

2018-2016

Lima, 20 de agosto de 2018



Señores  
**MINISTERIO DE SALUD**  
 Av. Arequipa 810 Piso 9,  
Cercado de Lima. -

**Atte.:** Procuraduría Pública

**Ref.:** Caso Arbitral ad hoc: **CONSORCIO SUPERVISOR LIMA SUR VS. MINISTERIO DE SALUD**

**Contrato:** Contrato N° 132-2012-MINSA Para la Supervisión de la ejecución de la obra, equipamiento informático y equipamiento electromecánico del proyecto de inversión pública: "Fortalecimiento de la atención de los servicios de emergencia y servicios especializados – Nuevo Hospital Emergencias Villa El Salvador – SNIP 58330"

**Asunto:** Notificación de Laudo Arbitral

De mi consideración:

Por medio de la presente cumplo con notificarles un ejemplar original del Laudo Arbitral – VOTO SINGULAR emitido en el proceso arbitral de la referencia por el árbitro Juan Jashim Valdivieso Cerna; el cual consta de once (11) fojas y contiene todas las rúbricas correspondientes y que ha sido hecho llegar de igual forma a la Secretaría a cargo del proceso Arbitral.

En tal sentido, adjunto a la presente comunicación se les remite un ejemplar original del Laudo Arbitral de fecha 13 de agosto de 2018.

Lo que notifico conforme a Ley.

Atentamente.

**JUAN JASHIM VALDIVIESO CERNA**  
 Arbitro

**VOTO SINGULAR**

**EXPEDIENTE DE INSTALACIÓN N°** : I363-2017

**DEMANDANTE** : CONSORCIO SUPERVISOR LIMA SUR (En adelante, el CONSORCIO, el DEMANDANTE, la SUPERVISIÓN o la conjugación de estas).

**DEMANDADO** : MINISTERIO DE SALUD (En adelante, el MINISTERIO, la ENTIDAD, la Demandada o la conjugación de estas).

**CONTRATO** : N° 132-2012-MINSA  
Para la Supervisión de la ejecución de la obra, equipamiento informático y equipamiento electromecánico del proyecto de inversión pública: "Fortalecimiento de la atención de los servicios de emergencia y servicios especializados - Nuevo Hospital Emergencias Villa El Salvador - SNIP 58330"

**MONTO DEL CONTRATO** : S/ 7, 914,754.89

**TIPO Y NÚMERO DE PROCESO DE SELECCIÓN** : Concurso Público N° 001-2012-MINSA

**MONTO DE LOS HONORARIOS DEL TRIBUNAL ARBITRAL** : S/ 14,048.00

**MONTO DE LOS HONORARIOS DE LA SECRETARÍA ARBITRAL** : S/ 11,631.00

**(UNANIMIDAD/MAYORÍA)** : UNANIMIDAD

**FECHA DE EMISIÓN DEL LAUDO** : 15 de mayo de 2018

**TIPO DE ARBITRAJE** : AD HOC, NACIONAL Y DE DERECHO

**TRIBUNAL ARBITRAL** : ALEJANDRO ACOSTA ALEJOS  
MARCOS RICARDO ESPINOZA RIMACHI  
JASHIM VALDIVIESO CERNA

**SECRETARIO ARBITRAL** : VÍCTOR ANDRÉ BEDOYA BURGOS



## VOTO SINGULAR

En Lima, a los trece días de agosto del año 2018, en mi calidad de Árbitro emito el siguiente voto singular de la primera pretensión principal, segunda pretensión principal, pretensión subordinada a la cuarta pretensión principal, y punto controvertido común (costos y costas) de acuerdo a los siguientes fundamentos:

**RESPECTO DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:** *“Determinar si corresponde que la Entidad demandada reconozca y pague al Consorcio Supervisor Lima Sur la suma de S/. 1, 549, 239.98 (Un millón quinientos cuarenta y nueve mil doscientos treinta y nueve con 98/100 Soles) más los intereses legales desde la fecha en que se redujo el monto contractual (6 de noviembre de 2012) hasta que se cumpla con pagar.”*

1. Sobre el primer punto controvertido, conforme se ha desarrollado en los vistos del presente laudo arbitral, el Consorcio Supervisor señala que mediante Laudo Arbitral de fecha 9 de agosto de 2016, el Tribunal Arbitral conformado por los árbitros Miguel Ángel Avilés García (Presidente), Juan Huamani Chávez y Humberto Flores Arévalo resolvió dejar sin efecto la reducción del Contrato N° 132-2012-MINSA que fue ordenada mediante Oficio N° 208-2012-OL-OGA/MINSA; en consecuencia, reclaman el pago del monto reducido que asciende a S/. 1'549,239.98 (Un millón quinientos cuarenta y nueve mil doscientos treinta y nueve mil con 98/100 soles).

