

**CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA  
CENTRO DE ARBITRAJE**

**CASO ARBITRAL N° 0136-2020-CCL**

**EMPRESA DE SERVICIOS KORY S.A.C**

vs.

**HOSPITAL SANTA ROSA**  
Ministerio de Salud

---

**LAUDO**

---

***Arbitro Único***

**Jorge Masson Pazos**

***Secretaría Arbitral***

**Fiorella Casaverde Cotos**

**Lima, 06 de Octubre de 2021**

## **ORDEN PROCESAL Nº 9.**

En Lima, a los seis días del mes de Octubre del año dos mil veintiuno, el suscrito Arbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la Ley de Arbitraje y el Reglamento del Centro, revisado y escuchado los argumentos esgrimidos y reflexionado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y los argumentos de la contestación, dicta el Laudo siguiente para poner fin a la controversia planteada, derivada del Contrato N° 050-2018-HSR de fecha 12 de setiembre de 2018, para el Servicio de Limpieza y Desinfección Hospitalaria del Hospital Santa Rosa y Local Anexo, suscrito entre **EMPRESA DE SERVICIOS KORY S.A.C.** (en Adelante “**KORY**”) y **HOSPITAL SANTA ROSA** (en Adelante “**HSR**”) (en adelante el “Contrato”).

### **VISTOS:**

#### **I. ANTECEDENTES Y CLAUSULA ARBITRAL**

1. **KORY** ha iniciado este Arbitraje al amparo de la cláusula Décimo Séptima del referido Contrato N° 050-2018-HSR, suscrito entre ella y **HSR** con fecha 12 de setiembre del 2018, derivado de la Contratación Directa N° 07-2018-HSR (el “Contrato”) cuyo tenor literal es el siguiente:

#### **“CLÁUSULA DECIMO SETIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:**

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

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en el artículo 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 Arbitro único. las partes acuerdan que en caso de recurrir al Arbitraje, deberán acudir a las siguientes instituciones arbitrales: **CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA** o al **ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA**.

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

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

## **II. EL PROCESO ARBITRAL**

### **II.1 INSTALACIÓN, PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE Y SECUENCIA PROCESAL**

2. Con fecha 16 de noviembre del 2020 se notificó al suscrito su designación por el Consejo Superior de Arbitraje del Centro como Arbitro Unico para este Proceso Arbitral, lo cual fue aceptado mediante comunicación del 26 de noviembre del mismo año, no siendo objetado por ninguna de las partes.
3. Mediante Orden Procesal N° 3 de fecha 15 de enero de 2021, quedaron fijadas las reglas definitivas aplicables al presente arbitraje.
4. El 11 de febrero de 2021, “KORY”, presentó el escrito de demanda arbitral, con sus respectivos anexos.
5. El 11 de marzo de 2021, “HSR”, presentó su escrito de contestación a la demanda, en el cual plantea la improcedencia de la demanda y en su defecto pide que la misma se declare infundada.
6. Con fecha 22 de marzo del 2021 se emitió la Orden Procesal N° 4 mediante la cual se fijaron las cuestiones que serían materia de pronunciamiento en el laudo arbitral definitivo, se resolvió sobre la admisibilidad de los medios probatorios ofrecidos y se citó a las partes a una Audiencia Única para el día 23 de abril del 2021, fecha que luego quedó en suspenso mediante la Orden Procesal N° 5.
7. Mediante escrito del 16 de marzo del 2021 la entidad demandada cumplió con informar sobre la inscripción del Arbitro Único en el SEACE y mediante Orden Procesal N° 4 se tuvo por cumplido.

8. Con fecha 15 de junio del 2021 se realizó la Audiencia Única de manera virtual.
9. Mediante escrito ingresado el 22 de junio del 2021 HSR presentó sus alegatos o conclusiones finales, y adjuntó la documentación que le había sido solicitada en la audiencia.
10. Mediante Orden Procesal N° 8 de fecha 23 de julio del 2021, de conformidad con los artículos 32(1) y 39(1) del Reglamento de Arbitraje del Centro, el Arbitro Unico declaró el cierre de las actuaciones y precisó que se dedicará a la labor de dictar el Laudo Arbitral dentro del plazo de 50 días hábiles, es decir, hasta el 6 de Octubre de 2021.
11. Todos los escritos y Ordenes Procesales antes indicados se han puesto en conocimiento de las partes a través de las direcciones electrónicas consignadas para las notificaciones del presente caso.

## **II.2 CONSIDERACIONES PRELIMINARES**

12. El presente laudo se expide de conformidad con lo señalado en la Ley de Arbitraje, por lo que estando a lo dispuesto en la mencionada Ley, el Arbitro Único advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente Laudo.
13. En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Arbitro Único deja expresa constancia que en el presente proceso arbitral se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje, en el que se señala que:

***“El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas y para ordenar en cualquier momento la presentación o la actuación de las pruebas que estime necesarios”.***

## **II.3 LA DEMANDA**

14. Mediante escrito presentado el 11 de febrero del 2021, **KORY** interpone su demanda con el siguiente **PETITORIO:**  
**PETITORIO**

- 1) Se declare la nulidad, improcedencia y/o ineficacia de las penalidades que hayan sido dispuestas/ ordenadas por el HOSPITAL SANTA ROSA contra la EMPRESA DE SERVICIOS KORY S.A.C., relacionadas al Contrato N° 050-2018-HSR de fecha 12.09.2018.
- 2) Se proceda a la consecuente devolución y/o reintegro a favor de la EMPRESA SERVICIOS KORY S.A.C de las penalidades que hayan sido impuestas y/o efectivamente deducidas por el HOSPITAL SANTA ROSA, relacionadas al Contrato N° 050-2018-HSR de fecha 12.09.18.
- 3) Se ordene al HOSPITAL SANTA ROSA al pago en favor de la EMPRESA DE SERVICIOS KORY S.A.C. de los intereses legales devengados y por devengarse que pudieren configurarse hasta la fecha efectiva de la devolución / reintegro del importe total penalizado.
- 4) Que se ordene al HOSPITAL SANTA ROSA al pago del costo financiero que irrogue mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento dispuesta en el Contrato N° 050-2018- HSR de fecha 12.09.18, cuyo importe se liquidará en ejecución de laudo.
- 5) Se ordene al HOSPITAL SANTA ROSA al pago de los gastos, costas y costos respectivos.

#### **MONTO DEL PETITORIO – CUANTIA:**

15. Precisan que el monto del petitorio asciende al importe económico de **S/. 51,899.76 Soles (Cincuenta y Un Mil Ochocientos Noventa y Nueve y 76/100 Soles)**, más los intereses legales devengados y por devengarse, así como los gastos, costas y costos del presente proceso arbitral.

#### **FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA DEMANDA:**

16. Señalan que es el caso que su empresa “KORY” participó en la Contratación Directa N° 07-2018-HSR, para la Contratación del Servicio de Limpieza y Desinfección Hospitalaria del Hospital Santa Rosa y Local Anexo, suscribiendo con fecha 12.09.2018 el Contrato N°050-2018-HSR, estableciéndose como monto contractual el importe de S/. 518,997.76 Soles, incluidos todos los impuestos de ley, pactándose un plazo de ejecución de 90 días calendarios, regulándose en la cláusula Cuarta del mismo la forma de pago respectiva, esto es en forma mensual luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente (según lo regulado por el artículo 149° del

Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable), estableciéndose en la cláusula Novena del mismo que en caso de existir observaciones se comunicaría las mismas al contratista otorgándose un plazo para subsanar no menor de 02 ni mayor de 10 días, dependiendo de la complejidad, estableciéndose que la recepción y conformidad de la prestación se regula por lo dispuesto en el artículo 143° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable, señalándose que la conformidad la otorgaba la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento, previo informe de la Oficina de Epidemiología y Salud Ambiental y del Departamento de Farmacia.

