

leg. 2681-2016

Arbitraje ad hoc:
Consortio Servicio de Representaciones Consignaciones y Limpieza Mega Integral S.A.C. – Servicios Generales SMP – FONBIEPOL S.C.R.L. vs.– Hospital Nacional Arzobispo Loayza

Lima, 14 de diciembre de 2018

Señores
PROCURADURÍA PÚBLICA DEL MINISTERIO DE SALUD
Av. Arequipa 810, Piso 9
Lima.-

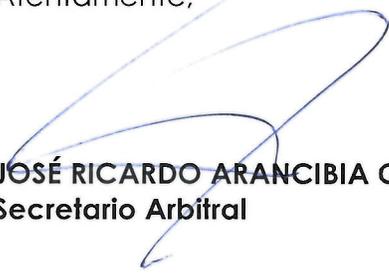


Ref.: **Arbitraje ad hoc seguido por Consortio Servicio de Representaciones Consignaciones y Limpieza Mega Integral S.A.C. – Servicios Generales SMP – FONBIEPOL S.C.R.L. vs. Hospital Nacional Arzobispo Loayza**

De mi consideración:

Por medio de la presente y en atención al arbitraje de la referencia, cumpro con notificarles un ejemplar del Laudo Arbitral de Derecho emitido por el Árbitro Único, Christian Virú Rodríguez con fecha 13 de diciembre de 2018.

Atentamente,


JOSÉ RICARDO ARANCIBIA GARAY
Secretario Arbitral

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR CONSORCIO CONFORMADO POR SERVICIO DE REPRESENTACIONES CONSIGNACIONES Y LIMPIEZA MEGA INTEGRAL S.A.C. Y SERVICIOS GENERALES SMP FONBIEPOL S.C.R.L., (EN ADELANTE, EL CONSORCIO Ó EL DEMANDANTE Ó EL CONTRATISTA) CONTRA EL HOSPITAL NACIONAL ARZOBISPO LOAYZA (EN ADELANTE, LA DEMANDADA Ó LA ENTIDAD) SOBRE AMPLIACIONES DE PLAZO Y OTROS.

RESOLUCIÓN Nº 13

Lima, 13 de diciembre de 2018.-

Arbitraje	: Nacional y de derecho
Demandante	: CONSORCIO CONFORMADO POR SERVICIO DE REPRESENTACIONES CONSIGNACIONES Y LIMPIEZA MEGA INTEGRAL S.A.C. Y SERVICIOS GENERALES SMP FONBIEPOL S.C.R.L.
Demandado	: HOSPITAL NACIONAL ARZOBISPO LOAYZA
Materia	: NULIDAD DE RESOLUCIÓN Y OTROS
Tribunal Arbitral	: Christian Patrick Virú Rodríguez, Árbitro Único

VISTOS:

I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

En la cláusula décimo sexta del Contrato N° 051-2016-HNAL "Contratación del servicio de limpieza por 01 año", se estipuló que en caso de surgir controversias entre las partes, las mismas se someterían al arbitraje administrativo dentro del plazo de caducidad previsto

en los artículos 144, 170, 175, 176, 177 y 181 del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52 de la ley de Contrataciones del Estado.

II. INSTALACIÓN DEL ARBITRAJE

El día 28 de noviembre del año 2016, se llevó a cabo la audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, en la cual el árbitro único ratificó su aceptación al cargo y reiteraron que no estaba sujeto a incompatibilidad alguna ni a hechos o circunstancias que le obligaran a inhibirse, al no haber mantenido ni mantener relación alguna con las partes, sus representantes y sus respectivos abogados.

Se deja constancia que ninguna de las partes impugnó o reclamó contra el contenido de la referida Acta de Instalación, por el contrario la suscribieron en señal de conformidad.

