

leg. 1341 - 2014

Caso Arbitral: Servicio de Representaciones  
Consignaciones y Limpieza Mega Integral S.A.C / Red de  
Salud San Juan de Lurigancho- IGSS

Lima, 14 de agosto de 2017

Señores

**PROCURADURÍA DEL MINISTERIO DE SALUD**

Av. Dos de Mayo N° 590

San Isidro.-



**Ref.: Caso Arbitral: Servicio de Representaciones  
Consignaciones y Limpieza Mega Integral S.A.C – Red de  
Salud San Juan de Lurigancho – IGSS (Contrato N° 765-  
2015)**

**Asunto: Envío de ejemplar del laudo**

De mi consideración:

Por medio de la presente y en atención al caso de la referencia, le remito una copia de la Resolución N° 12, de fecha 7 de agosto del 2017, mediante el cual el Árbitro Único, doctor Patrick Hurtado Tueros, emite el Laudo Arbitral de Derecho.

Sin otro particular, aprovecho la oportunidad para expresarles a ustedes mis sentimientos de especial consideración y estima personal.

Atentamente;

**MARCO PAZ POLO**  
Secretario Arbitral Ad Hoc

**Declaración Jurada de la veracidad y autenticidad del contenido del  
Laudo Arbitral**

El que suscribe, doctor Patrick Hurtado Tueros, con D.N.I. N° 10288085, en el arbitraje entre el Servicio de Representaciones Consignaciones y Limpieza Mega Integral S.A.C y la Red de Salud San Juan de Lurigancho – IGSS, en el pleno ejercicio de mi derecho dejo constancia expresa de la identidad y autenticidad del Laudo Arbitral emitido el 7 de agosto de 2017.

Para mayor constancia y validez firmo el presente documento para los fines legales correspondientes.

Lima, 14 de agosto de 2017

  
**PATRICK HURTADO TUEROS**  
Árbitro Único Ad-Hoc

## **LAUDO ARBITRAL DE DERECHO**

### **Demandante:**

**SERVICIO DE REPRESENTACIONES CONSIGNACIONES Y LIMPIEZA  
MEGA INTEGRAL S.A.C.**

En adelante El Contratista, Mega Integral o El Demandante

### **Demandado:**

**RED DE SALUD SAN JUAN DE LURIGANCHO – IGSS**

En adelante la Entidad, la Red o el Demandado.

### **Árbitro Único:**

Dr. Patrick Hurtado Tueros

### **Secretario Arbitral:**

Marco Antonio Paz Polo

Lima, 7 de agosto de 2017

## **RESOLUCIÓN N° 12**

Lima, 7 de agosto del dos mil diecisiete.-

### **VISTOS:**

#### **I. ANTECEDENTES**

##### **1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL.**

Con fecha 24 de agosto de 2015, las partes suscribieron el Contrato N° 765-2015 derivado del Concurso Público N° 001-2015-RED- SJL para la prestación del servicio denominado: "Servicio de Limpieza y Saneamiento Ambiental para los establecimientos de Salud y Sede Administrativa de la Red de Salud San Juan de Lurigancho" (en adelante, El Contrato).

En la CLÁUSULA DÉCIMO NOVENA, se estipulo que:

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

##### **2. INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO UNICO.**

Con fecha 8 de noviembre de 2016, se realizó la Instalación del Árbitro Único, siendo que en dicha oportunidad, el Árbitro se ratificó en señalar que no tiene ningún tipo de incompatibilidad con las partes y que se desenvolverá con imparcialidad, independencia y probidad en el procedimiento arbitral.

### **3. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE.**

Se estableció que el presente arbitraje se regirá de acuerdo a las reglas procesales establecidas por las partes, la Ley de Contrataciones el Estado – aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 y, modificada por la Ley N° 29873, el Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificaciones aprobadas por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, respectivamente (en adelante, la Ley y su Reglamento). Supletoriamente, se rige bajo las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071.

Sin perjuicio de ello, también se estableció que, en caso de deficiencia o vacío existente en las reglas que anteceden, el Árbitro Único queda facultado para suplirlas a su discreción, mediante la aplicación de principios generales del derecho.

## **II. EL PROCESO ARBITRAL:**

### **II.1 LA DEMANDA**

Con fecha 1 de diciembre de 2016, Mega Integral presentó su escrito de demanda. En ese sentido, la demanda fue planteada en los siguientes términos:

#### **PETITORIO**

El Contratista formuló las siguientes pretensiones:

1. Que se declare la nulidad y/o improcedencia y/o ineficacia de la deducción (en calidad de presunta penalidad) efectuada por la Red de Salud de San Juan de Lurigancho - IGSS ascendente a S/. 27,600.00 Nuevos Soles.

2. Que se proceda a la consecuente devolución y/o reintegro en favor de Mega Integral del importe deducido (en calidad de presunta penalidad) por la Red de Salud de San Juan de Lurigancho – IGSS, ascendente a S/. 27,600.00 Nuevos Soles.
3. Que la Red de Salud de San Juan de Lurigancho – IGSS, proceda al pago de los intereses legales devengados y por devengarse a que hubiere lugar.
4. Que la Red de Salud de San Juan de Lurigancho – IGSS, proceda al pago de las costas y costos respectivos.

#### **FUNDAMENTOS DE HECHO**

1. Mega Integral participó en calidad de postor en el Concurso Público Nº 001-2015-RED-SJL – Primera Convocatoria, para la Contratación del Servicio de Limpieza y Saneamiento Ambiental para los Establecimientos de Salud y Sede Administrativa de la Red de Salud de San Juan de Lurigancho, habiendo sido evaluada y calificada conforme a los criterios y especificaciones técnicas expresamente previstas en las Bases Administrativas Integradas; obteniendo el correspondiente puntaje técnico y económico, otorgándole la Buena Pro.
2. Producto de ello, se suscribió el Contrato con fecha 24.08.15, por el importe económico de S/. 2´455,200.00 Soles, incluido el IGV, estableciéndose una forma de cancelación mensual conforme lo regulado en la cláusula 2º numeral 16 del mismo, habiendo cumplido Mega Integral con todas sus obligaciones legales, esenciales y reglamentarias a su cargo.
3. Mega Integral señala que, conforme se apreciaría del estado de cuenta respectivo, con fecha 24.05.16, la Entidad habría efectuado en favor del contratista un abono bancario de únicamente S/. 156,540.00 Soles;

a diferencia de lo que estaría señalado en la factura respectiva por concepto del servicio de limpieza prestado, ésta última la cual restada a la detracción correspondiente, debería haber generado un pago / abono en cuenta distinto, y no de únicamente S/. 156,540.00 Soles, existiendo por ende una diferencia no abonada por la Entidad de S/. 27,600.00 Soles.

