



Secretarías Arbitrales

Expediente : I239-2017
Demandante : **CONSORCIO SUPERVISOR VITARTE**
Demandado : **MINISTERIO DE SALUD**

CÉDULA DE NOTIFICACIÓN N° 1132 - 2018

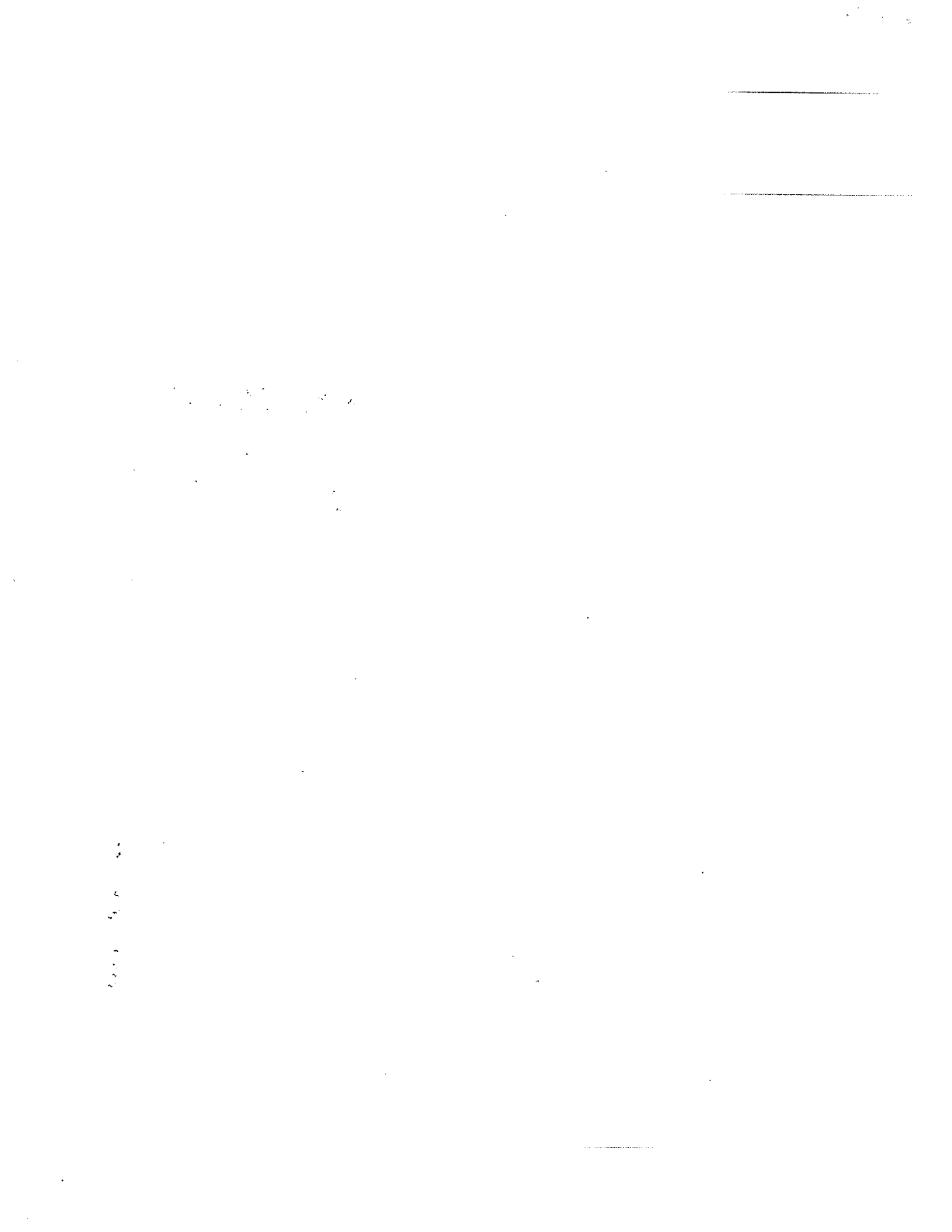
Destinatario : **PROCURADURIA PÚBLICA DEL MINISTERIO DE SALUD**
Dirección : Av. Arequipa N° 810, piso-9, Cercado, Provincia y Departamento de Lima.
Atención : **Procurador Público**

Por medio de la presente, le hago llegar un (01) ejemplar del Laudo Arbitral emitido con fecha 11 de diciembre de 2018, para los fines correspondientes.



Santiago de Surco, 12 de diciembre del 2018.


JOSÉ RODRIGO ROSALES RODRIGO
Secretario Arbitral
SEAR



Arbitraje de Derecho seguido entre

CONSORCIO SUPERVISOR VITARTE
(DEMANDANTE)

Y

MINISTERIO DE SALUD
(DEMANDADO)

LAUDO

TRIBUNAL ARBITRAL
HÉCTOR RICARDO AGUIRRE GARCÍA (PRESIDENTE DEL TRIBUNAL)
GIOCONDA MARIBEL CARDENAS OCAMPO (ARBITRO)
OSCAR ITALO QUIJANO CABALLERO (ARBITRO)

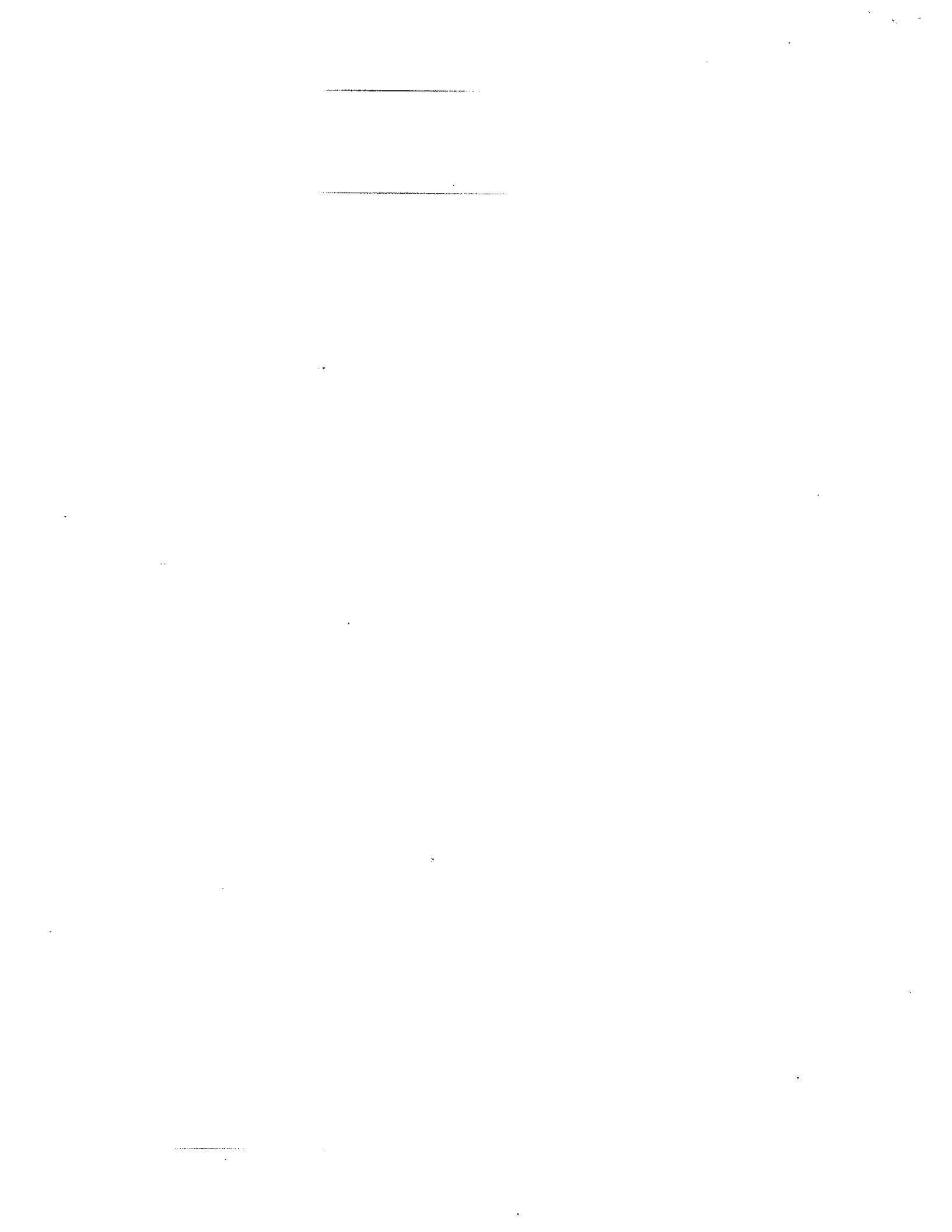
Fecha de emisión: 11 de diciembre de 2018