17. Explica que mediante Carta N° 109-2018-MINSA-HSR-OL de fecha 06.11.18, la Jefatura de la Oficina de Logística de HSR les comunica la no conformidad del servicio objeto de contrato brindado del 04.09.18 al 03.10.18, no conformidad expresada por la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento y Jefe de Seguridad de la Unidad de Seguridad Interna de la Entidad, ello al haber presuntamente no cumplido con los Términos de Referencia de la Contratación Directa N° 07-2018-HSR, supuestos incumplimientos relacionados a ausencias de personal, falta de insumos, falta de equipos y/o accesorios, no aplicación de adecuados procedimientos. Rotación de personal, recomendándose a través de la Nota Informativa N° 187-2018-MINSA-HSR-OE-SA de fecha 7.10.18 emitida por la Jefatura de la Oficina de Epidemiología y Salud Ambiental la aplicación de penalidades en contra del contratista recurrente las cuales ascenderían al importe acumulado **de S/. 51,899.76 Soles.**
18. Expresa que como se puede apreciar la Entidad convocante ha dispuesto la aplicación de penalidades en contra de la empresa, posición de la cual discrepan, más aún cuando existía un procedimiento de formulación de observaciones estipulado en la cláusula Novena del Contrato N° 050-2018-HSR, el cual no se habría producido, menos aún la posibilidad de efectuar alguna averiguación al respecto, contraviniéndose lo pactado en el contrato y en el artículo 143 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por Decreto Supremo N° 350- 2015-EF modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF, debiendo por ende declararse la nulidad, improcedencia y/o ineficacia de las penalidades imputadas.
19. Argumentan que a lo anterior cabe agregar que la Entidad ni siquiera ha contestado de manera objetiva y concreta su solicitud de arbitraje, no pudiendo en su momento identificar su representada si dichas penalidades fueron efectivamente penalidades objetivas que provenían de una obligación contractual presuntamente incumplida, para en todo caso posibilitar el poder formular los correspondientes descargos, aspecto que consideran vulnera crasamente los PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA y de EQUIDAD previstos

en el artículo 4 incisos “c” e “i” de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, existiendo subjetividad en el tratamiento del contratista recurrente, constituyendo una práctica poco objetiva y clara, sin brindarle mayor información frente a una súbita deducción económica, habiendo su empresa prestado el servicio contratado cumpliendo los requerimientos técnicos mínimos (términos de referencia) previstos en las Bases Administrativas integradas al proceso de selección.

20. Considera que consecuentemente, y acorde a lo expresamente previsto por la normativa sobre contratación pública aplicable al proceso de selección materia de grado, consideran que resulta totalmente contrario a derecho la(s) penalidad(es) aplicada(s) por la Entidad convocante, toda vez que la(s) misma(s) no se encontraría(n) si quiera debidamente probadas, deviniendo por ende en NULA, IMPROCEDENTE y/o INEFICAZ la(s) penalidad(es) aplicada(s) por el total de S/. 51,899.76 Soles, debiendo por ende procederse a su devolución / reintegro en caso de haber sido efectivamente deducida(s), e, incluso, reconocerse los intereses legales generados y por generarse hasta la fecha efectiva de su devolución.
  
21. Destacan además que ha existido subjetividad en el tratamiento del contratista recurrente al momento de la(s) penalización(es), debiendo todos los actos que se dicten ser objeto de una adecuada y suficiente transparencia, habiéndose incluso con ello restringido su derecho de defensa, aspecto que consideramos vulnera lo expresamente regulado por el artículo 132º y siguientes del D.S. N° 350-2015-EF-Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, debiendo por ende declararse la nulidad, improcedencia y/o eficacia de las penalidades imputadas, debiendo además la Entidad asumir el costo financiero que irroque mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento dispuesta en el Contrato N° 050-2018-HSR cuyo importe se liquidara en ejecución de laudo (ya que el presente arbitraje obligará a mantenerla vigente por un tiempo adicional al contractualmente previsto), debiendo condenarse a la Entidad al pago de los gastos, costas y costos respectivos, ya que su actuar nos ha obligado a tener que acudir al mecanismo de solución de controversias que prevé la normativa especial, en este caso, el mecanismo del arbitraje previsto en el artículo 184º del D.S. N°350-2015-EF- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, concordante con el artículo 45º de la Ley N° 30225- Ley de Contrataciones del Estado (normas aplicables por temporalidad), no habiendo sido posible arribar a ningún acuerdo en la conciliación previamente desarrollada, aspecto que solicitamos expresamente al Árbitro Único tenga estrictamente en cuenta al momento de laudar.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DEMANDA:**

22. Amparan la demanda arbitral en los siguientes dispositivos legales:

- **Ley N°30225-Ley de Contrataciones del Estado, modificada mediante Decreto Legislativo N°1341:** Artículos 1º, 2º incisos “b”, “c”, “f”, “i”; 9º, 21º, 27º, 32º, 33º, 36º, 39º, 40º, 45º.
- **Decreto Supremo N° 350-2015-EF-Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado mediante D.S. N°056-2017-EF:** Artículos 1º, 2º, 5º, 8º, 11º, 12º, 21º, 27º, 28º, 30º, 85º, 86º, 87º, 114º, 116º, 120º, 121º, 132º, 134º, 143º, 183º, 184º, 185º, 189º, 197º.
- **Decreto Legislativo N°1071- Ley de Arbitraje:** artículos 1º, 3º, 12º, 13º, 42º, 43º, 53º, 54º, 56º, 59º.
- **Los Términos de Referencia de la Contratación Directa N° 07-2018-HSR, para la Contratación del Servicio de Limpieza y Desinfección Hospitalaria del Hospital Santa Rosa y Local Anexo, efectuada por el Hospital Santa Rosa.**
- **El Contrato N° 050-2018-HSR de fecha 12.09.18, suscrito por ambas partes contratantes.**

### **MEDIOS PROBATORIOS DE KORY**

23. Ofrecen en calidad de prueba instrumental los siguientes documentos:

- 1) Copia legible del Contrato N° 050-2018-HSR de fecha 12.09.18 suscrito con la Entidad convocante (Anexo A-3).
- 2) Copia legible de la Carta N° 109-2018-MINSA -HSR -OL de fecha 06.11.18, remitida por la Entidad convocante, la cual hace referencia y acompaña el Memorándum N° 417-2018-MINSA -HSR-OAJ de fecha 06.11.18 emitido por la oficina de Asesoría Jurídica del HSR y el Memorando N° 1215 -2018-MINSA HSR/OL de fecha 25.10.18 emitido por la Jefatura de Logística y otros documentos (Anexo A-4).
- 3) Copia del Acta de Conciliación N° 057-2020 de fecha 24.02.2020, extendida por el Centro de Conciliación PROJUS (Anexo A-5).
- 4) La exhibición por parte del HOSPITAL SANTA ROSA que deberá efectuar ante el Árbitro Único de los Términos de Referencia de la Contratación

Directa N° 07 -2018-HSR, para la Contracción del Servicio de Limpieza y Desinfección Hospitalaria del Hospital Santa Rosa y Local Anexo, contratación llevada a cabo por dicha institución. Finalidad de la exhibición: verificar y analizar el alcance y detalle técnico del servicio de limpieza contemplado en dichos Términos de Referencia, las penalidades aplicables, así como la forma de acreditación de las mismas e importes a imponerse.(subrayado nuestro)

- 5) El Informe Técnico – Legal que deberá remitir al Árbitro Único el HOSPITAL SANTA ROSA respecto de los motivos que generaron la imposición de cada de la(s) penalidad(es) imputada(s) en contra de la empresa recurrente ascendente a S/.51,899.76 Soles, en donde conste la metodología de cálculo de la(s) misma(s), la línea de tiempo de la ejecución de la prestación principal, así como la forma de acreditación y comprobación objetiva del presunto incumplimiento contractual advertido que haya originado la imposición de la(s) misma(s). Finalidad: verificar la legitimidad de la(s) penalidad(es) imputada(s).

#### **II.4 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

24. Mediante escrito presentado el 11 de febrero del 2021, HSR debidamente representado por Procurador Público del Ministerio de Salud (e) contesta la demanda en los siguientes términos:

##### **LA DEMANDA ES IMPROCEDENTE:**

25. En relación a la procedencia de las pretensiones solicitadas, afirma que se debe tener presente que se está solicitando de manera conjunta y a la vez excluyente tres figuras procesales para cuestionar la decisión de la Entidad de aplicar penalidades, como son la nulidad, invalidez, e ineficacia.
26. Advierten que al respecto, se debe tener presente que la Primera Disposición Complementaria y Final de la Ley de Contrataciones aprobadas por Ley N° 30225 y modificada por Decreto Legislativo N° 1341 (vigente al momento de la Contratación), establece un orden de prelación normativa a aplicarse para resolver las controversias que es: i) Ley y Reglamento, ii) Normas de Derecho Público y, iii) Normas de Derecho Privado.

