

Lima, 22 de mayo de 2019

Señores
HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA
Av. Arequipa N° 810,
Cercado de Lima.-



A/A: Procuraduría Pública del Ministerio de Salud

Ref.: Caso Arbitral N° 0021-2019-CCL

De mi consideración:

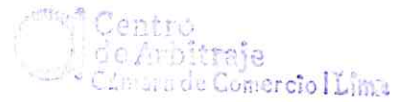
En relación con el caso arbitral de la referencia, cumpla con notificarles el laudo emitido por el Árbitro Único el 20 de mayo de 2019 y depositado en el Centro el 21 de mayo de 2019.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,



ALEX PINEDO-MINDREAU PASTOR
Secretario Arbitral



Arbitraje seguido entre

2019 MAY 21 PM 2 01

ROCHEM BIOCARE DEL PERÚ S.A.C.

RECIBIDO
CON SELLO DE
CONFORMIDAD

y el

HOSPITAL NACIONAL ARZOBISPO LOAYZA

LAUDO

Árbitro Único

Alberto Molero Rentería

Secretaría Arbitral

Alex Pinedo Mindreau

Fecha

Lima, 20 de mayo de 2019

INDICE

- I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES
- II. DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO
- III. EL CONVENIO ARBITRAL, TIPO DE ARBITRAJE Y LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA
- IV. PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE
- V. CONSIDERACIONES PRELIMINARES
- VI. PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y RESUMEN DE SUS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO
- VII. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA
- VIII. ACTUACIONES POSTERIORES
- IX. CUESTIONES PREVIAS
- XI. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA
- XIII DISTRIBUCIÓN DE LOS HONORARIOS DEL ÁRBITRO ÚNICO, LOS GASTOS ADMINISTRATIVOS Y LOS GASTOS LEGALES
- XIV. PARTE RESOLUTIVA

GLOSARIO DE TÉRMINOS

TÉRMINOS	ABREVIATURAS
1 Rochem Biocare del Perú S.A.C.	ROCHEM BIOCARE
2 Hospital Nacional Arzobispo Loayza	HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA
3 Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima	REGLAMENTO DE ARBITRAJE
4 Ley de Contrataciones del Estado	LCE
5 Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.	RLCE
6 Contrato N° 087-2017-HNAL	CONTRATO

VISTOS:

I. IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES Y SUS REPRESENTANTES

1. Partes:

- En calidad de Demandante: ROCHEM BIOCARE
- En calidad de Demandada: HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA.

2. Representantes:

- Del Demandante: Sr. Gustavo Fernando Ramos Bermejo.¹
- Del Demandado: Dr. Carlos Miguel Reaño Balarezo.²

II. DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO E INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL

3. Surgida la controversia entre las partes, el Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, en su sesión del día 13 de marzo de 2019 cumplió con designar al Árbitro Único a efectos de que resuelva la controversia. El Árbitro Único, con fecha 19 de marzo de 2019, cumplió con aceptar el encargo de árbitro.
4. Mediante la Orden Procesal N° 1 de fecha 8 de abril de 2019, se fijaron las Reglas Definitivas del proceso.

III. EL CONVENIO ARBITRAL, TIPO DE ARBITRAJE Y LEY APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA

5. En la Cláusula Décimo Octava del CONTRATO –referida a la solución de controversias– las partes acordaron lo siguiente:

¹ Según escrito de demanda arbitral presentado el 15 de abril de 2019.

² Según escrito de contestación de demanda presentado el 25 de abril de 2019.

Árbitro Único
Alberto Molero Rentería

CLÁUSULA DÉCIMO SÉTIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122, 137, 140, 143, 146, 147 y 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el numeral 45.2 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado. El arbitraje será institucional y resuelto por árbitro único.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 183 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el numeral 45.9 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.

6. Según la Regla 7 del Arbitraje establecida en la Orden Procesal N° 1, el presente arbitraje es de Derecho.
7. Asimismo, en concordancia con lo estipulado en la Regla 13 del Arbitraje establecida en la Orden Procesal N° 1, la ley aplicable al fondo de la controversia en el presente proceso es la ley peruana.

IV. PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE

8. Según lo previsto en la Regla 4 del Arbitraje establecida en la Orden Procesal N° 1, las partes ratificaron su sometimiento incondicional a las Reglas del Arbitraje Acelerado, así como el sometimiento al Reglamento.

V. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

9. El presente laudo se expide de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37° del REGLAMENTO DE ARBITRAJE, así como en lo previsto en el artículo 54° de la LEY DE ARBITRAJE.

Estando a lo dispuesto de manera precedente, el Árbitro Único advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la presente decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las pretensiones formuladas por REOCHEM BIOCARE, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.

10. En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Árbitro Único deja expresa constancia que ha tomado en consideración las reglas previstas para el Arbitraje Acelerado, no obstante, ha tenido plena apertura para que las partes puedan presentar y actuar los medios probatorios que consideren necesarios. Asimismo, deja constancia que dicha valoración se enmarca en lo establecido en el numeral 2 del artículo 28 del REGLAMENTO DE ARBITRAJE, en el que se señala que:

Árbitro Único
Alberto Molero Rentería

"2. El tribunal arbitral determina, de manera exclusiva, la admisibilidad, la oportunidad, la pertinencia y el valor de las pruebas presentadas"

VI. PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y RESUMEN DE SUS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

11. ROCHEM BIOCARE, a través de la demanda arbitral del 15 de abril de 2019 formuló las siguientes pretensiones:

"Primera Pretensión Principal: Que se ordene a la demandada que nos devuelva la suma de S/. 79,790.7 (Setenta y nueve mil setecientos noventa y 70/100 Soles) que corresponden a las penalidades cobradas en exceso a ROCHEM por retrasos en la tercera y cuarta entrega por no sujetarse al procedimiento de cálculo establecido en la Cláusula Duodécima del Contrato N° 087-2017-HNAL de fecha 19 de diciembre de 2017 celebrado con la demandada"

"Pretensión Accesorio: Demandamos el pago de los costos y los gastos arbitrales del presente proceso que se liquidarán al final del proceso"