4. Dicha diferencia no abonada / deducción, que habría sido efectuada por la Entidad fue injustificada, ni si quiera se habría contestado de manera objetiva y/o concreta la solicitud de arbitraje notificada con fecha 03.06.16, generando que no se pudiese identificar si dicha deducción es, efectiva y objetivamente, una penalidad, o, simplemente, un error en el abono efectuado por la Entidad. Aún menos, se puede saber los motivos por los cuales se habrían aplicado una posible penalidad, por lo tanto se estarían vulnerando los Principio de Imparcialidad y de Transferencia previstos en el artículo 4º incisos "d" y "h" del Decreto Legislativo N° 1017 - Ley de Contrataciones del Estado.
5. En ese sentido, ha existido total subjetividad en el tratamiento del contratista al momento del pago de ley, constituyéndose una práctica poco objetiva y clara que incluso habría restringido el derecho de defensa del contratista y del debido procedimiento en sí, ya que no se le habría brindado mayor información sobre una súbita deducción económica de la cual, hasta la fecha, no se conocería oficialmente la motivación ni su origen, a fin de que Mega Integral habría podido efectuar el descargo respectivo.
6. Asimismo, considera que no se habría identificado cuál de todas las obligaciones contenidas expresamente en el Contrato se habría, supuestamente, incumplido; tampoco se habría cumplido con identificar objetivamente cuál de las penalidades contenidas en el numeral 14 de la Cláusula 2º del mismo se habría configurado, menos aún el detalle de la fórmula de cálculo del importe objeto de

penalización, habiéndose limitado la Entidad simplemente a deducir directamente, del pago de la factura respectiva, el importe de S/. 27,600.00 Nuevos Soles (sin efectuarnos mayor detalle y/o explicación alguna respecto al cálculo de la misma).

7. Mega Integral, considera que este aspecto vulnera lo expresamente regulado por el Artículo 165º del D.S. Nº 184-2008-EF – Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado<sup>1</sup>, en concordancia con el Artículo 48º del Decreto Legislativo Nº 1017 – Ley de Contrataciones del Estado. Asimismo, refiere que habiéndose cumplido con los requerimientos técnicos mínimos (especificaciones técnicas) previstos expresamente en las Bases Administrativas Integradas del proceso de selección, no existiría ningún aspecto de posible Incumplimiento de las prestaciones contractuales.
8. De otro lado, Mega Integral refiere que de la aplicación a lo establecido en cuarto párrafo del Artículo 176º del mismo Reglamento de la Ley mencionado, donde se establece que: *“De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de 2 ni mayor de 10 días calendario.”*

Mega Integral, por lo tanto, alega un incumplimiento formal al momento de aplicar la posible penalidad, en tanto no se ha cumplido con lo establecido en el mencionado artículo, pues al manifestar que no ha podido tener conocimiento de la naturaleza de dicha penalidad, se dejaría constancia de que no se le cumplió con notificar las observaciones a subsanar al momento de brindar la conformidad del servicio.

---

<sup>1</sup> Artículo 165º del D.S. Nº 184-2008-EF – Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, establece expresamente que: “En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto de contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al 10% del monto contractual o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.”

Complementariamente, el Artículo 181º del dispositivo legal acotado estipula taxativamente que: *"La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas en favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato... [ ] ... En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48º de la Ley, contado desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse."*

Finalmente, resaltó que lo consagrado por el Principio de Imparcialidad previsto en el artículo 4º literal "d" del Decreto Legislativo N° 1017 – Ley de Contrataciones del Estado, en el cual se prevé que: *"Los Acuerdos y Resoluciones de los funcionarios y órganos responsables de las contrataciones de la Entidad, se adoptarán en estricta aplicación de la presente norma y su Reglamento; así como en atención a criterios técnicos que permitan objetividad en el tratamiento a los postores y contratistas."*

9. Consecuentemente, y, acorde a lo previsto por la normativa sobre contratación pública aplicable al proceso de selección materia de análisis, considera que resulta totalmente contrario a derecho la deducción (efectuada en calidad de presunta penalidad) aplicada por la Entidad, toda vez que, la misma no se encontraría debidamente sustentada, ni tipificada objetivamente con el numeral 14 de la Cláusula 2 del Contrato, ni tampoco con las Cláusula Undécima ni Décimo Cuarta del mismo, habiendo el Contratista cumplido con sus obligaciones legales, esenciales y reglamentarias a su cargo, deviniéndose por ende en Improcedente y/o Ineficaz la deducción de S/. 27,600.00 Soles aplicada por la Entidad, debiéndose consecuentemente procederse a su devolución / reintegro e incluso, reconocerse los intereses legales generados y por generarse hasta la fecha efectiva de su devolución.

10. En efecto, Mega solicitó como penúltima pretensión se ordene a la Red de Salud de San Juan de Lurigancho – IGSS a que proceda al pago de los intereses legales devengados y por devengarse a que hubiere lugar, ello no sólo en plena concordancia con lo establecido por el Artículo 48º del Decreto Legislativo N° 1017 – Ley de Contrataciones del Estado y el Artículo 181º del D.S. N° 184-2008-EF – Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sino a su vez con lo expresamente dispuesto por el Artículo 1245º del Código Civil.

11. Finalmente, solicitó que se condene a la Red de Salud el pago de las costas y costos respectivos, por cuanto habría sido la deducción efectuada (en calidad de presunta penalidad), aunado a su falta de explicación, la que habría obligado a Mega, a tener que acudir al mecanismo de solución de controversias (arbitraje) previsto en el Artículo 215º y siguientes del D.S. N° 184-2008-EF – Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, concordante con el Artículo 52º del Decreto Legislativo N° 1017 – Ley de Contrataciones del Estado (normas aplicables por temporalidad para el presente caso).

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

- Decreto Legislativo N° 1017 - Ley de Contrataciones del Estado: Artículos 1º, 2º, 4º incisos "d", "e", "g", "h", "l", 5º, 13º, 16º, 26º, 35º, 48º, 52º.
- D.S. N° 184-2008-EF – Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado: Artículos 1º, 2º, 11º, 24º, 35º, 42º, 50º, 70º, 77º, 137º, 138º, 142º, 151º, 165º, 176º, 177º, 181º, 215º, 218º, 228º, 231º.
- Decreto Legislativo N° 1071 – Ley de Arbitraje: artículos 1º, 3º, 12º, 13º, 42º, 43º, 53º, 54º, 56º, 59º
- Las Bases Administrativas Integradas del Concurso Público N° 001-2015-RED-SJL – Primera Convocatoria, para la Contratación del

Servicio de Limpieza y Saneamiento Ambiental para los Establecimientos de Salud y Sede Administrativa de la Red de Salud de San Juan de Lurigancho.

