

Lima, 13 de diciembre de 2019

CARTA N° 26-SECRET.ARBITRAL-JHL

Señores
DIRECCIÓN DE SALUD II LIMA SUR
Av. Arequipa N° 810, Piso 9-Cercado de Lima-Lima
Presente. -

Referencia: Proceso Arbitral entre EJW INGENERÍA DE OBRAS Y PROYECTOS S.A.C y la Dirección de Salud II Lima Sur (Expediente I228-2018)

Por la presente informo a ustedes que, con fecha 13 de diciembre de 2019, la Árbitra Única ha emitido el Laudo Arbitral en el Arbitraje de la referencia, el consta de (32) folios y se adjunta a la presente comunicación.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,



Zelma Nahomi Munaiña Vallenas
Juárez & Hospinal S. Civil de R.L.
Secretaria Arbitral



LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

EXPEDIENTE N° I 228-2018

JOSÉ ROBERTO
ABOGADO
13 12 19 1:44 PM

NOMBRE DE LAS PARTES:

DEMANDANTE: EJW INGENIERÍA DE OBRAS Y PROYECTOS SAC

En adelante el DEMANDANTE, CONTRATISTA o, el SUPERVISOR

DEMANDADO: DIRECCIÓN DE SALUD II LIMA SUR

En adelante, el DEMANDADO o, la ENTIDAD

ÁRBITRA ÚNICA: NIDIA ROSARIO ELIAS ESPINOZA

Laudo Arbitral de Derecho, dictado en la ciudad de Lima, con fecha 12 de diciembre de 2019, por la Árbitra Única Abog. Nidia Rosario Elías Espinoza, en el arbitraje seguido por la empresa EJW Ingeniería de Obras y Proyectos S.A.C. contra la Dirección de Salud II Lima Sur.

Resolución N° 12

Lima, 13 de diciembre del año 2019

VISTOS:

1.-Existencia del Convenio Arbitral:

Con fecha 5 de agosto del 2016, las partes del proceso arbitral suscribieron el Contrato N° 018-2016-DISA II LIMA SUR para el "Servicio de Consultoría de Obra para la supervisión de la obra Fortalecimiento de la Capacidad Resolutiva del Centro

de Salud Materno Infantil I-4 Villa María del Triunfo de la DISA Lima Sur" por el monto de S/ 398,604.08 Soles, en adelante el Contrato. En la Cláusula Décima Séptima- Solución de Controversias- se estableció que cualquier controversia durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previstos en los artículos 122, 146, 152, 168, 170, 177, 178, 179 y 180 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 AD HOC.

Asimismo, se pactó se solucionarían de manera definitiva e inapelable por Conciliación y Arbitraje de Derecho.

2.-Designación del Árbitro Único:

El Organismo Superior de las Contrataciones del Estado-OSCE, mediante Resolución N° 052-2018-OSCE/ DAR de fecha 26 de marzo del 2018 designó como Árbitro Único a la Abog. Nidia Rosario Elías Espinoza la misma que mediante Carta S/N de fecha 06 de abril del 2018 aceptó el cargo y quien suscribe el presente laudo, declarando que no tiene ninguna incompatibilidad o compromiso con las partes y que se desenvolverá con imparcialidad, independencia y probidad.

3.- Audiencia de Instalación:

Con fecha 17 de julio del 2018 se llevó a cabo la audiencia de instalación de la Árbitra Única con la presencia del demandante Luis Adrián Otoy Ghigliano identificado con DNI N° 41047871, y por la Dirección de Salud II Lima Sur el Sr. Daniel Alberto Juárez Fernández identificado con Registro de CAL N° 038495 y con DNI N° 25831546, según delegación de facultades otorgadas por Luis Valdez Palette en su calidad de Procurador Público del Ministerio de Salud.

4.-Presentación de Demanda:

Con fecha 10 de agosto del 2018 EJW Ingeniería de Obras y Proyectos SAC, presentó su respectiva demanda arbitral ante la sede arbitral a efectos que se declare fundada las siguientes pretensiones:



- Que, se declaren válidos y consentidos los actos de apercibimiento y resolución de contrato N° 018-2016-DISA II LIMA SUR, realizados por el contratista mediante Carta Notarial EJW.SUP N° 019 y 195-2017 de fecha 07 y 17 de noviembre del 2017, respectivamente, toda vez que, dicha decisiones no han sido observadas ni cuestionadas por la Entidad, oportunamente.
- Que, se otorgue la conformidad a las prestaciones ya brindadas, correspondientes a la (09) novena y (10) décima valorización, más 17 días de la (11) undécima valorización del contrato, conforme a la cláusula décima del contrato y el artículo 143 del Reglamento de la Ley de **Contrataciones** del Estado.
- Que, se ordene el pago de las prestaciones brindadas, correspondientes a la novena, décima y parte de la undécima valorización del contrato ascendentes a S/26,573.61, S/ 27,459.39 y S/ 15,058.43, **respectivamente**, por el total de S/ 69,091.43, más los intereses legales desde la fecha que se debió honrar el pago.
- Que, se ordene la devolución del monto de retención de la Garantía de Fiel Cumplimiento, ascendente al monto de S/. 39,860.41 monto que la Entidad mantiene retenido en calidad de depositaria.
- Se declare la nulidad y/o ineficacia e invalidez de la decisión extemporánea de apercibimiento de resolución de contrato, y de resolución total del contrato N° 018-2016-DISA II LIMA SUR, realizada por la Entidad mediante Carta N° 11-2017-OL-OEA-DISA II LS /MINSA de fecha 17 de noviembre del 2017 y Carta N° 22-2018-OL-OEA-DISA II LS/MINSA- Carta Notarial N° 73197 de fecha 07 de mayo del 2018, respectivamente, por el presunto incumplimiento de obligaciones.
- Que, se ordene el pago de una indemnización por daños y perjuicios ascendente a S/ 89,720.82 por el evidente daño emergente y lucro cesante irrogados a nuestra representada, determinándose de esta manera un daño objetivo y directo, toda vez que, sin sustento alguno, no se han realizado el pago de las prestaciones brindadas y de manera extemporánea, se pretende resolver el contrato ya resuelto por nuestra parte oportunamente, haciéndonos incurrir en gastos y costos económicos innecesarios.

101

- Se ordene el pago de los gastos, costos y costas del proceso arbitral, irrogados a nuestra representada por la actitud y conducta arbitraria e ilegal en nuestra contra.

Fundamentos en los cuales EJW INGENIERÍA DE OBRAS Y PROYECTOS S.A.C. sustenta sus pretensiones:

La parte demandante refiere que el 5 de agosto del 2016, las partes del proceso arbitral suscribieron el Contrato N° 018-2016-DISA II LIMA SUR para el "Servicio de Consultoría de Obra para la supervisión de la obra Fortalecimiento de la Capacidad Resolutiva del Centro de Salud Materno Infantil I-4 Villa María del Triunfo de la DISA Lima Sur" por el monto de S/ 398,604.08 Soles con plazo de 400 días calendarios. El plazo de ejecución se inició el 29 de diciembre del 2016.

