

Lima, 19 de noviembre de 2020

Señores

RED DE SALUD LIMA ESTE METROPOLITANA

Av. Arequipa N° 810, 9° piso

Cercado de Lima.-

Correo electrónico: procuraduria@minsa.gob.pe,

procuraduriapublicaminsa@gmail.com,

daniel.pp.minsa@gmail.com,

merinodiana@gmail.com

Ref.: Caso Arbitral: Modas Marlench EIRL – Red de Salud Lima Este Metropolitana

Att.: Procuraduría Pública del Ministerio de Salud

De mi consideración:

Por medio de la presente y en atención al caso arbitral de la referencia, cumpla con notificarles la Resolución N° 23, emitida por el Árbitro Único, doctor Mario Eduardo Vicente González Peralta, de fecha 19 de noviembre de 2020.

Atentamente,



JUAN DIEGO GUSHIKEN DOY

Secretario Arbitral Ad – Hoc

LAUDO DE DERECHO

Número de Expediente de Instalación: I647-2017

Contratista: MODAS MARLENCH E.I.R.L. (En adelante, el Contratista o el Demandante).

Demandado: RED DE SALUD LIMA ESTE METROPOLITANA (En adelante, la Entidad o el Demandado).

Contrato: Contrato N° 012-2016-RED LEM, para la adquisición de uniforme institucional de invierno y verano de la Red LEM (En adelante, el Contrato).

Monto del Contrato: S/ 2'002,880.00

Cuantía de la Controversia: S/ 200,288.00

Tipo y Número de Proceso de Selección: Licitación Pública N° 001-2016-RED LEM

Árbitro Único: Mario Eduardo Vicente González Peralta.

Secretaría Arbitral: Juan Diego Gushiken Doy.

Monto de los honorarios del Árbitro Único: S/ 7,242.00

Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral: S/ 4,551.00

Fecha de emisión del laudo: 19 de noviembre del 2020

(Unanimidad/Mayoría): Unanimidad

N° de Folios: 25

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

- Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato.
- Resolución del contrato.
- Ampliación del plazo contractual.
- Defectos o vicios ocultos.
- Formulación, aprobación o valorización de metrados.
- Recepción y conformidad.
- Liquidación y pago.
- Mayores gastos generales.
- Indemnización por daños y perjuicios.
- Enriquecimiento sin causa.
- Adicionales y reducciones.
- Adelantos.
- Penalidades.
- Ejecución de garantías.
- Devolución de garantías.
- Otros (Costos arbitrales)

Resolución Nº 23

En Lima, a los 19 días del mes de noviembre del año dos mil veinte, el Árbitro Único, abogado Mario Eduardo Vicente González Peralta, designado mediante Resolución Nº 268-2017-OSCE7PRE, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, actuado las pruebas ofrecidas, teniendo presente las alegaciones efectuadas por las partes, y analizado las pretensiones planteadas en la demanda y reconvencción, dicta el siguiente laudo:

I. INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

1. Con fecha 8 de setiembre de 2017, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación de Árbitro Único, en las instalaciones de la Dirección de Arbitraje del Organismo Superior de Contrataciones del Estado – OSCE, con la presencia de los representantes de ambas partes.

En dicha audiencia se establecieron las reglas que regirían el desarrollo del presente arbitraje, el monto de los gastos arbitrales y se declaró formalmente instalado el Árbitro Único.

II. PRESENTACIÓN DE DEMANDA

2. Mediante escrito presentado el 29 de setiembre de 2017 y complementado con el escrito de fecha 25 de octubre de 2017, Modas Marlench (en adelante el Contratista, o Demandante) planteó su Demanda Arbitral contra la Red de Salud Lima Este Metropolitana (en adelante la Entidad o Demandado) formulando el siguiente petitorio, el cual se procede a referir:

"(...)

"Se Declare que la Demandada ha incurrido en pago diminuto en nuestro perjuicio en relación al Contrato Nº 012-2016-RED LEM, y en consecuencia se ordene a la Dirección de Salud Lima Este Metropolitana cumpla con pagar la suma de S/. 200,288.00 a

favor de Modas Marlench EIRL, como contraprestación faltante por la ejecución del Contrato ... habiéndose descontado abusivamente como penalidad por mora en la ejecución de la prestación... más los intereses hasta la fecha de pago efectivo a liquidar en ejecución de laudo, considerando para estos efectos la fecha de entrega de los bienes al 30 de diciembre del 2016."

.....

"... nos indemnice con la suma de S/. 50,000.00 por constituir la acción ejecutada por la demandada un ejercicio abusivo de derecho en directo desmedro de nuestra parte ..."

"Se ordene a la parte demandada que cumpla con reembolsarnos los honorarios arbitrales y de secretaría arbitral así como los honorarios de nuestro abogado patrocinante".

RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

3. Con fecha 25 de agosto del 2016, las partes, hoy en controversia, suscribieron el Contrato № 012-2016-RED LEM para la "adquisición de Uniforme Institucional de Invierno y Verano de la Red LEM, Ítems 1, 2, 3, y 4", el mismo que consideraba un plazo de ejecución de 60 días calendario a computarse desde el día siguiente de culminado el plazo de la toma de medida
4. El Contratista acotó que, respecto al plazo de toma de medidas, no se fijó contractualmente una fecha de inicio y término, sino que se habría establecido en función del hecho concreto en que se concluyera formalmente con la toma de medidas a todo el personal.
5. El Contratista señaló que la culminación de la toma de medidas se dilató debido a la inasistencia de parte del personal; por lo que, se habría realizado reiteradas comunicaciones con la Jefatura de Bienestar de Personal alertando dicha situación a través de llamadas y correos.

6. En ese sentido, el Contratista precisó que durante el viernes 23 de setiembre, lunes 26 de setiembre, miércoles 28 de setiembre y viernes 30 de setiembre de 2016 se cursaron correos con la Jefatura de Bienestar de Personal, quienes (en este último) indicaron a los coordinadores de las micro redes la relación de personal faltante de tomar medidas, señalando la dirección de la empresa.
7. El contratista agregó que con fecha 3 de octubre de 2016, la Jefatura cursó un correo solicitando se otorguen las facilidades para la toma de medidas del personal restante que se acercaría durante la semana.
8. Así, el Contratista sostuvo que, su encargada de ventas Rocío Gordillo atendió dicha solicitud indicando la dirección de la empresa y especificando que las tomas de medida serían desde el lunes 3 al viernes 7 de octubre de 2016 y que, posteriormente cursaría una carta solicitando que las confecciones se hicieran según tallas, conforme con las Bases.
9. En consecuencia, el Contratista sostuvo que no todo el personal concurrió a la toma de medidas; por lo que, con fecha 20 de octubre de 2016, su Coordinador Administrativo, Sr. Walter Ríos remitió un correo a la Sra. Nelly Maritza Soto Luján, Jefa de Bienestar de Personal, indicando el número de personal faltante.
10. Además, señaló que a solicitud de la Jefatura se coordinó continuar con la toma de medidas de 88 damas y 48 caballeros faltantes para los días 20 y 21 de octubre de 2016. Correo que habría sido respondido por la Entidad.
11. Consecuentemente, el Contratista sostuvo que al no tener una fecha fija de culminación de toma de medidas para dar inicio al plazo de 60 días calendario, este debía establecerse en base al hecho concreto en que se concluya con la toma de medidas y enfatizó que el retraso se debió a causas atribuibles a la Entidad, verificándose la causal de ampliación de

plazo prevista en el numeral 2 del artículo 140° de la Ley de Contrataciones con el Estado.

12. Posteriormente, el Contratista señaló que durante las fechas establecidas no asistió todo el personal; por lo que, mediante Carta Notarial N° 095-MODASMARLENCH-2016 indicó el inicio de una segunda etapa para la confección de uniformes.
13. También señaló que, sin perjuicio de que surgiera un nuevo cronograma para el apersonamiento de trabajadores faltantes, los 60 días calendario de plazo culminarían con la entrega el día 25 de diciembre de 2016, considerando como plazo máximo para la toma el día 27 de octubre de 2016, considerando la habilitación y corte de tela por tallas y a escalas.
14. El Contratista agregó que, con Carta N° 407-2016/DE/OA/URRHH/RSLEM/IGSS de fecha 27 de octubre de 2016, la Jefatura de Recursos Humanos estableció un cronograma de rezagados para la toma de medidas del 3 al 7 de octubre en las nuevas instalaciones de la empresa.
15. Así, el Contratista sostuvo que mediante correo electrónico de fecha 7 de noviembre de 2016, la Jefatura de Bienestar de Personal solicitó la relación de trabajadores faltantes de tomar medidas; correo que indicó fue respondido en la fecha por el Coordinador Sr. Walter Ríos indicando el número de 79 damas y 43 caballeros faltantes y solicitando que se indique la talla con que se confeccionarán dichos uniformes faltantes.
16. El Contratista comunicó que, en el mismo día, la Jefatura remitió el correo con el asunto 'ENVÍO RELACIÓN FINAL DEL UNIFORME INSTITUCIONAL' con la lista correspondiente.
17. Así, sostuvo que quedaría establecido que para la Entidad el plazo de ejecución se computaría desde el día siguiente al 7 de noviembre de

2016; por lo que, los 60 días calendario concluirían el 6 de enero de 2017.