En representación del Demandante
Sra. María Esther Basurco Núñez de Freyre
Abog. Albertina del Rosario Chappa Vicuña

En representación del Demandado
Abog. Juan Carlos Bocanegra Herrera
Abog. Luis Valdez Pallette
Abog. Diana Merino Obregón

Secretario Arbitral
Abog. José Rodrigo Rosales Rodrigo





Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García
Gioconda Maribel Cárdenas Ocampo
Oscar Ítalo Quijano Caballero

RESOLUCIÓN N° 15

Lima, 11 de diciembre de 2018

VISTOS:

EXISTENCIA DE CONVENIO ARBITRAL

1. El Convenio Arbitral se encuentra incorporado de pleno derecho en la cláusula décimo octava del Contrato N° 193-2013-MINSA celebrado entre el MINISTERIO DE SALUD (en adelante la ENTIDAD) y el CONSORCIO SUPERVISOR VITARTE conformado por las empresas MOTLIMA CONSULTORES SA y CHUNG & TONG INGENIEROS SAC (en adelante el CONTRATISTA) de fecha **11 de julio de 2013**. El arbitraje, en aplicación del Reglamento de la Ley, será AD-HOC, NACIONAL Y DE DERECHO.

DESIGNACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

2. El CONSORCIO, en su solicitud de arbitraje de fecha **04 de octubre de 2016**, designó como árbitro de parte a la abogada Gioconda Maribel Cárdenas Ocampo. Posteriormente la ENTIDAD designó al señor abogado Oscar Ítalo Quijano Caballero como árbitro de parte.
3. Al no existir acuerdo entre los árbitros designados por las partes, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), mediante Resolución N° 053-2017-OSCE/ PRE de fecha **09 de febrero de 2017** designó como presidente del Tribunal Arbitral, al señor abogado Héctor Ricardo Aguirre García.

ANTECEDENTES DEL PRESENTE ARBITRAJE

4. Con fecha **11 de julio de 2013**, LA ENTIDAD celebró con el CONTRATISTA el Contrato N° 193-2013-MINSA, proveniente de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 023-2013-MINSA para la Contratación del Servicio de Consultoría de la Obra: Supervisión de la ejecución de la obra y de provisión e instalación del equipamiento del proyecto de inversión pública: "Fortalecimiento de la Atención de los Servicios de Emergencia y Especializados – Nuevo Hospital Lima Este Vitarte SNIP 57694" por un plazo de setecientos veinte (720)-días calendarios, por un monto contractual equivalente a S/ 7'975,000.00 (Siete Millones Novecientos Setenta y Cinco Mil con 00/100 Nuevos Soles), incluido IGV.
5. Con fecha **11 de setiembre de 2015**, la ENTIDAD, mediante Resolución Directoral N° 042-2015-DGIEM aprueba la ampliación de plazo parcial N° 19 por cincuenta (50) días calendarios adicionales presentados por el CONSORCIO EJECUTOR ATE y se aprueba al CONTRATISTA una ampliación de plazo por cincuenta (50) días al Contrato N° 193-2013-MINSA; teniendo como fecha de término del plazo contractual el día **26 de junio de 2016**.

100

100

100

100

100

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García
Gioconda Maribel Cárdenas Ocampo
Oscar Ítalo Quijano Caballero

6. Con fecha **04 de diciembre del 2015**, la ENTIDAD, mediante Resolución Directoral N° 053-2015-DGIEM aprueba la ampliación de plazo N° 05 por quince (15) días calendarios al CONSORCIO EJECUTOR ATE y el reconocimiento de mayores gastos generales por el monto de S/ 340,060.47 (Trescientos Cuarenta Mil Sesenta con 47/100 Nuevos Soles); conforme al Laudo Arbitral de fecha **02 de marzo de 2015**.
7. Con fecha **07 de diciembre del 2015**, la ENTIDAD, mediante Resolución Directoral N° 054-2015-DGIEM aprueba la ampliación de plazo N° 06 por cuarenta y seis (46) días calendarios al CONSORCIO EJECUTOR ATE y el reconocimiento de mayores gastos generales; conforme al Laudo Arbitral de fecha **02 de marzo de 2015**.
8. Con fecha **17 de diciembre del 2015**, el CONSORCIO EJECUTOR ATE remite al CONTRATISTA la Carta N° 165-2015-CEA en la que incluye la reprogramación de cronogramas; conforme a lo dispuesto en las Resoluciones Directorales N° 053-2015-DGIEM y N° 054-2015-DGIEM.
9. Con fecha **30 de diciembre de 2015**, el CONTRATISTA, mediante Carta N° 837-2015-CSV-FLB/JS comunicó al CONSORCIO EJECUTOR ATE que debía remitirse el detalle de cómo se habían elaborado las reprogramaciones de los cronogramas reprogramados por los Laudos de las ampliaciones de plazo N° 05 y N° 06. Asimismo, el CONTRATISTA solicitó el detallado de la elaboración del Programación Gantt reprogramado N° 10, Programación Pert-CPM reprogramado N° 10, Calendario valorizado reprogramado N° 10 y Calendario de Adquisición de Materiales reprogramado N° 10.
10. Con fecha **15 de enero de 2016**, la ENTIDAD, mediante Oficio N° 046-2016-DGIEM/MINSA informa al CONTRATISTA que debía realizarse la actualización del cronograma de ejecución de obra teniendo en cuenta lo establecido en el Laudo Arbitral del **02 de marzo de 2015** y las Resoluciones Directorales N° 053-2015-DGIEM y N° 054-2015-DGIEM; a fin de determinar su impacto en las ampliaciones de plazo N° 07 hasta la N° 21, y se establezca una nueva fecha de culminación de obra y la nueva fecha de término del plazo contractual total de la obra; conforme a lo recomendado por la ENTIDAD a través del Informe N° 018-2016-UO-DI-DGIEM/MINSA de fecha **11 de enero de 2016**.
11. Con fecha **01 de febrero de 2016**, el CONTRATISTA, mediante Carta N° 098-2016-CSV-FLB/JS comunico al CONSORCIO EJECUTOR ATE la negativa de anticipo de materiales (equipo) N° 13.
12. Con fecha **19 de febrero de 2016**, la ENTIDAD, mediante Carta N° 020-2016-DGIEM/MINSA requirió al CONSORCIO EJECUTOR ATE que cumpliera con presentar el Calendario de Avance de Obra Valorizado Actualizado.
13. Con fecha **23 de febrero de 2016**, el CONSORCIO EJECUTOR ATE, mediante Carta Notarial N° 033-2016-CEA, señaló a la ENTIDAD que sí había cumplido con presentar la modificación del cronograma, pero que fue el CONTRATISTA quien no remitió el cronograma presentado aduciendo que debía agregarse mayor detalle.
14. Con fecha **01 de marzo de 2016**, mediante Oficio N° 0267-2016-DGIEM/MINSA, la ENTIDAD solicitó al CONTRATISTA que presente la reprogramación de cronogramas, considerando las variaciones por efecto de la ejecución del laudo arbitral por las