*“La presente Ley y su Reglamento prevalecen sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables”.*

27. Indican que en relación a la nulidad, la Ley sólo ha regulado los supuestos de nulidad dentro del proceso de selección y después de celebrados los contratos conforme a lo establecido en el Artículo 44°, habiendo indicado **que después de celebrados los contratos sólo se puede declarar la nulidad de los contratos en los siguientes supuestos:**
- a) Por haberse suscrito en contravención con el artículo 11° de la presente norma;
  - b) Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección para la suscripción del contrato;
  - c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación; o,
  - d) Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguno de los supuestos que habilitan a la contratación directa.
  - e) Cuando por sentencia consentida, ejecutoriada o reconocimiento del contratista ante la autoridad competente nacional o extranjera se evidencia que durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, éste, sus accionistas, socios o empresas vinculadas, o cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes, ha pagado, recibido, ofrecido, intentado pagar o recibir u ofrecer en el futuro algún pago, beneficio o dádiva o comisión.  
Esta nulidad es sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil a que hubiera lugar.
28. Observan que las normas de contrataciones no regulan supuestos de nulidad, invalidez o ineficacia de las decisiones de la Entidad.
29. Agregan que por otro lado, si aplicamos de manera supletoria los cuerpos normativos de segundo y tercer orden de prelación normativa, las figuras de la nulidad e invalidez se encuentran regulados en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444 (artículo 30°, 9° y 10°) y el Código Civil (artículo 219°).
30. Señalan que el artículo 3° establece que los Requisitos de validez de los actos administrativos, son los siguientes:
- 1. Competencia.** - Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

**2. Objeto o contenido.** - Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.

**3. Finalidad Pública.** - Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitársele a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.

**4. Motivación.** - El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.

**5. Procedimiento regular.** - Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.

31. Manifiestan que los artículos 9° y 10° de la Ley N°27444 establecen que todo acto administrativo se considera válido siempre y cuando no haya sido declarado nulo por autoridad competente, y las causales para que se declare su nulidad de pleno derecho son las siguientes:

a) La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

b) El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14°.

c) Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.

d) Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

32. Observan que en el presente caso, se puede advertir claramente que el demandante no ha desarrollado ni sustentado ninguno de los supuestos descritos en la norma a fin de acreditar la invalidez ni la existencia de causales de nulidad de alguna decisión de la Entidad, asimismo, el demandante no ha acreditado que mi representada haya emitido decisión que se encuentre viciada con nulidad en su perjuicio, ni que se ha omitido realizar alguna actuación administrativa que sea de carácter obligatorio, por lo que, la presente demanda deberá ser declarada INFUNDADA, más aún cuando se advierte que la Entidad ha cumplido estrictamente con el procedimiento para la aplicación de penalidades y que éstas se encuentran debidamente sustentadas en los informes correspondientes.
33. Añaden que en cuanto al extremo de la pretensión, en el que se solicita que se declare la ineficacia de la decisión de la Entidad, el demandante tampoco ha desarrollado ningún sustento que la cuestione, por tanto, ésta al encontrarse debidamente motivada, emitida por autoridad competente y correctamente notificada, surte todos sus efectos jurídicos, debiendo por tanto desestimarse dicha pretensión.
34. Consideran que en el supuesto negado que el Arbitro Único decida modificar y/o alterar las pretensiones del Contratista analizando la decisión de la Entidad dentro de otra figura jurídica, implicaría una subrogación en su defensa, y por tanto una vulneración al debido proceso y al derecho a la defensa de la Entidad.
35. Expresan que dicho supuesto -en que el Arbitro Único analice las pretensiones dentro de otra figura jurídica-generaría una vulneración a nuestro derecho a la defensa, puesto que el demandante no ha desarrollado ni sustentado que causal de nulidad, ineficacia o invalidez ha vulnerado la Entidad al aplicarle la penalidad, por lo que, no nos ha permitido ejercer debidamente nuestra defensa ni presentar los medios probatorios pertinentes para cada caso.

#### **LA DEMANDA ES INFUNDADA:**

36. Advierten que en la demanda se argumenta que la Entidad no habría cumplido con el procedimiento para la formulación de observaciones ni acreditado la presunta infracción que determine la aplicación de penalidades, asimismo, argumenta que las penalidades serían presuntamente por no haber cumplido con los Términos de Referencia. Sin embargo, no se advierte ningún fundamento que desarrolle que cumplió efectivamente con todas sus obligaciones contractuales, por el contrario, se desarrollan argumentos genéricos en los que argumenta falta de procedimiento y afectación al principio de transparencia y equidad.

37. Precisan que la normativa de contrataciones del Estado ha previsto las penalidades que las Entidades pueden aplicar al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales; las cuales pueden ser de dos tipos: (i) la “**penalidad por mora**” en la ejecución de la prestación; y (ii) las “**otras penalidades**”.
38. Agregan que respecto a la “**penalidad por mora**” el artículo 133 del Reglamento ha previsto que: “*En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso.* Asimismo, respecto a las “**otras penalidades**”, el artículo 134 del Reglamento establece que la Entidad puede establecer otras penalidades en las Bases, distintas a la penalidad por mora, para tales efectos, debe incluirse los supuestos de aplicación de la penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad por cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.
39. Apuntan que en el presente caso, las penalidades aplicadas derivan del incumplimiento del demandante de los Términos de Referencia, es decir, **se trata de penalidades distintas a la penalidad por mora**, cuyo supuesto de aplicación, cálculo y verificación está debidamente regulado en el punto 4.12 de los términos de referencia, los mismos que se encuentran contenidos cláusula segunda del contrato (página 48 y siguiente).

**4.12 PENALIDADES APLICABLES**

N°	CONCEPTO (en lo referido a los operarios de limpieza, jefes de grupo y supervisor)	MONTO PENALIDAD		
		TURNO	POR CADA INCIDENCIA	OBSERVACIÓN
1	Por ausencia de operarios en su puesto de trabajo en un turno	S/. 1,000.00 por cada falta de un operario		Se acredita con informes y/o actas de supervisión de la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento y/o Oficina de Epidemiología y Salud Ambiental. Si se sobrepasa del 10% del monto de facturación mensual implica resolución del contrato.
2	No traer uno de los insumos, uno de los maquinarios, uno de los equipos, accesorios y/o maquinarias o implementos completos según lo solicitado en las presentes especificaciones técnicas, en el plazo previsto, y/o en la cantidad y calidad solicitada.		1% de la facturación mensual por cada uno de los materiales, uno de los equipos, accesorios y/o maquinarias o implementos	Se acredita con informes y/o actas de supervisión de la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento y/o Oficina de Epidemiología y Salud Ambiental y El Departamento de Farmacia. Si se sobrepasa del 10% del monto de facturación mensual implica resolución del contrato.
3	No hacer y/o aplicar las diluciones de los desinfectantes de acuerdo a norma, no aplicar los procedimientos de limpieza y desinfección y/o no aplicar los procedimientos del manejo de residuos sólidos según norma.		1% de la facturación mensual por cada ocasión	Se acredita con informes y/o actas de supervisión de la OSGYM y/o OEySA y/o Depto. Farmacia. Si se sobrepasa del 10% del monto de facturación mensual implica resolución del contrato.

\*Continúa en la página 49 del Contrato.

40. Explican que en ese sentido, se debe tener presente que respecto al procedimiento en la aplicación de penalidades en los casos de “penalidad por mora” y “otras penalidades”, el artículo 143 del Reglamento, diferencia los procedimientos, estableciendo que la calificación de la prestación para efectos

de su recepción y conformidad se realiza por el responsable del área usuaria, quien las verifica y de existir observaciones las comunica al contratista otorgándole un plazo para subsanar. Sin embargo, también establece que **este procedimiento no es aplicable cuando los bienes, servicios y/o consultoría no cumplan manifiestamente con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no recepciona u otorga conformidad, considerando no cumplida la prestación y aplicando la penalidad correspondiente.** Es decir, tratándose de penalidades distintas a las penalidades por mora, el incumplimiento de las mismas no determina el otorgamiento de un plazo para subsanar porque son insubsanables, sino que la penalidad se aplica de manera automática.

