aplicar hasta el 10% del monto del contrato vigente, independientemente de la naturaleza de la obligación, argumento que es ratificado por el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, siendo que el cálculo de las penalidades efectuado mediante el Informe N° 158-2017-ANA-OA-UL se realizó conforme a la normativa en contratación pública, por lo que resulta válido y legal.
80. Finalmente, considerando que las pretensiones planteadas por OLVA no tienen amparo legal, se concluye que no corresponde que la Entidad asuma los costos y costas derivados del presente proceso, toda vez que, en aplicación del Artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley que norma el Arbitraje, que establece que, a falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida, se concluye que no corresponde que la Entidad asuma los costos y costas derivados del presente proceso, debiendo desestimarse dicha pretensión.



## POSTURA RESPECTO DEL ÁRBITRO ÚNICO

**Primer Punto Controvertido: DETERMINAR** si procede o no aplicar la penalidad interpuesta por la Entidad en la Ejecución del Contrato N° 105-2015-ANA-OA-UL, en aplicación de lo dispuesto en el Art. 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, consecuentemente se ordene a la Entidad aplicar la penalidad que legalmente corresponde, vale decir, la suma de S/ 106,348.71 (y no la penalidad indebidamente aplicada de S/ 220,275.00) y se proceda a devolver la suma de S/ 113,926.29.

81. Este Árbitro Único procederá a analizar el pedido del demandante respecto si procede o no aplicación de la penalidad interpuesta por la Entidad en la Ejecución del Contrato N° 105-2015-ANA-OA-UL, sin embargo, resulta necesario valorar los medios ofrecidos por ambas partes, conforme lo regula el Artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado vigente en el tiempo y espacio.

82. Con relación al pedido de la no aplicación de las penalidades impuestas por parte de la Entidad, se puede desprender que de los términos de referencia y bases consentidas en el proceso de selección que ha generado el referido Contrato N° Contrato N° 105-2015-ANA-OA-UL, donde existió una serie de acontecimientos suscitados y que ahora es materia de controversia, y resolución por parte del Árbitro Único, teniendo en consideración que existiendo un determinante que es regla para la partes, por lo tanto se convierte en un componente obligatorio para las partes, tal como lo describe literalmente el Art. 35° de la Ley, que a la letra reza: "TITULO III - De las Contrataciones – Disposiciones Generales – Del Contrato.- El contrato deberá celebrarse por escrito y se ajustará a la proforma incluida las Bases con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el proceso de selección. El Reglamento señalará los casos en que el contrato puede formalizarse con una orden de compra o servicio, no necesariamente en estos casos incorporarse las cláusulas a que se hace referencia en el Art. 40° de la presente norma, sin perjuicio de su aplicación legal".

83. Sin embargo, el Contratista ha hecho referencia que como cuestión previa, ha indicado, que el proceso de selección convocado por la Entidad, contenía una serie de imprecisiones y omisiones, entre ellas, establecía como sistema de contratación, uno de suma alzada, que no es usual en las contrataciones del servicio de mensajería, y que posteriormente a solicitud de la Entidad, se accedió a cambiar el sistema de contratación, así como aclarar convencionalmente, otros temas operativos, coadyuvando, para que el servicio se brinde de la mejor manera, y no quedar perjudicados en el proceso materia de convocatoria, y ahora materia de controversia.

84. En atención a la OPINION N° 023-2017/DTN, emitida por la Dirección Técnica Normativa del OSCE, sobre aplicación de otras penalidades, luego del análisis, y que determina en primer lugar, debe indicarse que, en el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, las penalidades que la Entidad podía aplicar al contratista eran la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación" y las "otras penalidades", reguladas en los Artículos 165° y 166° del Reglamento, respectivamente<sup>2</sup>.

85. Así, el Artículo 166° del Reglamento regulaba la aplicación de las "otras penalidades" al contratista, conforme a lo siguiente: "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 (...)". Situación que encaja a materia del tema de controversia y resolución.

86. De acuerdo con el artículo citado, la Entidad podía establecer, **en las Bases del proceso de selección**, penalidades distintas a penalidad por mora –entiéndase, "otras penalidades"– con la finalidad de desincentivar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y resarcir posibles

---

<sup>2</sup> Las penalidades reguladas en el artículo 166 del Reglamento se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora.

perjuicios que dicho incumplimiento le fuese a causar.

87. Dicha potestad debía ser ejercida observando, cuando menos, tres parámetros: la objetividad, la razonabilidad y la congruencia con el objeto de la convocatoria.

(i) La objetividad implicaba que la Entidad establezca de manera clara y precisa los tipos de incumplimiento que serían penalizados, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificaría la ocurrencia de tales incumplimientos, según la naturaleza y características particulares de cada contratación;

(ii) Por su parte, la razonabilidad implicaba que cada uno de los montos o porcentajes de la penalidad que se aplicarían al contratista sean proporcionales a la gravedad y reiteración del incumplimiento.

(iii) La congruencia con el objeto de la convocatoria implicaba que se penalizara el incumplimiento de alguna obligación comprendida o relacionada con el objeto de la convocatoria.

88. No obstante, podía darse el caso que la Entidad haya establecido en las Bases de un proceso de selección "*otras penalidades*" que no se ajusten a los parámetros antes mencionados; ante esta situación, los participantes tenían la posibilidad de cuestionarlas mediante la formulación de observaciones, de conformidad con el Artículo 28° de la Ley.

89. Considerando lo anterior, puede advertirse que **resultaba indispensable que las "otras penalidades" estén previstas, desde un principio, en las Bases del proceso de selección**, dado que, solo a través de la lectura de las Bases, los participantes podían conocer, evaluar y/o cuestionar, de ser el caso, la objetividad, razonabilidad y congruencia de este tipo de

penalidades<sup>3</sup>.

90. Adicionalmente, es importante mencionar que, de acuerdo con lo establecido en el primer párrafo del Artículo 59° del Reglamento, una vez absueltas todas las consultas y/u observaciones, o si las mismas no se hubieran presentado, las Bases quedaban integradas como reglas definitivas y no podían ser cuestionadas en ninguna otra vía ni modificadas por autoridad administrativa alguna, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

91. Por otro lado, debe indicarse que, de conformidad con el Artículo 26° de la Ley, las Bases del proceso de selección debían contener, entre otros aspectos, la **proforma de contrato**, que era el "(...) *proyecto del contrato a suscribirse entre la Entidad y el postor ganador de la buena pro y que forma parte de las Bases.*"<sup>4</sup>

Como puede advertirse, las Bases del proceso de selección no solo se encontraban conformadas por los requisitos y condiciones previstas en su sección general y específica, sino que, además, comprendían las disposiciones señaladas en la proforma del contrato.

92. En virtud de lo expuesto, puede concluirse que, para que proceda la aplicación de penalidades distintas a la penalidad por mora, las mismas debían estar contempladas en las Bases Integradas<sup>5</sup> y/o en la proforma del contrato que forma parte de estas, en caso de no haberse previsto en ninguno de tales documentos, dichas penalidades no podían ser

<sup>3</sup> Asimismo, considerando que las Bases del proceso de selección constituían el conjunto de reglas formuladas por la Entidad para la preparación y ejecución del contrato, y que era en función a la información contenida en ellas que los postores decidían formular sus ofertas; no resultaba razonable que al momento de suscribir el contrato, la Entidad estableciera, unilateralmente, condiciones diferentes a las inicialmente previstas en las Bases.

<sup>4</sup> Conforme al numeral 43) del Anexo Único del anterior Reglamento, Anexo de Definiciones.