18. El Contratista sostuvo que mediante Carta № 098-MODASMARLENCH-2016 de fecha 7 de diciembre de 2016 solicitó la ampliación de plazo hasta el día 6 de enero de 2017, considerando como fecha de inicio el día 7 de noviembre de 2016.
19. Por otro lado, el Contratista enfatizó que todos los correos y comunicaciones cursadas se dieron sin tener conocimiento de que previamente se debió suscribir una Adenda que modificara el Contrato, lo que no excluiría la conformidad con los principios de buena fe y finalidad pública y de conservación del Contrato público de la fecha de finalización de la etapa de toma de medidas el 7 de noviembre de 2016, fecha en que se cursó el último correo de coordinación; por lo que los 60 días calendarios habrían de computarse desde el día siguiente.
20. Sin embargo, el Contratista mencionó que la Entidad desconoció tal situación, pues sostuvo que mediante la Carta № 407-2016/DE/OA/URRHH/RSLEM/IGSS de fecha 27 de octubre de 2016, la Jefatura de RR.HH. había establecido un cronograma de rezagados para a toma de medidas del 3 al 7 de octubre de 2016, con lo que no habría reconocido que incluso en tales fechas no se culminó la toma de medidas.
21. Así, el Contratista enfatizó que ni la Carta № 407-2016/DE/OA/URRHH/RSLEM/IGSS de fecha 27 de octubre de 2016, ni los correos electrónicos podrían entenderse como modificaciones válidas al contrato en su cláusula quinta, pues solo pudo hacerse mediante una Adenda.
22. Adicionalmente, el Contratista señaló que el Contrato contendría un error al disponer la confección de blusas de verano con mangas largas, lo cual además no se condice con los sacos de verano que son de manga corta;

tema que debió incluirse mediante una Adenda que tampoco fue celebrada.

23. Respecto a la entrega de los uniformes, el contratista sostuvo que se dio con fecha 30 de diciembre de 2016 conforme con el Acta de Recepción y Conformidad, computando el plazo desde el día 7 de noviembre de 2016 en que se culminó con la toma de medidas y considerando que el término de la ampliación de plazo solicitada mediante Carta N° 098-MODASMARLENCH-2016 habría vencido el día 6 de enero de 2017.
24. En ese sentido, el Contratista refirió que el cumplimiento de sus obligaciones se dio con fecha 30 de diciembre de 2016, con lo que no sería pasible de ninguna penalidad por mora.

RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

25. El Contratista manifestó que la decisión de la Entidad de no pagar los S/ 200,288.00 representó un abuso de derecho puesto que, además de la denegatoria de una necesaria ampliación de plazo, habría pagado una suma diminuta sin respaldo legal.
26. Así, el Contratista señaló que, el abuso de derecho se configuró cuando la Entidad ejerció su derecho de descontar penalidades, extralimitándose y causando daño a sabiendas de la ilegitimidad e ilegalidad; por lo que, al haber cumplido con su prestación, correspondía a la Entidad cumplir con el pago íntegro.
27. Consecuentemente, el Contratista sostuvo que la Entidad estaría obteniendo un beneficio indebido e ilegal, incurriendo en abuso de derecho.

III. EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD Y CONTESTACIÓN DE DEMANDA:

28. Mediante escrito de fecha 20 de diciembre de 2017, la Entidad procedió a contestar la demanda, previamente formulando Excepción de Caducidad y procedió a contestar la demanda con los siguientes argumentos.

RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN:

29. La Entidad señaló que, el contratista habría omitido señalar que la solicitud de ampliación de plazo hasta el 6 de enero de 2017 fue denegada mediante la correspondiente Resolución Administrativa N° 152-2016-OA-RED LEM/AL, decisión que no fue impugnada, ni sometida a controversia en el presente proceso; por lo que correspondía la aplicación de penalidad por retraso.
30. Asimismo, la Entidad indicó que, al no haber cuestionado tal decisión, el Contratista cuestiona la consecuencia de la denegatoria de ampliación de plazo, que es el descuento por la penalidad debidamente aplicada por retraso.

RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN:

31. La Entidad manifestó que, sobre la pretensión indemnizatoria se advierte el incumplimiento de los requisitos legales exigidos y la no acreditación de la cuantía requerida; por lo que dicha pretensión debiera ser desestimada.
32. Así, la Entidad señaló que en el presente caso no se habría acreditado el hecho generador del daño supuesto; por lo que, al declararse infundada dicha pretensión, se condene al Contratista por ser de su responsabilidad el cumplimiento diligente de sus obligaciones.

IV. SOBRE LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

33. Mediante Resolución Nº 14 de fecha 10 de junio de 2019, el Árbitro Único declaró infundada la excepción de caducidad propuesta por la Entidad en mérito a las razones expuestas en dicha resolución.

V. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

34. Con fecha 26 de junio de 2018, en la sede del arbitraje se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, dejando constancia de la inasistencia de los representantes de ambas partes y procedió a establecer las controversias sometidas al presente proceso arbitral, determinándose los siguientes puntos controvertidos:
1. Determinar si corresponde o no declarar que la Entidad ha incurrido en pago diminuto en perjuicio del Contratista y, en consecuencia, se ordene a la entidad cumplir con el pago de S/ 200,288.00 (doscientos mil doscientos ochenta y ocho con 00/100 Soles) en favor del Contratista, como contraprestación faltante por el descuento de penalidad por mora. Así como, el pago de los intereses respectivos hasta la fecha de pago efectivo.
 2. Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad, el pago de S/ 50,000.00 (Cincuenta mil con 00/100 Soles) como indemnización en favor del Contratista.
 3. Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir el pago de los gastos arbitrales y de representación.
35. Asimismo, el Árbitro Único admitió los medios probatorios ofrecidos por el Contratista en su escrito de demanda arbitral de fecha 29 de setiembre de 2017 y, complementado el 25 de octubre de 2017, detallados en los anexos "1-A al 1-K" y los medios probatorios ofrecidos por la Entidad en su escrito de contestación de fecha 20 de diciembre de 2017 y señalados en los anexos "1.A al 1.K".

VI. ALEGATOS Y PLAZO PARA LAUDAR

36. Mediante Resolución № 6, el Árbitro Único, atendiendo al estado del arbitraje, indicó la conclusión de la etapa probatoria y otorgó a ambas partes un plazo a fin de que presenten sus alegatos y conclusiones finales por escrito y, de ser el caso, soliciten el uso de la palabra.
37. Al respecto, las partes no presentaron sus alegaciones y conclusiones finales por escrito.
38. En ese sentido, el Árbitro Único citó a las partes a Audiencia de Informes Orales para el día 20 de agosto de 2019, a efectos que manifiesten, de forma oral, su posición respecto a la controversia.
39. Al respecto, en dicha fecha, en la sede del arbitraje, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, contando con la asistencia ambas partes debidamente representadas.
40. Posteriormente, ambas partes cumplieron con presentar sus resúmenes finales para mejor resolver con fecha 27 de agosto de 2019 reiterando los argumentos desplegados durante el proceso.
41. En ese sentido, mediante Fijar resolución, el Árbitro Único, conforme a lo dispuesto en el numeral 45. del Acta de Instalación, fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles contado a partir del día siguiente de notificada dicha resolución, reservándose el Árbitro Único la facultad de prorrogarlo, hasta por treinta (30) días hábiles adicionales, de considerarlo necesario, a su sola discreción.

VII. ASPECTOS PRELIMINARES

42. El presente laudo se expide de conformidad con lo dispuesto en el artículo 56° del Decreto Legislativo № 1071.
43. Estando a lo dispuesto en el mencionado artículo, el Árbitro Único señala que resolverá a partir de los medios probatorios ofrecidos y admitidos, merituando todas las pruebas actuadas, aun cuando estas no sean

mencionadas en forma expresa, analizando lo que se ha pretendido demostrar con cada una de dichas pruebas otorgándole un valor probatorio, verificando si respaldan los hechos y pretensiones descritos por las partes.

44. En su labor interpretativa, el Árbitro Único tendrá presente los siguientes principios interpretativos:

- De conservación del contrato, en caso de duda, por el cual cuando una cláusula del contrato es susceptible de interpretarse en dos sentidos deberá entenderse en aquél que puede producir algún efecto y no en el que no genere ninguno.

La interpretación, como señala Díez Picazo:

*"(...) debe dirigirse a que el contrato o cláusula discutida sea eficaz. Entre una significación que conduce a privar al contrato o a la cláusula de efectos y otra que le permite producirlos, debe optarse por esta última."*¹

- De la búsqueda de la voluntad real de las partes, que es la posición asumida por el Código Civil Peruano cuando se presenta alguna discrepancia entre lo declarado por las partes y lo querido por ellas.

45. En efecto, en el último párrafo del artículo 1361º del Código Civil se establece la presunción "*iuris tantum*" establece que "la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla".

46. Esto quiere decir que el análisis de todos y cada uno de los documentos del Contrato deberá hacerse de manera integral y completa teniendo en

¹ DIEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Volumen I. Editorial Civitas. Madrid. 1993. Pág. 396.

cuenta la "voluntad común", a la que en la Exposición de Motivos del Código Civil se la define como:

"(...) los fines idénticos buscados por los contratantes y que se expresan en la declaración que formulan al celebrar el contrato. No se trata, por consiguiente, del objetivo que busca "cada contratante por sí mismo; y hay que presumir que lo que aparece en la relación contractual responde a esa intención, considerada de un modo integral y referida al contrato como un todo"².

- De la Buena fe, que no es otra cosa que la aplicación de las ideas de confianza y auto responsabilidad en la interpretación. Así tenemos que:

"(...) si una de las partes, con su expresión o su declaración, suscitó en la otra una confianza en el sentido objetivamente atribuible a dicha declaración, esta parte no puede impugnar este sentido y pretender que el contrato tiene otro diverso"³.

47. En este estado, el Árbitro Único, antes de analizar las materias controvertidas, procede a confirmar los siguientes aspectos:

- El proceso arbitral se constituyó con arreglo a la Ley de Contrataciones y Adquisiciones con el Estado y su Reglamento, al que las partes se sometieron incondicionalmente.
- En el proceso arbitral no se produjo recusación alguna contra el Árbitro Único.
- Las partes presentaron su demanda y contestación de la demanda, dentro de los plazos establecidos.
- Las partes han tenido la facultad y el ejercicio pleno a su derecho de defensa, así como para ofrecer y actuar sus medios probatorios, alegatos e informes orales.

