LAUDO ARBITRAL

PROCESO ARBITRAL

CONSTRUCTORA Y CONSULTORA DAFERME S.A.C.

vs

DIRECCION DE REDES INTEGRADAS DE SALUD LIMA CENTRO

ÁRBITRO ÚNICO

Dr. Gerson Gleiser Boiko

TIPO DE ARBITRAJE

Nacional | Derecho | Institucional

SECRETARÍA ARBITRAL

Cámara de Comercio de Lima Dr. Jorge Ruiz Wadsworth EXP. No. 007-2021-CCL

Lima, 22 de noviembre de 2021

RESOLUCIÓN No. 09

En Lima, a los 22 días del mes de noviembre del año dos mil veintiuno, el Árbitro Único luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la Ley y las normas establecidas por las partes, valorado las pruebas ofrecidas y actuadas en este arbitraje, escuchado los argumentos en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada:

I. <u>IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES</u>

- La Parte Demandante es CONSTRUCTORA Y CONSULTORA DAFERME S.A.C., identificada con RUC No. 20554300805 (en adelante LA DEMANDANTE o DAFERME), quien señaló como domicilio procesal la siguiente dirección: Calle Tapacocha 4919, Urb. Parque Naranjal, Los Olivos, Lima.
- 2. La Parte Demandada del proceso es el DIRECCION DE REDES INTEGRADAS DE SALUD LIMA CENTRO (en adelante LA ENTIDAD) identificada con RUC No. 20602250602, representada por el Procurador Público del Ministerio de Salud, quien señaló como domicilio procesal los correos electrónicos incluidos en su contestación de demanda, y domicilio legal en Av. Nicolás de Piérola No. 617, Cercado de Lima.
- 3. En el expediente arbitral quedaron consignadas las direcciones electrónicas de cada parte, de la secretaría arbitral y del Árbitro Único, para efectos de la presentación de escritos y notificaciones, en tanto que el proceso fue seguido por medios electrónicos.

II. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

4. Con fecha 14 de noviembre de 2018, LA DEMANDANTE y LA ENTIDAD suscribieron el Contrato 0090-2018-DIRIS-LC derivado de la Contratación Directa Nº 030-2018-DIRIS-LC para la Contratación del servicio de mantenimiento DE INFRAESTRUCTURA DEL Centro de

Salud Jose Carlos Mariategui dentro del marco de la Declaratoria de Emergencia Sanitaria del Decreto Supremo No. 019-18-SA, por un plazo de 30 días calendario (en adelante EL CONTRATO).

5. En la Cláusula Décimo Octava de EL CONTRATO las partes pactaron un Convenio Arbitral para la solución de sus controversias con el siguiente tenor:

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

Cualquiera de las partes tiene derechos a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122, 137, 140, 143, 146, 147 y 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, o en su defecto en el inciso 45.2 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.

El arbitraje será institucional y resuelto por árbitro único, la Entidad propone las siguientes instituciones arbitrales: CAMARA DE COMERCIO DE LIMA u ORGANISMO SUPERVISOR DE CONTRATACIONES DEL ESTADO (OSCE).

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

El laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo, y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el inciso 45.8 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado. "

6. Identificado el convenio arbitral, el Árbitro está facultado para determinar su propia competencia, de oficio o a propósito del cuestionamiento de una o ambas partes, según sea el caso; y, en el supuesto de no haber conflicto al respecto o superado el mismo, a resolver la controversia sometida a su juicio.

III. ACEPTACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO Y NORMATIVA APLICABLE

- Con fecha 07 de abril de 2021 el Consejo Superior de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima decidió nombrar como Árbitro Único al que suscribe.
- 8. Con fecha 12 de abril de 2021 el Arbitro Único designado aceptó la designación.
- 9. De conformidad con la fecha de convocatoria la Ley aplicable al fondo de la controversia es la Ley peruana, y en especial la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por Ley No. 30225 modificada por Decreto Legislativo No. 1341 (en adelante LA LEY), su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF modificado por Decreto Supremo No. 056-2017-EF (en adelante EL REGLAMENTO). Supletoriamente, regirán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante LEY DE ARBITRAJE).

IV. LUGAR DEL ARBITRAJE

10. Al tratarse de un arbitraje Institucional se estableció como lugar de arbitraje la ciudad de Lima, y como sede las oficinas del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima ubicadas en Giuseppe Garibaldi No. 396, Jesús María, Lima.

V. ANTECEDENTES AL LAUDO

- 11. Por Orden Procesal No. 2 notificada el 18 de mayo del 2021, se fijaron las reglas del proceso.
- 12. Con fecha 15 de junio de 2021 DAFERME cumplió con presentar su demanda y anexos.
- 13. Por correo electrónico de fecha 16 de junio de 2021, la Secretaria Arbitral recordó a la parte demandada que contaba con plazo hasta el 14 de julio del 2021 para presentar su contestación de demanda y/o presentar reconvención.
- El 14 de julio del 2021 la Entidad cumplió con presentar su contestación de demanda, y además excepción de caducidad.