<sup>5</sup> De conformidad con el numeral 2) del Anexo Único del anterior Reglamento, Anexo de Definiciones, las Bases Integradas eran: "las reglas definitivas del proceso de selección cuyo texto contempla todas las aclaraciones y/o precisiones producto de la absolución de consultas, así como todas las modificaciones y/o correcciones derivadas de la absolución de observaciones y/o del pronunciamiento del Titular de la Entidad o del OSCE, o, cuyo texto coincide con el de las bases originales en caso de no haberse presentado consultas y/u observaciones."

incorporadas al momento de suscribir el contrato respectivo y, menos aún, aplicarse al contratista durante la etapa de ejecución contractual.

93. Cabe precisar que la Entidad era responsable de verificar que no existan errores o incongruencias en la información detallada en las Bases del proceso de selección, debiendo cuidar que los requisitos y condiciones previstos en su sección específica guarden coherencia con lo señalado en la proforma del contrato, puesto que de presentarse deficiencias, estas podrían ocasionar discrepancias entre la Entidad y el contratista durante la etapa de ejecución contractual.

94. Finalmente, debe indicarse que las controversias surgidas entre la Entidad y el contratista respecto de la aplicación de las penalidades distintas a la penalidad por mora, previstas en las Bases del proceso de selección, debían resolverse mediante conciliación y/o arbitraje, conforme a lo dispuesto por el numeral 52.1 del Artículo 52° de la Ley.

95. Ahora bien, para que proceda la aplicación de penalidades distintas a la penalidad por mora, las mismas debían estar contempladas en las Bases Integradas y/o en la proforma del contrato que forma parte de estas, en caso de no haberse previsto en ninguno de tales documentos, dichas penalidades no podrían ser incorporadas al momento de suscribir el contrato respectivo y, menos aún, aplicarse al contratista durante la etapa de ejecución contractual.

96. Las penalidades distintas a penalidad por mora, previstas en las Bases del proceso de selección, debían ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.

97. Las controversias surgidas entre la Entidad y el contratista respecto de la aplicación de las penalidades distintas a la penalidad por mora, previstas en las Bases del proceso de selección, se encuentran en las bases debían resolverse mediante conciliación y/o arbitraje, conforme a lo dispuesto por



el numeral 52.1 del Artículo 52° de la anterior Ley.

98. Así entonces, el Árbitro Único evaluando los medios probatorios ofrecidos por ambas partes, específicamente el medio probatorio ofrecido por el Contratista, consistente en el medio probatorio N° 01, es decir el mérito del expediente de contratación correspondiente al Concurso Público N° 006-2014-ANA, para la Adquisición del Servicio de Mensajería para la Sede Central de la Autoridad del Agua, y que no fue materia de tacha u oposición, que obra en el expediente anexo por una de las partes.
99. Se puede advertir que efectivamente, hace referencia en los términos de referencia la aplicación de penalidades y otros, las bases administrativas integradas, así como en el contrato suscrito por las partes, sin ninguna objeción, ni observación alguna.
100. En el presente caso, materia de resolución de controversias, que si bien es cierto que la Entidad en la Contratación del Servicio de: MENSAJERIA A NIVEL NACIONAL PARA ÑA SEDE CENTRAL DE LA AUTORIDAD DEL AGUA, que son las reglas del juego, y de acuerdo con los artículos citados, la Entidad ha establecido, **en las Bases del proceso de selección**, penalidades distintas a penalidad por mora –entiéndase, “*otras penalidades*”– con la finalidad de desincentivar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y resarcir posibles perjuicios que dicho incumplimiento le fuese a causar.
101. Sin embargo, tanto en los medios probatorios ofrecidos por la Entidad, no se ha podido establecer si efectivamente ha puesto a conocimiento la forma de aplicación en forma específica, es decir, se ha efectuado el procedimiento en forma interna, no teniendo como establecerse, el plazo para poder subsanar bajo los apremios de ley, conforme dispone la norma específicamente, como se presenta en el caso materia de controversia.

102. El principio de contradicción o principio contradictorio, en el Derecho procesal, es un principio jurídico fundamental del proceso judicial moderno. Implica la necesidad de una dualidad de partes que sostienen posiciones jurídicas opuestas entre sí, de manera que el tribunal encargado de instruir el caso y dictar sentencia no ocupa ninguna postura en el litigio, limitándose a juzgar de manera imparcial acorde a las pretensiones y alegaciones de las partes.
103. Según este principio, el proceso es una controversia entre dos partes contrapuestas: el demandante y el demandado. El juez, por su parte, es el árbitro imparcial que debe decidir en función de las alegaciones de cada una de las partes.
104. Como se puede desprender, que existe una serie de documentos, donde efectivamente hace mención al deficiente servicio que venía ejecutando pese a existir cláusulas contractuales obligatorias bajo el apremio de aplicación de penalidades, como son: Informes, cartas, cálculo de penalidades, pérdida de documentos, entre otros, donde no se puede visualizar que haya sido puesto a conocimiento de la parte contraparte, que pueda hacer valer su derecho la contra parte conforme lo establece la norma y el procedimiento, lo que acarrea una limitación a la defensa de su derecho, vulnerando en este caso, sus derechos fundamentales.
105. Este principio suele aplicarse más en Derecho privado que en Derecho Público (dada la igualdad existente entre las partes, y la idea de no injerencia en asuntos privados). Sin embargo, en ordenamientos de Derecho anglosajón, es habitual que el principio funcione también para el ámbito de Derecho Penal, siendo entonces el demandante la fiscalía. El juez, una vez más, sería una parte independiente del proceso.



106. Por otro lado, el principio de contradicción exige que ambas partes puedan tener los mismos derechos de ser escuchados y de practicar pruebas, con la finalidad de que ninguna de las partes se encuentre indefensa frente a la otra. Requiere de una igualdad total, para no acarrear una nulidad posterior.
107. En la Ley de Procedimiento Administrativo General - Ley N° 27444 - CAPITULO I - NOCIONES PRELIMINARES I - EL PRINCIPIO-DERECHO DEL DEBIDO PROCESO. El debido proceso tiene su origen en el due process of law anglosajón, el cual se encuentra conformado por el debido proceso adjetivo, que se refiere a las garantías procesales que aseguran la vigencia de los derechos fundamentales; y el debido proceso sustantivo, que protege a los ciudadanos de leyes contrarias a los derechos fundamentales.<sup>6</sup> La incorporación del due process of law al constitucionalismo latinoamericano ha implicado la variación de su contenido. En Latinoamérica, el debido proceso adjetivo alude al cumplimiento de ciertas formalidades de trámite y procedimiento que deben observarse para la emisión de una sentencia; mientras que el debido proceso sustantivo garantiza que las sentencias sean razonables.<sup>7</sup> Así, en nuestro país, el TC sostiene que el debido proceso presenta dos expresiones: una formal y otra sustantiva. La expresión formal comprende los principios y reglas relacionados con las formalidades aplicables a todo proceso judicial, tales como el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación.
108. En cambio, la expresión sustantiva está relacionada con los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe cumplir.<sup>8</sup> Asimismo, el TC señala que el debido proceso tiene un contenido complejo pues no solo se encuentra conformado por las garantías

<sup>6</sup> Cf. LANDA ARROYO, César: "Debido proceso y tutela jurisdiccional". En: *Pensamiento Constitucional*. Lima, número 8, 2001, p. 448.

<sup>7</sup> Cf. SAGÜES, Néstor Pedro, *Elementos de Derecho Constitucional. Volumen 2*, Buenos Aires: Astrea, 1993, p. 328.