² ARIAS SCHREIBER PEZET, Max. Código Civil. Exposición de Motivos y Comentarios. Tomo VI. Comisión Encomendada del Estudio y Revisión del Código Civil. Compiladora Delia Revoredo de Debaquey. Lima. 1985. Pág. 25.

³ DIEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit. Volumen I. Pág. 398.

- El Árbitro Único ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral. No obstante ello se deja constancia que el presente arbitraje se ha visto necesaria e involuntariamente afectado con ocasión a las disposiciones del Estado de Emergencia Nacional declarado por el Gobierno Central mediante Decreto Supremo Nº 044-2020-PCM, ampliado por Decreto Supremo Nº 051-2020-PCM, y sus normas aclaratorias, sobre la pandemia del Coronavirus o Covid 19, todo ello concordante con el Acta de Instalación de fecha 08 de setiembre del 2017

VIII. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

48. De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos de fecha 26 de junio de 2018, corresponde al Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada al arbitraje para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, así como a los fundamentos expuestos por cada parte, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del arbitraje.
49. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.
50. Asimismo, debe tenerse en cuenta, en relación con las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de *"Comunidad o Adquisición de la Prueba"*, las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden

ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que la ofreció.

51. Ello concuerda con la definición de dicho principio que establece que:

*"... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que propuso o lo proporcionó"*⁴.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

"DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR QUE LA ENTIDAD HA INCURRIDO EN PAGO DIMINUTO EN PERJUICIO DEL CONTRATISTA Y, EN CONSECUENCIA, SE ORDENE A LA ENTIDAD CUMPLIR CON EL PAGO DE S/ 200,288.00 (DOSCIENTOS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y OCHO CON 00/100 SOLES) EN FAVOR DEL CONTRATISTA, COMO CONTRAPRESTACIÓN FALTANTE POR EL DESCUENTO DE PENALIDAD POR MORA. ASÍ COMO, EL PAGO DE LOS INTERESES RESPECTIVOS HASTA LA FECHA DE PAGO EFECTIVO."

52. Previo a proceder con el análisis de la presente pretensión, es necesario tener en cuenta la regulación del régimen de penalidades.
53. Para tales efectos, debe tenerse en cuenta que la institución del régimen de penalidades tiene como objeto establecer una consecuencia o carga onerosa al Contratista por un incumplimiento de sus obligaciones, que en atención a lo establecido en la normativa aplicable o en las Bases y condiciones que rigen el proceso, requiere una atención principal.

⁴ PARAMONA H., José Rubén. "Medios Probatorios en el Proceso Civil". Ed.: Rodhas 1994, pág. 35.

54. En esa línea, el segundo párrafo del numeral 2.1.1. de la Opinión N° 020- 2014/DTN del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, establece que:

"las penalidades que puede aplicar la Entidad al contratista cumplen una doble función: desincentivar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que el retraso u otros incumplimientos en la ejecución de las prestaciones le hubiera causado".

55. Bajo esa línea, el Reglamento ha contemplado dos modalidades de penalidades, la penalidad por mora (que mide el atraso del Contratista en el cumplimiento de sus obligaciones dentro de los plazos establecidos en el contrato) regulado en el artículo 165° de dicha norma; así como el régimen de otras penalidades distintas a la mora que, como su nombre lo indica, se refieren a otros incumplimientos distintos a los que se derivan del simple atraso en el cumplimiento de las obligaciones contractuales, regulado en el artículo 166° de la misma norma.
56. El régimen de otras penalidades distintas a la mora, no es materia de la presente controversia, por lo que el análisis se centrará únicamente en los alcances, condiciones y efectos de las penalidades por mora, contempladas en el artículo 165° del vigente Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
57. El artículo 165° ya citado, en cuyo primer párrafo literalmente se establece lo siguiente:

"En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del

monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta".