III.- DE LA DEMANDA

1. Con fecha 9 de diciembre de 2016, el Contratista interpuso demanda arbitral contra la Entidad señalando que, dentro del plazo fijado en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral, formulando las siguientes pretensiones:
 - i. Que se declare la nulidad, improcedencia y/o ineficacia de la Resolución de pleno derecho efectuada por el Hospital Nacional Arzobispo Loayza al Contrato No. 051-2016-OEA/HNAL notificada el día 28.05.16.
 - ii. Que se declare la nulidad y/o improcedencia y/o ineficacia de la deducción (en calidad de presunta penalidad) efectuada por el Hospital Nacional Arzobispo Loayza ascendente a S/ 22,666.66 Nuevos soles.
 - iii. Que se proceda a la consecuente devolución y/o reintegro a favor del consorcio recurrente del importe deducido (en calidad de presunta penalidad) efectuada por el Hospital Nacional Arzobispo Loayza ascendente a S/ 22,666.66 Nuevos soles.



- iv. Que se declare la nulidad y/o improcedencia y/o ineficacia de la deducción (en calidad de presunta penalidad) efectuada por el Hospital Nacional Arzobispo Loayza ascendente a S/ 54,777.76 Nuevos soles respecto de la Factura No. 3654 correspondiente al servicio prestado durante el período del 19.04.16 al 18.05.16.
- v. Que se proceda a la consecuente devolución y/o reintegro a favor del consorcio recurrente del importe deducido (en calidad de presunta penalidad) efectuada por el Hospital Nacional Arzobispo Loayza ascendente a S/ S/ 54,777.76 Nuevos soles respecto de la Factura No. 3654 correspondiente al servicio prestado durante el período del 19.04.16 al 18.05.16.
- vi. Que el Hospital Nacional Arzobispo Loayza proceda al pago de los intereses legales devengados y por devengarse a que hubiere lugar.
- vii. Que el Hospital Nacional Arzobispo Loayza proceda al pago de las costas y costos respectivos.

Acerca de los fundamentos de hecho

Entre los fundamentos de la demanda, el Consorcio manifestó lo siguiente:

- a) El Consorcio afirma que la Entidad le cursó la Carta No. 072-2016-OEA/HNAL, la cual fue notificada el 28 de mayo de 2016, en la cual la Dirección Ejecutiva de Administración indicó lo siguiente:

Que en el presente caso tal como lo sustentan los Informes Técnicos del Área Usuaría (Unidad de Limpieza- Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento), Oficina de Logística y oficina de Asesoría Jurídica el Hospital ha observado en reiteradas oportunidades el incumplimiento de contrato y le ha requerido notarialmente para que subsane dicha situación mediante Carta Notarial No. 24114 en un plazo máximo de dos (2) días, bajo apercibimiento de resolver el Contrato, siendo que su representada aun

continúa inobservando sus obligaciones contractuales, como es el caso que a la fecha aun no ha logrado cumplir con el número de personal que prestará el servicio, contemplado en las Bases Integradas y en su Propuesta Técnica. En consecuencia en cumplimiento de Art. 167 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado damos por resuelto el Contrato No. 0051-2016-HNAL de fecha 18 de marzo de 2016 reservándonos el derecho de interponer las acciones administrativas, legales y judiciales que correspondan por el perjuicio causado a la Entidad.

Artículo 167.- Resolución de Contrato

Asimismo, se le comunica que se seguirá con el procedimiento con el procedimiento regular, de acuerdo a la normatividad vigente del Decreto Legislativo No. 1017, que aprueba la ley de Contrataciones del Estado, y se elevará los actuados pertinentes al Tribunal Arbitral de Contrataciones del OSCE para los fines correspondientes.

- b) El Consorcio sostiene que la Entidad no le entregó los informes técnico legales del área usuaria (Unidad de Limpieza – Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento) ni de la Oficina de Asesoría Jurídica del Hospital, a fin de tomar conocimiento de la metodología utilizada para formular los descargos correspondientes.
- c) La parte demandante señala que la Entidad efectuó dos deducciones al Contratista por el importe de S/ 22,666.66 y S/ 54,77.76, deduciéndolos de las Facturas por concepto de limpieza, sin que se brinde mayor información sobre estas, lo cual vulneraría los principios de imparcialidad y transparencia.
- d) Añade el Demandante que las deducciones – penalidades estarían siendo aplicadas contrario a derecho ya que estas no habrían sido sustentadas ni tipificadas objetivamente con la cláusula 12 del Contrato materia de controversia.

IV.- DE LA EXCEPCIÓN Y LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA Y EXCEPCIÓN

Con fecha 8 de febrero de 2017, la Entidad dedujo excepción y procedió a contestar la demanda del Consorcio.

EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD.

- a) La Entidad señala que plazo de caducidad para recurrir a los mecanismos de solución de controversia para discutir la resolución de contrato es de treinta (30) días hábiles, en consecuencia, el plazo máximo para interponer los mecanismos de solución de controversia venció el día 08 de julio de 2016. Además de ello, precisa que la materia de conciliación no versaba sobre que se proceda a la devolución y/o reintegro en favor del accionante del monto ascendente a S/. 54,777.76 nuevos soles, respecto a la factura N° 3654 correspondiente al servicio prestado durante el periodo del 19.04.2016 al 18.05.2016.
- b) La parte demandada señala que la conciliación solicitada por la empresa demandante no ha interrumpido el plazo de caducidad establecido en la Ley de Contrataciones del Estado debido a que la pretensión que fueron materia de conciliación se relacionaron con la nulidad del contrato N° 051-2016-HNAL, materia distinta a la devolución y/o reintegro en favor del accionante del monto ascendente a S/. 54,777.76 nuevos soles. La Entidad afirma que recién con la presentación de la demanda de arbitraje, se ha efectuado la activación del mecanismo de solución de controversias, no obstante, esta demanda arbitral ha sido presentada de manera extemporánea.
- c) En ese sentido, la Entidad considera que la demanda arbitral presentada por la empresa *Consorcio*, en la que se ha planteado como pretensión cuestionar la devolución y/o reintegro en favor del accionante del monto ascendente a S/. 54,777.76 nuevos soles, resultaría ser extemporánea de conformidad al numeral 3) del artículo 41 de la Ley de Arbitraje aprobada por Decreto Legislativo N° 1071.
- 
- 

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:

- d) La Entidad señala que cursó la Carta N° 072-2016-OEA-HNAL (28/05/2016), en donde indicó: *“Por medio de la presente que le será cursada por conducto notarial a fin de dejar constancia de su notificación, recepción y comunicación y de conformidad con los artículos 40°, inciso c), y 44 de la Ley de Contrataciones del Estado, y los artículos 167° y numeral 168° de su Reglamento comunicamos mediante la presente la Resolución de pleno derecho del Contrato de la referencia a partir de la notificación de la presente Carta a su representada.”*
- e) La Demandada indica que, implícitamente en el escrito de la parte contraria, se habría admitido el haber incurrido en causales de resolución de contrato, siendo que los fundamentos de la demanda en mayoría están dirigidos a atacar las deducciones y penalidades existentes. En suma, existiría consonancia en que el procedimiento para dejar sin efecto el Contrato N° 051-2016-HNAL (18/03/2016) se ha basado en el debido proceso y la ley positiva vigente. Asimismo, las causales han sido reiteradamente advertidas a la parte contraria, cito:

*“Que, en el presente caso tal como los sustentan los Informes Técnicos de 1 Área Usuaria (Unidad de Limpieza - Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento), Oficina de Logística y Oficina de Asesoría Jurídica el Hospital **ha observado en oportunidades el incumplimiento de contrato y le ha requerido notarialmente para que dicha situación mediante Carta Notarial N° 24114 en un plazo máximo de dos (2) días, bajo apercibimiento de resolver el Contrato,** siendo que su Representada aun continua inobservando sus obligaciones contractuales, **COMO ES EL CASO QUE A LA FECHA AÚN NO HA LOGRADO CUMPLIR CON EL NÚMERO DE PERSONAL QUE PRESTARÁ EL SERVICIO,** contemplado en las Bases Integradas y en su Propuesta Técnica.*

- f) La Entidad sostiene que el procedimiento que ha seguido sido de acuerdo a ley; e incluso, advirtió oportunamente a la parte contraria sobre la conducta incumplidora que ha venido efectuando. Debido a lo mencionado, es que se ha procedido a resolver el contrato precitado; siendo que incluso sobre este extremo la parte contraria no ha efectuado mayor objeción.
- g) La parte demandada sostiene que en la demanda arbitral, en el extremo referido a la penalidad, la parte contraria no ofrece argumento o medio de prueba que haga evidenciar que se ha efectuado un cálculo errado sobre la penalidad efectuada por la Entidad; lo que expresa en su demanda, son citas de Principios jurídicos, pero técnica y metodológicamente no habría un argumento que desvirtúe la acción llevada a cabo por mi patrocinada.
- h) La Entidad indica que la parte contraria no ofrece argumento o medio de prueba que haga evidenciar que se ha efectuado un cálculo errado sobre la penalidad efectuada por el Hospital; lo que expresa en su demanda, son citas de Principios jurídicos, pero técnica y metodológicamente no hay un argumento que desvirtúe la acción llevada a cabo por mi patrocinada.