Fundamentos de Hecho y de Derecho

Antecedentes

12. Con fecha 19 de diciembre de 2017, se suscribió el Contrato N° 087-2017-HNAL para la "Adquisición de Reactivos para Inmunología Paquete B Automatizado por Un Año", por un monto ascendente a S/. 962,591.00 que incluye los impuestos de ley. .
13. ROCHEM BIOCARE alega que de acuerdo a la Cláusula Cuarta del CONTRATO, el pago de la contraprestación sería realizada de manera periódica luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, es decir, que el HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA debía cancelar por cada entrega.
14. Señala ROCHEM BIOCARE que se estableció un cronograma de entrega periódico dividido en 12 meses, a requerimiento del HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA, quien indicó que las entregas se realizarían de forma mensual, según el cronograma de entregas consignado en la Cláusula Quinta del CONTRATO.
15. ROCHEM BIOCARE manifiesta que, en atención a la importancia en la puntualidad de las entregas, se estableció la aplicación de la penalidad por cada día de atraso, tal como se verifica en la Cláusula Duodécima del CONTRATO.
16. Según alega ROCHEM BIOCARE, el cálculo de la penalidad se realizaría según la fórmula prevista en dicha cláusula contractual, siendo ésta la siguiente:

Árbitro Único
Alberto Molero Rentería

CLÁUSULA DUODÉCIMA: PENALIDADES

En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula:

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

Donde:

F = 0.25 para plazos mayores a sesenta (60) días o;

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

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.

Esta penalidad se deduce de los pagos a cuenta o del pago final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

Esta penalidad puede alcanzar un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad por mora, LA ENTIDAD puede resolver el contrato por incumplimiento.

En dicha cláusula, las partes precisaron 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.

17. ROCHEM BIOCARE precisa además que en dicha Cláusula Duodécima, se indicó que la penalidad puede alcanzar un monto máximo equivalente al 10 por ciento del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.
18. Asimismo, sostiene que esta disposición del CONTRATO fue recogida del propio artículo 132 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
19. ROCHEM BIOCARE enfatiza el límite de la penalidad que puede aplicarse al retraso pues su posición se centra, precisamente, en una aplicación de penalidad indebida por parte del HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA.

La Primera Pretensión Principal de la Demanda

20. Con relación a esta pretensión, ROCHEM BIOCARE señala que tanto en la tercera entrega como en la cuarta entrega de los productos según el cronograma establecido en el CONTRATO, incurrieron en retrasos. Sostiene que en la tercera entrega, los bienes debían ser entregados el 3 de febrero de 2018 y fueron efectivamente entregados el 20 de febrero de 2018; es decir, con 15 días de retraso.
21. De igual manera, sostiene ROCHEM BIOCARE que la cuarta entrega tuvo que realizarse el 3 de marzo de 2018, siendo efectivamente realizada el 20 de abril de 2018; es decir, con 46 días de retraso.

Árbitro Único
Alberto Molero Rentería

22. ROCHEM BIOCARE señala que con fecha 30 de abril de 2018, el Jefe de la Unidad de Adquisiciones del HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA mediante los cuales determinó la aplicación de la penalidad por la tercera entrega la suma de S/. 85,924.95 por los 15 días de retraso; mientras que por la cuarta entrega aplicó una penalidad de S/. 10,334.15 por los 46 días de retraso. La penalidad fue aplicada a la Factura N° F001-550 y F001-549.
23. Sostiene ROCHEM BIOCARE, que el HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA emitió las Notas de Débito N° 001-0063306 y 001-0063304, por las sumas de S/. 68,740.00 y S/. 17,184.85, respectivamente, montos que sumados ascienden a S/. 85,924.95.
24. ROCHEM BIOCARE señala que no es objeto de controversia cuestionar el derecho del HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA de aplicar penalidad por el retraso incurrido, sino que, el objeto de reclamo, es el cálculo erróneo de la penalidad.
25. Sostiene ROCHEM BIOCARE que el cálculo de la penalidad se realizó de forma errada, pues el HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA, si bien realizó correctamente el cálculo para determinar el monto por penalidad diaria, ascendente a S/. 5728.33, dicho monto multiplicándolo por el número de días de retraso de la tercera entrega (15 días), da como resultado la suma de S/. 85,924.95, considerando para el descuento respectivo, el monto del CONTRATO y no el monto de la tercera entrega materia de retraso.
26. A partir de ello, señala ROCHEM BIOCARE, que el HOSPITAL ARZOBISPO LAOAYZA no tuvo en consideración no sólo el monto involucrado en la tercera entrega, sino el límite máximo permitido por ley para la aplicación de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación, establecido en la Cláusula Duodécima del CONTRATO, así como lo previsto en el artículo 132 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
27. A partir de ello, sostiene ROCHEM BIOCARE que si el monto por la tercera entrega ascendió a S/. 68,740.00 soles, el monto máximo de la penalidad por dicha entrega sería de S/. 6,874.00 Soles. De ahí que considera ROCHEM BIOCARE que el HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA ha efectuado un cobro en exceso ascendente a S/. 79,050 Soles.
28. Situación similar, señala ROCHEM BIONCARE, se produce en el cálculo de la penalidad por el retraso en la cuarta entrega, cuyo monto asciende a la S/. 95,944.00 Soles, donde el HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA hizo un descuento de S/. 10,334.15 Soles, que corresponde a la diferencia del monto que equivale al 10 % del monto total adjudicado en el CONTRATO.
29. En efecto, sostiene ROCHEM BIOCARE que el CONTRATO fue adjudicado por una suma ascendente a S/. 962,591.00 Soles, por lo que el 10% del monto adjudicado equivale a la suma de S/. 96,591.00, suma que fuera descontada de las facturas por la tercera y cuarta entrega.
30. En tal sentido, ROCHEM BIOCARE alega que el HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA ha descontado de manera errada la penalidad que les correspondía por el retraso en la tercera y cuarta entrega,

Árbitro Único
Alberto Molero Rentería

dado que no tuvo en consideración que el límite máximo de la penalidad debía aplicarse al monto de cada entrega y no, al total del monto adjudicado, en la medida que el CONTRATO era de ejecución periódica.

31. En consecuencia, a criterio de ROCHEM BIOCARE corresponde que el HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA debe devolver el exceso cobrado por concepto de penalidad, ascendente a S/. 79,790.70 Soles.