- El Contrato N° 765-2015 de fecha 24.08.15, suscrito por la empresa contratista con la Red de Salud de San Juan de Lurigancho.

## **II.2 CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y FORMULA RECONVENCIÓN**

Mediante Resolución N° 02, de fecha 23 de diciembre de 2016, se resolvió admitir a trámite el escrito de demanda presentado por Mega Integral y se dispuso su traslado a la Red de Salud a fin de que la conteste, para lo cual se le otorgó un plazo de quince (15) días hábiles.

Con fecha 9 de diciembre de 2016, la parte Demandada, presentó su escrito de contestación de demanda, mediante el cual se niega y contradice la demanda en todos sus extremos y se solicita que en su oportunidad sea declarada improcedente o alternativamente infundada según corresponda.

### **FUNDAMENTOS DE HECHO:**

#### **1. Respecto a la Primera Pretensión Principal:**

- 1.1. En primer lugar, entre el demandante y la demandada el 24 de Agosto del 2015 se celebró el Contrato N° 765-2015, luego de obtener el contratista la Buena Pro del Concurso Público N° 001-2015-RED-SJL por la prestación del servicio denominado: "Contratación del Servicio de Limpieza y Saneamiento Ambiental para los establecimientos de Salud y, Sede Administrativa de la Red de Salud San Juan de Lurigancho", dentro de los alcances de la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por Decreto Legislativo N° 1017 y su modificatoria Ley N° 29873 y su Reglamento aprobado

por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y su modificatoria aprobada por Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

- 1.2. Respecto de la penalidad impuesta al demandante, los Artículos 165° y 166° del Reglamento, establecen las penalidades que la Entidad puede aplicar al contratista y son la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación" y las "otras penalidades", respectivamente.

El Artículo 166° del 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 (se refiere al artículo 165), 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.*" (El subrayado es agregado).

De esta manera, se habría seguido los parámetros seguidos por ley, otorgando facultad y atribución a las empresas participantes de querer adquirir los servicios con esta entidad a poder observar cada una de partes integrantes de las bases antes de que se otorgue la buena pro y subsiguientemente se suscriba el respectivo contrato, tal como pasa en el presente caso, en donde la empresa ganadora aceptó todos los límites y parámetros

- 1.3. En cuanto al cálculo de estas penalidades, el Artículo 166° del Reglamento establece que este se realiza de forma independiente al de la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación", lo cual resulta razonable, pues en las Bases debería haberse previsto

el monto o porcentaje de la penalidad que se aplicaría al contratista por cada uno de los tipos de incumplimiento previstos, siendo que, para que la Entidad determinase o calculase el monto de la penalidad aplicable al contratista, debería haber seguido las disposiciones previstas en las Bases.

En cuanto al cobro de las mismas se habría realizado de la misma forma en que se cobran las penalidades por mora, es decir, siguiendo el procedimiento establecido en el Artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, conforme lo ha señalado el propio OSCE a través de las distintas opiniones vertidas sobre penalidades distintas a las de mora. Al respecto, así se señala en el numeral 2.1.5 de la Opinión N° 020-2014-DTN:

*"... 2.1.5 Precisado lo anterior, corresponde señalar que la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido los conceptos de los que deben deducirse las penalidades distintas a la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación".*

*No obstante, debe tenerse presente 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.*

*En este orden de ideas, 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 podrán cumplir con su finalidad".*

- 1.4. En el caso de autos, se trataría de la penalidad impuesta por la Red de Salud al contratista porque de las 2 personas que debían cubrir el servicio de limpieza contratado para el puesto de P.S. Santa Fe de Totorita (de Lunes a Sábado de 7 a.m. a 7 p.m.), hubieron 18 días en que no se habría prestado dicho servicio, por cuanto, el señor Manuel Mego Vargas, uno de los dos asignados por la demandante, no habría ido a cubrir dicho servicio.
- 1.5. La penalidad aplicada al contratista ascendió a S/. 27, 600.00, la misma que el 24 de mayo del año 2016 le habría sido deducida del pago de la factura del mes de marzo del año 2016, conforme al procedimiento establecido en el Artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del estado antes citado.
- 1.6. Frente a esta penalidad, el contratista inició dos acciones:
  - i) una de carácter administrativo, formulando un recurso de Reconsideración, mediante Carta N° 134-AD-MEGA-16, de fecha 27 de mayo de 2016; y,
  - ii) otra de naturaleza arbitral, presentando Solicitud de arbitraje el 03 de junio de 2016, en razón de la cual, nos encontramos en este proceso.
- 1.7. Si se revisa el Recurso de Reconsideración presentado por el demandante, se advertiría que hacen de conocimiento de la entidad que entre los días considerados para la aplicación de la penalidad, habían cinco días que no podían tenerse en cuenta: 3 domingos – pues el contrato se prestaba de lunes a sábado- y 2 feriados no laborables por Semana Santa -24 y 25 de marzo de 2016-

Es decir, el Contratista, habría reconocido que su servidor no habría ido a laborar 18 días y no los 23 días que habían sido tomados en

cuenta para la aplicación de la penalidad.

Esto sería el reconocimiento de un acto propio que debería tenerse en cuenta al momento de resolver la controversia.

En efecto, aquí no podría existir cuestionamiento de forma –el contratista señaló que no se habrían realizado observaciones en un acta y no se le habría comunicado al contratista, pretendiendo sustentar su dicho en lo dispuesto por el Artículo 176° del Reglamento de la Ley de Contrataciones. Pero si se revisará este dispositivo, se advertiría que en el presente caso, de aplicación de penalidades, no podía realizarse un Acta y comunicarse al Contratista, por la naturaleza misma del incumplimiento del contrato: la ausencia de uno de los servidores asignados por el Contratista en el Puesto de Salud P.S. Santa Fe de Totorita durante 18 días.

Y es de lógica elemental, que si el Contratista ha celebrado un Contrato para cubrir el servicio de limpieza de los 36 puntos contratados, debe asegurar el cumplimiento de dicho servicio contratado durante la vigencia del contrato. Y esto es de fácil comprobación, pues, todos los días el Supervisor del contratista recorre todos los puntos contratados y sabe de modo fehaciente y por propia información que recoge de cada puesto de limpieza, si los servidores asignados por él, han acudido a trabajar.