- 15. Con fecha 15 de julio de 2021 la Secretaria Arbitral confirma recibo del escrito de la demandada, y recuerda al demandante que cuenta con plazo hasta el 13 de agosto del 2021 para absolver la excepción de la Entidad.
- 16. Con fecha 21 de julio del 2021 se notificó a las partes la razón de secretaria y la orden procesal No. 03 donde se tiene presente lo informado por la Secretaria.
- Con fecha 13 de agosto de 2021 DAFERME presenta su escrito absolviendo la excepción de caducidad.
- 18. Con fecha 20 de agosto de 2021 se notificó a las partes la Orden Procesal No. 04 mediante la cual se resuelve: (i) que el pronunciamiento sobre la excepción será con el laudo final, (ii) se fijan puntos controvertidos, (iii) se admiten medios probatorios, (iv) se fijan las reglas para la Audiencia Única el 02 de setiembre del 2021.
- 19. Con fecha 01 de setiembre del 2021 la Entidad solicito reprogramar la Audiencia Única, por lo que mediante Orden Procesal No. 05 se resolvió suspender la Audiencia programada.
- 20. Mediante correo de fecha 17 de setiembre de 2021 la Secretaria Arbitral informo a las partes que la Audiencia Única se realizaría el 30 de setiembre de 2021.
- 21. Con fecha 29 de setiembre de 2021 la Entidad volvió a solicitar la reprogramación de la Audiencia; con fecha 30 de setiembre de 2021 la Secretaria Arbitral comunico que se aceptaría reprogramar la Audiencia por última vez y que esta se realizaría indefectiblemente en la siguiente fecha que se fije.
- 22. Mediante Orden Procesal No. 06 de fecha 22 de octubre de 2021 se reprogramó la Audiencia Única para el 28 de octubre de 2021, y se corrió traslado a la Entidad del escrito No. 5 del demandante DAFERME, respecto a los medios probatorios ofrecidos.
- 23. Con fecha 28 de octubre de 2021 se llevó a cabo la Audiencia Única donde las partes desarrollaron sus posiciones.

- 24. Mediante Orden Procesal No. 07 se tuvo por presentado el escrito de la Entidad donde adjunta el Informe 118-2021-OA-DIRIS-LC, y se otorga a las partes 03 días hábiles para que presente sus conclusiones finales.
- Asimismo, mediante Orden Procesal No. 08 del 16 de noviembre de 2021 se resuelve el cierre de instrucción y se fija el plazo para laudar en 50 días.

VI. PUNTOS CONTROVERTIDOS

- 26. Con fecha 20 de agosto de 2021 se notificó a las partes la Orden Procesal No. 04 donde el Árbitro fijó los puntos controvertidos que serán materia de pronunciamiento:
 - Respecto a la Primera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que se otorgue la conformidad de la prestación del servicio denominado: "Mantenimiento de infraestructura del Centro de Salud José Carlos Mariátegui dentro del marco de la declaratoria de emergencia sanitaria del Decreto Supremo N° 019-18-SA", materia del Contrato N° 090-2018-DIRIS-LC.
 - Respecto a la Primera Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal: En caso de ampararse la Primera Pretensión Principal, Determinar si corresponde o no ordenar a la parte demandada que pague a favor del demandante el monto de S/ 165, 928.65 (ciento sesentaicinco mil novecientos veintiocho con 65/100) soles como contraprestación derivada del Contrato Nº 090-2018-DIRIS-LC.
 - Respecto a la Segunda Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal: En caso de ampararse la Primera Pretensión Principal, Determinar si corresponde o no que la parte demandada asuma los costos incurridos por la parte demandante por concepto de renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento del servicio por responsabilidad de la Entidad.
 - Respecto a la Tercera Pretensión Accesoria a la Primera
 Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que el Árbitro

Único ordene a la parte demandada que reconozca y pague a favor del demandante la suma de S/ 60, 000.00 (sesenta mil con 00/100) soles por concepto de daños y perjuicios.

Respecto a la Cuarta Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión
 Principal: Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a
 la parte demandada que asuma los costos y costas generados en el
 presente arbitraje.

