

EXP. N° 2178-140-19

CONSORCIO INTEGRAL GADA 2 H – EMPRESA MUNICIPAL INMOBILIARIA DE LIMA

LAUDO ARBITRAL PARCIAL

DEMANDANTE: CONSORCIO INTEGRAL GADA 2H (en adelante, el CONTRATISTA)

DEMANDADO: EMPRESA MUNICIPAL INMOBILIARIA DE LIMA (en adelante, la ENTIDAD)

TIPO DE ARBITRAJE: Institucional y de Derecho

TRIBUNAL ARBITRAL: Marco Antonio Martínez Zamora (Presidente)

Andrés Augusto Criado León (árbitro)

Carlos Mariano Rivera Rojas (árbitro)

SECRETARIA ARBITRAL: Joan Torre Pinares
Secretario(a) Arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de PUCP.

DECISIÓN N°7

En Lima, a los 29 días del mes de mayo del año dos mil veinte, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberando en torno a las pretensiones de la contestación de la reconvencción,

dicta el siguiente laudo parcial para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

I. EL CONVENIO ARBITRAL

- 1.1. Se encuentra contenido en la Cláusula Vigésima del Contrato N° 029-2018-EMILIMA
- 1.2. Conforme a dicha cláusula el presente arbitraje es organizado y administrado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú conforme el Reglamento de Arbitraje PUCP 2017 (en adelante, el Reglamento) y en forma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje (en adelante, simplemente LA).

II. CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

- 2.1. El 31 de mayo de 2019, el árbitro Andrés Augusto Criado León remite su aceptación como árbitro designado por la parte demandante.
- 2.2. El 31 de mayo de 2019, el árbitro Carlos Mariano Rivera Rojas remite su aceptación como árbitro designado por la parte demandada.
- 2.3. El 28 de junio de 2019, el árbitro Marco Antonio Martínez Zamora, remite su aceptación como presidente del Tribunal Arbitral, quedando entonces el Tribunal Arbitral válidamente constituido.

III. RESUMEN DE LAS PRINCIPALES ACTUACIONES ARBITRALES

- 3.1. Mediante la Decisión N°1 del Tribunal Arbitral, de fecha 9 de julio de 2019, se establecieron las reglas aplicables al presente arbitraje.
- 3.2. Mediante la Decisión Cautelar N° 1, de fecha 10 de julio, se instruye a la Secretaría Arbitral para que notifique la Decisión Cautelar al trigésimo Juzgado Civil- Comercial, Expediente N° 0202928-2019-62-1817-JR-CO.
- 3.3. Mediante la Comunicación N°11 de la Secretaría Arbitral, de fecha 5 de agosto de 2019, se corrió traslado de la demanda arbitral.
- 3.4. Mediante la Comunicación N°13, de fecha 27 de agosto de 2019, se observa la demanda arbitral debido a que no se adjuntó el informe N° 978-2019-EMILIMA-GP/SGL y se les otorgó un plazo de cinco (5) días hábiles para que subsanen dicha observación.

- 3.5. Mediante la Decisión N° 2, de fecha 2 de setiembre de 2019, se suspende el arbitraje por el plazo de quince (15) días y se mantiene en custodia los escritos del 17 y 22 de agosto del 2019.
- 3.6. Mediante la Comunicación N° 15, de fecha 11 de noviembre de 2019, se acreditan los pagos del presente arbitraje.
- 3.7. Mediante la Decisión N° 3, de fecha 13 de noviembre de 2019, se decide levantar la suspensión del presente proceso arbitral y disponer su continuidad. Asimismo, se notifica la Decisión Cautelar N° 2 mediante la cual se incorpora la medida cautelar y se trae para resolver la apelación de la medida cautelar planteada por la ENTIDAD.
- 3.8. Mediante la Comunicación N° 17, de fecha 13 de noviembre de 2019, se deja constancia de la presentación de la Contestación de la demanda y se otorga un plazo de diez (10) días hábiles para que se pronuncien con respecto a la reconvencción planteada.
- 3.9. Mediante la Razón de Secretaría Arbitral N° 1, de fecha 13 de noviembre de 2019, se informa que se han acreditado los pagos de los gastos arbitrales que corresponden y que se está realizando el pago fraccionado conforme a lo establecido por la Secretaría General de Arbitraje. Asimismo, se puso en conocimiento los Escritos de fecha 21 de agosto y 19 de setiembre del 2019, remitidos por el 13° Juzgado Civil Sub especializado en lo Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima y la 2° Sala Civil Sub especializada en lo Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima. Dichos escritos contienen el cuaderno de primera instancia del Expediente Cautelar N° 02928-2019-62-1817-JR-CO-13 y el cuaderno de apelación del mismo.
- 3.10. Mediante la Comunicación N° 18, de fecha 11 de diciembre, se deja constancia de la presentación de la contestación de la reconvencción, así como de la excepción de incompetencia que deduce el Contratista contra la Primera Pretensión Principal de dicha reconvencción.

