



00000001

Lima, 29 de noviembre de 2017

Señores

**ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO -
OSCE**

Avenida Punta del Este S/N, Edificio "El Regidor" N° 108, Residencial San

Felipe

Jesús María

Presente. -

Ref.: Caso Arbitral N° 158-2016-CCL

De mi consideración:

En relación con el caso arbitral de la referencia, cumplo con notificarles la siguiente documentación:

- Laudo Arbitral emitido en mayoría por los doctores Álvaro Silva Rudat y Gustavo Adolfo de Vinatea Bellatin, de fecha 20 de noviembre de 2017 y depositada en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima de fecha 29 de noviembre de 2017.
- Voto singular emitido por el doctor Raúl Ernesto Arroyo Mestanza de fecha 20 de noviembre y depositada en el Centro de Arbitraje el 29 de noviembre de 2017.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,

MARIA ALEJANDRA GULMAN NAVARRETE
Secretaria Arbitral

02
00003002

Arbitraje seguido entre



CORPORACION EMPRESARIAL C&Z S.A.C. 2017 NOV 29 PM 3 13

vs

RECIBIDO
NO ES SEÑAL DE
CONFORMIDAD

ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE

LAUDO

Tribunal Arbitral

Alvaro Silva Rudat (Presidente)
Raúl Ernesto Arroyo Mestanza
Gustavo Adolfo De Vinatea Bellatin

Secretaría Arbitral

María Alejandra Gulman Navarrete

[Handwritten signature]

Resolución N° 11

Lima, 20 de noviembre de 2017

En Lima, a los 20 días del mes de noviembre del año dos mil diecisiete, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos esgrimidos por ellas y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

1. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL.

Con fecha 25 de enero de 2016, CORPORACION C&Z S.A.C. y el ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE, suscribieron el Contrato N° 001-2016-OSCE, cuyo objeto era la prestación del servicio de seguridad y vigilancia para le OSCE – Sede Lima (en adelante, el CONTRATO)

De acuerdo a la Cláusula Vigésimo Primera del CONTRATO, las partes acordaron lo siguiente:

"CLÁUSULA DECIMO SEXTA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar le arbitraje administrativo, a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 176, 177 y 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir la arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes, según lo señalado en el artículo 214 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El arbitraje es institucional y será resuelto bajo la administración y organización del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyo Reglamento de Arbitraje se someten las partes. El arbitraje estará a cargo de un tribunal

arbitral.

000000004

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

De acuerdo a lo anterior, queda establecida la competencia arbitral, al haberse verificado el convenio arbitral suscrito entre la empresa CORPORACION C&Z S.A.C. y el ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE.

2. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.

Los árbitros inicialmente designados por las partes son los doctores Raúl Ernesto Arroyo Mestanza y Gustavo Adolfo De Vinatea Bellatin. El tercer árbitro y presidente del Tribunal Arbitral, doctor Alvaro Alberto Silva Rudat, fue designado por el Consejo Superior de Arbitraje, quedando constituido el Tribunal Arbitral.

En ese sentido, los árbitros declaran que han sido debidamente designados de acuerdo a la Ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, manifestando no tener ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con ellas. Asimismo, se obligan a desempeñar con justicia, imparcialidad y probidad la labor encomendada.

3. TIPO DE ARBITRAJE.

Con fecha 10 de octubre de 2016, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 01, mediante la cual se establecieron las Reglas del Proceso. En dicha Resolución se estableció que en virtud de lo pactado en la Cláusula Décimo Sexta del CONTRATO, el arbitraje sería Nacional y de Derecho.

4. REGLAS APLICABLES AL PRESENTE ARBITRAJE.

Del mismo modo, de conformidad con el Convenio Arbitral suscrito entre las partes, contenido en la Cláusula Décimo Sexta del CONTRATO, el Tribunal Arbitral estableció que la ley aplicable al fondo de la controversia sería la ley peruana.

Finalmente, el Tribunal Arbitral otorgó a Corporación C&Z S.A.C. un plazo de diez (10) días hábiles para la presentación de su demanda arbitral.

5. ALEGACIONES DE LAS PARTES.

Mediante escrito presentado el día 26 de octubre de 2016, CORPORACION C&Z S.A.C. (en adelante, la DEMANDANTE) presentó su demanda y formuló las siguientes pretensiones:

5.1 Pretensiones formuladas en la Demanda:

Las pretensiones planteadas por la DEMANDANTE se transcriben a continuación:

A. PRETENSIONES PRINCIPALES:

Cumplimiento de Contrato N° 001-2016-OSCE de fecha 25 de Enero de 2016, en cuanto se refiere a dejar sin efecto la resolución contractual efectuada por la Entidad a través de la Carta N° 142-2016/OA de fecha 12 de febrero del 2016.

Dejar sin efecto las penalidades impuestas ascendentes al monto de S/. 293,340.00 soles (doscientos noventa y tres mil trescientos cuarenta y 00/100 soles). Y que proceda a la devolución de las sumas ilegalmente retenidas.

B. PRETENSIONES ACCESORIAS:

Se ordene el pago de los Costos y las Costas en que se ha incurrido para lograr la satisfacción de las pretensiones antes mencionadas, esto es los gastos realizados para propiciar, viabilizar y tramitar el presente proceso arbitral, así como, los gastos para el pago de los honorarios del Tribunal Arbitral, de la Secretaría Administrativa así como de nuestro abogado defensor.

INDEMNIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS:

Se ordene la cancelación de una indemnización por los daños y perjuicios causados por el indebido proceder de la entidad, en la cantidad que se procederá a fijar en la demanda arbitral correspondiente.



Fundamentos de Hecho de la Demanda

00000000

La DEMANDANTE sustenta su posición en los siguientes fundamentos:

Sobre la Pretensión Principal

Cumplimiento de Contrato N° 001-2016-OSCE de fecha 25 de enero de 2016, en cuanto se refiere a dejar sin efecto la resolución contractual efectuada por al Entidad.

Con fecha 25 de enero del 2016 suscribió con la entidad demandada el Contrato N° 001-2016-OSCE para la prestación del servicio de vigilancia y seguridad en la Sede Lima del OSCE.

Con fecha 09 de febrero del 2016 la demandada le cursó la Carta N° 137-2016/OA, mediante la cual le otorgó un plazo de dos días calendario para que subsane un incumplimiento del CONTRATO bajo apercibimiento de resolución contractual. El incumplimiento imputado consistía en que el personal destacado no contaba con Carnet de Identificación SUCAMEC, ni con licencia para portar armas, que un agente no debería cubrir dos turnos continuos. Asimismo, la Entidad solicitó que los puestos sean cubiertos por el personal a que se refiere la cláusula décimo novena del CONTRATO.

La DEMANDANTE señala que el plazo otorgado para la subsanación no era suficiente, pues se requería efectuar trámites administrativos.

Asimismo, que la cláusula novena del contrato, referida a la conformidad del servicio, establece que de existir observaciones, se otorgará al contratista un plazo prudencial para su subsanación.

Con fecha 12 de febrero del 2016 la DEMANDANTE envió una carta notarial a la demandada, manifestando que las causas que habrían originado las faltas atribuidas se deberían a motivos de fuerza mayor (renuncias voluntarias), lo cual sucedió de manera intempestiva e imprevista, y que era improbable el levantamiento de las observaciones en un plazo de dos días calendario. Asimismo, manifestaron que estaban regularizando la situación.



Con fecha 12 de febrero del 2016 la demandada les remitió la Carta N° 142-2016/OA, mediante la cuales les comunicaron la resolución del CONTRATO.

Manifiestan que dicha resolución se efectuó sin considerar que habían existido causas ajenas a la voluntad de la DEMANDANTE. Asimismo, que el CONTRATO se había celebrado el 05 de febrero del 2016, es decir, en fecha posterior a la indicada en el mencionado documento, lo que ocasionó que el personal propuesto presente renunciaciones voluntarias.

Ante tal situación, iniciaron un proceso conciliatorio contra la Entidad, emitiéndose el Acta de Conciliación por falta de Acuerdo No. 103-16 de fecha 04 de marzo del 2016.

Posteriormente, la Entidad les remitió la carta No. 103-16/OA, ratificando su decisión de resolver el contrato, motivo por el cual formalizaron una solicitud de arbitraje bajo el expediente 076-2016-CCL, cuya exhibición ofrecen.

Dejar sin efecto las penalidades impuestas ascendentes a S/. 293,340.00, y se proceda a la devolución de las sumas ilegalmente retenidas.

Sostiene la demandante que, mediante MISIVA N° 322-2016/OA de fecha 11 de abril del 2016, la demandada les comunicó la aplicación de una penalidad ascendente a S/. 293,340.00, adjuntando diversas liquidaciones, y aduciendo que la misma será deducida de la factura correspondiente al periodo del servicio.

Dicha penalidad la consideran ilegal y arbitraria, por haberse omitido el procedimiento establecido en el CONTRATO y vulnerando además las bases administrativas del proceso de selección.

Agregan que mediante carta de fecha 12 de febrero del 2016 habían manifestado los vicios que la Entidad estaba cometiendo con el objeto de salvaguardar el cumplimiento efectivo de lo estipulado en el CONTRATO, y advirtiéndoles que deviene en ilegal e irregular la imposición de penalidades, máxime si se ha procedido a calcular la penalidad de manera diaria y por agente por el periodo comprendido entre el 05 de febrero del 2016 y el 15 de febrero del 2016, sin observancia de los descargos presentados a través de distintas misivas.



Finalmente, solicita se declare fundada la ampliación de pretensiones propuestas, y manifiestan que, con el objeto de evitar resoluciones contradictorias se uniformice criterios.

Pretensión accesoria

Pago de costas y costos arbitrales

Fundamenta esta pretensión en lo dispuesto por los artículos 70 y 73 de la Ley de Arbitraje (D.L. No. 1071).

Indemnización de daños y perjuicios

Sostiene que las expectativas de cumplimiento de una obligación del tipo contractual generan daños y perjuicios de naturaleza económica debiendo ser resarcidos a través del pago de una indemnización.

El daño se encuentra acreditado y que existe un accionar doloso de la Entidad al resolver el contrato e imponer penalidades que no se ajustan a un criterio contractual y veraz.

Finalmente, que en el presente caso existe una evidente responsabilidad objetiva ya que la resolución contractual y la imposición de la penalidad es irregular y arbitraria, pues se ha dado de manera consciente, evidente y por tanto dolosa.

5.2 Posición del ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE:

Con fecha 20 de enero del 2017, el ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO – OSCE (en adelante, la DEMANDADA) presentó un escrito, mediante el cual dedujo excepción de caducidad, contestó a la demanda y formuló reconvención.

5.2.1 Excepción de caducidad

La DEMANDADA interpuso una excepción de caducidad de la demanda, respecto de



la pretensión de dejar sin efecto la resolución contractual efectuada a través de la Carta N° 142-2016/OA de fecha 12 de febrero del 2016. Fundamenta la excepción en los términos siguientes:

La pretensión para dejar sin efecto la resolución de un contrato está sujeta a un plazo de caducidad establecido en los numerales 52.1 y 52.2 del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

El plazo de caducidad previsto en la ley es de quince días hábiles que se computan desde el momento anterior a la conclusión del contrato.

El último párrafo del artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que en los casos de controversias relativas a la resolución del contrato el plazo para demandar es de quince días contados a partir de la resolución.

En el presente caso, la demanda ha sido planteada el 26 de octubre de 2016, habiéndose resuelto el contrato el 12 de febrero del 2016, por lo que habrían transcurrido 8 meses y 14 días después de la resolución del contrato.

Manifiesta que la DEMANDANTE había iniciado otro arbitraje con anterioridad (Exp. 76-2016), con la misma pretensión de nulidad de resolución y cumplimiento del contrato, el cual fue archivado debido a que la DEMANDANTE no presentó su demanda dentro del plazo establecido. Por lo tanto, no es posible que por la vía de la ampliación de demanda se busque reabrir el caso 76-2016

5.2.2. Contestación de la demanda

Respecto de la resolución del CONTRATO.

Sostiene que ambas partes celebraron el Contrato N° 001-2016-OSCE de Servicio de Seguridad y Vigilancia Institucional para el OSCE - Sede Lima el 25 de enero de 2016 como consecuencia de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 033-2015 derivada del Concurso Público N° 001-2015-OSCE.

Agrega que con fecha 09 de febrero de 2016, le remitieron a la DEMANDANTE la



Carta N° 137-2016/OA, mediante la cual se le requiere cumplir con las siguientes obligaciones específicas del contrato:

- Cubrir los puestos de vigilancia con el personal a que se refiere la Cláusula Décimo Novena del Contrato N° 001-2016-OSCE.
- Que el personal de vigilancia porte el carnet de identificación para prestar el servicio (SUCAMEC).
- Que el personal de vigilancia porte la licencia para el uso de armas.
- Que un agente no cubra dos (02) turnos continuos.

Con fecha 12 de febrero de 2016 remitieron a la DEMANDANTE la Carta 142-2016/OA mediante la cual se le comunicó que habiendo vencido el plazo para cumplir con las obligaciones requeridas en la Carta N° 137-2016/OA y habiéndose verificado que persiste el incumplimiento, resolvían en forma total el Contrato N° 001-2016-OSCE a partir de la recepción de la comunicación.

Sostienen que no existe controversia respecto de las razones de la resolución del contrato expuestas precedentemente, limitándose la DEMANDANTE a señalar que el plazo de dos días concedido para cumplir las obligaciones requeridas por la Entidad resultaba insuficiente y que los incumplimientos obedecieron a casos de fuerza mayor, relativos a renunciaciones voluntarias del personal contratado, que ocurrieron de manera intempestiva e imprevista.

Agregan que el requerimiento formulado con la Carta N° 137-2016-OA del 09 de febrero de 2016, no sólo estaba referido al incumplimiento de obligaciones esenciales del contrato, como por ejemplo no haber cubierto los puestos de vigilantes con el personal propuesto, incumplimiento que por sí solo habría justificado la resolución del contrato, puesto que el mismo significa no sólo una inejecución de obligaciones sino un incumplimiento de la propuesta técnica con la que fue seleccionado el proveedor para prestar el servicio, determinando una incongruencia entre la propuesta formulada en el proceso de selección y la ejecución del contrato, que la Ley no autoriza. El requerimiento comprendió también (además del requerimiento de prestar el servicio con el personal propuesto) la comunicación al proveedor para que cumpla prestaciones cuyo incumplimiento puede tener y de hecho tiene la calidad de ilícito administrativo, penal y constitucional.



Sostienen que no portar el carnet de identificación personal de servicio de vigilancia extendido por la SUCAMEC o el hecho que personal de vigilancia no porte la licencia para el uso de armas, representaba la posibilidad cierta de que personal de la DEMANDANTE se encontraba prestando el servicio de vigilancia con personal no autorizado y portando armas de fuego sin licencia, lo que representaba además de un ilícito administrativo un hecho de contenido penal que comprometía a la Entidad en un ilícito por causa exclusivamente imputable a la demandante.

En el caso de los agentes que cubrían dos turnos continuos, el ilícito es de orden laboral e inclusive constitucional, puesto que más allá del alegado evento de fuerza mayor, la DEMANDANTE no debía ni podía obligar al personal a servicios de 24 horas continuas sin transgredir la jornada de 8 horas diarias de trabajo prevista en la Constitución, extendida por la legislación a 12 horas para los trabajadores que prestan servicios de vigilancia u otros que desarrollan sus labores mediando períodos de actividad e inactividad.

Asimismo, manifiesta que la DEMANDANTE no consideró que en las infracciones relativas al incumplimiento de la obligación de portar el carnet de SUCAMEC y no portar licencia para el uso de arma o licencia vencida, entre otras, la consecuencia prevista en la cláusula décimo segunda del contrato era una penalidad de S/. 200.00 y el retiro inmediato del agente, inclusive sin posibilidad de un plazo para la subsanación del incumplimiento, precisamente en atención a que los citados incumplimientos no sólo tienen la calidad de graves, sino porque adicionalmente tienen la calidad de ilícitos administrativos y penales que ponían al OSCE ante un serio compromiso y responsabilidad de mantener subsistente la citada situación irregular.

Solicitan que la demanda de cumplimiento de contrato y nulidad de resolución ("se deje sin efecto la resolución del contrato") sea desestimada, no sólo por los fundamentos que expuestos sino también por tratarse de una demanda planteada después de vencido el plazo de caducidad, al plantearla en este proceso (158-2016) como una ampliación, más de ocho meses después de la resolución del contrato y por haber perjudicado la propia demandante su propia pretensión al no haber presentado la demanda en el proceso en el que sí planteó la pretensión desde la conciliación (Exp. 76-2016) dando lugar a que el Tribunal Arbitral ordene el archivamiento del proceso.



