

Arbitro Único

Marcia Porras Sánchez

**Cargo de Notificación**

**Destinatario** : **PROCURADURIA PUBLICA DEL MINISTERIO DE SALUD**

**Domicilio Procesal** : **Av. Arequipa N° 810, Piso 9 – Cercado de Lima**

**Demandante** : **MODAS MARLENCH EIRL**

**Demandado** : **DIRECCION DE RED DE SALUD LIMA CIUDAD**

**Resolución** : **13**

---

En la fecha, en el domicilio del Demandado Dirección de Red de Salud Lima Ciudad, se procede a notificar lo siguiente:

- Transcripción de la Resolución N° 13 de fecha 06 de noviembre del 2018, contenido el Laudo Arbitral de Derecho a fojas 25, firmada por la Arbitro Única Dra. Marcia Mercedes Porras Sánchez.

  
**Ricardo Gálvez Ñañez**  
**Secretario Arbitral**



LAUDO ARBITRAL

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR MODAS  
MARLENCH E.I.R.L Y DIRECCION DE RED DE SALUD LIMA CIUDAD

---

**DEMANDANTE:**

MODAS MARLENCH E.I.R.L (en adelante, EL CONTRATISTA - MODAS MARLENCH E.I.R.L o  
EL DEMANDANTE)

**DEMANDADO:**

DIRECCION DE RED DE SALUD LIMA CIUDAD (en adelante, LA ENTIDAD - DIRECCION DE RED  
DE SALUD LIMA CIUDAD o EL DEMANDADO)

**ÁRBITRA ÚNICA:**

Dra. MARCIA PORRAS SÁNCHEZ

**SECRETARIO ARBITRAL:**

Dr. Ricardo Gálvez Ñañez

**IDIOMA DEL ARBITRAJE:**

El idioma aplicable es el castellano.

**CLASE DE ARBITRAJE:**

Arbitraje Ad-Hoc, Nacional y de Derecho.

---

## RESOLUCIÓN Nº 13

Lima, 06 de noviembre de 2018

### I. INSTALACIÓN DE TRIBUNAL ARBITRAL AD HOC

Con fecha 11 de setiembre de 2017 se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Árbitra Única en las instalaciones de la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, en donde se reunieron la abogada Marcia Porras Sánchez, en su calidad de Árbitra Única, la abogada Karla Yessenia Madueño Hilario, en calidad de Representante de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales del OSCE; conjuntamente con los representantes del Contratista y de la Entidad.

### II. NORMATIVIDAD APLICABLE AL PROCESO ARBITRAL

Según quedó establecido en el Acta de Instalación de Árbitra Única, el presente procedimiento se regirá por las normas aplicables, de acuerdo a lo establecido en el numeral 45.3 del artículo 45 de la Ley Nº 30225, Ley de Contrataciones del Estado, manteniendo el siguiente orden de prelación en la aplicación del derecho: 1) La Constitución Política del Perú, 2) La Ley de Contrataciones del Estado, 3) El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 4) Las normas de derecho público y 5) Las de derecho privado. Supletoriamente regirán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo Nº 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, siempre que no se oponga a lo establecido en la Ley el Reglamento.

### III. POSTULACION AL PROCESO ARBITRAL

#### DEMANDA ARBITRAL DE LA DEMANDA PRESENTADA POR EL CONTRATISTA:

Mediante escritos presentados con fecha 25.09.2017 y 26.09.2017 el Contratista presenta Demanda Arbitral y "Subsanación y modificación" de demanda arbitral, respectivamente, notificados a la Entidad con fecha 11.10.2017; conteniendo los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan sus pretensiones.

#### SUBSANACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LA DEMANDA:

Con el escrito presentado el 26.09.2017, el Contratista subsana y modifica su demanda, respecto a los fundamentos de hecho y de derecho respecto de sus pretensiones principales primera y segunda. Asimismo, subsana el medio probatorio ofrecido como Anexo 1 G y ofrece nuevos medios probatorios.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR LA ENTIDAD:**

Mediante escrito presentado con fecha 25.10.2017, la Entidad presenta su escrito de Contestación de Demanda Arbitral. Asimismo, deduce Excepción de Caducidad, señalando los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan su posición.

### **CONTESTACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD**

El Contratista, mediante su escrito presentado el 04.04.2018, absuelve la Excepción de Caducidad deducida por la Entidad.

### **III. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS**

Que, mediante la Resolución N° 07 de fecha 17.04.2018, se resuelve determinar los puntos controvertidos del presente proceso arbitral y se prescinde de la Audiencia de Conciliación y Determinación de puntos Controvertidos.

Los puntos controvertidos y excepciones son los siguientes:

#### **EXCEPCIÓN:**

La DIRECCION DE RED DE SALUD LIMA CIUDAD, dedujo la Excepción de Caducidad, la cual será resuelta al momento de laudar.

#### **1. PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

Determinar si corresponde o no que se ordene a la DIRECCIÓN DE SALUD LIMA CIUDAD que pague la suma de S/ 186,206.67 (Ciento ochenta y seis mil doscientos seis con 67/100 soles) a favor de MODAS MARLENCH E.I.R.L como contraprestación faltante por la ejecución del Contrato N° 35-2016-OA-DRS-LC, más los intereses legales hasta la fecha de pago.

#### **2. SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

Determinar si corresponde o no que la DIRECCIÓN DE SALUD LIMA CIUDAD cumpla con indemnizar a la Demandante, por la suma de S/ 50,000.00 (Cincuenta mil y 00/100 soles) por el daño moral ocasionado.

#### **3. TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

Determinar si corresponde o no que la Árbitra Única condene a la DIRECCIÓN DE SALUD LIMA CIUDAD el pago total de los honorarios arbitrales y de la Secretaría Arbitral, y los honorarios del asesor legal.

### **ADMISIÓN DE PRUEBAS**

(1) **MODAS MARLENCH E.I.R.L**

**DE LA DEMANDA**

Se admiten los medios probatorios del Contratista ofrecidos en su escrito de Demanda Arbitral, señalados en SEGUNDO OTROSI DECIMOS, identificados del 1-A al 1-G, señalados a continuación:

- 1-A. Copia de nuestro RUC
- 1-B. Copia del DNI del representante legal de nuestra empresa
- 1-C. Copia N° 35-2016-OA-DRS-LC suscrito el 16 de Agosto del 2016
- 1-D. Copia de la Adenda 001 del 12 de Septiembre de 2016.
- 1-E. Copia de la Carta N°097-MODASMARLENCH-2016
- 1-F. Copia de la Carta N°016-OA-DRS-LC del 25.11.2016
- 1-G. Guía de Remisión – Remitente N°008144

**DE LA SUBSANACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LA DEMANDA**

Asimismo, se admiten los medios probatorios ofrecidos en su escrito de Subsanación y Modificación de Demanda, señalados en el SEGUNDO OTROSI DECIMOS, identificados del 2-A al 2-C, que se detallan a continuación:

- 2-A. Copia de la Factura N° 004943 emitida con fecha 27 de Enero de 2017 en relación a la entrega de la mercadería objeto del Contrato en su totalidad.
- 2-B. Copia del Estado de Cuenta de nuestra empresa en el Banco de Crédito del Perú en relación a los pagos efectuados por la parte demandada el 27 de Enero de 2017 respecto del Contrato.
- 2-C. Copia del Estado de Cuenta de nuestra empresa en el Banco Scotiabank en relación al pago efectuado por la parte demandada el 27 de Enero de 2017 respecto del Contrato.