2. Dicho hecho se acredita de la revisión del referido Laudo Arbitral, admitido como medio probatorio de ambas partes, de donde se extrae el siguiente resolutivo:

*“Segundo: DECLÁRESE FUNDADO el primer punto controvertido derivado de la primera pretensión principal de la Demanda, y, en consecuencia, corresponde ordenar se deje sin efecto la reducción del Contrato N° 132-2012-MINSA”.*

3. Sobre el particular, la Entidad demandada sostiene que si bien el Laudo Arbitral de fecha 9 de agosto de 2016 resolvió dejar sin efecto la reducción del Contrato N° 132-2012-MINSA ordenada mediante Oficio N° 208-2012-OL-OGA/MINSA, en ningún extremo se dispuso el pago del monto reducido, argumentando su posición con las siguientes premisas:

i) Que mediante Resolución N° 43 de fecha 22 de noviembre de 2016 expedida por el Tribunal Arbitral que resolvió dejar sin efecto la reducción del Contrato, se resolvió el Recurso de Interpretación presentado por el Consorcio Supervisor con fecha 16 de agosto de 2016, a través del cual buscaba que se ordene el pago del monto contractual reducido, declarando infundado el recurso planteado por no haberlo solicitado vía pretensión;

*Recurso de Interpretación presentado por el Consorcio de fecha 16 de agosto de 2016:*

*“Si bien existe congruencia entre los Considerandos y sobremanera el penúltimo Considerando con el Fallo, el Consorcio demandante solicita que el Tribunal Arbitral interprete para que quede claro, que lo resuelto trae como consecuencia lógica que, el MINSA debe pagar al Consorcio Demandante, la suma de S/. 1'549,239.98 soles, monto reducido indebidamente”.*

*Segundo Punto Resolutivo de la Resolución N° 43 de fecha 22 de noviembre de 2016:*

*“DECLÁRESE INFUNDADO el pedido de Interpretación formulado por el Consorcio Supervisor Lima Sur con fecha 16 de agosto de 2016, en atención a los fundamentos esgrimidos por el Tribunal Arbitral en la presente Resolución”.*

- ii) Que en el referido Laudo Arbitral de fecha 9 de agosto de 2016 se desestimó la segunda pretensión de la demanda, referente al pago de indemnización por daños y perjuicios derivados de la reducción efectuada; por lo que, no correspondería se ordene pago o devolución alguna.

***Segunda Pretensión de la Demanda de fecha 25 de agosto de 2014:***

*“2.1.2. El MINSa cumpla con el pago de daños y perjuicios debido a la reducción realizada al Contrato N° 132-2012-MINSa de la Ejecución de la Obra Equipamiento Informático Electromecánico del Proyecto de Inversión Pública: “Fortalecimiento de la Atención de los Servicios de Emergencia y Servicios Especializados – Nuevo Hospital de Emergencias Villa El Salvador – SNIP N° 58330”.”*

***Tercer Punto Resolutivo del Laudo de fecha 9 de agosto de 2016:***

***“DECLÁRESE INFUNDADO el segundo punto controvertido, derivado de la segunda pretensión de demanda; y, en consecuencia, no corresponde ordenar pago alguno a favor del Contratista por concepto de daños y perjuicios a consecuencia de la reducción realizada al Contrato N° 132-2012-MINSa.”***

4. Estando a lo expuesto, no cabe duda que la incertidumbre jurídica radica, efectivamente, en determinar si corresponde o no se ordene a la Entidad el pago al Consorcio Supervisor del monto contractual reducido, a la luz de lo resuelto en el Laudo Arbitral de fecha 9 de agosto de 2016 y la Resolución N° 43 de fecha 22 de noviembre de 2016, toda vez que las resoluciones del Tribunal Arbitral que resuelven recursos de interpretación, rectificación, integración o exclusión forman parte del Laudo, de conformidad con el artículo 58 del D.L. 1071 – Ley de Arbitraje.
  5. En esa línea, se delimita el pronunciamiento del Tribunal Arbitral anterior de la siguiente manera: i) dejó sin efecto la reducción al contrato efectuada por la Entidad; ii) desestimó la pretensión indemnizatoria derivada de dicha reducción del contrato; y iii) desestimó el pedido de interpretación del laudo arbitral que buscaba se ordene el pago o devolución del monto reducido por no haber sido solicitado como pretensión en el proceso arbitral.
  6. Que, del análisis de la materia controvertida, se desprende que la Primera Pretensión del demandante no está destinada a que se ordene un pago en vía de indemnización por la reducción del Contrato, no siendo oponible, en tal sentido, lo resuelto por el Tribunal Arbitral anterior mediante Tercer Punto Resolutivo de su Laudo de fecha 9 de agosto de 2016
  7. En tal sentido, la materia controvertida es determinar si corresponde o no, ordenar a la Entidad pague en favor del Consorcio demandante el monto reducido al Contrato N° 132-2012-MINSa, cuya ineficacia fue declarada mediante Laudo Arbitral de fecha 9 de agosto de 2016, constituyendo una acción u objeto distinto al reclamado previamente, pues no se pretende que el pago se realice vía indemnización por daños y perjuicios.
- Véase que la segunda pretensión de la demanda arbitral anterior, no busca el pago del monto de la reducción; por el contrario, reclamaron una indemnización que, a la luz de lo resuelto en el laudo arbitral, no cumplía con acreditar los requisitos de la responsabilidad civil como son el tipo de daño ni la cuantificación del presunto daño.
8. Así también, si bien el Tribunal Arbitral anterior, resolvió declarar Infundado el Recurso de Interpretación del Laudo Arbitral presentado por el Consorcio Supervisor, su decisión se remite a los considerandos que la componen; por lo que, de la revisión de los Considerandos 47 al 51 de la Resolución N° 43 de fecha 22 de noviembre de 2016, se aprecia que el Tribunal no accedió al pedido de interpretación por considerar que no existía ningún extremo oscuro o ambiguo en el Laudo Arbitral que necesite ser interpretado, habiéndose pronunciado en base a la pretensión plasmada por el demandante.