V. DEL PROCESO ARBITRAL

V.1. DETERMINACIÓN DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

El Árbitro Único fijó los puntos controvertidos, conforme al numeral 31 del Acta de Instalación, precisándose que la excepción de caducidad deducida por el Hospital Nacional Arzobispo Loayza sería resuelta en un momento posterior, el cual podrá resolverse al momento de la emisión del laudo.

Por lo tanto, los puntos controvertidos del presente arbitraje fueron fijados en los siguientes términos:

- i. Determinar si corresponde o no declarar la nulidad, improcedencia y/o ineficacia de la resolución de contrato No. 051-2016-HNAL efectuada por la Entidad mediante carta No. 072-2016-OEA/HNAL.
- ii. Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la deducción efectuada por la Entidad por el importe de S/ 22,666.66 (Veintidós Mil Seiscientos Sesenta y Seis con 66/100 Soles) por concepto de penalidad.
- iii. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad la devolución y/o reintegro del importe de S/ 22,666.66 (Veintidós Mil Seiscientos Sesenta y Seis con 66/100 Soles) a favor del Contratista.
- iv. Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia de la deducción efectuada por la Entidad por el importe de S/ 54,777.76 (Cincuenta y Cuatro Mil Setecientos Setenta y Siete con 76/100 Soles) por concepto de penalidad respecto de la Factura No. 3654 por el servicio prestado en el período del 19 de abril de 2016 al 18 de mayo de 2016.
- v. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad la devolución y/o reintegro del importe de S/ 54,777.76 (Cincuenta y Cuatro Mil Setecientos Setenta y Siete con 76/100 Soles) a favor del Contratista respecto de la Factura No. 3654 por el servicio prestado en el período del 19 de abril de 2016 al 18 de mayo de 2016.
- vi. Determinar si corresponde o no ordenar el pago de los intereses legales devengados y por devengarse.
- vii. Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir las costas y costos que genera la tramitación del presente proceso arbitral.

V.2. ADMISIÓN Y ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

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

- a. Se admite los medios probatorios ofrecidos por el Contratista en su escrito de demanda presentada el 9 de diciembre de 2016 y señalados en el acápite V. *Medios Probatorios* e identificados con los numerales 1 hasta el 6.

Respecto al medio probatorio señalado en el numeral 4, se concede un plazo de diez hábiles a la Entidad, a fin de que cumpla con exhibir dicho documento en copia física o digital en un CD-R.

Respecto de los medios probatorios 5 y 6 del acápite antes mencionado, el Árbitro Único concede a la Entidad un plazo de diez (10) hábiles para que presente el respectivo Informe Técnico – legal sobre los motivos de la resolución contractual, así como el Informe Técnico – legal acerca de las deducciones sobre penalidades impuestas al Contratista.

- b. Se admite el medio probatorio ofrecido por la Entidad en su escrito de contestación de demanda presentada el 8 de febrero de 2017 y señalado en el acápite *VMedios Probatorios*.

VI. ALEGACIONES FINALES Y PLAZO PARA LAUDAR

Habiéndose actuado los medios probatorios ofrecidos por las partes, mediante Resolución N° 9, se otorgó a las partes un plazo para que presenten sus alegaciones y conclusiones finales.

Con fechas 22 y 24 de mayo de 2018, las partes presentaron sus alegaciones y conclusiones finales por escrito; siendo que el 24 de mayo de 2018, se llevó a cabola Audiencia de Informes orales, la cual contó con la presencia de ambas partes.

Por Resolución N° 10, se fijó el plazo para la emisión del laudo arbitral en treinta (30) días hábiles, la cual fue prorrogada mediante Resolución No. 11 por treinta días hábiles adicionales.