2000 4 20

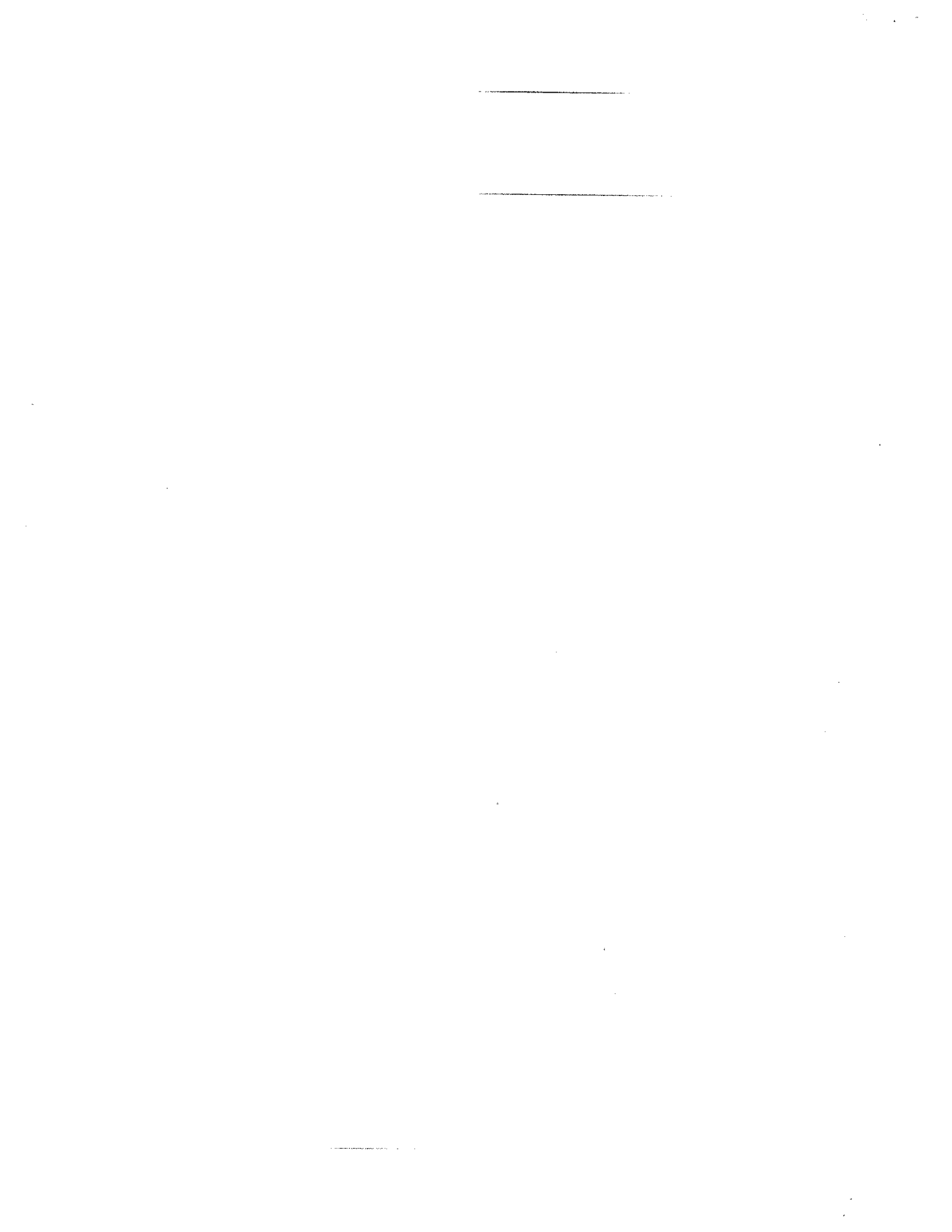
Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García
Gioconda Maribel Cárdenas Ocampo
Oscar Ítalo Quijano Caballero

ampliaciones de plazo N° 05 y N° 06; analizar sus efectos en las ampliaciones de plazo N° 07 a la N° 24, y se establezca nueva fecha de culminación de obra y nueva fecha de término del plazo contractual total de la obra.

15. Con fecha **09 de marzo de 2016**, el CONTRATISTA, mediante la Carta N° 197-2016-CVS-FBBLB/JS, cumple con remitir a la ENTIDAD el cronograma contractual reprogramado, indicando que solamente sirve para analizar las ampliaciones de plazo y para calcular los reajustes en las valorizaciones. Asimismo, recalca que la fecha de culminación de obra es el **13 de febrero de 2016** y la fecha de término del plazo contractual de la obra es el **11 de agosto de 2016** y no el **29 de agosto de 2016**, como fuera señalado por el CONSORCIO EJECUTOR ATE en su Carta N° 165-2015-CEA.
16. Con fecha **19 de agosto de 2016**, mediante Oficio N° 394-2016-OA-OGA/MINSA la ENTIDAD comunica al CONTRATISTA que ha incurrido en la penalidad máxima por no entregar, en el plazo de la ley, el informe de reprogramación del calendario presentado por el CONSORCIO EJECUTOR ATE. La ENTIDAD a través del Informe N° 2-2016-ASE-JACCH e Informe N° 254-2016-UO-DJ-DGIEM/MINSA identificó que el CONTRATISTA incurrió en setenta y cinco (75) días calendario de demora en la presentación del Cronograma de Avance de Obra reprogramado por las ampliaciones de plazo N° 05 y 06; correspondiéndole el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, ascendente a la suma de S/ 797,500.00 (Setecientos Noventa Siete Mil Quinientos con 00/100 Soles)
17. Con fecha **29 de agosto de 2016**, mediante Carta N° 033-2016-SHLEV el CONTRATISTA comunica a la ENTIDAD que la aplicación de la penalidad es arbitraria, debido a que la penalidad impuesta carecería de sustento legal o contractual, dado que no existe tipificación alguna para la penalidad aplicada y que no se evaluó el hecho de que el retraso en la entrega del informe se motivó en que el CONSORCIO EJECUTOR ATE no cumplió con remitir la información técnica solicitada respecto a la reprogramación del cronograma.
18. Con fecha **12 de setiembre de 2016**, la ENTIDAD remite el Oficio N° 1303-2016-DGIEM/MINSA al CONTRATISTA reiterando la aplicación de la penalidad sustentándola en el Informe N° 537-2016-UO-DI-DGIEM/MINSA de fecha **07 de setiembre de 2016** que admite las conclusiones del Informe N° 016-2016-JCCH-ALE de fecha **07 de setiembre de 2016**, donde se recomienda aplicar la penalidad al CONTRATISTA.
19. Con fecha **04 de octubre de 2016**, el CONTRATISTA comunica a la Procuraduría Pública de la ENTIDAD la solicitud de arbitraje.
20. Con fecha **05 de octubre de 2016**, el CONTRATISTA comunica a la ENTIDAD la solicitud de proceso arbitral que se trató de ingresar el **03 de octubre de 2016** por mesa de partes.
21. Con fecha **08 de mayo de 2017**, se realizó la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral Ad Hoc y en las cuales se fijaron las reglas del proceso arbitral

