

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

PROCESO ARBITRAL SEGUIDO ENTRE A Y D ASOCIADOS S.A.C. Y REGISTRO NACIONAL DE IDENTIFICACIÓN Y ESTADO CIVIL-RENIEC

I. FECHA Y LUGAR DE EXPEDICIÓN

El presente Laudo Arbitral de Derecho se expide en la ciudad de Lima, a los 3 días del mes de febrero del año 2016.

II. LAS PARTES

1. A y D Asociados S.A.C. en adelante LA CONTRATISTA o LA DEMANDANTE
2. Registro Nacional de Identificación y Estado Civil- RENIEC, en adelante LA ENTIDAD o LA DEMANDADA.

III. ÁRBITRO ÚNICO

1. Dr. Manuel de la Encarnación Chacaltana Mc.Millan, con Registro N° 34099 del Colegio de Abogados de Lima, designado Árbitro Único en el presente proceso arbitral.

IV. ANTECEDENTES

- Las partes litigantes, con fecha 24 de setiembre de 2014, suscribieron el Contrato N° 103-2014-RENIEC/SERVICIOS derivado del Concurso Público N° 05-2014-RENIEC para el "Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo de Capturador de Imagen- Scanner".
- De conformidad con lo dispuesto en el Convenio Arbitral contenido en la cláusula Décimo Séptima del Contrato N° 103-2014-RENIEC/SERVICIOS, cada una de las partes propuso al árbitro único. Por su parte, ante la falta de acuerdo entre los árbitros designados por las partes, mediante Resolución N° 073-2015-OSCE/PRE, del 6 de marzo de 2015, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, procedió a designar al Dr. Manuel de la Encarnación Chacaltana Mc.Millan, como Árbitro Único, quien aceptó su designación por Carta del 24 de marzo de 2015.
- Con fecha 6 de mayo de 2015, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Árbitro Único.

V. CUESTIONES PRELIMINARES DEL PROCESO ARBITRAL

Antes de analizar la materia controvertida, corresponde recordar lo siguiente: (i) que el Árbitro Único se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que el Árbitro Único no fue recusado; (iii) que no se impugnó ni reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación del el Árbitro Único; (iv) que LA CONTRATISTA presentó su demanda dentro del plazo dispuesto para ello; (v) que LA ENTIDAD fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; (vi) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios; (vii) que el Árbitro Único ha procedido a emitir el laudo dentro del plazo establecido.

VI. INSTALACIÓN DE ÁRBITRO ÚNICO

Por Acta de fecha 6 de mayo de 2015, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Árbitro Único, con lo cual se da por instalado el mismo, con la asistencia de los representantes de LA CONTRATISTA y LA ENTIDAD.

En este acto, el árbitro único ratificó su aceptación al cargo e insistió en que no se encontraba sujeto a incompatibilidad alguna ni a hechos o circunstancias que le obligara a inhibirse, al no haber mantenido ni mantener relación alguna con las partes. Asimismo, se designó como Secretario Arbitral al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado- OSCE y como sede arbitral sito en EL Edificio El Regidor, N° 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María, provincia y departamento de Lima.

Asimismo, se declaró abierto el proceso arbitral, disponiéndose un plazo de quince (15) días contados desde la notificación de la referida acta para que LA DEMANDANTE cumpla con presentar su escrito de Demanda.

VII. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

El Árbitro Único estima conveniente efectuar una breve descripción de los argumentos expuestos por las partes intervinientes, con el objeto de sustentar adecuadamente el presente Laudo, en estricta observancia con lo dispuesto en el artículo 56º de la Ley General de Arbitraje, aprobado por Decreto Legislativo N° 1071.

7.1. RESPECTO A LA DEMANDA

LA DEMANDANTE presentó su escrito de Demanda el 27 de mayo de 2015, es decir, dentro del plazo establecido por el Árbitro Único, solicitando lo siguiente:

PRIMERA PRETENSIÓN

Que se declare que no corresponde la aplicación de la penalidad por mora contra Ay D ASOCIADOS S.A.C. por el monto de S/.6,317.78 (Seis Mil Trescientos Diecisiete con 78/100 Nuevos Soles), por el incumplimiento del numeral 5.5 de las Bases Integradas denominado Resultados Esperados.

En consecuencia, solicitan se declare inválida y/o ineficaz dicha penalidad aplicada indebidamente por RENIEC.

SEGUNDA PRETENSIÓN

Se ordene a LA ENTIDAD, la devolución del monto de la penalidad aplicada ascendente a la suma de S/.6,317.78 (Seis Mil Trescientos Diecisiete con 78/100 Nuevos Soles), deducida de la factura N° 002-6109, y en consecuencia, se disponga el pago de dicho monto a favor de LA CONTRATISTA.

TERCERA PRETENSIÓN

Se ordene a LA ENTIDAD que asuma la totalidad de costas y costos, incluyendo los gastos de los abogados que se originen en virtud del presente proceso arbitral.

LA DEMANDANTE ampara sus pretensiones en los siguientes argumentos de hecho:

Con respecto a los antecedentes, LA DEMANDANTE señala lo siguiente:

1. Con fecha 24 de setiembre de 2014, las partes suscribieron el Contrato N° 103-2014-RENIEC/SERVICIOS derivado del Concurso Público N° 05-2014-RENIEC para el "Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo de Capturador de Imagen- Scanner"¹.
2. Que en el Numeral 5.5. de los Términos de Referencia de las Bases Integradas del Concurso Público N° 05-2014-RENIEC, se estableció que LA CONTRATISTA debía de presentar un informe de incidencias o mantenimientos correctivos efectuados mensualmente a los equipos, el mismo que debe ser entregado dentro de los 5 días calendario siguientes de finalizado el mes del servicio.

¹ Contrato N° 103-2014-RENIEC/SERVICIOS derivado del Concurso Público N° 05-2014-RENIEC para el "Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo de Capturador de Imagen- Scanner", por un monto mensual ascendente a S/.63,177.78 (Sesenta y tres Mil Ciento Setenta y siete con 78/100 Nuevos Soles), un pago total de S/.758,133.41 (Setecientos cincuenta y ocho Mil Ciento Treinta y tres con 41/100 Nuevos Soles), y con un plazo de ejecución de doce (12) meses.

3. Mediante Carta AD-119-14 de fecha 23 de octubre de 2014, se hizo entrega del Cronograma de Mantenimiento Preventivo y Correctivo de Scanner Fujitsu.
4. Mediante Carta AD-120-14 de fecha 23 de octubre de 2014, se realizó la entrega del Informe Predictivo de Partes de Scanner Fujitsu.
5. En ese sentido, mediante Carta AD-125-14 de fecha 31 de octubre de 2014, LA DEMANDANTE informó a LA ENTIDAD que durante el periodo del 25 de setiembre al 24 de octubre de 2014 no se realizó el servicio de mantenimiento correctivo, debido a que no hubieron reportes de incidencias.
6. Mediante Carta AD-143-14 de fecha 28 de noviembre de 2014, LA CONTRATISTA le informa a LA ENTIDAD del primer Mantenimiento Preventivo según Cronograma de Trabajo, cumpliendo de esta manera el objeto del Contrato N° 103-2014-RENIEC/SERVICIOS, para lo cual, adjuntaron el cuadro del primer informe Preventivo y las copias de informes de Soporte Técnico.
7. Que en fecha 1 de diciembre de 2014, LA ENTIDAD mediante Carta N° 452-2014/GAD/RENIEC aplicó la penalidad por mora en la ejecución del Contrato N° 103-2014-RENIEC/SERVICIOS por la suma ascendente S/.6,317.78 (Seis Mil Trescientos Diecisiete con 78/100 Nuevos Soles), por el incumplimiento del numeral 5.5 denominado Resultados Esperados, al no haber presentado oportunamente el Informe de Incidencias, correspondiente al periodo comprendido entre el 25 de setiembre al 24 de octubre de 2014, sobre las Bases del Informe N° 2737-2014/GAD/SGLG/RENIEC.
8. Ante ello, el 9 de diciembre de 2014 LA CONTRATISTA interpuso recurso de reconsideración contra la decisión que consideran arbitraria, injustificada e ilegal de LA ENTIDAD, comunicada mediante Carta N° 452-2014/GAD/RENIEC, señalando que la presentación del Informe de Incidencias o Mantenimiento Correctivo no constituye una prestación principal del contrato de servicio, en tanto no representa la esencia de la contratación realizada por LA ENTIDAD, por lo tanto, consideran una aplicación indebida de la penalidad y se solicita la nulidad y/o ineficacia de la misma.
9. Al respecto, LA ENTIDAD a través de la Carta N° 491-2014/GAD/RENIEC declara improcedente el recurso de reconsideración por la vía legal utilizada, ya que a su entender no puede utilizarse como norma aplicable la

Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, y señala que de existir alguna controversia con respecto a los pagos, la parte contractual que se encuentra en desacuerdo podría someterlo a arbitraje, acorde con lo dispuesto en la cláusula décimo séptima del Contrato y en concordancia con la norma de contrataciones del Estado.

10. En ese sentido, LA CONTRATISTA presentó su solicitud de Arbitraje de fecha 18 de diciembre de 2014, la misma que fue notificada con fecha 23 de diciembre de 2014, mediante la cual solicitó se declare que no corresponde la aplicación de la penalidad por mora y por consecuencia, se ordene a LA ENTIDAD la devolución del monto de la penalidad por mora aplicada.