**DE LA ABSOLUCIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD Y DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Se admiten, los medios probatorios ofrecidos en su escrito de fecha 04.04.2017, señalados en su SEGUNDO OTROSI DIGO, identificados del 3-A al 3-D, señalados a continuación:

- 3-A. Copia del Cheque del Banco la Nación N° 99411934 5 018 0068344387 73 del 20 de enero de 2017 el cual nos fue entregado el 27 de enero de 2017 (Ver fecha de cancelación de factura N° 004943)

- 3-B. Copia de la Factura N° 004943 indica como fecha cancelación que adjuntamos en copia,
- 3-C. Copia de la Solicitud de Conciliación Extrajudicial el 08 de marzo de 2017
- 3-D. Copia del Acta de Conciliación N° 119-2017 por Falta de Acuerdo entre las partes de fecha 10 de abril de 2017.

## **(2) DIRECCION DE RED DE SALUD LIMA CIUDAD**

### **DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Se admiten los medios probatorios ofrecidos por la Entidad, señalando se tenga en cuenta el mérito de los mismos medios probatorios ofrecidos por el Contratista en su escrito de demanda arbitral. Asimismo, ofrece los siguientes medios probatorios:

- 1) Acta de Conformidad de Uniformes Institucionales de fecha 27 de diciembre de 2016
- 2) Informe de Liquidación N° 50-2016-RSLC

### **DE EXCEPCIÓN DEDUCIDA**

Se admiten los medios probatorios ofrecidos para la excepción deducida:

- Solicitud de Conciliación presentada ante el Centro de Conciliación “Resolvamos tu conflicto” (Exp. N° 80-2017)
- Estado de Cuenta presentado en la demanda que advierte que el pago se realizó el 27 de enero de 2017.

## **IV. ALEGATOS**

Mediante Resolución N° 08 de fecha 16.05.2018, la Árbitra Única otorgó el plazo de cinco (5) días hábiles a ambas partes a fin de que presenten sus alegatos escritos.

Con escritos de fecha 25.05.2018, el Contratista y la Entidad cumplen con presentar sus alegatos escritos y a su vez solicitan informar oralmente.

## **V. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES**

Con la Resolución N° 10 de fecha 22.06.2018, la Árbitra Única citó a las partes a Audiencia de Informes Orales con la finalidad de que expliquen y sustenten sus respectivas pretensiones planteadas en la demanda y su posición respecto de las de la

contraria, así como su relación con cada una de las pruebas ofrecidas y admitidas en el presente arbitraje.

Con fecha 02.07.2018, se llevó a cabo la Audiencia antes citada, con la presencia del representante del Contratista y de la Entidad, suscribiéndose el Acta respectiva.

## **VI. CIERRE DE LA INSTRUCCIÓN Y PLAZO PARA LAUDAR**

La Árbitra Única mediante Resolución N° 11 de fecha 13.08.2018 declaró por concluida la etapa de instrucción y acordó fijar en treinta (30) días hábiles el plazo para laudar. Asimismo, mediante Resolución N° 12 de fecha 17.09.2018, la Árbitra Única amplió el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales.

## **VII. VALORACIÓN, FUNDAMENTACIÓN Y DECISIÓN RESPECTO DE LAS EXCEPCIONES Y PRETENSIONES**

La Entidad dedujo la excepción de caducidad, la cual será resuelta por la Árbitra Única de la siguiente manera:

### **EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD:**

Respecto a la excepción que ocupa al presente proceso arbitral, la Entidad dedujo la excepción de caducidad, para lo cual debemos hacer un análisis respecto a la naturaleza jurídica de dicha institución.

#### **1. Naturaleza Jurídica de las Excepciones**

Ni la Ley de Contrataciones del Estado ni su Reglamento desarrollan la naturaleza jurídica de la excepción de caducidad, solo la describen como un mecanismo sujeto al transcurso del tiempo; vencido el mismo, sin que las partes hayan sometido la controversia a conciliación y/o arbitraje, se tiene por consentida la actuación objeto de discrepancia. En este sentido, en aplicación del numeral 45.3 del artículo 45 y la primera disposición complementaria final de la Ley de Contrataciones del Estado, concordante con la primera disposición complementaria final de su Reglamento, veamos la naturaleza de las excepciones dentro del ámbito del derecho privado:

El Código Procesal Civil define las excepciones como mecanismos o instrumentos saneadores del proceso para evitar litigios inútiles, como medios de defensa que cuestionan al aspecto formal o el aspecto de fondo del proceso, y como un instituto que puede dar lugar a la terminación del proceso sin llegar a la sentencia.

En conclusión, la excepción es la *"afirmación de hechos tendientes a destruir la razón de la pretensión del actor"*<sup>1</sup>; un mecanismo de defensa que ejerce el demandando al oponerse a la demanda del actor, cuestionando el aspecto formal del proceso en el que se hace valer las pretensiones, es decir, impugnando la regularidad del procedimiento llevado a cabo, y también cuestionando el fondo de la pretensión procesal, o desconociendo el derecho de que de ellos el actor pretende demandar.

El Código Procesal Civil, establece, en el artículo 446, las excepciones, que pueden ser clasificadas como Dilatorias y Perentorias.

- a) **Excepciones Dilatorias**, la naturaleza jurídica de este mecanismo de defensa de forma, radica en la corrección de posibles vicios o errores incurridos en la demanda, que deben ser resueltas antes de conocer el fondo del asunto, para lo cual el plazo de subsanar el error incurrido una vez vencido, deviene en una nulidad del proceso.
- b) **Excepciones Perentorias**, la naturaleza jurídica de este mecanismo de defensa de forma que advierte un error insubsanable, lo que origina que concluya el proceso, de manera tal que la pretensión pierde toda posibilidad de volver a proponerse eficazmente, es decir versan sobre el derecho y no sobre el proceso.

Nuestro Código Procesal Civil en el artículo 451 inciso 5 señala:

*"Una vez consentido o ejecutoriado el auto que declara fundada alguna de las excepciones enumeradas en el Artículo 446, el cuaderno de excepciones se agrega al principal y produce efectos siguientes: (...)*

*5. Anular lo actuado y dar por concluido el proceso, si se trata de las excepciones de incompetencia, representación insuficiente del demandado, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva o convenio arbitral." (el énfasis es nuestro)*

## 2. Naturaleza Jurídica de la Caducidad

Esta institución jurídica está regulada en los artículos 2003 al 2007 del Código Civil. Según lo establecido en el Código Civil, la caducidad tiene por efecto extinguir un derecho y la acción relacionada con el mismo. De esta manera, esta institución busca mantener la seguridad jurídica velando por el interés colectivo y cuidando que los intereses individuales no perjudiquen a los colectivos. Es por esto que en el artículo 2004 del Código Civil se ha establecido el principio de legalidad en relación con los plazos de caducidad, con la finalidad de que no se realice un uso abusivo de la misma. Este artículo establece lo siguiente:

---

<sup>1</sup> Carnelutti, F.