VII. CUESTIONES PRELIMINARES

- Antes de analizar la materia controvertida, corresponde confirmar que el presente proceso se constituyó de acuerdo al convenio arbitral antes transcrito.
- 28. En ningún momento, dentro del presente proceso arbitral, alguna de las partes impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en las Reglas del presente proceso.
- 29. En caso de insuficiencia de las Reglas, el Árbitro quedó facultado en todo momento para establecer las reglas procesales que sean necesarias, respetando el Principio de Legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa de las partes, velando porque el procedimiento se desarrolle bajo los Principios de Celeridad, Equidad, Inmediación, Privacidad, Concentración, Economía Procesal y Buena Fe.
- 30. La demanda fue presentada dentro del plazo correspondiente y de acuerdo con las reglas establecidas. Luego LA ENTIDAD presentó sus argumentos para resolver la controversia.
- 31. El Árbitro resuelve la presente controversia de acuerdo con el orden de prelación establecido en el artículo 45° de LA LEY, esto, es:
 - 1. Constitución Política del Perú.
 - Ley de Contrataciones del Estado.

- 3. Reglamento de Contrataciones del Estado.
- Normas de Derecho Público.
- Normas de Derecho Privado.
- 32. El Artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil establece que los jueces léase árbitros no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la Ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho, y preferentemente, los que inspiran el derecho peruano.
- 33. De lo expuesto en los Antecedentes al Laudo, se colige que el proceso se ha seguido en respeto estricto de los derechos de las partes. Precisamente, las partes no han cuestionado ninguna decisión del Árbitro.
- 34. Por tanto, se procede a analizar las posiciones expuestas en el proceso sobre la controversia desde los aspectos fácticos, jurídicos y probatorios aportados al expediente; sobre esto último, especialmente, se prestará atención a los principios de la carga de la prueba, la cual consiste en que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, y al principio de adquisición procesal, el cual consiste en que las pruebas de una de las partes pueden resultar beneficiosas a los intereses de la contraria y, más aún, el juzgador ha de examinar y valorar las pruebas que obran en autos, a fin de obtener con esos medios de prueba y por medio de un balance de probabilidades la verdad histórica que debe prevalecer en el caso justiciable.
- 35. El Árbitro deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de estos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomada en cuenta para la decisión.

VIII. ANÁLISIS DE LA CONTROVERSIA:

- 36. Antes del entrar al análisis de la controversia sobre los temas de fondo, este Arbitro Único estima dejar constancia que según la Orden Procesal No. 04 se resolvió que la excepción de caducidad deducida por la Entidad seria resuelta con el laudo.
- 37. En la Audiencia Única llevada a cabo el 28.10.2021, la Entidad manifestó que como quiera que había verificado que la solicitud de arbitraje fue presentada el 08.01.2021 y la conciliación había culminado el 26.11.2020 no había operado la caducidad, razón por la cual carecía de objeto pronunciarse al respecto al haberse iniciado la controversia dentro del plazo.

Desarrollo de puntos controvertidos.-

PRIMERO:

- Respecto a la Primera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad que se otorgue la conformidad de la prestación del servicio denominado: "Mantenimiento de infraestructura del Centro de Salud José Carlos Mariátegui dentro del marco de la declaratoria de emergencia sanitaria del Decreto Supremo N° 019-18-SA", materia del Contrato N° 090-2018-DIRIS-LC.
- 38. La materia de la presente controversia versa sobre si debe o no ordenarse a la Entidad otorgar la conformidad por la prestación del servicio de mantenimiento, por lo que teniendo en cuenta lo anterior, en primer lugar se hará una referencia de las normas que rigen el tema de conformidad del servicio aplicables a la controversia.
- 39. Así podemos encontrar, la cláusula novena del Contrato que establece que la conformidad de la prestación del servicio se regula por lo dispuesto en el artículo 143 del RLCE. Señala además, que esta será otorgada por la Dirección de Administración de la Dirección de Redes Integradas de Salud Lima Centro como área usuaria responsable por los servicios para lo cual suscribirá el acta de conformidad con el visto bueno del representante de la DIEM.

El segundo párrafo de la mencionada clausula señala que de existir observaciones se le comunicaran al Contratista para que las subsane en un plazo no menor de 02 días ni mayor de 10 días; y si pese al plazo otorgado el Contratista no cumpliese con subsanar las observaciones

la Entidad tiene derecho a resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.

El tercer párrafo de la cláusula en comentario, establece que cuando el servicio no cumpla con las características y condiciones pactadas, la Entidad no otorga la conformidad, debiendo considerarse no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades respectivas.

- 40. Si bien existe un procedimiento en dicha cláusula del contrato, también existe una referencia directa al artículo 143 del Reglamento de Contrataciones del Estado, aplicable a la presente controversia, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF modificado por Decreto Supremo No. 056-2017-EF (en adelante EL REGLAMENTO).
- 41. El artículo 143 del RLCE establece lo siguiente:

Artículo 143.- Recepción y conformidad

- 143.1. 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 se indique en los documentos del procedimiento de selección.
- 143.2. 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.
- 143.3. 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 de veinte (20) días.
- 143.4. 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 y de contratos bajo modalidad mixta el plazo para subsanar no puede ser menor de cinco (5) ni mayor de veinte (20) días, dependiendo de la complejidad. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliese 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.