VII.- ANALISIS

A. ACERCA DE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

Respecto a los argumentos de la excepción deducida por la Entidad, debemos recordar que la caducidad es una institución jurídica que se encuentran regulada en los artículos 2003° al 2007° del Código Civil, no existiendo regulación al respecto ni en la Ley ni en el Reglamento. Según lo establece el Código Civil, la caducidad tiene por efecto extinguir un derecho y con ello la acción relacionada con el mismo.

De este modo, *“el instituto de caducidad, (...), se parecía el imperativo de la ley por asegurar una situación jurídica, lo que se explica por su íntima vinculación con el intereses colectivo y la seguridad jurídica (...).”* Resolución Cas N°. 2566-99-Callao

En el artículo 2004° del Código Civil se ha establecido el principio de legalidad en relación con los plazos de caducidad; con la finalidad que no se haga un uso abusivo de la misma. El mencionado artículo establece:

Art. 2004.- Legalidad en plazos de caducidad.

Los plazos de caducidad los fija la ley, sin admitir pacto contrario.

(EL SUBRAYADO ES AGREGADO)

De lo antes mencionado, ha quedado claramente establecido que el Código Civil determina que los plazos de caducidad se establecen por ley, siendo sus disposiciones de aplicación supletoria a las disposiciones establecidas en la normativa relacionada con las contrataciones estatales.

Lo mencionado en el punto anterior tiene relación con una de las capacidades inherentes a los árbitros. Me refiero a la capacidad de ejercer jurisdicción y todas las acciones inherentes a esta; al respecto, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la palabra Jurisdicción de la siguiente manera:

jurisdicción.

(Del lat. *iurisdicctio*, -ōnis).

1. f. Poder o autoridad que tiene alguien para gobernar.
2. f. Poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.
3. f. Término de un lugar o provincia.
4. f. Territorio en que un juez ejerce sus facultades de tal.
5. f. Autoridad, poder o dominio sobre otro.
6. f. Territorio al que se extiende.

(EL SUBRAYADO ES AGREGADO)

Sobre este tema, el Tribunal Constitucional refiere en la resolución que resuelve el caso signado como EXP. N.º 6167-2005-PHC/TC, específicamente en el numeral 5 de los fundamentos:

“5. El principio de unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional reconocido en el artículo 139°, inciso 1 de la Constitución, prescribe que: “No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. No hay proceso judicial por comisión o delegación”. En atención a ello, la Constitución ha establecido, como regla general, que corresponde al Poder Judicial el avocamiento único y singular del estudio y solución de los diversos tipos de conflictos jurídicos (principio de unidad), prohibiéndose al legislador que atribuya la potestad jurisdiccional a órganos no conformantes del Poder Judicial (principio de exclusividad).”

(EL SUBRAYADO ES NUESTRO)

Handwritten signature and a checkmark-like mark.

Según la cita antes mencionada, los árbitros están habilitados constitucionalmente para poder aplicar jurisdicción, es decir aplicar derecho y juzgar como lo haría un juez del aparato estatal.

Cabe mencionar que en razón a lo anteriormente expuesto, el Tribunal Constitucional ha establecido que, en *"la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso"* TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ." Sentencia recaída en el Exp. N.º 0023-2003-AI/TC. Caso Jurisdicción Militar. (Fundamento 13).

En este contexto, tenemos que la Entidad ha formulado excepción de caducidad de la cuarta y quinta pretensión de la demanda, en el sentido que la reclamación por la factura No. 3654 y el pedido de devolución del importe de S/ 54,777.76 no habría sido sometido a los mecanismos de solución de controversias.

Sobre el particular, mediante escrito del 17 de abril de 2017, el Consorcio presentó copia del Acta de Conciliación por falta de acuerdo entre las partes del Centro de Conciliación PROJUS del 12 de julio de 2016, así como la solicitud de conciliación del 18 de julio de 2016 y la Carta del 8 de agosto de 2018, por la cual se modifica la solicitud de conciliación incluyéndose la controversia por una retención de S/ 54,777.76.

Atendiendo a que el Consorcio ha demostrado fehacientemente que la cuarta y quinta pretensión de la demanda sí fue incluida en el proceso de conciliación y luego en la solicitud arbitra, conforme a lo señalado en el acta de Instalación llevada a cabo en la sede del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, corresponde desestimar la mencionada excepción de caducidad.