58. Es decir, no sólo debe existir un retraso (no se concedió una ampliación de plazo o bien porque no se otorgó o bien porque nunca se pidió), sino que además y de forma conjunta, debe determinarse que ese retraso ya producido, además ha sido injustificado, es decir, debe tratarse única y exclusivamente de un retraso imputable al Contratista.
59. Dicho de otro modo, sólo procede la aplicación de la penalidad por mora cuando se den dos factores conjuntos: i) No existe una ampliación del plazo del contrato; ii) El retraso producido es imputable al Contratista.
60. Nótese, en ese sentido, que el Legislador no se limita a oponer el simple vencimiento del plazo para oponer de modo necesario una penalidad por mora, sino que adicionalmente, producido tal atraso este debe ser injustificado respecto del Contratista, es decir debe obedecer a un hecho imputable a su parte o que se encontraba bajo su esfera de dominio.
61. Por el contrario, si el Contratista solicitó y se le otorgó la respectiva ampliación de plazo, no existiría ya retraso alguno y, por ende, no se encontraría comprendido en el ámbito del artículo 165°.
62. En efecto, no toda demora genera mora, siendo claro que según la norma citada se exige la concurrencia de dos requisitos necesarios para la aplicación de la penalidad por mora:
 - i) Que exista el retraso en el plazo del contrato;
 - ii) Que, adicionalmente, dicho retraso sea un retraso injustificado.
63. La conjunción de ambos requisitos guarda coherencia y razonabilidad con el instituto de la penalidad por mora, que en esencia busca desalentar conductas del Contratista que motiven una dilación del contrato, más allá del límite expresamente contemplado en el contrato o en sus sucesivas ampliaciones de plazo, pues de lo contrario, se perdería el elemento constitutivo que define la naturaleza de tal

consecuencia pecuniaria, que no es otra que sancionar un atraso que el Contratista estuvo en aptitud de evitar, bajo su propia esfera de dominio.

64. Ahora bien, es necesario tener en cuenta que, para interpretar un atraso como injustificado, el OSCE ha emitido varias opiniones respecto a ello⁵, determinándose que el atraso injustificado depende de la presentación de la solicitud de ampliación de plazo para su evaluación por parte de la Entidad.
65. Bajo esa línea, se tiene que, mediante la Opinión N° 049-2014/DTN, se determinó que un atraso sería injustificado cuando no se haya solicitado la ampliación del plazo contractual o cuando habiéndose solicitado no haya sido aprobada por no verificarse ninguna de las causales previstas en el Reglamento.
66. Así, en el caso en concreto, si es que no hubiese concurrido todo el personal de la Entidad para la toma de medidas y, en consecuencia, al no tener una fecha fija de culminación de toma de medidas, correspondía al Contratista iniciar la solicitud de ampliación de plazo, lo cual se encontraría acreditado mediante la Carta N° 098-MODASMARLENCH-2016 de fecha 7 de diciembre de 2016.
67. Ahora bien, la defensa de la Entidad se basaría en el mismo supuesto señalado en el considerando N° 66, de acuerdo a la Entidad, el Contratista no habría cuestionado el acto administrativo mediante el cual se deniega la ampliación de plazo, motivo por el cual el atraso del contratista sería injustificado.
68. Efectivamente, de una revisión de los medios probatorios presentados por las partes, el Árbitro Único aprecia que el Contratista no cuestionó la denegatoria de la ampliación de plazo.
69. Es de criterio del Árbitro Único que, para el presente caso, en el momento de solicitar la ampliación de plazo contractual, es donde el

⁵ Al respecto, también se pueden consultar las Opiniones N° 005-2014/DTN y N° 087-2011/DTN.

Contratista debe acreditar la existencia de un hecho generador de atraso o paralización no imputable al mismo –siempre y cuando tal hecho afecte el plazo contractual–, con el fin de cumplir con las prestaciones a su cargo y no a nivel de penalidad.

70. Ya que, el Contratista es la persona responsable en proporcionar información que acredite que el retraso en la ejecución de las prestaciones no es de su responsabilidad, de forma tal que no se le apliquen las penalidades que correspondan por un retraso injustificado, no siendo reconocida la posibilidad de tramitar ampliaciones de plazo de oficio.

71. De esa forma, la Opinión antes citada señala que:

“... para proceder a aplicar la penalidad por mora, se debe comprobar que el retraso en la ejecución de la prestación es injustificado, condición que se presenta al verificar que no existe solicitud de ampliación de plazo pendiente de resolver o cuando habiéndose solicitado no haya sido aprobada por no comprobarse ninguna de las causales previstas en el Reglamento.” (Resaltado agregado)

72. Por lo que, en caso la Entidad deniegue la Ampliación de Plazo, el Contratista debió acudir a los mecanismos de solución de controversias establecidos en el Contrato.

73. En ese sentido, el Árbitro Único declara que no corresponde amparar la pretensión contenida en este punto controvertido.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

“DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A LA ENTIDAD, EL PAGO DE S/ 50,000.00 (CINCUENTA MIL CON 00/100 SOLES) COMO INDEMNIZACIÓN EN FAVOR DEL CONTRATISTA.”