9. Por ello, el pronunciamiento del Tribunal Arbitral anterior sobre el Recurso de Interpretación del Laudo Arbitral tampoco es oponible a la materia controvertida en el presente proceso arbitral, toda vez que el Tribunal Arbitral anterior, no emitió un pronunciamiento definitivo sobre la materia sometida a la jurisdicción del presente Colegiado.
10. Que, de conformidad con el artículo 59 del D.L. 1071 – Ley de Arbitraje, *“todo laudo es definitivo e inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes”*; en consecuencia, al haberse dejado sin efecto la reducción del Contrato N° 132-2012-MINSA ordenado mediante Oficio N° 208-2012-OL-OGA/MINSA, el efecto jurídico es que el Contrato se mantenga inmutable en los términos y condiciones establecidas en el Contrato; es decir, que la modificación ha perdido sus efectos y; por consiguiente, que la consecuencias jurídicas derivadas de dicho acto administrativo se detengan y se restituya el orden de las cosas, en todo y cuanto se haya establecido taxativamente en el Contrato y los documentos que lo contienen (bases, especificaciones técnicas etc.).
11. Así pues, en términos genéricos, *“La ineficacia es consecuencia del incumplimiento de un requisito de orden legal, bien sea al momento de la celebración del acto jurídico, o con posterioridad a la misma, que justifica que no se produzcan los efectos jurídicos deseados por las partes o establecidos por ley, o que los efectos jurídicos ya producidos desaparezcan.”*<sup>1</sup>

Vale diferenciar los dos tipos de ineficacia existentes en la doctrina, léase la ineficacia estructural; es decir, cuando el acto se ve afectado por una causal de ineficacia desde el momento mismo de su celebración. Por otro lado, tenemos a la ineficacia funcional, denominada también sobreviniente o por causa extrínseca, conocida como la ineficacia en sentido estricto. Supone un acto jurídico perfectamente estructurado en el cual han concurrido todos sus elementos, presupuestos y requisitos, sólo que, por un evento ajeno a su estructura, deja de producir efectos jurídicos como es el caso de la reducción del Contrato N° 132-2012-MINSA que, por mandato del Laudo Arbitral de fecha 9 de agosto de 2016, dejó de surtir efectos.

12. Que, al haber dejado de surtir efectos la reducción al Contrato efectuada por la Entidad demandada, corresponde que el Contrato se ejecute conforme las reglas contenidas en dicho documento, siendo que la forma y modo de pago está establecido en la cláusula cuarta que establece que el pago de la contraprestación se realizará conforme el art. 181 del RLCE; es decir luego de la conformidad de la prestación.
13. Ahora bien, se debe señalar que la Entidad reconoce en su liquidación la ejecución del servicio por la suma de S/. 974,686.70 monto considerado a partir del cumplimiento del laudo arbitral generado por las mayores prestaciones del referido servicio de supervisión.
14. Al respecto, si tenemos en cuenta que el Contrato suscrito entre las partes es un intercambio de voluntades con una finalidad pública, y que cada parte tiene obligaciones, es decir que por un lado la Contratista se obliga a ejecutar las prestaciones y por su parte la Entidad paga una contraprestación, entonces advertimos que, si bien es cierto el Contrato no se puede reducir conforme lo señalado en el laudo arbitral emitido anteriormente, tampoco se puede disponer el pago dicho monto cuando no se ha verificado la ejecución cabal de la prestación del servicio (inicialmente reducida), o si el mismo ha seguido la forma de pago establecida, hecho que la Contratista no ha cumplido con acreditar.
15. Estando a lo expuesto, siempre que la Contratista no ha acreditado la ejecución de la reducción del monto y la consecución del pago que debía realizarse conforme la cláusula cuarta del Contrato más allá del monto señalado por la propia Entidad, por lo que no se puede amparar el monto solicitado, siguiendo el principio *pacta sunt servanda*, ya que se debe tener en cuenta que toda contraprestación es generada a partir de la ejecución de la prestación a cargo de la Supervisión.
16. Por tanto, es de cargo de la Contratista haber acreditado la ejecución del servicio que fuera inicialmente reducido, ya que de otra manera no procede el pago por dicho concepto, debiendo considerarse el monto que la Entidad sí reconoce antes señalado.