Asimismo, precisa que según la cláusula cuarta del contrato que regula su ejecución y pago constaba de las siguientes etapas: i) Trabajos de supervisión de la obra: 80%, el cual se ejecutó desde el 29 de diciembre del 2017 ininterrumpidamente hasta el 17 de noviembre del 2017, en dicho tiempo de ejecución contractual se emitieron, aprobaron y pagaron sin observación alguna ocho (08) valorizaciones por concepto de servicios de consultoría de supervisión de la obra, conforme al numeral 1 de la cláusula cuarta, los referidos pagos obtuvieron conformidad técnica y legal, al haber sido prestados conforme a los términos de referencia y no fueron observados ni fueron materia de aplicación de penalidad alguna ii) Recepción de obra: 10% y iii) Informe Final de obra :10%.

Con relación, al apercibimiento y resolución de contrato el supervisor señala lo siguiente: i) Que mediante Carta EJW.SUP N° 0188-2017 de fecha 02 de noviembre del 2017, solicitaron la conformidad de la prestación a la Valorización N° 09 ejecutada sin observación después de haber transcurrido 20 días calendarios para que la Entidad emita su conformidad, dado que mediante Carta EJW.SUP N° 170,171 y 172-2017 de fecha 06 de octubre del 2017 se presentó dicha valorización, no obteniendo respuesta sobre dicho pedido, ii) Que mediante Carta Notarial N° 0190-2017 de fecha 07 de noviembre del 2017 formularon requerimiento notarial de pago de la valorización N° 09 otorgándole un plazo a la Entidad de cinco (5) días para que cumpla con el pago de S/ 26,573.61 soles, bajo apercibimiento de resolución de contrato; iii) No efectuó pago, por ello mediante Carta N° EJW.SUP N° 0195 de fecha 17 de noviembre del 2017 procedieron a comunicar notarialmente a la Entidad la

decisión de resolución de contrato, monto que se encuentra pendiente de pago hasta la fecha.

Respecto al pago, el accionante refiere que de acuerdo a la cláusula cuarta señala que los pagos se efectuarán por valorizaciones mensuales, por ello la valorización N° 09 correspondía al mes de setiembre del 2017, así se advierte de las CARTAS EJW.SUP N° 170,171 y 172-2017 de fecha 06 de octubre del 2017 y lo mismo ocurriría con la décima valorización del mes de noviembre del 2017, ascendente a S/ 15,058.43 prestados durante el mes de noviembre de 2017, ascendente a S/ 15,058.43 soles, lo que suman un total de S/ 69,091.43 Soles, conforme a la cláusula décima del contrato, y al artículo 143 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Con relación, al extemporáneo e injustificado procedimiento de resolución de contrato efectuado por la Entidad, el Supervisor indica lo siguiente: i) Mediante Carta N° 113-2017-OL-OEA-DISA-II-LS/MINSA de fecha 20 de noviembre del 2017, tres días después de notificada notarialmente nuestra decisión de resolución de contrato, cuando ya no existía vínculo contractual vigente, la Entidad sin detallar ni sustentar el presunto incumplimiento, nos requiere efectuar un descargo respecto a los procedimientos constructivos y control de calidad de la obra, otorgándonos un plazo de dos días calendarios, bajo apercibimiento de resolución de contrato; ii) Mediante Carta EJW.SUP N° 0200-2017 de fecha 24 de noviembre del 2017, absolvimos el requerimiento de cumplimiento de funciones señalando que ya no existía vínculo obligacional entre ambas partes, por tanto, el requerimiento de cumplimiento de funciones y apercibimiento posterior de resolución de contrato no era procedente; iii) Con Carta N° 22-2018-OL-OEA-DISA-LS /MINSA de fecha 07 de mayo del 2018, después de seis meses de resuelto válidamente el contrato, la Entidad notificó notarialmente la decisión de resolución de contrato, argumentando nuevas motivaciones y causales distintas al apercibimiento, tales como: ausencia del personal ofertado, no haber efectuado el cambio del Asistente y presunto error en la ampliación de plazo.

Finalmente, concluye que la Entidad no ha cumplido con la formalidad prevista en el artículo 136° del Decreto Supremo N° 350-2015-EF Reglamento de Contrataciones del Estado, al no haber notificado válidamente el requerimiento dentro del plazo de vigencia contractual, contraviniendo y transgrediendo el procedimiento de resolución de contrato, por lo que la decisión de resolución de contrato es a toda luces



extemporáneo, carece de eficacia y validez total, debiendo ser declarada nula y sin efecto legal alguno.

5.- Contestación de la demanda:

Con fecha 30 de octubre del 2018 la Dirección de Salud II Lima Sur cumplió con presentar su escrito de contestación de demanda.

El Procurador Público del Estado mediante la contestación de la demanda postuló las siguientes pretensiones:

- Que se declare Infundada la demanda en todos sus extremos, al amparo de los fundamentos de hecho y derecho que se exponen en la contestación de la demanda y se sirva desestimar la misma.

Fundamentos en los cuales Dirección de Salud II Lima Sur sustenta sus pretensiones

Respecto al consentimiento de resolución contractual, la Entidad precisa los siguiente: i) La propia contratista ha señalado en su demanda página 6 del escrito de demanda, notificó la Carta N° 113-2017-OL-OEA-DISA -LS/MINSA de fecha 14 de noviembre del 2018 en la cual se requiere a la empresa contratista emitir sus descargos por el incumplimiento de sus funciones como supervisor de obra, debido al no control de calidad de obra, obligación esencial e ineludible según la ley y el Contrato, ii) La Entidad-en salvaguarda del derecho a la defensa del contratista- le corrió traslado de sus incumplimientos, la contratista respondió con la Carta EJW.SUP N° 0200-2017 (Anexo 1-I) que al no existir vínculo contractual obligacional no resulta procedente el requerimiento de la Entidad, iii) La empresa contratista olvida que de conformidad con los términos de referencia (pág. 34, literal I), el plazo de duración de la Supervisión están comprendidos desde el inicio de la etapa de ejecución de obra, hasta la liquidación de los contratos de obra y supervisión, iv) La contratista no absolvió el traslado efectuado por la Entidad, aun cuando tanto la carta de resolución propuesta por la empresa tiene la misma fecha 14 de noviembre del 2017 que la carta de la Entidad en la cual solicita los descargos.

Finalmente, concluye que el contratista pretende desviar su responsabilidad de controlar de forma permanente y directa los trabajos efectuados por el contratista de la obra al señalar, que según los términos de referencia y la Ley es equívoco.

Con relación a la conformidad a las prestaciones ya brindadas correspondiente a la novena y décima valorización más 17 días de la undécima, sobre este punto la Entidad refiere que según los términos de referencia, página 24, para efectos del pago de las contraprestaciones ejecutadas por el contratista, la Entidad debe contar con la siguiente documentación: Informe del funcionario responsable de la Dirección de Salud II Lima Sur emitiendo la conformidad de la prestación efectuada, comprobante de pago, valorizaciones, acta de conformidad o Informe Final de la Obra, según corresponda. En ese sentido, la contratista de modo alguno acredita que se cumplan las condiciones de pago para la novena y décima más 17 días de la undécima.