*“Artículo 2004: Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto en contrario.”*

### 3. Naturaleza de la Excepción de Caducidad en el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado:

El numeral 45.2 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado establece que:

*“45.2 Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.*

*En supuestos diferentes a los mencionados en el párrafo anterior, los medios de solución de controversias previstos en este artículo deben ser iniciados por la parte interesada en cualquier momento anterior a la fecha del pago final.*

*Luego del pago final, las controversias solo pueden estar referidas a vicios ocultos en bienes, servicios u obras y a las obligaciones previstas en el contrato que deban cumplirse con posterioridad al pago final. En estos casos, el medio de solución de controversias se debe iniciar dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.*

*En los casos en que, de acuerdo al numeral anterior, resulte de aplicación la Junta de Resolución de Disputas, pueden ser sometidas a esta todas las controversias que surjan durante la ejecución de la obra hasta la recepción total de la misma. Las decisiones emitidas por la Junta de Resolución de Disputas solo pueden ser sometidas a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de recibida la obra. Las controversias que surjan con posterioridad a dicha recepción pueden ser sometidas directamente a arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.*

**Todos los plazos antes señalados son de caducidad.** (el énfasis es nuestro)

Como puede advertirse, la normativa glosada establece diferentes **plazos de caducidad** para someter las discrepancias a conciliación y/o arbitraje, dependiendo de que se trate de controversias de carácter general o específico. El pago no figura dentro de las controversias específicas, por lo que, de acuerdo a la norma citada, los medios de solución de controversia, en este caso, conciliación o arbitraje, deben ser iniciados en cualquier momento antes de la fecha del pago final. Es el caso que la controversia está referida al pago final: para el Contratista, el pago final no fue abonado de manera completa, por lo que, según alega, quedaría pendiente un saldo por cancelar para que recién se pueda considerar que existe una fecha de pago final. En otras palabras, para el Contratista, en contraposición a lo que alega la Entidad, el pago final no se ha realizado pues queda un saldo pendiente por cancelar.

En concordancia con lo señalado en la Ley de Contrataciones del Estado, la cláusula décimo sexta del Contrato N° 35-2016-OA-DRS-LC, de fecha 16.08.2016, señala que *“Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver las controversias que se presenten dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122°, 137°, 140°, 143°, 146°, 147° y 149° del Reglamento o, en su defecto, el inciso 45.2 del artículo 45° de la Ley de Contrataciones del Estado.”*

### 4. Plazo de Caducidad para someter a controversia el pago.

De acuerdo al Contrato N° 35-2016-OA-DRS-LC, de fecha 16.08.2016, y su adenda, de fecha 12.09.2016, el objeto del contrato es la adquisición de uniformes institucionales para damas y caballeros (cláusula segunda) De otro lado, en la cláusula quinta del contrato, sobre el plazo de ejecución contractual, se señala que *“Los bienes materia del presente contrato se entregarán en forma única y total”*. En la cláusula tercera del Contrato se establece que el monto total del contrato asciende a S/ 2'234,480.00.

Asimismo, en la cláusula cuarta del contrato, se especifica que la Entidad se obliga a pagar la contraprestación al Contratista, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente:

**“CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO**

*La ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en Soles, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 149° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y las bases del procedimiento de selección, según el siguiente detalle:*

- *Recepción del almacén central en coordinación con Bienestar social del personal.*
- *Informe del coordinador de bienestar social de personal con el visto bueno del funcionario responsable de la Unidad de Recursos Humanos emitiendo su conformidad de la prestación efectuada.*
- *Comprobante de pago*
- *Guía de remisión*

*Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser estos recibidos.*

*LA ENTIDAD debe efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendarios siguientes al otorgamiento de la conformidad respectiva, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el contrato.*

*LA ENTIDAD abonará la contraprestación económica a favor de EL CONTRATISTA en el Código de Cuenta Interbancario (CCI) N/ 002-93-000813549065-17 del Banco de Crédito del Perú – BCP, según Carta de Autorización para el pago con Abono en Cuenta Interbancaria.*

*En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 39° de la Ley de contrataciones y en el artículo 149° de su reglamento, contado desde la oportunidad en el que el pago debió efectuarse.”*

Como se puede apreciar, estamos ante un Contrato con una única prestación (contrato de ejecución única) cuya contraprestación (pago) se realiza luego de la recepción formal y completa de la documentación respectiva y, obviamente, después de recepcionados los bienes objeto del contrato.

Ha quedado establecido, de acuerdo a lo informado por las partes y los documentos ofrecidos como medios probatorios, que la Entidad efectuó un pago de S/ 2'011,032.00. De acuerdo al Contratista, se ha realizado un descuento indebido de S/ 186,206.67 ya que sólo reconoce como descuento válido la cantidad de S/ 37,241.33, por el concepto de penalidad por mora.

**5. Solicitud de Conciliación y posterior solicitud de Arbitraje**

El Contratista presentó la solicitud de conciliación ante el Centro de Conciliación "Resolvamos tu Conflicto", con fecha 07.03.2017 mediante la que requiere a la Entidad que cumpla con efectuar el pago de S/ 186,206.67 a su favor, como contraprestación faltante por la ejecución del Contrato N° 35-2016-OA-DRS-LC.

Con fecha 10.04.2017 se emite el Acta de Conciliación N° 119-2017, por falta de acuerdo entre las partes, en la que se señala que habiéndose llevado a cabo la Audiencia de Conciliación e incentivado a las partes a buscar soluciones para ambas, lamentablemente no llegaron a adoptar acuerdo alguno, por lo que se da por finalizada la Audiencia y el procedimiento de conciliación.

Posteriormente, con fecha 22.05.2017, el Contratista notifica a la Entidad la solicitud del presente arbitraje.

Como se ha indicado en el punto 3 del presente acápite, el pago no figura dentro de las controversias específicas contempladas en la Ley de Contrataciones del Estado, por lo que, de acuerdo dicha norma, la conciliación o arbitraje deben ser iniciados en cualquier momento antes de la fecha del pago final. Tanto en la conciliación y el arbitraje promovidos por el Contratista, se pretende que la Entidad cumpla con la contraprestación faltante (pago) correspondiente al Contrato N° 35-2016-OA-DRS-LC, de fecha 16.08.2016.

Por lo tanto, al no haberse efectuado el pago total correspondiente a la contraprestación a cargo de la Entidad, el plazo de caducidad señalado en la Ley de Contrataciones del Estado para someter dicha controversia a arbitraje no ha vencido, por lo que la Árbitro Única debe declarar **INFUNDADA** la excepción de caducidad planteada por la Entidad.