<sup>8</sup> Cf. Sentencia del 27 de noviembre del 2005, recaída en el Expediente N° 0023-2005-PI/TC, fundamento jurídico 48.

reconocidas expresamente en las normas jurídicas, sino también por aquellas que se deriven del principio-derecho de dignidad de la persona humana y que resulten esenciales para que el proceso pueda cumplir con su finalidad.<sup>9</sup> Por otro lado, cabe señalar que el numeral 3 del Artículo 139° de la CPP precisa que el debido proceso constituye un principio de la función jurisdiccional<sup>10</sup>. Es decir, es un parámetro o criterio rector que debe ser observado por las autoridades que ejercen la función jurisdiccional (v. gr. autoridades del Poder Judicial, TC, Comunidades Nativas y Campesinas, Fuero Militar, Arbitral y Electoral)<sup>11</sup>. Al respecto, la doctrina y jurisprudencia nacional sostienen que el debido proceso no solo constituye un principio aplicable a quienes ejercen función jurisdiccional, sino también un derecho fundamental<sup>12</sup>. En esa medida, el debido proceso comparte el doble carácter de los derechos fundamentales. Por un lado, constituye un derecho subjetivo, que resulta exigible por todas las personas; y por otra parte, un derecho objetivo, dado que contiene una dimensión institucional que lleva implícito los fines sociales y colectivos de justicia.<sup>13</sup> En este sentido, la Corte IDH señala que el debido proceso comprende todas las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial.<sup>14</sup>

109. Por lo expuesto, el debido proceso constituye un principio-derecho que garantiza que todas las personas puedan pretender la defensa de sus derechos, la solución de sus controversias y la aclaración de alguna incertidumbre jurídica a través de un proceso dotado de garantías

<sup>9</sup> Cf. Sentencia del 27 de noviembre del 2005, recaída en el Expediente N° 0023-2005-PI/TC, fundamento jurídico 42.

<sup>10</sup> Constitución Política del Perú. - "Artículo 139°.- Principios de la función jurisdiccional Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdiccional predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. (...)".

<sup>11</sup> De conformidad con lo establecido en los Artículos 139° 149°, 178° y 202° de la Constitución Política del Perú, las autoridades mencionadas ejercen función jurisdiccional.

<sup>12</sup> Esta postura resulta acorde con lo establecido en diversos tratados, en los cuales se reconoce al debido proceso como un derecho humano. Al respecto, puede verse: Declaración Universal de los Derechos Humanos (Artículo 10), Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Artículo XVIII), Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Artículo 14°) y Convención Americana sobre Derechos Humanos (Artículo 8°).

<sup>13</sup> Cf. LANDA ARROYO, César. loc. cit. RUBIO CORREA, Marcial, EGUIGUREN PRAELI, Francisco y Enrique BERNALES BALLESTEROS. Los Derechos Fundamentales en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Análisis de los Artículos 1, 2 y 3 de la Constitución. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2010, p. 25. BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. Derechos Fundamentales y Proceso Justo. Lima: Ara Editores, 2001, p. 236-239.

<sup>14</sup> Cf. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal", párr. 118.

mínimas (formales y sustantivas). En tal sentido, el debido proceso se define como la regulación jurídica que, de manera previa, limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de las personas, de modo que ninguna actuación de la autoridad jurisdiccional dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentre sujeta al procedimiento señalado en la ley.<sup>15</sup>

110. De la revisión y valoración de los medios probatorios se puede advertir que la Entidad, ha generado una serie de documentos con la finalidad de ejecutar las obligaciones en relación al incumplimientos plasmados en el contrato que so de obligaciones reciprocas, sin embargo, no consta en el expediente materia de controversia, que hayan sido claramente notificados, es decir, las múltiples comunicaciones, respecto a las penalidades, deficiencia en el servicio, perdida de documentos, entre otros; de igual modo, existe documentos por parte del contratista solicitando la conformidad del servicio y otros, que si ha sido puesto de conocimiento de la contraparte.

111. El principio *pacta sunt servanda* se encuentra consagrado expresamente en muchos sistemas legales y se considera un pilar fundamental de la convivencia social y la seguridad jurídica en cuanto los ciudadanos confían en que se honre la palabra empeñada y se tutele su interés legítimo comprometido en un acto jurídico. Este carácter normativo implica que los contratos legalmente celebrados, como Ley que son, deben ser cumplidos en forma estricta y su inobservancia genera efectos en derecho, lo cual permite al acreedor exigir su cumplimiento por medios coactivos o solicitar su resolución, con indemnización de perjuicios si así lo estimen conveniente.

<sup>15</sup> Cf. CORTEZ TATAJE, Juan Carlos. "El debido procedimiento administrativo y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: *Gaceta Constitucional*. Lima, número 52, 2012, p. 183.

112. Por estas consideraciones fácticas y jurídicas en la presente controversia seguida por las partes, este despacho considera que debe ampararse la pretensión invocada en todos sus extremos.

**Segundo Punto Controvertido: DETERMINAR** si procede o no como primera pretensión subordinada, la devolución del monto ascendente a la suma de S/ 88,806.21, al haber aplicado en forma indebida (CARTA FIANZA).

113. Como se ha señalado en el punto controvertido anterior, el Arbitro Único declaro fundada la solicitud, donde por la razones que en el hipotético caso sea desestimada la pretensión principal; en ese sentido, conforme a los argumentos sustentados en os considerandos anteriores, CARECE DE OBJETO emitir pronunciamiento respecto al presente punto controvertido.

**Tercer Punto Controvertido: DETERMINAR** si procede o no como segunda pretensión subordinada, la devolución del monto ascendente a la suma de S/ 104,480.43, por concepto de aplicación de penalidad en forma indebida, más los intereses costas y costos arbitrales.

114. Como se ha señalado en el punto controvertido anterior, el Arbitro Único declaro fundada la solicitud, donde por la razones que en el hipotético caso sea desestimada la pretensión principal; en ese sentido, conforme a los argumentos sustentados en os considerandos anteriores, CARECE DE OBJETO emitir pronunciamiento respecto al presente punto controvertido, con la diferencia del pronunciamiento de los costos arbitrales que es un punto a debatir y pronunciamiento.

## VII. COSTOS ARBITRALES

115. Que, en cuanto a los costos del arbitraje, el Artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que el árbitro tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el árbitro podrá distribuir y prorratear estos costos entre las

partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

116. Que en el convenio arbitral recogido en la cláusula décimo sexta del Contrato no se establece acuerdo alguno respecto de los costos y costas del proceso.
117. En ese sentido, el Árbitro Único decidirá el tema de los costos del arbitraje, atendiendo a la existencia de pacto entre las partes y considerando el resultado del presente laudo.
118. Que, dentro de tal orden de ideas, se estima razonable COMPARTIR y que ambas partes asuman el 100% (50 – 50 cada una de las parte) de los honorarios del Árbitro Único y la Secretaría Arbitral, así como los cada una de las partes asuma los honorarios profesionales por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.

## VIII. LAUDO

El Tribunal Arbitral, en atención a las consideraciones y conclusiones expuestas en el presente laudo, resuelve:

**PRIMERO:** Con relación a la primera pretensión **DECLARAR FUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la demanda arbitral, por los argumentos expuestos en los considerados de la presente resolución, por ende, se declara ineficaz la Resolución de Alcaldía N° 299-2018-MPT de fecha 17 de abril de 2018.

**SEGUNDO: DECLARAR QUE CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento sobre la Cuarta Pretensión Principal de la demanda arbitral, por las razones expuestas en la presente resolución.

**TERCERO: DECLARAR QUE CARECE DE OBJETO** emitir pronunciamiento sobre la Quinta Pretensión Principal de la demanda arbitral, por las razones expuestas en la presente resolución.




**CUARTO: ORDENAR** que ambas partes asuma los costos asumidos en el 50% de los honorarios del proceso arbitral y los gastos administrativos generados en el presente arbitraje.

**QUINTO: PROCEDA** el Árbitro Único a notificar y publicar el presente Laudo en el SEACE, en cumplimiento del artículo 52.6 de la Ley de Contrataciones con el Estado aplicable, así como con lo dispuesto en la Directiva N° 006-2016-OSCE/CD dentro del plazo legal establecido. En caso existan limitaciones tecnológicas u otras para la publicación del presente Laudo en el SEACE, la secretaría arbitral, por orden del Árbitro Único, vía este medio electrónico, deberá solicitar al Director del SEACE la publicación del presente Laudo en el SEACE, siendo responsabilidad del mismo el efectivo cumplimiento de dicho requerimiento, dentro del plazo máximo de diez (10) días hábiles, contados desde el día siguiente de su recepción, debiendo dar cuenta de ello a este Árbitro Único, en el mismo plazo.