Refiere además que el no pago de las valorizaciones genera pago de intereses, no una aprobación automática, además del hecho previsto en los Términos de Referencia (Literal R. Pág. 48) en lo respecta a trabajo por supervisión de obra las valorizaciones mensuales serán sobre la base de los servicios efectivamente prestados por la supervisión y en conformidad con la propuesta técnica y económica con el que se otorgó la buena pro.

Asimismo, precisa que en el Anexo 1-F (carta EJW.SUP N° 0190-2017) se pronuncia sobre la valorización número nueve, pero en el texto de la demanda y sus anexos no se pronuncia y/o demuestra documentalmente la prestación de servicios por la valorización décima y parte de la undécima.

Respecto, a la devolución del monto de retención de la garantía de fiel cumplimiento señala que la garantía de fiel cumplimiento de contrato deberá estar vigente hasta la culminación del proceso arbitral y ulterior liquidación final.

Con relación, a la nulidad y/o ineficacia e invalidez de la decisión extemporánea de apercibimiento de resolución de contrato por parte de la Entidad, precisa que el Contratista no absolvió el traslado efectuado por la Entidad, aun cuando tanto la carta de resolución propuesta por la empresa tiene la misma fecha 14 de noviembre del 2017 que la carta de la Entidad en la cual solicita los descargos ni emitió pronunciamiento alguno respecto de la Carta N° 113-2017-OL-OEA-DISA-II LS/MINSA, limitándose a manifestar que no existió vínculo contractual.

Finalmente, en cuanto a la indemnización por daños y perjuicios por el monto de S/ 89,720.82 la parte demandada refiere que ninguno de los requisitos establecidos por la doctrina, se encuentran acreditados en el escrito de la demanda, y que el daño debe ser acreditado con medios probatorios, por lo que no basta el dicho del



contratista para obtener el pago de daños y perjuicios más aún cuando no se desarrolla ni sustenta los requisitos concurrentes para la procedencia de la responsabilidad civil.

6.- Determinación de Puntos Controvertidos

Mediante Resolución N° 05 de fecha 08 de enero del 2019 la Árbitra Única dispuso la realización de la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día 14 de enero del 2019 horas 10:30 am en la sede arbitral, la misma que fue reprogramada para el 24 de enero del 2019 a las 16:00 horas.

De esa manera, se procedió a realizar los siguientes actos:

SANEAMIENTO

En el presente caso se declaró que no existía ningún vicio o defecto de tramitación que a la fecha pudo dar lugar a cuestionamientos sobre el desarrollo y continuación del presente arbitraje y que además se verificó la concurrencia de las condiciones de la acción y presupuestos procesales. Habiéndose cumplido con dicho aspecto y con el acuerdo de las partes; se declaró SANEADO el proceso.

CONCILIACIÓN

La Árbitra Única, en ejercicio de sus facultades, inició el diálogo e invocó a las partes a que llegaran a un acuerdo conciliatorio. En este acto, los representantes de cada una de las partes hicieron uso de la palabra señalando que por el momento no era posible llegar a un acuerdo conciliatorio. No obstante, se dejó abierta la posibilidad de que ellas logren dicho acuerdo en cualquier etapa del proceso. En vista de lo anterior, se procedió a continuar con la audiencia.

ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:

De la parte demandante:



Se admiten los medios probatorios comprendidos desde el Anexo 1-A hasta el Anexo 1-LL del acápite "V MEDIOS PROBATORIOS" de su escrito de demanda, presentado el 10 de agosto del 2018.

Mediante Resolución N° 7 de fecha 22 de marzo del 2018, adicionalmente se admitieron los medios probatorios comprendidos desde el Anexo 2-A al 2H del acápite "VI ANEXOS" del escrito N° 5 con sumilla "ABSOLUCIÓN DE CONTESTACIÓN DE DEMANDA, presentada por la Entidad el 26 de noviembre del 2018.

De la parte demandada:

Se admiten los medios probatorios, comprendidos desde el Anexo 1-A hasta el Anexo 1-D numeral 4. Anexos de su escrito de contestación de demanda presentado el 30 de octubre del 2018.

FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Habiéndose declarado saneado el proceso, la Árbitra Única teniendo en cuenta las pretensiones contenidas en la demanda presentada el 10 de agosto del 2018 y contestación de la misma presentada por la Entidad el 30 de octubre del 2018, fija a continuación los puntos controvertidos que servirán como base para la solución de las materias controvertidas.

Conforme a la Fijación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios corresponde a la Árbitra Única:

Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no declarar válidos y consentidos los actos de apercibimiento y resolución del Contrato N° 018-2016-DISA II LIMA SUR, realizados por el contratista mediante Carta Notarial- Carta EJW.SUP N° 0190 y N° 195-2017 de fecha 07 y 17 de noviembre de 2017, respectivamente.

Segundo Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no otorgar la conformidad de las prestaciones ya brindadas correspondientes a la novena y décima valorización, más 17 días de la undécima valorización del contrato, conforme a la cláusula décima del contrato y al artículo 143° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.



Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar el pago de las prestaciones brindadas, correspondientes a la novena, décima y parte de la undécima valorización del contrato, ascendentes a S/26,573.61, S/27,459.39 y S/15,058.43 respectivamente, por el total de S/. 69,091.43 (sesenta y nueve mil noventa y uno con 43/100 Soles), más los intereses legales desde la fecha que se debió honrar el pago.

Cuarto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no se ordene la devolución del monto de retención de la garantía de fiel cumplimiento, ascendente al monto de S/.39,860.41 monto que la Entidad mantiene retenido en calidad de depositaria.

Quinto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia e invalidez de la decisión *extemporánea* de apercibimiento de resolución de contrato; y, de resolución total del Contrato N° 018-2016-DISA II LIMA SUR, realizada por la Entidad mediante Carta N° 113-2017-OL-OEA-DISA II LS/MINSA de fecha 21 de noviembre de 2017 y Carta N° 22-2018-OL-OEA-DISA II LS/MINSA-Carta Notarial N° 73197 de fecha 07 de mayo de 2018, respectivamente, por presunto incumplimiento de obligaciones.

Sexto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no la orden de pago de una indemnización por daños y perjuicios ascendentes a S/ 88,720.82, por el evidente daño emergente y lucro cesante irrogados a la Contratista.

Séptimo punto Controvertido: Determinar si corresponde o no la orden de pago de los gastos, costos y costas del proceso arbitral, irrogados a la Contratista.

Octavo Punto Controvertido: Determinar si el contratista EJW Ingeniería de Obras y Proyectos S.A.C. ha incumplido con las obligaciones contractuales, las mismas que han sido observadas por el área técnica de la Entidad.

7. Presentación de Alegatos e Informes Orales:

Mediante Resolución N° 10 de fecha 11 de setiembre de 2019, la Árbitra Única declara concluida la etapa probatoria y concedió un plazo de cinco (5) días hábiles para que presenten sus alegatos.