Este procedimiento no resulta aplicable cuando los bienes, servicios en general y/o consultorías manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectúa la recepción o no otorga la conformidad, según corresponda, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades respectivas.

143.5. En el caso de las contrataciones bajo modalidad mixta, una vez subsanadas las observaciones por el contratista, se suscribe el Acta de Recepción de la infraestructura o áreas de terreno entregadas al inicio de la ejecución contractual y, dentro de los sesenta (60) días siguientes, este debe presentar un informe final a la Entidad. El contrato concluye con la conformidad del informe final, la misma que se emite en un plazo máximo de veinte (20) días.

143.6. Las discrepancias en relación a la recepción y conformidad pueden ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa de esta o de vencido el plazo para otorgar la conformidad, según corresponda.

42. Tanto lo señalado en el Contrato como en el RLCE, establecen un procedimiento para que la Entidad tenga la posibilidad de verificar el cumplimiento de las condiciones contractuales, determinando un plazo para que la Entidad pueda formular observaciones, y el Contratista a su vez levantarlas, y lo resaltante de estas normas es que facultan a la Entidad que si existen incumplimientos que no fueran subsanados en el plazo otorgado, la Entidad cuenta con la herramienta resolver el Contrato, y además aplicar penalidades.

43. POSICION DE DAFERME:

- Según el Contratista, el servicio contratado debía ejecutarse en un plazo de 30 días calendario y consistía en el mantenimiento de la infraestructura del Centro de Salud José Carlos Mariátegui.
- El monto del Contrato pactado en la cláusula tercera fue de s/ 165,928.65 incluido los impuestos de ley.
- En opinión del Contratista, los expedientes a ejecutarse eran malos con ausencia de planos.

- El inicio del plazo debió ser el 29.10.2018, y cuando se apersonaron al terreno, el Jefe Dr. Eduardo Vargas Pacheco no autorizó el inicio del servicio hasta que los planos sean replanteados; pero recién con fecha 22.11.2018 recibieron la modificación de los planos por parte del Arquitecto Krisna Lenin Valerio García.
- De esta manera, mediante carta del 26.11.2018 (Anexo A05 de la Demanda, fojas 21 de Anexos) recibida por la Entidad el mismo día, solicitaron modificación del plazo contractual.
- Según DAFERME la carta antes mencionada no fue contestada por la Entidad.
- Asimismo, según mencionaron en la Audiencia Única, el nuevo plazo del servicio debía ejecutarse desde el 22.11.18 hasta el 22.12.18, pero el plazo fue variado nuevamente por definiciones de la Entidad.
- Según Anexo A-06 de la demanda (fojas 22 de anexos) mediante carta recibida por la Entidad el 16.01.2019, refieren que el nuevo plazo del servicio recién lo iniciaron el 14.12.2018 día en que les entregaron la totalidad de planos y detalles del servicio a ejecutar, concluyendo sus trabajos el 13.01.2019, solicitando la recepción del servicio y conformidad.
- Según el Anexo A-07, DAFERME indica que se procedió a levantar un Acta de Observaciones con el Supervisor a cargo de la Entidad Arquitecto Krisna Lenin Valerio García con fecha 04.02.2019.
- Con fecha 06.02.2019 DAFERME señala que levantó la totalidad de observaciones formuladas, según carta Anexo A-08 de su demanda, fojas 24 de anexos, solicitando verificación y conformidad.

- Con carta 026-2019 recibida por la Entidad el 26.06.2019, DAFERME reitero el pedido de conformidad a la Entidad, Anexo A-09 demanda.
- Asimismo, con fecha 23.07.2019, DAFERME en respuesta a la carta 090-201-OA-N-61-UFA-DIRIS-LC de la Entidad reitera con carta el pedido de conformidad y responde sobre supuestos vicios ocultos que le imputan (Anexo A-10 de la demanda, fojas 26 de Anexos).
- La mencionada carta 090-201 de julio de 2019, fue presentada por DAFERME el 13.08.2021 con su escrito No. 3 en la que se menciona sobre supuestos vicios ocultos que le imputa la Entidad y se le otorga un plazo para subsanar. Según menciona DAFERME en su escrito, la Entidad nunca notifico penalidades o resolvió el contrato por lo que le llama mucho la atención de esta comunicación cuando lo que correspondía según ellos era que se otorgue la conformidad.
- Mediante carta s/n de fecha 07.08.2019 (Anexo A-11 demanda) DAFERME presenta denuncia a la oficina de control interno contra un funcionario de la DIRIS por no atender sus pedidos de conformidad y pago por sus servicios.
- Además, con carta del 28.08.2019 requieren el pago de los servicios según carta Anexo
 A-12 de la demanda, fojas 33, al haber tomado conocimiento que ya habían entregado presupuesto.
- En el mes de octubre de 2019, Anexo A-13 y 14 de demanda requirieron informe de su conformidad.
- Según DAFERME no recibieron nunca atención a sus pedidos, y eso hace que tengan que mantener vigente su carta fianza hasta la fecha, con los costos que ello implica, adjuntando en el Anexo A-15 y 16 de la demanda los costos que vienen incurriendo por dicha situación.