Cabe precisar que la Entidad no presentó absolución a la excepción deducida por su contraparte.
- 3.11. Mediante la Decisión N° 4 de fecha de 29 de enero de 2020 se informó a las partes respecto a la variación de la sede del presente arbitraje.
- 3.12. Con fecha 5 de febrero de 2020 se llevó a cabo la Audiencia de exposición de las posiciones de las partes sobre la excepción deducida por el CONTRATISTA y, de modo simultáneo, la exposición de la posición de las partes respecto de la Medida Cautelar. Asimismo, se emite la Decisión N°6 que cierra instrucción respecto de la excepción de incompetencia deducida e inicia el plazo para emitir el laudo parcial, en un plazo de cuarenta (40) días hábiles, con fecha de vencimiento al 02 de abril de 2020.

3.13. Con fecha 15 de marzo de 2020, el Supremo Gobierno declara el Estado de Emergencia Nacional como consecuencia del brote del COVID-19, disponiendo la el distanciamiento social (cuarentena) de la población nacional por el término de quince (15) días calendario. Dicho período de suspensión fue extendido, sucesivamente, mediante Decretos Supremos N°051-2020-PCM, N°064-2020-PCM, N°075-2020-PCM, N°083-2020-PCM, N°094-2020-PCM, lo que ha llevado la extensión de tal medida hasta el 30 de junio 2020 inclusive, lo que implica una suspensión total de setenta y seis (76) días hábiles.

Como consecuencia de ello, se ha dispuesto por el Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú la suspensión de todos los plazos procesales por el mismo lapso, lo que extiende la fecha de su vencimiento al 16 de julio de 2020.

En la fecha, dentro del plazo establecido, se emite el presente Laudo Parcial.

IV. CUESTIONES PRELIMINARES

4.1. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar que:

- i) El Tribunal Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral celebrado por las partes;
- ii) En momento alguno se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación;
- iii) El Consorcio presentó su escrito de demanda dentro del plazo dispuesto;
- iv) La Entidad fue debidamente emplazada con la demanda, cumpliendo con contestarla y formulando reconvenición;
- v) Las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios. Asimismo, las partes presentaron sus alegatos por escrito.
- vi) Las partes tuvieron oportunidad de informar oralmente al Tribunal Arbitral en la audiencia convocada con tal fin.
- vii) El análisis del presente caso y las conclusiones a las que arribe el Tribunal Arbitral, serán efectuadas de conformidad con la documentación aportada por las partes, así como de la información que de modo indubitable se desprende de los actuados que obran en el expediente del caso, habiéndose tenido en cuenta en su integridad, aún en caso de no ser expresamente mencionada en el análisis;
- viii) Los hechos a los que se refiere el análisis del caso son los establecidos en los antecedentes, en concordancia con la información que obra en el expediente del proceso, así como los que se mencionan en los demás acápite del presente laudo arbitral parcial;
- ix) El Tribunal Arbitral, conforme lo establecido en el Artículo 139° numeral 1 de la Constitución Política del Perú, ejerce función jurisdiccional y,

por lo tanto, no se encuentra subordinado a ningún órgano administrativo o de cualquier otra índole, ejerciendo sus funciones con absoluta independencia, en el marco de las competencias que son propias a su naturaleza;