<sup>1</sup> TORRES, ob. cit., p. 657, los denomina efectos voluntarios y efectos legales, respectivamente.

17. En tal sentido, corresponde declarar INFUNDADA la primera pretensión de la demanda, por los argumentos esgrimidos anteriormente, debiendo precisarse que la Entidad reconoce por los servicios de supervisión derivados del laudo arbitral la suma de S/. 974,686.70.

**RESPECTO AL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:** *“Determinar si corresponde que se ordene a la Entidad pague al Consorcio demandante los gastos generales por la suma de S/. 225, 717.14 (Doscientos veinticinco mil setecientos diecisiete con 14/100 Soles), correspondiente a la ampliación de plazo por 22 días calendarios; más los intereses legales que ascienden a la suma de S/. 12, 142.68 (Doce mil ciento cuarenta y dos con 68/100 Soles) desde el 3 de junio de 2015 al 20 de junio de 2017, debiéndose actualizar dichos intereses hasta que se cumpla con pagar.”*

1. Sobre el segundo punto controvertido, conforme se ha desarrollado en los vistos del presente laudo arbitral, el Consorcio Supervisor señala que mediante Laudo Arbitral de fecha 9 de agosto de 2016, el Tribunal Arbitral conformado por los árbitros Miguel Ángel Avilés García (Presidente), Juan Huamaní Chávez y Humberto Flores Arévalo resolvió aprobar la ampliación del plazo del Contrato N° 132-2012-MINSA por 22 días calendarios, declarándose la ineficacia de la Resolución Directoral N° 036-2015-DGIEM de fecha 13 de agosto de 2015; razón por la cual solicitan se ordene el pago de los gastos generales derivados de dicha ampliación de plazo.

*“Quinto: DECLÁRESE FUNDADO la primera pretensión de la segunda demanda acumulada; y, en consecuencia, corresponde ordenar que se apruebe la ampliación de plazo por 22 días calendario, desfasándose la fecha de término del Contrato al 1 de junio del año 2015, por tanto, DECLÁRESE la ineficacia de la Resolución Directoral N° 036-2015-DGIEM de fecha 13 de agosto de 2015”.*

2. Por su parte, la Entidad demandada señala que, si bien en el referido Laudo Arbitral se resolvió aprobar una ampliación de plazo por 22 días calendarios, en ningún extremo de lo resuelto se ordenó el pago de gastos generales. Asimismo, indican que no corresponde el pago de intereses legales, de conformidad con el artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado, toda vez que la responsabilidad en el atraso en el pago de los gastos generales es del Consorcio Supervisor por no haber reclamado su pretensión por la vía arbitral oportunamente.
3. Que, habiendo el Laudo Arbitral de fecha 9 de abril de 2016 obtenido autoridad de cosa juzgada, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 58 de la Ley de Arbitraje, no es menester de este Colegiado pronunciarse sobre las causales que motivaron la ampliación de plazo por 22 días calendarios; por lo que, se procederá analizar si corresponde o no ordenar el pago de los gastos generales derivados de la ampliación de plazo otorgada y, de ser el caso, desde cuando estuvo obligada la Entidad a realizar dicho pago.
4. Que, de conformidad con el artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado: *“Las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios darán lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados. En el caso de la consultoría de obras, debe pagarse al contratista, además del gasto general variable, el costo directo.”* Con ello, queda claro que las ampliaciones de plazo dan lugar al pago de gastos generales variables y directos como es en el caso del Contrato de Supervisión bajo análisis.
5. Que, si bien es cierto, el Consorcio Supervisor no solicitó al Tribunal Arbitral anterior, que ordene el pago de los gastos generales derivados de la ampliación de plazo que estaban solicitando, la sola aprobación de la ampliación de plazo, otorga el derecho al contratista de que se le pague los gastos generales derivados de dicha aprobación, siendo la única premisa condicional, que el contratista los acredite debidamente.
6. Luego de una revisión de los documentos de pago se advierte que:
- (i) NO se advierte la cancelación de los recibos por honorarios presentados, únicamente se presenta dicha documentación; del mismo modo no se advierte de los referidos recibos por

honorarios que correspondan a la ampliación de plazo, puesto que la ampliación de 22 días dispuesta por el laudo arbitral anteriormente emitido, corresponde a la fecha de 10 de mayo de 2015 al 01 de junio de 2015, en tal sentido, no se verifica que recibos presentados correspondan únicamente a la ampliación.

(ii) De las facturas presentadas no se advierte que el periodo de los servicios prestados por MOTLIMA consultores S.A, INTEINCO, Instituto de Consultoría SA correspondan al periodo de la ampliación de plazo dispuesta por el laudo arbitral anteriormente emitido, por lo que podría corresponder al costo total del servicio, no pudiendo este Colegiado establecer la veracidad del periodo considerado en dichas facturas, y por tanto no se acredita dicho pago. Al respecto, se advierte que si bien es cierto las facturas señaladas se tienen fecha de 15, de mayo, 15 de junio de 2015, ninguna de las facturas revisadas por este colegiado contiene el periodo y especificación que correspondan a la ampliación de plazo pudiendo ser pagos del cierre de los servicios prestados al Contratista.