Esto es, para ello, no requiere de un acta, pues, para ello tiene a su Supervisor.

Por dicha razón, no es aplicable a este caso el Artículo 176° del reglamento al que alude el contratista, máxime que sí el servidor asignado por el Contratista habría faltado 18 días, ya existiría posibilidad de subsanar dicha inconcurrencia, por razones de

imposibilidad física de realizarse. En dicho caso, ante una penalidad aplicada por la no prestación del servicio por uno de los trabajadores del contratista asignado al PS.A. Santa Fe de Totoria, lo que correspondía de modo directo era la aplicación de penalidad y su cobro en la forma y modo en que lo habría realizado la Entidad.

- 1.8. Un hecho adicional, ante la reconsideración administrativa presentada por el Contratista, es que la Red de Salud en respuesta a la Reconsideración del contratista de fecha 27.05.2016, le remitió la Carta N° 092-OA-DIREDD-SA-SJL-2016, mediante la cual, la Entidad dio respuesta a la Carta N° 134-AD-MEGA-16. En ella, la Entidad reconoció que uno de los sustentos fácticos en que se apoyaba la aplicación de penalidad, era que su representada había considerado 5 días en lo que jurídicamente no podía aplicarse penalidad alguna. En efecto, señalaron que la Red de Salud había incluido en la aplicación de penalidad cinco días que no podían tenerse en cuenta: 3 domingos –pues el contrato se prestaba de lunes a sábado- y 2 feriados no laborables por Semana Santa -24 y 25 de marzo de 2016.

Ante la contundencia del argumento, la reconsideración era fundada en parte, razón por la cual, se habría dispuesto la reliquidación de la penalidad y se retiraron de la penalidad dichos 5 días, los que a razón de S/. 1,200 soles por día dan la cantidad de S/. 6,000.00, la misma que debía entregarse al contratista en la liquidación que se hiciera posteriormente. Lo que se habría comunicado al contratista.

- 1.9. En consecuencia, en cuanto pretende la nulidad y/o, ineficacia y/o improcedencia de la aplicación de penalidad impuesta por la entidad estatal, la demanda debería ser declarada infundada al momento de resolver la controversia.

2. Respecto a la Segunda Pretensión:

2.1. Por las razones expuestas al contestar la primera pretensión de la demanda, debería declararse INFUNDADA la misma, toda vez que dicha penalidad se encontraría arreglada a ley y no existe nulidad, ineficacia ni improcedencia. En el peor de los casos, el derecho del contratista estaría limitado a la suma de S/. 6,000.00 Soles que se habría cobrado en exceso, respecto de la cual, no existe pretensión expresa del demandante, salvo, que dicho importe haya sido ya restituido por la entidad al contratista.

3. Respecto a la Tercera Pretensión Principal:

3.1. Por las razones expuestas al contestar la primera pretensión de la demanda, debería declararse INFUNDADA la misma, toda vez que –como se explicó- dicha penalidad se encontraría arreglada a ley y no existe nulidad, ineficacia ni improcedencia.

3.2. En el peor de los casos, el derecho del contratista estaría limitado al pago de intereses legales de la suma de S/. 6,000.00 que se habría cobrado en exceso, respecto de la cual, no existe pretensión expresa del demandante, salvo, que dicho importe haya sido ya restituido por la entidad al contratista.

4. Respecto a la Cuarta Pretensión Principal:

4.1. Por las razones expuestas al contestar la primera pretensión de la demanda, debería declararse INFUNDADA la misma, toda vez que –como explicó la Red de Salud- dicha penalidad se encontraría arreglada a ley y no existe nulidad, ineficacia ni improcedencia. En el peor de los casos, el derecho del contratista estaría limitado a la suma de S/. 6,000.00 que se habría cobrado en exceso, respecto de la cual, no existiría pretensión expresa del demandante, salvo,

que dicho importe haya sido ya restituido por la entidad al contratista.

- 4.2. Por dicha razón, no sería posible que la entidad estatal asuma el 100% de las costas y costos respectivos derivados del proceso arbitral, toda vez, que las pretensiones de la demandante serían infundadas.

### **II.3 AUDIENCIA DE FIJACION DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS**

Mediante Resolución Nº 5, de fecha 16 de enero de 2017, se citó a las partes a la respectiva Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el martes 26 de enero de 2017 a las 4:00 p.m.

En la fecha y hora programada, se llevó a cabo la diligencia, en el siguiente orden:

#### **II.3.1 DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:**

De conformidad con lo establecido en el numeral 31) del Acta de Instalación, el Árbitro Único procedió a fijar como puntos controvertidos los siguientes:

1. Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare la nulidad y/o improcedencia y/o ineficacia de la deducción efectuada por la Red de Salud de San Juan de Lurigancho – IGSS, ascendente a S/. 27,600.00 Soles.
2. Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Entidad devolución y/o reintegro en favor de Mega Integral del importe deducido (por una posible penalidad), ascendente a S/. 27,600.00 Soles.
3. Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Entidad que realice el pago de los intereses legales devengados y por devengarse.

4. Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de las costas y costos arbitrales originados con la tramitación del presente arbitraje.

### **II.3.2 ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:**

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

Se admitieron los medios probatorios ofrecidos por el Servicio de Representaciones Consignaciones y Limpieza Mega Integral S.A.C. en su escrito de demanda presentado el 1 de diciembre de 2016, incluidos en el acápite "V. MEDIOS PROBATORIOS", que van desde el numeral 1 al 5 de dicho escrito.

Del mismo modo, se admitió el medio probatorio ofrecido por dicha parte en el numeral 6 del acápite "V. MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito de demanda, consistente en la Exhibición que deberá realizar la Entidad de un Informe Técnico - Legal, en caso éste existiera, en el que se detalle los motivos por los cuales se habrían generado las deducciones; por dicho motivo se le otorgó a la Entidad un plazo de diez (10) días hábiles a fin de que cumpla con presentar dicho Informe Técnico.

Mediante Resolución N° 7, de fecha 14 de marzo de 2017, se resolvió prescindir de la Exhibición del mencionado Informe Técnico debido a que, vencido el plazo, la Entidad no cumplió con presentar el mismo.

Por otro lado, se dejó constancia que se admitieron los medios probatorios ofrecidos por la Red de Salud de San Juan de Lurigancho - IGSS en su escrito de presentado el 23 de diciembre de 2016, detallados en el acápite "MEDIOS PROBATORIOS DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA", que van desde el numeral 1 al 6 de dicho escrito.