La Pretensión Accesorio de la Demanda

32. Como pretensión accesorio, ROCHEM BIOCARE solicita que el Árbitro Único que los costos y costas del presente proceso sean asumidos por el HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA en atención a la aplicación indebida de la penalidad.
33. No obstante, en el sustento de la Pretensión Accesorio, ROCHEM BIOCARE fundamenta como derecho el reconocimiento de los intereses por el cobro indebido, los mismos que se deberán calcular desde la aplicación de la penalidad hasta el momento de su efectiva devolución.

VII. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y RESUMEN DE SUS FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO

El Árbitro Único pasa a exponer los argumentos de defensa que expone el HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA en su escrito de contestación de demanda.

Sobre la Primera Pretensión. Sobre el incumplimiento de obligaciones

34. Mediante escrito de contestación de demanda presentado el 25 de abril de 2019, el HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA contesta la demanda interpuesta por ROCHEM BIOCARE, señalando que ROCHEM BIOCARE reconoce el incumplimiento de obligaciones, en la tercera y cuarta entrega.
35. Efectivamente, el HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA alega que ROCHEM BIOCARE en la página 5 numeral 3.09 de su demanda, reconoce que en la tercera entrega tuvo un retraso de 15 días; mientras que en la cuarta entrega tuvo un retraso de 46 días.
36. Asimismo, alega el HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA que la parte actora no niega el derecho al cobro de la penalidad, por el contrario, señala un presunto cálculo erróneo de la misma.

Sobre la penalidad

37. Señala el HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA que en caso de retraso injustificado por parte de la contratista en la ejecución de las prestaciones objeto de contrato, la normativa de contrataciones regula la aplicación de la penalidad por mora por cada día de atraso. Así, refiere que el artículo 132 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece la fórmula para calcular el

Árbitro Único
Alberto Molero Rentería

importe de la penalidad diaria que era aplicable al contratista ante el retraso injustificado en la ejecución de sus prestaciones,

38. Sostiene además que el tercer párrafo del citado artículo (132) detalla los componentes de la fórmula, estableciendo 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"*
39. Sostiene el HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA que la finalidad de este tipo de penalidad es desincentivar el incumplimiento del contratista, así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que el retraso en la ejecución de las prestaciones objeto de contrato le hubiera causado.
40. Señala el HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA que según el numeral 3.7.1 página 11 de las Bases, en caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso, de conformidad con el artículo 133 del REGLAMENTO. La penalidad se deduce de los pagos a cuenta o del pago final, según corresponda o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.
41. El HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA recoge la Opinión N° 165-2018/DTN del OSCE, a efectos de aplicar la fórmula contemplada en el artículo 133 del Reglamento, la Entidad debe emplear tanto el monto como el plazo del contrato o del ítem que debe ejecutarse, salvo en los contratos de ejecución periódica, en los cuales dicho cálculo se debe realizar tomando en consideración el plazo y el monto de las prestaciones parciales materia del retraso. Señala además que, independientemente si el contrato es de ejecución periódica, el monto máximo de la penalidad por mora es del diez por ciento (10%) del monto total del contrato vigente o del ítem que debió ejecutarse. Por tanto, en los contratos de ejecución periódica, la sumatoria de los montos correspondientes a la aplicación de penalidades por el atraso en la ejecución de las prestaciones no puede ser superior al diez por ciento (10%) del monto total del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.
42. Señala el HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA que en relación a la tercera entrega, mediante Informe N° 375-ADQ-HNAL-2018 el Jefe de la Unidad de Adquisiciones realizó el análisis de su competencia por los 15 días de retraso no justificados calculando la penalidad por día, tomando en cuenta el importe parcial según el cronograma mensual, llegando a la conclusión que debía aplicarse una penalidad ascendente a S/. 85,924.95 Soles.
43. Asimismo, señala el HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA que en relación a la cuarta entrega, mediante Informe N° 391-ADQ-HNAL-2018 el Jefe de la Unidad de Adquisiciones realizó el análisis de su competencia por los 46 días de retraso no justificados calculando la penalidad por día, tomando en cuenta el importe parcial según el cronograma mensual. En este caso, el monto de la penalidad a aplicar ascendía a S/. 10,334.15 Soles

Árbitro Único
Alberto Molero Rentería

44. Estos resultados, a decir del HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA fueron corroborados por el Informe Técnico N° 04-2019-OL-J-HNAL, concluyendo que se tomaron en cuenta, para el cálculo de la penalidad los montos parciales de la prestación, correspondiente a la tercera y cuarta entrega.

Sobre la Segunda Pretensión.

45. El HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA alega en relación a esta pretensión que corresponde al Árbitro Único distribuya y prorratee estos costos entre las partes, so estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, señalando además que, habiéndose acreditado la improbanza de las pretensiones de ROCHEM BIOCARE corresponde a ésta asumir los costos y gastos del proceso.

VIII. LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

46. Mediante Orden Procesal N° 3 de fecha 29 de abril de 2019, el Árbitro Único procedió a fijar los puntos controvertidos materia de la presente controversia:

Con respecto a la Primera Pretensión Principal de la Demanda

Determinar si corresponde que el Árbitro Único ordene al demandado devuelva la suma de S/. 79,790.70 (Setenta y nueve mil setecientos noventa y 70/100) que corresponde a las penalidades cobradas en exceso a ROCHEM por retrasos en la tercera y cuarta entrega por no sujetarse al procedimiento de cálculo establecido en la Cláusula Duodécima del Contrato N° 087-2017-HNAL de fecha 19 de diciembre de 2017 celebrado entre las partes del presente arbitraje

Con respecto a la Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal de la Demanda

Determinar si corresponde que el Árbitro Único ordene al demandado el pago de los costos y los gastos arbitrales del presente proceso que se liquidarán al final del proceso

IX. ACTUACIONES POSTERIORES

47. Mediante Orden Procesal N° 3, el Árbitro Único dispuso la actuación de una Audiencia Única con la finalidad de brindar a las partes la posibilidad de exponer sus respectivas posiciones.
48. Así, con fecha 8 de mayo de 2019, se llevó a cabo la Audiencia Única, la misma que contó con los representantes de las partes. En dicha oportunidad, el Árbitro Único concedió un plazo de cinco (5) días hábiles, para la presentación de un escrito de conclusiones finales.
49. Con fecha 15 de mayo de 2019, ROCHEM BIOCARE y el HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA cumplieron con presentar sus escritos de conclusiones finales.