#### **PUNTOS CONTROVERTIDOS:**

##### ***PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:***

*Determinar si corresponde o no que se ordene a la DIRECCIÓN DE SALUD LIMA CIUDAD que pague la suma de S/ 186,206.67 (Ciento ochenta y seis mil doscientos seis con 67/100 soles) a favor de MODAS MARLENCH E.I.R.L como contraprestación faltante por la ejecución del Contrato N° 35-2016-OA-DRS-LC, más los intereses legales hasta la fecha de pago.*

##### **POSICIÓN DEL CONTRATISTA**

En su demanda, presentada mediante escrito de fecha 25.09.2017, el Contratista fundamenta su primera pretensión de la siguiente manera:

##### **"FUNDAMENTACION DE HECHO Y DE DERECHO DE LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL DEMANDADA**

**II.1. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO DE NUESTRA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL**

Con fecha 16 de Agosto de 2016 ambas partes suscribimos el Contrato N° 35-2016-OA-DRS-LC suscrito el 16 de Agosto del 2016 modificado según Adenda 001 del 12 de Septiembre de 2016 para la "Adquisición de Uniformes Institucionales para caballeros" conforme al detalle indicado en la Cláusula Segunda del mismo.

La Cláusula Novena del mencionado Contrato N° 35-2016-OA-DRS-LC suscrito el 16 de Agosto del 2016 experimento una modificación mediante Adenda N° 001 de fecha 12 de Septiembre de 2016 en el sentido siguiente:

**CLAUSULA QUINTA: PLAZO DE EJECUCION CONTRACTUAL DEL CONTRATO.**

Los bienes materia del presente Contrato se entregaran en forma única y total. El plazo de ejecución del Contrato es un por periodo de 55 días calendario dentro de los cuales están incluidos las siguientes etapas:

12 días calendario para la toma de medidas, contados a partir de la firma del Contrato y que el Contratista reciba por parte de la Oficina de Administración de Recursos Humanos el listado final del personal que se tomara las medidas, y 43 días calendario para la entrega de los uniformes contados a partir del día siguiente de culminado el plazo para la toma de medidas (...)

En este sentido, en respuesta a nuestra Carta N°097-MODASMARLENCH-2016 (ANEXO 1-E) mediante Carta N°016-2016-OA-DRS-LC del 25.11.16 (ANEXO 1-F) LA Jefatura de la Oficina de Administración basándose en el Informe N° 138-2016-URRHH-DRS-LC RESOLVIO lo siguiente:

OTORGAR LA AMPLIACION DE PLAZO SOLICITADA POR LA EMPRESA MODAS MARLENCH EIRL POR UN PERIODO DE 17 DIAS CALENDARIO en los Ítems 1, 2, 3 y 4 que se computara desde el día siguiente del plazo vigente contractual (25 de Noviembre de 2016) ES DECIR HASTA EL 12 DE DICIEMBRE DE 2016; LA AMPLIACION DE PLAZO OTORGADA NO GENERA EL PAGO DE MAYORES GASTOS GENERALES HACIA SU REPRESENTADA.

Siendo así, la entrega de los bienes por nuestra parte se efectuó con fecha 27 de Diciembre de 2016 según sello de recepción de la Unidad de Logística estampado en la Guía de Remisión – Remitente N°008144 (ANEXO 1-G).

En este sentido, considerando la fecha indicada es claro e inobjetable que:

EL ATRASO EN LA EJECUCION DE LA PRESTACION ES UNICAMENTE DE 15 DIAS CALENDARIO

Al efectuar los cálculos correspondientes a las penalidades aplicables de acuerdo a la Cláusula Decimo Segunda del Contrato concluimos que la penalidad a descontarse asciende únicamente a S/. 37,241.33 sin embargo, la Entidad solo nos ha hecho un pago parcial ascendente a la suma de S/. 2,011,032.00 (Dos millones once mil con treinta y dos Soles), lo que implica que nos ha descontado indebidamente la suma de S/. 186,206.67 o sea debió pagarnos un total de S/. 2,197,238.67 que es la suma que precisamente reclamamos se nos pague en nuestra primera pretensión principal, monto que considerando que la entrega se realizó el 27 de Diciembre de 2016 debió de cancelarse el 21 de enero de 2017 fecha a partir de la cual se devengarán los intereses correspondientes cuyo pago reclamamos sean liquidados hasta la fecha efectiva de pago."

Asimismo, en su escrito de subsanación y modificación de la demanda, de fecha 26.09.2017, el Contratista sustenta la primera pretensión con los siguientes fundamentos:

**"Modificamos nuestra demanda respecto de los fundamentos de hecho y de derecho aclarando que fue mediante Carta N° 016-2016-OA-DRS-LC del 25 de Noviembre de 2016 (ANEXO 1-E de la demanda) que solicitamos una ampliación de plazo, invocando el Art. 140 del D.S. 350-2015-EF Reglamento de la Ley 30225 por atrasos y/o paralizaciones no imputables al Contratista, siendo respondida por la parte demandada mediante Carta N° 016-2016-OA-DRS-LC del 25.11.16 (ANEXO 1-F de la demanda) de la Jefatura de la Oficina de Administración que basándose en el Informe N° 138-2016-URRHH-DRS-LC resolvió: "OTORGAR LA AMPLIACION DE PLAZO SOLICITADA POR LA EMPRESA MODAS MARLENCH EIRL POR UN PERIODO DE 17 DÍAS CALENDARIO EN LOS ITEMS 01, 02, 03, 04 QUE SE COMPUTARA DESDE EL DÍA SIGUIENTE DEL PLAZO VIGENTE CONTRACTUAL (25 DE NOVIEMBRE DE 2016) ES DECIR HASTA EL 12 DE DICIEMBRE DE 2016; LA AMPLIACION DE PLAZO OTORGADA NO GENERA EL PAGO DE MAYORES GASTOS GENERALES HACIA SU REPRESENTADA"**

En este mismo sentido, **modificamos nuestra demanda respecto de los fundamentos de hecho y de derecho** aclarando que habiéndose ampliado el plazo del Contrato hasta el 12 de Diciembre de 2016 según Carta N° 016-2016-OA-DRS-LC y entregado los bienes el 27 de Diciembre de 2016 según sello de recepción estampado en la Guía de Remisión - Remitente N° 008144 los días de atraso en total son 15 días calendario, por tanto el sustento matemático de las penalidades a aplicarse de acuerdo a la Cláusula Décimo Segunda del Contrato, es el siguiente:


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

$$\text{Penalidad Diaria} = \frac{0.10 \times 2'234,480.00}{0.40 \times 15} \times \frac{223,448}{6} = 37,241.33$$

*F= 0.40 por que el plazo de ejecución de la prestación es de 45 días que es menor a*

**CONCLUSION LA PENALIDAD A DESCONTARSE ES IGUAL A SI.  
37,241.33 (TREINTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y UN  
00/100 SOLES)**

*60 días.*

*No obstante ello, es al efectuar el pago final la parte demandada que abusivamente nos paga la suma diminuta de S/. 2'011,032 según se comprueba con el mérito de la copia del Estado de Cuenta del Banco de Crédito del Perú - BCP y Scotiabank según los cuales recibimos de la parte demandada los siguientes pagos el 27 de Enero de 2017:*