Con relación, a los alegatos la parte demandante presentó su escrito el 28 de octubre de 2019 y la parte demandada presentó alegatos escritos el 25 de octubre de 2019.



8.- Plazo para Laudar:

Mediante Resolución N° 11 de fecha 13 de noviembre de 2019 se fijó el plazo para laudar de conformidad con lo dispuesto al numeral 44 en treinta (30) días hábiles computado desde el día siguiente de haber sido notificada la referida resolución.

9. Marco Legal Aplicable:

Antes de proceder al análisis puntual de cada uno de los puntos **controvertidos** es necesario que la Árbitra Única precise claramente la normativa aplicable al contrato suscrito entre las partes y las controversias que de él se derivan.

De conformidad con el contrato suscrito resulta evidente que el mismo se celebró como resultado de un proceso de selección bajo las reglas contenidas en la Ley de **Contrataciones** del Estado, Ley 30225 (en adelante, Ley) y Reglamento aprobado por D.S. N° 350-2015-EF (en adelante, Reglamento), por lo tanto la Árbitra Única considera que las controversias derivadas del contrato le son aplicables las normas antes citadas, así como supletoriamente las normas del Código Civil, y otras pertinentes del sistema jurídico nacional; y en caso de deficiencia o vacío en las reglas que anteceden, la Árbitra Única resolverá en forma definitiva de modo que considere apropiado mediante la aplicación de los principios generales del derecho

II.- CONSIDERANDO:

II.1 Cuestiones Preliminares:

En forma previa al análisis de las materias controvertidas y valoración de los medios probatorios admitidos y actuados por esta Árbitra Única en el presente proceso, corresponde señalar lo siguiente: (i) Que, esta Árbitra Única se constituyó conforme al Convenio Arbitral existente entre las partes y sin que ninguna de ellas expresara objeción alguna; (ii) Que el demandante presentó su demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa; (iii) Que, el demandado fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa y acción; (iv) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar sus medios probatorios, así como para ejercer la facultad de presentar alegatos y (v) Que, la Árbitra Única procede a laudar dentro del plazo establecido.



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.

II.2 ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES

De los argumentos expuestos por cada una de las partes en los escritos de demanda, contestación a la demanda, alegatos escritos, así como pruebas aportadas en el presente arbitraje y puestas a consideración de esta jurisdicción, corresponde en este estado que la Árbitra Única realice el análisis de los puntos controvertidos, que fueron fijados en la audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos llevada a cabo con presencia de las partes el día 24 de enero de 2019, a fin de determinar la procedencia o no de las pretensiones planteadas en la demanda incoada por EJW Ingeniería de Obras y Proyectos SAC,

Que, constituye un principio general de todo proceso el de la Carga de la Prueba, el mismo que de acuerdo al autor Hernando Devis Echandía implica "la autoresponsabilidad de las partes por su conducta en el proceso, al disponer de libertad de llevar o no la prueba de los hechos que la benefician y la contraprueba de los que, comprobados, por el contrario, pueden perjudicarlas".

Dicho principio constituye un sustento del Derecho Procesal Civil, que resulta aplicable al presente caso; así como la Ley de **Contrataciones** del Estado y la Ley General de Arbitraje, ello en aplicación de lo acordado en el Acta de Instalación de la Árbitra Única de fecha 21 de noviembre del 2017, que contiene las reglas básicas de este proceso arbitral.

Que, los medios probatorios tienen como finalidad acreditar los hechos alegados por las partes, produciendo certeza en el Juzgador respecto a los puntos controvertidos.

Asimismo, los referidos medios probatorios deben ser valorados en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada y que, si no se prueba los hechos que sustentan su pretensión, la demanda será declarada infundada, de acuerdo a los principios generales de la prueba de la Unidad de la Prueba y Evaluación de la Prueba, entre otros; los mismos que se encuentran recogidos en los artículos 197° y 200° del Código Procesal Civil.



Por su parte, el numeral 2) del artículo 39° de la Ley de Arbitraje, establece que las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinente o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.

ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Primer punto controvertido

Determinar si corresponde o no declarar válidos y consentidos los actos de apercibimiento y resolución del Contrato N° 018-2016-DISA II LIMA SUR, realizados por el contratista mediante Carta Notarial- Carta EJW.SUP N° 0190 y N° 0195-2017 de fecha 07 y 17 de noviembre de 2017, respectivamente.

I.- Antecedentes

- 1) La Dirección de Salud II Lima Sur, en adelante la Entidad, convocó el procedimiento de selección Adjudicación Simplificada N° 01-2016-DISA II LIMA SUR para el Servicio de Consultoría de Obra Supervisión de la Obra Fortalecimiento de la Capacidad Resolutiva del Centro de Salud Materno Infantil I-4 Villa María del Triunfo de la DISA II Lima Sur, con un valor estimado de S/. 398,604.08 (Trescientos noventa y ocho mil seiscientos cuatro y 09/100 soles)
- 2) Dicho procedimiento de selección fue convocado bajo la vigencia de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N°350-2015-EF, en adelante el Reglamento.
- 3) El 20 de julio del 2016, el Comité de Selección, otorgó la buena pro al postor EJW INGENIERÍA DE OBRAS Y PROYECTOS S.A.C. por el monto de S/ 398,604.08 Soles
- 4) El 5 de agosto del 2016, las partes del proceso arbitral suscribieron el Contrato N° 018-2016-DISA II LIMA SUR para el "Servicio de Consultoría de Obra para la supervisión de la obra Fortalecimiento de la Capacidad Resolutiva del Centro de Salud Materno Infantil I-4 Villa María del Triunfo de la DISA Lima Sur" por el monto de S/ 398,604.08 Soles con plazo de 400 días calendarios. El plazo de ejecución se inició el 29 de diciembre del 2016



II.- Aspectos a desarrollar

a) Sobre el Procedimiento de Resolución de Contrato N° 018-2016-DISA II LIMA SUR

5) Para efectos de determinar la procedencia o no de la resolución contractual efectuada por la Entidad corresponde analizar la normatividad aplicable, así tenemos que el inciso 1, del artículo 135° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado prescribe que se resolverá el contrato a "quien incumple injustificadamente obligaciones contractuales legales o reglamentarias a su cargo, pese a ser requerido para ello".

6) Por otro lado, el artículo 136° del mismo cuerpo legal señala que "si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerir mediante carta notarial para que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días bajo apercibimiento de resolver el contrato. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial mediante carta notarial".

7) El Artículo 135° del acotado, bajo la sumilla CAUSALES DE RESOLUCIÓN, regula tres causales de resolución por incumplimiento, señalándose en el primer párrafo que la Entidad, podrá resolver el contrato, de conformidad con el Artículo 36° de la Ley de Contrataciones, en los casos en que el contratista:

1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.
2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o
3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.



8) El artículo 136° del Reglamento, establece el procedimiento de resolución de contrato señalando lo siguiente:

a. La parte perjudicada deberá requerir al perjudicante, 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 deberá establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo que se otorgará necesariamente en el caso de obras.