**SEXTO: DISPONER** que la Secretaria Arbitral, cumpla con notificar el presente Laudo Arbitral a las partes

**SEPTIMO: ENCARGAR** a la Sede del arbitral la custodia del expediente arbitral por el plazo legal establecido en las normas vigentes, bajo responsabilidad, así como cumplir con sus obligaciones, de acuerdo con la normatividad vigente.



**José Eynar Escalante Soplin**  
Árbitro Único



**María del Carmen Díaz García**  
Secretaría Arbitral Ad hoc



**RESOLUCIÓN N° 17**

Lima, 16 de setiembre de 2019.

**VISTOS:** El escrito presentado el **OLVA COURRIER S.A.C.**, debidamente representado por su abogado Guillermo Jesús Santibañez Ramos (en adelante El Contratista), y la mismo que tiene fecha 11 de junio del 2019; de igual modo el escrito presentado por el Dr. Reynaldo Patiño Fuertes en la condición de **PROCURADOR PÚBLICO ADJUNTO DEL MINISTERIO DE AGRICULTURA Y RIEGO** (en adelante La Entidad), con fecha 10 de junio del 2019.

**Y CONSIDERANDO** que:

**Primero:** Que, mediante Resolución N° 14, con el contenido del Laudo de Derecho, donde se les notificó donde ambas partes a su derecho, siendo notificado el 04 de junio del presente año, haciendo uso de del derecho que les corresponde, conforme lo estable el numera 53 del Acta de Instalación, para soliciten la **rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo**, dentro del plazo de cinco (05) días hábiles de notificado el laudo, las partes podrán pedir al árbitro único la rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo en lo que consideren conveniente.

**Segundo:** Siendo así, se tiene las siguientes actuaciones:

1. Laudo Arbitral de Derecho de fecha treinta de mayo del dos mil diecinueve,
2. Notificados mediante Carta N° 012-2019-ARBITRAJE-ADHOC-SA-MCDG, a la Procuraduría de la Autoridad del Nacional del Agua – ANA, con fecha 04 de junio del 2019, y mediante Carta N° 013-2019-ARBITRAJE-ADHOC-SA-MCDG, a la empresa OLVA COURRIER S.A.C, con fecha 04 de junio del 2019 respectivamente.
3. Mediante escrito presentado a esta sede arbitral, por el Dr. Reynaldo Patiño Fuertes en la condición de Procurador Público Adjunto del Ministerio de Agricultura y Riego donde solicita RECTIFICACION e INTERPRETACION del laudo con fecha 10 de junio del 2019.
4. Mediante escrito presentado a esta sede arbitral, por el su abogado Guillermo Jesús Santibañez Ramos, en representación de OLVA COURRIER S.A.C., donde solicita RECTIFICACION e INTEGRACION de laudo con fecha 11 de junio del 2019.
5. Se emite la Resolución N° 15 donde se resuelve correr traslado a las partes para que manifiesten lo conveniente a su derecho.
6. Mediante escrito presentado a esta sede arbitral, por el Dr. Reynaldo Patiño Fuertes en la condición de Procurador Público Adjunto del Ministerio de Agricultura y Riego donde solicita correcta notificación de escrito.
7. Mediante escrito presentado a esta sede arbitral, por el su abogado Guillermo Jesús Santibañez Ramos, en representación de OLVA COURRIER S.A.C., donde absuelve el corrido traslado de rectificación e interpretación del laudo.
8. Mediante escrito presentado a esta sede arbitral, por la Dra. Katty Mariela Aquize Cáceres, en la condición de Procuradora Pública del Ministerio de Agricultura y Riego donde se apersona, absuelve y otros.
9. Mediante escrito presentado a esta sede arbitral, por el su abogado Guillermo Jesús Santibañez Ramos, en representación de OLVA COURRIER S.A.C., donde solicita pronunciamiento.

**Tercero:** SOLICITUD DE RECTIFICACION e INTERPRETACION por el Dr. Reynaldo Patiño Fuertes en la condición de Procurador Público Adjunto del Ministerio de Agricultura y Riego, en los siguientes términos:

Que, interponemos recuso de RECTIFICACION e INTERPRETACION contra el Laudo Arbitral de Derecho de fecha 31 de mayo del 2019, notificado a nuestro domicilio procesal el 4 de junio del presente año, solo en el extremo de declaro FUNDADA la primera pretensión principal de la demanda arbitral, en atención a los siguientes fundamentos de orden legal:

1. Mediante Laudo Arbitral de Derecho de fecha 31 de mayo del 2019, vuestro

despacho ha resuelto, entre otros, lo siguiente:

“PRIMERO: Con relación a la primera pretensión DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la demanda arbitral, por los argumentos expuestos en los considerandos de la presente resolución, por ende, se declara ineficaz la Resolución de Alcaldía N° 299-2018-MPT de fecha 17 de abril de 2018”

2. Al respecto, el artículo 58° de la Ley de Arbitraje regula los supuestos de procedencia de las solicitudes de rectificación, interpretación, integración y exclusión.
3. La solicitud de **RECTIFICACIÓN** se solicita cuando el laudo se ha incurrido en un “error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar”<sup>1</sup>. Así Manuel Aramburu Yzaga formula un ejemplo didáctico para comprender la finalidad de esta solicitud: “Podría ocurrir que en un laudo arbitral se ordene a una de las partes pagar a otra un monto ‘x’ de dinero, que ara determinarlo, el tribunal haya procedido a sumar varios conceptos, pudiendo haber ocurrido que las cantidades a sumar sean correctas pero que sean cometido un error al sumarlas. De ésta forma, en la parte resolutive del laudo se consignará un resultado correcto. Este es un típico caso en el que procederá la rectificación del laudo arbitral (...) Es importante considerar que **con la rectificación de laudo, no cabe la modificación de la decisión en cuanto al fondo de la misma, únicamente cabe, como hemos dicho, corregir algún error formal o material**”<sup>2</sup>. (el resaltado es nuestro).

4. Sobre el particular, el demandante formuló como primera pretensión la siguiente:

“Solicitamos que la penalidad impuesta durante la ejecución del Contrato N° 105-2014-ANA-OA-UL, se determine aplicando estrictamente lo dispuesto en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (...), que dispone que para los casos de prestaciones de servicios de ejecución periódica, un monto máximo mensual de penalidad, equivalente al 10% del valor de la factura emitida, en el periodo en que se incurrió en el retraso injustificado.

(...)

Se ordene a la Entidad aplicar la penalidad que legalmente corresponde, vale decir, la suma de S/ 106,348.71 (y no la penalidad indebidamente aplicada de S/ 220,275.00) y se proceda a devolvernos la suma de S/ 113,926.29”.

5. Sin embargo, en el primer puto resolutive del laudo se ha ordenado lo siguiente: “Con relación a la primera pretensión DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la demanda arbitral, por los argumentos expuestos en los considerados de la presente resolución, por ende, se declare ineficaz la Resolución de Alcaldía N° 299-2018-MPT de fecha 17 de abril de 2018.
6. Como puede apreciarse, no existe coherencia entre el texto de la primera pretensión principal de la demanda con o resuelto en el laudo, siendo evidente que se ha incurrido en un error material al momento de la transcripción de la transcripción de la decisión del Árbitro Único, razón por la cual se deberá efectuar la rectificación correspondiente,}.

<sup>1</sup> Artículo 58° numeral 1, literal a) de la Ley de Arbitraje.

<sup>2</sup> ARAMBURU YZAGA, Manuel Diego. En: Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Primera Edición.