Respecto de la validez de las penalidades

Sostienen que se trata de una pretensión accesorio a la pretensión principal de cumplimiento de contrato y nulidad de resolución, de tal manera que desestimándose la primera (por caduca y por haber sido perjudicada por la propia empresa al no plantearla en el proceso arbitral que correspondía) debe desestimarse la segunda.

Con relación al plazo durante el cual se calcularon las penalidades (del 05 de febrero al 15 de febrero), manifiestan que corresponde exactamente al período de servicio efectivo prestado por la DEMANDANTE, no siendo correcto por tanto que exista error en la determinación de las penalidades; siendo importante puntualizar adicionalmente que el contrato fue celebrado el 25 de enero de 2016, no siendo cierto que el mismo haya sido celebrado el 05 de febrero de 2016 como sugiere la demandante.

Hacen presente que la DEMANDANTE no ha presentado ningún fundamento ni prueba que desvirtúe las penalidades aplicadas con la Carta N° 322- 2016/OA, limitándose a señalar que no corresponde la aplicación de las mismas, sin agregar razón alguna que sustente su posición.

Respecto de la pretensión de Indemnización por Daños y Perjuicios

Sostienen que se trata igualmente de una pretensión accesorio a la pretensión de resolución de contrato y cumplimiento del mismo y consecuentemente debe ser desestimada por tratarse de una pretensión accesorio de una principal extinguida por caducidad.

Adicionalmente, dejan constancia que la DEMANDANTE no ha fijado la cuantía de la pretensión, ni siquiera en la parte pertinente a la cuantía actual de la controversia.

Agregan que no sólo se trata de una pretensión accesorio de una principal extinguida y además planteada incorrectamente sin fijar la cuantía, sino también está el hecho de no haber fundamentado los elementos propios de una indemnización por daños y perjuicios, dado que:



- a) La DEMANDANTE se refiere en primer lugar al daño definiéndolo y señalando que debe ser cierto e injusto; sin embargo no señala cuál es la pérdida patrimonial que alega, limitándose a aludir a las penalidades, evidenciando que la pretensión de indemnización carece de fundamento, puesto que la de invalidez de penalidades ha sido planteada por ella misma de manera separada e independiente en la misma demanda.
- b) La DEMANDANTE no sustenta el elemento antijurídico, esto es que el daño debe haberse producido como consecuencia de una acción u omisión contraria al ordenamiento jurídico. En el caso de autos, no existe el citado elemento puesto que el supuesto daño no señalado y menos acreditado, de haberse producido no sería consecuencia de un acto contrario al Derecho, sino de una resolución de contrato dictada con arreglo a Ley y que además ha quedado firme por caducidad en este proceso y por haber declinado la propia DEMANDANTE presentar la demanda en el Expediente N° 76-2016.
- c) La DEMANDANTE no se refiere al nexo causal entre la acción de nuestra entidad y el supuesto y negado daño, siendo importante tener en consideración que no puede señalar como nexo causal del daño la resolución del contrato, puesto que ésta ha quedado firme, por causa exclusivamente imputable a la DEMANDANTE. Adicionalmente, el nexo causal del supuesto y negado daño no podría ser la resolución del contrato (inclusive si ésta pudiera debatirse en el presente proceso), puesto que ésta no fue un acto arbitrario de la Entidad sino consecuencia directa de los incumplimientos del contratista y en particular de los siguientes:
- No Cubrir los puestos de vigilancia con el personal a que se refiere la Cláusula Décimo Novena del Contrato N° 001-2016-OSCE.
 - El personal de vigilancia No portaba el carnet de identificación para prestar el servicio (SUCAMEC)
 - El personal de vigilancia No portaba la licencia para el uso de armas
 - Los agentes cubrían dos (02) turnos continuos.

Consecuentemente, concluye que si la resolución del contrato generó algún daño a la DEMANDANTE, este no fue producto de una decisión arbitraria sino del incumplimiento de obligaciones esenciales del contrato.

Agrega que la DEMANDANTE tampoco desarrolla el elemento relativo a los factores de atribución, siendo importante puntualizar que incurre en una manifiesta



contradicción al señalar que en el presente caso se presenta una evidente responsabilidad objetiva por la resolución del contrato y por las penalidades, señalando en forma inmediata que las penalidades se aplicaron de manera "consciente, evidente y por tanto dolosa", de tal manera que según la teoría formulada por la DEMANDANTE, la supuesta responsabilidad del OSCE sería simultáneamente objetiva y subjetiva, afirmación que sin duda carece absolutamente de sustento jurídico.

Finalmente, puntualiza que la demanda no prevé fundamento alguno dirigido a desvirtuar la liquidación de penalidades presentadas en la Carta N° 322-2016/OA del 11 de abril de 2016, de tal manera que en ningún caso puede aludir a una intención deliberada de causarles daño cuando la liquidación formulada por la Entidad no ha sido observada ni se han indicado cuáles serían las razones que sustentarían la invalidez de las penalidades.

5.2.3 La reconvención.

La DEMANDADA interpuso reconvención contra la DEMANDANTE, solicitando que le pague la suma de S/. 293,340.00 por concepto de penalidades derivadas de la inejecución del contrato que fueron comunicadas a dicha empresa mediante Carta N°322-2016/OA. Fundamentan la reconvención en las siguientes consideraciones:

Conforme lo han expresado en la contestación de la demanda, aplicaron a la DEMANDANTE una penalidad ascendente a S/. 293,340.00 por la ejecución deficiente del contrato.

Sostienen que la DEMANDANTE ha demandado la invalidez de la penalidad sin expresar fundamento alguno que desvirtúe la liquidación; pero además no han mencionado que la citada penalidad no ha sido pagada, ni tampoco existe garantía para el pago de la misma.

En efecto conforme a la cláusula octava del contrato (garantía), la DEMANDANTE se presentó con la acreditación de REMYPE, solicitando que en lugar de la garantía regular que prevé la Ley de Contrataciones del Estado se le permita ofrecer como garantía la retención del importe de S/. 26,087.70 mensuales durante los primeros ocho meses del contrato, que sumados alcanzarían los S/. 469,578.60 equivalentes al 10% del monto del contrato.



Dado que el contrato fue resuelto, y no se canceló suma alguna a la DEMANDANTE, no fue posible retener suma alguna en aplicación de la garantía ofrecida.

Agrega que, pese a haberlo requerido, no han recibido ningún comprobante de pago de la DEMANDANTE dirigido al pago de los días de servicio prestados (con incumplimiento parcial y/o cumplimiento deficiente), de tal manera que no se ha cobrado la penalidad por no contar con una garantía que cubra la suma determinada y además por no haber recibido comprobante de pago alguno al que pueda ser aplicada la penalidad.

Por lo tanto, la DEMANDANTE no ha cancelado la penalidad liquidada por el OSCE (cuya invalidez demanda), no llegó a constituir la garantía de cumplimiento de contrato y tampoco fue posible aplicar la penalidad a la retribución por el servicio prestado, razones que la obligan a demandar el pago a través de la presente reconvención.

Fundamentan el cobro de la penalidad en el artículo 166º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado¹.

5.3 CONTESTACIÓN DE LA EXCEPCION Y DE LA RECONVENCION.

El 24 de febrero de 2017, la DEMANDANTE presentó un escrito, mediante el cual absolvió la excepción de caducidad y la contestación de demanda, así como contestó a la reconvención.

5.3.1 LA EXCEPCION DE CADUCIDAD.

La DEMANDANTE contestó la excepción de caducidad, en los términos siguientes:

La DEMANDANTE inserta una línea de tiempo, en la que aparece como fecha de

¹ Artículo 166.- Otras penalidades

En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora.



interposición de la solicitud de arbitraje el 17 de marzo del 2016, es decir, nueve días posteriores al Acta de Conciliación.

Sostiene que no se ha vulnerado u omitido los plazos para la presentación tanto de la solicitud de conciliación (12.02.2016) como de la solicitud de arbitraje (17.03.2016), habiéndose presentado esta última los nueve días hábiles de la emisión del acta de fala de acuerdo.

Agregan que en el presente expediente (Exp. 178-2016) han solicitado se declare fundada la ampliación de cumplimiento de contrato, en lo que se refiere a dejar sin efecto la resolución contractual y dejar sin efecto las penalidades, que los sujetos procesales son los mismos, que las pretensiones guardan conexidad, toda vez que se derivan de un mismo contrato.

Por estas razones, y con el propósito de consolidar ambos procesos y evitar resoluciones contradictorias se tenga a bien uniformizar criterios que contribuirán a economizar procedimientos e incurrir en mayor celeridad procedimental.

Citan el artículo 38 inciso 5 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio, según el cual *"en el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda, contestación o reconvencción, de ser el caso, a menos que el Tribunal Arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación"*.

5.3.2 LA CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN:

La DEMANDANTE contestó la reconvencción, solicitando que sea declarada infundada en base a los siguientes fundamentos:

Respecto al punto 1), referido a la aplicación por parte de la Entidad de una penalidad ascendente a S/. 293,340.00 por ejecución deficiente del contrato, manifiesta que es cierto, pues mediante MISIVA No. 322-2016/OA, de fecha 11-04-2016, se les comunicó la aplicación de una penalidad ascendente dicho monto, y se adjuntaron diversas liquidaciones por las supuestas observaciones al servicio de seguridad y vigilancia. Asimismo, se les advirtió que la misma será deducida de la factura correspondiente al periodo del servicio, liquidación que rechaza en su totalidad por considerarla ilegal y arbitraria. Afirma que mediante misiva se le comunica que las retenciones se realizarían en el descuento de las facturas pendientes de pago.



Agrega que se pretende aplicar penalidades al amparo del artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, es decir, la norma que regula el concepto otras penalidades, las mismas que en merito a las bases administrativas del proceso de selección (se especifica las infracciones mas no el procedimiento a seguir) no cuentan con un procedimiento expreso y taxativo, por ende, resulta ser vulnerativo, a efectos de no haber ejercido de moda alguno su derecho de defensa, menos aún la secuencia de un debido procedimiento que contenga la supuesta configuración en el sentido lato del concepto otras penalidad, dado que en el punto 7) de la reconvención solo se ha esgrimido en transcribir la norma y no configurarlo tácticamente.

5.3.3. SOBRE LA CONTESTACION A LA DEMANDA

En su escrito de contestación a la excepción y a la reconvención, la DEMANDANTE se pronunció sobre la contestación a la demanda por parte de la DEMANDADA en los siguientes términos:

Es cierto que se le comunicó un supuesto incumplimiento de contrato bajo apercibimiento de resolución contractual, sin embargo en la Carta N6 137-2016/OA se aduce que el personal destacado no contaba con Carnet de identificación SUCAMEC, tampoco con licencia para portar armas, que un agente no debería cubrir dos (02) turnos continuos, así como que los puestos de vigilancia sean cubiertos con el personal al que se refiere la cláusula décimo novena del Contrato N° 001-2016-OSCE (listado donde se registra el personal designado para el servicio). Del listado observaciones que se realizó, la Entidad le otorgó solamente dos (02) días calendario a fin de cumplir con lo antes indicado. Frente a ello, si la Entidad había detallado mediante la carta citada no una sino varias posibles causales que devendrían en ocasionar un incumplimiento contractual, y a fin de aplicar un criterio de proporcionalidad dado que el tiempo otorgado para realizar el descargo correspondiente no era suficiente para subsanar las observaciones en mención pues de los hechos que aduce la Entidad, estos tendrían que derivarse en un trámite administrativo cuya demora y retraso resulta ajena al animus de cumplimiento de la empresa. Por ello, este plazo debió ser ampliado en merito a lo establecido en la cláusula novena que refiere a la conformidad del servicio: *"De existir observaciones indicándose claramente el sentido de estas dando al contratista un plazo prudencial para su subsanación (...)"* Incidiendo en un parámetro de 2 a 10 días dada la complejidad. Acto que no aconteció dado los acumulados requerimientos planteados por la entidad.

Con la intención de ofrecer una respuesta a la Entidad, con fecha 12 de febrero del 2016 la DEMANDANTE procedió a absolver la misiva antes mencionada para lo cual cursaron la Carta Notarial No. 31442-2016 en la misma fecha, en la que se hizo presente que respecto a los hechos imputados, las causas que habrían originado las faltas atribuidas, y que estas se debieron a renunciaciones voluntarias relacionado con el personal contratado, acto que si bien se encuentra subsumido en el objeto del contrato, prestación de servicio de seguridad y vigilancia, además se recalcó que las causas que originaron las observaciones en el personal acontecieron de manera intempestiva e imprevista para la empresa, y que resultaría improbable el levantamiento de las observaciones en el plazo de dos días calendario tal como señala mediante la carta notarial. Asimismo, la DEMANDANTE comunicó que dicha situación se encontraba en regularización y que se cumpliría con las condiciones y perfil del personal establecido en las bases del proceso de selección, así como, las derivadas del contrato, evidenciando que se había tomado las debidas diligencias para brindar un idóneo servicio, a fin de evitar futuras contingencia que puedan entorpecer el buen desempeño laboral y el efectivo cumplimiento contractual.

Agrega que la Entidad, sin considerar la complejidad de la contratación en cuanto al plazo de subsanación de las observaciones antes anotadas, mediante Carta No. 142-2016/OA de fecha 12 de febrero del 2016 comunicó la resolución del CONTRATO.

La DEMANDANTE en ningún momento ni representada tuvo una posición negativa o el animus de incumplir con alguna de las cláusulas contractuales pactadas, al contrario existió la predisposición a solucionar y realizar con celeridad el levantamiento de las observaciones con el personal a cargo y con respecto a contratar nuevos trabajadores que cumplan a cabalidad con los requisitos exigibles para proporcionar un servicio eficaz y de manera apta en el desempeño de la labor de seguridad y vigilancia.

La actitud de la Entidad de proceder a la resolución del contrato de servicios antes señalado, se ha realizado sin considerar que han existido causas ajenas a la voluntad de la DEMANDANTE, y que estos ocasionaron se produzcan las faltas imputadas. Asimismo, lo referido al personal debiera considerarse una causa solidaria de manera que es atribuible e imputable también a la propia Entidad. Pues de la sucesión de los hechos tenemos que respecto a la fecha de suscripción del contrato, esta obra con fecha 05 de febrero del 2016 (realidad), es decir con fecha posterior a la indicada en el mencionado documento. Situación que ocasionó que el personal propuesto presente



sus renunciaciones voluntarias dada la demora en la prestación del servicio. Hecho que no deberá pasar por inadvertido pues la consecuencia de ello ocasiona directamente la configuración de las observaciones a las que hace mención la Entidad.

El presente arbitraje ha sido iniciado ante la conducta arbitraria e injustificada de la Entidad, teniendo en consideración que se ha efectuado el incumplimiento de Contrato N° 001-2016-OSCE de fecha 25 de enero del 2016 por parte de la Entidad y que de manera intempestiva e ilegal ha puesto a cobro la suma de S/. 293,340.00 por concepto de penalidades, las mismas que vulnera todo criterio de legalidad. Generando una expectativa económica en lo que respecta al cumplimiento de contrato y un desmedro pecuniario en lo referido a imposición de penalidades; que bien pudo haberse utilizada en una inversión para generar ganancias o cualquier movimiento económico en su favor; debe quedar claro que las expectativas del cumplimiento de una obligación del tipo contractual, generan daños y perjuicios de naturaleza económica debiendo ser resarcidos a través del pago de una indemnización (responsabilidad civil); dada la existencia de un perjuicio económico, factor de atribución, nexo causal y antijuricidad, que serán merituados en base a un criterio cuantificable y proporcional al lucro cesante y daño emergente que mi representada ha sufrido.

Finalmente, solicita al colegiado arbitral declare fundada la ampliación de pretensiones propuestas, respecto a el cumplimiento de Contrato N° 001-2016-OSCE en lo que refiere a dejar sin efecto la resolución contractual efectuada por la Entidad a través de la Carta N° 142-2016/OA de fecha 12 de febrero del 2016, así como, dejar, sin efecto las penalidades impuestas ascendentes a S/. 293,340.00 y se proceda a la devolución de sumas ilegalmente retenidas por conceptos de penalidad, pues cuentan con los mismos sujetos procesales cuyas pretensiones guardan directa conexidad, toda vez que se derivan de un mismo contrato.