Vencido dicho, plazo, si el incumplimiento continúa la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

b. No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución de contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

9) Habiendo señalado cuales son las causales y el procedimiento para la resolución del contrato, corresponde determinar si el contratista cumplió con las formalidades establecida en la Ley y su Reglamento, toda vez que obra en autos la resolución que propuso aquel.

10) Que, en ese sentido el demandante dio inicio al procedimiento de resolución señalado en el punto anterior requiriendo a la demandada, sustentando la resolución de contrato en su Carta Notarial EJW.SUP. N° 0190-2017 de fecha 08 de noviembre del 2017, en donde requiere a la Entidad el cumplimiento de su obligación contractual referida al pago de la valorización N° 09 por el monto de S/ 26,573.61 Soles, debiendo subsanar la misma en un plazo de cinco (05) días calendarios para que cumpla con su obligación de pago.



11) Que, al no haber cumplido con el pago la Entidad demandada, mediante Carta Notarial EJW.SUP. N° 0195-2017 del 17 de noviembre del 2017, el Contratista procedió a resolver el Contrato N° 018-2016-DISA II LIMA SUR para la "Servicio de Consultoría de Obra Supervisión de la Obra Fortalecimiento de la Capacidad Resolutiva del Centro de Salud Materno Infantil I-4 Villa María del Triunfo de la DISA II Lima Sur"

12) Que, analizada la forma en la que se efectuó la resolución contractual y concordancia con lo descrito en los artículos 32° y 36° de la Ley de Contrataciones con el Estado y artículos 135°, 136° y 137° de su Reglamento se han cumplido con la formalidad descrita en la ley.

13) Puede entonces verificarse que la demandada en apariencia cumplió con las formalidades establecidas en la ley de la materia para resolver el contrato, quedando así demostrado por la exposición de hechos realizada a lo largo del presente proceso, así como de los medios probatorios y documentos que obran en autos.

b) Sobre el consentimiento de la resolución de Contrato N° 018-2016-DISA II LIMA SUR

14) Al respecto, la Árbitra Única aprecia que el Contratista habría resuelto el Contrato mediante Carta Notarial EJW.SUP. N° 0195-2017 de fecha 17 de noviembre del 2017 por incumplimiento injustificado por parte de la Entidad de sus obligaciones contractuales.

15) Sobre ello, se determina que la Entidad no impugnó ni manifestó contradicción alguna al emplazamiento y apercibimiento del Contratista ni a la resolución del contrato, siendo el caso que, en relación con este último acto no solicitó arbitraje con respecto a la resolución contractual, por lo que dicha circunstancia produjo el consentimiento de la resolución de contrato en los términos de su cumplimiento propuestos por el Contratista, toda vez que en el transcurso del presente arbitraje, la Entidad no ha acreditado que ha cuestionado dicha resolución contractual en la vía correspondiente.



16) Sobre este punto, el último párrafo del artículo 137° del Reglamento que establece que en caso de surgir cualquier controversia relacionada con la resolución de contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de comunicada la resolución, vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.

17) En consecuencia, la Árbitra Única llega a la conclusión que la Entidad ha consentido la resolución del contrato realizada por el Contratista Carta Notarial EJW.SUP. N° 0195-2017 de fecha 17 de noviembre del 2017, toda vez que no obra en el proceso que dicha parte haya activado los procedimientos de solución de controversias, solicitando conciliación o el arbitraje.

Segundo Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no otorgar la conformidad de las prestaciones ya brindadas correspondientes a la novena y décima valorización, más 17 días de la undécima valorización del contrato, conforme a la cláusula décima del contrato y al artículo 143° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

18) Al respecto, la Entidad ha señalado en su contestación de demanda que el contratista de modo alguno ha acreditado el cumplimiento de las condiciones establecidas en los Términos de Referencia, página 24 para efectos del pago de las contraprestaciones ejecutadas.

19) Que, del Contrato N° 018-2016-DISA II LIMA SUR para la "Servicio de Consultoría de Obra Supervisión de la Obra Fortalecimiento de la Capacidad Resolutiva del Centro de Salud Materno Infantil I-4 Villa María del Triunfo de la DISA II Lima Sur", derivado del procedimiento de selección Adjudicación Simplificada N° 01-2016-DISA II LIMA SUR, se estableció en la cláusula quinta (plazo de ejecución de la prestación) en cuatrocientos (400) días calendario, contados a partir del 29 de diciembre del 2016.



20) Que, si bien conforme al contrato (cláusula décima: Conformidad de la prestación) se establece que la conformidad será otorgada por la Unidad Funcional de **Infraestructura** Equipamiento y Mantenimiento-UFIEM de la Dirección de Salud II Lima Sur y se regirá por lo dispuesto en el artículo 143° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, debe tenerse en cuenta que conforme el contrato (cláusula cuarta: Forma del Pago) establece que:

"Cláusula Cuarta: Del pago. –

"La Entidad se obliga a pagar la contraprestación a EL **CONTRATISTA** en soles, en armadas mensuales en proporción al plazo a cargo de la supervisión, conforme a lo previsto en la Sección Específica de la Bases"

(...)

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.

Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que excederá de los veinte (20) días de producida la recepción "LA ENTIDAD debe efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguiente a la conformidad de los servicios, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello.

21) De esta forma, se tiene que mediante el contrato se establece para que se haga efectivo el pago, posterior a la entrega de la valorización mensual, debe existir la conformidad de los responsables del área Unidad Funcional de **Infraestructura** Equipamiento y Mantenimiento-UFIEM de la Dirección de Salud II.

22) Que, no obstante, en el Contrato (cláusula décima: Conformidad de la prestación del servicio) se ha establecido que la conformidad del servicio será responsabilidad área Unidad Funcional de **Infraestructura** Equipamiento y Mantenimiento-UFIEM de



la Dirección de Salud II, para su trámite y pago, conforme a la Opinión N°202-2018-DTN-OSCE, debe entenderse que de acuerdo al Art. 143 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que la responsabilidad tanto de la recepción como la conformidad de la prestación le corresponde a la Entidad, debiendo tenerse en cuenta el procedimiento en el caso de existir **observaciones** para su subsanación durante la entrega, que conforme al cuarto párrafo de este artículo establece lo siguiente:

“Artículo 143° Recepción y conformidad. -

La recepción y conformidad es responsabilidad del área usuaria. En el caso de bienes, la recepción es responsabilidad del área de almacén y la conformidad es responsabilidad de quien indique en los documentos del procedimiento de selección.

La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien debe verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias. Tratándose de órdenes de compra o de servicio, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

La conformidad se emite en un plazo máximo de diez (10) días de producida la recepción, salvo en el caso de consultorías, donde la conformidad se emite en un plazo máximo diez (10) días de producida la recepción salvo en el caso de consultorías, donde la conformidad se emite en un plazo máximo de veinte (20) días.

De existir observaciones, la Entidad debe comunicarlas al contratista, indicando claramente el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar no menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días, dependiendo de la complejidad. Tratándose de consultorías el plazo para subsanar no puede ser menor de cinco (5) ni mayor de veinte (20). Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad puede resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan, desde el vencimiento del plazo para subsanar.