DESARROLLO DEL PRESENTE ARBITRAJE

ACTUACIONES ARBITRALES



Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García
Gioconda Maribel Cárdenas Ocampo
Oscar Ítalo Quijano Caballero

22. Con fecha **08 de mayo de 2017** se procedió a la Instalación del Tribunal Arbitral, tal como consta en el Acta de Audiencia de Instalación suscrita para tales efectos, estableciéndose las reglas procesales que regularían su correcta tramitación y otorgándose a el CONTRATISTA, un plazo de quince (15) días hábiles a fin que presente su demanda.
23. Con fecha **16 de junio de 2017**, el CONTRATISTA cumple con presentar su demanda arbitral, la misma que es admitida y puesta en conocimiento de la parte contraria a través de la Resolución N° 4 de fecha **14 de julio de 2017**.
24. Con fecha **22 de agosto de 2017**, la ENTIDAD cumple con contestar la demanda arbitral, la misma que fue puesta en conocimiento de la parte contraria a través de la Resolución N° 6 de fecha **25 de agosto de 2017**.
25. Con fecha **22 de enero de 2018**, se realiza la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, en la que se establecieron como puntos en controversia los siguientes:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no declarar la invalidez de la aplicación de la penalidad impuesta por la ENTIDAD que fuera comunicada al CONTRATISTA a través del Oficio N° 394-2016-OA-OGA/MINSA

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar a quién corresponde el pago de los costos del presente proceso arbitral.

26. Con fecha **08 de julio de 2018**, ante la falta de presentación de alegatos y del uso de la palabra en una Audiencia de Informes Orales, el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 10 procedió a comunicar a las partes el plazo para para laudar en treinta (30) días hábiles prorrogables por treinta (30) días hábiles adicionales.
27. Con fecha **20 de agosto de 2018**, mediante Resolución N° 12 el Tribunal Arbitral procedió a prorrogar el plazo para laudar, por treinta (30) días hábiles adicionales.
28. Con fecha **19 de septiembre de 2018**, mediante Resolución N° 13 el Tribunal Arbitral dispuso la suspensión de las actuaciones arbitrales por el plazo de veinte (20) días hábiles y los plazos que se encuentran en trámite dentro de los cuales se encuentra el plazo de emisión del Laudo Arbitral, debido a la falta de pago de la totalidad de los gastos arbitrales.
29. Con fecha **28 de noviembre de 2018**, la ENTIDAD cumplió con acreditar la cancelación de los honorarios arbitrales, por lo que se levanto la suspensión de las actuaciones arbitrales señalándose en la Resolución N° 14 que existen catorce (14) días hábiles para la emisión del plazo para laudar a partir del día hábil siguiente de notificada la referida Resolución.

CONSIDERACIONES A TOMAR EN CONSIDERACIÓN EN EL ANALISIS DEL PRESENTE PROCESO ARBITRAL

30. Que el Tribunal Arbitral, al momento de evaluar y resolver el presente caso, tiene en cuenta la prelación normativa dispuesta en la Ley de Contrataciones del Estado,

2020

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García
Gioconda Maribel Cárdenas Ocampo
Oscar Ítalo Quijano Caballero

aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 y sus modificatorias (en adelante La LCE) y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2018-EF (en adelante el RLCE).

31. Que, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes y producir certeza en el Juzgador respecto a los puntos controvertidos, de acuerdo a los principios generales de necesidad de la prueba, originalidad de la prueba, pertinencia y utilidad de la prueba, entre otros; por su parte, el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071 que regula el Arbitraje, otorga a los Árbitros, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas.
32. Que, todo el ordenamiento jurídico peruano, en lo que se refiere al cumplimiento de los contratos, establece que los contratos son obligatorios para las partes, en este sentido, lo prescribe el artículo 142° del RLCE.
33. Que, es preciso dejar claramente establecido que éste como todos los casos que se sustentan en un contrato debe ser resuelto con sujeción al principio de la autonomía de las partes que, en forma fundamental, inspira el derecho contractual, principio que ha sido recogido en el artículo 62° de nuestra Constitución Política, además de la Ley, dentro de los alcances que establece el artículo 1° de la LCE y al amparo de los Principios que rigen las contrataciones, consagrados en el artículo 4° de la citada ley, aplicable al presente caso.
34. Que, asimismo debe tenerse en cuenta lo dispuesto por los artículos 1352°, 1354° y 1356° del Código Civil que consagran el principio de la consensualidad, el principio de la libertad contractual y el carácter obligatorio de las disposiciones contractuales, respectivamente. Al respecto, el artículo 1361° del Código Civil declara como principio rector que *"los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos"* y el artículo 1362° del mismo cuerpo normativo prescribe que *"los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes"*.
35. Que, del mismo modo, debe tomarse en cuenta el artículo 1352° del Código acotado, que establece que *"los contratos se perfeccionan por el consentimiento de las partes, excepto aquellos casos que, además, deben observar la forma señalada por ley bajo sanción de nulidad"*; en igual sentido, el artículo 1373° del citado cuerpo normativo dispone que *"el contrato queda perfeccionado en el momento y lugar en que la aceptación es conocida por el oferente"*.
36. Todas estas disposiciones consagran el principio jurídico rector de la contratación (*"pacta sunt servanda"*), base del derecho obligacional y contractual que compromete a las partes a cumplir de buena fe las obligaciones pactadas de un contrato.
37. Los principios de fuerza obligatoria del contrato, buena fe y común intención de las partes sostienen que los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, presumiéndose legalmente que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes. En tal sentido, quien niega dicha coincidencia debe probarla.

1000 1000 1000

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García
Gioconda Maribel Cárdenas Ocampo
Oscar Ítalo Quijano Caballero

38. Que, conforme se ha indicado anteriormente, en materia de probanza todo aquel que alega un hecho debe de probarlo, sin perjuicio de que el Tribunal Arbitral pueda solicitar y actuar pruebas adicionales si considera que lo requiere. A tales efectos, el Tribunal Arbitral a lo largo del arbitraje ha analizado la posición de la demandante y del demandado, sus alegaciones y las pruebas que han aportado al presente proceso.
39. Que siendo ello así, corresponde al Tribunal Arbitral, establecer la secuencia lógica del presente Laudo mediante la exposición ordenada de su criterio respecto a cada una de las pretensiones postuladas, atendiendo no solo a la argumentación propuesta por las partes sino también analizando las pruebas ofrecidas y actuadas respecto a cada una de dichas pretensiones.
40. Debe tenerse en cuenta que el Tribunal Arbitral evalúa las pruebas aportadas al proceso para determinar, en base a su valoración conjunta, las consecuencias que para las partes se deriven de haber probado o no sus respectivas alegaciones de acuerdo a derecho.
41. Que, a los efectos de valorar las pruebas aportadas al presente proceso arbitral, que es uno de derecho, debe tenerse en cuenta, como ya se ha expresado, que la carga de la prueba corresponde a quien alega determinado hecho. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la prueba tiene por objeto que la parte interesada acredite ante el juzgador los hechos que invoca en la sustentación de su posición para crear certeza respecto de ellos. A este respecto, la doctrina señala que:

"La noción vulgar o corriente de probar la recoge y técnica la ley para que las partes interesadas en un litigio sepan a qué atenerse en cuanto al modo de hacerlo (...) probar es averiguar la verdad de una cosa, justificarla, hacerla presente (...).