7. Por otro lado, la solicitud de **INTERPRETACIÓN** tiene por finalidad que *“cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución<sup>3</sup>”*. A nivel doctrinal, tenemos que *“el tribunal arbitral puede despejar toda duda respecto a cómo éste debe entenderse Al igual que el caso de la corrección del laudo la interpretación no debe utilizarse para pretender discutir temas que ya fueron objeto de debate y resolución en cuanto al fondo del conflicto<sup>4</sup>”*.
8. En ese sentido, tenemos que el numeral 92 del laudo vuestro Despacho señala que *“(...) para que proceda la aplicación de penalidades distintas a la penalidad por mora, las mismas debían estar contempladas en las Bases Integradas y/o en la proforma del contrato que forma parte de estas, en caso de no haberse previsto en ninguna de tales documentos, dichas penalidades no podían ser incorporadas al momento de suscribir el contrato respectivo y, menos aún, aplicarse al contratista durante la etapa de ejecución contractual”*.
9. Posteriormente, en el numeral 100 del laudo vuestro Despacho reconoce que *“(...) la Entidad ha establecido, en las Bases del proceso de selección, penalidades distintas a penalidad por mora –entiéndase, ‘otras penalidades’ – con la finalidad de desincentivar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista y resarcir posibles perjuicios de dicho incumplimiento le fuese a causar”*.
10. Sin embargo, de manera totalmente contradictoria, en el numeral 101 del laudo se indica que *“(...) no se ha podido establecer si efectivamente se ha puesto a conocimiento la forma de aplicación en forma específica, es decir, se ha efectuado el procedimiento en forma interna, no teniendo como establecerse, el plazo para poder subsanar bajo los apremios de ley, conforme lo dispone la norma específicamente ...”*
11. En primer término se ha reconocido que las otras penalidades distintas a la mora estaban plenamente en las bases del proceso, por lo que se comprende cómo debe recordarse que los artículos 165° y siguientes del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado únicamente regulan la forma de aplicación de las penalidades, mas no establecen obligación alguna para la Entidad cumplió con un realizar “un procedimiento interno” de aplicación o comunicación de penalidades, razón por la cual se está incurriendo en causa de anulación de laudo arbitral.
12. Ahora bien, en el supuesto negado de que fuera necesario comunicar al contratista la aplicación de penalidades, mi Representada si cumplió con este “requerimiento”, puesto que hemos presentado al proceso arbitral diversas cartas mediante las cuales se comunicó la sanción por atraso incurrido por OLVA en la ejecución de su prestación. No obstante, reiteramos, **NO EXISTE OBLIGACION LEGAL PARA LA ENTIDAD DE COMUNICAR LA APLICACION DE PENALIDADES, PUES ESTAS OPERAN DE MANERA AUTOMATICA**. Al requerirse el incumplimiento de una obligación legal inexistente su Despacho incurrir también en causal de anulación de laudo.
13. En último lugar, en el numeral 110 del laudo vuestro Despacho refiere que *“(...) no consta en el expediente materia de controversias, que hayan sido claramente notificados, es decir, las múltiples comunicaciones, respecto a*

<sup>3</sup> Artículo 58° numeral 1, literal b) de la Ley de Arbitraje.

<sup>4</sup> Ibidem pp. 664.

las penalidades, deficiencia en el servicio, pérdida de documentos, entre otros; de igual modo, existe documentos por parte del contratista solicitando la conformidad del servicio y otros, que si se ha puesto de conocimiento de la contraparte".

14. Hacemos notar nuevamente a su Despacho **QUE NO ES PUNTO CONTROVERTIDO** ni la deficiente ejecución de los servicios prestados por OLVA ni la conformidad del servicio solicitada por la demandante, por lo que no se entiende como estos hechos permiten a su Despacho resolver que las penalidades distintas a la mora fueron mal aplicadas por mi Representada, por lo que nuevamente se incurre en otro supuesto de anulación de laudo arbitral.
15. Ahora bien, en relación con a falta de motivación o motivación defectuosa o aparente de resoluciones judiciales (y por extensión, de laudos arbitrales), Cesar Landa Arroyo afirma que "los derechos al debido proceso constituyen la base sobre la que se asienta la tutela judicial y no judicial. En tal entendido se puede señalar que, en nuestro sistema constitucional se encuentran consagradas enunciativamente las garantías de un proceso litigioso, en función de lo cual toda persona tiene derecho a la tutela jurisdiccional<sup>5</sup>".
16. En ese sentido las garantías a las que toda persona natural y jurídica tiene derecho, no se circunscriben únicamente al ámbito judicial, sino también "los organismos jurisdiccionales especiales, (...) les corresponde asegurar el derecho de los ciudadanos a obtener justicia; para lo cual, es necesario delimitar un conjunto de principios y garantías jurisdiccionales implícitos o explícitos". Es decir, aquellos justiciables que acuden, por ejemplo, a la vía arbitral, para obtener un fallo arreglado a ley exigen las mismas garantías y derechos que obtengan en un proceso judicial ordinario.
17. Por otro lado, en nuestro Ordenamiento Jurídico se ha establecido que el derecho al debido proceso presenta dos expresiones: la formal y la sustantiva; en la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tiene que ver con las formalidades estatutarias, tales como las que establecen el derecho al juez natural, al procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación escrita de las resoluciones judiciales y/o arbitrales; y en su expresión sustantiva, están relacionadas a los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial y/o judicial debe suponer<sup>6</sup>.
18. Asimismo, nuestro Tribunal Constitucional ha expresado que la motivación de resoluciones es una manifestación del derecho al debido proceso, señalando lo siguiente: "Este Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la debida motivación de las resoluciones como parte del debido proceso, implica que una resolución debe contar con suficiente motivación tanto en hechos como de la interpretación y/o razonamiento de normas invocadas, Por otro lado la motivación de una decisión no solo consiste en expresar la norma legal en el que se ampara, sino fundamentalmente en exponer suficientemente las razones de hecho y el sustento jurídico que justifiquen la decisión tomada<sup>7</sup>".
19. En se orden de ideas, tenemos que en el presente caso: **EL LAUDO DE DERECHO ES ARBITRARIO PUESTO QUE ESTA MOTIVADO EN FORMA APARENTE Y HA SIDO EMITIDO EN CONTRA DE LO REGULADO EN LA LEY DE ARBITRAJE -**

<sup>5</sup> Véase:

[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4\\_uibd.nsf/C0C8578c81370C4005257BA600724852/\\$FILE/con\\_art12.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C0C8578c81370C4005257BA600724852/$FILE/con_art12.pdf)

<sup>6</sup> STC 02424-2004-AA/TC, Fundamento Jurídico 2. Tribunal Constitucional del Perú.

<sup>7</sup> STC 3283-2007-PA/TC, Fundamento Jurídico 3. Tribunal Constitucional del Perú.