Con respecto a la Primera Pretensión Principal: Que se declare inválida e ineficaz la penalidad por mora aplicada por LA ENTIDAD:

Acerca de la obligación de entrega del informe de incidencias o mantenimiento correctivo, LA DEMANDANTE señala lo siguiente:

11. El numeral 5.5. de los Términos de Referencia de las Bases Integradas del Concurso Público N° 05-2014-RENIEC, que detalla los Resultados Esperados del Servicio señala que:

"A fin de lograr la permanente operatividad de los equipos se requiere un adecuado control de cambio de los repuestos y/o partes, para ello deberán entregar el informe de las incidencias o mantenimientos correctivos efectuados mensualmente. Dicha información deberá ser entregada a la Sub Gerencia de Soporte Técnico Operativo durante los siguientes 5 días calendarios, contabilizados desde el día siguiente de finalizado el mes de servicio.


El informe técnico correspondiente a las atenciones de incidencias o mantenimiento correctivo realizado, deberá contener la siguiente información como mínimo:

- *Detalle de las labores efectuadas durante el mantenimiento.*
- *Recomendaciones para el mejor funcionamiento de los equipos.*
- *El estado de operatividad de cada equipo.*
- *Observaciones o recomendaciones.*


Entregado el informe de incidencias o mantenimientos correctivos, se procederá a emitir el acta de conformidad del servicio"

12. LA DEMANDANTE indica que acorde con lo señalado, las Bases del Concurso Público N° 05-2014-RENIEC han instaurado como deber de LA CONTRATISTA la presentación de un Informe de Incidencias o

Mantenimientos Correctivos efectuados mensualmente a los equipos, el mismo que debe ser entregado dentro de los cinco (05) días calendario siguientes de finalizado el mes del servicio.

- 
13. En primer lugar, debe indicarse que entre las penalidades que una Entidad le puede aplicar a un contratista, se encuentra la penalidad por mora, regulada en el artículo 165° del Reglamento de Contrataciones del Estado. Al respecto, el primer párrafo del referido artículo precisa que *"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"*
 14. De esta manera la normativa de contrataciones del Estado ha previsto la aplicación de una penalidad por mora al contratista que se retrase en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato.
 15. Ahora bien, debe indicarse que una vez perfeccionado un contrato, el contratista se obliga a ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad de conformidad con las disposiciones contractuales; por su parte, la Entidad se compromete a pagar al contratista la contraprestación correspondiente, en la forma y oportunidad establecidas en el contrato.
 16. De esta forma, señala que una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato en este caso el "Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo de Capturador de Imagen-Scanner", y en esa medida, satisfacer el interés de la RENIEC; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. En otras palabras, es aquella cuyo incumplimiento impide alcanzar la finalidad del contrato.
 17. No obstante, las obligaciones establecidas en las Bases o en un Contrato suscrito bajo el ámbito de la normativa de contrataciones con el Estado no se limitan a ser obligaciones esenciales, pues también pueden detallarse obligaciones no esenciales - como la presentación de un informe de incidencias o Mantenimiento Correctivo-; su naturaleza dependerá de si su cumplimiento es necesario para alcanzar la finalidad del contrato o no.
 18. Por tanto, no toda obligación establecida en las Bases o en el contrato constituye una obligación esencial.
 19. Considerando que las obligaciones esenciales son aquellas cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato;


las obligaciones no esenciales pueden definirse como aquellas cuyo cumplimiento no es indispensable para alcanzar la finalidad del contrato o, en otras palabras, su incumplimiento no impide alcanzar la finalidad del contrato, así lo ha determinado el OSCE mediante Opinión N° 027-2014/DTN.

- 
20. Ahora bien, resulta indispensable señalar que el objeto del contrato es la contratación del servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo de Capturador de Imagen-Scanner, conforme a las Especificaciones Técnicas comprendidas en las Bases Administrativas y la Propuesta Técnica y Económica presentada por el contratista, de acuerdo a lo previsto por la cláusula cuarta del contrato.
21. En ese sentido, la entrega del Informe de Incidencias o Mantenimiento Correctivo vendría a ser una obligación no esencial, ya que su cumplimiento no es indispensable para alcanzar la finalidad del contrato que es el "Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo de Capturador de Imagen-Scanner"
22. Por tanto, atendiendo a que la obligación referida a la presentación del informe de incidencias o mantenimientos correctivos no constituyen una prestación principal del Contrato N° 103-2014-RENIEC/SERVICIOS por cuanto no representa la esencia de la contratación realizada por LA ENTIDAD, no corresponde aplicar la penalidad por mora en la ejecución del contrato que se refiere al artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D.S. N° 184-2008-EF y modificado por el D.S. N° 138-2012-EF.
23. Sin perjuicio de ello, se puede inferir que al no haberse realizado ninguna incidencia ni mantenimiento correctivo no sería obligatorio presentar el informe, porque como se puede apreciar este informe técnico deberá contener labores efectuadas durante el mantenimiento. Ahora bien, dicho mantenimiento nunca se llevó a cabo por no considerarlo necesario y porque no hubieron incidencias a la fecha entregable, más aún, cuando la presentación de este informe vendría a ser una obligación subordinada a la obligación principal que es el "Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo de Capturador de Imagen-Scanner"

Con respecto a la supuesta aplicación indebida de la penalidad, LA DEMANDANTE señala lo siguiente:

24. La doctrina define como cláusula penal o penalidad a aquella regla contractual por la cual, las partes se comprometen a indemnizar por daños

y perjuicios a la parte dañada por el incumplimiento o la demora en la ejecución de las prestaciones materia del acuerdo, siendo ello definido en el artículo 1341° del Código Civil.

- 
25. La propia Ley de Contrataciones del Estado, a través de su Reglamento, en su artículo 165° señala los alcances de la cláusula penal en las contrataciones públicas, prescribiendo que LA CONTRATISTA debe pagar por el daño generado a partir de su responsabilidad como tal siendo que el incumplimiento no se encuentre justificado, siendo la doctrina que sostiene lo dicho por el precepto legal alegando que "la penalidad desincentiva dicho retraso y opera al margen de que dicho retraso le haya ocasionado algún tipo de perjuicio efectivo a la Entidad.
26. Las Bases ni el Contrato han establecido otras penalidades distintas a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 166° que señala: *"Otras penalidades. En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean objetivas, razonables, 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"*
27. De acuerdo con el artículo citado, las entidades pueden establecer en las Bases de los procesos de selección que convocan, penalidades distintas a la penalidad por mora, las que se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora 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.
28. Ahora bien, esta potestad de las Entidades debe ser ejercida observando, cuando menos, tres parámetros: la objetividad, la razonabilidad y la congruencia con el objeto de convocatoria.
29. De esta manera la previsión de penalidades distintas a la penalidad por mora en las Bases de un proceso de selección, implica observar los parámetros antes mencionados, esto con la finalidad de evitar que durante la ejecución contractual surjan discrepancias entre la Entidad y el Contratistas respecto a la aplicación de estas penalidades.
30. En este punto, es importante precisar que, en el supuesto en que las Bases de un proceso de selección se establezcan penalidades distintas a la penalidad por mora, una vez integradas las Bases no cabe modificación de

éstas; por lo que, al presentar su propuesta, el postor se somete a las condiciones establecidas en dichas Bases, asumiendo la obligación de celebrar y ejecutar el contrato bajo dichas condiciones, de resultar ganador de la buena pro.

31. Adicionalmente, el artículo 143° del Reglamento establece que *"Durante la ejecución del contrato, en caso el contratista ofrezca bienes y/o servicios con iguales o mejores características técnicas, de calidad y de precios, la Entidad, previa evaluación, podrá modificar el contrato, siempre que tales bienes y/o servicios satisfagan su necesidad. Tales modificaciones no deberán variar en forma alguna las condiciones originales que motivaron la selección del contratista"*


32. De acuerdo con el artículo citado, una vez celebrado el contrato, este puede incorporar modificaciones que no impliquen variación alguna en las condiciones originales que motivaron la selección del contratista, pues, de lo contrario, se vulnerarían los principios que inspiran las contrataciones con el Estado, entre estos, el de Transparencia, Imparcialidad, Eficiencia, y Trato Justo e Igualitario, al otorgarse un trato preferente a favor del postor ganador de la buena pro – y contratista de la Entidad a partir de la celebración del contrato-, en perjuicio de los demás postores que adecuaron sus propuestas a las condiciones establecidas en las Bases del proceso de selección.

33. En consecuencia, de haberse pretendido aplicar alguna penalidad por incumplimiento de alguna obligación distinta a la prestación principal del contrato, se hubiera previsto en forma expresa en la aplicación de OTRAS PENALIDADES en las Bases Integradas; por lo que no corresponde la aplicación de la penalidad por el incumplimiento de la presentación del Informe de Incidencias o Mantenimientos Correctivos.

34. La aplicación de las penalidades distintas a la penalidad por mora, se encuentran reguladas en el artículo 166° del Reglamento. En este caso, el contrato debe establecer, de manera clara y precisa, los tipos de incumplimiento que se penalizarán, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma y procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos.

35. Podemos inferir que las penalidades distintas a la penalidad por mora, reguladas en el artículo 166° del Reglamento, se calculan de conformidad con las disposiciones del contrato, el que debe establecer de manera clara y precisa, los tipos de incumplimiento que se penalizarán, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o

procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos y una vez celebrado el contrato, no es posible que la Entidad modifique como lo quiere hacer en el presente caso, unilateralmente, las condiciones del contrato, incorporando penalidades distintas a la penalidad por mora.