*S/. 300,000.00 (Banco de Crédito del Perú)  
S/. 272,113.71 (Banco de Crédito del Perú)  
S/. 238,918.29 (Banco Scotiabank)*

---

**S/. 2'011,032.00 TOTAL**

*La suma que debía pagársenos sin penalidades descontando las penalidades por 15 días de atraso es igual a S/. 2'234,480.00 - 37,241.33 = S/. 2'197,238.67, no obstante ello, abusando de su posición dominante en el Contrato únicamente nos pagaron la diminuta suma de S/. 2'011,032.00, siendo la diferencia no pagada la siguiente:*

**Diferencia: SI. 2'197,238.67 – SI. 2'011,032.00 = SI.186,206.67**

*Por esta razón la suma cuyo pago reclamamos asciende al monto de S/.186,206.67 (Ciento ochenta y seis mil doscientos seis con 67/100 Soles)."*

**POSICION DE LA ENTIDAD**

**“Primer Pretensión:** Que, se ordene a la Dirección de Salud Lima Ciudad cumpla con pagar la suma de S/. 186,206.67 a favor de Modas Marlench E.I.R.L. por haberse descontado abusivamente por penalidad por mora, más intereses legales devengados desde el 21 de enero de 2017.

1) El demandante manifiesta que la Entidad le otorgó una ampliación de plazo que determinó que la fecha de entrega se postergue hasta el 12 de diciembre de 2016 y que al haber entregado los bienes el 27 de diciembre se debe computar una penalidad por atraso de 15 días calendario, por lo que haciendo el cálculo matemática conforme a la Cláusula Décimo Segunda del Contrato, se le debió descontar la suma de S/. 37,241.33, debiendo la Entidad reintegrarle la suma de S/. 186,206.67 más intereses legales.

Al respecto, advertimos que el cálculo efectuado por el demandante no es correcto, ya que no está considerando que la fórmula arroja un resultado de penalidad diaria y no de totalidad de la penalidad por los 15 días de retraso. Asimismo, no ha considerado que el plazo en días (plazo contractual) es de 55 días conforme a la cláusula quinta del contrato.

2) Así, la cláusula décimo segunda establece que en todos los casos la penalidad se calculará de acuerdo a la siguiente fórmula:

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

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

3) En ese sentido, el cálculo correcto por PENALIDAD DIARIA es el siguiente:

$$\frac{0.10 \times 2'234,480.00}{0.40 \times 55 \text{ días}} \quad \text{S/. } 10,156.73$$

Es decir, en este caso se calcula una penalidad **DIARIA** de S/. 10,156.73

4) En cuanto a los días descontados, se puede advertir del Acta de Conformidad de Uniformes Institucionales, que con fecha 27 de diciembre de 2016 se da la conformidad de la entrega total de uniformes, estableciendo que de acuerdo al Informe Técnico 138 de fecha 25 de noviembre de 2016 LA ENTREGA DE LOS UNIFORMES DEBIÓ REALIZARSE EL 25 DE NOVIEMBRE DE 2016. En atención a ello, en el Informe de Liquidación N° 50-2016-UL-RSLC se estableció que al

*haberse entregado los bienes el 27 de diciembre de 2017 existía un retraso cuyo cálculo sobrepasaba el 10% del monto contractual, por lo que, se estableció la penalidad máxima de S/. 223,448.00*

5) *Cabe indicar que el Acta de Conformidad no es materia de cuestionamiento, y es en base a este el documento que se emitió el Informe de Liquidación N° 50-2016-UL-RSLC y al cálculo de penalidades del 10% del monto del contrato.*

6) *En atención a lo expuesto, existiendo un acta de conformidad de uniformes institucionales firme y atendiendo que el pago no ha sido cuestionado dentro del plazo de caducidad establecido en el Reglamento, la pretensión de devolución de penalidades indebidamente impuestas es totalmente infundada.*

(...)

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

*Aparamos la presente Contestación de Demanda en lo establecido en lo establecido en los siguientes preceptos legales:*

- 1. El artículo 133° del Reglamento de la Ley de Contrataciones aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF que regula la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, el mismo que guarda concordancia con la cláusula décimo segunda del contrato.*
- 2. El artículo 149° del Reglamento de la Ley de Contrataciones aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF que regula el procedimiento de pago y la posibilidad de someter la controversia a conciliación y arbitraje dentro del plazo de caducidad."*

### **POSICION DE LA ÁRBITRA ÚNICA**

La controversia estipulada en el primer punto controvertido se refiere a la contraprestación que debe realizar la Entidad, es decir, el pago por las prestaciones ejecutadas a cargo del Contratista. El Contratista alega que el pago que realizó la Entidad no ha sido completo, quedando pendiente de cancelar un saldo de S/ 186,206.67 (contraprestación faltante)

El artículo 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado señala que la Entidad debe pagar las contraprestaciones al Contratista dentro de los 15 días calendario siguientes a la conformidad de la entrega de los bienes:

*\*Artículo 149.- Del pago*

*La Entidad debe pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los quince (15) días calendario siguiente a la conformidad de los bienes, servicios en general y consultorías, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello.*

*En caso de retraso en el pago, el contratista tiene derecho al pago de intereses legales, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.*

*Las controversias en relación a los pagos a cuenta o pago final pueden ser sometidas a conciliación y/o arbitraje."*

De acuerdo al "Acta de Conformidad de Uniformes Institucionales", el día 27.12.2016 la Entidad recepcionó 3,484 uniformes consistentes en: 1,742 uniformes de verano y 1,742 uniformes de invierno, dando conformidad a dicha entrega. El detalle de los uniformes recepcionados por la Entidad es el siguiente:

ITEM	Cantidad	Descripción
ITEM 1: Uniforme Institucional - Verano de Caballeros	570	Cada uniforme compuesto de: un saco, un pantalón y una camisa
ITEM 2: Uniforme Institucional - Invierno de Damas	1,172	Cada uniforme compuesto de: un saco, un chaleco, falda o pantalón y una blusa
ITEM 3: Uniforme Institucional - Verano de Caballeros	570	Cada uniforme compuesto de: un saco, un pantalón y una camisa
ITEM 4: Uniforme Institucional - Verano de Damas	1,172	Cada uniforme compuesto de: un saco, una falda o pantalón y una blusa
<b>Total</b>	<b>3,484</b>	

La entrega realizada por el Contratista en la fecha indicada, corresponde a la totalidad de la prestación a su cargo, de acuerdo a la cláusula segunda del Contrato.

Por lo tanto, de acuerdo a la cláusula quinta del Contrato, que señala que "La Entidad deberá efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendarios siguientes al otorgamiento de la conformidad respectiva, siempre que se verifiquen las demás condiciones establecidas en el Contrato", concordante con el artículo 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la Entidad tenía hasta el día 11.01.2017 para efectuar el pago.