41. Sostienen que estando a lo expuesto, advirtiéndose que la penalidad aplicada a la empresa demandante deriva de un incumplimiento de los términos de referencia, y que no se trata de una penalidad por mora sino de “otras penalidades”, su representada cumplió con aplicar la penalidad correspondiente. En ese sentido, considerando que la demanda interpuesta no sustenta ni acredita las pretensiones demandadas, la misma deberá declararse Infundada en todos sus extremos.
42. Destacan que en relación al pago del costo financiero que sustenta el mantenimiento de la garantía de fiel cumplimiento, no se expone ningún argumento, por lo que, la pretensión deviene en infundada, más aún cuando en la demanda no se desarrolla los argumentos que determinen que cumplió efectivamente con la totalidad de sus prestaciones.
43. Concluyen finalmente, en el extremo del pago de costos y costas del proceso arbitral, solicitan que sea la KORY quien asuma el íntegro de los costos y gastos del presente proceso arbitral, ya que conforme a los artículos 70° y 73° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, el Tribunal Unipersonal deberá tener en cuenta, a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes, mientras que, a falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida, sin perjuicio que el Arbitro Único distribuya y prorrotee estos costos entre las partes, si estima que el prorroteo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
44. Sobre ello, habiéndose comprobado que lo pretendido por la empresa demandante no goza de mayor asidero fáctico legal, corresponde que sea ésta quien asuma la totalidad de los costos y costas del presente arbitraje.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

- Ley N°30225, modificada por el Decreto Legislativo N°1341
- Reglamento de la Ley N°30225, aprobado por el Decreto Supremo N°350-2015-EF, modificado mediante Decreto Supremo N°056-2017-EF.
- Decreto Legislativo N°1071 – Ley de Arbitraje
- Contrato N°005-2020-CENARES/MINSA.
- Código Civil

### **MEDIOS PROBATORIOS DE HSR**

No ofrecen ni presentan medios probatorios, reservándose el derecho de ofrecerlos posteriormente.

## **II.5 CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO**

45. Mediante Orden Procesal N° 4 de fecha 22 de marzo del 2021 el Arbitro Único fijó las materias o puntos controvertidos que serán objeto de pronunciamiento en el Laudo Arbitral. Así, teniendo en cuenta las pretensiones planteadas por KORY estableció que resolverá sobre las siguientes materias, dejándose constancia que las mismas eran referenciales:

### **DETERMINACIÓN DE CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO DEL ÁRBITRO ÚNICO**

46. El Árbitro Único precisa que las siguientes materias o puntos controvertidos que serán objeto de su pronunciamiento en el presente arbitraje, se derivan de la demanda presentada el 11 de febrero de 2021 y del escrito de la contestación a la demanda de fecha 11 de marzo de 2021.
47. El Árbitro Único deja claramente establecido que los puntos controvertidos sobre los que se pronunciará son referenciales, reservándose el derecho de modificar, ajustar o reformular, a su entera discreción, con conocimiento de las partes, dichos puntos controvertidos, según el desarrollo de las actuaciones arbitrales o con el fin de facilitar la resolución de la controversia.
48. Teniendo en cuenta estas consideraciones, el Árbitro Único precisa que las siguientes materias o puntos controvertidos serán objeto de su pronunciamiento en el presente arbitraje:

### **CON RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:**

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare la nulidad, improcedencia y/o ineficacia de las penalidades que haya sido impuestas u ordenadas por el Hospital Santa Rosa contra la Empresa de Servicios Kory S.A.C. relacionadas al contrato N° 050-2018-HSR de fecha 12 de setiembre de 2018.

**CON RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:**

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único se proceda a la consecuente devolución y/o reintegro a favor de la Empresa de Servicios Kory S.A.C. de las penalidades que hayan sido impuestas y/o efectivamente deducidas por el Hospital Santa Rosa relacionadas al Contrato N° 050-2018-HSR de fecha 12 de setiembre de 2018.

**CON RESPECTO A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:**

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene al Hospital Santa Rosa el pago en favor de la Empresa de Servicios Kory S.A.C. de los intereses legales devengados y por devengarse que pudieran configurar sé hasta la fecha efectiva de devolución y/o reintegro del importe total penalizado.

**CON RESPECTO A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:**

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene al Hospital Santa Rosa el pago del costo financiero que irrogue mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento dispuesta por el contrato N° 050-2018-HSR de fecha 12 de setiembre de 2018, cuyo importe se liquidará en ejecución del laudo.

**CON RESPECTO A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:**

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene al Hospital Santa Rosa el pago de los gastos, costas y costos respectivos.

**II. 6 ADMISION Y PRESENTACION DE MEDIOS PROBATORIOS**

**ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS**

49. Mediante Orden Procesal N° 4 de fecha 22 de marzo del 2021, de conformidad con lo establecido por el artículo 24(7) del Reglamento de Arbitraje del Centro de 2017 (en adelante, "el Reglamento"), el Arbitro Único tiene por admitidas las siguientes pruebas ofrecidas, reservándose asimismo el derecho de disponer la

actuación de oficio de cualquier otra prueba que considere apropiada.

#### **PRUEBAS OFRECIDAS POR LA DEMANDANTE:**

##### **DOCUMENTALES:**

Las pruebas documentales ofrecidas por la parte demandante, descritas del punto 1 al 3 en el acápite “V). MEDIOS PROBATORIOS” de su escrito de demanda, de fecha 11 de febrero de 2021.

##### **EXHIBICIÓN:**

La exhibición ofrecida por la parte demandante, descrita en el punto 4 del acápite “V). MEDIOS PROBATORIOS” de su escrito de demanda de fecha 11 de febrero de 2021, consistente en los Términos de Referencia de la Contratación Directa N° 07 -2018-HSR, para la Contratación del Servicio de Limpieza y Desinfección Hospitalaria del Hospital Santa Rosa y Local Anexo .

Al respecto, el Árbitro Único dispone otorgar un plazo de veinte (20) días hábiles a la parte demandada a fin de que cumpla con dicha exhibición.

##### **INFORME:**

El informe ofrecido por la parte demandante, descrito en el punto 5 del acápite “V). MEDIOS PROBATORIOS” de su escrito de demanda de fecha 11 de febrero de 2021.

Al respecto, el Árbitro Único precisa que esta solicitud se entiende como la exhibición de los informes técnicos legales que pudieran existir que hayan sustentado en su momento la aplicación de las penalidades imputadas por S/. 51,899.60, por lo que, se dispone otorgar un plazo de veinte (20) días hábiles a la parte demandada a fin de que presente dicha exhibición.

#### **PRUEBAS OFRECIDAS POR LA DEMANDADA:**

La demandada no ofreció ni acompañó medio probatorio alguno en su escrito de contestación a la demanda.

#### **EN RELACION CON LAS EXHIBICIONES DISPUESTAS:**

1. Mediante escrito del 20 de abril del 2021 HSR solicitó un plazo adicional de diez (10) días para cumplir con presentar el Informe Técnico Legal que sustenta la aplicación de penalidades impuestas, a lo cual el Árbitro Único accedió mediante la Orden Procesal N° 5 de fecha 26 de abril del 2021

otorgando a la parte demandada un plazo adicional de diez (10) días hábiles para que presente el informe referido.

2. En lo que respecta a la Exhibición de los Términos de Referencia de la Contratación Directa N° 07 -2018-HSR, para la que se habían otorgado veinte (20) días hábiles mediante la Orden Procesal N° 4, se constató que vencido dicho plazo, la demandada no había cumplido con la misma, ni tampoco había solicitado prórroga por lo que este Arbitro Único mediante la Orden Procesal N° 5 de fecha 26 de abril del 2021, se dejó constancia de la no presentación de dicha prueba por la Entidad.
3. Vencido el plazo otorgado por la Orden Procesal N° 5 sin que el HSR haya cumplido con la presentación del Informe Técnico Legal de Sustentación de Aplicación de penalidades a la demandante, mediante la Orden Procesal N° 6 de fecha 12 de mayo del 2021 este Arbitro Único tuvo por no cumplido dicho requerimiento.
4. En la Audiencia Única realizada el 15 de junio de 2021 el Árbitro Único dispuso otorgar a HSR un plazo de cinco (5) días hábiles para que presentara las actas de monitoreo que sustentan la aplicación de penalidades, a lo cual mediante escrito presentado con fecha 22 de junio de 2021 la entidad cumple con presentar la información solicitada, por lo que mediante Orden Procesal N° 7 del 5 de julio del 2021 se tiene por cumplido el requerimiento y se dispuso otorgar a la parte demandante un plazo de cinco (5) días hábiles para que manifieste lo que corresponda a su derecho.
5. Mediante escrito presentado el 14 de julio del 2021, KORY cumplió con absolver el trámite conferido por la Orden Procesal N° 7 respecto de la información presentada por HSR mediante su escrito del 5 de julio del 2021.

<b>II.7            AUDIENCIA UNICA</b>
--

50. Con fecha 15 de junio del 2021 se realizó la Audiencia Única de manera virtual, con la presencia de ambas partes, quienes expusieron ampliamente sus posiciones y respondieron las preguntas del suscrito Arbitro Único, tal como quedó registrada la audiencia en video.