## **II.4 ALEGATOS, AUDIENCIA DE INFORMES ORALES, CIERRE DE LA INSTRUCCIÓN Y PLAZO PARA LAUDAR**

Mediante Resolución N° 7 de fecha 14 de marzo de 2017, se concedió a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles de notificadas, a fin de que presenten sus alegatos y conclusiones finales por escrito, pudiendo solicitar el uso de la palabra para una Audiencia de Informe Oral.

Asimismo, mediante la misma Resolución N° 7 se prescindió de la Exhibición del Informe Técnico – Legal que debía realizar la Entidad, en el que se debía detallar los motivos por los cuales se habrían generado las deducciones.

Con fechas 22 y 23 de marzo de 2017, La Entidad y Mega Integral, respectivamente, cumplieron con presentar sus escritos de alegatos.

Por otro lado, mediante Resolución N° 8 de fecha 29 de marzo de 2017, se resolvió citar a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el 20 de abril de 2017 a las 4:00 p.m.

Habiéndose declarado el cierre de la instrucción mediante Resolución N°10, de fecha 9 de mayo de 2017, se estableció el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, prorrogables por treinta (30) días hábiles adicionales.

Mediante Resolución N°11, de fecha 20 de junio de 2017, se procedió a prorrogar el plazo por treinta (30) días hábiles adicionales.

### **CONSIDERANDO**

#### **I. CUESTIONES PRELIMINARES:**

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

1. El Árbitro Único se constituyó de conformidad con lo establecido en el convenio arbitral suscrito entre las partes, así como al amparo de la normativa vigente.
2. La designación y aceptación del Árbitro Único se ajustó a las exigencias previstas en la ley de la materia.
3. El Demandante presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos. Asimismo, la Demandada fue debidamente emplazada con la demanda ejerciendo plenamente su derecho de defensa, al contestar la misma.
4. Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraran pertinentes, así como para expresar sus posiciones de hechos y de defensa sin limitación alguna, habiendo presentado además sus alegatos escritos.
5. En tal sentido, el Árbitro Único dentro del plazo establecido, procede a emitir el correspondiente laudo arbitral.

### **III. ANÁLISIS**

#### **FALLO**

De acuerdo con lo establecido en el Acta de Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos de fecha 26 de enero de 2017, en el presente caso, corresponde al Árbitro Único resolver en base a los puntos controvertidos ahí fijados.

Asimismo, siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al proceso, para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de

lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el Árbitro Único respecto de tales hechos.

A su vez, debe tenerse en cuenta, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje, que en aplicación del Principio de «Comunidad o Adquisición de la Prueba», las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento 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. Ello concuerda con la definición de dicho principio el cual establece que:

« [...] la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó.»<sup>2</sup>

En esta línea, el Árbitro Único deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos y admitidos a trámite en el proceso arbitral valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que el Árbitro Único deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio

---

<sup>2</sup> Taramona Hernández, José «Medios Probatorios en el Proceso Civil». Ed. Rodhas, 1994, pág. 35.

probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Árbitro Único tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

Adicionalmente, debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Árbitro Único, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados, por lo que en ese sentido, el Árbitro Único considera que el análisis debe realizarse de acuerdo a la forma siguiente:

**Primer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare la nulidad y/o improcedencia y/o ineficacia de la deducción efectuada por la Red de Salud de San Juan de Lurigancho - IGSS ascendente a S/. 27,600.00 Nuevos Soles.

**Segundo Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Entidad devolución y/o reintegro en favor de Mega Integral del importe deducido (por una posible penalidad), ascendente a S/. 27,600.00 Nuevos Soles.

**Tercer Punto Controvertido:** Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la Entidad que realice el pago de los intereses legales devengados y por devengarse.

De una lectura de las pretensiones formuladas por el Contratista, el Árbitro Único advierte que en ellas se ha requerido el pronunciamiento de una (1) controversia: (i) la nulidad y/o improcedencia y/o ineficacia de la deducción efectuada por la Red de Salud de San Juan de Lurigancho - IGSS ascendente a S/. 27,600.00 Nuevos Soles; derivándose de ésta la devolución y/o reintegro de dicho monto al Contratista así como el pago de los intereses legales. Por lo tanto, este Colegiado Unipersonal considera pertinente resolver los tres puntos controvertidos señalados precedentemente de manera conjunta por estar íntimamente relacionados.

**En primer lugar**, es necesario establecer la naturaleza del Contrato materia litis del presente proceso arbitral. Para ello, hay que tener en consideración el periodo de ejecución del contrato, pues según eso los contratos se subdividen en de "ejecución única" y "de duración".

Al respecto, Messineo señala o define como "contratos de duración" a aquellos que su ejecución se distribuye en el tiempo para alcanzar el fin requerido por las partes<sup>3</sup>. Dicho tipo de contratos se pueden sub dividir en contratos de "ejecución continuada" y contratos de "ejecución periódica". Messineo señala que un contrato de "ejecución periódica" se da cuando *"existen varias prestaciones (por regla general, de hacer), que se presentan en fechas establecidas de antemano, o bien intermitentes, a pedido de una de las partes."*<sup>4</sup>

Adicionalmente, Manuel De La Puente Y Lavalle<sup>5</sup> precisa que *"(...) el contrato es de ejecución periódica, llamado también de tracto sucesivo, cuando la obligación contractual da lugar a varias prestaciones instantáneas del mismo carácter (generalmente de hacer, pero que puede ser también de dar) que deben ejecutarse periódicamente -de un modo fraccionado con una cierta distancia temporis una de la otra- durante la vigencia del contrato, por tener las partes interés de satisfacer una necesidad que presenta el carácter de periódica. (...)".*

En ese sentido, el contrato de ejecución periódica es aquel en el cual existen varias prestaciones, las cuales son ejecutadas en diversas fechas futuras con intervalos de tiempo entre cada una de ellas.

Asimismo, se puede desprender que en los contratos de ejecución periódica,

---

<sup>3</sup> MESSINEO, Francesco. *Doctrina General del Contrato*, Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa- América, 1952, pág. 429-430.

<sup>4</sup> Ídem, pág. 431.

<sup>5</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*, Tomo I, Lima: Palestra Editores S.R.L., segunda edición, 2003, pág. 184.

el plazo y cantidades de las prestaciones parciales, se encuentran establecidos en un cronograma de entregas, el mismo que debe ser previsto en las bases del proceso de selección y forma parte del contrato.