Es obvio que haya diferencia entre la prueba social y la prueba jurídica, dadas las sanciones o consecuencias que el derecho establece si se da o no se da la prueba del hecho o del acto jurídico, verbigracia, la cosa juzgada, que socialmente no existe. En sentido legal la prueba no es una demostración cualquiera, sino a través de ciertos medios y procedimientos que la ley del proceso prescribe, permite o prohíbe, con mayor o menor severidad según los varios pueblos (...).

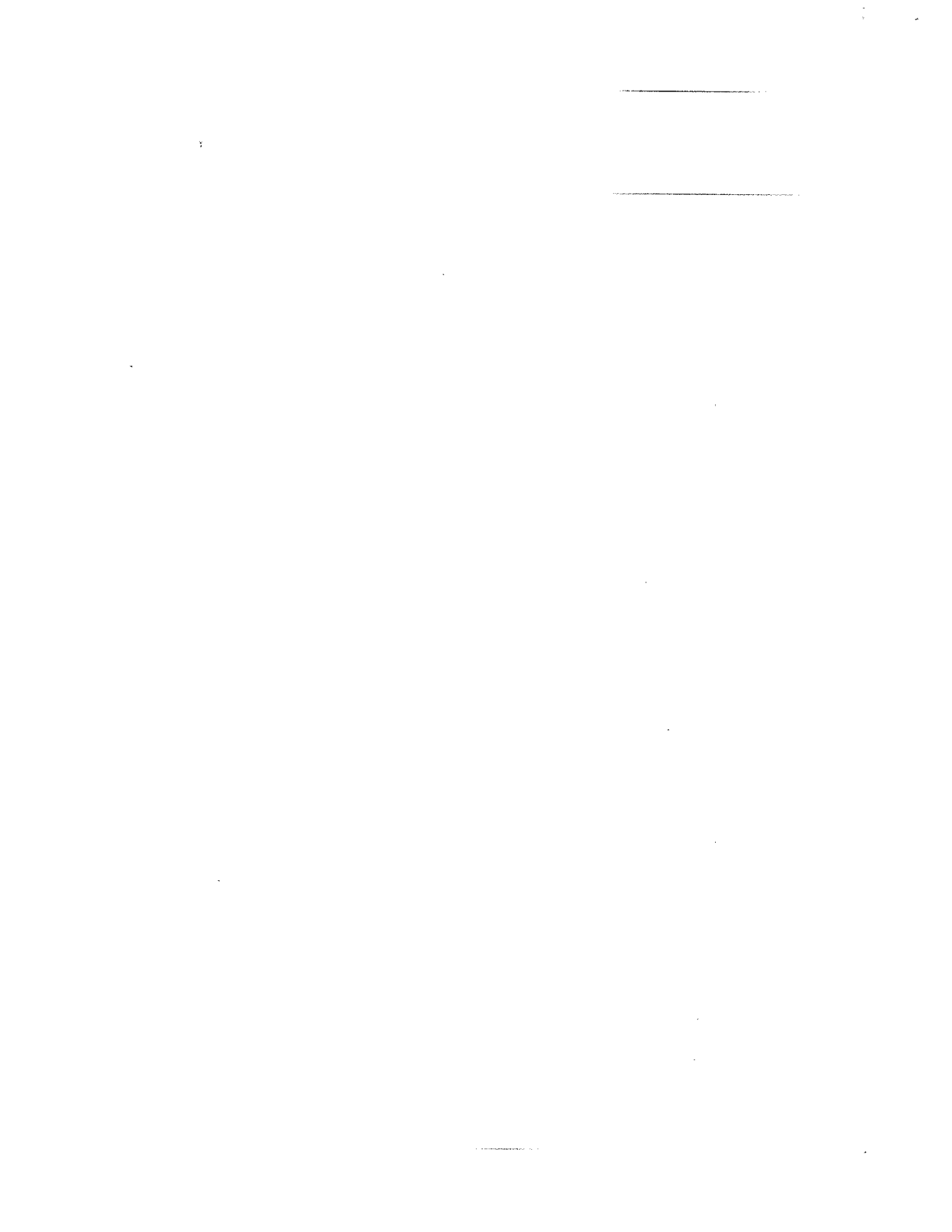
Todo medio que pueda alcanzar el doble fin de hacer conocido del juez un hecho, es decir, darle conocimiento claro y preciso de él, y juntamente darle la certeza de la existencia del hecho, es un medio de prueba. Como el juez ignora los hechos, pero las partes interesadas si lo conocen, pues lo han creado y los han vivido; deben hacérselos conocer de tal manera que el conocimiento le produzca certeza en su criterio."

42. De la revisión de los escritos presentados por las partes, las pruebas aportadas y las posteriores actuaciones en el marco del presente proceso arbitral, se aprecia la existencia de un vínculo contractual válido y eficaz entre las partes sustentado en el CONTRATO, que además se ejecutó en su integridad – y dentro del plazo contractual al que se obligó - por parte del CONTRATISTA.