<b>II.8            ALEGATOS Y OTROS ESCRITOS</b>
--

51. Mediante escrito ingresado el 22 de junio del 2021 HSR presentó sus alegatos finales y al mismo tiempo presentó la información requerida por el Arbitro en la Audiencia del 15 de junio del 2021, resumidamente en los siguientes términos:

- i) Señala que todas las penalidades aplicadas al Contratista constituyen “otras penalidades” y lo han sido conforme al Contrato N° 050-2018-HSR (pags 49 y 50) del mismo, y son INSUBSANABLES.
- ii) Indica que los 5 supuestos de penalidades aplicadas conforme al artículo 4.12 incisos 1,2,3, 5 y 6 del Contrato N° 050-2018-HSR, son supuestos insubsanables, ya que no es posible recuperar en el tiempo determinado (turno, día) el incumplimiento de las siguientes observaciones:
  - 1.- Ausencia de operarios de su puestos de trabajo;
  - 2.- No traer insumos y equipos de la calidad y cantidad pactadas
  - 3.- No hacer ni aplicar soluciones de desinfectantes de acuerdo a la norma;
  - 4.- NO APLICADA
  - 5.- Rotación de personal interno;
  - 6.- Por presentación incorrecta de personalidad;

Señala que también existen otras penalidades insubsanables.

- iii) Enfatiza que todas las penalidades han sido aplicadas conforme al Contrato y en base a las observaciones realizadas por cualquiera de las tres oficinas responsables del Monitoreo y Supervisión (Epidemiología, Departamento de Farmacia y Servicios Generales), debidamente sustentadas en actas adjuntas y/o escaneadas en el mismo escrito y fueron debidamente notificadas al supervisor conforme se evidencia en las actas de monitoreo que anexan a su alegato;
- iv) Agrega que las penalidades están claramente establecidas en las Bases del Procedimiento de Selección conforme a lo señalado por los artículos 161, 162 y 163 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sobre “otras penalidades”, quedando incluidas en las bases integradas, quedando como reglas definitivas que no pueden ser cuestionadas en ninguna otra vía.
- v) Que conforme se establece en la pag 50 del Contrato, las actas de ocurrencia deben ser suscritas por el supervisor de la empresa, siendo que incluso el contrato considera la negativa del supervisor a suscribir dichas actas como un agravante en la clasificación;

- vi) En conclusión, HSR señala que:
  - a) El Contrato ha establecido “otras penalidades”;
  - b) Las otras penalidades de los supuestos 1,2,3,5 y 6 son insubsanables;
  - c) Las penalidades insubsanables no tienen procedimiento de subsanación, sino solo necesitan del levantamiento de un acta de ocurrencia (pag 49 y 50);
  - d) Consta que la empresa tuvo conocimiento de la ocurrencia de penalidades a través de su supervisor conforme se evidencia de las actas;
  - e) Con Carta N° 109-2018 se solicitó a KORY el descargo por las faltas cometidas, sin embargo esta nunca lo hizo;
- vii) Finalmente, adjunta a su escrito de alegatos las actas de monitoreo que habrían sido notificadas a KORY así como la Carta N° 109-2018. (Actas de notificación de penalidades)

52. Habiéndose otorgado a KORY mediante Orden Procesal N° 7 un plazo de 5 días para que se pronuncie sobre los documentos presentados por HSR en su escrito de alegatos, la demandante cumple con presentar el día 14 de julio del 2021 un escrito en el que indica resumidamente lo siguiente:

- i) Que mediante Escrito S/N de fecha 22.06.2021 la Entidad demandada acompaña 19 actas en las cuales no figura constancia de haber sido remitidas / cursadas a nuestra empresa, o, en su defecto, que se nos haya brindado una copia de la misma, ello como parte de un debido procedimiento administrativo y del derecho de defensa.
- ii) Advierte que la Entidad demandada dispuso la aplicación de penalidades en contra de su empresa por un importe total acumulado de S/. 51,899.76 Soles, presuntamente por no haber cumplido con los Términos de Referencia de la Contratación Directa N° 07-2018-HSR, posición de la cual discrepan más aún cuando existía un procedimiento de formulación de observaciones expresamente estipulado en la cláusula Novena del Contrato N° 050-2018-HSR en concordancia con el artículo 143° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable, y, con los PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA y de EQUIDAD previstos en el artículo 4° incisos “c” e “i” de la Ley N° 30225 - Ley de Contrataciones del Estado, principios los cuales no permiten subjetividad en el tratamiento del contratista, debiendo todos los actos que se dicten ser objeto de una adecuada y suficiente comunicación, a fin de permitir que el contratista ejerza su derecho a la contradicción administrativa.

### III. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

#### III.1 CONSIDERACIONES PRELIMINARES

53. A continuación, corresponde emitir el pronunciamiento del suscrito Arbitro sobre las pretensiones formuladas en el presente proceso arbitral, evaluando cada una de las Cuestiones Materia de Pronunciamiento fijados en la Orden Procesal N° 3, de fecha 8 de marzo del 2021, dejando constancia que se tendrá en especial consideración el Principio de Congruencia Procesal.
54. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde efectuar la siguiente Declaración Previa para confirmar lo siguiente: (i) que este Arbitraje se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que en ningún momento se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento; (iii) que la demandante presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de acción y de defensa; (iv) que la demandada fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa contestando la demanda; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente; y, (vi) que, este Arbitro único ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.
55. Como ha sido antes señalado, el presente Laudo se expide de conformidad con lo señalado en la Ley de Arbitraje, y estando a lo dispuesto en la mencionada Ley, este Arbitro advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.
56. Además, el Arbitro señala que constituye un criterio unánimemente aceptado que los jueces (extensible a los árbitros) no están obligados a exponer y refutar en sus sentencias todos y cada uno de los argumentos de las partes ni a reseñar el modo en que han ponderado todas y cada una de las pruebas producidas.<sup>1</sup> La

<sup>1</sup> Palacio, Lino E. y Alvarado Velloso, Adolfo: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires–Santa Fe, 1992, tomo 5, comentario al artículo 163, p. 406.

El Tribunal Constitucional ha confirmado este criterio, al señalar: “En primer lugar, expedida por los emplazados, obrante a fojas veintitrés, según se desprende de la sentencia el Tribunal Constitucional considera que no se ha violado el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. En efecto, como antes se ha expresado, dicho atributo no garantiza que el juzgador tenga que pronunciarse pormenorizadamente sobre cada uno de los extremos en los que el actor apoyó parte de su defensa procesal. Es suficiente que exista una referencia explícita a que no se

eventual ausencia de mención en este laudo de algún argumento, pieza o fundamento indicado por las partes no implica, empero, que el Arbitro haya dejado de sopesar y meritar todos los elementos de juicio relevantes que le han sido aportados.

57. Asimismo, por la fecha de celebración del Contrato sub materia resulta de aplicación, en cuanto corresponda a la normativa de contrataciones con el Estado, la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, modificada por Decreto Legislativo N° 1341, en concordancia con el Decreto Supremo N° 350-2015-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, en adelante, el Reglamento. Adicionalmente, aplican las normas del Código Civil y demás del ordenamiento jurídico peruano que puedan resultar aplicables.
58. En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno al respecto que afecte la validez del proceso, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, este Arbitro pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente, procediendo con el análisis de los puntos controvertidos, y a emitir el Laudo correspondiente conforme a los siguientes términos.

<b>III.2      <u>ANÁLISIS Y PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA OBJECION DE IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA PLANTEADA POR HSR:</u></b>
---

59. Resumidamente HSR señala que la demanda de KORY resulta improcedente por las siguientes razones:
- a) Que se está solicitando de manera conjunta y a la vez excluyente tres figuras procesales para cuestionar la decisión de la Entidad de aplicar penalidades, como son la nulidad, invalidez, e ineficacia;
  - b) Que la Primera Disposición Complementaria y Final de la Ley de Contrataciones aprobadas por Ley N° 30225 y modificada por Decreto

---

compartan los criterios de defensa o que los cargos imputados al acusado no hayan sido enervados con los diversos medios de prueba actuados a lo largo del proceso, lo que cumple con efectuarlo la sentencia cuestionada, especialmente en el tercer considerando.”(Expte. Nro. 1230-2002-HC/TC, FJ. 13).

En igual sentido: “Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuesta a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.” (Expte. nro. 03864-2014-PA/TC, FJ. 27).

Legislativo N° 1341 (vigente al momento de la Contratación), establece un orden de prelación normativa a aplicarse para resolver las controversias que es: i) Ley y Reglamento, ii) Normas de Derecho Público y, iii) Normas de Derecho Privado.