Árbitro Único
Alberto Molero Rentería

50. Finalmente, el Árbitro Único deja constancia que la presente decisión (laudo) se emite dentro de los plazos previstos para el arbitraje acelerado, específicamente en atención al literal f) del artículo 2 del Apéndice II Reglas del Arbitraje Acelerado del REGLAMENTO.

CONSIDERANDO:

X. CUESTIONES PREVIAS

51. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente: i) que, el presente proceso se constituyó de conformidad con las disposiciones establecidas en el CONTRATO; ii) que, en ningún momento se interpuso recusación contra el Árbitro Único, o se efectuó algún reclamo contra las disposiciones establecidas en REGLAMENTO DE ARBITRAJE, en lo que respecta al Arbitraje Acelerado; iii) que, ROCHEM BIOCARE presentó su escrito de demanda dentro de los plazos previsto, ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso; iv) que, por su parte el HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA fue debidamente emplazada, contestando la demanda dentro del plazo dispuesto para ello, ejerciendo plenamente su derecho de defensa v) que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de informar en una Audiencia Única los aspectos relacionados con la materia controvertida.
52. Asimismo, el Árbitro Único deja constancia que los puntos controvertidos determinados en la instancia respectiva, pueden ser ajustados, reformulados y/o analizados en el orden que considere pertinente, incluso resolverlas no necesariamente en el orden empleado, sin que ello genere nulidad de ningún tipo y sin que exceda en la materia sometida a arbitraje.
53. En cuanto a las pruebas, el Árbitro Único expresa que los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el árbitro respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba: necesidad, originalidad, pertinencia y utilidad de la prueba.
54. Estos medios probatorios deben ser valorados de manera conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueban los hechos que fundamentan su pretensión, la demanda deberá ser declarada infundada.
55. Asimismo, el Árbitro Único hace notar que, de conformidad con lo establecido en el REGLAMENTO DE ARBITRAJE, el árbitro tiene la facultad de determinar, de manera exclusiva, la admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas ofrecidas, estando en concordancia con lo establecido en el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071.
56. Ello ha sido resaltado por HINOJOSA SEGOVIA y por los tribunales españoles cuando se ha indicado que "(...) la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes..." (Sentencia de

Árbitro Único
Alberto Molero Rentería

fecha 30/11/87)³.

57. Siendo ello así, el Árbitro Único pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente.

I. ANÁLISIS.-

PRIMERO.

58. De acuerdo a lo manifestado por ROCHEM BIOCARE en el escrito de demanda, el presente proceso se circunscribe al análisis y resolución de las siguientes pretensiones:

"Primera Pretensión Principal: *Que se ordene a la demandada que nos devuelva la suma de S/. 79,790.7 (Setenta y nueve mil setecientos noventa y 70/100 soles) que corresponde a las penalidades cobradas en exceso a ROCHEM por retrasos en la tercera y cuarta entrega por no sujetarse al procedimiento de cálculo establecido en la Cláusula Duodécima del Contrato N° 087-2017-HNAL de fecha 19 de diciembre de 2017, celebrado con la demandada"*

"Pretensión Accesorio: *Demandados el pago de los costos y los gastos arbitrales del presente proceso que se liquidarán al final del proceso"*.

59. Para resolver la presente controversia, el Árbitro Único ha tenido a la vista un conjunto de medios probatorios que tienen el propósito de comprobar que los hechos descritos por las partes, primero, han tenido lugar en la realidad y, segundo, se encuentran configurados en los supuestos de hecho que conforman las normas jurídicas o cláusulas contractuales correspondientes, a los cuales les corresponde una consecuencia jurídica.

60. Para tal efecto, es menester precisar que constituye un principio general de todo proceso, el de la Carga de la Prueba; norma elemental de lógica jurídica en materia de probanza que se encuentra recogida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 196° del Código Procesal Civil, norma que el Colegiado tiene en consideración de manera referencial, establece literalmente lo siguiente:

"Artículo 196.- Carga de la prueba. Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos".

61. Así, 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 la prueba referidos en párrafos anteriores, los mismos que se encuentran recogidos en el artículo 188° del Código Procesal Civil.

³ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. "El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)". Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid. España. 1991. Pág. 309.

Árbitro Único
Alberto Molero Rentería

62. Por su parte, el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071 otorga a los árbitros, de manera exclusiva, la facultad plena de determinar el valor de las pruebas, siempre que la valoración sea realizada en forma conjunta y utilicen su apreciación razonada:

"Artículo 43°.-

1. El tribunal arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios.

2. El tribunal arbitral está facultado asimismo para prescindir motivadamente de las pruebas ofrecidas y no actuadas, según las circunstancias del caso".

63. Adicionalmente, es menester advertir que en el ordenamiento jurídico peruano se reconoce el principio de adquisición procesal, el cual consiste en que las pruebas de una de las partes pueden resultar benéficas a los intereses de la contraria y, más aún, el juzgador ha de examinar y valorar las pruebas que obran en autos, a fin de obtener con esos medios de prueba la verdad histórica que debe prevalecer en el caso justiciable.

64. Efectivamente, en términos de CHIOVENDA, el principio de adquisición procesal consiste en lo siguiente:

"(...) un derecho importante de las partes deriva de la circunstancia que la actividad de ambas pertenece a una relación única; y este derecho consiste en que los resultados de sus actividades son comunes a las dos partes en juicio. En virtud de tal principio, llamado de la adquisición procesal, cada una de las partes tiene derecho a utilizar las aportaciones hechas por la contraria, las peticiones que ésta formule y los actos de impulso que realice"⁴.

SEGUNDO.

65. Como se puede apreciar del contenido del presente laudo, la controversia surgida entre las partes está relacionada con el procedimiento y cálculo de la penalidad prevista en el CONTRATO, así como en la normativa de contrataciones del Estado. A partir de ello, la determinación de si la aplicación de la penalidad por parte del HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA en cuanto al monto, fue indebida.

66. Sin perjuicio de esta delimitación, el Árbitro Único estima necesario hacer una breve referencia a la naturaleza jurídica y efectos de los acuerdos adoptados por las partes al momento de ingresar en la relación contractual. Así, es pertinente tener a vista lo dispuesto por el Artículo N° 1351 del Código Civil de 1984 que en relación al contrato señala lo siguiente:

"(...)