36. Dicho esto, la penalidad se origina como consecuencia del incumplimiento en la ejecución de la prestación, dicho esto, en el presente caso se quiere imputar el pago de dichas por el solo incumplimiento de la obligación, siendo que dicha pretensión cae en falsedad en razón a que, como se expone en líneas supra, LA CONTRATISTA habría cumplido con los preceptos señalados en los Términos de Referencia del Numeral 5.5 de las Bases, dado que no hubo necesidad de realizarse un informe de incidencias porque sencillamente no hubieron incidencias en la fecha del entregable, dado que los mismos Términos de Referencia señalan literalmente *"A fin de lograr la permanente operatividad de los equipos, se requiere un adecuado control de cambio de los repuestos y/o partes, para ello deberán presentar el informe de las incidencias o mantenimientos correctivos efectuados mensualmente"*, dicho esto, y en señal de la buena fe, informamos a RENIEC que no era necesario presentar informe alguno pues no existió situación alguna que generase la emisión de dicho documento.

37. En consecuencia, no se configuran en este caso ni las condiciones generales señaladas por el Código Civil ni las situaciones especiales que señala la normativa aplicable a las contrataciones públicas, siendo en consecuencia, que la penalidad imputada deviene en nula dado que no existe justificación legal y menos jurídica que sustente tal pretensión.

38. Sobre este particular, LA DEMANDANTE señala que no corresponde la aplicación de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación toda vez que la obligación presentación del Informe de Incidencias o Mantenimientos Correctivos no constituyen una obligación esencial del contrato suscrito entre las partes.

39. En tal sentido, OSCE señala que las penalidades tienen dos finalidades:

- Compulsiva: lo que pretende es compeler u obligar al contratista a que cumpla sus obligaciones contractuales, pues de lo contrario se haría merecedor de las penalidades establecidas en el contrato (y/o en la Ley y en el Reglamento) y a la ejecución de las garantías que presentó para garantizar su obligación.

- Resarcitoria: a través de su ejecución y aplicación, respectivamente, se busca indemnizar a la Entidad por los eventuales daños y perjuicios que haya sufrido debido al incumplimiento del contratista.
40. Que conforme a lo señalado el OSCE a través de diversas opiniones, a las penalidades que puede aplicar la Entidad al contratista señala que cumplen una doble función, desincentivar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; así como resarcir a la Entidad por el daño o perjuicio que el retraso en la ejecución de la prestación le hubiera causado.
41. LA DEMANDANTE señala que no se ha causado perjuicio alguna a la Entidad, toda vez que conforme a lo señalado mediante Carta AD-125-14 del 31 de octubre de 2014, durante el periodo del 25 de setiembre al 24 de octubre de 2014 no hubieron reporte de incidencias por lo que no se realizó el servicio de mantenimiento correctivo. En tal sentido, atendiendo a que no se ha generado perjuicio alguno a la Entidad, no existe fundamento para que se resarza a la Entidad por el retraso en la entrega de la Carta AD-125-14 del 31 de octubre de 2014.
42. En relación al monto de la penalidad, cabe indicar que el mismo ha sido determinado atendiendo al monto mensual correspondiente al contrato, el cual no resulta aplicable a la obligación de presentación del informe de Incidencias, pues dicha obligación no constituye obligación esencial del contrato. Por lo que cabría indicar que se verifica igualmente un defecto en este extremo.

Con respecto a la nulidad o ineficacia de la penalidad, LA DEMANDANTE señala lo siguiente:

43. Las Bases Integradas del Concurso Público N° 05-2014-RENIEC, establecieron como marco legal del procedimiento de selección, la aplicación de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General.
44. El artículo I del Título Preliminar de la Ley 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG), señala las Entidades consideradas de la Administración Pública.²

² "7. Las demás entidades y organismos, proyectos y programas, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de la ley que las refiera a otro régimen"

45. En tal sentido, RENIEC se encontraría dentro del ámbito de aplicación de la referida Ley, por lo que resultaría pertinente sostener que la Carta N° 452-2014/GAD/RENIEC que aplica la penalidad a LA DEMANDANTE, es considerada como un acto administrativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 1° del dispositivo legal antes descrito.
46. Por lo tanto la Carta N° 452-2014/GAD/RENIEC, al emitirse en el marco de ejecución de un contrato estatal, debe estar acorde con los requisitos de validez del acto administrativo establecidos en la misma Ley LPAG. Sin embargo, como se podría apreciar la referida comunicación ha aplicado la penalidad contra LA DEMANDANTE sin haber observado el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el mismo que no resultaría aplicable a la obligación de presentación del informe de incidencias, que refiere el Numeral 5.5. de las Bases Integradas del Concurso Público N° 05-2014-RENIEC, conforme lo expuesto por LA DEMANDANTE anteriormente.
47. Por lo expuesto se podría sostener que la Carta N° 452-2014/GAD/RENIEC estaría contraviniendo los requisitos esenciales de validez que deben ser tomados en cuenta para declarar la nulidad del mismo. En efecto, de acuerdo a lo establecido en el Numeral 5.3 del artículo 5° de la LPAG, los actos administrativos no pueden, por prohibición expresa de la Ley contravenir disposiciones constitucionales, legales, mandatos judiciales firmes ni normas administrativas. Ello se encontraría relacionado a su vez con lo previsto en el artículo 3° inciso 2 de la LPAG, cuando se refiere al objeto o contenido, como uno de los requisitos de validez de los actos administrativos.
48. En tal sentido, se estaría condicionando la validez del acto administrativo al cumplimiento del ordenamiento jurídico, de lo contrario, corresponderá la nulidad del mismo.
49. Que en el caso concreto, tal como se habría podido advertir de lo indicado en los puntos anteriores, la Carta N° 452-2014/GAD/RENIEC no habría cumplido con sujetarse al ordenamiento aplicable, conforme lo dispuesto en el Numeral 1 del artículo 10° de la LPAG.
50. Súmese a ello que la doctrina ha señalado que las penalidades serán inaplicables en tanto las causales de dicha penalidad no se configuran, esto es, que el vencimiento del plazo de ejecución de la prestación originalmente pactado en el contrato no determina por sí solo la aplicación de la penalidad por mora, siendo en consecuencia, que la presunta mora en la ejecución debe ser previamente examinada para que luego de determinada la misma,

y luego de ser pagada la presunta ejecución demorada, recién se pueda hablar de una aplicación de penalidades por inejecución o ejecución demorada, siendo que en el presente caso no se ha dado.

Con respecto a un supuesto Abuso de Derecho, LA DEMANDANTE señala lo siguiente:

51. Desde hace muchos años atrás se viene hablando de la asimetría dentro de la relación jurídica contractual entre el Estado y los particulares, siendo los defensores de dicha disparidad en que el Estado contrata en función a la necesidad pública y a los controles que una relación de esta envergadura debe tener en pro de la transparencia del gasto público; sin embargo, existe un principio jurídico que se encuentra reconocido en el artículo 103° de la Constitución Política del Perú y el artículo II del Título Preliminar del Código Civil, que el cese del abuso del derecho, que en la doctrina nacional se define como una situación de tipo patológica la cual tiene por objeto ampararse en una norma legal, para, en base a lo dichos en la norma amparada, ejercer una situación jurídica de ventaja a costa de perjuicio de otra; siendo que las características de esta situación abusivas sería:

- a) Uso de un derecho de apariencia legal.
- b) Produce un daño no legitimado ni protegido
- c) Genera un supuesto de inmoralidad y antisocialidad del daño.

52. A criterio de LA DEMANDANTE, LA ENTIDAD habría buscado desde un primer momento, ampararse en alguna situación legal contractual para imputarles un daño materia de una penalidad, siendo que lo dispuesto en los procedimientos efectuados por la Entidad sólo han buscado causar un perjuicio a partir de la aplicación de una norma jurídica de cobertura como es el caso de las penalidades imputadas a LA DEMANDANTE siendo que en consecuencia que LA ENTIDAD estaría abusando de su ius imperium y ello deviene en un grave perjuicio a LA DEMANDANTE por ello, al amparo de lo precedente, solicitan que se declare funda la pretensión en razón a lo dicho.


Con respecto a la Segunda Pretensión Principal: Que se ordene a RENIEC la devolución del monto de la penalidad deducida de la Factura N° 002-6109, y en consecuencia, se dispongas el pago de dicho monto a favor de LA DEMANDANTE, ésta sostiene lo siguiente:

53. Solicita la devolución de la penalidad aplicada sobre la base que la presentación del informe de Incidencias y mantenimientos correctivos efectuados mensualmente a los equipos cuando no se hayan verificado incidencias o mantenimientos correctivos en el mes del servicio, no

constituyen una obligación esencial del contrato, por lo cual su presentación no está sujeta a la aplicación de penalidades conforme lo señalan las Bases y el Contrato.

54. La entrega del informe de incidencias o Mantenimiento Correctivo cuando no se hayan verificado incidentes no constituye una obligación esencial, ya que su cumplimiento no es indispensable para alcanzar la finalidad del contrato que es el "Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo de Capturador de Imagen-Scanner"

55. Por lo que de acuerdo a los Términos de Referencia de las Bases, cabe precisar que no hubo necesidad de realizar un informe de incidencias porque sencillamente no hubieron incidencias a la fecha del entregable; por lo que, en el presente caso no se habría configurado ningún retraso injustificado y por ende no corresponde aplicar penalidad alguna, de acuerdo al artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.




56. Asimismo, debe precisarse que LA ENTIDAD de haber pretendido aplicar alguna penalidad por incumplimiento distinto a la prestación principal del contrato, debía establecerla en forma expresa como aplicación de Otras Penalidades en las Bases Integradas; por lo que no correspondería la aplicación de la penalidad por el incumplimiento de la presentación de informe de Incidencias o Mantenimientos Correctivos, máxime si como se ha precisado, no se verificaron incidencias o mantenimientos en el mes del servicio respectivo.