ANALISIS DE LOS PUNTOS EN CONTROVERSIA

43. Atendiendo a lo señalado, corresponde ahora analizar los puntos en controversia de la siguiente manera:

PRIMER PUNTO EN CONTROVERSIA

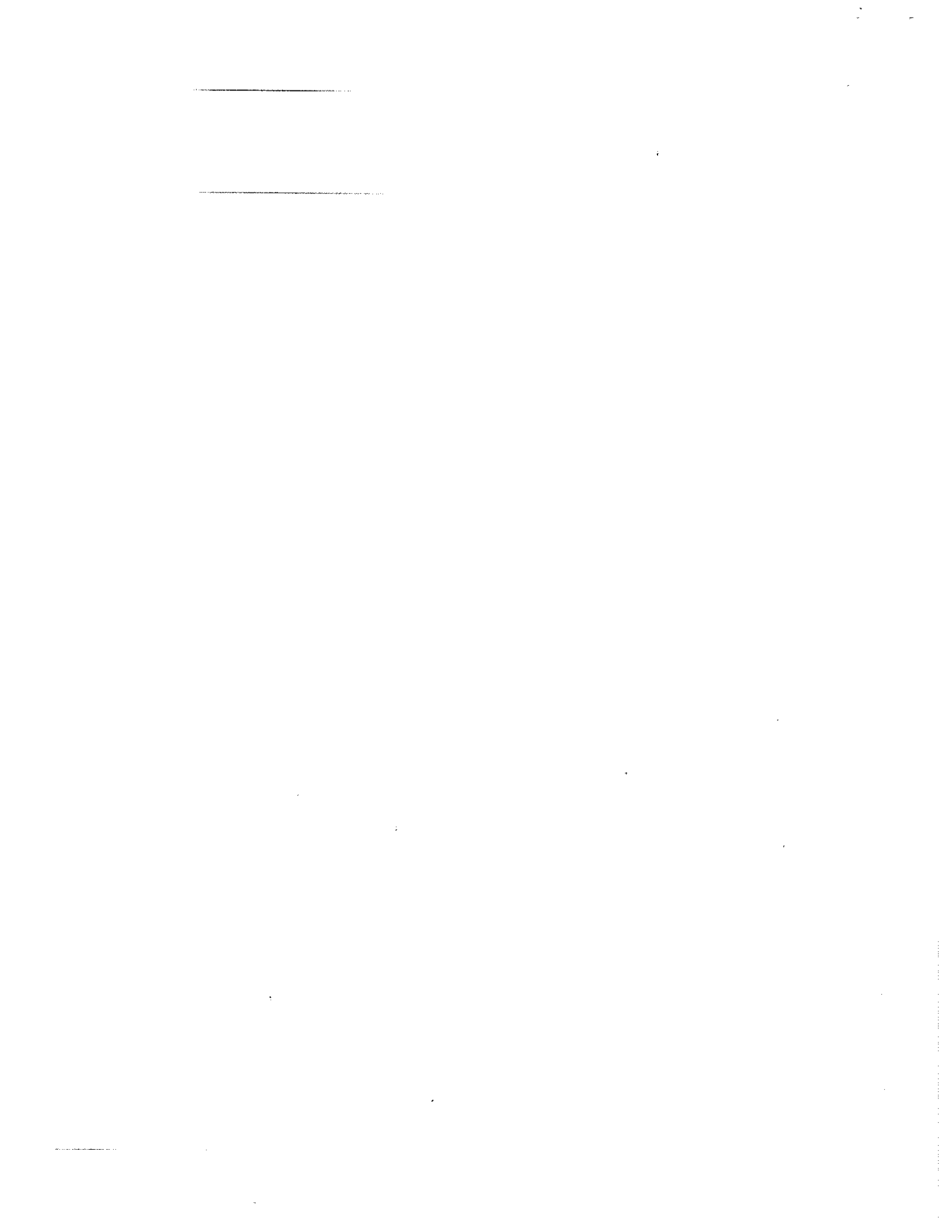


Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García
Gioconda Maribel Cárdenas Ocampo
Oscar Ítalo Quijano Caballero

Determinar si corresponde o no declarar la invalidez de la aplicación de la penalidad impuesta por la ENTIDAD que fuera comunica al CONTRATISTA a través del Oficio N° 394-2016-OA-OGA/MINSA

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

44. El CONTRATISTA indica que de acuerdo a la normativa de contrataciones, para que se aplique de manera legítima la penalidad, se requiere cumplir con dos (2) condiciones: i) que el retraso en la ejecución de la prestación materia del contrato no encuentre justificación alguna y ii) que la penalidad haya sido taxativamente prevista en atención al principio de tipicidad.
45. EL CONTRATISTA considera que, en el Contrato, así como en los documentos que lo conforman, no se desprende que se ha previsto expresamente una penalidad para el supuesto de incumplimiento detectado por la ENTIDAD, por lo que la misma carecería de validez.
46. El CONTRATISTA considera que el incumplimiento acontecido tendría justificación debidamente probada, debido a que la demora en la entrega del informe respecto a la reprogramación del cronograma de obra se debe a causas imputables del CONSORCIO EJECUTOR ATE.
47. El CONTRATISTA sustenta que la documentación del CONSORCIO EJECUTOR ATE requería de un mayor análisis técnico, la misma que al final no fue entregada para poder cumplir con remitir a la ENTIDAD el informe final respecto a la implementación de las ampliaciones de plazo N° 05 y N° 06.
48. El CONTRATISTA, de conformidad con el artículo 201° del RLCE, considera que existe un claro supuesto de incumplimiento de obligaciones por causa que no le es imputable, dado que el cumplimiento de la obligación, dentro del procedimiento de inclusión de una ampliación de plazo, depende necesariamente de la colaboración conjunta del supervisor (en este caso el CONTRATISTA) y del ejecutor (en este caso el CONSORCIO EJECUTOR ATE), pues de lo contrario no podría realizarse los reajustes concordados que son exigidos por la norma.
49. El CONTRATISTA alega que de conformidad con el artículo 1316° del Código Civil, aplicable de manera supletoria, no le resulta exigible una obligación cuando su inejecución se debe a causas que no son imputables al obligado, por lo que el referido artículo exime del cumplimiento de tal obligación al deudor que se vio inmerso en causas ajenas a su voluntad; en este caso el CONTRATISTA.
50. El CONTRATISTA considera que cumplió con sus obligaciones de supervisor frente a las ampliaciones de plazo N° 05 y N° 06, ciñéndose a las obligaciones del Contrato, pues cumplió con requerir al CONSORCIO EJECUTOR ATE la información complementaria para realizar los ajustes necesarios, mediante la Carta N° 837-2015-CSV-FLB/JS de fecha **30 de diciembre de 2015**.
51. El CONTRATISTA considera que la ENTIDAD ha pasado por alto las circunstancias informadas a través de la Carta N° 033-2016-SHLEV de fecha **29 de agosto de 2016**,



Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García
Gioconda Maribel Cárdenas Ocampo
Oscar Ítalo Quijano Caballero

en la que explicó de manera detallada la ocurrencia de los hechos, dando por sentado que el retraso era completamente imputable al CONTRATISTA, sin tener en cuenta que existe un claro supuesto de inejecución de obligaciones por causa no atribuible al CONTRATISTA, producida por un hecho de tercero.

POSICION DE LA ENTIDAD

52. LA ENTIDAD considera que de conformidad con lo previsto en el sexto párrafo del artículo 201° del RLCE, el CONTRATISTA tenía el plazo legal de siete (7) días para elevar a la ENTIDAD el calendario de avance de obra valorizado actualizado y la programación PERT CPM correspondiente, incluyendo los reajustes concordados con el residente (considerando para ello sólo las partidas que se han visto afectadas y en armonía con las ampliaciones de plazo N° 05 y 06 concedidas). En tal sentido, el CONTRATISTA tenía hasta el **24 de diciembre de 2015** para efectuar dicha elevación.
53. La ENTIDAD considera que recién el día **09 de marzo de 2016**, el CONTRATISTA remitió el Cronograma de Avance de Obra reprogramado por las ampliaciones de plazo N° 05 y 06 mediante Carta N° 167-2016-CSV-FLB/JS. Por lo expuesto, durante el período comprendido entre el **25 de diciembre de 2015** y el **9 de marzo de 2016** el CONTRATISTA incurrió en una demora de setenta y cinco (75) días calendario para elevar el calendario de avance de obra valorizado actualizado y la programación PERT CPM correspondiente, incluyendo los reajustes concordados con el residente (considerando para ello sólo las partidas que se han visto afectadas y en armonía con las ampliaciones de plazo N° 05 y 06 concedidas).
54. La ENTIDAD considera que el CONTRATISTA contaba hasta el **24 de diciembre de 2015** para elevar el calendario de avance de obra valorizado actualizado y la programación PERT CPM correspondiente, incluyendo los reajustes concordados con el residente (considerando para ello sólo las partidas que se han visto afectadas y en armonía con las ampliaciones de plazo N° 05 y 06 concedidas). Recién el **30 de diciembre de 2015**, de manera tardía, mediante la Carta N° 037-2015-CSV-FLB/JS, solicitó al CONSORCIO EJECUTOR ATE el detallado de cómo había sido elaborada la reprogramación de dichos cronogramas. En atención a ello la ENTIDAD determina que sólo se advierte un requerimiento extemporáneo de información adicional por parte del CONTRATISTA.
55. La ENTIDAD considera que el CONTRATISTA informó a la ENTIDAD que, a su criterio, la Reprogramación de Cronogramas relativa a las Ampliaciones de Plazo N° 05 y 06 presentada por el CONSORCIO EJECUTOR ATE, mostraba alguna observación pendiente de ser subsanada. Asimismo, indica que recién mediante Oficio N° 046-2016-DGIEM/MINSA del **15 de enero de 2016** y notificado al CONTRATISTA el **18 de enero de 2016**, en ese entonces la denominada DGIEM (Dirección General de Infraestructura, Equipamiento y Mantenimiento), en su calidad de área usuaria, advirtió que hasta ese momento la ENTIDAD no contaba con la actualización del Calendario de Ejecución de Obra vigente, en mérito de las ampliaciones de plazo N° 05 y 06.
56. Asimismo, la ENTIDAD señala que el CONTRATISTA no dio respuesta directa al Oficio N° 046-2016-DGIEM/MINSA, sino que simplemente lo trasladó al CONSORCIO