⁴ CHIOVENDA, José. *Instituciones de derecho procesal civil*. vol. III, trad. E. Gómez de Orbaneja, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, p. 91.

Árbitro Único
Alberto Molero Rentería

Noción de contrato

Artículo 1351.- *El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial (...).*"

67. Asimismo, el Artículo N° 1402 del mismo cuerpo normativo señala:

"(...)

Objeto del contrato

Artículo 1402.- *El objeto del contrato consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones (...).*"

68. Las normas jurídicas invocadas, permiten al Árbitro Único verificar que el contrato consiste en un acuerdo entre dos partes, con el propósito de poner en movimiento una relación jurídica sustantiva generadora de obligaciones, ya sea creándola, regulándola, modificándola o extinguiéndola.
69. En cuanto a la libertad contractual, la Corte Suprema de Justicia ha señalado además que: *"La libertad para contratar, es la capacidad de toda persona para decidir si contratar o no y con quien contrata; y por otro lado, la libertad contractual es la capacidad de determinar el contenido de los contratos."*⁵, agregando además que: *"Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo."*⁶
70. La doctrina ha señalado además que: *"En ambos campos del Derecho privado y público pueden tener lugar los acuerdos de voluntad. Y si bien en el Derecho Público los acuerdos de voluntad tienen sus lógicas limitaciones, también los tienen en el Derecho privado, donde el orden público, por ejemplo, actúa como límite de la libertad contractual; en ninguno de los campos del derecho existe libertad ilimitada para contratar, en cada uno de esos campos hay limitaciones a la libre expresión de la voluntad propias de cada rama del derecho."*⁷
71. A partir de ello, se pone de manifiesto que nada obsta para que las partes puedan contratar en un determinado sentido, siempre que los alcances de sus acuerdos arribados no vayan a afectar el interés público ni ser contrarios a la legislación vigente; teniendo en cuenta ello, el Tribunal Arbitral concluye que el propio ordenamiento jurídico prevé la existencia de una libertad contractual entre las partes del contrato, hasta el punto en el que no deje de respetarse el interés y el orden público.
72. Dentro de esta relación jurídica, resulta vital tomar en consideración el principio de Buena Fe contractual, Así sobre la Buena Fe, el jurista Manuel de la Puente indica lo siguiente⁸:

"[...] en sentido subjetivo, la buena fe se refiere a la intención con que obran las personas o a la creencia con que lo hacen (adquiriente, poseedor, cónyuge del bigamo), por lo cual se le llama buena fe – creencia; en sentido objetivo, la buena fe actúa como regla de conducta, que orienta la

⁵ CAS. 764-97-CAJAMARCA, SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DEL PERUANO, 21-01-1999.

⁶ CAS. 1964-T-96-LIMA, SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA, EL PERUANO, 16-03-1998, P.547.

⁷ MARIENHOFF, Miguel S: Tratado de Derecho Administrativo. Tomo III. Buenos Aires: ABELEDO-PERROT; 1995.PAG121.

⁸ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General*. Tomo I. Palestra Editores. Lima, 2007. p. 332.

Árbitro Único
Alberto Molero Rentería

actuación leal del sujeto (negociación del contrato, cumplimiento de la relación obligatoria creada por él), lo que determina que se le denomine buena fe – lealtad”.

73. Asimismo, Guillermo A. Borda⁹ menciona lo siguiente:

«La buena fe-lealtad es el deber de obrar en las relaciones contractuales con probidad, como lo haría una persona honorable y correcta obrando con cuidado y previsión. Esta buena fe obliga a ser claro en las ofertas y tratativas contractuales, de modo de no inducir en error a la otra parte; a interpretar el contrato honorablemente; a abstenerse de todo acto que dificulte el cumplimiento por la otra parte o que implique terminar intempestivamente las relaciones contractuales; [...]».

74. Estas referencias doctrinales y normativas nos permiten concluir que el análisis de la presente controversia debe enmarcarse en las disposiciones contractuales que reflejan obligaciones entre ellas, siempre y cuando, dichas disposiciones no se encuentren inmersas en la violación o vulneración de la libre voluntad de las partes o, de hechos o actos que pudieran ser considerados como alejados de la Buena Fe.
75. A propósito de ello, de las posiciones plasmadas por las partes en los escritos presentados, y de la documentación probatoria que se ha tenido a vista, el Árbitro Único deja constancia que tanto ROCHEM BIOCARE como el HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA han fijado posición coincidente en que, la materia en discusión no se enmarca en el derecho del HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA, de aplicar la penalidad por el retraso en el cumplimiento de la prestación.
76. En efecto, de los escritos que obran en el expediente, las partes y sobre todo, ROCHEM BIOCARE ha expresado no estar en contra de la aplicación de la penalidad, reconociendo haber incurrido en retraso al realizar la tercera y cuarta entrega programada. Tampoco está en discusión que el CONTRATO prevé un fórmula para el cálculo de las penalidades.
77. Lo que se encuentra en discusión, es el monto que corresponde aplicar al retraso derivado de la tercera y cuarta entrega.
78. Para ello, el Árbitro Único estima necesario señalar que el objeto materia de contratación era la adquisición de reactivos para inmunología por el periodo de un año. En efecto, la Cláusula Segunda del CONTRATO consigna lo siguiente:

CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO DEL CONTRATO

El presente contrato tiene por objeto la Adquisición de Reactivos para Inmunología Paquete B Automatizado por Un Año, conforme a las Especificaciones Técnicas y Requerimientos Técnicos Mínimos especificados en el expediente de contratación de la precitada Licitación. Estando la descripción del ítem adjudicado: Paquete I: Paquete B Automatizado, con las cantidades detalladas en la cláusula siguiente.

⁹

BORDA, Guillermo A. *Manual de Contrato*. Buenos aires, Abeledo Perrot. \$ta. Edición actualizada. p. 115.

Árbitro Único
Alberto Molero Rentería

79. Asimismo, según la Cláusula , el monto contratado era de S/ 962,591.00 Soles, incluido impuestos

CLÁUSULA TERCERA: MONTO CONTRACTUAL

El monto total del presente contrato asciende al monto de S/ 962,591.00 (Novecientos Sesenta y Dos Mil Quinientos Noventa y Uno con 00/100 Soles), que incluye todos los impuestos de Ley.