**DECRETO LEGISLATIVO N° 1071.**

20. ¿Cuándo estamos ante un supuesto de motivación aparente? Según el Tribunal Constitucional “existen motivación aparente cuando **una determinada resolución judicial si bien contiene argumentos razones de derecho o de hecho que justifican la decisión del juzgador, éstas no resultan pertinentes para tal efecto, sino que son falsos, simulados o inapropiados en la medida que en realidad no son idóneos para adoptar dicha decisión**”<sup>8</sup> (el resaltado es nuestro).
21. En ese mismo orden de ideas, se entiende por resolución arbitraria a aquella que no cuenta con apoyo legal alguno y que se encuentra sustentada únicamente por la voluntad del Juez (y por extensión, al Árbitro), “llamándose desde a este tipo de sentencias: arbitrarias, por fundarse en el mero arbitrio del juez, desentendiendo las normas objetivas a las que su potestad debe ajustarse. (...) la arbitrariedad normativa en la sentencia se produce por no ser ella una derivación razonada de las normas vigentes. Con la doctrina de la sentencia arbitraje, la protección se amplía –en modo más explícito– no solo a otras manifestaciones del debido proceso, sino que también cubre la actuación eficaz de las mismas”<sup>9</sup>.
22. Carnelutti añade que “la sentencia que decide bien pero razona mal, merece ser descalificada jurídicamente. Esta afirmación responde a la exigencia de toda sociedad pluralista y democrática que reclama que los conflictos o incertidumbres con relevancia jurídico no solo se resuelvan con justicia, sino que la decisión emitida para solucionarlos no exhiba fisuras lógicas en los argumentos que le sirven de sustento”<sup>10</sup>.
23. Entonces, **la arbitrariedad en una resolución judicial y/o arbitral obtiene esa denominaciones en tanto y en cuanto es producto de un absurdo o consecuencia de un ejercicio autoritario del órgano jurisdiccional o del Colegiado Arbitral**, “que, en tal calidad, desiste de su deber de sustentar razonable y coherentemente sus decisiones. (...) el elenco de posibilidades de incurrir en una decisión arbitraria es extenso. Desde la modalidad más clásica que sería la afectación del principio de congruencia (conceder en el fallo algo distinto, mayor o menor de lo pedido, esto último cuando el objeto de la pretensión es indivisible) hasta la apariencia, injustificada o **ausencia de motivación, serán tipos configurantes de decisiones (...) las consideramos inconstitucionales, en tanto afecten una de las expresiones del derecho a la tutela jurisdiccional, como lo es la motivación de las decisiones judiciales**, motivación que, sin duda, tiene implícita la exigencia de razonabilidad, esto es, que debe estar sujeta a las reglas básicas de la lógica formal. Lo expresado, al margen de la ausencia en una regulación expresa del motivo, tendría en sede nacional reconocimiento constitucional”<sup>11</sup>.
24. De este modo, una resolución, en nuestro caso, arbitral que este motivada de manera aparente y sea arbitraria vulnera el derecho al debido proceso consagrado en el inciso 5 del artículo 139° de la Constitución en el que se exige “la motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias (...), con mención expresa de la Ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan”. Por su Parte, el Tribunal Constitucional ha establecido que “el derecho a la motivación de las resoluciones forma parte del derecho a u debido proceso, garantizando que el juez resuelva las decisiones exponiendo la razones que justifican la decisión; por lo tanto el juez puede violar el deber de motivación, cuando omite exponer las razones que justifiquen la decisión, como cuando, exponiéndolas, la motivación pueda ser calificada de aparente o defectuosa, sea por una eficiente aplicación de las normas que disciplinan el caso o por una errónea valoración de los hechos que inciden directamente en la decisión pronunciada” (STC N° 10340-2006-PC/TC, publicada el 09 de octubre de 2007)<sup>12</sup>.

<sup>8</sup> STC 019-2011-PA/TC, Fundamento Jurídico 26. Tribunal Constitucional del Perú.

<sup>9</sup> “Sentencia arbitraria, valoración de la prueba y Casación”. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Equipo de Derecho Procesal, Taller de Derecho. Lima. 1997. Pp. 76.

<sup>10</sup> Ibidem.

<sup>11</sup> MONROY GALVEZ, Juan. *Apuntes para un estudio sobre el recurso de casación en el proceso civil peruano*. En: Revista Peruana de Derecho Procesal. Lima 1997. pp.36, 37.

<sup>12</sup> El Tribunal Constitucional también ha señalado que “la motivación de las resoluciones judiciales constituyen una garantía que asegura que quien adopta la decisión no lo hace por capricho, con apoyo insuficiente en un Estado de Derecho, sino que tiene datos objetivos para respaldarla” (STC N° 03151-2006-AA/TC).

25. Finalmente, en el supuesto de rechazarse el presente recurso, dejamos constancia que se estaría incurriendo en causal de anulación de Laudo, conforme a lo prescrito en el numeral 4 del artículo 41° de la Ley de Arbitraje y el artículo 63° de la misma norma legal; reservándonos el derecho de iniciar acciones judiciales respectivas.
26. Por lo anterior, considerando que vuestro Despacho ha resuelto la controversia de manera imprecisa, razón por la cual solicitamos se INTERPRETE EL LAUDO ARBITRAL en los extremos señalamos.

**Cuarto:** SOLICITUD DE RECTIFICACION e INTEGRACION DE LAUDO por el abogado Guillermo Jesús Santibañez Ramos, en representación de OLVA COURRIER S.A.C., en atención a las siguientes consideraciones:

1. El laudo señala en su parte resolutive:

"(...) VIII. Laudo

(...)

PRIMERO: Con relación a la primera pretensión DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión de la demanda arbitral, por los argumentos expuestos en los considerandos de la presente resolución, por ende, se declara ineficaz la Resolución de Alcaldía N° 299-2018-MPT de fecha 17 de abril de 2018. (...)". El subrayado es nuestro.

- 1.1 Se ha consignado por error, el texto subrayado en el párrafo precedente, por lo que es extremo del laudo, que no guarda relación con lo que es materia controvertida, por lo que deberá omitirse.
2. Por otro lado, solicitamos se integre dicho extremo del laudo, considerándose de manera expresa, el derecho amparado, en los términos siguientes:

PRIMERO: Con relación a la primera pretensión DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión de la demanda arbitral, por los argumentos expuestos en los considerandos de la presente resolución, por ende, se dispone, que la Entidad aplique la penalidad que corresponde, ascendente a la suma de S/ 106,348.71 y proceda a devolver al contratita, la suma de S/ 113,926.29 por penalidad indebidamente aplicada.

3. Que, por estas consideraciones, solicitamos a usted, se sirva rectificar e integrar el laudo arbitral emitido el 30 de mayo de 2019.

**Quinto:** Corrido traslado, ambas partes absolviéron a su derecho expresando lo conveniente, por lo que deberá ser materia de pronunciamiento por este Despacho.

1. Cabe señalar, de manera referencial, que el inciso 1) del artículo 3° de la Ley de Arbitraje tiene como antecedente el artículo 5° de la Ley Modelo Uncitral, que establece de manera expresa que "en los asuntos que se rijan por la presente Ley, no intervendrá ningún tribunal, salvo en los casos en que esta ley así lo disponga". Por otro lado, los incisos 2) al 4) del citado artículo 3° no tienen antecedente en la Ley Modelo Uncitral, ya que dichos preceptos son consecuencia de todos los problemas que se presentaron en la práctica arbitral peruana. Sin embargo, cabe señalar que la intromisión del Poder Judicial en los arbitrajes no es un problema exclusivo de la práctica arbitral peruana. En efecto, la jurisprudencia arbitral internacional presenta ejemplos sobre casos en los que tribunales arbitrales internacionales han tenido que enfrentar medidas de tribunales estatales que buscan obstaculizar la consecución de procedimientos arbitrales.