- x) El Tribunal Arbitral está procediendo a emitir el laudo parcial dentro del plazo que corresponde a las reglas de este proceso.
- 4.2. Asimismo, este Tribunal Arbitral deja expresa constancia que, para resolver los puntos controvertidos, está facultado para modificar el orden de ellos, unirlos o tratarlos por separado, de acuerdo con la finalidad que es la de fijar la verdad material y declararla conforme a los hechos producidos. Finalmente, el Tribunal Arbitral declara haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde, aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o al valor probatorio asignado.
- 4.3. En cuanto a la norma aplicable, de acuerdo a la fecha de convocatoria del procedimiento de selección del cual deriva el contrato materia del presente caso arbitral, la norma aplicable al presente caso es la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N°30225 modificada por el Decreto Legislativo N°1341 (en adelante, La Ley), y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF.

Estas disposiciones son aplicables para todos los contratos que han tenido como origen procedimientos de selección convocados entre el 03 de abril de 2017 y el 30 de enero de 2019.

V. CUESTIONES CONTROVERTIDAS DEL LAUDO PARCIAL

Mediante Comunicación N° 18, de fecha 11 de diciembre del 2019, se determinó la única cuestión controvertida que se resolverá a través del presente laudo parcial:

“Resolver la excepción de incompetencia formulada por el CONTRATISTA respecto a la primera pretensión principal de la Reconvención de la ENTIDAD - “Que el Tribunal aplique el máximo del porcentaje establecido en la CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA del Contrato N° 029-2018-EMILIMA de fecha 03.08.2018, esto es, el diez por ciento (10%) del monto contractual señalado en la cláusula TERCERA del mencionado contrato”

VI. POSICIONES DE LAS PARTES

Posición del Contratista

- 6.1. En el marco de lo establecido en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje, el CONSORCIO requiere al Tribunal que se declare incompetente respecto a la primera pretensión de la reconvención presentada por EMILIMA, ya que la normativa de las Contrataciones con el Estado no reconocería en ningún extremo que un Tribunal Arbitral aplique penalidades en suplencia de la Entidad.
- 6.2. Agrega que el Tribunal Arbitral es competente para pronunciarse sobre si una penalidad fue correctamente aplicada o no, pero no así para sustituirse en la Entidad y emitir un acto administrativo que la Entidad no ha emitido. Es decir, dado que la Entidad no ha aplicado penalidad alguna, no puede pedir que el Tribunal Arbitral se sustituya en su decisión y la aplica en su lugar.
- 6.3. Independientemente que la penalidad se justifique en un incumplimiento contractual, el CONSORCIO señala que su imposición se constituye en un acto administrativo que debe cumplir con los requisitos de validez dispuestos en el artículo 3 de la Ley de Procedimiento de Administrativo General, no reuniéndose con los requisitos de competencia, procedimiento regular y motivación que corresponden ser adoptados por la ENTIDAD, no así por el Tribunal Arbitral.
- 6.4. En virtud de lo expuesto, sostiene que debe declararse FUNDADA la excepción de incompetencia aducida, sobre la primera pretensión principal de la reconvención.

Posición de la Entidad

Si bien la Entidad no absolvió vía escrita la excepción deducida por su contraparte, en la audiencia celebrada sobre este tema, defendió la posibilidad del Tribunal Arbitral de aplicar penalidad, cuando se evidencie el retraso incurrido por su contraparte.

VII. POSICIÓN DEL TRIBUNAL

- 7.1. Corresponde en este Laudo Parcial determinar si corresponde o no amparar la excepción de incompetencia deducida por el Contratista, conforme a la cual considera que se debe excluir la primera pretensión principal de la

reconvenición planteada por la Entidad, por la cual solicitaba que el Tribunal Arbitral aplique el máximo de la penalidad por mora a su contraparte.