80. En cuanto a la forma de pago, las partes acordaron en el CONTRATO, que el pago sería efectuado de manera periódica, tal como se verifica a continuación:

CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO

LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en moneda nacional y en pagos periódicos, 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.

81. A partir de ello, el Árbitro Único advierte que si bien el monto de la contraprestación pactada era un monto por la totalidad de los bienes adquiridos, no menos cierto es que el pago de dicha contraprestación debía efectuarse en pagos periódicos.

82. El Árbitro Único, advierte que estos pagos periódicos se encontraban relacionados con la forma en que era ejecutada la prestación. En efecto, según lo previsto por las partes en el CONTRATO, los bienes materia de adquisición debían ser entregados de manera también periódica, durante el plazo del CONTRATO. En efecto, de acuerdo con la Cláusula Quinta del CONTRATO, se acordó lo siguiente:

Los bienes materia del presente contrato se entregarán en el plazo de tres (03) días calendarios para el primer ingreso (EQUIPO Y REACTIVOS o INSUMOS) computados desde el día siguiente de la suscripción del contrato y del segundo ingreso hasta el decimosegundo ingreso el plazo de entrega será dentro de los TRES (03) días calendarios del siguiente mes (REACTIVOS o INSUMOS), computados de acuerdo al calendario propuesto, el ingreso de los productos será en entregas mensuales ó según requerimiento del Área Usuaria, por el periodo de doce (12) meses; en concordancia con lo establecido en el expediente de contratación.

83. Como se aprecia, la forma de ejecución de la prestación era a través de entregas mensuales, lo que implica que, no sólo el pago de la contraprestación debía realizarse de manera periódica, sino que la prestación misma debía efectuarse también de manera periódica, en este caso, de manera mensual o a requerimiento del área usuaria.

84. Estas entregas periódicas de la prestación estuvo además, expresamente estipulado en el CONTRATO, tal como este Árbitro Único ha podido advertir. De acuerdo al CONTRATO, las entregas serían realizadas en el orden siguiente:

Árbitro Único
Alberto Molero Rentería

CRONOGRAMA DE ENTREGAS

PAQUETE I: PAQUETE B AUTOMATIZADO

PRO D	DESCRIPCION	CANT	U.M.	MES 1	MES 2	MES 3	MES 4	MES 5	MES 6	MES 7	MES 8	MES 9	MES 10	MES 11	MES 12
1	ANTICUERPO ANTI VIH 1-2	30,000	DET.	2,500	2,500	2,500	2,500	2,500	2,500	2,500	2,500	2,500	2,500	2,500	2,500
2	HEPATITIS A IgG	800	DET.	200			200			200			200		
3	HEPATITIS A IgM	900	DET.	300			200			200			200		
4	HEPATITIS B ANTICUERPO ANTICORE IgM	1,000	DET.	300			200			200			300		
5	HEPATITIS B ANTICUERPO ANTICORE TOTAL	5,000	DET.	500	400	400	400	400	400	400	400	400	400	400	500
6	HEPATITIS ANTIGENO DE SUPERFICIE	25,000	DET.	2,500	2,000	2,000	2,000	2,000	2,000	2,000	2,000	2,000	2,000	2,000	2,500
7	HEPATITIS C ANTICUERPO	5,000	DET.	500	400	400	400	400	400	400	400	400	400	400	500
8	ANTICUERPO ANTI HBSAG (ANTIGENO AUSTRALIANO)	1,300	DET.	200	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100	100
9	ANTICUERPO ANTI CITOMEGALOVIRUS IgG	800	DET.	200			200			200			200		
10	ANTICUERPO ANTI CITOMEGALOVIRUS IgM	1,200	DET.	300			300			300			300		
11	ANTICUERPO ANTI TOXOPLASMA GONDII IgM	1,200	DET.	300			300			300			300		
12	ANTICUERPO ANTI TOXOPLASMA GONDII IgG	800	DET.	200			200			200			200		
13	ANTICUERPO RUBEOLA IgM	1,200	DET.	300			300			300			300		
14	ANTICUERPO RUBEOLA IgG	600	DET.	200			100			100			200		
15	ANTICUERPO HTLV I - II	3,600	DET.	300	300	300	300	300	300	300	300	300	300	300	300
16	ANTIGENO HEPATITIS B ANTIGENO EPSILON (e)	600	DET.	200			100			100			200		
17	ANTIGENO HEPATITIS B ANTICUERPO CONTRA ANTIGENO EPSILON (e)	600	DET.	200			100			100			200		

85. Que se entiende entonces por prestaciones periódicas. Según De La Puente y Lavalle; "(...) el contrato es de ejecución periódica, llamado también de trato sucesivo, cuando la obligación contractual da lugar a varias prestaciones instantáneas del mismo carácter (generalmente de hacer,

Árbitro Único
Alberto Molero Rentería

pero que puede ser también de dar) que deben ejecutarse periódicamente – de un modo fraccionado con una cierta distancia temporis una de la otra – durante la vigencia del contrato, por tener las partes interés de satisfacer una necesidad que presenta el carácter de periódica, (...)”¹⁰

86. Queda claro que la relación entre las partes, enmarcada en el CONTRATO materia de análisis, es una relación contractual de ejecución periódica. En preciso señalar además, que existe coincidencia entre las partes en que dicho CONTRATO es de ejecución periódica.
87. Partiendo de ello, tal como se ha podido advertir de los escritos presentados por las partes, así como de las exposiciones realizadas en Audiencia Única, la controversia en el presente caso, se centra en la forma de aplicación de la penalidad, específicamente, en lo que respecta al monto máximo aplicable.
88. Sobre el particular, es preciso señalar que tal como hemos citado, la Cláusula Duodécima del CONTRATO establece lo siguiente:

CLÁUSULA DUODÉCIMA: PENALIDADES

En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula:

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

Donde:

F = 0.25 para plazos mayores a sesenta (60) días o;

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

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.

Esta penalidad se deduce de los pagos a cuenta o del pago final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

Esta penalidad puede alcanzar un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad por mora, LA ENTIDAD puede resolver el contrato por incumplimiento.