 Finalmente, señalan que esta situación hace que en el sistema sean considerados deudores de alto riesgo, lo cual los viene perjudicando.

44. POSICION DE LA ENTIDAD:

- De acuerdo a lo señalado en su contestación, y lo manifestado en la Audiencia Única, la Entidad señala que según Informe 006-2020-OMIE-DIRIS-LC de fecha 08.10.2020, el servicio si se habría ejecutado pero se presentaron problemas con la conformidad por temas administrativos internos.
- Según refiere, durante la ejecución del servicio se hicieron adecuaciones toda vez que en los TDR no se contemplaron normas técnicas ni normas técnicas de salud aplicables al servicio.
- De acuerdo a lo manifestado en su contestación, no se pudo realizar el pago ya que no se habría cumplido con el servicio pactado.
- Lo anterior no concuerda con lo dicho por la Entidad en la Audiencia en el sentido que si se ejecutó el servicio pero no se puede pagar por la falta de un visto bueno, según el informe técnico legal 118-2021-OA-DIRIS-LC de fecha 07.07.2021.
- Agrega que no es posible pagar la contraprestación pactada al existir incumplimientos, y no haberse otorgado la conformidad del servicio.
- Con relación al pago de los costos financieros de la Carta Fianza, la Entidad reitera que no corresponde toda vez que el contratista incumplió sus obligaciones y no se otorgó la conformidad.

- Finalmente, respecto a la indemnización señala que no se ha acreditado los elementos de la responsabilidad, y tampoco existen medios probatorios que lo sustenten.
- Con relación a los costos y costas, reitera que no correspondería en el sentido que la controversia se origina en incumplimientos del contratista.
- Con fecha 08.11.2021 cumple con presentar informe técnico legal 118-2021-OA-DIRIS-LC de fecha 07.07.2021 de la Jefa de la Oficina de Abastecimiento dirigido al Director Ejecutivo de la Dirección Administrativa donde se pronuncian sobre las pretensiones del presente proceso arbitral.

45. POSICION DEL ARBITRO:

- De acuerdo a lo manifestado por el Contratista, este si habría cumplido con las prestaciones del contrato, incluso realizando adicionales más allá del alcance del servicio, pero que no son materia de reclamación.
- Por su parte la Entidad, sostiene que el Contratista modificó los términos del contrato, incumpliendo de esta manera, lo que no le permite a la Entidad otorgar la conformidad del cumplimiento de las obligaciones contractuales.
- Ahora bien, resulta como lo menciono el Contratista, que el servicio de mantenimiento debía ejecutarse en 30 días calendario y por errores y falta de información, el plazo original que iniciaba el 29.10.2018 y culminaría el 29.11.2018 se modificó por causas ajenas a su voluntad.
- Para este Arbitro, la carta presentada en el Anexo A-05 de la demanda demuestra que efectivamente el Contratista solicito la modificación del plazo contractual el 26.11.2018 pero este pedido no recibió debida respuesta de la Entidad, con lo cual se debe entender

modificado el plazo de ejecución del servicio por no haber atendido oportunamente dicho pedido de ampliación. Además, la Entidad no aporto prueba alguna que acredite el rechazo de esta solicitud de modificación de plazo.

- Asimismo, conforme acredita el Contratista, este plazo sufrió una nueva modificación según se puede observar con la Carta recibida por la Entidad el 16.01.2019 donde solicitan la recepción y conformidad, y ahí se indica que el servicio inicio el 14 de diciembre de 2018 fecha en la que habían recibido la totalidad de planos y detalles de los servicios a ejecutar, y culminarían a los 30 días el 14 de enero de 2019, señalando que sus servicios los culminaron el 13 de enero de 2019.
- Este medio probatorio resulta relevante, toda vez que no fue tachado por la Entidad, y tampoco presento medio probatorio que sirva para contradecir lo anterior en el sentido que ese no era el plazo del servicio; tampoco se ha acreditado por parte de la Entidad la aplicación de penalidades o que en virtud del retraso del Contratista haya procedido a resolver el contrato por acumular el máximo de penalidad.
- En opinión del Árbitro, si efectivamente el Contratista se encontraba en retraso o habría ejecutado algo diferente a lo contratado, la Entidad debió haber requerido el cumplimiento, aplicar penalidades, y en última instancia resolver el contrato en resguardo de los intereses de la Entidad.
- No obstante, lo que se evidencia con los medios probatorios presentados por el contratista y admitidos, es que en un primer momento incluso, luego que se pide la recepción, existe un Acta de Observaciones de fecha -4.02.2019, y luego la subsanación es comunicada a la Entidad el día 06.02.2019.
- Después de eso, la Entidad no atendió los pedidos formulados por el Contratista para recibir su conformidad y pago correspondiente.