2. Esto es, en el desarrollo de un proceso arbitral se establece las reglas bajo el principio de legalidad, y demás actuaciones destinadas a resolver las materias controversiales, sin embargo, es pasible de cometer errores materiales involuntarios por parte del Director a cargo de la controversia por lo que es materia de recurso, en el caso de autos, el recurso de rectificación que viene hacer un acto jurídico del tribunal, en virtud del cual una vez notificada a las partes una sentencia definitiva o interlocutoria que éste ha dictado, procede de oficio o a petición de parte a aclarar sus puntos oscuros o dudosos, salvar sus omisiones y rectificar los errores de copia, de referencia o de cálculos numéricos que aparezcan de manifiesto en la misma sentencia, situación que presenta el presente el laudo en la parte resolutoria, donde ambas partes coincidieron en ese extremos y presentaron los recursos correspondientes ante éste Despacho en el plazo de Ley, y de acuerdo a las reglas del proceso.
3. Al amparo de lo previsto en el artículo 58° de la Ley de Arbitraje, en concordancia con las reglas del proceso, salvo acuerdo distinto de las partes o disposición diferente del reglamento arbitral aplicable: a. Dentro del plazo señalado, siguientes a la notificación del laudo, cualquiera de las partes puede solicitar la rectificación de cualquier error de cálculo, de transcripción, tipográfico o informático o de naturaleza similar. Situación que se advirtió en el presente laudo. De igual forma, cualquiera de las partes puede solicitar la interpretación de algún extremo oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución. Finalmente, de la misma forma, cualquiera de las partes puede solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral. Ellos sin que estuviera sometido a conocimiento y decisión del tribunal arbitral o que no sea susceptible de arbitraje.
4. La rectificación, interpretación, integración y exclusión formará parte del laudo. Contra esta decisión no procede reconsideración. Y siguiendo con la secuela, es pertinente emitir pronunciamiento respecto de lo acontecido, por lo que al haber consignado en forma errónea e involuntaria al memento de transcribir la presente resolución que contiene el Laudo de Derecho y debidamente notificados, donde ambas partes interpusieron solicitud donde ambos piden que se aclare en esos extremos, por lo que al haberse incurrido en un error de transcripción. Además de haber coincidido en el pedido, tanto el abogado e OLVA COURRIER S.A.C.; así como el escrito presentado por la Procuradora Publica del Ministerio de Agricultura y Riego, donde debe ampararse y rectificarse en ese extremo por los considerandos antes expuestos líneas arriba.

**Sexto:** Acto seguido, en la premisa de limitar al máximo la intervención de la autoridad judicial, el Artículo 3° de la Ley de Arbitraje consagra los "Principios y derechos de la función arbitral". En este sentido, la nueva ley señala que el tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a "orden, disposición o autoridad" que menoscabe sus atribuciones, especialmente para: (i) iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, (ii) decidir acerca de su propia competencia y (iii) dictar el laudo. Además, de acuerdo con esta misma disposición, la intervención judicial debe limitarse al control judicial posterior por medio del recurso de anulación, quedando vedada cualquier intervención dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo. En el caso materia de resolución, expone la Entidad a través del Procurador a este despacho que en el numeral 92 del Laudo de Derecho que refiere "(...) para que proceda la aplicación de penalidades distintas a la penalidad por mora, las mismas debían estar contempladas en las Bases Integradas y/o en la proforma del contrato que forma parte de estas, en caso de no haberse previsto en ninguna de tales documentos, dichas penalidades no

podían ser incorporadas al momento de suscribir el contrato respectivo y, menos aún, aplicarse al contratista durante la etapa de ejecución contractual<sup>13</sup>; determinación que se ha expuesto, de manera que antes de, existió un procedimiento previo ajustada a la Ley de la materia, además de haberse valorado bajo una secuela de audiencias programadas dentro de un debido proceso, ahora pretende discutir en este contexto se sitúa también la libertad de las partes en la determinación del lugar del arbitraje (referente fáctico) o sede arbitral (referente jurídico)<sup>14</sup>, sin que, prima facie, pueda incidir en tal elección ningún condicionamiento de carácter material como la nacionalidad de las partes o la conexión del litigio con el Estado escogido<sup>14</sup>, así como las cuestiones de fondo. Dicha libertad puede manifestarse en el acuerdo expreso o implícito de las partes o en la adopción de un determinado reglamento de arbitraje que prevea tal circunstancia. El gran margen de maniobra que las legislaciones nacionales y las reglamentaciones arbitrales adjudican a los árbitros para desarrollar las audiencias no es el factor esencial, sino que existen otras consideraciones más relevantes, señaladamente, la determinación de ley rectora del procedimiento y de las normas de base que van a determinar la validez a lo actuado por los árbitros y las relaciones entre los árbitros y los jueces<sup>15</sup>. No es casual que las partes quieran conducir el arbitraje hacia aquellas apreciaciones donde sus actores o citación de leyes procesales les aseguren que los tribunales estatales se encuentran dispuestos a asistirlos y les garanticen interferir lo menos posible con el normal desenvolvimiento del procedimiento arbitral. Puede la regla general de que las partes determinan libremente el sometimiento a las reglas del arbitraje para que resuelva un tercero llamado árbitro, de manera conjunta la sede del arbitraje. Ciertas modalidades de arbitraje limitan esta acción de la autonomía de la voluntad, fija una serie de reglas para la fijación de la sede arbitral a elección del demandante considerando que las mismas forman parte del compromiso arbitral declarando nula y sin efecto cualquier estipulación incompatible con tales reglas.

**Séptimo:** En el caso de autos, es pertinente manifestar, de las circunstancias descritas contrastadas con los enunciados normativos expuestos en los considerandos que anteceden, circunscribiendo este Despacho al pedido MATERIA DE EXAMEN a la naturaleza de la acción incoada, se verifica lo siguiente: a la “INTERPRETACION” solicitada no existe como figura susceptible de ser aplicada al Laudo, en el caso concreto, según resolvió este Despacho Arbitral competente, cuya decisión es inmutable sobre el particular en el contexto del Arbitraje ya pronunciado, y no puede ser desmerecida bajo ningún contexto en instancia en giro, además de invocar en varias oportunidades en su solicitud materia de recurso.

## MARCO CONCEPTUAL

Antes de iniciar el análisis de la solicitud presentada por el Procurador Publico Adjunto del Ministerio de Agricultura y Riego, resulta pertinente delimitar brevemente el marco conceptual que se aplicará al analizar esta solicitud y que, por tanto, sustenta la presente Resolución.

Fundamentalmente, este marco conceptual se centrará en analizar en qué consiste el pedido de interpretación, concepto que será utilizado por el Árbitro Único al evaluar aquello que ha solicitado una de las partes.

## INTERPRETACIÓN

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 58° (1) (b) del Decreto Legislativo N° 1071 (en adelante, “LA”), corresponde a los árbitros interpretar cuando exista “algún extremo

<sup>13</sup> Por ejemplo, la sentencia de la Cour d'appel de Paris de 28 de octubre de 1997 (Soc. Procédés de fabrication pour le béton / Libye), Rev. arb., 1998, p. 399 ss y nota de B. Leurent) subrayó que la sede del arbitraje es una noción puramente jurídica, (...) bajo la dependencia de la voluntad de las partes, y no una noción material dependiente del lugar en donde se desarrolló la audiencia o el lugar efectivo de las actuaciones arbitrales.

<sup>14</sup> H. Verbiest, «Le lieu de l'arbitrage dans le processus de négociation et de rédaction d'une clause d'arbitrage», Rev. dr. int. dr. comp., 1993, pp. 220 ss

<sup>15</sup> H.C. Álvarez, «La escogencia del lugar del arbitraje», Revista Internacional de Arbitraje (Bogotá), n° 3, 2005, pp. 13-35.

oscuro, impreciso o dudoso expresado en la parte decisoria del laudo o que influya en ella para determinar los alcances de la ejecución”.

Como puede apreciarse, la interpretación tiene por objeto solicitar al árbitro o al tribunal arbitral que aclare: (i) aquellos extremos de la parte resolutive de sus resoluciones que resulten oscuros o que aparezcan dudosos; o (ii) aquellos eslabones de la cadena de razonamiento que por ser oscuros o dudosos tengan un impacto determinante en el entendimiento de la parte resolutive (aquellos que se declara u ordena hacer o dejar de hacer a las partes del arbitraje).

En otras palabras, lo único que procede interpretar es la parte resolutive de un fallo (parte decisoria) y sólo como excepción la parte considerativa, en cuanto esta pudiera influir en la claridad de lo ordenado en la parte resolutive.