2000

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García
Gioconda Maribel Cárdenas Ocampo
Oscar Ítalo Quijano Caballero

EJECUTOR ATE mediante Carta N° 061-2016-CSA-FLB/JS, notificada el **19 de enero de 2016**, manteniendo a la ENTIDAD en un total desconocimiento sobre el particular. En tal sentido, se encuentra acreditado que el CONTRATISTA incurrió en incumplimiento respecto del mandato legal contemplado en el artículo 201° del RLCE, respecto a elevar a la Entidad el calendario de avance de obra valorizado actualizado y la programación PERT CPM correspondiente, incluyendo los reajustes concordados con el residente (considerando para ello sólo las partidas que se han visto afectadas y en armonía con las ampliaciones de plazo N° 05 y 06 concedidas), en un plazo máximo de siete (7) días, contados a partir de la recepción del nuevo calendario presentado por el contratista, impidiendo, durante un período de setenta y cinco (75) días calendario, que la ENTIDAD tome conocimiento de la documentación presentada por el CONSORCIO EJECUTOR ATE y que emita el respectivo pronunciamiento institucional.

57. Con relación a la indebida aplicación de la penalidad, la ENTIDAD señala que ha quedado establecido que existe un incumplimiento por parte del CONTRATISTA en relación al mandato contenido en el artículo 201 del RLCE, respecto a elevar en el plazo legamente establecido a la ENTIDAD el calendario de avance de obra valorizado actualizado y la programación PERT CPM correspondiente, incluyendo los reajustes concordados con el residente (considerando para ello sólo las partidas que se han visto afectadas y en armonía con las ampliaciones de plazo N° 05 y 06 concedidas).
58. Asimismo, la ENTIDAD considera que el incumplimiento de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA facultó a la ENTIDAD a aplicar las respectivas penalidades. Y tomando en consideración que la previsión legal contenida en el artículo 201° del RLCE, en concordancia con lo establecido en el marco contractual, constituye una de las funciones propias de la prestación de la supervisión, la aplicación de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación se encuentra debidamente fundamentada, y la misma fue aplicada de conformidad con lo establecido en el artículo 165 del Reglamento y la Cláusula Décimo Segunda del Contrato N° 193-2013-MINSA, considerando el período de setenta y cinco (75) días de incumplimiento.
59. Finalmente, la ENTIDAD señala y precisa que la penalidad aplicada asciende a la suma de S/ 309,059.35 (Trescientos Nueve Mil Cincuenta y Nueve con 35/100 Soles) y no a la suma de S/ 787,500.00 (Setecientos Ochenta y Siete Mil Quinientos con 00/100 Soles), lo cual fue informado a la Oficina General de Administración mediante Memorandum N° 1657-2016-DGIEM/MINSA de fecha **19 de octubre de 2016**.

POSICION DEL TRIBUNAL ARBITRAL

60. En el presente caso, la controversia entre las partes es determinar si corresponde o no declarar la invalidez de la aplicación de la penalidad impuesta por la ENTIDAD que fuera comunicada al CONTRATISTA a través del Carta N° 394-2016-OA-OGA/MINSA ascendente a la suma de S/ 797,500.00 (Setecientos Noventa Siete Mil Quinientos con 00/100 Soles)
61. Al respecto corresponde precisar que la normativa de contrataciones del Estado señala que el incumplimiento o el retraso en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del CONTRATISTA faculta a la ENTIDAD a aplicar penalidades y, de ser el caso, resolver

2011 10 25

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García
Gioconda Maribel Cárdenas Ocampo
Oscar Ítalo Quijano Caballero

el respectivo contrato. En este contexto, las penalidades que la ENTIDAD puede aplicar al CONTRATISTA son la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación" y las "otras penalidades", previstas respectivamente en los artículos 165° y 166° del Reglamento.

62. De acuerdo a los elementos probatorios aportados por las partes se demuestra que la penalidad comunicada por la ENTIDAD al CONTRATISTA se trataría de una penalidad por mora en la ejecución de las prestaciones por un retraso de setenta y cinco (75) días calendarios que fuera informada al CONTRATISTA a través de la Carta N° 394-2016-OA-OGA/MINSA.
63. Sin perjuicio de ello, este Tribunal Arbitral considera previamente determinar si existe una situación de incumplimiento del CONTRATISTA en sus obligaciones contractuales.
64. De los elementos aportados por las partes este Tribunal Arbitral considera que la situación de incumplimiento del CONTRATISTA no ha podido ser revertida debido a que se encontraba en su esfera de acción informar a la ENTIDAD las razones por las cuales no podía cumplir con sus obligaciones antes del **24 de diciembre de 2015**, razón por la cual este Tribunal considera que el CONTRATISTA se encontró en situación de incumplimiento a pesar de haber justificado el mismo en la falta de cumplimiento de la información requerida al CONSORCIO EJECUTOR ATE. En este extremo, es pertinente apreciar que el CONTRATISTA, fuera del plazo legal de pronunciamiento requerido de sus obligaciones, solicitó información complementaria al CONSORCIO EJECUTOR ATE; cómo se puede apreciar a través de la Carta N° 837-2015-CSV-FLB/JS de fecha **30 de diciembre de 2015**.
65. Teniendo en consideración que el CONTRATISTA se encontró en una situación de incumplimiento, ahora corresponde a este Tribunal Arbitral establecer si la penalidad aplicada por la ENTIDAD se encuentra acorde con la normativa de contrataciones del Estado; debido a que el CONTRATISTA, a través de su Carta N° 033-2016-SHLEV de fecha **29 de agosto de 2016**, considera que resultó arbitrario su cómputo, así como su cálculo para que la misma sea equivalente al 10% del monto del Contrato.
66. Al respecto, este Tribunal Arbitral verifica, como un hecho fáctico de la controversia, que la ENTIDAD en el trámite del arbitraje ha informado que el monto de la penalidad que aplicó al CONTRATISTA no resultaba correcto y que fue rectificado a la suma de S/ 309,059.35 (Trescientos Nueve Mil Cincuenta y Nueve con 35/100 Soles)¹.
67. Sobre la circunstancia indicada en el numeral anterior, este Tribunal desconoce si la ENTIDAD ha procedido a rectificar o no el contenido de la Carta N° 394-2016-OA-OGA/MINSA sobre la aplicación de la penalidad, y si la misma ha sido comunicada o no de manera formal al CONTRATISTA; razón por la cual al no existir elemento que pruebe que la penalidad aplicada hubiera sido rectificada en su cálculo, corresponde tener por cierta la versión del CONTRATISTA, que la penalidad aplicada y comunicada por la ENTIDAD resultaría ser la que se le comunicara a través de la Carta N° 394-2016-

¹ La ENTIDAD mediante escrito de fecha 24 de julio de 2016, acompaña el Memorandum N° 1657-2016-DGIEM/MINSA de fecha 20 de octubre de 2016, donde la Unidad de Obras de la DGIEM del Ministerio de Salud solicita al Director General de la Oficina General de Administración del Ministerio de Salud realice las acciones para corregir el monto de la penalidad aplicada al CONTRATISTA.