Tanto la cláusula novena del Contrato como el artículo 143 del Reglamento, dejan expedito el derecho para que la Entidad sea quien pueda ejercer el control del cumplimiento de lo pactado por parte del contratista, y en caso ello no sea así, debieron activar los mecanismos que les franquea el contrato, LCE y RLCE, en el sentido de aplicar penalidades, o de ser el caso resolver el contrato, lo cual no ha podido acreditar la Entidad; tampoco presenta ninguna pretensión indemnizatoria o que ellos hayan resuelto el contrato, o el pago de penalidades, nada de eso por parte de la Entidad.

- Según la Opinión 159/2018-DTN:

En aplicación del artículo 143 del Reglamento, si la Entidad determina que la prestación ejecutada por el contratista no cumple manifiestamente con las características y condiciones ofrecidas y establecidas en el contrato, no efectuará la recepción o la conformidad —según corresponda— y deberá aplicar las penalidades respectivas.

- En el presente caso, la Entidad debió acreditar esa aplicación de penalidades, sin embargo no lo hizo.
- Las normas en contrataciones establecen una serie de atributos o prerrogativas a las
 Entidades para cautelar sus intereses, lo que no se puede observar en el presente que
 hayan activado.
- Si la Entidad consideraba incumplimientos por parte del Contratista es claro que debió recurrir a la aplicación de penalidades, ejecución de carta fianza, resolución de contrato, lo que no está acreditado en el presente por parte de la Entidad.
- No obstante lo anterior, también están definidas determinados plazos para que los funcionarios realicen las obligaciones a cargo de la Entidad como lo es expedir el acta de conformidad, pues para ello se establecen plazos en la norma.
- No es posible que los funcionarios por cualquier razón incumplan dichos plazos pues la finalidad de estos es lograr que los contratos se ejecuten y cumplan en determinados

plazos sin causar perjuicios por demoras a ninguna de las partes; si existieran incumplimientos del contratista, reiteramos la Entidad contaba con diversas herramientas para apercibir por incumplimiento al contratista, sin embargo eso no lo ha podido acreditar la Entidad.

- Si bien hay una carta 090-201 de la Entidad del 21.07.2019, presentada por el Contratista, donde se advertiría ciertos vicios ocultos, esta es generada por la Entidad nótese después de que tiempo que había ocurrido el levantamiento de observaciones que fue el 06.02.2019, es decir 05 meses después, lo que carece de toda razonabilidad.
- Además, esta carta donde se advierten supuestos incumplimientos, vemos que tampoco genero actos posteriores como penalidades o resolución contractual, los mismos que no han sido acreditados en el presente por la Entidad.
- Como lo ha acreditado la propia Entidad con el Informe técnico legal 118-2021-OA-DIRIS-LC de fecha 07.07.2021 de la Jefa de la Oficina de Abastecimiento dirigido al Director Ejecutivo de la Dirección Administrativa donde se pronuncian sobre las pretensiones del presente proceso arbitral, medio probatorio presentado con fecha 08.11.2021, en el punto 3) de dicho informe, numeral 3.1) hace referencia al Informe No. 006-2020-OMIE-DIRIS-LC del Jefe de Infraestructura, Equipamiento y Mantenimiento de la Diris Lima Centro, y en el punto 4.2 que glosan hace mención que el servicio si habría sido cumplido por el contratista.
- Además, es importante mencionar que en el punto 4.1 del dicho Informe 006.2020 se menciona que las adecuaciones obedecieron a que ni en los TDR ni validación de la DIEM se contemplaron normas técnicas y normas técnicas de salud aplicables al contrato. Asimismo, el punto 4.5 del referido Informe 006.2020 señala que las adecuaciones se hicieron en cumplimiento del principio de eficacia y eficiencia de acuerdo a la LCE y su Reglamento.