Para ello debe tenerse en cuenta que la Entidad no ha aplicado penalidad por mora al Contratista, de modo tal que, en estricto, su pedido implica que este Colegiado efectúe su aplicación de modo originario, es decir sin que exista una decisión previa de la Entidad sobre la cual evaluar su pertinencia o legalidad.

7.2. Dado que se cuestiona la competencia de este Colegiado, la solución de esta controversia se efectuará en función al principio del *Kompetenz kompetenz*, por el cual corresponde a este órgano la facultad de decidir sobre su propia competencia, incluso cuando ella sea cuestionada mediante la formulación de excepciones por una de las partes durante el curso del proceso arbitral. Así, corresponderá al mismo órgano (arbitral) cuya competencia se cuestiona, determinar si se han dado alguno de los factores que pudieran afectar su competencia a saber, ya sea por razón de la materia u otros sustentados en la Ley¹.

7.3. Para tales efectos, debe traerse a colación el artículo 3° de la Ley de Arbitraje, el mismo que a la letra establece lo siguiente:

“Artículo 3.- Principios y derechos de la función arbitral

(...)

3. *El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo”.*

“Artículo 41.- Competencia para decidir la competencia del tribunal arbitral.

1. *El tribunal arbitral es el único competente para decidir sobre su propia competencia, incluso sobre las excepciones u objeciones al arbitraje relativas a la inexistencia, nulidad, anulabilidad, invalidez o ineficacia del convenio arbitral o por no estar pactado el arbitraje para resolver la materia controvertida o cualesquiera otras cuya estimación impida entrar en el fondo de la controversia. Se encuentran comprendidas en este ámbito las excepciones por prescripción, caducidad, cosa juzgada y cualquier otra que tenga por objeto impedir la continuación de las actuaciones arbitrales.”*

(El subrayado es nuestro)

7.4. Bajo tal contexto, la pretensión planteada por la Entidad vía reconvenición – y cuya pertinencia cuestiona el Consorcio, solicita que: “Que el Tribunal aplique el máximo del porcentaje establecido en la CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA del Contrato N° 029-2018-EMILIMA de fecha 03.08.2018, esto es, el diez

¹ CASTILLO FREYRE, Mario y SABROSO MINAYA, Rita. “Competencia para decidir la competencia del Tribunal Arbitral”. En ADVOCATUS, N°30, Lima, 2014, p. 297.

por ciento (10%) del monto contractual señalado en la cláusula TERCERA del mencionado contrato”.

Cabe determinar, en esa línea, si corresponde o no al Tribunal Arbitral asumir la decisión de aplicar una penalidad (por mora) en su monto máximo, que no ha sido impuesta por la Entidad. Ello implica dilucidar, si el Tribunal Arbitral puede emitir actos originarios que no han sido previamente decididos por la Entidad ni han estado en controversia; es decir, si le corresponde y se encuentra facultado para sustituirse en la posición de una de las partes, en este caso la Entidad, a fin de aplicar penalidades que no han sido previamente imputadas o impuestas.

- 7.5. Con respecto a la ley aplicable al presente caso, la normativa de las Contrataciones del Estado reconoce y faculta expresamente a la parte estatal para que sea ella quien aplique penalidades al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, considerando -desde luego- los parámetros de cada régimen (“por mora” u “otras penalidades”), según se desprende de los siguientes artículos del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificatoria:

“Artículo 4.- Organización de la Entidad para las contrataciones

(...)

4.2. El órgano encargado de las contrataciones tiene como función la gestión administrativa del contrato, que involucra el trámite de perfeccionamiento, la aplicación de las penalidades, el procedimiento de pago, en lo que corresponda, entre otras actividades de índole administrativo. La supervisión de la ejecución del contrato compete al área usuaria o al órgano al que se le haya asignado tal función.”

Artículo 132.- Penalidades

El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las mismas que deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.

(...).

“Artículo 133.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. (...)”

“Artículo 134.- Otras penalidades

Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 133, siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, deben incluir los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.”