7. Que, con fecha 13 de julio de 2017, el Consorcio demandante presentó al proceso arbitral su escrito acreditando los gastos generales por los 22 días calendarios correspondiente a los meses de mayo y junio de 2015 mediante recibos por honorarios de los profesionales, así como otros comprobantes de pago, los cuales han sido verificados uno por uno de manera exhaustiva por este Colegiado sin advertirse que dichos montos correspondan exclusivamente al periodo de la ampliación de plazo o que correspondan a la misma.
8. Que, por otro lado, si bien es cierto la consecuencia jurídica de la ampliación de plazo otorgada, es el pago de los gastos generales debidamente acreditados, el Consultor de Obra en el presente proceso NO ha cumplido con acreditar fehacientemente dichos gastos por lo que la presente pretensión no puede ser amparada.

**RESPECTO AL PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** *En caso de no ampararse la Cuarta Pretensión, determinar si procede analizar cada una de las observaciones realizadas por el Consorcio demandante a la liquidación del Contrato practicada por el MINSa mediante Oficio N° 0233-2017-DGIEM/MINSa:*

**1.- Derecho a reconocer:**

a) *El monto contractual de S/. 1'549,239.89 (Un millón quinientos cuarenta y nueve mil con doscientos treinta y nueve con 89/100 Soles), que redujo el MINSa, debiendo pagar y/o reembolsar dicha suma, más los intereses legales desde la fecha en que se redujo (6 de noviembre de 2012) hasta la fecha en que se efectivice el mismo.*

b) *El pago de los gastos generales que ascienden a la suma de S/. 225, 717.14, generados por la Ampliación de Plazo por 22 días calendario, más los intereses legales desde el 3 de junio de 2015 al 18 de junio de 2017, la suma de S/. 12,107.54 (Doce mil ciento siete con 54/100 Soles), debiéndose actualizar dichos intereses hasta que se cumpla con pagar, de conformidad con el laudo arbitral de fecha 9 de agosto de 2016.*

**2.- Declarar la invalidez y/o ineficacia y/o nulidad de las siguientes penalidades:**

a) *Por supuesta demora en presentar la liquidación del Contrato, debiendo el MINSa devolver al Consorcio demandante, la suma de S/. 14,000.00 (Catorce mil 00/100 Soles), más los intereses de ley, desde la fecha en que se penalizó (8 de febrero de 2017) hasta la devolución de la misma.*

b) *por supuesto incumplimiento en revisar correctamente los planos de replanteo, que asciende a la suma de S/. 791,475.39 (Setecientos noventa y un mil con cuatrocientos setenta y cinco con 39/100 Soles) deducida del Cuarto Pago (Producto C) del Contrato; en consecuencia, el MINSa deberá cumplir con devolver la suma de S/. 791,475.39;*

*más el pago de los intereses legales, desde la fecha en que fue deducida dicha penalidad hasta la fecha real de pago.*

*c) Por supuesta demora en la entrega de las valorizaciones, que asciende a la suma de S/. 406,049.82 (Cuatrocientos seis mil cuarenta y nueve con 82/100 Soles) deducida al practicar la liquidación del Contrato; en consecuencia, el MINSA deberá cumplir con devolver la suma de S/. 406,049.82; más el pago de los intereses legales, desde la fecha en que fue deducida dicha penalidad (8 de febrero de 2017) hasta la fecha real de pago.*

1. El Consorcio Supervisor acumula originariamente la pretensión subordinada bajo análisis, en caso la Cuarta Pretensión de su Demanda sea desestimada. En tal sentido, habiendo este Colegiado declarado Infundada la Cuarta Pretensión de la Demanda por los considerandos expuestos precedentemente, corresponde analizar si se debe reconocer los componentes descritos en su pretensión, los cuales responden a las observaciones formuladas a la Liquidación practicada por la Entidad.
2. En tal sentido, se ha mencionado que el segundo párrafo del artículo 179 del Reglamento establece lo siguiente:

*“Artículo 179º. - Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra*

*Cuando el contratista no presente la liquidación en el plazo indicado, la Entidad deberá efectuarla y notificarla dentro del plazo de quince (15) días siguientes, a costo del contratista; si esta no se pronuncia dentro de los cinco (5) días de notificado, dicha liquidación quedará consentida.*

*Si el contratista observa la liquidación practicada por la Entidad, ésta deberá pronunciarse y notificar su pronunciamiento dentro de los cinco (5) días siguientes; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas por el contratista.*

*En el caso de que la Entidad no acoja las observaciones formuladas por el contratista, deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje, según corresponda, en la forma establecida en los artículos 214 y 215.*  
 (...)”