De lo anteriormente mencionado, se puede concluir que el presente contrato cumple con los requisitos para ser uno de ejecución periódica, pues en los numerales 5 y 6 de la Cláusula Segunda, se establecieron las condiciones y frecuencia de ejecución del servicio.

"5. Frecuencia del Servicio

*La empresa deberá considerar como **rutinas diarias, semanales, mensuales y trimestrales** de las mismas que deberá informar a la Unidad de Logística a través de cronograma de trabajo.*

*El cronograma será entregado semanalmente para su verificación y aprobación al Jefe de Servicios Generales de la Unidad de Logística y Jefes de las Microrredes de los establecimientos de los establecimientos de salud a su cargo. (Resaltado es nuestro)"*

"6. Consideraciones para la ejecución del servicio

*6.2 De la jornada de trabajo y distribución de turnos*

*Cuadro N° 01: Locales y Distribución de Turnos<sup>6</sup>*

	<i>Lugares donde se ejecutará el servicio</i>	<i>N° de Operarios</i>	<i>Horario</i>
16	<i>P.S. Santa Fe de Totorita</i>	<i>02</i>	<i>Lunes a Sábado 7:00 AM – 7:00 PM</i>

Una vez establecida la naturaleza del contrato y habiendo analizado las posiciones y defensas de las partes, corresponde al Árbitro Único que emita

<sup>6</sup> Se está consignando solo la parte del cuadro donde se establece las condiciones de la sede donde se habría cometido la falta.

un pronunciamiento respecto a este punto controvertido, relacionado con la imposición de penalidades por parte de la Entidad.

Al respecto, se puede apreciar que la normativa de contrataciones con el Estado reconoce dos tipos de penalidades, las penalidades por mora en la ejecución por la prestación y "otras penalidades".

Respecto al primer tipo de penalidades, el Artículo 165º del RLCE establece lo siguiente:

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

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

*Penalidad diaria = 0.10 x Monto*

*F x Plazo en días*

*Donde F tendrá los siguientes valores:*

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

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

*Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento.  
Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considerará el monto del contrato vigente."*

En cambio, el Artículo 166º del RCLE regula los casos en que se pacte la aplicación de "otras penalidades" distintas a la penalidad por mora, de este modo establece:

*"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.**" (Resaltado agregado)*

Así, tenemos que, en caso el Contratista no cumpla con sus prestaciones en el plazo establecido para tales efectos y no haya solicitado y/o se haya aprobado la ampliación del plazo contractual, incurriría en un retraso injustificado, el cual acarrea la imposición automática de la penalidad por demora, de acuerdo a la fórmula establecida en el Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado.

En cambio, en el caso de las "otras penalidades", es necesario que las mismas estén establecidas en las Bases, las cuales tienen que observar cuando menos, tres parámetros: la objetividad, la razonabilidad y la congruencia con el objeto de la convocatoria.

Respecto a tales parámetros, de una revisión de la Opinión N° 079-2014/DTN emitida por el OSCE, se puede apreciar que:

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

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

*iii) Finalmente, la congruencia con el objeto de la convocatoria implica que se penalice el incumplimiento de alguna obligación comprendida o relacionada con el objeto de la convocatoria."*

Al respecto, en tal opinión se concluye que: "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.**"

Habiéndose señalado cuáles son los tipos de penalidades que la Entidad puede aplicar al Contratista, corresponde determinar si tales penalidades fueron aplicadas de modo válido.

Para verificar el cumplimiento de tales disposiciones, corresponde analizar la forma de imputación de la penalidad que la Entidad pretendería aplicar.

Al respecto, es necesario remitirnos al numeral 12 de la Cláusula Segunda del Contrato, donde se establece que:

"12. De la recepción y conformidad de los servicios

**El Área de Servicios Generales de la Unidad de Logística conjuntamente con los médicos jefes de cada Establecimiento de Salud de la Red de Salud SJL tendrá a su cargo la recepción y conformidad del servicio de limpieza integral, quien deberá verificar la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales.**

*Para tal efecto, la Unidad de Logística de la Red de Salud SJL deberá remitir a los Establecimientos de Salud de la jurisdicción copia del contrato, copia de la oferta técnica - económica y copia de las bases integradas." (Resaltado agregado)*

Del mismo modo, debemos considerar lo establecido en la Cláusula Undécima del Contrato:

"Cláusula undécima: Conformidad del servicio

**La conformidad del servicio se regula por lo dispuesto en el artículo 176° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado** y será otorgada por el Jefe del Establecimiento de Salud o por el Coordinador del Equipo de Trabajo - CET, de Servicios Generales y Mantenimiento de la Unidad de Logística de LA ENTIDAD según corresponda, que otorgará la conformidad del servicio.

**De existir observaciones se consignaran en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de éstas, dándose al CONTRATISTA un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del servicio.** Dicho plazo no podrá ser menos de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, EL CONTRATISTA no cumpliera a cabalidad con la subsanación, LA ENTIDAD podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

*Este procedimiento no será aplicable cuando los servicios manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso LA ENTIDAD no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan.” (Resaltado agregado).*

Por tal motivo, el Contrato mismo establece quiénes y cuál es el procedimiento por el cual se da la conformidad al servicio para poder realizar el pago mensual al Contratista<sup>7</sup> o, en caso contrario, aplicar, según corresponda, las siguientes penalidades:

14. Otras Penalidades

INCUMPLIMIENTO	PENALIDAD
No cumplir con el perfil de Operario requerido según Términos de referencia 8.4.- Del personal Asignado al Servicio	S/. 400.00 y retiro de operario inmediatamente (por operario)
Cambiar operarios sin autorización expresa de la Oficina de Servicios Generales de la Unidad de Logística	S/. 400.00 y retiro de operario inmediatamente (por operario)
No ingresar la totalidad de materiales de limpieza el primer día hábil del mes siguiente	S/. 400.00 por cada día de retraso
No proveer el reemplazo adecuado por ausencia de alguno de los operarios	S/. 400.00 por hora hasta el tope de tres horas y se podrá resolver el contrato.
No emplear los materiales de limpieza y equipos idóneos en la prestación del servicio	S/. 400.00 al detectar la situación
No brindar uniformes o indumentaria según los TDR	S/. 400.00 al detectar la situación
Los operarios no emplean los implementos de protección durante la prestación del servicio	S/. 400.00 al detectar la situación
No realizar la limpieza y desinfección de áreas especiales y el manejo de residuos sólidos en forma idónea	S/. 400.00 al detectar la situación

<sup>7</sup> 16. Forma de Pago

El pago se efectuará de manera mensual luego de ejecutada la prestación del servicio contratado, previa conformidad emitida por las áreas correspondientes.

según las normas técnicas de la materia	
No cumplir con las mejoras en los plazos establecidos	S/. 400.00 al detectar la situación acumulativo por cada mes

En ese sentido, mediante Nota Informativa N° 0163 -2016-JCSSFT-RED DE SALUD SJL-IGSS de fecha 20 de abril de 2016, el Jefe del C.S. Santa Fe de Totorita informó al Jefe de la Micro Red San Fernando del incumplimiento de sus obligaciones por parte del Contratista, debido a que el operario Manuel Mego Vargas sólo habría laborado hasta el 8 de marzo de 2016.