Esta disposición ha sido recogida además del artículo 133 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

89. Ahora bien, en la citada cláusula, las partes han previsto que tanto el monto como el plazo se refieren, 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.** (Énfasis propio)

En el presente caso, nos encontramos ante un contrato de ejecución periódica, por lo que, para el cálculo de la penalidad diaria, debe considerarse la prestación parcial que fuera materia de retraso.

¹⁰ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en general*, Tomo I, Lima; Palestra Editores S.R.L., 2da. Edición, 2003, pág 184

Árbitro Único
Alberto Molero Rentería

90. Así las cosas, de la revisión del escrito de contestación de demanda, el HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA ha señalado que para el cálculo de la penalidad diaria por el retraso en la tercera entrega ha tomado en consideración el monto de la prestación parcial materia de retraso.

Importe parcial según cronograma mensual	S/. 68,740.00
Días de atraso	15 días
Penalidad por día	S/. 5,728.33
Penalidad por días de atraso	S/. 85,924.95
Fuente: Informe N° 375-ADQ-HNAL-2018	

91. Asimismo, ésta parte ha sostenido que para el cálculo de la penalidad diaria en lo que respecta a la de la cuarta entrega, ha tomado en consideración el monto involucrado en la ejecución parcial de la prestación.

Importe parcial según cronograma mensual	S/. 95,944.00
Días de atraso	46 días
Penalidad por día	S/. 7,995.33
Penalidad por días de atraso	S/. 10,334.15
Fuente: Informe N° 391-ADQ-HNAL-2018	

92. Ahora bien, de la lectura del escrito de demanda, ROCHEM BIOCARE ha expresado estar de acuerdo con la forma y cálculo realizado por el HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA para la determinación de la penalidad diaria, tanto para la tercera entrega como para la cuarta entrega.

De acuerdo a esta fórmula, la penalidad diaria es de S/5,728.33 y como el retraso fue de 15 días, multiplicado por 15, arroja la suma de S/85,924.95 soles que fue la penalidad aplicada.

- 3.14. Siguiendo el procedimiento previsto en la cláusula duodécima, vemos que inicialmente la fórmula recoge los datos correctos, los factores y en particular, el monto de la tercera entrega que fue de S/68,740 soles que es la referencia para la aplicación del tope máximo del 10%. Sin embargo, la entidad fija como monto de la penalidad la suma de S/85,924.95, que inclusive excede el monto del entregable en lugar de haberla fijado en S/6,874 soles que correspondía según el Contrato.

Árbitro Único
Alberto Molero Rentería

93. Dentro de este marco, el Árbitro Único puede concluir que el HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA, para efectos de obtener la penalidad diaria tanto para la tercera, como para la cuarta entrega, ha tomado en consideración los montos involucrados para dichas entregas parciales; es decir, S/. 68,740.00 para la tercera entrega y S/. 95,944.00 para la cuarta entrega.
94. El ÁRBITRO ÚNICO concluye entonces que no existe discrepancia entre las posiciones de ROCHEM BIOCARE y el HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA en este extremo.
95. En cuanto al límite máximo de la penalidad a aplicar, el artículo 132 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, consigna lo siguiente:

Artículo 132.- Penalidades
El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las mismas que deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.
La Entidad debe prever en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades. Estos dos tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.
En el caso de obras, dentro de las otras penalidades que se establezcan en los documentos del procedimiento, deben incluirse las previstas en el capítulo VII del presente título.
Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

96. Como se advierte, el RLCE prevé como límite máximo a aplicar por concepto de penalidad por mora en la ejecución de la prestación, el diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.
97. Del análisis del artículo 132 del RLCE, el Árbitro Único advierte que el límite de la penalidad por mora prevista en la norma y recogida por las partes en la cláusula Duodécima del CONTRATO se aplica a dos (2) supuestos, al monto del contrato vigente y, al ítem que debió ejecutarse.

En relación al monto del contrato vigente, el Árbitro Único considera clara la disposición de que se refiere al monto de lo contratado. Así, en caso se contrate la ejecución periódica de una prestación, el monto del contrato vigente, no hace alusión a cada parte de la prestación que se ejecuta, sino al monto íntegro del contrato, a pesar de que la forma de pago se realice, no necesariamente, en un solo acto.

98. Ahora bien, en relación al ítem que debió ejecutarse, es preciso señalar que el artículo 18 del RLCE establece que mediante un procedimiento de selección según relación de ítems la Entidad puede contratar bienes, servicios en general, consultorías u obras distintas pero vinculadas entre sí, cuyo monto individual sea superior a las ocho (8) Unidades Impositivas Tributarias (UIT), siempre que el órgano encargado de las contrataciones determine la viabilidad económica, técnica y/o administrativa de dicha posibilidad.

Árbitro Único
Alberto Molero Rentería

99. El mencionado artículo consigna además que cada ítem constituye un procedimiento independiente dentro de un procedimiento principal al que se le aplica las reglas correspondientes al principal, con las excepciones previstas en el Reglamento.
100. Así las cosas, de la revisión de los medios probatorios, el Árbitro Único advierte que el presente CONTRATO es un contrato derivado de un proceso de licitación por relación de ítems, donde a ROCHEM BIOCARE le fue adjudicado el ítem constituido por el "Paquete I: Paquete B Automatizado.

CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO DEL CONTRATO

El presente contrato tiene por objeto la Adquisición de Reactivos para Inmunología Paquete B Automatizado por Un Año, conforme a las Especificaciones Técnicas y Requerimientos Técnicos Mínimos especificados en el expediente de contratación de la precitada Licitación. Estando la descripción del ítem adjudicado: Paquete I: Paquete B Automatizado, con las cantidades detalladas en la cláusula siguiente.