3. De lo expuesto, se desprende que, ante el incumplimiento de parte del Consultor de Obra de elaborar la liquidación del Contrato de Supervisión, dicha obligación se traslada a la Entidad, lo que no recorta el derecho del Consultor de Obra de observar dicha liquidación y, en caso subsistir las controversias, someterlas a jurisdicción arbitral a fin que el Colegiado determine si corresponde o no agregar o quitar componentes de la Liquidación practicada por la Entidad y observada mediante cartas N° C006-2017-SVE/CSLS y C007-2017-SVE/CSLS, obrantes en autos.

En esa línea, se procederá a analizar cada uno de los conceptos observados por el Consultor de Obra a la Liquidación practicada por la Entidad a fin de determinar cuáles serán los componentes que formarán parte de la Liquidación Final del Contrato de Supervisión.

4. Respecto al monto derivado de la reducción del Contrato, este Tribunal Arbitral ya ha emitido pronunciamiento al analizar el Primer Punto Controvertido, señalando que la Supervisión no ha acreditado la ejecución de la reducción del monto más allá del monto reconocido por la Entidad.

Debiendo precisarse que la Entidad en la Liquidación Final del Contrato de Supervisión incluye el monto de S/. 974,686.70 como concepto de pago por cumplimiento de laudo e intereses.

5. Respecto al pago de los gastos generales derivados de la ampliación de plazo por 22 días calendario, este Tribunal Arbitral ya ha emitido pronunciamiento al analizar el segundo punto controvertido, declarando INFUNDADA dicha pretensión por cuanto NO se advierte la cancelación



de los recibos por honorarios presentados, y que no se acredita de las facturas presentadas que el periodo de los servicios prestados correspondan al periodo de la ampliación de plazo y para la referida ampliación dispuesta por el laudo arbitral anteriormente emitido.

Por tal motivo, no corresponde agregar a la liquidación dicho monto.

6. Ahora bien, respecto a las penalidades aplicadas por el monto de S/. 14,000 por la demora en la presentación de la Liquidación del Contrato de Consultoría, este Tribunal Arbitral ha manifestado que tras haberse realizado el pago por la última prestación de la Supervisión; es decir, tras aprobarse la Liquidación del Contrato de Obra, haberse presentado el Informe Final de Supervisión y haber recibido el pago por dichas prestaciones, correspondía al Consorcio Supervisor elaborar la referida liquidación a su Contrato, de conformidad con el artículo 179 del Reglamento.
7. Que, del análisis del referido dispositivo normativo, se tiene que el Consorcio contaba con el plazo de quince (15) días hábiles de otorgada la conformidad de la última prestación, la cual, indudablemente se otorgó con el pago de la última prestación. En tal sentido, correspondía a la Supervisión presentar su Liquidación Final a los quince días de aceptada la conformidad de parte de la Entidad con el pago, teniendo la posibilidad de consignar los conceptos que a su criterio le adeudaban.
8. Que, el plazo para que el Consultor de Obra presente su liquidación venció el 5 de diciembre de 2016; por lo que, de conformidad con el punto 2 del artículo 179 del Reglamento, “cuando el contratista no presente la liquidación en el plazo indicado, la Entidad deberá efectuarla y notificarla dentro del plazo de quince (15) días siguientes, a costo del contratista (...)”.

Como se aprecia, al no haber presentado el Consultor de Obra la liquidación del Contrato dentro del plazo establecido, corresponde a la Entidad practicarla dentro de los quince (15) días siguientes a costo del contratista; es decir, existe un mandato legal que faculta a la Entidad a establecer un costo por la elaboración de la liquidación.

9. Así pues, no cabe duda que la obligación de elaborar la liquidación del Contrato de Consultoría es del contratista y, en caso este no la formule, dicha obligación se traslada a la Entidad, lo que no implica que exista algún menoscabo de su derecho a la repetición en caso de desmedro económico, más aún si la Administración Pública debe actuar en respeto del interés general maximizando el valor del dinero utilizado en las contrataciones.
10. Por tales consideraciones, no existiendo contradicción respecto al monto de la penalidad aplicada por el concepto analizado, corresponde desestimar el pedido de la parte demandante en este extremo, debiendo asumir el costo de elaboración de la liquidación del Contrato practicada por el MINSa, independientemente de que este Tribunal Arbitral haya resuelto incluir determinadas observaciones a la Liquidación, de conformidad con lo dispuesto en mencionado artículo 179 del Reglamento anterior.
11. Respecto a las penalidades aplicadas por revisar incorrectamente los 694 Planos de Replanteo, este Colegiado se ha pronunciado al analizar el Tercer Punto Controvertido; por lo que, corresponde que este concepto sea excluido de la Liquidación practicada por el MINSa, siendo válida la observación formulada por el Consultor de Obra mediante cartas N° C006-2017-SVE/CSLS y C007-2017-SVE/CSLS.
12. Respecto a las penalidades aplicadas por la supuesta demora en la entrega de las valorizaciones, que asciende a la suma de S/. 406,049.82 (Cuatrocientos seis mil cuarenta y nueve con 82/100 soles), corresponde analizar si dicho concepto debe estar incluido en la liquidación a practicarse.
13. Sobre el particular, se aprecia que la Entidad aplica al Consultor de Obra penalidades por el concepto de “demora en la entrega de valorizaciones”, por el monto de S/. 406,049.82, de conformidad con el Cuadro de Penalidades descritas en la Cláusula Duodécima del Contrato N° 132-2012-MINSa. Dichas penalidades fueron aplicadas de forma directa al momento de practicar su Liquidación Final.