6. DECISIONES ADOPTADAS EN EL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.-

Mediante Resolución No. 03 de fecha 02 de mayo del 2017, el Tribunal Arbitral resolvió tener presente el escrito mediante el cual la DEMANDANTE absolvió la excepción de caducidad y la contestación de demanda, con conocimiento de la contraparte.

Mediante Resolución N° 4 de fecha 02 de mayo de 2017 el Tribunal Arbitral resolvió lo siguiente:



- Respecto a la excepción de caducidad deducida por la DEMANDADA en su escrito de contestación de demanda de fecha 20 de enero de 2017, el Tribunal Arbitral dispuso reservarse el pronunciamiento sobre la misma para una Resolución posterior, pudiendo incluso pronunciarse sobre estos aspectos junto con las cuestiones relativas al fondo de la controversia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 40º del Reglamento de Arbitraje del Centro.
- El Tribunal Arbitral precisó que serán objeto de pronunciamiento en el presente arbitraje las siguientes materias o puntos controvertidos, derivados del escrito de demanda; del escrito de contestación a la demanda y reconvención presentado; y del escrito de contestación a la reconvención:

Materias de pronunciamiento derivadas de las pretensiones contenidas en el escrito de demanda:

Primera pretensión principal:

Determinar si corresponde ordenar el cumplimiento del Contrato N° 001-2016-OSCE de fecha 25 de enero de 2016, suscrito por C&Z y el OSCE, en cuanto se refiere a dejar sin efecto la resolución contractual efectuada por el OSCE a través de la Carta N° 142-2016/OA de fecha 12 de febrero de 2016.

Segunda pretensión principal:

Determinar si corresponde dejar sin efecto las penalidades impuestas por el OSCE a C&Z, ascendentes a la suma de SI. 293,340.00 (doscientos noventa y tres mil trescientos cuarenta y 00/100 Soles), así como proceder a la devolución de las sumas que serían ilegalmente retenidas por el OSCE.

Primera pretensión accesoria a las pretensiones principales:

Determinar si corresponde ordenar al OSCE el pago de los costos y las costas en que se ha incurrido para lograr la satisfacción de las pretensiones principales, esto es, los gastos realizados para propiciar, viabilizar y tramitar el presente proceso arbitral, así como los gastos para el pago de los honorarios del Tribunal Arbitral, de la Secretaría Arbitral y del abogado



defensor de C&Z.

Segunda pretensión accesoria a las pretensiones principales:

Determinar sí corresponde ordenar el pago de una indemnización por los daños y perjuicios que habrían sido causados por el indebido proceder del OSCE.

Materias de pronunciamiento derivadas de la pretensión contenida en el escrito de reconvención:

Pretensión reconvencional:

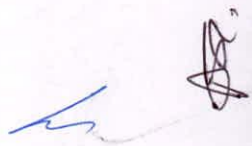
Determinar si corresponde requerir a C&Z el pago de la suma de SI. 293,340.00 (doscientos noventa y tres mil trescientos cuarenta y 00/100 Soles) por concepto de penalidades derivadas de la presunta inejecución del Contrato N° 001-2016-OSCE, suscrito entre C&Z y el OSCE.

El Tribunal Arbitral declaró que la presente enumeración de materias controvertidas es meramente ilustrativa, constituyendo una pauta referencial que no limita el orden del análisis que realizará este Colegiado respecto de la controversia y de las pretensiones planteadas.

En consecuencia, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de analizar las cuestiones que serán materia de pronunciamiento en un orden distinto del detallado en la presente Resolución.

Asimismo, el Tribunal Arbitral dejó claramente establecido que se reservó el derecho de modificar, ajustar o reformular a su entera discreción, con conocimiento de las partes, las materias sometidas a su decisión, según el desarrollo de las actuaciones arbitrales o para facilitar la resolución de la controversia.

Sobre el particular, este Colegiado se reservó el derecho de pronunciarse sobre cualesquiera cuestiones conexas o accesorias al fondo de la controversia que se hayan promovido durante las actuaciones arbitrales, incluyendo, de ser el caso, las pretensiones implícitas promovidas durante el desarrollo del



proceso, siempre que respecto de las mismas se haya respetado estrictamente el derecho de defensa de las partes, incluyendo, pero no limitándose, al derecho de contradecir, probar y ser oídos, en igualdad de condiciones.

Si al momento de referirse a alguna cuestión materia de pronunciamiento, el Tribunal Arbitral llegara a determinar que carece de objeto pronunciarse sobre otras cuestiones que guarden relación con aquella, podrá omitir referirse a esas cuestiones, expresando las razones de tal omisión.

7. ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

De conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 42º del Reglamento de Arbitraje del Centro, el Tribunal Arbitral procedió a admitir las siguientes pruebas:

Pruebas presentadas por la DEMANDANTE:

Documentales:

Se admite la totalidad de las pruebas documentales ofrecidas por C&Z en el acápite "IX. MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito de demanda presentado el 26 de octubre de 2016.

Se admite la totalidad de las pruebas documentales ofrecidas por C&Z en el acápite "IV. MEDIOS PROBATORIOS" del escrito presentado el 24 de febrero de 2017, mediante el cual absolvió la excepción de caducidad y la contestación de demanda, así como contestó a la reconvención.

Exhibición:

En relación a la exhibición solicitada por C&Z en su escrito de demanda presentado el 26 de octubre de 2016, que consiste en la presentación del Expediente Nº 0076-2016-CCL, conteniendo todos los actuados y anexos presentados; este Colegiado estima pertinente disponer que la referida exhibición se realice en la Audiencia de Ilustración.

Pruebas presentadas por la DEMANDADA:

Documentales:

Se admite la totalidad de las pruebas documentales ofrecidas por el OSCE en los



acápites "Medios Probatorios"; "11. MEDIOS PROBATORIOS" del Primer Otrosí Decimos; y " 11. MEDIOS PROBATORIOS" del Segundo Otrosí Decimos del escrito presentado el 20 de enero de 2017, mediante el cual dedujo excepción de caducidad, contestó a la demanda y formuló reconvención.

Dado que el OSCE había omitido presentar el medio de prueba signado con el numeral 3 del acápite "11. MEDIOS PROBATORIOS" del Segundo Otrosí Decimos, correspondiente a las páginas 49 y 50 del Capítulo V de las Condiciones Especiales de las Bases del Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía N° 33-2015; el Tribunal Arbitral le otorgó tres (3) días hábiles, para que cumpla con presentar el referido medio de prueba.

El Tribunal Arbitral se reservó el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere conveniente, al amparo de lo establecido en el artículo 43° del Reglamento de Arbitraje del Centro.

8. AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN

El Tribunal Arbitral citó a las partes a una Audiencia de Ilustración, la misma que se llevó a cabo el día 12 de mayo de 2017, con la concurrencia de ambas partes.

9. ALEGATOS E INFORMES ORALES

Con fecha 29 de setiembre del 2017, se llevó a cabo la audiencia de informes orales, con la presencia de representantes de ambas partes.

Finalmente, mediante Resolución No. 10 el Tribunal Arbitral declaró el cierre de la etapa probatoria y, en consecuencia, otorgó a las partes un plazo de quince (15) días hábiles, a fin de que presenten sus respectivos alegatos finales.

10. PLAZO PARA LAUDAR

Mediante Resolución No. 10, de fecha 10 de octubre del 2017, el Tribunal Arbitral dispuso el cierre de la instrucción, y fijó el plazo para laudar en 30 días hábiles.



11. CUESTIONES PRELIMINARES.

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente:

Que el presente proceso se constituyó de conformidad con las disposiciones establecidas en el convenio arbitral contenido en el CONTRATO.

Que en ningún momento se interpuso recusación contra los miembros del Tribunal Arbitral, o se efectuó algún reclamo contra las reglas procesales establecidas en la Resolución No. 04.

Que la DEMANDANTE presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso.

Que, por su parte, el DEMANDADO fue debidamente emplazado con la demanda, la contestó dentro del plazo dispuesto para ello e interpuso reconvención, ejerciendo plenamente su derecho de defensa.

Que el DEMANDANTE fue debidamente emplazado con la reconvención y la contestó dentro del plazo respectivo, ejerciendo plenamente su derecho de defensa.

Que, las partes tuvieron las más amplias facilidades y plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como presentar alegatos e informar oralmente.

Que el presente laudo se dicta dentro del plazo establecido para ello.

12. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

El Tribunal Arbitral analizará la materia controvertida, sobre la base de los puntos controvertidos fijados en la Resolución correspondiente.

En relación con las pruebas aportadas por las partes en el proceso, en aplicación del Principio de comunidad de la prueba, las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento en que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que las ofreció.

Al emitir el presente Laudo, el Tribunal Arbitral ha valorado la totalidad de los



medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el arbitraje. Por consiguiente, la no indicación expresa de alguno o algunos de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes, no implica, bajo ninguna circunstancia, que determinado medio probatorio o determinado hecho no haya sido valorado.

Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral deja expresamente establecido que en aquellos supuestos en los que este Laudo hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral tuviese respecto de la controversia materia de análisis.

Siendo ello así, el Tribunal Arbitral pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como valorar los medios probatorios que obran en el expediente, procediendo con el análisis de los puntos controvertidos.

12.1 La excepción de caducidad

1. En la Resolución No. 04, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho a resolver la excepción de caducidad al momento de laudar.
2. En primer lugar, este Tribunal Arbitral aprecia que mediante Resolución No. 04, de fecha 02 de diciembre del 2016, expedida en el expediente arbitral No. 0076-2016-CCL, se resolvió dar por terminadas las actuaciones arbitrales y disponer el archivo definitivo del caso arbitral, debido a que la entonces demandante, Corporación C&Z SAC, no cumplió con presentar su demanda arbitral dentro del plazo otorgado para dicho efecto.
3. En el presente caso estamos ante una nueva solicitud de arbitraje, que dio lugar a una nueva demanda arbitral, no procediendo la acumulación pretendida por la DEMANDANTE, pues no se puede acumular un nuevo proceso arbitral a otro que terminó con su archivo definitivo.
4. Por lo tanto, corresponde determinar si la DEMANDANTE en el presente expediente ha presentado su solicitud de arbitraje dentro del plazo de caducidad establecido en el numeral 52.2 del artículo 52 de la Ley de



Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo No. 1017), que establece lo siguiente:

"52.2. Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato.

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

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

Todos los plazos previstos son de caducidad".

5. Por lo tanto, la pretensión para dejar sin efecto la resolución de un contrato está sujeta a al plazo de caducidad establecido en el numeral 52.2 del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.
6. Asimismo, el artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 184-2008-EF, establece lo siguiente:

"Artículo 170.- Efectos de la resolución

Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.

Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser



sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida".

7. En el presente caso, la Carta Notarial mediante la cual se declaró resuelto el CONTRATO fue remitida a la DEMANDANTE con fecha 12 de febrero del 2016, según se aprecia de la constancia notarial de entrega que obra en el expediente.
8. Con fecha 26 de febrero del 2016, la DEMANDANTE presentó una solicitud de conciliación extrajudicial ante el Centro de Conciliación "Proyección al Desarrollo Idel - Prod.".
9. Con fecha 04 de marzo del 2016, se suscribió el Acta de Conciliación por falta de acuerdo No. 103-16.
10. En relación con el plazo para iniciar un arbitraje, cuando se ha optado por la conciliación extrajudicial previa, el artículo 215 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece lo siguiente:

"Artículo 215.- Inicio del Arbitraje

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

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

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

Las controversias relativas al consentimiento de la liquidación final de los contratos de consultoría y ejecución de obras o respecto de la conformidad



de la recepción en el caso de bienes y servicios, así como las referidas al incumplimiento de los pagos que resulten de las mismas, también serán resueltas mediante arbitraje.

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

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

11. En consecuencia, el plazo para presentar la solicitud de arbitraje, para cuestionar la resolución contractual, debe computarse a partir del día 05 de marzo del 2016, venciendo el plazo de 15 días útiles el día 29 del mismo mes.
12. En vista que, en el presente expediente arbitral, la solicitud de arbitraje fue presentada el 30 de mayo del 2016, este Tribunal Arbitral aprecia dicha solicitud, en cuanto a la pretensión de dejar sin efecto la resolución contractual efectuada por la Entidad, ha sido presentada cuando ya había vencido el plazo de caducidad legalmente establecido, por lo que corresponde declarar fundada la excepción de caducidad planteada por la DEMANDADA.

Primera pretensión principal: Determinar si corresponde ordenar el cumplimiento del Contrato N° 001- 2016-OSCE de fecha 25 de enero de 2016, suscrito por C&Z y el OSCE, en cuanto se refiere a dejar sin efecto la resolución contractual efectuada por el OSCE a través de la Carta N° 142-2016/OA de fecha 12 de febrero de 2016.

13. Habiéndose declarado fundada la excepción de caducidad, no corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre esta pretensión.



Segunda pretensión principal: Determinar si corresponde dejar sin efecto las penalidades impuestas por el OSCE a C&Z, ascendentes a la suma de S/. 293,340.00 (doscientos noventa y tres mil trescientos cuarenta y 00/100 Soles), así como proceder a la devolución de las sumas que serían ilegalmente retenidas por el OSCE.

14. En relación con la aplicación de penalidades por incumplimiento, la cláusula décimo segunda del CONTRATO establece lo siguiente:

CLÁUSULA DÉCIMO SEGUNDA: PENALIDADES

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

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

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

Donde:

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

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

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

Esta penalidad será deducida de los pagos periódicos, del pago final.

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

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

15. Asimismo, en dicha cláusula se insertó el siguiente cuadro de penalidades:

OTRAS PENALIDADES

INCUMPLIMIENTO	PENALIDAD
DE LOS AGENTES	
- No portar carné de identificación personal del servicio de vigilancia (SUCAMEC) o portar con carné de identificación vencido.	S/ 200.00 y retiro del agente inmediatamente
- No portar licencia para uso de arma o contar con licencia para uso de arma vencido.	S/ 200.00 y retiro del agente inmediatamente
- Por tener licencia de arma que no corresponde al arma que porta el agente.	
DE LA EMPRESA	
- Cambiar personal de vigilancia sin autorización de la Entidad.	S/ 500.00 y retiro del agente inmediatamente
- No brindar descanso al personal mediante el agente volante.	S/ 200.00 al detectar la situación y comunicación al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.
- Que un agente cubra dos (02) turnos continuos.	S/ 80.00 por hora, hasta un máximo de dos (02) horas, si se superan las dos horas, a la penalidad se sumará el monto de S/ 50.00 por cada hora adicional que transcurra sin cubrir el puesto de vigilancia.
- Cubrir a un agente con personal que no cuente con el mismo perfil del agente solicitado, según los Términos de Referencia y de ser el caso, las características que permitieron ganar al proveedor adjudicado.	S/ 500.00 y retiro del agente inmediatamente
- No efectuar visitas diarias del Supervisor externo.	S/ 100.00 por día
- Puestos de vigilancia no cubiertos.	S/ 100.00 por hora, hasta un máximo de dos (02) horas, si se superan las dos horas, a la penalidad se sumará el monto de S/ 70.00 por cada hora adicional que transcurra sin cubrir el puesto de vigilancia.

16. Con fecha 09 de febrero de 2016 la DEMANDADA le remitió a la DEMANDANTE la Carta N° 137-2016/OA, mediante la cual le imputó haber incurrido en el incumplimiento de las siguientes obligaciones contractuales:

- Puestos de vigilancia no cubiertos.
- Cambiar personal de vigilancia sin autorización de la Entidad.
- El personal de vigilancia no portaba el carnet de identificación para prestar el servicio (SUCAMEC).
- El personal de vigilancia no portaba la licencia para el uso de armas.
- Había agentes que cubrían dos (02) turnos continuos.

17. En relación con estos incumplimientos, no existe controversia, toda vez que la DEMANDANTE no los ha negado. Por el contrario, ha admitido expresamente haber incurrido en dichos incumplimientos, y los ha justificado alegando causas de fuerza mayor. Asimismo, ha cuestionado el plazo de dos días para la

subsanción, sosteniendo que el tiempo otorgado para realizar el descargo correspondiente no era suficiente para subsanar las observaciones en mención pues era necesario un trámite administrativo para la subsanción.