57. En consecuencia, LA ENTIDAD debe cumplir con reintegrar el monto de S/.6,317.78 (Seis Mil Trescientos Diecisiete con 78/100 Nuevos Soles), que habría sido deducido indebidamente del pago de la Factura N° 002-6109 por concepto de penalidades; toda vez que no habría existido retraso injustificado respecto a la ejecución de las prestaciones principales objeto del contrato.

Con respecto a la Tercera Pretensión Principal: Que se ordene a RENIEC que asuma la totalidad de costas y costos incluyendo gastos de abogados derivados del proceso arbitral, LA DEMANDANTE sostiene lo siguiente:

58. Conforme a lo establecido en el artículo 73° de la Ley General de Arbitraje respecto a la asunción o distribución de los costos, señala que el tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo entre las partes. A faltas de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal

arbitral podrá distribuir y prorratar estos costos entre las partes, si estima que el prorrato es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

- 
59. De otro lado, LA DEMANDANTE cita a Huáscar Ecurra Rivero, quien comenta el artículo 73° de la Ley de Arbitraje, indicando lo siguiente: Existe en la norma actual un énfasis muy claro en el sentido de que el que perdió el arbitraje, en principio pagará los costos del arbitraje. Y los costos del arbitraje comprenden la obligación de la parte vencida de devolver a la parte vencedora todo lo que ella gastó con motivo del proceso arbitral, lo que en ocasiones podrá ser un monto considerable.
60. En consecuencia conforme a lo dicho en este artículo, siendo que en este caso, que LA ENTIDAD ha actuado desmintiendo en todo momento la existencia de una penalidad mal aplicada, que carece de justificación legal y jurídica, que ha causado daño a LA DEMANDANTE, y tomando en cuenta que además que el mismo perjuicio ha sido generado por la actuación negligente de LA ENTIDAD, siendo ello pasible de que se le impute el pago de costas y costos del proceso de acuerdo a lo prescrito por el artículo 412° del Código Procesal Civil.
61. En consecuencia, si se toma en cuenta que la actuación procesal de LA ENTIDAD fue la de aplicar una penalidad de forma arbitraria e injustificada, entonces es razonable que se le impute completamente el pago de costos y costas, conforme se puede ver de una jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que señala lo siguiente: "Que en dicho sentido y conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, corresponde disponer el pago de los costos del proceso a favor del recurrente en la medida de que en el presente caso y de acuerdo con la motivación expuesta, la emplazada carecía de razones válidas para litigar y negar la (pretensión solicitada por el actor (...)"
62. Conforme a lo desarrollado en el escrito de demanda, en atención a los argumentos expuestos y considerando que existiría sustento lógico y jurídico que ampare la misma, LA ENTIDAD les habría obligado a recurrir al mecanismo del Arbitraje, por lo que solicitan que el pago de costas y costos que irroge la tramitación del presente proceso sean pagados íntegramente por LA ENTIDAD.

Finalmente, LA DEMANDANTE ofrece los medios probatorios señalados en el Numeral III del 1 al 7 de su escrito de Demanda.

7.2. RESPECTO A LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por escrito de fecha 8 de julio de 2015, LA ENTIDAD contesta la demanda, negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, en base a los siguientes fundamentos:

Respecto a las obligaciones contractuales asumidas por LA CONTRATISTA, LA ENTIDAD señala lo siguiente:

1. El eje principal de las dos primeras pretensiones demandadas se circunscribe a determinar si LA CONTRATISTA incurrió en algún retraso en el cumplimiento de alguna de sus obligaciones contractuales establecidas en el Contrato N°103-2014-RENIEC/SERVICIOS suscrito con LA ENTIDAD el 24 de setiembre de 2014 que derivó en la aplicación de la penalidad por mora impuesta en la primera factura.

2. Al respecto, señala que conforme la propia CONTRATISTA admite, los alcances de las pretensiones requeridas contractualmente habrían sido establecidas taxativamente en el Numeral 5.5 de los Términos de Referencia de las Bases Integradas del Concurso Público N° 005-2014-RENIEC, para la contratación del servicio "Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo de Capturador de Imagen-Scanner", en donde LA ENTIDAD consigna expresamente los resultados que espera obtener del proveedor ganador del proceso de selección materia de convocatoria, así entre otros se establece lo siguiente:

"A fin de lograr la permanente operatividad de los equipos, se requiere un adecuado control de cambio de los repuestos y/o partes, para ello deberán entregar el informe de las incidencias y mantenimiento correctivos efectuados mensualmente. Dicha información deberá ser entregada a la Sub Gerencia de Soporte Técnico Operativo durante los siguientes 05 días calendarios, contabilizados desde el día siguiente de finalizado el mes del servicio.

El informe técnico correspondiente a las atenciones de incidencias o mantenimiento correctivo realizado, deberá contener la siguiente información como mínimo:

- *Detalle de las labores efectuadas.*
- *Recomendaciones para el buen funcionamiento de los equipos.*
- *El estado de operatividad de cada equipo.*
- *Observaciones o recomendaciones.*

Entregado el informe de incidencias o mantenimiento correctivos, se procederá a emitir el acta de conformidad del servicio"


3. Esta obligación fue incorporada dentro de las cláusulas cuarta y quinta del contrato suscrito en donde se señala expresamente lo siguiente:

"CUARTA: OBJETO DEL CONTRATO

Constituye objeto del presente contrato la CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO DE CAPTURADOR DE IMAGEN- SCANNER que EL REGISTRO determine, conforme a las Especificaciones Técnicas comprendidas en las Bases Administrativas y la Propuesta Técnica Económica presentada por EL CONTRATISTA y que forman parte integrante del presente contrato.

QUINTA: ALCANCES DEL SERVICIO

El alcance del servicio está considerado en la Propuesta Técnica de EL CONTRATISTA, la misma que forma parte del presente contrato y deberá estar acorde con las Especificaciones Técnicas contempladas en los Términos de Referencia y Requerimientos Técnicos Mínimos de las Bases Administrativas"

- 
4. Conforme se aprecia en los párrafos anteriores la obligación contractual de presentar informes de incidencia o de mantenimiento correctivos fue expresamente consignado y detallado en los Términos de Referencia estableciéndose tanto sus alcances como la oportunidad en que deberían ser entregados sin establecer excepción alguna para su remisión como pretende argumentar LA DEMANDANTE.

Respecto al reconocimiento de la existencia de la causal de incumplimiento, LA ENTIDAD señala lo siguiente:


5. LA ENTIDAD sostiene que no ha sido materia de controversia la demora incurrida por LA CONTRATISTA en la entrega del primer informe a que se encontraba obligado en los Términos de Referencia; así como el origen de tal incumplimiento que se relaciona con causas imputables de exclusiva responsabilidad de LA CONTRATISTA, toda vez que sus argumentaciones se limitan a señalar que a su criterio, su representada no estaba obligada a presentar dicho documento por no constituir una obligación esencial del contrato suscrito.
6. Lo expresado anteriormente se evidencia claramente en lo considerado por LA CONTRATISTA en su Carta del 25 de noviembre de 2014, en donde, al momento de presentar su factura para el pago respectivo, expresamente consigna dos aspectos fundamentales a tener en consideración:
 - A) Que no cumplió dentro del plazo establecido;
 - B) Que el origen del incumplimiento se deriva por causas atribuibles exclusivamente a su responsabilidad, así tenemos:

"(...) el informe por el periodo del 25/09/2014 al 24/10/2014, por temas administrativos no se entregó en la fecha correspondiente según las bases del proceso (...)

Se envía este informe para los fines que se crea conveniente"

7. Es decir que LA CONTRATISTA tanto en su escrito de reconsideración (que no resulta aplicable en una relación contractual) como en los extremos de su demanda, resulta evidente que la argumentación de LA DEMANDANTE no discute si existió o no la falta sino que se limita a rechazar la imposición de cualquier sanción o penalidad calificada como *"(...) arbitraria, injustificada e ilegal (...)"* invocando la tesis que la presentación del informe de incidencias no constituye una obligación esencial del Contrato de Servicio, en tanto que no representa la esencia de la contratación realizada por LA ENTIDAD y por lo tanto no se encuentra sujeta a la imposición de penalidad alguna.

Respecto a la inconsistencia de la afirmación dada por EL CONTRATISTA en lo concerniente al tratamiento normativo de obligaciones esenciales y no esenciales, LA ENTIDAD señala lo siguiente:

- 
8. LA ENTIDAD busca encuadrar los hechos acaecidos a la normativa aplicable, así señalan que la imposición de penalidades por incumplimiento del plazo se encuentra determinada en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
 9. Como se puede apreciar del texto del artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en ningún extremo se menciona la existencia de la denominada "prestación no esencial del contrato suscrito" conforme al argumento presentado por LA CONTRATISTA, sino por el contrario se dispone expresamente que LA ENTIDAD *"(...) le aplicará al contratista (...)"* (término imperativo) una penalidad por el retraso injustificado en la *"(...) ejecución de las prestaciones objeto del contrato(...)"* sin hacer distinción alguna si las mismas deben ser esenciales, primordiales, principales, etc.
 10. A pesar de ser específica para el caso que nos ocupa, la norma antes señalada, de manera incongruente, LA DEMANDANTE pretende sustentar su posición en otra norma legal (artículo 168° del Reglamento) establecida para regular otro supuesto normativo a saber lo concerniente a regular las causales para resolver un contrato (supuesto de mayor gravedad que el de imponer una penalidad)
 11. Es decir, que por el simple hecho que en esta última sí se menciona expresamente en su redacción la existencia de "prestaciones esenciales del

contrato" LA CONTRATISTA desarrolla su argumentación de defensa para concluir que la imposición de la multa efectuada por LA ENTIDAD carece de sustento por aplicar un dispositivo que no se ajusta a la interpretación jurídica.