- Por todo lo anterior, se puede concluir que el contratista si ejecuto el servicio, en los términos de las modificaciones acordadas con los encargados, pero por temas internos de la Entidad no se formalizo dichas modificaciones.
- Por todo lo expuesto, corresponde declarar FUNDADA LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL DE LA DEMANDA, EN CONSECUENCIA ordenar a la Entidad que se otorgue la conformidad de la prestación del servicio denominado: "Mantenimiento de infraestructura del Centro de Salud José Carlos Mariátegui dentro del marco de la declaratoria de emergencia sanitaria del Decreto Supremo Nº 019-18-SA", materia del Contrato N° 090-2018-DIRIS-LC.
- Respecto a la Primera Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal: En caso de ampararse la Primera Pretensión Principal, Determinar si corresponde o no ordenar a la parte demandada que pague a favor del demandante el monto de S/ 165, 928.65 (ciento sesentaicinco mil novecientos veintiocho con 65/100) soles como contraprestación derivada del Contrato N° 090-2018-DIRIS-LC.
- 46. Habiéndose amparado la Primera Pretensión Principal de la Demanda, de conformidad con el artículo 149 del RLCE, corresponde ordenar a la Entidad pagar a DAFERME la suma de s/ 165,928.65 como contraprestación derivada del Contrato No. 090-2018-DIRIS-LC.
- 47. En consecuencia, corresponde declarar FUNDADA la Primera Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal de la demanda.
 - Respecto a la Segunda Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal: En caso de ampararse la Primera Pretensión Principal, Determinar si corresponde o no que la parte demandada asuma los costos incurridos por la parte demandante por concepto de renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento del servicio por responsabilidad de la Entidad.

- 48. Tal como ha sido acreditado en el presente, el levantamiento de observaciones se produjo el 06 de febrero de 2019, no obstante ello la Entidad no otorgo la Conformidad, no realizo el pago, y menos libero la garantía presentada por el Contratista, incumpliendo de esta manera los plazos establecidos en el contrato y la normativa de contrataciones.
- 49. Si hubiese existido incumplimientos por el Contratista estos deberían haber merecido acciones por parte de la Entidad que no han sido acreditadas en el presente como aplicación de penalidades, resolución de contrato o ejecución de garantías.
- 50. Por el contrario, según el Informe presentado por la Entidad el 08.11.2021 se acredita que se ejecutó el servicio y que los cambios obedecieron a modificaciones de la Entidad por principio de eficiencia y eficacia.
- 51. En ese sentido, la garantía presentada por el contratista debió haber sido liberada oportunamente pero ello no ocurrió, generando costos financieros de renovación que es lo que se reclama en esta pretensión, tal como se acreditan en los estados de cuenta presentados como medios de prueba en la demanda.
- 52. Por lo expuesto, corresponde declarar FUNDADA la Segunda Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal de la Demanda, y corresponde que la parte demandada asuma los costos incurridos por la parte demandante por concepto de renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento del servicio por responsabilidad de la Entidad, hasta la devolución de la misma.
 - Respecto a la Tercera Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal: Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a la parte demandada que reconozca y pague a favor del demandante la suma de S/ 60, 000.00 (sesenta mil con 00/100) soles por concepto de daños y perjuicios.
- 53. En este punto, a pesar que ha sido planteado como una pretensión accesoria a la Pretensión Principal, esta pretensión indemnizatoria, no tiene mayor desarrollo por el Contratista en su demanda, tampoco fue debidamente sustentada en la Audiencia Única, y ante la pregunta formulada por este Arbitro el Contratista refirió que no existían medios probatorios que sustenten la misma, salvo su explicación en el sentido que esta situación le genero problemas con sus proveedores y le han impedido que continúen creciendo con su facturación.
- 54. Para este árbitro, los elementos constitutivos de una responsabilidad civil que amerite otorgar una indemnización al contratista no se encuentran debidamente fundamentados por lo que

corresponde no amparar esta pretensión, declarando INFUNDADA la Tercera Pretensión Accesoria de la Primera Pretensión Principal de la Demanda.

- Respecto a la Cuarta Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión
 Principal: Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a
 la parte demandada que asuma los costos y costas generados en el
 presente arbitraje.
- 55. El presente punto controvertido está referido a quien debe asumir los gastos arbitrales del presente caso.
- 56. **EL ARBITRO** deberá pronunciarse sobre la forma de asunción de las costas y costos arbitrales, esto es, qué gastos debe asumir cada parte.
- 57. Teniendo en cuenta que, en el convenio arbitral celebrado entre las partes no existe pacto expreso sobre la forma de imputar los costos y costas del arbitraje, EL ARBITRO considera que corresponde aplicar supletoriamente lo dispuesto en LA LEY DE ARBITRAJE.
- 58. Al respecto, el artículo 70° de LA LEY DE ARBITRAJE establece lo siguiente:

"Articulo 70° .- Costos.

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". (El énfasis es nuestro).
- 59. Carolina De Trazegnies Thorne, comentando el artículo 70° de LA LEY DE ARBITRAJE, señala:

"Los costos del arbitraje pueden ser clasificados en dos grandes categorías generales. En primer lugar, los costos del procedimiento arbitral o los costos del arbitraje 'propiamente dichos'. Estos incluyen los honorarios y gastos de los árbitros, los costos administrativos de la institución arbitral u honorarios del secretario, los costos de la Entidad nominadora, si la hubiera, y los costos de los peritos designados de oficio por el tribunal arbitral. En segundo lugar, pueden identificarse los gastos de defensa de las partes, es decir, los gastos en que cada parte tuvo que incurrir para presentar su caso ante el tribunal arbitral. Mediante este listado, el artículo 70° ha incorporado como costos del arbitraje, sujetos a las reglas contenidas en el artículo 73°, a ambas categorías. Los conceptos contemplados en los incisos (a) (b) (c) y (d) constituyen costos del procedimiento arbitral o costos del arbitraje 'propiamente dichos', mientras que el inciso (e) se refiere a los gastos de defensa incurridos por las partes (...)'*.