El pago efectuado por la Entidad, como contraprestación a la ejecución del Contrato N° 35-2016-OA-DRS-LC, que como hemos señalado asciende a S/ 2'011,032.00, fue realizado el día 27.01.2017 (fuera de plazo), tal como se aprecia en el Estado de Cuenta Bancario presentado por el Contratista, según el siguiente detalle:

Entidad Bancaria	Pago Efectuado por la Entidad (S/)
Banco de Crédito del Perú	300,000.00
Banco de Crédito del Perú	300,000.00
Banco de Crédito del Perú	300,000.00
Banco de Crédito del Perú	300,000.00
Banco de Crédito del Perú	300,000.00
Banco de Crédito del Perú	272,113.71
Scotiabank	238,918.29
<b>Total</b>	<b>2,011,032.00</b>

Sin embargo, el Contratista alega que se ha efectuado una deducción del pago ascendente a S/ 186,206.67, por concepto de penalidad por mora, la cual es indebida. El detalle del monto total del contrato, el pago y las deducciones o descuentos realizados, se muestran en el siguiente cuadro:

Concepto	Monto (S/)
<b>Monto del Contrato (a)</b>	2,234,480.00
<b>Penalidad reconocida por el Contratista (b)</b>	37,241.33
<b>Pago de la Entidad (c)</b>	2,011,032.00
<b>Contraprestación Faltante (a) - (b) - (c)</b>	<b>186,206.67</b>

De acuerdo con lo señalado por el Contratista en su primera pretensión principal, la Entidad debió pagar el monto total del Contrato, ascendente a S/ 2'234,480.00 menos la penalidad por mora reconocida por el Contratista (S/ 37,241.33) lo que da como resultado el monto de S/ 2'197,238.67. Sin embargo, la Entidad efectuó un pago, como contraprestación del contrato, de S/ 2'011,032.00, cantidad menor a la que debía abonar, de acuerdo con el Contratista (la diferencia asciende a S/ 186,206.67)

El Contratista, en la primera pretensión estipulada en su demanda, señala que la Entidad ha *"(...) descontado abusivamente como penalidad por mora en la ejecución de la prestación la suma de S/ 186,206.67 (...)"*

Asimismo, en los fundamentos de su demanda señala que la penalidad por mora que corresponde que la Entidad le aplique asciende únicamente a S/ 37,241.33, haciendo el cálculo respectivo de la misma. Es decir, el Contratista cuestiona el cálculo de la penalidad aplicada por la Entidad, mostrando su disconformidad con dicho cálculo, pues a su entender, la penalidad aplicada es mayor a la que le corresponde realmente.

**Principio de Congruencia.**

El objeto o petitum lo constituye el derecho que el demandante alega en estricto dentro de la demanda, mientras que la causa petendi está referida a aquello que suscita el pedido, constituyendo los fundamentos de la demanda, esto es, la unidad fáctica jurídica en que se apoya la posición de las partes. A la Árbitro Única le asiste la facultad de calificar jurídicamente los hechos expuestos por las partes, prescindiendo de la calificación efectuada por ellas (Principio "Iura novit curia"), siempre que no implique la modificación o alteración del petitum y los fundamentos de hecho y de derecho con que aquellas propusieron su posición fáctica jurídica, caso contrario se afectaría el "principio de congruencia"<sup>2</sup>, es más, la Corte Suprema en su sentencia de Casación señala que la actuación de la prueba no se encuentra sujeta a discrecionalidad del Juez<sup>3</sup> (en este caso de la Árbitro Única), cuando no tienen vinculación directa con los puntos controvertidos (Petitum y Causa Petendi)

De acuerdo al artículo 183 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, cualquiera de las partes tiene derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente:

*\*Artículo 183.- Conciliación*

*Cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente.*

*Las Entidades deberán registrar las actas de conciliación con acuerdo total o parcial en el SEACE, dentro del plazo de diez (10) días hábiles de suscritas, bajo responsabilidad.*

*De ser necesario contar con una Resolución Autoritativa para arribar a un acuerdo conciliatorio, el procedimiento se puede suspender hasta por un plazo de treinta (30) días hábiles. Si ambas partes lo acuerdan, dicho plazo puede ser ampliado por treinta (30) días hábiles adicionales. Si vencidos los plazos antes señalados la Entidad no presenta la Resolución Autoritativa ante el Centro de Conciliación, se entenderá que no existe acuerdo y se concluirá el procedimiento conciliatorio."*

En la solicitud de Conciliación, presentada por el Contratista, de fecha 07.03.2017, señala como pretensión lo siguiente:

*\*PRETENSIÓN*

*Que, al amparo de la Ley N° 26872 de Conciliación y su Reglamento aprobado por D.S. 004-2005-JUS de conformidad con la Cláusula de Solución de Conflictos del Contrato N° 35-2016-OA-DRS-LC suscrito el 16.08.2016 modificado según ADENDA 001 del 12.09.2016 solicitamos que se invite al o los representantes de la DIRECCIÓN DE RED DE SALUD LIMA CIUDAD, por tanto los documentos de representación pertinentes, a fin de arribar a un acuerdo conciliatorio en virtud del cual cumpla con efectuar el pago de la suma de S/ 186.206.67 (CIENTO OCHENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS SEIS CON 67/100 SOLES) a favor de MODAS MARLENECH EIRL como contraprestación faltante por la ejecución del Contrato N° 35-2016-OA-RS-LC suscrito el 16.08.2016 modificado según ADENDA 001 del 12.09.2016." (el énfasis es nuestro)*

Como se puede apreciar, el Contratista, en su pretensión conciliatoria, no cuestiona el cálculo de la penalidad por mora realizado por la Entidad, únicamente solicita que la Entidad cumpla con el pago de la contraprestación faltante.

<sup>2</sup> Casaciones N° 1347-2015; 15462-2013; 1281-2014 etc).

<sup>3</sup> Exp N° 1747-2009-Corte Suprema – Casación.

Si bien es cierto que en la descripción de los “hechos que dieron lugar al conflicto” de su solicitud de conciliación, el Contratista se refiere al supuesto error de cálculo de la Entidad respecto a la penalidad por mora, no somete a Conciliación dicha discrepancia.

El procedimiento de Conciliación iniciado por el Contratista concluyó sin acuerdo entre las partes, según el Acta de Conciliación N° 119-2017, de fecha 10.04.2017.

De otro lado, el artículo 184 del citado Reglamento señala que de haberse seguido previamente un procedimiento de conciliación, las partes pueden someter a arbitraje las materias no conciliadas, para lo cual la norma otorga un nuevo plazo de caducidad:

***“Artículo 184.- Arbitraje***

*Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje dentro del plazo de caducidad correspondiente. El arbitraje es nacional y de derecho.*

*De haberse pactado en el convenio arbitral la realización de un arbitraje institucional, la institución arbitral debe encontrarse debidamente acreditada ante OSCE, correspondiendo a la parte interesada recurrir a la institución arbitral elegida en aplicación del respectivo reglamento arbitral institucional. De haberse pactado arbitraje ad hoc, la parte interesada debe remitir a la otra la solicitud de arbitraje por escrito.*

*En caso haberse seguido previamente un procedimiento de conciliación, sin acuerdo o con acuerdo parcial, el arbitraje respecto de las materias no conciliadas deberá iniciarse dentro del plazo de caducidad contemplado en el numeral 45.2 del artículo 45 de la Ley.*

*Si las partes han convenido que las controversias se sometan previamente a una Junta de Resolución de Disputas (JRD), el inicio del arbitraje y su plazo se rige por lo dispuesto en el artículo 213” (el énfasis es nuestro)*

Como se ha señalado, el cálculo de la penalidad por mora realizado por la Entidad no fue sometido a controversia por el Contratista en su solicitud de conciliación. Por lo tanto, al no haber sido materia de Conciliación los extremos de la penalidad aplicada, el cómputo de la caducidad corre únicamente para la controversia relacionada con el pago de la contraprestación, más no para la discrepancia relativa a la supuesta aplicación de la penalidad; la misma que no fuera objeto de sometimiento a Conciliación y/o Arbitraje en su oportunidad.