- c) Que después de celebrados los contratos conforme a lo establecido en el Artículo 44°, **sólo se puede declarar la nulidad de los contratos en los supuestos taxativos que describe;** Observan que las normas de contrataciones no regulan supuestos de nulidad, invalidez o ineficacia de las decisiones de la Entidad.
- d) Que además supletoriamente las figuras de la nulidad e invalidez se encuentran regulados en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444 (artículo 30°, 9° y 10°) y el Código Civil (artículo 219°).
- e) El artículo 3° establece que los Requisitos de validez de los actos administrativos, son los siguientes: i) **Competencia;** ii) **Objeto o contenido,** iii) **Finalidad Pública;** iv) **Motivación;** (El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico; vi) **Procedimiento regular** (Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación).
- f) Los artículos 9° y 10° de la Ley N° 27444 establecen que todo acto administrativo se considera válido siempre y cuando no haya sido declarado nulo por autoridad competente, y establecen las causales taxativas para que se declare su nulidad de pleno;
- g) Que en el presente caso, el demandante no ha desarrollado ni sustentado ninguno de los supuestos descritos en la norma a fin de acreditar la invalidez ni la existencia de causales de nulidad de alguna decisión de la Entidad, ni que se ha omitido realizar alguna actuación administrativa que sea de carácter obligatorio, por lo que, la presente demanda deberá ser declarada INFUNDADA, más aún cuando se advierte que la Entidad ha cumplido estrictamente con el procedimiento para la aplicación de penalidades y que éstas se encuentran debidamente sustentadas en los informes correspondientes.
- h) Consideran que en el supuesto negado que el Arbitro Único decida modificar y/o alterar las pretensiones del Contratista analizando la decisión de la Entidad dentro de otra figura jurídica, implicaría una subrogación en su

defensa, y por tanto una vulneración al debido proceso y al derecho a la defensa de la Entidad, puesto que el demandante no ha desarrollado ni sustentado que causal de nulidad, ineficacia o invalidez ha vulnerado la Entidad al aplicarle la penalidad, por lo que, no nos ha permitido ejercer debidamente nuestra defensa ni presentar los medios probatorios pertinentes para cada caso.

60. Sin embargo, al respecto debe tenerse en cuenta que la **improcedencia** de una demanda es una calificación negativa por la que se rechaza la demanda al carecer de requisitos de fondo mínimos que tienen que ver con los presupuestos procesales y las condiciones de la acción. Mientras que los **presupuestos procesales** son requisitos indispensables para el nacimiento y desarrollo de la relación **procesal** válida (competencia, capacidad procesal y requisitos de la demanda), las **condiciones de la acción** (legitimidad e interés para obrar) son requisitos para que el Juez expida sentencia sobre el fondo.
61. Como señala la Dra Yilissa Yamani Fernández<sup>2</sup> “(...) lo que permite entonces el saneamiento del proceso es descubrir a tiempo si se encuentran ausentes los presupuestos procesales y/o las condiciones de la acción, situación que, de ser detectada en la etapa decisoria del proceso, imposibilitaría la emisión de un pronunciamiento de fondo, por lo que el juzgador se vería forzado a expedir una sentencia de carácter inhibitorio. Precisamente, uno de los objetivos de la etapa de saneamiento es evitar la emisión de dicho tipo de sentencias”.
62. Que en el caso de autos no se advierte la ausencia de ninguna de dichos elementos, y por el contrario más bien se aprecia que los pedidos de nulidad, ineficacia e improcedencia no afectan ninguno de los mismos y además han sido planteados en forma disyuntiva por la actora como se desprende del empleo de la expresión “y/o”, lo cual es congruente con el principio jurídico de que es el Juzgador quien “dice” o aplica el derecho que corresponde, lo cual dista mucho de subrogarse en el demandante.
63. Que más bien resulta evidente que lo que la parte demandada estaría cuestionando tiene que ver más con aspectos de fondo que de procedibilidad, como se desprende del hecho de que ella misma haya empleado la expresión “que se declare Infundada la demanda” en su escrito de contestación, como ha quedado glosado en el literal g) del numeral 59 precedente.
64. Por estas consideraciones, este Arbitro Unico **considera desestimar la objeción de Improcedencia de la demanda** planteada por la parte demandada, considerando dar por saneado el proceso y pasar a pronunciarse sobre los temas

---

<sup>2</sup> Artículo, “La Declaración de Improcedencia de la Demanda”, MuñizLaw.

de fondo.

**III.3 ANÁLISIS Y PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO CORRESPONDIENTE A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare la nulidad, improcedencia y/o ineficacia de las penalidades que hayan sido impuestas/ordenadas por el Hospital Santa Rosa contra la Empresa de Servicios Kory S.A.C. relacionadas al contrato N° 001-2019-HSR de fecha 2 de enero de 2019.**

65. Tal como se desprende de los fundamentos de su demanda que se han glosado en el punto II.3 precedente del presente Laudo, resumidamente KORY señala lo siguiente:
- a) Que la Entidad no habría **seguido el procedimiento previsto por la cláusula Novena del Contrato**, no habiendo tenido suficiente información ni la posibilidad de efectuar averiguación al respecto, causándole indefensión y contraviniéndose lo pactado en el contrato y en el artículo 143 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, debiendo por ende declararse la nulidad, improcedencia y/o ineficacia de las penalidades imputadas.
  - b) Que mediante **Carta N° 109-2018-MINSA-HSR-OL de fecha 06.11.18**, la Jefatura de la Oficina de Logística les comunicó **la no conformidad del servicio objeto de contrato brindado del 04.09.18 al 03.10.18**, expresada por la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento y Jefe de Seguridad de la Unidad de Seguridad Interna de la Entidad, al haber presuntamente incumplido con los Términos de Referencia de la Contratación Directa N° 07-2018-HSR, en supuestos relacionados a ausencias de personal, falta de insumos, falta de equipos y/o accesorios, no aplicación de adecuados procedimientos y rotación de personal, recomendándose a través de la Nota Informativa N° 187-2018-MINSA-HSR-OE-SA de fecha 7.10.18 emitida por la Jefatura de la Oficina de Epidemiología y Salud Ambiental la aplicación de penalidades en contra del contratista recurrente, las cuales finalmente ascendieron al **importe acumulado de S/. 51,899.76 Soles**, posición de la cual discrepan.
  - c) Agregan que además la Entidad ni siquiera ha contestado de manera objetiva y/o concreta la solicitud de arbitraje, no pudiendo identificar si se trata de penalidades objetivas, que provenían de obligaciones contractuales incumplidas, para posibilitar así al contratista un descargo concreto, siendo

que la ausencia de información y/o prueba les produce indefensión al no permitirles ejercer a cabalidad su derecho de defensa, restringiendo la facultad de contradicción administrativa que pudo ejercer en su momento.

d) Concluyen que la aplicación de dichas penalidades por la Entidad, contraviene el propio Contrato, los principios de transparencia y de equidad previstos en el artículo 4° incisos “c” e “i” de la Ley N° 30225, vulneran el artículo 143° del Reglamento de la LCE, debiendo por ende declararse la nulidad, improcedencia y/o ineficacia de la(s) penalidad(es) imputada(s) por S/.51,899.60 impuesta por el HSR.