(...)”

23) Que, habiéndose realizado la recepción del informe mensual por la valorización N° 09, conforme consta en los medios probatorios, se tiene existe la obligación de la Entidad en la emisión de un informe de conformidad, el cual hasta la fecha la Entidad no ha emitido su conformidad, por lo que su incumplimiento impide el pago en razón del Art. 149° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, hecho que acontece en el presente caso.

24) Si bien, el contrato ha estipulado los responsables de emitir la conformidad de la prestación, debe entenderse que la responsabilidad de la recepción y conformidad conforme a la normativa especial (Art. 143° del RLCE) le corresponde a la Entidad. Por ello, el plazo establecido para cumplir con dicha obligación, conforme el artículo 149° del Reglamento, ha vencido, no siendo responsabilidad del contratista; por lo que subsiste la responsabilidad de pago por parte de la Entidad.

25) Que, conforme al Art. 149° del Reglamento, se debe entender que el pago está sujeto a la conformidad por parte de la Entidad quien tiene la obligación de pronunciarse en el plazo máximo de veinte (20) días calendario de recibir el informe mensual.

26) Asimismo, las partes se obligaron a cumplir los plazos establecidos en la cláusula décima del contrato, que regula la conformidad del servicio, estableciendo para ello un procedimiento para el otorgamiento de la conformidad del servicio; sin embargo, la Entidad ha incumplido dicho procedimiento.

27) No obstante, ello, conforme a la Opinión N° 090-2014/DTN-OSCE, ante el incumplimiento de la Entidad en emitir su conformidad se debe tener en cuenta que la norma, si bien no ha establecido de forma expresa, el consentimiento de la conformidad de forma automática para los servicios de consultoría, la Dirección Técnica Normativa del OSCE ha señalado al respecto lo siguiente:



Opinión N° 090-2014-DTN-OSCE

(...)

Asimismo, el artículo 42 de la Ley, precisa que los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago **correspondiente**. En el caso de ejecución o consultoría de obras, el mismo artículo precisa que el contrato culmina con la liquidación y pago correspondiente, la misma que debe ser elaborada y presentada a la Entidad por el contratista, debiendo la Entidad pronunciarse dentro del plazo máximo establecido, bajo responsabilidad del funcionario correspondiente; caso contrario, la liquidación presentada se tendrá por aprobada para todos los efectos legales.

De esta manera, en los contratos de bienes y servicios, a diferencia de las contrataciones de ejecución o consultoría de obras, la normativa de contrataciones del Estado, no ha previsto una aprobación automática, en caso la Entidad no cumpla con pronunciarse dentro del plazo previsto para ello.

(...)

28) De dicha opinión vinculante, se advierte que, si bien la norma no ha establecido la aprobación automática para el caso de bienes y servicios, la Dirección Normativa del OSCE considera que para el caso de consultoría de obras si existe una aprobación automática, en el caso la Entidad no cumpla con pronunciarse dentro del plazo de 20 días calendario.

29) De esta forma, siendo que las partes han recurrido al arbitraje a fin de que se resuelva la controversia, esta Árbtrita Única entiende que la conformidad ya ha sido dada por la Entidad en razón a lo dispuesto por la opinión vinculante antes indicada, por lo que dicha opinión es compartida por esta Árbtrita Única.

30) Sumado a ello, los medios probatorios demuestran que existe la conformidad por parte de la Entidad mediante la recepción de la valorización N° 09, ello constituye

su declaración dentro del plazo, es decir, al momento de la recepción, entendiéndose por ello la falta de observaciones a subsanar a cargo del contratista.

31) En relación a la conformidad respecto de la valorización décima correspondiente al mes de octubre y la undécima de los 17 días del mes de noviembre, no ha sido adjuntado medio probatorio que acredite la existencia de los informes mensuales y el requerimiento de pago a la Entidad que respaldan las valorizaciones mensuales reclamadas, conforme a lo establecido en la cláusula cuarta del contrato.

32) En efecto, ni en la demanda del Contratista, ni en documentación posterior obra medio probatorio alguno que permita verificar la existencia del requerimiento, por lo que no se ha acreditado que el Contratista haya requerido a la Entidad el pago de las valorizaciones 10 y 11, que el demandante afirma no le fueron canceladas.

33) En ese sentido, esta Árbitra Única considera que corresponde amparar en parte esta pretensión, conforme lo señalado en los numerales precedentes.

Tercer Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no ordenar el pago de las prestaciones brindadas, correspondientes a la novena, décima y parte de la undécima valorización del contrato, ascendentes a S/26,573.61, S/27,459.39 y S/15,058.43 respectivamente, por el total de S/. 69,091.43 (sesenta y nueve mil noventa y uno con 43/100 Soles), más los intereses legales desde la fecha que se debió honrar el pago.

34) Al respecto, conforme ha quedado establecido en los fundamentos expuestos en el primer punto controvertido, la resolución de contrato efectuada por el Contratista se originó por la falta de pago del servicio prestado, habiendo seguido el procedimiento establecido en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, y además dicha resolución de contrato quedó consentida.



35) Ahora bien, el Contratista solicita el pago de las prestaciones de la novena, décima y parte de la undécima valorización, sin embargo, como se ha indicado en el análisis del segundo punto controvertido, solo la novena valorización cuyo informe fue presentado a la Entidad ha obtenido una aprobación automática al haber vencido el plazo para su expedición de la conformidad, el cual obra en el expediente arbitral y fue materia de requerimiento de pago por el monto de S/ 26,573.61 Soles.

36) Con relación, al pago de los intereses legales reclamados por el demandante, en aplicación de los artículos 39° de la Ley y el artículo 149° del Reglamento, el interés que se debería aplicar sería el interés legal fijado por el Banco Central de Reserva desde la constitución en mora del deudor.

37) Que, en opinión de la Árbitra Única los intereses que se devenguen por los montos materia de reclamo califican como intereses legales moratorio, porque los mismos constituyen el resarcimiento que tienen derecho el demandante de un dinerario por no tener capital a tiempo a los que tiene derecho el demandante se devengarían, desde la fecha en que fue constituido en mora, es decir, desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse hasta la fecha efectiva de pago, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 1324° y 1334° del Código Civil y en la Octava Disposición Complementaria de la Ley de Arbitraje- Decreto Legislativo N° 1071, cuyo monto será determinado en ejecución del presente laudo arbitral.

Cuarto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no se ordene la devolución del monto de retención de la garantía de fiel cumplimiento, ascendente al monto de S/39,860.41 monto que la Entidad mantiene retenido en calidad de depositaria.

38) El Contratista solicita como cuarta pretensión principal que la Entidad le devuelva el monto de S/. 39,860.41 que corresponde a la garantía de fiel cumplimiento del contrato, retenido en calidad de depositaria.



39) Sobre el particular, en la cláusula séptima del contrato, que regula el tema de las Garantías que rige las relaciones jurídicas de las partes, establece que la Carta Fianza deberá estar vigente hasta la finalización del contrato.