18. Los argumentos de la DEMANDANTE, para sustentar la improcedencia del cobro de las penalidades, se resumen en lo siguiente:

- Se pretende aplicar penalidades al amparo del artículo 166º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, es decir, la norma que regula el concepto otras penalidades. Sin embargo, en las bases administrativas del proceso de selección se especifica las infracciones más no el procedimiento a seguir para la imposición de las penalidades.
- Al no haberse establecido un procedimiento, se ha violado su derecho de defensa.
- Las faltas atribuidas se debieron a renunciaciones voluntarias relacionadas con el personal contratado.
- Las causas que originaron las observaciones en el personal acontecieron de manera intempestiva e imprevista para la empresa.
- Resultaba improbable el levantamiento de las observaciones en el plazo de dos días calendario.
- Existió la predisposición a solucionar y realizar con celeridad el levantamiento de las observaciones con el personal a cargo y con respecto a contratar nuevos trabajadores que cumplan a cabalidad con los requisitos exigibles para proporcionar un servicio eficaz y de manera apta en el desempeño de la labor de seguridad y vigilancia.
- El contrato fue suscrito con fecha 05 de febrero del 2016, y no el 25 de enero del 2016, como se ha consignado, lo que ocasionó que el personal propuesto presente sus renunciaciones voluntarias dada la demora en la prestación del servicio.

19. Al respecto, este colegiado considera que no se ha acreditado la ocurrencia de algún evento de fuerza mayor o causa no imputable, que libere de responsabilidad a la DEMANDANTE por los incumplimientos contractuales en que ha incurrido.

20. De acuerdo a la normatividad aplicable, las penalidades que la Entidad podía aplicar a la DEMANDANTE son las que se encontraban reguladas en los artículos 165 y 166 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable al presente caso, estas son la "penalidad por mora en la ejecución de la



prestación" y las denominadas como "otras penalidades".

21. Al respecto, con relación a la penalidad por mora, el artículo 165 del dicho Reglamento regula su aplicación, precisando 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."*
22. En relación con la aplicación de las "otras penalidades", el artículo 166 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece lo siguiente: *"En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora."*
23. De acuerdo con la disposición citada, las Entidades pueden establecer en las Bases de los procesos de selección que convoquen penalidades distintas a la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación", las que se calculan de forma independiente a esta y hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del monto vigente del ítem que debió ejecutarse.
24. En cuanto al cálculo de estas penalidades, el artículo 166 del Reglamento establece que este se realizaba de forma "independiente" al de la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación".
25. De acuerdo con el segundo párrafo del artículo 165 del Reglamento, *"En todos los casos, la penalidad por mora se aplicará automáticamente (...)",* y se deducirá de *"(...) los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta."*
26. Sin embargo, el mismo Reglamento no establece los conceptos de los que deben deducirse las penalidades distintas a la "penalidad por mora en la



ejecución de la prestación".

27. No obstante, el OSCE ha establecido en la OPINIÓN N° 092-2017/DTN que estas penalidades tienen la misma finalidad que la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación"; esto es, desincentivar los posibles incumplimientos de las obligaciones a cargo del contratista y resarcir a la Entidad por los perjuicios que sufra como consecuencia de estos incumplimientos. Por lo tanto, debe entenderse que las penalidades distintas a la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación", al igual que esta última, pueden ser deducidas por la Entidad de los pagos a cuenta, del pago final o de la liquidación final; así como del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta, si fuese necesario; pues solo así podían cumplir con su finalidad.
28. En caso no exista suma alguna de donde deducir la penalidad, ni tampoco una garantía, este Tribunal Arbitral entiende que la Entidad tiene expedito su derecho para reclamar el pago de la penalidad en la vida arbitral.
29. No existe en la normativa sobre contratación estatal un procedimiento que deba seguir la Entidad para el cobro de penalidades.
30. La liquidación de penalidades, fue puesta en conocimiento de la DEMANDANTE mediante la Carta No. 322-2016/OA, remitida el 11 de abril del 2016. Según el escrito de demanda, esta carta no fue contestada, ni las penalidades fueron objetadas o cuestionadas en su oportunidad.
31. Las únicas objeciones a la liquidación de penalidades contenidas en el escrito de demanda, se refieren a que no deben ser calculadas de manera diaria y por agente, y que no se tuvo en cuenta los descargos presentados por escrito respecto de la carta de preaviso de resolución.
32. En relación con la objeción de que las penalidades no deben por agente, este Tribunal considera incorrecta esta apreciación, pues en la tabla de penalidades incluida en el contrato se estableció que las penalidades eran por agente. Sin embargo, debe tenerse presente que en el cuadro de penalidades no se estableció que la penalidad debía ser "diaria".
33. En efecto, las penalidades establecidas son las siguientes:

- No portar carné de identificación personal del servicio de vigilancia (SUCAMEC) o portar con carné de Identificación vencido:

S/. 200.00 y retiro del agente inmediatamente.

(no se especifica si la penalidad es diaria o si se aplica por una sola vez)

- No portar licencia para uso de arma o contar con licencia para uso de arma vencido.

Por tener licencia de arma que no corresponde al arma que porta el agente.

S/. 200.00 y retiro del agente inmediatamente.

(no se especifica si la penalidad es diaria o si se aplica por una sola vez)

- Cambiar personal de vigilancia sin autorización de la Entidad.

S/. 500.00 y retiro del agente.

(no se especifica si la penalidad es diaria o si se aplica por una sola vez)

- Que un agente cubra dos (02) turnos continuos

S/. 80.00 por hora, hasta un máximo de dos (02) horas, si se superan las dos horas, a la penalidad se sumará el monto de **S/. 50.00 por cada hora** adicional que transcurra sin cubrir el puesto de vigilancia.

- Cubrir a un agente con personal que no cuente con el mismo perfil del agente solicitado, según los Términos de Referencia y de ser el caso, las características que permitieron ganar al proveedor adjudicado.

S/. 500.00 y retiro del agente inmediatamente.

(no se especifica si la penalidad es diaria o si se aplica por una sola vez)

- Puestos de vigilancia no cubiertos.

S/. 100.00 por hora hasta un máximo de dos (02) horas, si se superan las dos horas, a la penalidad se sumará el monto de **S/. 70.00 por cada hora** adicional que transcurra sin cubrir el puesto de vigilancia.

34. Como se puede apreciar, cuando la penalidad se aplica por hora, se ha indicado expresamente. En los otros casos, se menciona que el agente infractor debe ser retirado inmediatamente. La sanción de retiro inmediato, significa a criterio de este colegiado, que la penalidad dineraria se aplica por una única vez, pues

la sustitución se debe hacer de manera inmediata. Además, de ser una sanción por día, se hubiera consignado expresamente, como se hizo cuando la sanción es por hora.

35. Por lo tanto, la objeción formulada por la DEMANDANTE en el sentido de que el cálculo de la penalidad no debe ser diario, es procedente, por lo que corresponde efectuar un recalcu de la penalidad, siendo el cálculo correcto el siguiente:



No portar carne de identificación personal del servicio de
vigilancia (SUCAMEC) o portar carne de identificación vencido

S/. 200.00 y retiro del agente inmediatamente

	5.02	6.02	7.02	7.02	8.02	8.02	9.02	9.02	10.02	10.02	11.02	11.02	12.02	12.02	13.02	13.02	14.02	14.02	15.02	PENALIDAD
Gutierrez Baca, Rolando	200.00	200.00	200.00	200.00	200.00		200.00		200.00		200.00		200.00	200.00	200.00	200.00	200.00	200.00	200.00	200.00
Dominguez Reynaga, Mario Alberto	200.00	200.00		200.00	200.00	200.00		200.00	200.00	200.00	200.00	200.00		200.00		200.00				200.00
Cruz Alzamora, Victor	200.00	200.00																		200.00
Acero Benavides, Cesar	200.00	200.00		200.00	200.00		200.00	200.00					200.00		200.00			200.00		200.00
Malache Albarracin, Deyvis	200.00	200.00		200.00		200.00		200.00												200.00
Calderon Arzola, Jean	200.00	200.00		200.00	200.00					200.00				200.00				200.00		200.00
Quispe Perez, Jesus	200.00	200.00	200.00	200.00	200.00	200.00	200.00			200.00		200.00		200.00	200.00	200.00	200.00			200.00
Santisteban Yauce, Christian	200.00	200.00		200.00	200.00	200.00	200.00				200.00		200.00						200.00	200.00
Soto Nolasco, Jinathan	200.00	200.00		200.00	200.00	200.00		200.00		200.00		200.00		200.00		200.00				200.00
Wizama Perez, Walter	200.00																			200.00
Garay Espino, Carlos	200.00		200.00																	200.00
De la Haza Polack, Felix	200.00		200.00		200.00															200.00
Acuña Fuentes, Julio	200.00					200.00		200.00		200.00		200.00		200.00		200.00		200.00		200.00
Denegri Gonzales, Alfredo	200.00																			200.00
Estrada Chumpitaz, Robert	200.00		200.00					200.00		200.00		200.00		200.00		200.00	200.00	200.00		200.00
Dacon Fretel, Dario					200.00															200.00
Guido Bisso, Carlos					200.00		200.00		200.00		200.00									200.00
Cuevas Tipan, Yesenia					200.00		200.00		200.00		200.00		200.00						200.00	200.00
Garcia Jesus, Rosemery					200.00															200.00
Uriol Sotero, Victor						200.00														200.00
Campos Diaz, Edwin							200.00													200.00
Molero Castañeda, Joshua									200.00		200.00		200.00						200.00	200.00
Piñeiro Corrales, Jean									200.00		200.00		200.00		200.00					200.00
Ramirez Solano, Emilio											200.00		200.00		200.00		200.00		200.00	200.00
Luque Meneses, Alfonso										200.00										200.00
Arias Lucero, Ismael											200.00		200.00				200.00	200.00	200.00	200.00
Berolla Cordoba, Anthony													200.00							200.00
Arias Jimenez, Luis													200.00						200.00	200.00
Saucedo Bernuy, Junior													200.00							200.00
Ramirez Cabrera, Jorge													200.00		200.00		200.00		200.00	200.00
Dominguez Reynoso, Mario																				200.00
Salinas Porras, Antonio																200.00	200.00		200.00	200.00
Huanco Silva, Julio																			200.00	200.00
Escobar Sandoval, Roger																				200.00
Arbulu Romero, Cossin																				200.00
Yupanqui Ponce, Edwin																				200.00
Fernandez Cabezas, Yosh																				200.00

TOTAL PENALIDAD 7600.00

0000036

No portar licencia para uso de arma o contar con licencia para uso de arma vencida.

Por tener licencia de arma que no corresponde la arma que porta el agente.

S/. 200.00 y retiro del agente inmediatamente

	5.02	6.02	6.02	6.02	7.02	8.02	8.02	9.02	9.02	10.02	10.02	11.02	11.02	12.02	12.02	13.02	13.02	14.02	14.02	15.02	PENALIDAD
Gutierrez Baca, Rolando	200.00		200.00	200.00	200.00	200.00		200		200.00		200.00		200.00	200.00	200.00	200.00	200.00	200.00	200.00	200.00
Dominguez Reynaga, Mario Alberto	200.00		200.00		200.00	200.00	200.00		200.00		200.00	200.00	200.00		200.00		200.00				200.00
Cruz Alzamora, Victor	200.00		200.00																		200.00
Acero Benavides, Cesar	200.00		200.00		200.00	200.00		200.00	200.00					200.00		200.00			200.00	200.00	200.00
Malache Albarracin, Deyvis	200.00		200.00		200.00		200.00		200.00										200.00		200.00
Calderon Arzola, Jean	200.00		200.00		200.00	200.00					200.00				200.00				200.00		200.00
Quispe Perez, Jesus	200.00		200.00	200.00	200.00	200.00	200.00	200.00			200.00		200.00		200.00	200.00	200.00	200.00			200.00
Santisteban Vauce, Christian	200.00		200.00		200.00	200.00	200.00	200.00				200.00		200.00						200.00	200.00
Soto Nolasco, Jinathan	200.00		200.00		200.00	200.00	200.00		200.00		200.00		200.00		200.00		200.00				200.00
Wizama Perez, Walter		200.00																			200.00
Garay Espino, Carlos		200.00		200.00																	200.00
De la Haza Polack, Felix		200.00		200.00		200															200.00
Acuña Fuentes, Julio		200.00					200.00		200.00		200.00		200.00		200.00		200.00		200.00		200.00
Denegri Gonzales, Alfredo		200.00																			200.00
Estrada Chumpitaz, Robert		200.00		200.00				200.00		200.00		200.00		200.00		200.00		200.00		200.00	200.00
Guido Bisso, Carlos					200.00		200		200.00		200.00		200.00		200.00						200.00
Cuevas Tipan, Yesenia					200.00		200		200.00		200.00			200.00						200.00	200.00
Garcia Jesus, Rosemery					200.00																200.00
Uriol Sotero, Victor						200.00		200.00		200.00			200.00								200.00
Campos Diaz, Edwin							200														200.00
Morelo Castañeda, Joshua										200.00		200.00		200.00						200.00	200.00
Piñeiro Corrales, Jean										200.00		200.00		200.00		200.00					200.00
Ramirez Solano, Emilio										200.00		200.00		200.00		200.00		200.00			200.00
Luque Meneses, Alfonso						200	200				200.00		200.00		200.00						200.00
Arias Lucero, Ismael												200.00		200.00					200.00	200.00	200.00
Berolla Cordoba, Anthony															200.00					200.00	200.00
Arias Jimenez, Luis															200.00					200.00	200.00
Saucedo Berny, Junior															200.00						200.00
Ramirez Cabrera, Jorge										200				200.00		200.00		200.00		200.00	200.00
Dominguez Reynoso, Mario																					200.00
Salinas Porras, Antonio																	200.00	200.00		200.00	200.00
Huanco Silva, Julio																					200.00
Escobar Sandoval, Roger																					200.00
Arbulu Romero, Cossin																					200.00
Yupanqui Ponce, Edwin																					200.00
Fernandez Cabezas, Yosh																					200.00
Nuñez Gaitan, Javier		200		200		200															200.00
Belleza Acosta, Alejandro				200			200	200	200			200									200.00
Orcon Fretel, Dario						200															200.00
Moreno Canales, Claudio						200				200											200.00

TOTAL PENALIDAD 8000

00000037

Cambiar personal de vigilancia sin autorización de la Entidad

S/. 500.00 y retiro del agente inmediatamente

[illegible]**TOTAL PENALIDAD:**

20500.00

0000038

00000039

Puestos de vigilancia no cubiertos

S/. 100.00 por hora hasta un máximo de dos horas. Si se superan las dos horas a la penalidad se sumará el monto de S/. 70.00 por cada hora adicional que transcurra sin cubrir el puesto de vigilancia

		900		
		900		
		900		
		10800		
		900		
		17100		
		900		
		18000		
		900		
		16200		
		900		
		15300		
		4500		
		1800		
		2700		
		2700		
		12600		
TOTAL		108000		



Primera pretensión accesoria a las pretensiones principales: Determinar si corresponde ordenar al OSCE el pago de los costos y las costas en que se ha incurrido para lograr la satisfacción de las pretensiones principales, esto es, los gastos realizados para propiciar, viabilizar y tramitar el presente proceso arbitral, así como los gastos para el pago de los honorarios del Tribunal Arbitral, de la Secretaría Arbitral y del abogado defensor de C&Z.

36. El numeral 2 del artículo 56 del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73 del mismo cuerpo normativo.
37. Por su parte, el referido artículo 73 establece que el Tribunal Arbitral 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 Tribunal Arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
38. Las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.
39. Al respecto, este Tribunal Arbitral considera, a efectos de regular lo concerniente a los costos que generó la tramitación del presente proceso que, más allá de las consideraciones jurídicas establecidas en el presente laudo, efectivamente existieron aspectos de hecho y de derecho que sembraron incertidumbre en la relación contractual de las partes, lo cual motivó el presente arbitraje. En ese sentido, a criterio de este Tribunal Arbitral, ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para discutir sus pretensiones en este fuero. Adicionalmente, el comportamiento procesal de las partes a lo largo del presente arbitraje ha sido correcto.
40. En consecuencia, el Tribunal Arbitral estima que ambas partes deben asumir el 50% de los costos incurridos como consecuencia del presente arbitraje por



concepto de honorarios arbitrales y gastos administrativos. En cuanto a los gastos derivados de la defensa de las partes en este proceso, deberán ser asumidos por cada parte.

Segunda pretensión accesoria a las pretensiones principales: Determinar si corresponde ordenar el pago de una indemnización por los daños y perjuicios que habrían sido causados por el indebido proceder del OSCE.