Posición del Árbitro Único

74. Sobre este punto controvertido a analizar es necesario tener presente que la responsabilidad contractual es la que procede ante la infracción de un contrato válido o, es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Ésta comprende dos partes: Una de ellas es la reparación del daño y la segunda es la indemnización por los perjuicios ocasionados.
75. Así, el Artículo 1321° del Código Civil señala lo siguiente: "*Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve*".
76. Asimismo, debe tenerse en cuenta que para que se configure la responsabilidad contractual, debe de cumplirse con lo siguiente: Primero, debe existir un contrato válidamente celebrado, el cual debe ser eficaz; segundo, debe producirse un incumplimiento absoluto o relativo de las obligaciones por parte del deudor, incumplimiento que debe ocasionar un daño; tercero, debe existir una relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño ocasionado al acreedor; y cuarto, deben configurarse los factores de atribución subjetivos y objetivos.
77. En el caso de la responsabilidad extracontractual, ésta se determina cuando se produce un daño a un tercero con el cual no existe vínculo contractual.
78. Así, los elementos de la responsabilidad civil extracontractual surgen de los sujetos de esta responsabilidad: la víctima, el perjudicado por el daño (o sus causahabientes); y el responsable, autor culpable o doloso de los hechos. El elemento objetivo lo configura el daño y el elemento subjetivo lo integra la culpa y la negligencia, el descuido, la ignorancia o la imprudencia sin deseo de causar el perjuicio.
79. Aunadamente, es necesario señalar que para este tipo de responsabilidad debe haber primero un daño causado; segundo, la existencia de la relación de causalidad entre la conducta del agente y el

daño causado a la víctima y los actos de atribución (subjetivos u objetivos).

80. Así tenemos que entre ambos tipos de responsabilidad civil es fundamental el daño (acto) causado. Si el daño causado no existe no hay responsabilidad contractual ni extracontractual, el daño es el que identifica las responsabilidades; en el campo extracontractual el daño es a cualquier persona, mientras en el contractual el daño es siempre al acreedor. Por otro parte, en la responsabilidad extracontractual se regula la doctrina de la reparación integral del daño que existe. Es por ello que en este campo se indemniza todos los daños causados a la víctima; mientras que en el ámbito contractual no se reparan, en principio, todos los daños; solamente se reparan, en principio, aquellos que sean consecuencia directa del incumplimiento del deudor.
81. Ahora bien, hay que tener presente que el monto indemnizatorio en el campo extracontractual no depende de la culpabilidad del autor del acto, mientras que en el campo contractual el monto depende del daño y la culpabilidad del deudor, pues será mayor si es producto de culpa grave o dolo, y será menor si es producto de culpa leve.
82. Luego de lo expuesto, este Árbitro Único advierte que la pretensión de indemnización solicitada por el Contratista se configura en una responsabilidad civil contractual, toda vez que el supuesto perjuicio habría surgido como consecuencia de una supuesta inejecución de las obligaciones contenidas en el Contrato.
83. Ahora bien, habiendo ya determinado que la presente solicitud de indemnización se genera de una supuesta responsabilidad civil contractual, queda por determinar quién debe probar el incumplimiento, el daño y si el mismo se encuentra probado en el presente proceso.
84. En esa línea, el Artículo 1331° del Código Civil señala lo siguiente: "*La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al*

perjudicado por la inejecución de la obligación o por cumplimiento parcial, tardío o defectuoso".

85. Con lo antes transcrito, queda claro que quien tiene la carga de la prueba según el Artículo 1331° del Código Civil, es quien afirma que ha sido perjudicado por la inejecución de la obligación contractual. Asimismo, se desprende del mismo artículo que quien solicita una indemnización debe probarlo.
86. Así, y estando a lo indicado, queda claro, en primer término, que, en el presente caso arbitral, quien tiene la carga de probar, si se le provocó un daño por alguna inejecución en las obligaciones contractuales, es el demandante.
87. Ahora bien, en el presente proceso, el demandante se encuentra pretendiendo una indemnización por supuestos daños y perjuicios, la cual, a entender de este Árbitro Único, no ha sido probada durante el proceso, pues no se ha cumplido con demostrar el acto antijurídico, el perjuicio o daño, la culpa y el nexo causal de la responsabilidad, toda vez que dicha parte se ha limitado únicamente a indicar que existe un daño y perjuicio, pero no ha indicado, por ejemplo, cual es exactamente ese daño ni cuál es el nexo de causalidad entre el hecho que provoca el daño y el propio perjuicio.
88. Conforme se ha señalado precedentemente, el Contratista tenía la exigencia de acreditar la existencia de un daño en su contra, y que dicho daño haya sido originado por un actuar o un no actuar de parte de la Entidad.
89. Sin embargo, aquellos supuestos daños mencionados por la Contratista, conforme se ha referido precedentemente, no han sido demostrados, razón por la cual no existe elemento alguno para validar la afirmación del demandante, con lo cual, al no acreditar la probanza de daño, se presume la no existencia de éste.

90. En ese sentido, este Árbitro Único considera que la pretensión indemnizatoria debe ser declarada infundada.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

"DETERMINAR A QUIÉN Y EN QUÉ PROPORCIÓN CORRESPONDE ASUMIR EL PAGO DE LOS GASTOS ARBITRALES Y DE REPRESENTACIÓN."

Posición del Árbitro Único

91. En lo referido a determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del arbitraje, el Árbitro Único considera lo siguiente:

1. Respecto de los costos del arbitraje, el artículo 70° de la Ley de Arbitraje⁶ establece que el Árbitro Único fijará en el laudo los costos del arbitraje.
2. Asimismo, se debe tener en cuenta que, el numeral 1 del artículo 73° de la Ley de Arbitraje, que dispone que:

"El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso."