40) Con relación a la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento, el artículo 126° del Reglamento precisa que esta debe "mantenerse vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras".

41) En ese sentido, considerando que éstos se vinculan con el análisis de la presente pretensión en cuanto al estado y situación legal de la resolución de contrato. Es decir, aun cuando la resolución de contrato realizada por el contratista ha quedado consentida, se encuentra pendiente la liquidación del contrato de supervisión de obra.

42) En ese contexto, estando a que la resolución de contrato realizada por el Contratista ha causado estado al encontrarse consentida de acuerdo al criterio de la Árbitra Única, en armonía a lo establecido en el primer párrafo del artículo 126° del Reglamento que establece que, la garantía de fiel cumplimiento debe tener vigencia hasta el consentimiento de la liquidación final del contrato, es de opinión que esta pretensión no debe ser amparada.

Quinto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia e invalidez de la decisión extemporánea de apercibimiento de resolución de contrato; y, de resolución total del Contrato N° 018-2016-DISA II LIMA SUR, realizada por la Entidad mediante Carta N° 113-2017-OL-OEA-DISA II LS/MINSA de fecha 21 de noviembre de 2017 y Carta N° 22-2018-OL-OEA-DISA II LS/MINSA- Carta Notarial N° 73197 de fecha 07 de mayo de 2018, respectivamente, por presunto incumplimiento de obligaciones.

43) La Entidad mediante Carta N° 22-2018-OL-OEA-DISA LS/MINSA de fecha 07 de mayo del 2018 le comunica al Contratista su decisión de resolver el Contrato N° 018-

2016-DISA II LIMA SUR para la "Servicio de Consultoría de Obra Supervisión de la Obra Fortalecimiento de la Capacidad Resolutiva del Centro de Salud Materno Infantil I-4 Villa María del Triunfo de la DISA II Lima Sur", por el incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

44) Conforme es de apreciarse la resolución de contrato efectuada por la Entidad es de fecha posterior a la resolución de contrato efectuada por el Contratista (17 de noviembre del 2017), **consecuentemente** habiéndose en el presente Laudo determinado que la resolución efectuada por el Contratista se encuentra consentida, la posterior resolución contractual efectuada por la Entidad resulta ineficaz.

45) En efecto, habiendo quedado consentida la resolución de contrato efectuada por el Contratista con fecha 17 de noviembre del 2017, la consecuencia de la misma es la extinción del Contrato N° 018-2016-DISA II LIMA SUR para la "Servicio de Consultoría de Obra Supervisión de la Obra Fortalecimiento de la Capacidad Resolutiva del Centro de Salud Materno Infantil I-4 Villa María del Triunfo de la DISA II Lima Sur", por lo que no resulta legalmente posible "resolver un contrato ya resuelto". Es decir, no puede resolverse un contrato que es inexistente, por lo que la Carta N° 22-2018-OL-OEA-DISA LS/MINSA de fecha 07 de mayo del 2018 no suerte efecto jurídico por ser posterior al acto jurídico resolutivo ejecutado por el Contratista.

46) De conformidad con lo establecido en el artículo 36° de la Ley de Contrataciones del Estado, cualquiera de las partes puede poner fin al contrato por un hecho sobreviniente a la suscripción del mismo, siempre que se encuentre previsto expresamente en el contrato con sujeción a la ley. Asimismo, el artículo 136° del Reglamento establece que el contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de la comunicación que resuelve el contrato. Estando a lo expuesto, el Contrato quedó resuelto con la comunicación notarial cursada por el Contratista a la Entidad en la que se comunicó la resolución del mismo, esto en razón a que dicho acto ha sido declarado consentido en el presente Laudo.

47) Estando a lo expuesto carece de objeto profundizar en el análisis de la formalidad de la resolución contractual efectuada por la Entidad, así como de la causal invocada



en la carta de resolución de contrato, por lo que la resolución de contrato efectuada por la Entidad ha devenido en ineficaz.

Sexto Punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no la orden de pago de una indemnización por daños y perjuicios ascendente a S/ 88,720.82 soles, por el evidente daño emergente y lucro cesante irrogados a la Contratista.

48) La indemnización por daños y perjuicios jurídicamente tiene el contexto de que el acreedor o el perjudicado para exigir del deudor el causante del daño una cantidad de dinero equivalente a la utilidad o beneficio que aquél le hubiese reportado el cumplimiento efectivo, íntegro y oportuno de la obligación o a la reparación del mal causado. Precisamente el artículo 1321 del Código Civil, establece que "*Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad y los que cualquier modo contravienen al tenor de aquéllas*".

49) En ese caso debemos circunscribirnos a los daños y perjuicios derivados del contrato que deriva de un procedimiento de selección; es decir, estos son de naturaleza contractual, por lo tanto, son las que debe pagar un deudor en caso de incumplir una obligación contractual, con el fin de resarcir al acreedor por su incumplimiento.

50) En consecuencia, por razones de daños y perjuicios se tiene que pagar las consecuencias perjudiciales causadas por el incumplimiento de la obligación o por la realización del acto ilícito, como quiera que la pretensión es de naturaleza dineraria lo que importa para los efectos de mandar pagar o no los daños y perjuicios reclamados debe valorarse económicamente los componentes de los indicados daños y perjuicios. De acuerdo con el artículo 1106 del Código Civil se debe valorar el valor de la pérdida que ha sufrido EJW Ingeniería de Obras y Proyectos SAC y la ganancia que haya dejado de percibir; en una palabra, debe establecerse el daño emergente y lucro cesante sufrido por la indicada empresa.



51) El citado precepto da cobertura legal al denominado daño emergente y lucro cesante la ganancia dejada de obtener a consecuencia del incumplimiento contractual o de la acción u omisión generadora de la responsabilidad extracontractual.

52) A la Árbitra Única solo le **corresponderá** valorar los daños y perjuicios haciendo uso de la prueba aportada durante la demanda y contestación de la demanda caso contrario no sería concordante con el Reglamento de la Ley de Contrataciones que limita el pago de los daños y perjuicios IRROGADOS u OCASIONADOS; es decir, aquellos que realmente fueron ocasionados que amerita prueba fehaciente de los mismos.

53) La Ley de Arbitraje establece expresamente en su artículo 39º que dentro del plazo previsto por las partes o determinado por el tribunal arbitral y a menos que las partes hayan acordado algo distinto respecto del contenido de la demanda y de la contestación, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y las circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula y el demandado deberá establecer su posición respecto a lo planteado en la demanda. Las partes, al plantear su demanda y contestación, deberán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer.

54) Con la demanda y contestación de la demanda no se ha acreditado fehacientemente el cuan tun de los daños y perjuicios reclamados; la documentación aportada es referencial mas no acreditan los daños objetivamente causados ni el lucro cesante, elementos indispensables de la figura jurídica exigida por la naturaleza de los daños y perjuicios.

55) Siendo ello así, debe tenerse presente que no basta una inducción lógica y sentido común para sustentar el daño ocasionado, por cuanto para determinar un monto indemnizatorio, se requiere la existencia de evidencia probatoria que cause convicción en los árbitros. En el presente caso, como se ha indicado líneas arriba el Contratista no ha presentado elementos probatorios que puedan sustentar la existencia del daño que pueda ser objeto de resarcimiento.