41. El Tribunal Arbitral considera que no corresponde amparar esta pretensión, en base a las siguientes consideraciones:
42. En primer lugar, el CONTRATO fue válidamente resuelto por incumplimiento, sin que dicha resolución haya sido impugnada por la DEMANDANTE. Por lo tanto, la resolución del CONTRATO quedó consentida.
43. En segundo lugar, el incumplimiento del CONTRATO fue admitido por la DEMANDANTE, quien lo atribuyó a causas de fuerza mayor, las mismas que no han sido acreditadas. En efecto, no existe prueba por parte de la DEMANDANTE que acredite que el incumplimiento se debió a un evento que, conforme la artículo 1315° del Código Civil, tiene las características de extraordinario, imprevisible e irresistible.
44. A criterio de este colegiado, las renunciaciones presentadas por el personal de vigilancia no califican como un evento de fuerza mayor. Asimismo, tampoco ha habido una excesiva demora en instalar el servicio de vigilancia.
45. Por lo tanto, la DEMANDADA al resolver el CONTRATO ha actuado en el ejercicio regular de un derecho, no siendo responsable por cualquier daño que la DEMANDANTE pueda haber sufrido con la resolución del CONTRATO o con la imposición de las penalidades.
46. Por lo expuesto, no procede disponer el pago de suma alguna a título de indemnización, máxime si no ha sido probada la existencia del daño y su cuantía, por lo que corresponde declarar infundada la pretensión.

Pretensión reconvencional: Determinar si corresponde requerir a C&Z el



pago de la suma de S/. 293,340.00 (doscientos noventa y tres mil trescientos cuarenta y 00/100 Soles) por concepto de penalidades derivadas de la presunta inexecución del Contrato N° 001-2016-OSCE, suscrito entre C&Z y el OSCE.

47. De acuerdo al recalcu de las penalidades efectuado al resolver la segunda pretensión principal de la demanda, corresponde a la DEMANDADA el cobro únicamente de la suma de S/. 169,840.00 por concepto de penalidades, por lo que la presente pretensión deberá ser declarada fundada en parte.

SE RESUELVE:

DECLARAR FUNDADA la excepción de caducidad propuesta por la DEMANDADA respecto de la pretensión de dejar sin efecto la resolución contractual efectuada por la Entidad a través de la Carta N° 142-2016/OA de fecha 12 de febrero del 2016.

DECLARAR QUE NO CORRESPONDE PRONUNCIARSE sobre la pretensión principal de dejar sin efecto la resolución contractual efectuada por la Entidad a través de la Carta N° 142-2016/OA de fecha 12 de febrero del 2016, por haberse declarado fundada la excepción de caducidad.

DECLARAR FUNDADA EN PARTE la segunda pretensión principal de la demanda. En consecuencia, dejar sin efecto las penalidades impuestas únicamente respecto del monto de S/. 123,500.00, siendo procedente la imposición de penalidades por la suma total de S/. 169,840.00.

DECLARAR INFUNDADA la pretensión accesoria de la demanda referida al pago de los costos y las costas en que se ha incurrido.

DECLARAR INFUNDADA la cuarta pretensión accesoria de la demanda referida al pago de una indemnización a favor de la DEMANDANTE.

DECLARAR FUNDADA EN PARTE la pretensión planteada por la DEMANDADA en su reconvencción, por lo que, corresponde ordenar a la DEMANDANTE el pago de la suma de S/. 169,840.00 por concepto de penalidades.



00000044



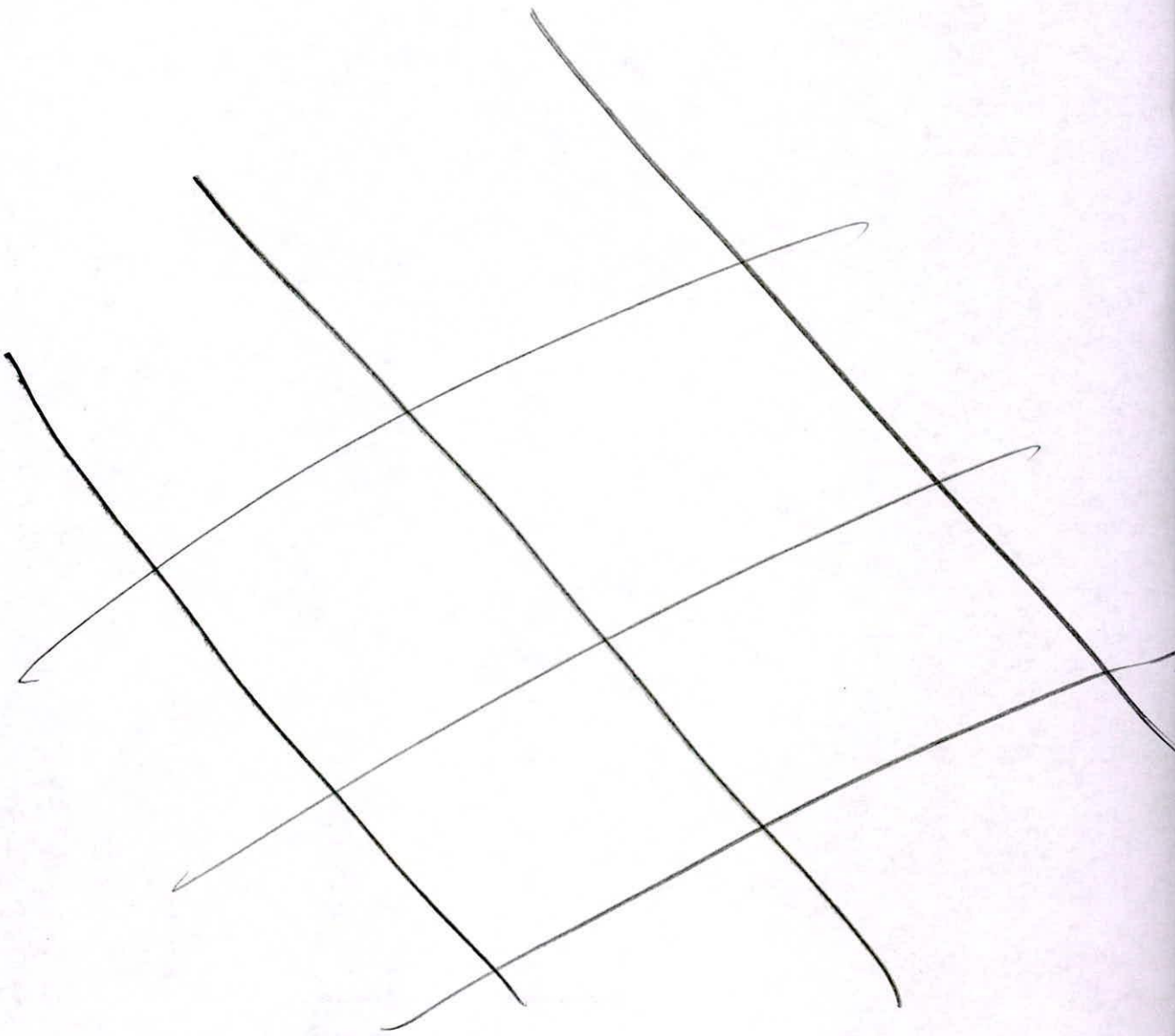
ALVARO SILVA RUBAT

Presidente del Tribunal Arbitral



GUSTAVO ADOLFO DE VINATEA BELLATIN

Árbitro



Arbitraje seguido entre



2017 NOV 29 PM 3 11

00000045

CORPORACION EMPRESARIAL C&Z S.A.C.

RECIBIDO
NO ES SEÑAL DE
CONFORMIDAD

vs

ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE

LAUDO

VOTO SINGULAR DEL ARBITRO RAUL ERNESTO ARROYO MESTANZA

Tribunal Arbitral

Alvaro Silva Rudat (Presidente)

Raúl Ernesto Arroyo Mestanza

Gustavo Adolfo De Vinatea Bellatin

Secretaría Arbitral

María Alejandra Gulman Navarrete

Lima, 20 de noviembre de 2017

En Lima, a los 20 días del mes de noviembre del año dos mil diecisiete, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos esgrimidos por ellas y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

VISTOS:

1. EXISTENCIA DEL CONVENIO ARBITRAL.-

Con fecha 25 de enero de 2016, CORPORACION C&Z S.A.C. y el ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE, suscribieron el Contrato N° 001-2016-OSCE, cuyo objeto era la prestación del servicio de seguridad y vigilancia para le OSCE – Sede Lima (en adelante, el CONTRATO)

De acuerdo a la Cláusula Vigésimo Primera del CONTRATO, las partes acordaron lo siguiente:

"CLÁUSULA DECIMO SEXTA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar le arbitraje administrativo, a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 176, 177 y 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir la arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes, según lo señalado en el artículo 214 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El arbitraje es institucional y será resuelto bajo la administración y organización del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, a cuyo Reglamento

00000006

de Arbitraje se someten las partes. El arbitraje estará a cargo de un tribunal arbitral.

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

De acuerdo a lo anterior, queda establecida la competencia arbitral, al haberse verificado el convenio arbitral suscrito entre la empresa CORPORACION C&Z S.A.C. y el ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE.

2. DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL.-

Los árbitros inicialmente designados por las partes son los doctores Raúl Ernesto Arroyo Mestanza y Gustavo Adolfo De Vinatea Bellatin. El tercer árbitro y presidente del Tribunal Arbitral, doctor Alvaro Alberto Silva Rudat, fue designado por el Consejo Superior de Arbitraje, quedando constituido el Tribunal Arbitral.

En ese sentido, los árbitros declaran que han sido debidamente designados de acuerdo a la Ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, manifestando no tener ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con ellas. Asimismo, se obligan a desempeñar con justicia, imparcialidad y probidad la labor encomendada.

3. TIPO DE ARBITRAJE.-

Con fecha 10 de octubre de 2016, el Tribunal Arbitral emitió la Resolución N° 01, mediante la cual se establecieron las Reglas del Proceso. En dicha Resolución se estableció que en virtud de lo pactado en la Cláusula Décimo Sexta del CONTRATO, el arbitraje sería Nacional y de Derecho.

4. REGLAS APLICABLES AL PRESENTE ARBITRAJE.-

Del mismo modo, de conformidad con el Convenio Arbitral suscrito entre las partes, contenido en la Cláusula Décimo Sexta del CONTRATO, el Tribunal Arbitral estableció que la ley aplicable al fondo de la controversia sería la ley peruana.

Finalmente, el Tribunal Arbitral otorgó a Corporación C&Z S.A.C. un plazo de diez (10) días hábiles para la presentación de su demanda arbitral.

5. ALEGACIONES DE LAS PARTES.-

Mediante escrito presentado el día 26 de octubre de 2016, CORPORACION C&Z S.A.C. (en adelante, la DEMANDANTE) presentó su demanda y formuló las siguientes pretensiones:

5.1 Pretensiones formuladas en la Demanda:

Las pretensiones planteadas por la DEMANDANTE se transcriben a continuación:

A. PRETENSIONES PRINCIPALES:

Cumplimiento de Contrato N° 001-2016-OSCE de fecha 25 de Enero de 2016, en cuanto se refiere a dejar sin efecto la resolución contractual efectuada por la Entidad a través de la Carta N° 142-2016/OA de fecha 12 de febrero del 2016.

Dejar sin efecto las penalidades impuestas ascendentes al monto de S/. 293,340.00 soles (doscientos noventa y tres mil trescientos cuarenta y 00/100 soles). Y que proceda a la devolución de las sumas ilegalmente retenidas.

B. PRETENSIONES ACCESORIAS:

Se ordene el pago de los Costos y las Costas en que se ha incurrido para lograr la satisfacción de las pretensiones antes mencionadas, esto es los gastos realizados para propiciar, viabilizar y tramitar el presente proceso arbitral, así como, los gastos para el pago de los honorarios del Tribunal Arbitral, de la Secretaría Administrativa así como de nuestro abogado defensor.

INDMENIZACION POR DAÑOS Y PERJUICIOS:

Se ordene la cancelación de una indemnización por los daños y perjuicios causados por le indebido proceder de la entidad, en la cantidad que se procederá a fijar en la demanda arbitral correspondiente.

Fundamentos de Hecho de la Demanda

La DEMANDANTE sustenta su posición en los siguientes fundamentos:

Sobre la Pretensión Principal

Cumplimiento de Contrato N° 001-2016-OSCE de fecha 25 de enero de 2016, en cuanto se refiere a dejar sin efecto la resolución contractual efectuada por la Entidad.

Con fecha 25 de enero del 2016 suscribió con la entidad demandada el Contrato N° 001-2016-OSCE para la prestación del servicio de vigilancia y seguridad en la Sede Lima del OSCE.

Con fecha 09 de febrero del 2016 la demandada le cursó la Carta N° 137-2016/OA, mediante la cual le otorgó un plazo de dos días calendario para que subsane un incumplimiento del CONTRATO bajo apercibimiento de resolución contractual. El incumplimiento imputado consistía en que el personal destacado no contaba con Carnet de Identificación SUCAMEC, ni con licencia para portar armas, que un agente no debería cubrir dos turnos continuos. Asimismo, la Entidad solicitó que los puestos sean cubiertos por el personal a que se refiere la cláusula décimo novena del CONTRATO.

La DEMANDANTE señala que el plazo otorgado para la subsanación no era suficiente, pues se requería efectuar trámites administrativos.

Asimismo, que la cláusula novena del contrato, referida a la conformidad del servicio, establece que de existir observaciones, se otorgará al contratista un plazo prudencial para su subsanación.

Con fecha 12 de febrero del 2016 la DEMANDANTE envió una carta notarial a la demandada, manifestando que las causas que habrían originado las faltas atribuidas se deberían a motivos de fuerza mayor (renuncias voluntarias), lo cual sucedió de manera intempestiva e imprevista, y que era improbable el levantamiento de las observaciones en un plazo de dos días calendario. Asimismo, manifestaron que estaban regularizando la situación.

Con fecha 12 de febrero del 2016 la demandada les remitió la Carta N° 142-2016/OA,

mediante la cuales les comunicaron la resolución del CONTRATO.

Manifiestan que dicha resolución se efectuó sin considerar que habían existido causas ajenas a la voluntad de la DEMANDANTE. Asimismo, que el CONTRATO se había celebrado el 05 de febrero del 2016, es decir, en fecha posterior a la indicada en el mencionado documento, lo que ocasionó que el personal propuesto presente renunciaciones voluntarias.

Ante tal situación, iniciaron un proceso conciliatorio contra la Entidad, emitiéndose el Acta de Conciliación por falta de Acuerdo No. 103-16 de fecha 04 de marzo del 2016.

Posteriormente, la Entidad les remitió la carta No. 103-16/OA, ratificando su decisión de resolver el contrato, motivo por el cual formalizaron una solicitud de arbitraje bajo el expediente 076-2016-CCL, cuya exhibición ofrecen.

Dejar sin efecto las penalidades impuestas ascendentes a S/. 293,340.00, y se proceda a la devolución de las sumas ilegalmente retenidas.



Sostiene la demandante que, mediante MISIVA N° 322-2016/OA de fecha 11 de abril del 2016, la demandada les comunicó la aplicación de una penalidad ascendente a S/. 293,340.00, adjuntando diversas liquidaciones, y aduciendo que la misma será deducida de la factura correspondiente al periodo del servicio.

Dicha penalidad la consideran ilegal y arbitraria, por haberse omitido el procedimiento establecido en el CONTRATO y vulnerando además las bases administrativas del proceso de selección.

Agregan que mediante carta de fecha 12 de febrero del 2016 habían manifestado los vicios que la Entidad estaba cometiendo con el objeto de salvaguardar el cumplimiento efectivo de lo estipulado en el CONTRATO, y advirtiéndoles que deviene en ilegal e irregular la imposición de penalidades, máxime si se ha procedido a calcular la penalidad de manera diaria y por agente por el periodo comprendido entre el 05 de febrero del 2016 y el 15 de febrero del 2016, sin observancia de los descargos presentados a través de distintas misivas.

Finalmente, solicita se declare fundada la ampliación de pretensiones propuestas, y

manifiestan que, con el objeto de evitar resoluciones contradictorias se uniformice criterios.

Pretensión accesoria

Pago de costas y costos arbitrales

Fundamenta esta pretensión en lo dispuesto por los artículos 70 y 73 de la Ley de Arbitraje (D.L. No. 1071).

Indemnización de daños y perjuicios

Sostiene que las expectativas de cumplimiento de una obligación del tipo contractual generan daños y perjuicios de naturaleza económica debiendo ser resarcidos a través del pago de una indemnización.

El daño se encuentra acreditado y que existe un accionar doloso de la Entidad al resolver el contrato e imponer penalidades que no se ajustan a un criterio contractual y veraz.