De la misma manera, la doctrina arbitral es muy estricta al calificar las facultades de los árbitros de interpretar su laudo. Así, Craig, Park y Paulsson señalan sobre el particular:

**“El propósito de la norma es permitir la aclaración de un laudo para permitir su correcta ejecución (como, por ejemplo, si pareciera haber mandatos en conflicto en la parte operativa del laudo). Esta no puede ser usada para requerir al Tribunal que explique, o que reformule, sus razones. Esta no provee una ocasión para que el Tribunal reconsidere su decisión. Si esa fuera la base de la solicitud de la parte el Tribunal tendría fundamentos de sobra de encontrar como innecesario o inapropiado el conceder la “interpretación” requerida”**<sup>16</sup>. (el subrayado es nuestro)

De manera similar, comentando las Reglas de Arbitraje de UNCITRAL que inspiran el marco legal peruano, Williams y Buchanan señalan:

**“Durante la redacción de las Reglas de Uncitral (...) se consideró reemplazar la palabra “interpretación” por “aclaración” o “explicación”. Sin embargo, en la versión final de las Reglas se mantuvo el término “interpretación”. La historia legislativa de las Reglas de UNCITRAL indica que el término “interpretación” tuvo la intención de referirse a la aclaración de la parte dispositiva del laudo. El Tribunal puede ser requerido para clarificar el propósito del laudo y las obligaciones y derechos resultantes para las partes, pero no para volver a visitar o reelaborar las razones del laudo”**<sup>17</sup>. (el subrayado es nuestro)

En la misma línea, Monroy<sup>18</sup> señala que:

**“(...) otro tema trascendente del pedido de aclaración es su límite objetivo: no puede ir más allá de la resolución que aclara, es decir, no es una vía para que la resolución termine diciendo aquello que**

<sup>16</sup> Traducción libre del siguiente texto: “The purpose of the provision is to permit clarification of an award so as to permit its correct execution (as, for instance, if there would appear to be conflicting commands in the operative sections of the award). It is not to be used to require the tribunal to explain, or to reformulate, its reasons. It does not provide an occasion for the reconsideration by the tribunal of its decision. Should this be the basis of the party’s application the tribunal will be quite justified in finding it unnecessary or inappropriate to render the requested ‘interpretation’”. W. Laurence Craig, William W. Park & Jan Paulsson, “International Chamber of Commerce Arbitration”, ob. cit., 3era. Ed., 408.

<sup>17</sup> Traducción libre del siguiente texto: “During the drafting of the UNCITRAL Rules, the Working Party considered replacing the word ‘interpretation’ with ‘clarification’ or ‘explanation’. However in the final version of the Rules ‘interpretation’ was retained. The legislative history of the UNCITRAL Rules indicates that the term ‘interpretation’ was intended to refer to clarification of the dispositive part of the award. The tribunal can be requested to clarify ‘the purpose of the award and the resultant obligations and rights of the parties’ but not to revisit or elaborate upon the reasons for the award”. David A.R. WILLIAMS & Amy BUCHANAN, Correction and Interpretation of Awards Under Article 33 of the Model Law. En: International Arbitration Law Review, Vol. 4, No. 4, 2001, p. 121.

<sup>18</sup> MONROY GÁLVEZ, Juan. La formación del proceso peruano. Escritos reunidos. Lima: Editorial Comunidad. 2003, p. 219.



**antes de la aclaración no aparecía esencialmente**". (el subrayado es nuestro)

Siendo ello así, a través de una solicitud de interpretación no se podrá pedir la alteración del contenido o fundamentos de la decisión del Árbitro Único. Caso contrario, se estaría concediendo a la interpretación una naturaleza claramente impugnatoria, propia del recurso de apelación.

Atendiendo a lo anterior, cualquier solicitud de "interpretación" referida a los fundamentos, a la evaluación de las pruebas o al razonamiento del Laudo, en la medida que encubra en realidad un cuestionamiento al fondo de lo decidido -naturaleza análoga a la de una pretensión impugnatoria-, deberá de ser necesariamente declarada improcedente.

**Octavo:** Si a través de una solicitud de interpretación se pretende un pedido de revisión o reconsideración de la evaluación de las pruebas o del razonamiento del Árbitro Único, debe de ser de plano desestimado, pues el Laudo es inapelable al no existir una segunda instancia propia de los procesos judiciales.

**Noveno:** A pesar de lo señalado en los párrafos precedentes y en el marco conceptual que antecede, claramente el pedido planteado por la Procuraduría Pública del Ministerio de Agricultura Y Riego, pretende prácticamente con el solicitud de INTERPRETACION revisar el razonamiento y fundamentos del Laudo; en síntesis, cualquier solicitud de "interpretación", encubriendo en realidad una pretensión impugnatoria, de naturaleza análoga a una apelación, como ocurre en el presente caso, resulta evidentemente improcedente y como tal debe de ser desestimada EN ESE EXTREMO.

**Décimo:** Por lo tanto, la solicitud de "interpretación" presentada por el Entidad es improcedente.

**Décimo Primero:** Con respecto a la integración del Laudo de Derecho, cualquiera de las partes puede solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral, al amparo de lo previsto en el artículo 58° 1) de la Ley de Arbitraje, en concordancia con el Acta de Instalación en el punto 53, solicitado por OLVA COURRIER S.A.C., y que al amparo de lo previsto en el artículo 210° del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General aprobado con el Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, establece que los errores materiales ó aritméticos en los actos administrativos, pueden ser rectificadas con efecto retroactivo, en cualquier momento, de oficio o a instancia de los administrados, siempre que no se altere lo sustancial de su contenido ni el sentido de la decisión, por lo tanto, la rectificación adopta las formas y modalidades de comunicación o publicación que corresponda para el acto original y que debe integrarse en ese sentido, y como se puede evidenciar, empero no existe una sola línea donde se plasme con claridad, por los cuales considera que este documento ha sido resuelto en la parte resolutive, los cuales se ha incurrido en error subsanable, por lo que no existe un pronunciamiento real respecto de dicha pretensión, lo cual importaría una afectación clara al debido proceso en sede arbitral, por lo que debe en vía de integración, debiendo ampararse en ese extremo como consecuencia, y por los considerandos antes expuestos, siendo sustento suficiente, además de haber sido declarado fundada la referida pretensión.

Por tales consideraciones, este Árbitro Único **RESUELVE:**

**PRIMERO: TENER** presente los escritos presentados por ambas partes y presentados ante esta sede arbitral.

**SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la solicitud de interpretación promovida por el Procurados Público Adjunto del Ministerio de Agricultura y Riego, mediante escrito presentado con fecha 10 de junio del 2019, y escrito apersonamiento de absolución del corrido traslado, con fecha 12 de agosto del 2019.

**TERCERO: DECLARAR FUNDADO** el recurso de rectificación formulado por ambas partes respecto a la Primera Pretensión Principal en el extremo solicitado y que coincidentemente en la misma postura a su derecho, por los considerandos antes expuestos de la presente resolución.

**CUARTO: INTEGRISE** el punto señalado en la presente resolución materia de recurso, debiendo anexarse al Laudo de Derecho de Derecho con arreglo a Ley, quedando de la siguiente manera:

**PRESENTACION ORIGINAL:**

**PRIMERO:** Con relación a la primera pretensión **DECLARAR FUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la demanda arbitral, por los argumentos expuestos en la presente resolución, por ende, se declara ineficaz la Resolución de Alcaldía N° 299-2018-MPT de fecha 17 de abril de 2018.

**INTEGRACIÓN:**

**PRIMERO:** Con relación a la primera pretensión **DECLARAR FUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la demanda arbitral, por los argumentos expuestos en la presente resolución, consecuentemente, la Entidad deberá devolver la penalidad indebidamente aplicada, es decir la suma de S/ 113,926.29 (CIENTO TRECE MIL NOVECIENTOS VEINTISEIS con 29 00/100 SOLES), a favor del OLVA COURRIER S.A.C.

**QUINTO: PONER** a conocimiento de las partes, con la debida nota de atención.

  
José Eynar Escalante Soplin  
Árbitro Único

  
María del Carmen Díaz García  
Secretaria Arbitral Ad hoc