92. Con relación a ello, si bien la pretensión vinculada a este punto

⁶ Al respecto, dicho artículo establece que 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.

controvertido ha sido presentada como pretensión accesoria, es necesario un análisis respecto a lo pedido por el Contratista, al tener la Carga de la Prueba, siendo que corresponde a quien alega un determinado hecho, el deber de probarlo para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear convicción en el juzgador respecto de tales hechos.

93. De una revisión del Convenio Arbitral celebrado entre las partes, se advierte que las mismas no han pactado nada en relación con los costos del arbitraje, por lo que corresponde que la distribución de los mismos sea determinada por el Árbitro Único teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
94. Así, el Árbitro Único estima que ambas partes han tenido motivos atendibles para litigar, habiéndose presentado una diferencia interpretativa con contenido y posiciones diversas.
95. Por lo que, corresponde que el pago de los gastos arbitrales, costas y costos resultantes del arbitraje sean asumidos por cada una de las partes.
96. Ahora bien, mediante Acta de Instalación, se fijó como honorarios netos del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral las sumas de S/ 7,242.00 (Siete mil doscientos cuarenta y dos con 00/100 Soles) y S/ 4,551.00 (Cuatro mil quinientos cincuenta y uno con 00/100 Soles) respectivamente, las mismas que debían ser asumidas por ambas partes en proporciones iguales, siendo del cargo de las mismas el pago correspondiente del Impuesto a la Renta.
97. Teniendo en cuenta que el Contratista ha asumido el pago de la totalidad de los gastos arbitrales fijados mediante Acta de Instalación, conforme se dejó constancia en su oportunidad mediante Resoluciones Nº 7 y Nº 8, corresponde que la Entidad reembolse los gastos asumidos por dicha parte.

98. Por lo que, el Árbitro Único fija como gastos arbitrales definitivos las sumas de S/ 7,242.00 (Siete mil doscientos cuarenta y dos con 00/100 Soles) netos correspondientes a los honorarios del Árbitro Único y S/ 4,551.00 (Cuatro mil quinientos cincuenta y uno con 00/100 Soles) netos correspondientes a los honorarios del Secretario Arbitral.
99. En ese sentido, el Árbitro Único declara infundada la tercera pretensión del Contratista al no corresponder la condena de ellos gastos arbitrales, sin embargo, ordena al reembolso de la suma de S/ 5,896.50 (Cinco mil ochocientos noventa y seis con 50/100 Soles) netos, correspondiente al 50% de los gastos arbitrales al haber cancelado el Contratista el íntegro de los gastos arbitrales a su cargo.

IX. DE LA PRUEBA ACTUADA Y LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

100. El Árbitro Único deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en la Ley de Arbitraje y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.

X. LAUDO

Estando a las consideraciones precedentes, en Derecho y dentro del plazo correspondiente, el Árbitro Único **RESUELVE**:

Primero: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión de la demanda y, en consecuencia, no corresponde declarar que Red de Salud Lima Este Metropolitana *ha incurrido en pago diminuto en perjuicio de Modas Marlench E.I.R.L;* ni ordenar a la Entidad demandada que pague la suma de S/. 200,288.00 en favor del Contratista, como contraprestación

faltante por el descuento de penalidad por mora. Así como, el pago de los intereses respectivos hasta la fecha de pago efectivo.

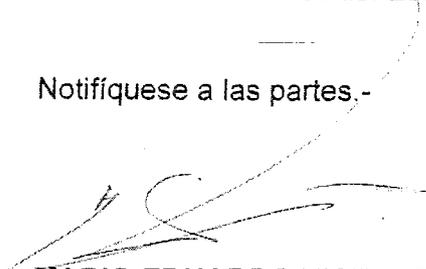
Segundo: Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión de la demanda y, en consecuencia, corresponde ordenar a Red de Salud Lima Este Metropolitana, el pago de S/ 50,000.00 en favor de *Modas Marlench E.I.R.L* por concepto de indemnización.

Tercero: **FIJAR** como honorarios definitivos del presente arbitraje los señalados en el presente laudo, conforme al artículo 70° de la Ley de Arbitraje.

Cuarto: Declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión de la demanda, correspondiendo únicamente a la Red de Salud Lima Este Metropolitana, el reembolso inmediato del 50% del pago total de los gastos arbitrales, los cuales ascienden a la suma de S/ 5,896.50 (Cinco mil ochocientos noventa y seis con 50/100 Soles) netos, a los que se debe incrementar los impuestos pagados correspondientes.

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

Notifíquese a las partes.-



MARIO EDUARDO VICENTE GONZÁLEZ PERALTA

Árbitro Único



JUAN DIEGO GUSHIKEN DOY

Secretario Arbitral Ad Hoc