12. Ahora bien, como reafirmando su posición LA DEMANDANTE asume como propia la Opinión Técnica N° 027-2014/DTN dada por el OSCE respecto a los alcances y atribuciones de cada una de las partes contractuales en el supuesto que se pretenda resolver el contrato por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

13. Así tenemos que la precitada Opinión Técnica interpreta los alcances de los establecido en el artículo 40° literal c) de la Ley de Contrataciones del Estado concordante con él, ya mencionado artículo 168° del reglamento, normas que regulan la potestad, tanto del contratista como de la entidad, para resolver un contrato suscrito en el supuesto que se origine por el incumplimiento de alguna de las prestaciones contractuales siendo menester relevar lo señalado en el punto 2.1.2 que se transcribe en el escrito de Contestación de la Demanda.

14. Que lo señalado en el punto anterior se reafirma con las conclusiones señaladas en los numerales 3.6 y 3.7 de la precitada Opinión Técnica, conforme a lo siguiente:

"(...)

3.6 Un contratista puede resolverle a la Entidad un contrato por incumplimiento injustificado de sus obligaciones esenciales y, adicionalmente, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite la ejecución del mismo.

3.7 El incumplimiento de una obligación no esencial por parte del contratista - sea legal, contractual o reglamentaria- solo faculta a la Entidad a resolver el contrato; no siendo posible que el contratista ejerza su potestad de resolución ante el incumplimiento de una obligación no esencial de la Entidad"

15. De la lectura de la Opinión Técnica del propio Órgano Supervisor de las Contrataciones del Estado se puede señalar el reconocimiento expreso de que la distinción de "prestaciones esenciales o no esenciales" para poder resolver un contrato solo resulta imputable al contratista, en vista de que sólo puede resolver el contrato si el Estado incumple una "obligación esencial" pero sin embargo las entidades del Estado sí se encuentran facultadas para resolverlo cuando el Contratista incumpla cualquier prestación sea esencial o no esencial.

16. Por lo que la propia argumentación de LA DEMANDANTE ratifica la procedencia de la penalidad impuesta en vista que si para lo más (resolver un contrato) la Entidad no requiere demostrar que el incumplimiento se relaciona con una prestación esencial, para lo menos (imponer una multa) tampoco requiere demostrarlo, máxime, si como lo ha señalado, la norma que regula de manera expresa las penalidades no discrimina como lo hace la norma relacionada con la resolución del contrato.

Respecto a la naturaleza de la obligación contractual incumplida sujeta a penalidad, LA ENTIDAD señala lo siguiente:

17. Asumiendo como válida la interpretación normativa que pretende sustentar LA DEMANDANTE respecto a la naturaleza (esencial o no) del informe requerido, señala que a su entender tal determinación no puede ser atribuible por el contratista infractor sino, por el contrario, debe ser determinada por la Entidad que requiere el servicio para el desarrollo de sus actividades; por ser esta última, la que convoca a terceros a participar en el proceso de selección para que le provean los servicios en las condiciones que establece unilateralmente en las Bases de Contratación que elabora.

18. En el presente caso, LA ENTIDAD desde el inicio del proceso de selección ha establecido de manera precisa los alcances del servicio que requería al haber consignado expresamente, dentro de los Términos de Referencia, que el área usuaria de la Entidad considera esencial para el servicio que contrata la remisión de un informe de incidencias o mantenimiento correctivo dentro de un plazo razonable de 5 días de culminado el servicio.

19. Tan esencial es esta prestación que inclusive se determinó dentro de sus Términos de Referencia, que dicho documento era un requisito indispensable para otorgar el Acta de Conformidad y con ello, dar inicio al procedimiento de pago por el servicio ejecutado.


20. Lo expuesto estaría desdiciendo la argumentación de LA DEMANDANTE que se puede inferir que al no haberse realizado ninguna incidencia ni mantenimiento correctivo no sería obligatorio presentar un informe; toda vez que si no se presenta el mismo, no procede el pago respectivo según lo establecido contractualmente.

Respecto a los fines de la imposición de penalidades, LA ENTIDAD señala lo siguiente:

21. LA ENTIDAD transcribe la cita asumida por LA DEMANDANTE en su escrito de reconsideración como en su escrito de demanda en el sentido que "(...) la penalidad desincentiva dicho retraso y opera al margen de que dicho retraso le haya ocasionado algún tipo de perjuicio efectivo a la Entidad".

22. Al haberse aplicado la penalidad por el retraso incurrido en el primer periodo de vigencia del contrato, se habría desincentivado que LA CONTRATISTA no presentara los informes en los periodos posteriores y por lo tanto no fuera sujeto a una nueva sanción por dicho concepto, con lo cual demuestra que la penalidad cumplió de manera efectiva con la finalidad intrínseca para lo cual fue establecida.

Respecto a la Nulidad e Ineficacia de la penalidad, LA ENTIDAD señala lo siguiente:

- 
1. LA DEMANDANTE en su escrito de demanda indica que LA ENTIDAD ha incurrido en causal de nulidad de los actos administrativos al haber emitido la Carta N° 452-2014/GAD/RENIEC señalando que no ha incumplido con la Ley al haberse amparado en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, a pesar que no resulta aplicable a la presentación del informe de incidencias.
 2. Del tenor de este argumento, es el mismo utilizado en sus primeros supuestos respecto a la aplicación o no de la norma establecida en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que reiteran lo señalado en los párrafos anteriores respecto de los alcances de dicho dispositivo que ampara y sustenta el accionar de la administración.

Respecto al extremo relacionado con el Abuso del Derecho, LA ENTIDAD señala lo siguiente:

1. LA CONTRATISTA reitera lo señalado en los párrafos anteriores en el sentido que el accionar de LA ENTIDAD se basa en la norma relacionada con la imposición de penalidades que no obliga a discriminar si la infracción es de alguna obligación esencial o no, y por ende habiéndose sustentado en una norma, no corresponde argumentar un Abuso del Derecho.

Asimismo, al amparo del principio de Adquisición y Mancomunidad de la Prueba, LA ENTIDAD ofrece los medios probatorios la documentación presentada por LA DEMANDANTE; así como los medios probatorios contenidos en el Anexo 01-C, 01-D y 01-E de su escrito de Contestación de la Demanda.

VIII. CUESTIÓN SOMETIDA A ARBITRAJE

El 19 de noviembre de 2015, se llevó a cabo la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de los Medios Probatorios, con la asistencia de los representantes de LA ENTIDAD y LA CONTRATISTA.

En primer término, el Árbitro Único declaró saneado el proceso, ante la existencia de una relación jurídica procesal válida. Asimismo habiendo analizado las pretensiones de las partes, el Árbitro Único estableció que dichas pretensiones no se encuentran incursas en las excepciones establecidas en el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1071, por lo que se declaró saneado el proceso arbitral.

Asimismo, el Árbitro Único dejó constancia que ante lo manifestado por las partes, no resultaba posible arribar a una conciliación; sin embargo, la misma se podría haber dado en cualquier estado del proceso.

IX. RESPECTO A LA FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

El Árbitro Único, luego de revisar las pretensiones y los argumentos expuestos por las partes durante el desarrollo del proceso arbitral, consideró que los puntos controvertidos sobre los cuales se va a pronunciar en el Laudo Arbitral, son los siguientes:

1. Determinar si corresponde que se declare la invalidez o ineficacia de la aplicación de la penalidad por mora contra LA CONTRATISTA por el monto de S/.6,317.78 (Seis Mil Trescientos Diecisiete con 78/100 Nuevos Soles), por el incumplimiento del numeral 5.5 de las Bases Integradas denominado Resultados Esperados.
2. Determinar si corresponde que LA ENTIDAD, devuelva el monto de la penalidad aplicada, ascendente a la suma de S/.6,317.78 (Seis Mil Trescientos Diecisiete con 78/100 Nuevos Soles), deducida de la factura N° 002-6109.
3. Determinar a quién corresponde el pago de costas y costos del proceso arbitral.

X. ADMISIÓN DE LOS MEDIOS PROBATORIOS

En atención a lo dispuesto por el Árbitro Único, en la Audiencia de Saneamiento, Conciliación, Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios,

del 19 de noviembre de 2015, se procedió a admitir los siguientes medios probatorios:

De LA DEMANDANTE:

Se admiten y tiene por actuados los medios probatorios documentales ofrecidos por LA DEMANDANTE, en el Numeral III. MEDIOS PROBATORIOS del Numeral del 1) al 7) del escrito de Demanda del 27 de mayo de 2015.

De LA ENTIDAD:

Se admiten y tienen por actuados los medios probatorios documentales ofrecidos por LA ENTIDAD, en el apartado MEDIOS PROBATORIOS del Anexo 01-C al Anexo 01-E de su escrito de Contestación de la Demanda del 8 de julio de 2015.

XI. ALEGATOS DE LAS PARTES

Con fecha 14 de enero de 2016, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, con la participación de los representantes de LA ENTIDAD y LA CONTRATISTA. En ese mismo acto, de conformidad con lo establecido el Numeral 45° del Acta de Instalación, el Árbitro Único consideró establecer un plazo de treinta (30) días hábiles de realizada la audiencia antes señalada, para emitir el Laudo, plazo que podría ser prorrogado por quince (15) días hábiles adicionales.