Finalmente, que en el presente caso existe una evidente responsabilidad objetiva ya que la resolución contractual y la imposición de la penalidad es irregular y arbitraria, pues se ha dado de manera consciente, evidente y por tanto dolosa.

5.2 Posición del ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE:

Con fecha 20 de enero del 2017, el ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO - OSCE (en adelante, la DEMANDADA) presentó un escrito, mediante el cual dedujo excepción de caducidad, contestó a la demanda y formuló reconvención.

5.2.1 Excepción de caducidad

La DEMANDADA interpuso una excepción de caducidad de la demanda, respecto de la pretensión de dejar sin efecto la resolución contractual efectuada a través de la Carta N° 142-2016/OA de fecha 12 de febrero del 2016. Fundamenta la excepción

00000052

en los términos siguientes:

La pretensión para dejar sin efecto la resolución de un contrato está sujeta a un plazo de caducidad establecido en los numerales 52.1 y 52.2 del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

El plazo de caducidad previsto en la ley es de quince días hábiles que se computan desde el momento anterior a la conclusión del contrato.

El último párrafo del artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece que en los casos de controversias relativas a la resolución del contrato el plazo para demandar es de quince días contados a partir de la resolución.

En el presente caso, la demanda ha sido planteada el 26 de octubre de 2016, habiéndose resuelto el contrato el 12 de febrero del 2016, por lo que habrían transcurrido 8 meses y 14 días después de la resolución del contrato.



Manifiesta que la DEMANDANTE había iniciado otro arbitraje con anterioridad (Exp. 76-2016), con la misma pretensión de nulidad de resolución y cumplimiento del contrato, el cual fue archivado debido a que la DEMANDANTE no presentó su demanda dentro del plazo establecido. Por lo tanto, no es posible que por la vía de la ampliación de demanda se busque reabrir el caso 76-2016

5.2.2 Contestación de la demanda

Respecto de la resolución del CONTRATO.

Sostiene que ambas partes celebraron el Contrato N° 001-2016-OSCE de Servicio de Seguridad y Vigilancia Institucional para el OSCE - Sede Lima el 25 de enero de 2016 como consecuencia de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 033-2015 derivada del Concurso Público N° 001-2015-OSCE.

Agrega que con fecha 09 de febrero de 2016, le remitieron a la DEMANDANTE la Carta N° 137-2016/OA, mediante la cual se le requiere cumplir con las siguientes obligaciones específicas del contrato:

- Cubrir los puestos de vigilancia con el personal a que se refiere la Cláusula Décimo Novena del Contrato N° 001-2016-OSCE.
- Que el personal de vigilancia porte el carnet de identificación para prestar el servicio (SUCAMEC).
- Que el personal de vigilancia porte la licencia para el uso de armas.
- Que un agente no cubra dos (02) turnos continuos.

Con fecha 12 de febrero de 2016 remitieron a la DEMANDANTE la Carta 142-2016/OA mediante la cual se le comunicó que habiendo vencido el plazo para cumplir con las obligaciones requeridas en la Carta N° 137-2016/OA y habiéndose verificado que persiste el incumplimiento, resolvían en forma total el Contrato N° 001-2016-OSCE a partir de la recepción de la comunicación.

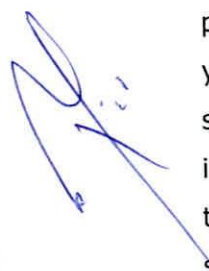
Sostienen que no existe controversia respecto de las razones de la resolución del contrato expuestas precedentemente, limitándose la DEMANDANTE a señalar que el plazo de dos días concedido para cumplir las obligaciones requeridas por la Entidad resultaba insuficiente y que los incumplimientos obedecieron a casos de fuerza mayor, relativos a renunciaciones voluntarias del personal contratado, que ocurrieron de manera intempestiva e imprevista.

Agregan que el requerimiento formulado con la Carta N° 137-2016-OA del 09 de febrero de 2016, no sólo estaba referido al incumplimiento de obligaciones esenciales del contrato, como por ejemplo no haber cubierto los puestos de vigilantes con el personal propuesto, incumplimiento que por sí solo habría justificado la resolución del contrato, puesto que el mismo significa no sólo una inejecución de obligaciones sino un incumplimiento de la propuesta técnica con la que fue seleccionado el proveedor para prestar el servicio, determinando una incongruencia entre la propuesta formulada en el proceso de selección y la ejecución del contrato, que la Ley no autoriza. El requerimiento comprendió también (además del requerimiento de prestar el servicio con el personal propuesto) la comunicación al proveedor para que cumpla prestaciones cuyo incumplimiento puede tener y de hecho tiene la calidad de ilícito administrativo, penal y constitucional.

Sostienen que no portar el carnet de identificación personal de servicio de vigilancia extendido por la SUCAMEC o el hecho que personal de vigilancia no porte la licencia para el uso de armas, representaba la posibilidad cierta de que personal de la DEMANDANTE se encontraba prestando el servicio de vigilancia con personal no

autorizado y portando armas de fuego sin licencia, lo que representaba además de un ilícito administrativo un hecho de contenido penal que comprometía a la Entidad en un ilícito por causa exclusivamente imputable a la demandante.

En el caso de los agentes que cubrían dos turnos continuos, el ilícito es de orden laboral e inclusive constitucional, puesto que más allá del alegado evento de fuerza mayor, la DEMANDANTE no debía ni podía obligar al personal a servicios de 24 horas continuas sin transgredir la jornada de 8 horas diarias de trabajo prevista en la Constitución, extendida por la legislación a 12 horas para los trabajadores que prestan servicios de vigilancia u otros que desarrollan sus labores mediando períodos de actividad e inactividad.



Asimismo, manifiesta que la DEMANDANTE no consideró que en las infracciones relativas al incumplimiento de la obligación de portar el carnet de SUCAMEC y no portar licencia para el uso de arma o licencia vencida, entre otras, la consecuencia prevista en la cláusula décimo segunda del contrato era una penalidad de S/. 200.00 y el retiro inmediato del agente, inclusive sin posibilidad de un plazo para la subsanación del incumplimiento, precisamente en atención a que los citados incumplimientos no sólo tienen la calidad de graves, sino porque adicionalmente tienen la calidad de ilícitos administrativos y penales que ponían al OSCE ante un serio compromiso y responsabilidad de mantener subsistente la citada situación irregular.

Solicitan que la demanda de cumplimiento de contrato y nulidad de resolución ("se deje sin efecto la resolución del contrato") sea desestimada, no sólo por los fundamentos que expuestos sino también por tratarse de una demanda planteada después de vencido el plazo de caducidad, al plantearla en este proceso (158-2016) como una ampliación, más de ocho meses después de la resolución del contrato y por haber perjudicado la propia demandante su propia pretensión al no haber presentado la demanda en el proceso en el que sí planteó la pretensión desde la conciliación (Exp. 76-2016) dando lugar a que el Tribunal Arbitral ordene el archivamiento del proceso.

Respecto de la validez de las penalidades

Sostienen que se trata de una pretensión accesoría a la pretensión principal de cumplimiento de contrato y nulidad de resolución, de tal manera que

desestimándose la primera (por caduca y por haber sido perjudicada por la propia empresa al no plantearla en el proceso arbitral que correspondía) debe desestimarse la segunda.

Con relación al plazo durante el cual se calcularon las penalidades (del 05 de febrero al 15 de febrero), manifiestan que corresponde exactamente al período de servicio efectivo prestado por la DEMANDANTE, no siendo correcto por tanto que exista error en la determinación de las penalidades; siendo importante puntualizar adicionalmente que el contrato fue celebrado el 25 de enero de 2016, no siendo cierto que el mismo haya sido celebrado el 05 de febrero de 2016 como sugiere la demandante.

Hacen presente que la DEMANDANTE no ha presentado ningún fundamento ni prueba que desvirtúe las penalidades aplicadas con la Carta N° 322- 2016/OA, limitándose a señalar que no corresponde la aplicación de las mismas, sin agregar razón alguna que sustente su posición.



Respecto de la pretensión de Indemnización por Daños y Perjuicios

Sostienen que se trata igualmente de una pretensión accesorio a la pretensión de resolución de contrato y cumplimiento del mismo y consecuentemente debe ser desestimada por tratarse de una pretensión accesorio de una principal extinguida por caducidad.

Adicionalmente, dejan constancia que la DEMANDANTE no ha fijado la cuantía de la pretensión, ni siquiera en la parte pertinente a la cuantía actual de la controversia.

Agregan que no sólo se trata de una pretensión accesorio de una principal extinguida y además planteada incorrectamente sin fijar la cuantía, sino también está el hecho de no haber fundamentado los elementos propios de una indemnización por daños y perjuicios, dado que:

- a) La DEMANDANTE se refiere en primer lugar al daño definiéndolo y señalando que debe ser cierto e injusto; sin embargo no señala cuál es la pérdida patrimonial que alega, limitándose a aludir a las penalidades, evidenciando que la pretensión de indemnización carece de fundamento, puesto que la de invalidez de penalidades ha sido planteada por ella misma de manera

separada e independiente en la misma demanda.

- b) La DEMANDANTE no sustenta el elemento antijurídico, esto es que el daño debe haberse producido como consecuencia de una acción u omisión contraria al ordenamiento jurídico. En el caso de autos, no existe el citado elemento puesto que el supuesto daño no señalado y menos acreditado, de haberse producido no sería consecuencia de un acto contrario al Derecho, sino de una resolución de contrato dictada con arreglo a Ley y que además ha quedado firme por caducidad en este proceso y por haber declinado la propia DEMANDANTE presentar la demanda en el Expediente N° 76-2016.
- c) La DEMANDANTE no se refiere al nexo causal entre la acción de nuestra entidad y el supuesto y negado daño, siendo importante tener en consideración que no puede señalar como nexo causal del daño la resolución del contrato, puesto que ésta ha quedado firme, por causa exclusivamente imputable a la DEMANDANTE. Adicionalmente, el nexo causal del supuesto y negado daño no podría ser la resolución del contrato (inclusive si ésta pudiera debatirse en el presente proceso), puesto que ésta no fue un acto arbitrario de la Entidad sino consecuencia directa de los incumplimientos del contratista y en particular de los siguientes:
- No Cubrir los puestos de vigilancia con el personal a que se refiere la Cláusula Décimo Novena del Contrato N° 001-2016-OSCE.
 - El personal de vigilancia No portaba el carnet de identificación para prestar el servicio (SUCAMEC)
 - El personal de vigilancia No portaba la licencia para el uso de armas
 - Los agentes cubrían dos (02) turnos continuos.

Consecuentemente, concluye que si la resolución del contrato generó algún daño a la DEMANDANTE, este no fue producto de una decisión arbitraria sino del incumplimiento de obligaciones esenciales del contrato.

Agrega que la DEMANDANTE tampoco desarrolla el elemento relativo a los factores de atribución, siendo importante puntualizar que incurre en una manifiesta contradicción al señalar que en el presente caso se presenta una evidente responsabilidad objetiva por la resolución del contrato y por las penalidades, señalando en forma inmediata que las penalidades se aplicaron de manera "consciente, evidente y por tanto dolosa", de tal manera que según la teoría formulada por la DEMANDANTE, la supuesta responsabilidad del OSCE sería simultáneamente objetiva y subjetiva, afirmación que sin duda carece

absolutamente de sustento jurídico.

Finalmente, puntualiza que la demanda no prevé fundamento alguno dirigido a desvirtuar la liquidación de penalidades presentadas en la Carta N° 322-2016/OA del 11 de abril de 2016, de tal manera que en ningún caso puede aludir a una intención deliberada de causarles daño cuando la liquidación formulada por la Entidad no ha sido observada ni se han indicado cuáles serían las razones que sustentarían la invalidez de las penalidades.

5.2.3 La Reconvención

La DEMANDADA interpone reconvención contra la DEMANDANTE, solicitando que le pague la suma de S/. 293,340.00 por concepto de penalidades derivadas de la inejecución del contrato que fueron comunicadas a dicha empresa mediante Carta N°322-2016/OA. Fundamentan la reconvención en las siguientes consideraciones:

Conforme lo han expresado en la contestación de la demanda, aplicaron a la DEMANDANTE una penalidad ascendente a S/. 293,340.00 por la ejecución deficiente del contrato.

Sostienen que la DEMANDANTE ha demandado la invalidez de la penalidad sin expresar fundamento alguno que desvirtúe la liquidación; pero además no han mencionado que la citada penalidad no ha sido pagada, ni tampoco existe garantía para el pago de la misma.

En efecto conforme a la cláusula octava del contrato (garantía), la DEMANDANTE se presentó con la acreditación de REMYPE, solicitando que en lugar de la garantía regular que prevé la Ley de Contrataciones del Estado se le permita ofrecer como garantía la retención del importe de S/. 26,087.70 mensuales durante los primeros ocho meses del contrato, que sumados alcanzarían los S/. 469,578.60 equivalentes al 10% del monto del contrato.

Dado que el contrato fue resuelto, y no se canceló suma alguna a la DEMANDANTE, no fue posible retener suma alguna en aplicación de la garantía ofrecida.

Agrega que, pese a haberlo requerido, no han recibido ningún comprobante de pago de la DEMANDANTE dirigido al pago de los días de servicio prestados (con

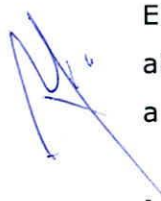
00000057

incumplimiento parcial y/o cumplimiento deficiente), de tal manera que no se ha cobrado la penalidad por no contar con una garantía que cubra la suma determinada y además por no haber recibido comprobante de pago alguno al que pueda ser aplicada la penalidad.

Por lo tanto, la DEMANDANTE no ha cancelado la penalidad liquidada por el OSCE (cuya invalidez demanda), no llegó a constituir la garantía de cumplimiento de contrato y tampoco fue posible aplicar la penalidad a la retribución por el servicio prestado, razones que la obligan a demandar el pago a través de la presente reconvención.

Fundamentan el cobro de la penalidad en el artículo 166º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado¹.

5.3 CONTESTACIÓN DE LA EXCEPCION Y DE LA RECONVENCION.



El 24 de febrero de 2017, la DEMANDANTE presentó un escrito, mediante el cual absolvió la excepción de caducidad y la contestación de demanda, así como contestó a la reconvención.

LA EXCEPCION DE CADUCIDAD.

La DEMANDANTE contestó la excepción de caducidad, en los términos siguientes:

La DEMANDANTE inserta una línea de tiempo, en la que aparece como fecha de interposición de la solicitud de arbitraje el 17 de marzo del 2016, es decir, nueve días posteriores al Acta de Conciliación.

Sostiene que no se ha vulnerado u omitido los plazos para la presentación tanto de la solicitud de conciliación (12.02.2016) como de la solicitud de arbitraje (17.03.2016), habiéndose presentado esta última los nueve días hábiles de la emisión del acta de fala de acuerdo.

¹ Artículo 166.- Otras penalidades

En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora.

Agregan que en el presente expediente (Exp. 178-2016) han solicitado se declare fundada la ampliación de cumplimiento de contrato, en lo que se refiere a dejar sin efecto la resolución contractual y dejar sin efecto las penalidades, que los sujetos procesales son los mismos, que las pretensiones guardan conexidad, toda vez que se derivan de un mismo contrato.

Por estas razones, y con el propósito de consolidar ambos procesos y evitar resoluciones contradictorias se tenga a bien uniformizar criterios que contribuirán a economizar procedimientos e incurrir en mayor celeridad procedimental.

Citan el artículo 38 inciso 5 del Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio, según el cual *"en el curso de las actuaciones, cualquiera de las partes podrá modificar o ampliar su demanda, contestación o reconvencción, de ser el caso, a menos que el Tribunal Arbitral considere que no corresponde permitir esa modificación"*.

5.3.2 LA CONTESTACIÓN DE LA RECONVENCIÓN:

La DEMANDANTE contestó la reconvencción solicitando que sea declarada infundada en base a los siguientes fundamentos:

Respecto al punto 1), referido a la aplicación por parte de la Entidad de una penalidad ascendente a S/. 293,340.00 soles por ejecución deficiente del contrato, manifiesta que es cierto, pues mediante MISIVA No. 322-2016/OA, de fecha 11-04-2016, se les comunicó la aplicación de una penalidad ascendente dicho monto, y se adjuntaron diversas liquidaciones por las supuestas observaciones al servicio de seguridad y vigilancia. Asimismo, se les advirtió que la misma será deducida de la factura correspondiente al periodo del servicio, liquidación que rechaza en su totalidad por considerarla ilegal y arbitraria. Agrega que mediante misiva se le comunica que las retenciones se realizarían en el descuento de las facturas pendientes de pago.