Árbitro Único
Héctor Ricardo Aguirre García
Gioconda Maribel Cárdenas Ocampo
Oscar Ítalo Quijano Caballero

OA-OGA/MINSA ascendente a la suma de S/ 797,500.00 (Setecientos Noventa Siete Mil Quinientos con 00/100 Soles); la misma que difiere sustantiva y objetivamente de la cantidad que la propia ENTIDAD reconoce debía aplicar (S/ 309,059.35).

68. Al respecto, el Tribunal arbitral estima conveniente resaltar que el artículo 165° del RLCE regula la aplicación de la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación", precisando que la misma debe aplicarse al contratista que injustificadamente se retrase en la ejecución de las prestaciones a su cargo, a razón de una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

Además, el citado artículo desarrolla la fórmula que debe utilizarse para calcular el monto de la penalidad diaria a ser aplicada al contratista². Dicha fórmula considera como elementos del cálculo al monto y al plazo de la prestación cuya ejecución ha sufrido el atraso, precisándose que "Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso." (El subrayado es agregado).

69. En atención a lo señalado en el punto anterior, a criterio de este Tribunal Arbitral se advierte que existe un error en el cálculo de la penalidad aplicada al CONTRATISTA sustentada en el Memorándum N° 0736-DGIEM/MINSA de la Dirección de Infraestructura Equipamiento y Mantenimiento – DGIEM y en la propia versión de la ENTIDAD vertida durante las actuaciones arbitrales; razón por la cual el Tribunal Arbitral considera que formalmente hablando corresponde declarar la invalidez de la penalidad aplicada por la ENTIDAD, al no ceñirse ésta en su aplicación al cálculo establecido en el artículo 165° del RLCE, por lo que corresponde declarar fundado el primer punto en controversia.

SEGUNDO PUNTO EN CONTROVERSIA

Determinar a quién corresponde el pago de los costos del presente proceso arbitral.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

70. En lo que se refiere al pago de las costas y costos del arbitraje, el artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje (norma aplicable al caso), establece que los árbitros se pronunciarán en el laudo sobre la asunción o distribución de los

² El artículo 165 del Reglamento desarrolla la siguiente fórmula para el cálculo de la "penalidad por mora en la ejecución de la prestación":

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

Donde F tendrá los siguientes valores:

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

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

2014

Árbitro Único

Héctor Ricardo Aguirre García

Gioconda Maribel Cárdenas Ocampo

Oscar Ítalo Quijano Caballero

costos del arbitraje según lo previsto en el art. 73°; es decir, teniendo presente lo pactado por las partes en el convenio arbitral.

71. Que, en cuanto a los costos del arbitraje, los artículos 70° y 73° del Decreto Legislativo N° 1071 disponen que el árbitro tenga en cuenta, a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el árbitro podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
72. Que, en este contexto, los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del tribunal arbitral; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de la institución arbitral; (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.
73. Teniendo en consideración que no existe pacto sobre las costas o costos ni en el convenio arbitral celebrado entre las partes, corresponde al Tribunal Arbitral establecer a quién corresponde asumir las costas y costos de este proceso arbitral.
- A efecto de regular el pago de tales conceptos, este Tribunal ha procedido a evaluar el comportamiento procesal de las partes y la certidumbre jurídica que existía entre ellas respecto de la ejecución del contrato y sus efectos; la cual, como se ha expuesto en la parte considerativa de este laudo, ha dado lugar al presente arbitraje; donde se aprecia que las partes tenían motivos suficientes para reclamar y defender su pretensión en la vía arbitral.
74. Que, el monto que se estableció como honorarios profesionales del Tribunal Arbitral en la Regla N° 57 del Acta de Instalación de fecha de 08 de mayo de 2017, asciende a la suma total de **S/ 25,527.00 (Veinticinco Mil Quinientos Veintisiete con 00/100 soles)** netos, donde cada parte debió asumir el 50% de dicho monto. Y los honorarios de la Secretaría Arbitral se fijaron en la regla N° 57 de dicha Acta de Instalación en la suma de **S/ 7,526.00 (Siete Mil Quinientos Veintiséis con 00/100 soles)** netos, en la cual también cada parte debió asumir el 50% del monto indicado.
75. Que, de la revisión de los costos del arbitraje se puede acreditar, de modo fehaciente, que cada una de las partes ha asumido la cancelación de los honorarios arbitrales en la proporción que les correspondía.
76. Que, en mérito a las consideraciones antes expuestas y en aplicación de lo establecido en el segundo acápite del numeral 1 del artículo 73° del Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje; el Tribunal Arbitral dispone que las costas y costos del presente proceso arbitral sean asumidos en forma proporcional por las partes, en el orden del 50% cada una.

Árbitro Único

Héctor Ricardo Aguirre García

Gioconda Maribel Cárdenas Ocampo

Oscar Ítalo Quijano Caballero

Por las razones expuestas; no existiendo otro punto por analizar; de acuerdo a lo establecido por la Ley, el Reglamento y el Decreto Legislativo N° 1071- Decreto Legislativo que norma el arbitraje; y dentro del plazo correspondiente; este Tribunal Arbitral;

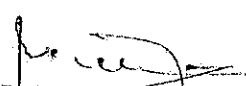
LAUDA:

Primero: Declarar FUNDADA, en base a los fundamentos expuestos en la parte considerativa del presente Laudo, la pretensión contenida en el primer punto controvertido; y, consecuentemente, **SE DECLARA** la invalidez de la aplicación de la penalidad impuesta por la ENTIDAD que fuera comunicada al CONTRATISTA a través del Carta N° 394-2016-OA-OGA/MINSA ascendente a la suma de S/ 797,500.00 (Setecientos Noventa Siete Mil Quinientos con 00/100 Soles).

Segundo: DECLARAR que los costos y gastos del presente proceso arbitral serán asumidos tanto por EL CONTRATISTA como por LA ENTIDAD en forma proporcional por las partes, en el orden del 50% cada una.

Tercero: El presente Laudo es inapelable y tiene carácter vinculante e imperativo para las partes; en consecuencia, una vez firmado, notifíquese, para su cumplimiento, con arreglo a lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado y el Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el Arbitraje

Cuarto: Disponer la remisión del presente Laudo Arbitral al Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado – OSCE una vez que el mismo haya quedado consentido para su respectiva publicación.


HECTOR RICARDO AGUIRRE GARCÍA
Presidente del Tribunal Arbitral


OSCAR ÍTALO QUIJANO CABALLERO
Árbitro


GIOCONDA MARIBEL CARDENAS OCAMPO
Árbitro

1000