De acuerdo a lo señalado por el Contratista, la penalidad por mora le fue comunicada el 31.01.2017 con el documento denominado Informe de liquidación N° 50-2016-UL-RSLC, de fecha 30.12.2016. Señala el Contratista en su escrito presentado el 04.04.2018: *“En este caso, habiéndonos pagado el 27 de Enero de 2017 y la Liquidación del Contrato con fecha 31 de Enero de 2017 (justificación de pago diminuto) al no estar de acuerdo con este pago por considerarlo diminuto presentamos una Solicitud de Conciliación Extrajudicial (...)”*

Efectivamente, en el Informe de liquidación N° 50-2016-UL-RSLC la Entidad señala que se ha aplicado al Contratista una penalidad por mora de S/ 223,448.00, la cual fue

descontada del pago que correspondía hacerle como contraprestación por la ejecución del Contrato N° 35-2016-OA-DRS-LC.

Queda claro, entonces, que la penalidad por mora aplicada por la Entidad, ascendente a S/ 223,448.00 no fue sometida a controversia en la solicitud de Conciliación presentada por la Entidad y, por lo tanto, como hemos señalado, no corresponde un nuevo plazo de caducidad para dicha materia. En todo caso, el plazo de caducidad para someter a controversia la penalidad aplicada por la Entidad, habría vencido a la fecha de solicitud del presente arbitraje, teniendo en cuenta que la penalidad se comunicó el 31.01.2017 y el presente arbitraje se inició el 22.05.2017, después de más de 30 días hábiles.

Por lo tanto, definido previamente los alcances de la pretensión, vinculados a la pretensión sometida a conciliación y a la demanda arbitral y determinación de puntos controvertidos, en aplicación del principio de congruencia la Árbitro Única solo puede decidir respecto del Petitorio y Causa Petendi (El Pago de parte de la Contraprestación); es decir, al no haber sido sometida a los mecanismos de solución de controversias la aplicación de la penalidad por mora, por parte de la Contratista, ésta ha quedado consentida. En este sentido la Árbitro Única declara **INFUNDADA** esta primera pretensión.

***SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:***

***Determinar si corresponde o no que la DIRECCIÓN DE SALUD LIMA CIUDAD cumpla con indemnizar a la Demandante, por la suma de S/ 50,000.00 (Cincuenta mil y 00/100 soles) por el daño moral ocasionado.***

**POSICIÓN DEL CONTRATISTA (DEMANDANTE)**

*(...)*

**III. FUNDAMENTACION DE NUESTRA SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL**

*La decisión de la parte demandada de no pagarnos la suma de S/. 186,206.67 constituye una arbitrariedad y un ejercicio abusivo de derecho por su parte, por lo que solicitamos que se nos indemnice con la suma de S/. 50,000.00 por constituir la acción ejecutada por la parte demandada un ejercicio abusivo de derecho en directo detrimento de nuestra parte, en clara contravención del art. 103 de la Constitución Política de 1993 y asimismo en este mismo sentido nos reembolse los honorarios arbitrales y de la Secretaria Arbitral así como los honorarios de nuestro abogado patrocinante.*

*En efecto, pese a habérse nos otorgado una ampliación de plazo hasta el 12 de Diciembre de 2016 luego se nos paga una suma diminuta respecto de la ejecución del Contrato N°35-2016-OA-DRS-LC causándonos un perjuicio indebido.*

*En este caso el abuso de derecho se configura porque pese a ser notoriamente claro que se nos ha otorgado una ampliación de plazo la parte demandada, esta misma parte no tiene el menor reparo en abusar de su posición de dominio y pagamos arbitrariamente una suma diminuta sin base legal alguna, quedando expuesta nuestra parte al necesidad de recurrir a la vía arbitral para obtener el pago de la suma no pagada.*

*La figura del abuso de derecho se configura cuando una determinada situación jurídica un sujeto de derecho (en este caso la Dirección de Salud Lima Ciudad) ejerce su derecho en este caso a descontar penalidades pero excediéndose, extralimitándose de tal manera que causa daño a un interés que no estando jurídicamente tutelado pero que es merecedor de amparo y protección por tratarse de un interés valioso.*

*Es correcto afirmar que si una parte ha cumplido con su protección contractualmente la contraparte está obligada a cumplir recíprocamente con la que le corresponde (En este caso el pago íntegro de la contraprestación) sin embargo, cuando tal pago se realiza parcialmente o no se realiza, a sabiendas de la ilegitimidad e ilegalidad de tal actuación causando un perjuicio se configura lo que se conoce como el ejercicio abusivo de derechos.*

*La Constitución de 1993 señala claramente en su Artículo 103 que la Constitución "no ampara el abuso de derecho".*

*Al respecto desde una perspectiva muy ilustrativa el Tribunal Constitucional ha establecido en numerosas sentencias como es que se configura en ejercicio abusivo de derechos así en la la STC materia del Exp. 00037-2012-PA/TC-LIMA del 25 de Enero de 2012, Sesión de Pleno Jurisdiccional que se debe tener en cuenta dado su carácter vinculante ha señalado lo siguiente respecto a los supuestos de ejercicio abusivo de derechos (Ver pfo. Final):*

***"Sobre el particular debe recordar este Tribunal que la cláusula constitucional que proscribe el abuso de derecho aplicada al ámbito de los derechos fundamentales supone la prohibición de desnaturalizar las finalidades u objetivos que sustentan la existencia de cada atributo, facultad o libertad reconocida sobre las personas (Cfr. Sentencia recaída en el Exp. N°052-96-207-PA/TC, Fundamento 12) los derechos, pues, no pueden utilizarse de una forma ilegítima o abusiva como ocurre en el presente caso, en que la empresa Telefónica S.A.A. pretenda obtener un doble beneficio por una misma causa, lo que a todas luces resulta inconstitucional.***

*La parte demandada en este caso busca obtener un beneficio indebido e ilegal a sabiendas de tal ilegalidad y haciendo abuso de su facultad o atributo legal de*

*descontar penalidades incurriendo en ilegitimidad y abuso que la Constitución proscribe.*