66. Por su parte la posición de la demandada expresada en su contestación a la demanda y en sus alegatos finales resumidamente sostiene lo siguiente:

a) Que el Contrato ha establecido “**otras penalidades**” en concordancia con las Bases de la Contratación Directa y el artículo 134 del Reglamento, distintas a la penalidad por mora;

b) Que todas las penalidades aplicadas al contratista son “**otras penalidades**” y derivan de su incumplimiento de los Términos de Referencia, cuyo supuesto de aplicación, cálculo y verificación está debidamente regulado en el **punto 4.12 de los mismos**, incluidas en las bases integradas, quedando como reglas definitivas que no pueden ser cuestionadas en ninguna otra vía, y que a su vez se encuentran contenidos **cláusula Segunda del contrato N° 050-2018-HSR (página 48 y siguiente), y son INSUBSANABLES.**

c) Que los 5 supuestos de observaciones que dan lugar a penalidades aplicadas conforme al artículo 4.12 incisos 1, 2, 3, 5 y 6 del Contrato N° 050-2018-HSR, son supuestos insubsanables, ya que no es posible recuperar en el tiempo determinado (turno, día) el incumplimiento de las siguientes observaciones:

- 1.- Ausencia de operarios de su puestos de trabajo;
- 2.- No traer insumos y equipos de la calidad y cantidad pactadas
- 3.- No hacer ni aplicar soluciones de desinfectantes de acuerdo a la norma;
- 4.- NO APLICADA
- 5.- Rotación de personal interno;
- 6.- Por presentación incorrecta de personalidad;

d) Que todas las penalidades han sido aplicadas conforme al Contrato y en base a las observaciones realizadas por cualquiera de las tres oficinas responsables del Monitoreo y Supervisión (Epidemiología, Departamento de

Farmacia y Servicios Generales), debidamente sustentadas en actas notificadas al supervisor conforme se evidencia en las actas de monitoreo que anexan a su alegato;

- e) Que las observaciones que dan lugar a penalidades insubsanables no tienen procedimiento de subsanación, sino solo necesitan del levantamiento de un acta de ocurrencia (páginas 49 y 50 del Contrato);
  - f) Que en el caso de la aplicación de “**otras penalidades**”, el artículo 143 del Reglamento, diferencia los procedimientos, estableciendo que la calificación de la prestación para efectos de su recepción y conformidad se realiza por el responsable del área usuaria, quien las verifica y de existir observaciones las comunica al contratista otorgándole un plazo para subsanar, pero que sin embargo, también establece que este procedimiento no es aplicable cuando los bienes, servicios y/o consultoría no cumplan manifiestamente con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no recepciona u otorga conformidad, considerando no cumplida la prestación y aplicando la penalidad correspondiente. Es decir, - dice - tratándose de penalidades distintas a las penalidades por mora, el incumplimiento de las mismas no determina el otorgamiento de un plazo para subsanar porque son insubsanables, sino que la penalidad se aplica con la sola verificación de su ocurrencia, por el cual su representada cumplió con aplicar la penalidad correspondiente.
  - g) Que la empresa tuvo cabal conocimiento de la ocurrencia de observaciones penalizables a través de su supervisor conforme se evidencia de las actas de supervisión y de monitoreo, así como con la Carta N° 109-2018-MINSA del 6 de noviembre del 2018 por la que se solicitó a KORY el descargo por las faltas cometidas, el que sin embargo esta nunca hizo;
  - h) Que no se advierte en la demanda ningún fundamento que desarrolle que KORY cumplió efectivamente con todas sus obligaciones contractuales, por el contrario, se desarrollan argumentos genéricos en los que argumenta falta de procedimiento y afectación al principio de transparencia y equidad.
67. Analizando los argumentos de una y otra parte, lo primero que debe señalarse es que no cabe duda que el contratista ha sufrido un descuento efectivo en el pago de su contraprestación por concepto de penalidades, de **S/51,899.76** conforme consta del **Formulario 27 “Constancia de Cumplimiento de la Prestación N° 097-2019”** de fecha 17 de abril del 2019 – que obra en autos adjunto a la demanda (fojas 71 del archivo) emitida por la Oficina de Logística de la Entidad, en donde figura la imposición de la referida penalidad.

68. Sin embargo, **la principal discusión de esta controversia** versa sobre si las penalidades aplicadas son o no validas, lo que dependerá de si la Entidad observó al procedimiento establecido contractual y legalmente para su aplicación, **o si por el contrario se realizaron en contravención de dichas disposiciones contractuales y legales.**
69. Siendo en este punto que precisamente la parte demandante sostiene que no recibió la información suficiente sobre en qué supuestos de infracción penalizable había incurrido, y desconoce la naturaleza, ocurrencia y demás características de las penalidades impuestas, lo que no solo vulnera su derecho de defensa y contradicción, sino al propio texto de la cláusula Novena del Contrato y del artículo 143 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, mientras que evidentemente la demandada sostiene lo contrario.
70. Debe tenerse en cuenta que la **aplicación, supuestos, cálculo y verificación de “otras penalidades” está debidamente regulado en el punto 4.12 de los Términos de Referencia** de la Contratación Directa N° 07-2018-HSR, los mismos que a su vez se encuentran expresamente contenidos **cláusula Segunda del Contrato N° 050-2018-HSR** (página 48 a 50), de cuyo texto se desprende con claridad: i) tres casos distintos o tipificaciones de las infracciones penalizables; ii) su cuantificación por ocurrencia (lo que supone establecer cuantas veces se produjeron); y finalmente, iii) la forma o procedimiento de su acreditación o verificación mediante “informes y/o actas de supervisión” emitidas por ciertas dependencias u órganos de la entidad.
71. Es opinión de este Arbitro Único que ninguna de las partes ha desarrollado una adecuada y eficiente actividad postulatoria y probatoria en este proceso, no obstante lo cual consideramos que obran en autos suficientes elementos probatorios que nos permitirán resolver esta controversia.
72. Sin embargo, para poder merituar el valor probatorio de los elementos de prueba que obran en autos, previamente resulta indispensable tener en cuenta **el período contractual que nos ocupa que es de 90 días calendarios del día 04 de setiembre al 03 de diciembre del 2018**, y a continuación ver si es posible establecer **las fechas o período de ocurrencia de las infracciones u observaciones penalizables** con el fin de verificar si las mismas fueron puestas en conocimiento de la Contratista, siguiéndose el **procedimiento contractual** y legal para su imposición.
73. Sobre este último particular, debe distinguirse claramente entre lo que significa la posible subsanción de observaciones, lo que no siempre es posible ya que

no cabe duda que existen omisiones o incumplimientos insubsanables, de lo que significa la posible **justificación de las observaciones**, lo cual no solo es independiente de si las mismas son o no subsanables, sino que siempre es posible en la medida que la parte penalizada tenga oportuno conocimiento de las mismas.

74. Si bien HSR al contestar la demanda la ha negado, no obstante **no ofreció ni menos aún presentó prueba alguna para desvirtuar lo afirmado por el demandante**, como podría ser alguna carta, informe o notificación que acredite haberle informado sustentadamente sobre las infracciones cometidas y sobre las otras penalidades que le pretendía aplicar, habiendo así otorgado a aquel el derecho a la defensa y contradicción antes de la efectivizar la penalización. Más aún, tampoco cumplió con la exhibición del Informe Técnico Legal que sustentara la aplicación de penalidades que le fue solicitado por KORY, de lo que quedó constancia en la Orden Procesal N° 5.
75. Fue únicamente a instancias de este árbitro único en la audiencia del 15 de junio del 2021, que mediante escrito del 22 de junio del actual HSR presentó conjuntamente con su escrito de alegatos finales **diversos documentos en PDF tales como memorandos, actas de supervisión y actas de monitoreo**, sobre los que nos referiremos posteriormente.
76. Ha sido más bien la propia parte demandante KORY la que ha adjuntado a su demanda la **Carta N° 109- 2018-MINSA -HSR – OL** recibida por ella el 6 de noviembre del 2018, y en la cual la Entidad le solicita sus descargos respecto de la NO CONFORMIDAD del servicio por el período comprendido **entre el 4 de setiembre y el 3 de octubre del 2018**, para lo cual le adjunta el Memorándum 417-2018-MINSA-HSR-OAJ; Memorándum N° 1215 -2018-MINSA-HSR; Memorándum N° 463 -2018-MINSA-HSR, Memorándum N° 713 -2018-MINSA-HSR, y el Acta de No Conformidad N° 92.

ueblo Libre, U6 de noviembre de 2018

**CARTA N° 109 -2018-MINSA-HSR-OL**

ñeñor:

**UIS FERNANDO TINEO BAYES**

erente General

**EMPRESA DE SERVICIOS KORY S.A.C.**

Ir. Santiago Távara N° 1722 – Urb. Chacra Ríos Norte

Cercado de Lima

eléfono: 424-3763 / 337-0771

Correo electrónico: korysac@hotmail.com.

resente.-



Asunto : Solicitó Descargo por incumplimiento de contrato N° 050-2018-HSR.

Referencia : a) Memorandum N° 417-2018-MINSA-HSR-OAJ.  
b) Memorando N° 1215-2018-MINSA-HSR/OL.

Por medio de la presente, tengo a bien dirigirme a usted, en relación al documento de la referencia a) para solicitarle se sirva remitir los descargos correspondientes a la NO CONFORMIDAD del servicio de Limpieza y Desinfección Hospitalaria brindado del 04 de setiembre al 03 de octubre, el cual es emitida por la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento y Jefe de la Unidad de Seguridad Interna de nuestra Institución

Por lo expuesto, deberá presentar lo requerido en el menor plazo posible (48 horas), adjunto copia de documento de referencia b), para mayor conocimiento.