60. Asimismo, es conveniente tener en cuenta lo previsto sobre los costos del arbitraje en el artículo 73° de LA LEY DE ARBITRAJE que establece lo siguiente:

"Artículo 73°.- Asunción o distribución de costos.

1. 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.

(...)". (El énfasis es nuestro).

61. Teniendo en cuenta lo expresado anteriormente y ante la inexistencia de pacto entre las partes sobre la asunción de los costos de arbitraje, en aplicación del artículo 70° y 73° de la LEY DE ARBITRAJE, EL ARBITRO concluye que la demora de la Entidad en otorgar la conformidad generó que el Contratista deba recurrir al proceso arbitral para el cobro de sus servicios, en consecuencia se ordena que la Entidad asuma la totalidad de los costos del arbitraje.

22

¹ DE TRAZEGNIES THORNE, Carolina. Ob. Cit.; p. 788.

Según lo informado por la Secretaria Arbitral los costos del presente arbitraje son:

- (i) Gastos administrativos: s/9,037.50 + IGV, es decir s/10,664.25 (monto bruto)
- (ii) Honorarios: s/9,037.50 + IGV, es decir s/10,664.25 (monto bruto) TOTAL: s/21,328.50 (monto bruto)

Dichos costos fueron asumidos íntegramente por DAFERME, en consecuencia la Entidad deberá reembolsar a DAFERME el 100% ascendente a s/ 21,328.50 (monto bruto).

62. Respecto de los gastos de abogados y demás costos arbitrales, **EL ARBITRO** considera que cada una de las partes debe asumir los gastos de su defensa legal, así como los gastos de peritos, expertos o ayuda técnica y demás en los que hayan incurrido en el presente arbitraje.

Por lo tanto, **EL ARBITRO**, **ORDENA** a la Entidad reembolsarle el 100% de los costos del arbitraje a DAFERME esto es s/ 21,328.50 (monto bruto), y que cada parte asuma los gastos de su defensa legal y sus gastos de peritos, expertos, ayuda técnica y demás costos arbitrales en los que hayan incurrido en el presente arbitraje.

IX. DECISIÓN

63. Que, en atención a ello y siendo que el Árbitro Único no representa los intereses de ninguna de las partes y ejerce el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no ha estado sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, y estando a los considerandos precedentemente glosados de conformidad a lo dispuesto en las Reglas, Ley de Arbitraje y de conformidad con las normas antes invocadas, resuelve:

<u>PRIMERO</u>: <u>DECLARAR FUNDADA</u> la Primera Pretensión de la demanda en consecuencia; ordenar a la Entidad que se otorgue la conformidad de la prestación del servicio denominado: "Mantenimiento de infraestructura del Centro de Salud José Carlos Mariátegui dentro del marco

de la declaratoria de emergencia sanitaria del Decreto Supremo Nº 019-18-SA", materia del Contrato Nº 090-2018-DIRIS-LC.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal de la demanda en consecuencia; ordenar a la Entidad pagar a DAFERME la suma de s/ 165,928.65 como contraprestación derivada del Contrato No. 090-2018-DIRIS-LC.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la Segunda Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal de la demanda en consecuencia; corresponde que LA ENTIDAD asuma los costos incurridos por la parte demandante por concepto de renovación de la carta fianza de fiel cumplimiento del servicio por responsabilidad de la Entidad, hasta la devolución de la misma.

CUARTO: DECLARAR INFUNDADA la Tercera Pretensión Accesoria a la Primera Pretensión Principal de la demanda en consecuencia; no corresponde ordenar a la Entidad que reconozca y pague a favor del demandante la suma de S/ 60, 000.00 (sesenta mil con 00/100) soles por concepto de daños y perjuicios.

QUINTO: ORDENAR a la Entidad a reembolsarle a DAFERME el 100% de los costos del arbitraje asumidos por este, esto es s/21,328.50 (monto bruto). Y, que cada parte asuma los gastos de su defensa legal y sus gastos de peritos, expertos, ayuda técnica y demás costos arbitrales en los que hayan incurrido en el presente arbitraje.

El presente laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes, en consecuencia, firmado, notifiquese para su cumplimiento, con arreglo a la ley que norma el arbitraje, Decreto Legislativo Nº 1071, notificándose a las partes que se han sometido al arbitraje con arreglo a ley.

GERSON GLEISER BOIKO

ÁRBITRO ÚNICO