- 7.6. En esa misma línea, la Cláusula Décimo Quinta del Contrato sobre las penalidades menciona expresamente que será la Entidad quien las aplicará. Véase a continuación:

CLÁUSULA DÉCIMA QUINTA: PENALIDADES

Si **EL CONTRATISTA** incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, **LA ENTIDAD le aplicará una penalidad por cada día de atraso**, de acuerdo a la siguiente fórmula:

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

Donde:
F = 0.40 para plazos menores o iguales a sesenta (60) días.
F = 0.15 para plazos mayores a sesenta (60) días.

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse.

Se considera justificado el retraso, cuando **EL CONTRATISTA** acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo, conforme el artículo 133° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Adicionalmente a la penalidad por mora pactada en los párrafos precedentes, en el marco de lo establecido en el artículo 134° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se aplicarán las siguientes penalidades:

- 7.7. En efecto, sin perjuicio de que la penalidad asciende a su monto máximo (10% del monto contrato) o menor, su aplicación es una facultad que corresponde ser ejercida por la Entidad, cuyo ejercicio debe ser concreto y manifiesto frente al contratista durante la ejecución contractual, pues siendo esta parte privada quien asume la carga pecuniaria, mantiene su derecho de cuestionar la penalidad aplicada en lo que considere pertinente y en la vía correspondiente.

De esta manera, de acuerdo a la normativa de las Contrataciones del Estado, las penalidades “por mora” y las “otras penalidades” se aplica por un sujeto y en un espacio/tiempo determinado; es decir, por la parte estatal durante la ejecución contractual; con la oportunidad de que el contratista la cuestione de ser el caso.

- 7.8. El Tribunal Arbitral es competente para determinar si una penalidad decidida por la parte estatal ha sido bien o mal imputada, pero no así para sustituirse en la función de la parte estatal y aplicar una penalidad donde aquella no lo ha hecho. Es decir, le corresponde revisar la legalidad de una decisión, no así asumir las funciones de un órgano de la administración pública ni mucho menos sustituirse en sus funciones.
- 7.9. Teniendo claro ello, carece de asidero legal que la ENTIDAD acuda a la vía arbitral y pretenda que el Tribunal aplique el máximo de la penalidad (10% del monto contractual) que no ha sido aplicada por la parte accionante. Tal prerrogativa le corresponde únicamente a la parte estatal del contrato, no

así a un Tribunal Arbitral, cuya competencia arbitral está delimitada a analizar la validez o invalidez de su aplicación, de ser el caso.

7.10. Con todo lo anterior, cabe amparar la excepción de incompetencia respecto de la Primera Pretensión Principal de la reconvención planteada por la Entidad, de modo tal que esta deviene en FUNDADA. En consecuencia, se excluye la Primera Pretensión Principal de la reconvención formulada por la Entidad, de la materia controvertida a ser resuelta en el presente caso arbitral.

Sin perjuicio de lo mencionado, la Entidad mantiene expedito su derecho a aplicar las penalidades conforme a lo previsto en la normativa sobre contrataciones del Estado y en el contrato suscrito, teniendo asimismo en cuenta lo que resuelva en el presente caso arbitral.

Por lo que el Tribunal Arbitral y por UNANIMIDAD emite el LAUDO PARCIAL, en los términos siguientes:

RESUELVE:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la excepción de incompetencia planteada por el CONSORCIO INTEGRAL GADA 2H, únicamente con respecto a la primera pretensión principal de la Reconvención planteada por la EMPRESA MUNICIPAL INMOBILIARIA DE LIMA y, en consecuencia, se excluye dicho extremo controvertido, de la materia a ser resuelta en el presente caso arbitral.

SEGUNDA: Notifíquese a las partes el presente Laudo Arbitral Parcial, así como procédase a su publicación en el SEACE, facultándose para ello al Presidente del Tribunal Arbitral a suscribir los documentos que sean necesarios para dicha finalidad.

FIRMADO MARCO ANTONIO MARTÍNEZ ZAMORA. PRESIDENTE. ANDRÉS AUGUSTO CRIADO LEÓN. ÁRBITRO. CARLOS MARIANO RIVERA ROJAS. ÁRBITRO.

Lo que notifico a ustedes conforme a ley.

Atentamente,