101. Sin perjuicio de ello, el Árbitro Único considera que, cuando se hace referencia al ítem, en este CONTRATO, se hace referencia a todo el ítem y no a parte de él. En efecto, según se advierte de las cláusulas contractuales, ROCHEM BIOCARE obtuvo la buena pro del ítem relativo a los reactivos, específicamente para el Paquete I, lo cual incluye todos los bienes materia de adquisición. Esta definición no se opone a la forma de ejecución de la prestación, que puede ser ésta una ejecución periódica o única.
102. De ésta manera, cuando el artículo 132 del RLCE hace referencia al límite de la penalidad por mora aplicable al ítem que debió ejecutarse, está referido al monto del ítem (producto) y no, a la forma de ejecución de la prestación, que en este caso es periódica. Nótese que la característica de la periodicidad si debe ser tomada en cuenta para el cálculo de la penalidad diaria; es decir, que debe considerarse el monto involucrado en cada prestación que fue materia de retraso; pero en modo alguno, está referido al límite máximo aplicable para la penalidad por mora.
103. Lo anterior queda corroborado en diversas opiniones del OSCE, en las que se ha establecido que, independientemente, de si el contrato es de ejecución periódica o no, el límite máximo de la penalidad por mora (10%) debe estar en relación al monto contractual vigente o, al ítem que debió ejecutarse, haciendo la distinción entre la forma de ejecutar la prestación y aquellos montos a los que se debe aplicar el límite de la penalidad por mora.
104. Así por ejemplo, a manera de ilustración, la Opinión N° 008-2018/DTN, consigna lo siguiente:

En esa medida, independientemente de si el contrato es de ejecución inmediata o de ejecución periódica, el monto máximo de la penalidad por mora es el diez por ciento (10%) del monto total del contrato vigente, o de ser el caso, del

ítem que debió ejecutarse, de conformidad con el artículo 132 del Reglamento.

Árbitro Único
Alberto Molero Rentería

105. Similar afirmación se encuentra consignada en la Opinión N° 165-2018/DTN incorporada en los argumentos de defensa en la contestación de la demanda por parte del HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA, donde se indica además que:

Sobre esta última condición, es importante precisar que en el caso de procedimientos de selección por relación de ítems, considerando que cada ítem constituye un procedimiento de selección autónomo, cada ítem representa una relación jurídica independiente; siendo ello así, el monto máximo de la penalidad por mora aplicable debe determinarse en atención al monto total vigente del ítem; asimismo, cabe indicar que la ejecución contractual derivada de una contratación efectuada por ítem puede involucrar la ejecución de prestaciones periódicas.

Por tanto, en los contratos de ejecución periódica, la sumatoria de los montos correspondientes a la aplicación de penalidades por el atraso en la ejecución de las prestaciones parciales no puede ser superior al diez por ciento (10%) del monto total del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

106. El análisis del artículo 132 por parte del OSCE, a través de la Dirección Técnico Normativa, resulta coherente, en la medida que aplicar el límite del 10% al monto involucrado en la prestación parcial, impediría la posibilidad de acumular el monto máximo de la penalidad y con ello, la posibilidad de resolver el contrato, dado que basta que una prestación sea cumplida de manera oportuna para que todas las demás no puedan acumular el diez (10) días por ciento del monto del contrario vigente o del ítem adjudicado.
107. Esta coherencia también debe ser interpretada de manera válida, en el sentido contrario, es decir, que bastaría que el contratista incurra en retraso en una prestación parcial y que la penalidad a aplicar máxima sea del 10% para que, a partir de este retraso, la Entidad pueda resolver el contrato.
108. Estas dos situaciones no hacen sino corroborar que una cosa es la determinación de la penalidad diaria, que debe considerar el monto involucrado en la prestación parcial y otra, distinta, en el límite máximo de la penalidad por mora (retraso) que la entidad puede aplicar al contratista, el mismo que debe ser calculado sobre el monto total del contrato o, del ítem que debió ejecutarse.
109. Así las cosas, el Árbitro Único, luego de analizar los documentos que obran en el expediente, ha llegado a la conclusión que la penalidad aplicada por el HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA ha seguido no sólo lo dispuesto en las Cláusulas del CONTRATO (cláusula Duodécima) sino lo señalado en los artículos 132 y 133 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
110. En consecuencia, no existiendo un error o vicio en el procedimiento y cálculo de la penalidad, establecida por concepto de retraso en la tercera y cuarta prestación del CONTRATO y habiendo el HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA aplicado el límite máximo sobre el monto del ítem que fue adjudicado a ROCHEM BIOCARE y que éste tuvo que ejecutar de manera periódica, el Árbitro Único no encuentra sustento para validar la posición del demandante y por tanto, la demanda en este extremo debe ser desestimada.

Árbitro Único
Alberto Molero Rentería

TERCERO.

111. En lo que respecta a la Pretensión Accesorio, el inciso 2 del artículo 56 del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que el Árbitro Único debe emitir pronunciamiento en el laudo sobre la distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73 del referido cuerpo legal.
112. Así, el artículo 73 del Decreto Legislativo n° 1071 establece para el pronunciamiento sobre las costas y costos del proceso, el Árbitro Único tendrá en cuenta el acuerdo de las partes.
113. En este caso, de la lectura del convenio arbitral consignado en el CONTATO no se aprecia disposición alguna sobre la condena de costas y costos del proceso.
114. De ahí que, del desarrollo del proceso, el Árbitro Único aprecia que ambas partes han teniendo razones para litigar y sustentar sus respectivas posiciones, por lo que condenar a una sola a asumir los gastos arbitrales resulta inadecuado, siendo más bien razonable que cada parte asuma los gastos arbitrales en iguales proporciones, dejando constancia que cada parte deberá asumir los gastos involucrados en sus respectivas defensas.

II. DECISIÓN.-

Finalmente, el Árbitro Único deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en las expediciones de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que se encuentran recogidos en el REGLAMENTO DE ARBITRAJE.

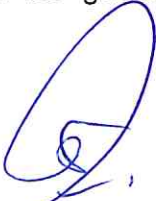
En atención a ello y siendo que el Árbitro Único no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no ha estado sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, LAUDA EN DERECHO de la siguiente manera:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la Primera Pretensión Principal de la demanda formulada por ROCHEM BIOCARE.

Árbitro Único
Alberto Molero Rentería

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la Pretensión Accesorio de la demanda formulada por ROCHEM BIOCARE.

TERCERO: DISPONER que ambas partes asuman los gastos arbitrales en iguales proporciones, debiendo cada parte asumir los gastos involucrados en sus respectivas defensas legales y técnicas.



ALBERTO MOLERO RENTERÍA
Árbitro Único



ALEX PINEDO-MINDREAU PASTOR
Secretario Arbitral