14. Véase que las penalidades aplicadas responden, según lo antes desarrollado y de conformidad con el Contrato, a penalidades distintas a las de retraso injustificado o mora. En tal sentido, encontrándonos dentro de un supuesto de aplicación de *otras penalidades*, es importante volver a lo expuesto previamente en los Considerandos 30.6, 30.7 y 30.8 del presente Laudo Arbitral, léase:

(...)

30.6. *Dicho esto, debe señalarse que el Reglamento regula la aplicación de “Otras penalidades”, señalando lo siguiente: “Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a las penalidades por mora, 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.”.*

30.7. *De lo expuesto se desprende que la Entidad tiene la facultad de establecer en los documentos de selección la aplicación de “Otras penalidades”, distintas a la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación”; debiendo precisarse que para tal efecto, la Entidad deberá: i) prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación; ii) definir los supuestos que originarían su aplicación, los cuales deben ser diferentes al retraso injustificado o mora; iii) delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente hubiera definido; y, iv) establecer el procedimiento a través del cual verificará si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad.*

30.8. *Por lo expuesto, se advierte que, las “otras penalidades” previstas en los documentos del procedimiento de selección se aplican a supuestos debidamente establecidos, conforme a lo regulado en el artículo 166 del Reglamento; no siendo posible su aplicación a supuestos de retraso injustificado o mora.*

(...)”.

15. Tras lo expuesto y tras el análisis de los hechos, se desprende que la Entidad no siguió ningún procedimiento para determinar o verificar la ocurrencia de tal incumplimiento, léase la demora en la entrega de valorizaciones. El Consultor de Obra nunca fue intimado durante la ejecución del Contrato para corregir el presunto incumplimiento, es más, dio cuenta de la aplicación de dichas penalidades tras recibir la Liquidación Final del Contrato, con lo cual, se evidencia la falta de objetividad en la aplicación de dichas penalidades.
16. En tal sentido, siendo este un Tribunal de Justicia, estando a las normas de orden público y a las interpretaciones vinculantes realizadas por la Dirección Técnica Normativa del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE, corresponde dejar sin efecto las penalidades aplicadas por la presunta demora en la entrega de valorizaciones por parte de la Supervisión, por no haberse seguido un procedimiento adecuado para la aplicación de dichas penalidades, generando de esa manera, indefensión de parte de la Supervisión.

Por tales motivos, corresponde que este concepto sea excluido de la Liquidación practicada por el MINSa, siendo válida la observación formulada por el Consultor de Obra mediante cartas N° C006-2017-SVE/CSLS y C007-2017-SVE/CSLS.

**RESPECTO AL OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: “La Entidad demandada deberá pagar los costos que ocasionen el presente arbitraje, como honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral, honorarios del Secretario Arbitral, así como los honorarios del profesional que asume nuestra defensa, entre otros; más los intereses legales.”**

1. Respecto a la asunción de los costos y costas del presente proceso, corresponde señalar lo dispuesto en el Decreto Legislativo N.º 1071 – Ley de Arbitraje, respecto a los costos del proceso arbitral, específicamente en el artículo 69º, el cual precisa lo siguiente:

*Art. 69º - D.L. 1071.-*

*“Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título.”*

2. Del contenido de la cláusula arbitral establecida en el CONTRATO, se advierte que las partes no se pronunciaron sobre la regulación de los costos del presente arbitraje, por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley de Arbitraje, el Tribunal Arbitral tiene la facultad de disponer lo que considere conveniente, siempre y cuando se sujete a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje.

A su vez, la Ley de Arbitraje faculta a los árbitros, a falta de acuerdo de las partes, a determinar que los costos del arbitraje sean de cargo de la parte vencida, o a distribuir y prorratear estos costos entre las partes, en caso estime que es razonable, de acuerdo con lo que se estipula en el artículo 73 de la referida norma, cuyo texto reproduciremos a continuación:

*Art. 73º - D.L. 1071.-*

*“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.”*

3. Estando a lo expuesto y, teniendo en consideración que en el presente laudo, de las doce (12) pretensiones planteadas por el Demandante (tomando en consideración las pretensiones subordinadas), dos (2) de ellas han sido amparadas en su totalidad y (2) en parte por este Colegiado; por lo que, en aplicación de una técnica porcentual de prorrateo, corresponde a la Entidad demandada, asumir el 33% los costos y costas arbitrales derivados del presente proceso arbitral, entre ellos y de los cuales, se puede dar cuenta, los honorarios del Tribunal Arbitral, de la Secretaría Arbitral, del abogado defensor del Demandante, correspondiendo al Consultor de Obra, en consecuencia, asumir el 67% de los costos y costas derivados del presente arbitraje.