Agrega que se pretende aplicar penalidades al amparo del artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, es decir, la norma que regula el concepto otras penalidades, las mismas que en merito a las bases administrativas del proceso de selección (se especifica las infracciones mas no el procedimiento a seguir) no cuentan con un procedimiento expreso y taxativo, por ende, resulta ser vulnerativo, a efectos de no haber ejercido de modo alguno su derecho de defensa, menos aún la secuencia de

un debido procedimiento que contenga la supuesta configuración en el sentido lato del concepto otras penalidades, dado que en el punto 7) de la reconvención solo se ha esgrimido en transcribir la norma y no configurarlo tácticamente.

SOBRE LA CONTESTACION A LA DEMANDA

En su escrito de contestación a la excepción y a la reconvención, la DEMANDANTE se pronunció sobre la contestación a la demanda por parte de la DEMANDADA en los siguientes términos:



Es cierto que se le comunicó un supuesto incumplimiento de contrato bajo apercibimiento de resolución contractual, sin embargo en la Carta N6 137-2016/OA se aduce que el personal destacado no contaba con Carnet de identificación SUCAMEC, tampoco con licencia para portar armas, que un agente no debería cubrir dos (02) turnos continuos, así como que los puestos de vigilancia sean cubiertos con el personal al que se refiere la cláusula décimo novena del Contrato N° 001-2016-OSCE (listado donde se registra el personal designado para el servicio). Del listado observaciones que se realizó, la Entidad le otorgó solamente dos (02) días calendario a fin de cumplir con lo antes indicado. Frente a ello, si la Entidad había detallado mediante la carta citada no una sino varias posibles causales que devendrían en ocasionar un incumplimiento contractual, y a fin de aplicar un criterio de proporcionalidad dado que el tiempo otorgado para realizar el descargo correspondiente no era suficiente para subsanar las observaciones en mención pues de los hechos que aduce la Entidad, estos tendrían que derivarse en un trámite administrativo cuya demora y retraso resulta ajena al animus de cumplimiento de la empresa. Por ello, este plazo debió ser ampliado en merito a lo establecido en la cláusula novena que refiere a la conformidad del servicio: *"De existir observaciones indicándose claramente el sentido de estas dando al contratista un plazo prudencial para su subsanación (...)"* Incidiendo en un parámetro de 2 a 10 días dada la complejidad. Acto que no aconteció dado los acumulados requerimientos planteados por la entidad.

Con la intención de ofrecer una respuesta a la Entidad, con fecha 12 de febrero del 2016 la DEMANDANTE procedió a absolver la misiva antes mencionada para lo cual cursaron la Carta Notarial No. 31442-2016 en la misma fecha, en la que se hizo presente que respecto a los hechos imputados, las causas que habrían originado las faltas atribuidas, y que estas se debieron a renunciaciones voluntarias relacionado con el personal contratado, acto que si bien se encuentra subsumido en el objeto del contrato, prestación de servicio

de seguridad y vigilancia, además se recalcó que las causas que originaron las observaciones en el personal acontecieron de manera intempestiva e imprevista para la empresa, y que resultaría improbable el levantamiento de las observaciones en el plazo de dos días calendario tal como señala mediante la carta notarial. Asimismo, la DEMANDANTE comunicó que dicha situación se encontraba en regularización y que se cumpliría con las condiciones y perfil del personal establecido en las bases del proceso de selección, así como, las derivadas del contrato, evidenciando que se había tomado las debidas diligencias para brindar un idóneo servicio, a fin de evitar futuras contingencia que puedan entorpecer el buen desempeño laboral y el efectivo cumplimiento contractual.

Agrega que la Entidad, sin considerar la complejidad de la contratación en cuanto al plazo de subsanación de las observaciones antes anotadas, mediante Carta No. 142-2016/OA de fecha 12 de febrero del 2016 comunicó la resolución del CONTRATO.

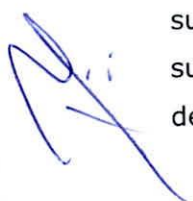


La DEMANDANTE alega que en ningún momento tuvo una posición negativa o el animus de incumplir con alguna de las cláusulas contractuales pactadas, al contrario existió la predisposición a solucionar y realizar con celeridad el levantamiento de las observaciones con el personal a cargo y con respecto a contratar nuevos trabajadores que cumplan a cabalidad con los requisitos exigibles para proporcionar un servicio eficaz y de manera apta en el desempeño de la labor de seguridad y vigilancia.

Del mismo modo sostiene que la actitud de la Entidad de proceder a la resolución del contrato de servicios antes señalado, se ha realizado sin considerar que han existido causas ajenas a la voluntad de la DEMANDANTE, y que estos ocasionaron se produzcan las faltas imputadas. Asimismo, lo referido al personal debiera considerarse una causa solidaria de manera que es atribuible e imputable también a la propia Entidad. Pues de la sucesión de los hechos tenemos que respecto a la fecha de suscripción del contrato, esta obra con fecha 05 de febrero del 2016 (realidad), es decir con fecha posterior a la indicada en el mencionado documento. Situación que ocasionó que el personal propuesto presente sus renunciaciones voluntarias dada la demora en la prestación del servicio. Hecho que no deberá pasar por inadvertido pues la a consecuencia de ello ocasiono directamente la configuración de las observaciones a las que hace mención la Entidad.

El presente arbitraje ha sido iniciado ante la conducta arbitraria e injustificada de la Entidad, teniendo en consideración que se ha efectuado el incumplimiento de Contrato N° 001-2016-OSCE de fecha 25 de enero del 2016 por parte de la Entidad y que de

manera intempestiva e ilegal ha puesto a cobro la suma de S/. 293,340.00 por concepto de penalidades, las mismas que vulnera todo criterio de legalidad. Generando una expectativa económica en lo que respecta a la resolución de contrato y un desmedro pecuniario en lo referido a imposición de penalidades; que bien pudo haberse utilizado en una inversión para generar ganancias o cualquier movimiento económico en su favor; debe quedar claro que las expectativas del cumplimiento de una obligación del tipo contractual, generan daños y perjuicios de naturaleza económica debiendo ser resarcidos a través del pago de una indemnización (responsabilidad civil); dada la existencia de un perjuicio económico, factor de atribución, nexo causal y antijuricidad, que serán merituados en base a un criterio cuantificable y proporcional al lucro cesante y daño emergente que la demandante habría sufrido.



Finalmente, solicita al colegiado arbitral declare fundada la ampliación de pretensiones propuestas, respecto a el cumplimiento de Contrato N° 001-2016-OSCE en lo que refiere a dejar sin efecto la resolución contractual efectuada por la Entidad a través de la Carta N° 142-2016/OA de fecha 12 de febrero del 2016, así como, dejar, sin efecto las penalidades impuestas ascendentes a S/. 293,340.00 y se proceda a la devolución de sumas ilegalmente retenidas por conceptos de penalidad, pues cuentan con los mismos sujetos procesales cuyas pretensiones guardan directa conexidad, toda vez que se derivan de un mismo contrato.

6. DECISIONES ADOPTADAS EN EL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.-

Mediante Resolución N° 03 de fecha 02 de Mayo del 2017, el Tribunal Arbitral resolvió tener presente el escrito mediante el cual la DEMANDANTE absolvió la excepción de caducidad y la contestación de demanda, con conocimiento de la contraparte oor contestada la demanda por parte de la demandada, y se corrió traslado de la excepción de caducidad y de la reconvención.

Mediante Resolución N° 4 de fecha 02 de mayo de 2017 el Tribunal Arbitral resolvió lo siguiente:

- Respecto a la excepción de caducidad deducida por la DEMANDADA en su escrito de contestación de demanda de fecha 20 de enero de 2017, el Tribunal Arbitral dispuso reservarse el pronunciamiento sobre la misma para una Resolución posterior, pudiendo incluso pronunciarse sobre estos aspectos junto con las

cuestiones relativas al fondo de la controversia, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 40º del Reglamento de Arbitraje del Centro.

- El Tribunal Arbitral precisó que serán objeto de pronunciamiento en el presente arbitraje las siguientes materias o puntos controvertidos, derivados del escrito de demanda; del escrito de contestación a la demanda y reconvención presentado; y del escrito de contestación a la reconvención:

Materias de pronunciamiento derivadas de las pretensiones contenidas en el escrito de demanda:

Primera pretensión principal:

Determinar si corresponde ordenar el cumplimiento del Contrato N° 001-2016-OSCE de fecha 25 de enero de 2016, suscrito por C&Z y el OSCE, en cuanto se refiere a dejar sin efecto la resolución contractual efectuada por el OSCE a través de la Carta N° 142-2016/OA de fecha 12 de febrero de 2016.

Segunda pretensión principal:

Determinar si corresponde dejar sin efecto las penalidades impuestas por el OSCE a C&Z, ascendentes a la suma de SI. 293,340.00 (doscientos noventa y tres mil trescientos cuarenta y 00/100 Soles), así como proceder a la devolución de las sumas que serían ilegalmente retenidas por el OSCE.

Primera pretensión accesoria a las pretensiones principales:

Determinar si corresponde ordenar al OSCE el pago de los costos y las costas en que se ha incurrido para lograr la satisfacción de las pretensiones principales, esto es, los gastos realizados para propiciar, viabilizar y tramitar el presente proceso arbitral, así como los gastos para el pago de los honorarios del Tribunal Arbitral, de la Secretaría Arbitral y del abogado defensor de C&Z.

Segunda pretensión accesoria a las pretensiones principales:

Determinar si corresponde ordenar el pago de una indemnización por los daños

y perjuicios que habrían sido causados por el indebido proceder del OSCE.

Materias de pronunciamiento derivadas de la pretensión contenida en el escrito de reconvención:

Pretensión reconvencional:

Determinar si corresponde requerir a C&Z el pago de la suma de S/.293,340.00 (doscientos noventa y tres mil trescientos cuarenta y 00/100 Soles) por concepto de penalidades derivadas de la presunta inejecución del Contrato N° 001-2016-OSCE, suscrito entre C&Z y el OSCE.

El Tribunal Arbitral declaró que la presente enumeración de materias controvertidas es meramente ilustrativa, constituyendo una pauta referencial que no limita el orden del análisis que realizará este Colegiado respecto de la controversia y de las pretensiones planteadas.

En consecuencia, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de analizar las cuestiones que serán materia de pronunciamiento en un orden distinto del detallado en la presente Resolución.

Asimismo, el Tribunal Arbitral dejó claramente establecido que se reserva el derecho de modificar, ajustar o reformular a su entera discreción, con conocimiento de las partes, las materias sometidas a su decisión, según el desarrollo de las actuaciones arbitrales o para facilitar la resolución de la controversia.

Sobre el particular, este Colegiado se reservó el derecho de pronunciarse sobre cualesquiera cuestiones conexas o accesorias al fondo de la controversia que se hayan promovido durante las actuaciones arbitrales, incluyendo, de ser el caso, las pretensiones implícitas promovidas durante el desarrollo del proceso, siempre que respecto de las mismas se haya respetado estrictamente el derecho de defensa de las partes, incluyendo, pero no limitándose, al derecho de contradecir, probar y ser oídos, en igualdad de condiciones.

Si al momento de referirse a alguna cuestión materia de pronunciamiento, el Tribunal Arbitral llegara a determinar que carece de objeto pronunciarse sobre otras cuestiones que guarden relación con aquella, podrá omitir referirse a esas

cuestiones, expresando las razones de tal omisión.

7. ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

De conformidad con lo establecido en el literal b) del artículo 42º del Reglamento de Arbitraje del Centro, el Tribunal Arbitral procedió a admitir las siguientes pruebas:

Pruebas presentadas por la DEMANDANTE:

Documentales:

Se admite la totalidad de las pruebas documentales ofrecidas por C&Z en el acápite "IX. MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito de demanda presentado el 26 de octubre de 2016.

Se admite la totalidad de las pruebas documentales ofrecidas por C&Z en el acápite "IV. MEDIOS PROBATORIOS" del escrito presentado el 24 de febrero de 2017, mediante el cual absolvió la excepción de caducidad y la contestación de demanda, así como contestó a la reconvención.

Exhibición:

En relación a la exhibición solicitada por C&Z en su escrito de demanda presentado el 26 de octubre de 2016, que consiste en la presentación del Expediente N° 0076-2016-CCL, conteniendo todos los actuados y anexos presentados; este Colegiado estima pertinente disponer que la referida exhibición se realice en la Audiencia de Ilustración.

Pruebas presentadas por la DEMANDADA:

Documentales:

Se admite la totalidad de las pruebas documentales ofrecidas por el OSCE en los acápites "Medios Probatorios"; "11. MEDIOS PROBATORIOS" del Primer Otrosí Decimos; y " 11. MEDIOS PROBATORIOS" del Segundo Otrosí Decimos del escrito presentado el 20 de enero de 2017, mediante el cual dedujo excepción de caducidad, contestó a la demanda y formuló reconvención.

Dado que el OSCE había omitido presentar el medio de prueba signado con el numeral 3 del acápite "11. MEDIOS PROBATORIOS" del Segundo Otrosí Decimos, correspondiente a las páginas 49 y 50 del Capítulo V de las Condiciones Especiales

de las Bases del Proceso de Adjudicación de Menor Cuantía N° 33-2015; el Tribunal Arbitral le otorgó tres (3) días hábiles, para que cumpla con presentar el referido medio de prueba.

El Tribunal Arbitral se reservó el derecho de disponer oportunamente la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere conveniente, al amparo de lo establecido en el artículo 43º del Reglamento de Arbitraje del Centro.

8. AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN

El Tribunal Arbitral citó a las partes a una Audiencia de Ilustración, la misma que se llevó a cabo el día 12 de mayo de 2017, con la concurrencia de ambas partes.

9. ALEGATOS E INFORMES ORALES

Con fecha 29 de setiembre del 2017, se llevó a cabo la audiencia de informes orales, con la presencia de representantes de ambas partes.

Finalmente, mediante Resolución No. 10 el Tribunal Arbitral declaró el cierre de la etapa probatoria y, en consecuencia, otorgó a las partes un plazo de quince (15) días hábiles, a fin de que presenten sus respectivos alegatos finales.

10. PLAZO PARA LAUDAR

Mediante Resolución No. 10, de fecha 10 de octubre del 2017, el Tribunal Arbitral dispuso el cierre de la instrucción, y fijó el plazo para laudar en 30 días hábiles.

11. CUESTIONES PRELIMINARES.

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente:

Que el presente proceso se constituyó de conformidad con las disposiciones establecidas en el convenio arbitral contenido en el CONTRATO.

Que en ningún momento se interpuso recusación contra los miembros del Tribunal

Siendo ello así, el Tribunal Arbitral pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como valorar los medios probatorios que obran en el expediente, procediendo con el análisis de los puntos controvertidos.

12.1 La excepción de caducidad

- 
1. En la Resolución No. 04, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho a resolver la excepción de caducidad al momento de laudar.
 2. En primer lugar, este Tribunal Arbitral aprecia que mediante Resolución No. 04, de fecha 02 de diciembre del 2016, expedida en el expediente arbitral No. 0076-2016-CCL, se resolvió dar por terminadas las actuaciones arbitrales y disponer el archivo definitivo del caso arbitral, debido a que la entonces demandante, Corporación C&Z SAC, no cumplió con presentar su demanda arbitral dentro del plazo otorgado para dicho efecto.
 3. En el presente caso estamos ante una nueva solicitud de arbitraje, que dio lugar a una nueva demanda arbitral, no procediendo la acumulación pretendida por la DEMANDANTE, pues no se puede acumular un nuevo proceso arbitral a otro que terminó con su archivo definitivo.
 4. Por lo tanto, corresponde determinar si la DEMANDANTE en el presente expediente ha presentado su solicitud de arbitraje dentro del plazo de caducidad establecido en el numeral 52.2 del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo No. 1017), que establece lo siguiente:

"52.2. Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato.

Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento. La parte que solicita la conciliación y/o el

arbitraje debe ponerla en conocimiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en el plazo establecido en el reglamento, salvo cuando se trate de un arbitraje administrado por dicho organismo o cuando éste designe a los árbitros.

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

Todos los plazos previstos son de caducidad.

5. Por lo tanto, la pretensión para dejar sin efecto la resolución de un contrato está sujeta a al plazo de caducidad establecido en el numeral 52.2 del artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.
6. Asimismo, el artículo 170 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante D.S. N° 184-2008-EF, establece lo siguiente:

"Artículo 170.- Efectos de la resolución

Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados.

Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida".