Asimismo, se menciona que se hicieron las coordinaciones pertinentes con el Supervisor del Contratista, el Sr. Carlos Zavala Nevado, para poder tramitar el reemplazo del operario que hasta el 31 de marzo de 2016 no se presentó.

Posteriormente a dicha comunicación, se emite con fecha 20 de mayo de 2016, el Memorando N° 173 UL N° 136-DIREDD-SA-SJL-2016, donde el Jefe de la Unidad Logística, solicita la aplicación de una penalidad por el incumplimiento de "No Proveer el reemplazo adecuado por ausencia de alguno de los operarios".

Según lo expuesto, se puede concluir del análisis de estas dos comunicaciones que, en ninguna de ellas, se da cuenta de la aplicación del procedimiento de conformidad de servicio; procedimiento que establece según el Artículo 176° del Reglamento:

*"(...) De existir observaciones se consignaran en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan."*

Es decir, la Entidad previamente a emitir la conformidad del servicio<sup>8</sup> y, de existir cualquier observación con el servicio prestado, tenía la obligación de seguir el protocolo que se desprende del mencionado artículo y de la cláusula undécima del Contrato, el cual consiste en:

- De existir observaciones a la prestación del servicio, la Entidad debía Levantar el Acta de Observaciones correspondiente, con las respectivas indicaciones u observaciones, las cuales debían ser puestas en conocimiento de su contraparte, a efectos de que sean subsanadas por el Contratista. En el presente caso, podemos advertir de autos, que no obra documento alguno que acredite que el supervisor -conforme lo prevé el contrato- encargado de la empresa -en este caso el Supervisor de la sede P.S. Santa Fe de Totorita-haya cumplido con anotar las observaciones en el Acta respectiva.
- Notificar a la empresa, de manera escrita, de las observaciones, otorgando el plazo establecido en la Ley y en el Contrato. En el presente punto, al no haberse realizado el levantamiento de la correspondiente Acta, no se pudo poner en conocimiento del Contratista las respectivas observaciones.
- Solución o absolución de las observaciones planteadas por la Entidad. Como el Contratista no pudo tener acceso a la naturaleza del incumplimiento (las supuestas observaciones), no se pudieron aplicar o tomar las medidas respectivas para proceder con el levantamiento o no de las observaciones en el momento oportuno; suscitando, de esta manera, que exista una imposibilidad material por parte del Contratista de poder subsanar su posible error y, además, quitándole la oportunidad de poder manifestar su posición respecto a dicho incumplimiento, afectándose así el debido procedimiento.

---

<sup>8</sup> Según la Cláusula undécima del Contrato, la conformidad del servicio solo puede ser otorgada por el Jefe del Establecimiento de Salud o por el Coordinador del Equipo de Trabajo - CET, de Servicios Generales y Mantenimiento de la Unidad Logística de la Entidad y, antes de la emisión de la factura correspondiente al mes de la prestación, según el numeral 16 de la Cláusula Segunda.

- Finalmente, no se pudo realizar ninguna evaluación de la observación por parte de la Entidad, pues no se comunicó ni levantó oportunamente el Acta correspondiente, siendo que la Entidad sólo procedió a la aplicación de la penalidad, de manera unilateral.

Por lo expuesto, este Árbitro Único ha llegado a la convicción que al no haberse acreditado que la Entidad haya puesto en conocimiento del Contratista las "observaciones" advertidas por el Supervisor, en virtud de lo pactado por las partes (cláusula undécima del Contrato) y de lo establecido en la norma de contrataciones (Artículo 176° Reglamento) corresponde declarar invalida la deducción efectuada por la Entidad en calidad de penalidad, y, en consecuencia nulo dicho acto.

**En segundo lugar,** y, siendo que la deducción impuesta por la Entidad es invalida y, por consecuencia nula, corresponde ordenar a ésta la devolución del importe ascendente de S/. 27,600.00.

Y finalmente, respecto a los intereses demandados, corresponde determinar si se han devengado intereses, y de ser así, a qué tasa y desde cuándo.

Es necesario indicar que el Contratista no ha precisado *in extenso* su posición sobre el particular, sin perjuicio de ello, se puede apreciar que dicha parte se ampara esencialmente en que la penalidad fue aplicada en forma indebida.

El artículo 1244° del Código Civil señala que el interés es compensatorio cuando constituye la contraprestación por el uso de dinero o de cualquier otro bien. Es moratorio cuando tiene por finalidad indemnizar la mora en el pago. El artículo 1245° señala que cuando deba pagarse interés sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal. El artículo 1246° añade que si no se ha convenido interés moratorio, el deudor sólo está obligado a pagar por causa de mora el interés compensatorio pactado y, en su defecto, el interés legal.

De los mencionados artículos, se desprende que los intereses pueden clasificarse en dos tipos, según la función económica que persiguen: a) Intereses compensatorios (o retributivos) y, b) Intereses moratorios (o punitivos).

Los intereses son compensatorios cuando se pagan por el uso de un capital ajeno, y moratorios cuando se pagan por el perjuicio sufrido por el acreedor debido al retraso en el cumplimiento de una obligación.

En el presente caso nos encontramos ante la existencia de intereses moratorios, y no compensatorios. Debiendo entonces aplicarse intereses moratorios, de acuerdo a las normas citadas, corresponde reconocer el interés legal.

Para la determinación de la fecha de la intimación en mora, a partir de la cual se devengan los intereses moratorios, se debe tener en cuenta lo señalado por el artículo 1334° del Código Civil, según el cual:

*"En las obligaciones de dar sumas de dinero cuyo monto requiera ser determinado mediante resolución judicial, hay mora a partir de la fecha de la citación con la demanda (...)"*.

Dado que en el presente caso nos encontramos ante una obligación cuyo monto requiere de determinación por el juez o tribunal arbitral, los intereses se devengarían desde la citación con la demanda. No obstante, teniendo este proceso carácter arbitral, no existe propiamente una citación con la demanda.