Asimismo, con fecha 15 de enero de 2016, LA CONTRATISTA presentó un escrito, solicitando que al momento de resolver se tenga presente los argumentos allí señalados.

XII. DE LA PRUEBA ACTUADA Y DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

Que el Árbitro Único deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes. Asimismo, deja constancia de que ha examinado las pruebas presentadas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, recogido en el Decreto Legislativo N° 1071, que regula el Arbitraje. Finalmente, deja constancia de que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes pudieran no haber sido expresamente citados en el presente laudo.

XIII. CONSIDERACIONES PARA EMITIR EL LAUDO.-

Primero: Conforme los argumentos expuestos por ambas partes durante el desarrollo del presente proceso, resulta acreditado en autos que con fecha 24 de setiembre de 2014, las partes suscribieron el Contrato N° 103-2014-

RENIEC/SERVICIOS derivado del Concurso Público N° 05-2014-RENIEC para el "Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo de Capturador de Imagen-Scanner", por un monto mensual ascendente a S/.63,177.78 (Sesenta y tres Mil Ciento Setenta y siete con 78/100 Nuevos Soles), un pago total de S/.758,133.41 (Setecientos Cincuenta y ocho Mil Ciento Treinta y tres con 41/100 Nuevos Soles), y con un plazo de ejecución de doce (12) meses.

Asimismo, resulta claro en autos que LA ENTIDAD impuso una penalidad por mora por el monto de S/.6,317.78 (Seis Mil Trescientos Diecisiete con 78/100 Nuevos Soles), a LA DEMANDANTE, por incumplimiento de esta última, de presentar el reporte de incidencia y mantenimientos correctivos de acuerdo al plazo señalado en el Numeral 5.5 de los Términos de Referencia de las Bases Integradas del Concurso Público N° 05-2014-RENIEC.

Segundo: Del mismo modo, de acuerdo a los argumentos expuestos por las partes en los escritos presentados durante el desarrollo del proceso arbitral, y en atención a los medios probatorios por ellas ofrecidos, podemos deducir que no existe discusión respecto a la existencia de un retraso en el cumplimiento por parte de LA CONTRATISTA, de la obligación de presentación del Informe de Incidencias o Mantenimientos Correctivos, por el periodo del 24 de setiembre al 24 de octubre de 2014; los que debían haber sido presentados durante los 5 primeros días de cada mes de vigencia del contrato, de acuerdo a lo establecido en el Numeral 5.5. de los Términos de Referencia de las Bases Integradas del Concurso Público N° 05-2014-RENIEC.

No obstante ello, mientras que para LA CONTRATISTA, el retraso en la presentación del Informe de Incidencias y Mantenimientos Correctivos, no constituye una obligación del contrato y por ende, su retraso no justifica la aplicación de la penalidad; para LA ENTIDAD, dicha prestación constituye un alcance del servicio y parte de las obligaciones que LA CONTRATISTA asumió por contrato y cuyo incumplimiento conlleva a la imposición de una penalidad, conforme a lo señalado en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

En dicho contexto, la controversia se encuentra referida a la naturaleza de la obligación de LA CONTRATISTA, que consiste en su deber de presentar el Informe de Incidencias o Mantenimientos Correctivos y si dicho incumplimiento amerita la imposición de una multa, tomando en cuenta el carácter de la obligación incumplida, pues a decir de LA DEMANDANTE, la obligación incumplida no constituye propiamente una obligación del contrato; por lo que considera que la penalidad por mora no resultaría aplicable; en consecuencia, solicita se deje sin efecto, se declare inválida y/o ineficaz la penalidad aplicada.

Tercero: En atención a la materia controvertida, considero importante, en primer lugar, analizar la naturaleza de la obligación relacionada a la presentación del reporte de incidencias y mantenimientos correctivos y si dicha prestación constituye una obligación propiamente dicha.

Sobre el particular, la cláusula cuarta del Contrato N° 103-2014-RENIEC/SERVICIOS derivado del Concurso Público N° 05-2014-RENIEC señala expresamente lo siguiente: *"Constituye objeto del presente contrato la contratación del servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo de Capturador de Imagen-Scanner que el registro determine, conforme a las Especificaciones Técnicas comprendidas en las Bases Administrativas y a la Propuesta Técnica y Económica presentada por el Contratista y que forma parte integrante del presente contrato"*

De un primer análisis del servicio contratado, se podría advertir que la no presentación, o presentación tardía, del informe de incidencias o mantenimientos correctivos no deberían afectar el objeto del contrato, más aún, si tal como lo ha señalado LA CONTRATISTA, y no ha sido desmentido por LA ENTIDAD, el primer mes de servicio, no se reportaron incidencias o mantenimientos correctivos, situación que fue advertida en la Carta N° 000491-2014/GAD/RENIEC del 16 de diciembre de 2014, a través de la cual, LA ENTIDAD se pronuncia respecto al Recurso de Reconsideración presentada por LA CONTRATISTA a la penalidad impuesta, y donde se puede verificar el reporte del área usuaria del contrato, contenido en el Memorándum N° 001954-2014/GTI/RENIEC, quien también señala que no se presentaron incidencias, empero, el informe mensual de mantenimiento correctivo habría sido presentado el 31 de octubre de 2014, es decir, fuera del plazo establecido en los términos de referencia.

No obstante ello, la cláusula novena del Contrato N° 103-2014-RENIEC/SERVICIOS, referida a las "Condiciones del Servicio", señala que todas las condiciones y obligaciones se encuentran detalladas en las Bases Administrativas del Concurso Público N° 05-2014-RENIEC, elaborada por LA ENTIDAD y la Propuesta Técnica y Económica presentada por EL CONTRATISTA, las mismas que forman parte integrante del contrato y que deberán ser cumplidas por ambas partes.

Del mismo modo, el Numeral 2) de la cláusula décima del referido contrato, relacionada con las obligaciones de las partes, indica expresamente dentro de las obligaciones que se compromete a cumplir EL CONTRATISTA, lo siguiente:

"2. Ejecutar a favor de EL REGISTRO el servicio señalado en la cláusula cuarta, con las características señaladas en su Propuesta Técnica y los Términos de Referencia de las Bases Administrativas, dentro del plazo establecido en la cláusula octava del presente contrato"

Luego de analizar los términos y condiciones del contrato, la primera conclusión a la que podemos llegar es que el servicio Mantenimiento Preventivo y Correctivo de Capturador de Imagen- Scanner, materia del contrato, se debe ejecutar conforme a las Especificaciones Técnicas comprendidas en las Bases Administrativas.

Pues bien, de acuerdo a los argumentos expuestos por las partes, y conforme a lo señalado expresamente por ellas en sus escritos de Demanda y Contestación de la Demanda, respectivamente; el numeral 5.5. de los Términos de Referencia de las Bases Integradas del Concurso Público N° 05-2014-RENIEC, que detalla los Resultados Esperados del Servicio señala que:

"A fin de lograr la permanente operatividad de los equipos se requiere un adecuado control de cambio de los repuestos y/o partes, para ello deberán entregar el informe de las incidencias o mantenimientos correctivos efectuados mensualmente. Dicha información deberá ser entregada a la Sub Gerencia de Soporte Técnico Operativo durante los siguientes 5 días calendarios, contabilizados desde el día siguiente de finalizado el mes de servicio.

El informe técnico correspondiente a las atenciones de incidencias o mantenimiento correctivo realizado, deberá contener la siguiente información como mínimo:

- *Detalle de las labores efectuadas durante el mantenimiento.*
- *Recomendaciones para el mejor funcionamiento de los equipos.*
- *El estado de operatividad de cada equipo.*
- *Observaciones o recomendaciones.*

Entregado el informe de incidencias o mantenimientos correctivos, se procederá a emitir el acta de conformidad del servicio"

En dicho contexto, se puede advertir que el Numeral 5.5 de los Términos y Referencias de las Bases Integradas forman parte del Numeral 5 referido a los alcances y descripción del servicio requerido por LA ENTIDAD, e incluso establece expresamente como requisito previo para la emisión del acta de conformidad del servicio, la presentación del informe de incidencias y mantenimientos correctivos.

Respecto a la conformidad del servicio, la misma se encuentra regulada en la cláusula décimo segunda del contrato suscrito entre las partes y en el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Sobre el particular, el mismo contrato señala que la conformidad del servicio será emitida por la Gerencia de Tecnología de la Información previo informe de la Subgerencia de Soporte Técnico Operativo, quien deberá verificar el cumplimiento del servicio de

acuerdo a lo solicitado en los Términos de Referencia y Requerimientos Técnicos Mínimos de las Bases Administrativas del Concurso Público N° 05-2014-RENIEC.

En tal sentido, la no presentación del Informe de Incidencias y Mantenimientos Correctivos, ya constituye un incumplimiento manifiesto a un requisito necesario para emitir la conformidad del servicio, conforme los Términos de Referencia de las Bases del Contrato; con lo cual, de acuerdo al artículo 176° del Reglamento a la Ley de Contrataciones del Estado, no resulta aplicable el procedimiento establecido para las observaciones al servicio, y la Entidad queda en la posibilidad de no recepcionar, e incluso, de considerar como no ejecutada la prestación hasta su entrega efectiva.