B. ACERCA PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA

1. En primer lugar, se debe precisar que ante el incumplimiento del contratista de alguna de sus obligaciones, la Entidad puede resolver el contrato (de forma total o parcial), de igual manera, le asiste el mismo derecho al contratista ante el incumplimiento por parte de la Entidad de sus obligaciones esenciales. Cuando el incumplimiento sea imputable a alguna de las partes, la parte que incumplió debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados a la otra parte, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 44 de la Ley.
2. Además, cualquiera de las partes puede resolver el contrato, sin responsabilidad alguna, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, según lo dispuesto por el primer párrafo del artículo 44 de la Ley de Contrataciones del Estado.
3. De esta manera, la resolución de un contrato puede originarse por diversas causales, imputables o no a las partes, pudiendo extenderse a todo o a parte del contrato y, en función a ello, generar diversas consecuencias económicas. En este contexto, cualquier controversia que surja entre la Entidad y el contratista sobre la causal aplicable para la resolución del contrato, la configuración del caso fortuito o fuerza mayor, la extensión de la resolución (total o parcial), la determinación de los daños y perjuicios o su cuantía, entre otros, se resolverán mediante conciliación y/o arbitraje, de conformidad con lo indicado en el numeral 52.1 del artículo 52 de la Ley.
4. En el presente caso, la Carta de resolución de Contrato ha sido mencionada en la demanda, a fin de expresar los argumentos para que se declare la nulidad y/o invalidez y/o a fin de que se deje sin efectos, en vista que uno de los informes



técnicos que dieron mérito a dicha comunicación no habría sido adjuntada a la notificación.

5. En este contexto, corresponde analizar la mencionada Carta, a fin de establecer si existió un vicio que pueda dar mérito a declarar la nulidad o invalidez de dicho documento como carta que resuelve el Contrato. Por ello, tenemos que el artículo 169 del Reglamento precisa que:

*"Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá **requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga** en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.*

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada podrá resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato."

6. Asimismo, el literal c) del artículo 40 de la Ley establece que:

"En caso de incumplimiento por parte del contratista de alguna de sus obligaciones, que haya sido previamente observada por la Entidad, y no haya sido materia de subsanación, esta última podrá resolver el contrato en forma total o parcial, mediante la remisión por la vía notarial del documento en el que se manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. Dicho documento será aprobado por autoridad del mismo o superior nivel jerárquico de aquella que haya suscrito el contrato (...)"

7. De la revisión de las precitadas normas, cuando el contratista incumpla las obligaciones a su cargo, la Entidad debe remitir una carta notarial requiriendo el cumplimiento dentro del plazo que otorgue para estos efectos, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Por ello, en caso el contratista, no cumpla con ejecutar las obligaciones a su cargo, esta quedará facultada para resolver el contrato, debiendo remitir por vía notarial el documento en el que manifieste esta decisión y el motivo que la justifica. En el presente caso, la Carta 072-2016-OEA-HNAL fue notificada el 27 de mayo de 2016 a través de una diligencia notarial con el Notario Público José Montoya Vera, precisándose que el incumplimiento habría sido ocasionado por no haber logrado cumplir con el número de personal que prestará el servicio. En consecuencia, el Árbitro único considera que no existe ningún tipo de vicio en la notificación de la Carta que resuelve el Contrato ya que el hecho de que no se haya adjuntado un informe, no implica que dicho asunto no sea causal para declarar la nulidad o ineficacia de la resolución contractual, máxime cuando en dicho documento se aprecia que la Entidad concedió un plazo para subsanar un incumplimiento contractual y este ha sido plenamente identificado.
8. Por lo tanto, no existen razones para declarar fundada la primera pretensión de la demanda.

C. ACERCA DEL SEGUNDO, TERCERO, CUARTO Y QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA DEMANDA

El Árbitro Único estima pertinente analizar los mencionados puntos controvertidos de forma conjunta ya que las respectivas pretensiones de la demanda están relacionadas a la imposición de penalidades por los incumplimientos del Contratista.