En ese sentido, la Árbitra Única debe declarar INFUNDADA esta pretensión

Séptimo punto Controvertido:

Determinar si corresponde o no la orden de pago de los gastos, costos y costas del proceso arbitral, irrogados a la Contratista.

56) Al respecto, el numeral 1) del artículo 72° del D.L. N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, dispone que los árbitros se pronunciarán en el Laudo sobre los costos indicados en el Artículo 70° del citado cuerpo legal.

57) Al respecto, el artículo 70° del D.L. N° 1071:

"El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.

b. Los honorarios y gastos del secretario.

*c. Los gastos **administrativos** de la institución arbitral*

d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral

e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales".

58) Asimismo, el numeral 1 del Artículo 73° del D.L. N° 1071 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.

59) En el presente caso no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que a la Árbitra Única

se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

60) En este orden de ideas, en virtud de lo sustentado y decidido en el presente Laudo, sobre la base de un criterio de equidad y en legítimo ejercicio de sus facultades, la Árbitra Única, considerando el resultado del arbitraje, estima que, en puridad, no puede afirmarse que existe una "parte perdedora", en vista de que ambas tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, independientemente del fallo dado, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en la vía arbitral.

61) Asimismo, 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.

62) En consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (es decir, los honorarios de la Árbitra Única y de la Secretaría Arbitral Ad Hoc), así como asumir sus propios costos, según el referido artículo 70° del D.L. N° 1071, en los que incurrieron o debieron incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

63) Por lo tanto, esta Árbitra Única declara Infundada la Séptima Pretensión Principal formulada en la demanda, y, en consecuencia, no corresponde que la Entidad asuma los costos del arbitraje y los costos de asesoría en los que incurrió el Contratista durante el trámite del presente arbitraje.

64) Sin perjuicio de lo anterior, durante el trámite del arbitraje, se han determinado liquidaciones en los honorarios arbitrales y de la secretaría arbitral, producto de las diversas actuaciones arbitrales desarrolladas.

65) De acuerdo a los actuados el Contratista habría asumido la totalidad de los honorarios de la Árbitra Única y de la secretaría arbitral liquidados producto de la



liquidación establecida en la Resolución N° 7 de fecha 22 de marzo del 2019, pese a que estos debieron ser cancelados por ambas partes en proporciones iguales.

66) En ese sentido, habiendo el Contratista asumido una obligación económica que le correspondía a la Entidad, este último le deberá devolver al primero la suma neta ascendente S/ 17,410.71. (Diecisiete Mil Cuatrocientos Diez con 71/100 Soles).

Octavo Punto Controvertido:

Determinar si el contratista EJW Ingeniería de Obras y Proyectos S.A.C. ha incumplido con las obligaciones contractuales, las mismas que han sido observadas por el área técnica de la Entidad.

67) Esta Árbitra Única advierte que determinar si el Contratista ha incumplido sus obligaciones contractuales en la ejecución del Contrato N° 018-2016-DISA II LIMA SUR para la "Servicio de Consultoría de Obra Supervisión de la Obra Fortalecimiento de la Capacidad Resolutiva del Centro de Salud Materno Infantil I-4 Villa María del Triunfo de la DISA II Lima Sur" cuya resolución ha sido declarado consentida al momento de analizar el primer punto controvertido, carece de objeto pronunciarse respecto al presente punto controvertido.

68) Por lo tanto, esta Árbitra Única declara que carece de objeto pronunciarse respecto al presente punto controvertido, debido a que la resolución del contrato efectuada por el Contratista fue declarada consentida conforme al análisis efectuado en el primer punto controvertido.

DECISIÓN DE LA ÁRBITRA ÚNICA:

Que, finalmente, la Árbitra Única 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 fueron consignados en el Acta de Instalación de la Árbitra Única.

Por las razones expuestas, de conformidad con el Acta de Instalación y lo previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, la Árbitra Única, dentro del plazo correspondiente, resolviendo en Derecho **LAUDA:**

PRIMERO. - DECLÁRESE FUNDADA la Primera Pretensión Principal de la demanda de fecha 10 de agosto del 2018, analizada en el Primer Punto Controvertido, y, en consecuencia, por mandato expreso del artículo 137° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado **SE DECLARA** consentida la resolución de contrato efectuada por el Contratista mediante Carta Notarial EJW.SUP N°195-2017 de fecha 17 de noviembre del 2017.

SEGUNDO. - DECLÁRESE FUNDADA EN PARTE la Segunda Pretensión Principal de la demanda de fecha 10 de agosto del 2018, analizada en el Segundo Punto Controvertido.

TERCERO. - DECLÁRESE FUNDADA EN PARTE la Tercera Pretensión Principal de la demanda de fecha 10 de agosto del 2018, analizada en el Tercer Punto Controvertido, y en consecuencia corresponde: **ORDENAR** a la Dirección de Salud II Lima Sur pague a favor de EJW Ingeniería de Obras y Proyectos S.A.C la suma de S/. 26,573.61 (veinte y seis mil quinientos setenta y tres con 61/100 soles) más los intereses legales hasta la fecha efectiva de pago.

CUARTO. - DECLÁRESE INFUNDADA la Cuarta Pretensión Principal de la demanda de fecha 10 de agosto del 2018, analizada en el Cuarto Punto Controvertido.

QUINTO. – DECLÁRESE FUNDADA la Quinta Pretensión Principal de la demanda de fecha 10 de agosto del 2018 y, en consecuencia, **SE DECLARA** ineficaz la resolución de contrato efectuada por la Entidad mediante Carta N° 22-2018-OL-OEA-DISA II LS/MINSA de fecha 07 de mayo del 2018 conforme al análisis efectuado en el Quinto Punto Controvertido.



SEXTO. - DECLÁRESE INFUNDADA la Sexta Pretensión Principal de la demanda de fecha 10 de agosto del 2018, analizada en el Sexto Punto Controvertido.

SEPTIMO: DISPÓNGASE que ambas partes asuman en partes iguales, los gastos arbitrales, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral conforme a las precisiones indicadas en la parte considerativa del presente laudo arbitral.

OCTAVO. - ORDÉNESE a la Dirección de Salud II Lima Sur – pague en vía de devolución – a EJW Ingeniería de Obras y Proyectos S.A.C. la suma neta ascendente a S/ 17,410.71. (Diecisiete Mil Cuatrocientos Diez con 71/100 Soles) que corresponden a la porción de los honorarios de la Árbitra Única y de la secretaría arbitral liquidados producto de la acumulación, cuyo pago se encontraba a su cargo, pero que fueron asumidos en subrogación por la demandante.

NOVENO. - REMÍTASE al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado- OSCE el presente laudo arbitral, para ser publicado- *con fines de transparencia*- por Árbitra Única en el portal electrónico de las Contrataciones del Estado- SEACE.


NIDIA ROSARIO ELIAS ESPINOZA
Árbitra Única