7. En el presente caso, la Carta Notarial mediante la cual se declaró resuelto el CONTRATO fue remitida a la DEMANDANTE con fecha 12 de febrero del 2016, según se aprecia de la constancia notarial de entrega que obra en el expediente.
8. Con fecha 26 de febrero del 2016, la DEMANDANTE presentó una solicitud de conciliación extrajudicial ante el Centro de Conciliación "Proyección al

Desarrollo Idel – Prod.”.

9. Con fecha 04 de marzo del 2016, se suscribió el Acta de Conciliación por falta de acuerdo No. 103-16.
10. En relación con el plazo para iniciar un arbitraje, cuando se ha optado por la conciliación extrajudicial previa, el artículo 215 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece lo siguiente:

"Artículo 215.- Inicio del Arbitraje

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 176, 177, 179, 181, 184, 199, 201, 209, 210, 211 y 212; en concordancia con lo dispuesto en el numeral 52. 2 del artículo 52 de la Ley. De haberse pactado en el convenio arbitral la realización de un arbitraje institucional, la parte interesada debe recurrir a la institución arbitral en aplicación del respectivo reglamento arbitral institucional. De haberse pactado arbitraje ad hoc, la parte interesada procederá a remitir a la otra la solicitud de arbitraje a que se refiere este Reglamento.

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

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

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

De conformidad con lo dispuesto por el numeral 52.2 del artículo 52 de la Ley, la parte que solicita la conciliación y/o el arbitraje debe poner su solicitud en conocimiento del OSCE dentro del plazo de quince (15) días hábiles de formulada, salvo cuando se trate de un arbitraje administrado

Arbitral, o se efectuó algún reclamo contra las reglas procesales establecidas en la Resolución No. 04.

Que la DEMANDANTE presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso.

Que, por su parte, el DEMANDADO fue debidamente emplazado con la demanda, la contestó dentro del plazo dispuesto para ello e interpuso reconvención, ejerciendo plenamente su derecho de defensa.

Que el DEMANDANTE fue debidamente emplazado con la reconvención y la contestó dentro del plazo respectivo, ejerciendo plenamente su derecho de defensa.

Que, las partes tuvieron las más amplias facilidades y plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como presentar alegatos e informar oralmente.

Que el presente laudo se dicta dentro del plazo establecido para ello.



12. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

El Tribunal Arbitral analizará la materia controvertida, sobre la base de los puntos controvertidos fijados en la Resolución correspondiente.

En relación con las pruebas aportadas por las partes en el proceso, en aplicación del Principio de comunidad de la prueba, las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento en que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que las ofreció.

Al emitir el presente Laudo, el Tribunal Arbitral ha valorado la totalidad de los medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el arbitraje. Por consiguiente, la no indicación expresa de alguno o algunos de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes, no implica, bajo ninguna circunstancia, que determinado medio probatorio o determinado hecho no haya sido valorado.

Por lo expuesto, el Tribunal Arbitral deja expresamente establecido que en aquellos supuestos en los que este Laudo hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral tuviese respecto de la controversia materia de análisis.

por dicho organismo o cuando éste designe a los árbitros." (resaltado nuestro)

11. En consecuencia, el plazo para presentar la solicitud de arbitraje, para cuestionar la resolución contractual, debe computarse a partir del día 05 de marzo del 2016, venciendo el plazo de 15 días útiles el día 29 del mismo mes.

12. En vista que, en el presente expediente arbitral, la solicitud de arbitraje fue presentada con fecha ____ de mayo del 2016, este Tribunal Arbitral aprecia dicha solicitud, en cuanto a la pretensión de dejar sin efecto la resolución contractual efectuada por la Entidad, ha sido presentada cuando ya había vencido el plazo de caducidad, por lo que corresponde declarar fundada la excepción de caducidad planteada por la DEMANDADA.



Primera pretensión principal: Determinar si corresponde ordenar el cumplimiento del Contrato N° 001- 2016-OSCE de fecha 25 de enero de 2016, suscrito por C&Z y el OSCE, en cuanto se refiere a dejar sin efecto la resolución contractual efectuada por el OSCE a través de la Carta N° 142-2016/OA de fecha 12 de febrero de 2016.

Habiéndose declarado fundada la excepción de caducidad, no corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse sobre esta pretensión.

Segunda pretensión principal: Determinar si corresponde dejar sin efecto las penalidades impuestas por el OSCE a C&Z, ascendentes a la suma de S/. 293,340.00 (doscientos noventa y tres mil trescientos cuarenta y 00/100 Soles), así como proceder a la devolución de las sumas que serían ilegalmente retenidas por el OSCE.

13. En relación con la aplicación de penalidades por incumplimiento, la cláusula décimo segunda del CONTRATO establece lo siguiente:

CLÁUSULA DÉCIMO SEGUNDA: 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

OTRAS PENALIDADES

INCUMPLIMIENTO	PENALIDAD
DE LOS AGENTES	
- No portar carné de identificación personal del servicio de vigilancia (SUCAMEC) o portar con carné de identificación vencido.	S/ 200.00 y retiro del agente inmediatamente
- No portar licencia para uso de arma o contar con licencia para uso de arma vencido.	S/ 200.00 y retiro del agente inmediatamente
- Por tener licencia de arma que no corresponde al arma que porta el agente.	
DE LA EMPRESA	
- Cambiar personal de vigilancia sin autorización de la Entidad.	S/ 500.00 y retiro del agente inmediatamente
- No brindar descanso al personal mediante el agente volante.	S/ 200.00 al detectar la situación y comunicación al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo
- Que un agente cubra dos (02) turnos continuos	S/ 80.00 por hora, hasta un máximo de dos (02) horas, si se superan las dos horas, a la penalidad se sumará el monto de S/ 50.00 por cada hora adicional que transcurra sin cubrir el puesto de vigilancia.
- Cubrir a un agente con personal que no cuente con el mismo perfil del agente solicitado, según los Términos de Referencia y de ser el caso, las características que permitieron ganar al proveedor adjudicado.	S/ 500.00 y retiro del agente inmediatamente
- No efectuar visitas diarias del Supervisor externo.	S/ 100.00 por día
- Puestos de vigilancia no cubiertos	S/ 100.00 por hora hasta un máximo de dos (02) horas, si se superan las dos horas, a la penalidad se sumará el monto de S/ 70.00 por cada hora adicional que transcurra sin cubrir el puesto de vigilancia.

14. Con fecha 09 de febrero de 2016 la DEMANDADA le remitió a la DEMANDANTE la Carta N° 137-2016/OA, mediante la cual le imputó haber incurrido en el incumplimiento de las siguientes obligaciones contractuales:

- Puestos de vigilancia no cubiertos.
- Cambiar personal de vigilancia sin autorización de la Entidad.
- El personal de vigilancia no portaba el carnet de identificación para prestar el servicio (SUCAMEC).
- El personal de vigilancia no portaba la licencia para el uso de armas.
- Había agentes que cubrían dos (02) turnos continuos.

15. En relación con estos incumplimientos, si bien es cierto que la DEMANDANTE no los ha negado; también es cierto que en su escrito de fecha 24 de Febrero del 2,017 (por el que ésta absuelve la excepción de caducidad, contestación de demanda y formulación de reconvención presentada por la parte DEMANDADA), si ha cuestionado su aplicación, alegando que se pretende aplicar penalidades al amparo del artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (sustento normativo de otras penalidades), sin

tomar en cuenta que si bien éstas han sido especificadas como infracciones en las bases administrativas integradas que forman parte del contrato, más en este instrumento no se ha especificado el procedimiento expreso y taxativo a seguir para su imposición.

16. Al respecto cabe recordar que en el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante, la "anterior Ley"), y su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante, el "anterior Reglamento")², las penalidades que la Entidad podía aplicar al contratista eran la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación" y las "otras penalidades", reguladas en los artículos 165° y 166° del mencionado Reglamento, respectivamente³.

17. Así, el artículo 166° del mencionado Reglamento regula la aplicación de las "otras penalidades" al contratista, conforme a lo siguiente: "En las Bases se podrán establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo precedente, siempre y cuando sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria (...)". (El subrayado es agregado).

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

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

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

² Normas vigentes hasta el 8 de enero de 2016.

³ Las penalidades reguladas en el artículo 166 del Reglamento se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora.

día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del monto del ítem que debió ejecutarse, en concordancia con el artículo 165º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

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

Donde:

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

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

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

Esta penalidad será deducida de los pagos periódicos, del pago final.

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

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

Asimismo, en dicha cláusula se insertó el siguiente cuadro de penalidades:

- ✓ Por su parte, la razonabilidad implicaba que cada uno de los montos o porcentajes de la penalidad que se aplicarían al contratista sean proporcionales a la gravedad y reiteración del incumplimiento.
- ✓ La congruencia con el objeto de la convocatoria implicaba que se penalizara el incumplimiento de alguna obligación comprendida o relacionada con el objeto de la convocatoria.

De esta manera, la previsión de penalidades distintas a la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación" en las Bases de un proceso de selección, implica observar los parámetros antes mencionados, con la finalidad de evitar que durante la ejecución contractual surjan discrepancias entre la Entidad y el contratista respecto de la aplicación de estas penalidades.



20. A mayor abundamiento y a manera de conclusión respecto de éste extremo, cabe precisar que aun cuando el contrato especifique supuestos de incumplimiento pasibles de ser sancionados como "otras penalidades", dicha sanción pecuniaria no puede hacerse efectiva si no se ha considerado taxativamente **la forma o procedimiento mediante el que se verificaría la ocurrencia de tales incumplimientos**; ello dado que no cumplen con el parámetro de objetividad que necesitan las mismas, de allí que inclusive no solo la actual legislación exige expresamente dicho requisito⁴, sino que incluso ha sido materia de múltiples pronunciamientos emitidos por la Dirección Técnico Normativa del Órgano Supervisor de las Contrataciones del Estado (OPINIÓN N° 023-2017/DTN; OPINIÓN N° 138-2016/DTN).

21. Lo antes precisado denota claramente que para efectos legales, en el caso sub materia el cuadro insertado en la cláusula DECIMO SEGUNDA del contrato, si bien es cierto considera situaciones que han sido especificadas como infracciones, también lo es que no se ha especificado el procedimiento expreso y taxativo a seguir para verificar su ocurrencia, ello como garantía de defensa del contratista frente a cualquier imputación, máxime si en ningún documento que forma parte

⁴ Artículo 134 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, que regula la aplicación de "Otras penalidades", dispone lo siguiente: "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, debe incluir 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."

de dicho instrumento (contrato), se ha insertado lo antes mencionado para justificar mínimamente su imposición; de allí que el requerimiento efectuado con Carta N° 137-2016/OA de fecha 09 de febrero de 2016 por la DEMANDADA no resulta ser más que una imputación de incumplimiento de obligaciones contractuales, la misma que al no ser atendida oportunamente por la DEMANDANTE, no puede traer más consecuencias que la resolución del contrato por causas imputables a la mencionada parte, ello de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 44° del Decreto Legislativo 1017, concordante con lo dispuesto por el Artículo 169° del Decreto Supremo N° 184-2008-EF, pero de ninguna manera la sanción pecuniaria adicional que impone el caer en supuestos de incumplimiento considerado como "otras penalidades" por las razones ya anotadas, de allí que corresponde declarar FUNDADA la segunda pretensión principal de la demandante y en consecuencia dejar sin efecto las penalidades impuestas por la DEMANDADA a la DEMANDANTE, ascendentes a la suma de S/. 293,340.00 (doscientos noventa y tres mil trescientos cuarenta y 00/100 Soles), disponiéndose que se proceda a su devolución.



Primera pretensión accesorio a las pretensiones principales: Determinar si corresponde ordenar al OSCE el pago de los costos y las costas en que se ha incurrido para lograr la satisfacción de las pretensiones principales, esto es, los gastos realizados para propiciar, viabilizar y tramitar el presente proceso arbitral, así como los gastos para el pago de los honorarios del Tribunal Arbitral, de la Secretaría Arbitral y del abogado defensor de C&Z.

22. El numeral 2 del artículo 56 del Decreto Legislativo N° 1071, dispone que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73 del mismo cuerpo normativo.

23. Por su parte, el referido artículo 73 establece que el Tribunal Arbitral 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 Tribunal Arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

24. Las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos del arbitraje.

Atendiendo a esta situación, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

25. Al respecto, este Tribunal Arbitral considera, a efectos de regular lo concerniente a los costos que generó la tramitación del presente proceso que, más allá de las consideraciones jurídicas establecidas en el presente laudo, efectivamente existieron aspectos de hecho y de derecho que sembraron incertidumbre en la relación contractual de las partes, lo cual motivó el presente arbitraje. En ese sentido, a criterio de este Tribunal Arbitral, ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para discutir sus pretensiones en este fuero. Adicionalmente, el comportamiento procesal de las partes a lo largo del presente arbitraje ha sido correcto.

26. En consecuencia, el Tribunal Arbitral estima que ambas partes deben asumir el 50% de los costos incurridos como consecuencia del presente arbitraje por concepto de honorarios arbitrales y gastos administrativos. En cuanto a los gastos derivados de la defensa de las partes en este proceso, deberán ser asumidos por cada parte.



Segunda pretensión accesoria a las pretensiones principales: Determinar si corresponde ordenar el pago de una indemnización por los daños y perjuicios que habrían sido causados por el indebido proceder del OSCE.

27. El Tribunal Arbitral considera que no corresponde amparar esta pretensión, en base a las siguientes consideraciones:

28. En primer lugar, el CONTRATO fue válidamente resuelto por incumplimiento, sin que dicha resolución haya sido impugnada por la DEMANDANTE. Por lo tanto, la resolución del CONTRATO quedó consentida.

29. En segundo lugar, el incumplimiento del CONTRATO fue admitido por la DEMANDANTE, quien lo atribuyó a causas de fuerza mayor, las mismas que no han sido acreditadas.

30. Por lo tanto, la DEMANDADA al resolver el CONTRATO ha actuado en el

ejercicio regular de un derecho, no siendo responsable por cualquier daño que la DEMANDANTE pueda haber sufrido con la resolución del CONTRATO o con la imposición de las penalidades.

31. Por lo expuesto, no procede disponer el pago de suma alguna a título de indemnización, máxime si no ha sido probada la existencia del daño y su cuantía, por lo que corresponde declarar infundada la pretensión.

Pretensión reconvenzional: Determinar si corresponde requerir a C&Z el pago de la suma de S/. 293,340.00 (doscientos noventa y tres mil trescientos cuarenta y 00/100 Soles) por concepto de penalidades derivadas de la presunta inexecución del Contrato N° 001-2016-OSCE, suscrito entre C&Z y el OSCE.

32. De acuerdo al razonamiento utilizado para resolver la segunda pretensión principal de la demanda, utilizando los mismos argumentos, corresponde declarar infundada esta pretensión reconvenzional.

SE RESUELVE:

DECLARAR FUNDADA la excepción de caducidad propuesta por la DEMANDADA respecto de la pretensión de dejar sin efecto la resolución contractual efectuada por la Entidad a través de la Carta N° 142-2016/OA de fecha 12 de febrero del 2016.

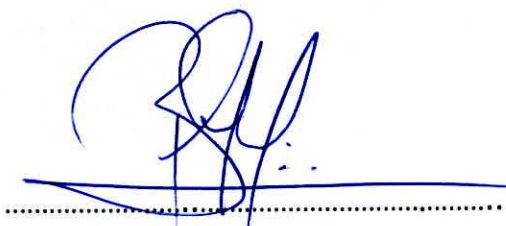
DECLARAR QUE NO CORRESPONDE PRONUNCIARSE sobre la pretensión principal de dejar sin efecto la resolución contractual efectuada por la Entidad a través de la Carta N° 142-2016/OA de fecha 12 de febrero del 2016, por haberse declarado fundada la excepción de caducidad.

DECLARAR FUNDADA la segunda pretensión principal de la demanda. En consecuencia, dejar sin efecto las penalidades impuestas a la DEMANDANTE por la suma de S/.293,340.00 (doscientos noventa y tres mil trescientos cuarenta y 00/100 Soles), disponiéndose que la DEMANDADA proceda a su devolución.

DECLARAR INFUNDADA la pretensión accesoria de la demanda referida al pago de los costos y las costas en que se ha incurrido.

DECLARAR INFUNDADA la cuarta pretensión accesoria de la demanda referida al pago de una indemnización a favor de la DEMANDANTE.

DECLARAR INFUNDADA la pretensión planteada por la DEMANDADA en su reconvención.



RAUL ERNESTO ARROYO MESTANZA
ÁRBITRO