En atención a lo expuesto, se debe entender que si bien el servicio materia del contrato se encuentra referido específicamente al "Servicio de Mantenimiento Preventivo y Correctivo de Capturador de Imagen- Scanner", el Numeral 5.5. de los Términos de Referencia, establece los alcances del servicio, y los requisitos requeridos para obtener la conformidad del mismo; lo que indica claramente que el servicio incluye necesariamente la presentación del Informe de Incidencias y Mantenimientos Correctivos.

Cuarto: Pues bien, en atención a lo expuesto en el numeral precedente, de la redacción del Numeral 5.5 de los Términos de Referencia de las Bases Integradas del contrato, se infiere que la presentación del Reporte de Incidencias y Mantenimientos Correctivos, constituyen parte del servicio contratado por LA ENTIDAD, con lo cual, no es LA CONTRATISTA, sino la propia ENTIDAD, quien debe calificar la prestación como irrelevante o no, para el servicio materia del contrato.

Al respecto, resulta claro que LA ENTIDAD al convocar a un proceso de selección para la contratación de un servicio determinado, tiene el derecho y la obligación, dependiendo de la perspectiva o el enfoque que le demos; de establecer cada uno de los lineamientos del servicio y de la prestación del mismo, pues es la propia ENTIDAD quien define las características del servicio materia del contrato en función a sus necesidades.

En dicho orden de ideas, algunas de las prestaciones o alcances del servicio contratado, nos pueden parecer irrelevantes e innecesarios; sin embargo, los postores conocen los alcances del servicio y los lineamientos establecidos, desde que postulan y manifiestan su interés de participar en el proceso de selección, y por consiguiente, de prestar el servicio a LA ENTIDAD; con lo cual, no resulta coherente que el contratista, pretenda determinar si las prestaciones constituyen obligaciones accesorias o esenciales al servicio, así como si las mismas resultan necesarias para la Entidad.

En atención a lo expuesto, debemos entender a la presentación del informe de incidencias y mantenimientos correctivos como parte del servicio contratado, y por consiguiente, una obligación contractual, la misma que está constituida, en el ámbito de las contrataciones con el Estado, por la relación jurídica que se da entre una Entidad y un Contratista, con reciprocidad de exigencia, para que una cumpla con una prestación (en el caso concreto, la ejecución de un servicio) y a su vez, la otra, cumpla con la respectiva contraprestación.

Al respecto, considero importante señalar que la prestación no sólo se circunscribe a la ejecución de una obra, la prestación de un servicio o la entrega de un bien. De acuerdo a lo señalado por el Dr. Alejandro Álvarez Pedroza ³*“Es perfectamente posible que en la ejecución de un servicio o la adquisición de un bien, cualquiera de dichas prestaciones, requieran la ejecución de otro tipo de prestación; en consecuencia, la prestación principal determinada en función de aquella que represente la mayor incidencia porcentual en el costo, conlleve necesariamente el cumplimiento de una prestación que podríamos denominar “secundaria”, o que ambas resulten complementarias para el cumplimiento del objeto del contrato; por consiguiente, en ambos casos, las prestaciones constituirán la obligación que habrá que cumplirse contractualmente”*

En mayor medida si nos encontramos que el Numeral 5.5 de los Términos de Referencia de las Bases, referido a los alcances del servicio, señala expresamente que la presentación del informe de incidencias resulta necesario para el otorgamiento de la conformidad del servicio e incluso, señala los requisitos mínimos que debe contener el mismo; podemos advertir que si durante el periodo del mes del servicio no se reportaron incidencias, no significa que se exonere al contratista de su presentación.

En tal sentido, se puede concluir que resulte o no relevante la presentación del informe para la ejecución del servicio, la presentación del informe de incidencias y mantenimientos correctivos forma parte del servicio materia de contrato, con lo cual, nos encontramos frente a una prestación contractual que forma parte del objeto y que su incumplimiento tardío resulta susceptible de aplicación de la penalidad, pues su no presentación implica la ejecución del servicio de manera incompleta y defectuosa, e incluso como un servicio “no ejecutado”, pues su requerimiento constituye requisito indispensable para que LA ENTIDAD otorgue la conformidad del servicio.

Quinto: Ahora bien, respecto a las penalidades, éstas constituyen un mecanismo de resarcimiento que se genera cuando existe incumplimiento por una de las partes contratantes. De acuerdo a la doctrina mayoritaria, el objetivo de las

³ “Comentarios a la Nueva Ley de Contrataciones del Estado” Volumen II, Pacífico Editores, Lima-Perú, 2009.

penalidades no es sólo resarcir el daño patrimonial que ha sufrido la parte que no ha visto satisfecha la prestación que esperaba y por la cual contrató; sino también disuadir a las partes de un posible incumplimiento de las obligaciones materia del contrato.

Sobre el particular, Raúl Ferrero Costa⁴, señala que *“el resarcimiento tiene como propósito colocar al acreedor en la misma situación como si la obligación hubiese sido cumplida, lo cual comprende tanto el resarcimiento del daño patrimonial (daño emergente y lucro cesante) como el daño extrapatrimonial (daño moral) en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de la inexecución. De este modo, la penalidad constituye un elemento disuasivo al posible incumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes; pues de manera anticipada se conoce el monto de la misma, que en la mayoría de casos es elevado. Ello genera en la parte contratante una especie de moldeamiento de conducta orientada al cumplimiento y no lo contrario”*

Asimismo, la penalidad puede tener su origen en el acuerdo previo de las partes contratantes y se le incorpora de manera frecuente en los contratos dentro de una denominada cláusula penal; aunque el jurista Carlos Cárdenas Quiroz ⁵ señala que *“la expresión más adecuada es pena obligacional”*. Por su parte el jurista Guillermo Cabanellas define a la cláusula penal de la siguiente forma: *“La cláusula penal, sin nada de pena en sentido criminal, solo puede consistir en el pago de una suma de dinero, o en cualquiera otra prestación admitida como objeto de las obligaciones, bien en beneficio del acreedor o de un tercero. Incurre en la pena estipulada el deudor si no cumple la obligación en el tiempo convenido aunque por justas razones no hubiese podido verificarse”*

La cláusula penal – o pena obligacional en término del jurista Carlos Cárdenas – es un elemento disuasivo. Ello, debido a que cumple una función coercitiva como garantía de cumplimiento y de resarcimiento. Aquí se verifica de manera objetiva el incumplimiento y se simplifica la determinación de la indemnización, pues su objetivo es evitar que las partes transgredan las obligaciones contractuales.

Sexta: De las definiciones antes señaladas, se puede inferir que la penalidad constituye un instrumento que tiene como finalidad dar seguridad a las partes respecto al cumplimiento de las obligaciones contraídas a través del contrato. Sin embargo, en el caso de la contratación pública, por imperio legal se establecen penalidades en la ejecución contractual; pero siempre a favor de la Entidad.

No obstante lo antes señalado, se debe tener en cuenta que las penalidades tienen dos objetivos: de un lado, garantizar a la Entidad pública el cumplimiento de la prestación y, por el otro, estimular al deudor el cumplimiento de los compromisos asumidos por éste, pues el pago de penalidades solo hará que la prestación a su cargo se vuelva más onerosa para él.

⁴ “Curso de Derecho de Obligaciones” 3ª Ed., Editorial Jurídica Grijley, Lima - Perú, 2004, p.333

⁵ “Las Garantías del Derecho de Crédito y la Reforma del Código Civil de 1984”. En Revista Crítica de Derecho Inmobiliario N° 671, Mayo-Junio 2002. p.501.

Sétima: Ahora bien, con respecto a la aplicación de la penalidad, considero importante señalar que la penalidad, como criterio general, la relacionamos con la demora o el retraso en el cumplimiento de la prestación por parte del contratista. De esta manera se configura la denominada penalidad por mora, y para su ejecución se debe de tomar en cuenta dos elementos principales:

1. **La determinación o calificación del retraso como injustificado**, con lo cual, no basta el retraso en la ejecución de la prestación para aplicar la sanción, sino que este retraso tiene que tener la naturaleza de injustificado. En consecuencia, tiene que tratarse de un retraso cuyas razones no estén probadas y acreditadas.

En este punto es pertinente destacar lo señalado por el Tribunal de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en su Resolución 640/2001.TC-S2 de fecha 28 de diciembre de 2001⁶:

"se sanciona el incumplimiento injustificado de las obligaciones y no sólo el incumplimiento de las mismas. En ese sentido, debemos precisar que, de conformidad con los artículos 1314º y siguientes del Código Civil, el deudor puede incumplir sus obligaciones en virtud de tres casos:

- A. Por caso fortuito o fuerza mayor, de conformidad con el artículo 1315º.*
- B. Por razones no imputables distintas al caso fortuito y fuerza mayor, conforme a lo dispuesto en el artículo 1316º.*
- C. Por dolo, culpa grave o culpa inexcusable, según lo dispuesto en los artículos 1318º, 1319º y 1320º "*

Así pues, la ausencia de justificación en el incumplimiento de las obligaciones se refiere a los casos en los que el deudor no cumple con las prestaciones a su cargo por razones imputables a él, lo que, en términos simples, significa que no existen motivos que justifique dicho incumplimiento o que lo relevan de responsabilidad. En consecuencia, considerando los supuestos establecidos en el Código Civil, para la inejecución de las obligaciones, la injustificación en el cumplimiento se configura en los casos que el incumplimiento se realice por dolo, culpa grave o culpa inexcusable...."

El artículo 1314º del Código Civil establece que quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial tardío o defectuoso. En consecuencia, es al CONTRATISTA a quien le corresponde acreditar que actuó con la diligencia debida y no a LA ENTIDAD quien siempre presumirá el incumplimiento injustificado.