Cuando artículo 1334° del Código Civil se refiere a la citación con la demanda se refiere en realidad al momento desde el cual una de las partes toma conocimiento que la otra le requiere, judicial o arbitralmente, el cumplimiento de su obligación. El propósito es que, por tratarse de una suma no líquida, que debe ser determinada por el juzgador, es necesario que la mora exista

desde que se pone en conocimiento del demandado las pretensiones del demandante.

Tal situación ocurre con la citación con la demanda en el caso de procesos judiciales, pero en el caso de los procesos arbitrales la situación análoga ocurre cuando, en aplicación del convenio arbitral, una de las partes emplaza a la otra con las pretensiones que serán discutidas en el arbitraje, es decir, con la notificación de la solicitud de arbitraje.

Lo anteriormente expuesto se condice con lo establecido en la Octava Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje que señala que para efectos de lo dispuesto en el artículo 1334º del Código Civil, la referencia a la citación de la demanda se entenderá referida en materia arbitral a la recepción de la solicitud para someter la controversia a arbitraje.

En consecuencia, el Árbitro Único considera que la Entidad debe al Contratista los respectivos intereses moratorios, en base al monto materia de devolución que ascienden a la suma de S/. 27,600.00, los cuales empezarán a computarse desde la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje, esto es, a partir del día 03 de junio de 2016.

**Análisis del Cuarto Punto Controvertido:** Determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de las costas y costos arbitrales originados con la tramitación del presente arbitraje.

Sobre este punto, es necesario indicar que el 70º del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, dispone lo siguiente:

*«El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden: a) Los honorarios y gastos del tribunal arbitral; b) Los honorarios y gastos del secretario; c) Los gastos administrativos de la institución arbitral; d) Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el*

*tribunal arbitral; e) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.»*

Asimismo, el numeral 1) del artículo 72º del mismo cuerpo legislativo dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en su artículo 70º:

*«1. Una vez constituido, el tribunal arbitral podrá requerir a cada una de las partes que entregue un anticipo de los costos previstos en el artículo 70. En el curso de las actuaciones, el tribunal arbitral podrá requerir anticipos adicionales a las partes. Las partes asumirán los anticipos en proporciones iguales, sin perjuicio de lo que decida el tribunal arbitral sobre su distribución en el laudo».*

De igual manera, el numeral 1) del artículo 73º de la citada ley señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal precepto legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes:

*«1. 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.**» [El resaltado es nuestro]*

Teniendo en cuenta lo mencionado, se advierte que en el convenio arbitral contenido en el Convenio materia de la presente controversia, las partes no han establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del proceso

arbitral; por lo que, corresponde que el Tribunal Arbitral se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia a fin de establecer si corresponde la atribución de los gastos arbitrales a una de las partes, y en qué medida, o la aplicación de un prorrateo razonable.

Sobre el particular, la doctrina<sup>9</sup> respecto a la distribución de los costos señala que la regla general es el criterio de que «*los costos siguen el evento*», es decir, que en atención a lo determinado en el fallo de las pretensiones principales, la distribución de los costos arbitrales deberá seguir la línea del criterio adoptado.

Es así que, desde el punto de vista del Árbitro Único, no puede afirmarse que existe una parte «perdedora», en vista de que ambas tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, fuera del fallo dado, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral; este tribunal considera que, siendo consecuente con lo resuelto en este laudo y atendiendo al resultado que se desprendió del análisis fáctico de los hechos y de los medios probatorios ofrecidos por las partes, corresponde disponer que cada de una de las partes asuma los costos del presente arbitraje.

En consecuencia, cada parte debe asumir el pago equitativamente los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (es decir, los honorarios del Árbitro Único y del Secretario Arbitral), así como asumir sus propios costos correspondientes a pago de representación, asesoría legal y patrocinio, según el referido artículo 70° del D.L. N° 1071, en los que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

Sin embargo, teniendo en consideración que, el íntegro de los honorarios arbitrales fueron cancelados por Mega Integral; corresponde ordenar a la Entidad la devolución de la parte que fuera, en su momento, pagado por el Contratista.

---

<sup>9</sup> Escurra Rivero, Huáscar. Comentarios al artículo 73°. En: Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje. Instituto Peruano de Arbitraje. Primera Edición. Lima 2011. Pág. 813.

**LAUDO:**

Estando a las consideraciones precedentes, conforme a Derecho y dentro del plazo correspondiente, el Árbitro Único **RESUELVE:**

**Primero: DECLARAR FUNDADA** la Primera Pretensión y; en consecuencia, declarar la nulidad de la deducción, efectuada por la Red de Salud de San Juan de Lurigancho – IGSS.

**Segundo: DECLARAR FUNDADA** la Segunda Pretensión y; en consecuencia, ordenar a la Red de Salud de San Juan de Lurigancho – IGSS la devolución del importe deducido, ascendente a la suma de S/. 27,600.00 (Veintisiete Mil Seiscientos y 00/100 Soles), en favor de Servicios de Representaciones Consignaciones y Limpieza Mega Integral S.A.C.

**Tercero: PRECISAR** que la Red de Salud de San Juan de Lurigancho – IGSS debe pagar a la empresa Servicios de Representaciones Consignaciones y Limpieza Mega Integral S.A.C. los respectivos intereses legales, a partir de la fecha de notificación de la solicitud de arbitraje, es decir desde el 3 de junio de 2016, hasta la fecha efectiva de pago.

**Cuarto: DECLARAR** que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar; y que los gastos comunes (honorarios del Árbitro Único y los gastos del Secretario Arbitral) sean asumidos equitativamente por cada parte.

**Quinto: REQUIÉRASE** a la Red de Salud de San Juan de Lurigancho – IGSS, a manera de devolución, la suma neta de S/. 2,806.00 (Dos Mil Ochocientos Seis con 00/100 Soles) en favor de la empresa Servicios de Representaciones Consignaciones y Limpieza Mega Integral S.A.C., correspondiente a la suma total de los Honorarios Profesionales del Árbitro Único y Secretario Arbitral,

los cuales inicialmente se encontraban a su cargo, pero que han sido asumidos por la mencionada empresa.

**Sexto: INDÍQUESE** que, adicionalmente a la notificación en los domicilios procesales de ambas partes, el presente Laudo Arbitral será colgado en el Sistema Electrónico de las Contrataciones del Estado - SEACE.



**PATRICK HURTADO TUEROS**  
Árbitro Único



**MARCO ANTONIO PAZ POLO**  
Secretario Arbitral Ad Hoc