Por lo expuesto, el resolutivo quedaría señalado de la siguiente manera:

**POR TANTO, SE RESUELVE:**

**PRIMERO:** DELCARAR INFUNDADA la Primera Pretensión de la Demanda, por los argumentos esgrimidos en la parte considerativa del presente laudo, debiendo precisarse que la Entidad reconoce en su Liquidación Final, por los servicios de supervisión derivados del laudo arbitral, la suma de S/. 974,686.70.

**SEGUNDO:** DECLARAR INFUNDADA la Segunda Pretensión Principal de la Demanda; por los argumentos esgrimidos en la parte considerativa del presente laudo, y considerando que la demandante NO ha cumplido con acreditar fehacientemente los gastos generales derivados de los 22 días de ampliación de plazo.

**TERCERO:** DECLARAR FUNDADA la Tercera Pretensión Principal de la Demanda; en consecuencia, se deja sin efecto las penalidades aplicadas por “incumplimiento en revisar correctamente los planos de replanteo”, debiendo la Entidad cumplir con devolver al Contratista la suma ascendente a S/. 791,475.39 (Setecientos Noventa y Un Mil Cuatrocientos Setenta y Cinco con 39/199 soles).

**CUARTO:** DECLARAR INFUNDADA la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda; en consecuencia, no corresponde declarar la invalidez formal de la Liquidación Final practicada por el MINISTERIO DE

SALUD, quedando firme la misma con las observaciones practicadas por el Contratista conforme a lo que se resuelve en el quinto punto resolutivo.

**QUINTO:** DECLARAR FUNDADA EN PARTE la Cuarta Pretensión Subordinada a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda; en consecuencia, queda firme la Liquidación practicada por la Entidad mediante Oficio N° 022-2017-DGIEM/MINSA con las siguientes observaciones formuladas por la Supervisión mediante cartas N° C006-2017-SVE/CSLS y C007-2017-SVE/CSLS; en consecuencia, forman parte de la Liquidación Final de Supervisión, los siguientes componentes:

- La suma ascendente a S/. 14,000.00 en favor de la Entidad por los costos derivados de la elaboración de la Liquidación del Contrato.

Del mismo modo, no formará parte de la Liquidación Final del Contrato de Supervisión, bajo responsabilidad, las siguientes partidas y/o conceptos:

- La suma ascendente a S/. 1'549,239.89 demandada en favor del Consultor de Obra por concepto de devolución del monto contractual reducido, más los intereses legales que correspondan desde el 9 de agosto de 2016.
- La suma ascendente a S/. 225,717.14 en favor del Consultor de Obra por concepto de pago de gastos generales por 22 días calendarios más los intereses legales que correspondan desde el 29 de agosto de 2015.
- La suma ascendente a S/. 791,475.39 por concepto de incumplimiento en revisar correctamente los planos de replanteo; en consecuencia, se deja sin efecto las penalidades aplicadas por dicho concepto.
- La suma ascendente a S/. 406,049.82 por concepto de demora en la entrega de valorizaciones; en consecuencia, se deja sin efecto las penalidades aplicadas por dicho concepto.

**SEXTO:** DECLARAR FUNDADA EN PARTE la Quinta Pretensión de la Demanda; en consecuencia, no corresponde ordenar al MINISTERIO DE SALUD asumir los costos derivados del mantenimiento de las Cartas Fianzas de Fiel Cumplimiento otorgadas por el CONSORCIO SUPERVISOR LIMAR SUR; no obstante, corresponde ordenar al MINISTERIO DE SALUD devuelva cuando el presente laudo haya quedado consentido, las Cartas Fianzas de Fiel Cumplimiento otorgadas por el CONSORCIO SUPERVISOR LIMA SUR.

**SÉTIMO:** DECLARAR INFUNDADA la Sexta Pretensión de la Demanda; en consecuencia, no corresponde ordenar al MINISTERIO DE SALUD indemnice por concepto de Lucro Cesante al CONSORCIO SUPERVISOR LIMA SUR.

**OCTAVO:** DECLARAR FUNDADA la Octava Pretensión de la Demanda; en consecuencia, corresponde ORDENAR al MINISTERIO DE SALUD otorgar Constancia de Prestación de Servicios en favor del CONSORCIO SUPERVISOR LIMA SUR.

**NOVENO:** ORDENAR al MINISTERIO DE SALUD asuma el 33% de los costos y costas irrogadas del presente proceso arbitral y al CONSORCIO SUPERVISOR LIMA SUR asuma el 67% de los mismos.

**DÉCIMO:** DISPÓNGASE la notificación a las partes del presente Laudo Arbitral, así como la publicación de este en el Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado – SEACE, de conformidad con la regla 48 del Acta de Instalación.



JUAN JASHIM VALDIVIESO CERNA

Árbitro