El artículo 133 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que una Entidad debe aplicar automáticamente la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación” cuando haya determinado que existe retraso injustificado del contratista en la

ejecución de las prestaciones objeto del contrato, esto es, que el contratista no hubiera solicitado una ampliación de plazo, o habiéndola solicitado esta no fuera aprobada, ante lo cual es posible deducir dicha penalidad de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, así como del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, según corresponda.

Luego, el artículo 134 del Reglamento, que regula la aplicación de "Otras penalidades", dispone lo siguiente:

"Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 133, siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, debe incluir supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar."

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

Asimismo, el segundo párrafo del referido artículo precisa que "Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora."; advirtiéndose, una vez más,

que dichas penalidades tienen un tratamiento diferenciado respecto de la penalidad prevista en el artículo 133 del Reglamento.

En el presente caso, ninguna de las partes ha podido exponer y sustentar debidamente sus posiciones en relación a dicha controversia ya que por un lado, el Contratista sólo ha ofrecido un medio probatorio que resulta insuficiente para que el Árbitro Único determine la procedencia del pedido efectuado por el Consorcio. En efecto, el Anexo 7 de la demanda corresponde a un Estado de Cuenta de la parte demandante el cual contiene una serie de cifras muy disímiles a los montos respecto de los cuales se ha solicitado la devolución. Además, en dicho medio probatorio no se aprecia quien es el depositante.

Por su lado, la Entidad tampoco ha ofrecido medio probatorio que sustente su posición respecto a dichas pretensiones, por lo tanto, el árbitro único deberá declarar infundadas dichas pretensiones ante la insuficiencia de documentación que acredite si las penalidades fueron impuestas y si la determinación de éstas se ajustó a lo que establece la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

D. ACERCA DE LAS COSTAS Y COSTOS DEL ARBITRAJE:

El numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los Árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el Artículo 70° del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1) del Artículo 73° señala que los Árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los Árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el presente caso no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el Árbitro Único se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Considerando el resultado del arbitraje que en puridad, desde el punto de vista del Árbitro Único no puede afirmarse que existe una "parte perdedora", en vista de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral, atendiendo al buen comportamiento procesal de las partes y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada de una de las partes asuma los costos del presente arbitraje; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

De lo indicado se puede observar que ambas partes debían asumir, en proporciones iguales, los costos derivados del arbitraje; esto es, cada parte debió cumplir con cancelar el 50% de los costos que se desprenden de la presentación de la demanda y reconvencción respectivamente.

VIII.- DE LA DECISIÓN.

Estando a los considerandos precedentemente glosados, de conformidad a lo dispuesto por el Acta de Instalación; la Ley de Arbitraje, y, estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, el Árbitro Único, en Derecho y dentro del plazo correspondiente, **RESUELVE:**

PRIMERO.- DECLÁRESE INFUNDADA la excepción de caducidad deducida por el Hospital Nacional Arzobispo Loayza.

SEGUNDO.- DECLÁRESE INFUNDADA la primera pretensión principal de la demanda

TERCERO.- DECLÁRESE INFUNDADA la segunda, tercera, cuarta y quinta pretensión principal de la demanda.

CUARTO.- CARECE DE OBJETO emitir un pronunciamiento sobre la sexta pretensión de la demanda debido a que se desestimaron las pretensiones respecto a la devolución del importe retenido por penalidades.

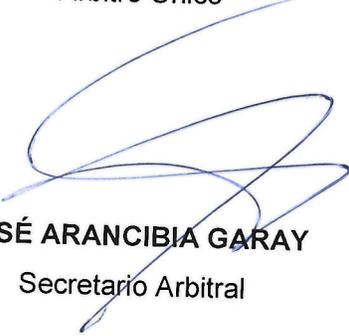
QUINTO.- DISPONGASE que las partes asuman cada uno y directamente, los gastos arbitrales que les correspondía sufragar (50% a cada uno de ellas) así como gastos correspondientes a asesoría legal en que hubieran incurrido a raíz del presente arbitraje; en consecuencia, **REQUIÉRASE** a la parte demandada para que restituya el 50% de los gastos arbitrales asumidos por el Consorcio.

Notifíquese a las partes.-



CHRISTIAN PATRICK VIRÚ RODRÍGUEZ

Árbitro Único



JOSÉ ARANCIBIA GARAY

Secretario Arbitral