- a) **La aplicación automática o no de la penalidad**, tomando en cuenta que la norma no establece una formalidad, resultando suficiente que se acredite el retraso, para que se aplique la penalidad, sin trámite previo. No se exige el descargo del contratista.

⁶ Resolución 640/2001.TC-S2 de fecha 28 de diciembre de 2001

Sobre el particular, podemos advertir que en todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo a la fórmula establecida en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; con lo cual, no obstante que la tipificación del retraso requiere la calificación de injustificado, la norma señala expresamente que la penalidad se aplica automáticamente; es decir, producido el retraso el mecanismo legal ha causado el efecto sancionador, salvo que el contratista justifique el retraso en el cumplimiento de ejecución de prestaciones, caso contrario la Entidad debe aplicar la penalidad sin lugar a otorgar derecho de explicación o defensa al contratista; a éste le corresponderá la justificación del retraso.

El contratista tendrá expedito su derecho de recurrir a la vía de conciliación y/o arbitraje prevista en la Ley y en el Reglamento para cuestionar esta decisión de la Entidad, si considera que resulta arbitraria o que no corresponde calificar como injustificado el retraso. No obstante, por su naturaleza y finalidad, dicha penalidad por mora sí corresponde ser aplicada automáticamente, a efectos de cautelar los intereses de la Entidad, si ha acreditado de manera incontrovertible o con suficiente evidencia, que el retraso obedeció a razones no justificadas.

Octavo: Así tenemos que conforme a lo reconocido por ambas partes, existió un retraso en la prestación referida a la presentación del Informe de Incidencias y Mantenimientos Correctivos por el periodo comprendido entre el 25 de setiembre de 2014 al 24 de octubre de 2014, sin embargo, no constituye materia controvertida si el retraso resulta o no justificado, tomando en cuenta que LA CONTRATISTA orienta sus argumentos de defensa a cuestionar la prestación incumplida, en cuanto a su naturaleza y si ésta constituye o no obligación propiamente dicha y en ningún momento desconoce el retraso, e incluso, alega que el retraso se haya debido a causas ajenas o no imputables al mismo contratista.

Sin perjuicio de ello, LA CONTRATISTA, tanto en su Carta del 25 de noviembre de 2014, Recurso de Reconsideración y en su escrito de demanda, no sólo no justifica el retraso en la presentación de los informes sino que además, reconoce que dicho incumplimiento se debieron a causas atribuibles a él mismo. En consecuencia, la aplicación de la penalidad resulta procedente en la medida que no se haya justificado el retraso.

Pues bien, con respecto a la aplicación de la penalidad y partiendo de la premisa que la presentación del informe de incidencias y mantenimientos correctivos constituyen obligaciones contractuales, pues forman parte del servicio contratado, el cumplimiento tardío tiene como consecuencia la aplicación de una penalidad, conforme lo establecido en la legislación vigente.

En el caso concreto, LA DEMANDANTE reconoce el incumplimiento de la prestación, o en todo caso, el cumplimiento tardío, pero lejos de acreditar el retraso o de justificar el mismo, lo que busca es cuestionar la naturaleza de la prestación, como no esencial y por consiguiente, que su incumplimiento, o cumplimiento tardío no puede originar la imposición de una multa.

En dicho contexto, considero que no existen argumentos para declarar la invalidez o ineficacia de la penalidad impuesta por LA ENTIDAD, tomando en cuenta el incumplimiento por parte de LA CONTRATISTA, de presentar el informe de incidencias y mantenimientos correctivos, que tal como lo he señalado, constituye parte del servicio objeto del contrato.

Noveno: Con respecto a la nulidad o ineficacia del acto administrativo contenido en la Carta N° 452-2014/GAD/RENIEC a través de la cual, LA ENTIDAD informa de la penalidad impuesta a LA CONTRATISTA, por el incumplimiento de la prestación a su cargo; considero importante señalar que conforme lo señalado en la cláusula décimo séptima referida a la solución de controversias, del Contrato suscrito entre las partes; así como la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, cualquier controversia que se derive de la ejecución del contrato se resuelve por arbitraje.

En consecuencia, es el Árbitro Único el encargado de pronunciarse respecto a la ineficacia e invalidez de la penalidad impuesta por LA ENTIDAD.

Sin perjuicio de ello, debo indicar que conforme a lo señalado en los puntos precedentes, la penalidad tiene como sustento, el incumplimiento de una de las obligaciones contractuales a cargo de LA CONTRATISTA, la misma que consiste en la presentación del informe de incidencias y mantenimientos correctivos, conforme lo señalaba expresamente los Términos de Referencia de las Bases y que de acuerdo a los argumentos expuestos en el presente Laudo, forma parte del servicio.

En consecuencia, en mi opinión la Carta N° 452-2014/GAD/RENIEC se sujeta al ordenamiento jurídico aplicable, por lo que de acuerdo a lo contemplado por el Numeral 1 del artículo 10° de la Ley Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, constituye un acto administrativo válido y produce todos sus efectos.

Décimo: De otro lado y con respecto al supuesto abuso del derecho por parte de LA ENTIDAD, considero necesario señalar que conforme a los argumentos expuestos en los numerales precedentes, la penalidad impuesta por LA ENTIDAD se encuentra perfectamente sustentada en la Ley y en el contrato suscrito entre las partes, pues existió un retraso injustificado por parte de LA CONTRATISTA al presentar el Informe de Incidencias y Mantenimientos Correctivos fuera del plazo establecido.

En ese mismo sentido, considero importante señalar que la penalidad es un recurso establecido en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, a favor de LA ENTIDAD, que tiene como finalidad, no sólo resarcir el daño y el perjuicio que se hayan ocasionado el incumplimiento, sino además cumple una función disuasiva respecto al cumplimiento de las obligaciones a cargo de EL CONTRATISTA.

En dicho orden de ideas, entendemos que la penalidad se encuentra aplicada correctamente, pues está acreditado el incumplimiento o el cumplimiento tardío e injustificado del deber de EL CONTRATISTA de presentar el informe de incidencias o mantenimientos correctivos, pues de acuerdo al análisis efectuado y que sustenta

el pronunciamiento del presente Laudo, dichas prestaciones forman parte del servicio contratado por LA ENTIDAD y su presentación resultaba obligatoria, incluso como requisito previo para otorgar la conformidad del servicio.

En tal sentido, se debe declarar infundada la primera pretensión principal, pues a mi criterio, la penalidad se encuentra debidamente sustentada en el cumplimiento tardío de una obligación que constituye parte del servicio contratado.

Décimo Primero: Del mismo modo, y atendiendo a los fundamentos expuestos en los puntos precedentes, se debe declarar infundada la segunda pretensión principal, referida a ordenar a LA ENTIDAD, la devolución del monto de la penalidad aplicada, deducida de la factura N° 002-6109, pues la penalidad se encuentra sustentada en el cumplimiento tardío por parte de EL CONTRATISTA, a la presentación del Informe de Incidencias y Mantenimientos Correctivos, que a mi criterio constituyen parte del servicio contratado por LA ENTIDAD.

Décimo Segundo: Por último, respecto a la pretensión referida a la condena de costas y costos del proceso arbitral, 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.

Los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del tribunal arbitral; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de la institución arbitral; (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

El convenio arbitral recogido en la Cláusula Décima Séptima del Contrato N° 103-2014-RENIEC/SERVICIOS no establece la forma en que deberán satisfacerse los gastos relacionados con el arbitraje.

En tal sentido, el Árbitro Único estima que las partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, en razón de la incertidumbre jurídica que existía y que motivó el presente arbitraje. Finalmente, el Árbitro Único considera, a efectos de regular el pago de tales conceptos, el buen comportamiento procesal de las partes.

En atención a lo expuesto, se estima razonable que cada parte asuma el íntegro de los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar. Asimismo, se estima razonable que cada una de las partes asuma el 50% de la liquidación correspondiente a la instalación.

XIV. LAUDO

De conformidad con lo dispuesto en el Acta de Instalación de fecha 6 de mayo de 2015, así como en aplicación de lo dispuesto en la Ley General de Arbitraje; y dentro del plazo señalado en el Acta de Audiencia de Informes Orales del 14 de enero de 2016, se procede a emitir el Laudo Arbitral de Derecho.

El presente Laudo pone fin a la controversia que ha sido sometida al presente proceso arbitral, en los siguientes términos:

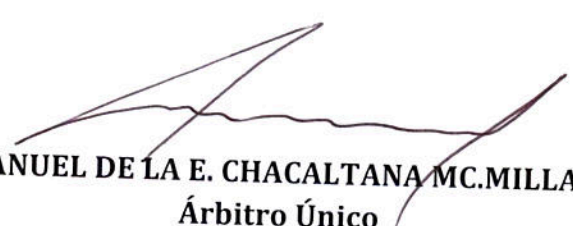
PRIMERO.- Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión, por los fundamentos expuestos en los considerandos del presente laudo Arbitral.

SEGUNDO.- Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión, por los fundamentos expuestos en los considerandos del presente laudo Arbitral.

TERCERO.- En torno a las costas y los costos arbitrales, se **ORDENA** lo siguiente:

- (i) Que cada una de las partes asuma el 50% de la liquidación correspondiente a los honorarios del árbitro y gastos administrativos.
- (ii) Que cada parte asuma el íntegro de los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.

El presente laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes. En consecuencia, firmado, notifíquese para su cumplimiento, con arreglo a lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento; y la Ley General de Arbitraje.


MANUEL DE LA E. CHACALTANA MC.MILLAN
Árbitro Único