*De otro lado, desde la perspectiva del daño moral debe tenerse en cuenta que indigna a la moral pública que una Entidad Estatal se comporte abusivamente en el en el ejercicio de su IUS IMPERIUM y proceda a efectuar contra toda razonabilidad y fuera del marco legal aplicable un pago legal diminuto habiendo transcurrido aprox. más de 09 meses de perpetrada tal acción dañosa.*

*Esta indignación va de la mano desde luego con el reprochable perjuicio psicológico que se nos causa y que se expresa en que finalmente como es que no se nos paga lo que nos corresponde a punto de ni siquiera avenirse a un acuerdo conciliatorio es decir mantener un postura inflexible y a rajatabla que realmente no puede ser tolerada como válida, dado que su carácter psicológicamente ofensivo a la moral pública.*

*Este sufrimiento injusto abusivo e indebido se nos debe indemnizar con la suma reclamada en nuestro petitorio y en justificación de su monto se nos efectuó un apreciación objetiva y equitativa por parte del Tribunal proporcionalmente razonable frente a al sufrimiento causado.*

*(...)"*

#### **POSICION DE LA ENTIDAD (DEMANDADO)**

*"(...)*

***Segunda Pretensión:** Que, se disponga que la entidad cumpla con el pago a favor de la demandante el monto ascendente hasta S/ 50,000.00 soles por concepto de indemnización de daños y perjuicios.*

*Sobre el particular, de la demanda se advierte que la pretensión indemnizatoria no solo se incumple los requisitos exigidos por ley, sino que el caudal probatorio presentado NO ACREDITA la cuantía solicitada; en ese sentido, la pretensión del actor debe desestimarse en atención a los fundamentos de la Casación N°99-99 del 16 de Junio de 1999 en la cual se señala lo siguiente:*

*"Tanto en la responsabilidad contractual como en la responsabilidad extracontractual, a fin de que se proceda a la indemnización por daños y perjuicios se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) el daño b) el dolo o culpa, salvo en los casos de responsabilidad objetiva y c) la relación de causalidad entre el hecho y el daño producido (...) y la legitimidad." Asimismo conviene recordar que conforme lo señala la doctrina contemporánea, en los supuestos de responsabilidad*

*civil contractual y extracontractual el daño producido para la primera es consecuencia del hecho generador en forma directa e inmediata; y para la segunda es la causa adecuada (nexo causal adecuado).*

*En este contexto debo señalar que en el presente caso NO SE HA ACREDITADO EL HECHO GENERADOR DEL DAÑO CON PRUEBA IDONEA RAZONABLE O ADECUADA que permita colegir la producción del daño presuntamente causado.*

*De conformidad con los fundamentos expuestos, resulta claro que no existe ningún daño producido por mi representada, correspondiendo por tanto que la demanda se declare Infundada en todos sus extremos, condenándose a ella expresamente el pago de las costas y costos arbitrales.*

*De conformidad con los fundamentos expuestos, solicito que la demanda interpuesta se declare Infundada en todos sus extremos, condenándose a la demandante el pago de las costas y costos del proceso, por ser de su entera responsabilidad el incumplimiento en que incurrió al no haber cumplido diligentemente con sus obligaciones contractuales.*

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

*Amparamos la presente Contestación de Demanda en lo establecido en lo establecido en los siguientes preceptos legales:*

- El artículo 133° del Reglamento de la Ley de Contrataciones aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF que regula la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, el mismo que guarda concordancia con la cláusula décimo segunda del contrato.*
- El artículo 149° del Reglamento de la Ley de Contrataciones aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF que regula el procedimiento de pago y la posibilidad de someter la controversia a conciliación y arbitraje dentro del plazo de caducidad.*

#### **POSICION DE LA ÁRBITRA ÚNICA**

*Señala el Contratista que "La decisión de la parte demandada de no pagarnos la suma de S/. 186,206.67 constituye una arbitrariedad y un ejercicio abusivo de derecho por su parte, por lo que solicitamos que se nos indemnice con la suma de S/. 50,000.00 (...)"*

*La segunda pretensión principal es una pretensión accesoria de la primera pretensión principal, la cual, como se ha sustentado, debe declararse infundada. Es decir, al no*

corresponder que la Entidad pague suma alguna a favor del Contratista, tampoco corresponde que se le indemnice.

Por lo tanto, la Árbitro Única debe declarar esta pretensión **IMPROCEDENTE**.

***TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:***

***Determinar si corresponde o no que la Árbitra Única condene a la DIRECCIÓN DE SALUD LIMA CIUDAD el pago total de los honorarios arbitrales y de la Secretaría Arbitral, y los honorarios del asesor legal.***

De acuerdo con la Ley de Arbitraje, los gastos arbitrales se imputan a la parte que hubiera sido vencida en el proceso arbitral. Asimismo, el artículo 412 del TUO del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria en el presente proceso arbitral, señala que la imposición de la condena en costas y costos no requiere ser demandada y es de cargo de la parte vencida. En este caso, la Árbitro Única considera que se configura tal situación debido a que el demandante no tuvo razones suficientes para solucionar la controversia vía este mecanismo alternativo; en ese sentido, consideramos que los indicados gastos deben ser cubiertos en su totalidad por el demandante, quien resulta ser la parte vencida.

Sin perjuicio de lo establecido en el párrafo precedente, de los actuados se advierte que la Árbitro Única, mediante Resolución N° 03 de fecha 14.12.2017 facultó al Contratista a fin que asumiera el pago de los honorarios de la Árbitro Única y de la Secretaría Arbitral, establecidos en el Acta de Instalación, que se encontraban a cargo de la Entidad, los cuales fueron cancelados por el demandante, tal como se aprecia en su escrito de fecha 04.04.2018 obrante en autos; en razón de lo cual no corresponde que el Contratista realice ningún reembolso en favor de la Entidad por dicho concepto.

Por lo tanto, esta Pretensión debe ser declarada **INFUNDADA** imputándose el pago de los honorarios arbitrales y de secretaría arbitral a MODAS MARLENGH EIRL

La Árbitra Única, luego de haber valorado en conjunto las pruebas y los fundamentos de la posición de cada una de las partes y con sujeción a la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento y normativa conexas;

**LAUDA:**

**PRIMERO:** Declarar **INFUNDADA** la Excepción de Caducidad deducida por la Entidad, por los fundamentos a que se contrae el presente laudo.

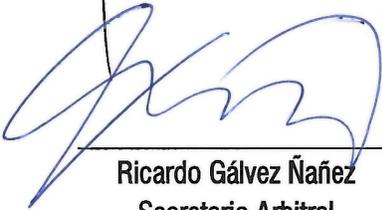
**SEGUNDO:** Declarar **INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

**TERCERO:** Declarar **IMPROCEDENTE** la Segunda Pretensión Principal, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral.

**CUARTO:** Declarar **INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal, por los fundamentos expuestos en la parte considerativa del presente Laudo Arbitral, correspondiendo que la parte vencida, MODAS MARLENCH EIRL asuma los honorarios arbitrales y gastos de secretaría arbitral en su totalidad.

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

  
MARCIA PORRAS SANCHEZ  
Árbitra Única

  
Ricardo Gálvez Ñañez  
Secretario Arbitral