Atentamente,

An official stamp from the Ministry of Health (Ministerio de Salud) of Peru. It includes the text 'PERÚ', 'Ministerio de Salud', 'Dirección de Redes Hospitalarias de Salud Lima Centro', and 'Hospital Santa Rosa'. Below the stamp is a signature in blue ink and the text 'MG. ANTONIO HURTADO TELLÓ JEFE DE LA OFICINA DE LOGISTICA'.

77. La relevancia de esta Carta N° 109-2018- MINSA y sus documentos adjuntos y/o anexos consiste de un lado en que **delimita un período de observaciones – del 4 de setiembre al 3 de octubre del 2018** - , sino que acredita sin lugar a dudas que **KORY tuvo cabal conocimiento de las observaciones levantadas por la Entidad durante dicho período, y tuvo la plena posibilidad de descargar o contradecir dichas observaciones, lo que no hizo.**
78. Es igualmente importante tomar nota que en la referida **Acta de No Conformidad N° 92 del 22 de octubre del 2018** adjunta a la Carta N° 109 - 2018 -MINSA - HSR se hace expresa referencia al **período comprendido entre el 4 de setiembre y el 3 de octubre del 2018 y a la Orden de Servicio N° 0001905**, a la cual nos referiremos a continuación.
79. Lo anterior cobra aún más relevancia cuando al revisar la documentación sustentatoria de la aplicación de las penalidades presentada por HSR en cumplimiento de lo dispuesto por este árbitro en la audiencia del 15 de junio del

2021, advertimos que se ha adjuntado el **Memorándum N° 1375 -2018- MINSA -HSR – OL cursado el 30 de noviembre del 2018** por la Oficina de Logística a la Oficina de Economía, sobre la aplicación de penalidades, **que es el único documento que hemos podido encontrar que establece la individualización y cuantificación (S/.29,189.97) de las penalidades aplicadas a KORY**, pero que sin embargo se contraen únicamente al **período comprendido entre el 4 de setiembre y el 3 de octubre del 2018**, y guardan relación con el **Acta de No Conformidad N° 92, y se descuentan de la Orden de Servicio N° 0001905**, a las que ya nos hemos referido por estar adjuntas y/o mencionadas en la **Carta N° 109-2018-MINSA- HSR-OL**.

80. En tal sentido, coincidimos con la demandada cuando afirma que el procedimiento al que se refiere la cláusula Novena del Contrato y la primera parte del artículo 143 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, **solo aplica en estricto para el caso de observaciones que sean subsanables**, razón por la cual se otorga al contratista un plazo para subsanarlas, pero no aplica para el caso de observaciones sobre incumplimientos manifiestos, en los que la propia cláusula Novena del Contrato y la parte final del artículo 143 del Reglamento establecen que la entidad simplemente no considerará ejecutada la prestación ni otorgará la conformidad, y aplicara las penalidades que correspondan.
81. Sin embargo, lo anterior debe entenderse referido a que no será necesario ni exigible que se produzca **el procedimiento y plazo para la subsanación de observaciones, pero no así a que no sea necesario informar sobre dichas observaciones y penalidades al contratista, a fin de que pueda tomar conocimiento de ellas y formular sus descargos respectivos antes de que las mismas sean efectivizadas con el descuento concreto.**
82. Al respecto debemos recordar que el artículo 134 del Reglamento de la LCE establece que son tres los requisitos para la aplicación de penalidades distintas a la “penalidad por mora” u “**otras penalidades**”, a saber: *(i) los supuestos de aplicación de penalidad; (ii) la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto; y, (iii) el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.*
83. Siendo tales requisitos necesarios para la aplicación de dichas penalidades, y sin cuyo cumplimiento la aplicación de las penalidades **deviene en indebida**, tal como lo señalan reiteradamente las Opiniones del OSCE, entre ellas la **OPINIÓN N° 120-2019/DTN** de la Dirección Técnico Normativa del OSCE.<sup>3</sup>

---

<sup>3</sup> **Opinión N° 120-2019- DTN:** En relación con las otras penalidades, el artículo 134 del anterior Reglamento disponía que “*Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades*”

84. Esos Informes de Supervisión que se mencionan en el numeral 4.12 de los Términos de Referencia de la Contratación Directa N° 19-2020-HSR, **son precisamente los llamados a iniciar o activar el procedimiento requerido para la aplicación de las “Otras Penalidades”** según los supuestos de aplicación establecidos, debiendo cumplir el requisito de debida motivación y contener los medios probatorios que lo sustenten, para que la Entidad **– previa notificación al contratista con las imputaciones –** pueda adoptar válidamente la decisión de aplicar las penalidades y descontar los importes correspondientes, pues de lo contrario se incurre en una arbitrariedad intolerable para el derecho.
85. Nótese que nuestro Tribunal Constitucional ha consagrado en reiteradas Sentencias el derecho al debido procedimiento **en cualquier tipo de procedimiento, incluyendo los administrativos e incluso privados.**<sup>4</sup>
86. En esa línea la Opinión N° 189-2017-DTN del OSCE, efectúa algunas precisiones respecto de la facultad de la Entidad de no aplicar el procedimiento

---

*distintas a la mencionada en el artículo 133 [es decir, a la penalidad por mora], siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, deben incluir los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar. Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora”.* (El resaltado es agregado).

Así, en los documentos del procedimiento de selección podían establecerse penalidades distintas a la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación”, siempre y cuando estas “otras penalidades” fueran objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Adicionalmente, estas penalidades debían incluir: (i) *los supuestos de aplicación de penalidad*; (ii) *la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto*; y, (iii) *el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar*, siendo tales requisitos necesarios para la aplicación de dicha penalidad.

En ese contexto, cuando una Entidad verificaba la configuración de uno de los supuestos a penalizar, ésta aplicaba la penalidad correspondiente **conforme a lo establecido en los documentos del procedimiento de selección**<sup>3</sup> (los que en su versión definitiva formaban parte del contrato, tal como lo establecía el artículo 116 del anterior Reglamento), de conformidad con el artículo 134 del anterior Reglamento.

<sup>4</sup> *Sentencias dictadas en los Expedientes 06389- 2015- AA. Expediente 04289-2004-AA/TC, Expediente 0023-2005-AI/TC, ha expresado lo siguiente: (...) el debido proceso, como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. [...] los derechos fundamentales que componen el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva son exigibles a todo órgano que tenga naturaleza jurisdiccional (jurisdicción ordinaria, constitucional, electoral y militar) y que pueden ser extendidos, en lo que fuere aplicable, a todo acto de otros órganos estatales o de particulares (procedimiento administrativo, procedimiento legislativo, arbitraje y relaciones entre particulares, entre otros), y que, [...] el contenido constitucional del derecho al debido proceso [...] presenta dos expresiones: la formal y la sustantiva. En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, el derecho de defensa y la motivación; y en su expresión sustantiva, están relacionados los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer (énfasis agregado).*

previsto en el segundo párrafo del artículo 143 del Reglamento, cuando ésta verifique que la prestación a cargo del contratista no cumple, **manifiestamente**, con las características y condiciones establecidas en el contrato, por lo que nos permitimos reproducir la parte pertinente de la misma:

***“Si la entidad declara que MANIFIESTAMENTE no se cumple con las características y condiciones ofrecidas, la Entidad debe sustentar debidamente y de manera objetiva el por qué no se considerada como ejecutada la prestación.”***

*Conforme a lo señalado al absolver la consulta anterior, el sentido del término “manifiestamente” contemplado en el numeral 143.4 del artículo 143 del Reglamento, está referido al carácter evidente de la inconsistencia y/o incongruencia de las características y condiciones de la prestación a cargo del contratista, respecto de lo realmente establecido en la oferta ganadora que conforma el contrato; condición que habilita a la Entidad, al advertir tal situación, a no aplicar el procedimiento previsto en el citado dispositivo para la subsanación de observaciones.*

*Al respecto, es importante señalar que, si bien la normativa del Estado no ha previsto de manera expresa que la decisión de la Entidad – de no aplicar el procedimiento previsto en el numeral 143.4 del artículo 143 del Reglamento - se encuentre debidamente sustentada, **ello no exime a la Entidad de su deber de fundamentar las razones por las cuales determinó que la prestación a cargo del contratista no fue ejecutada conforme a las características y condiciones establecidas en el contrato**; toda vez que en atención a los **principios de “Transparencia” y “Equidad”**<sup>5</sup> – aplicables durante la conducción de la ejecución contractual, según lo dispuesto por el numeral 9.1 del artículo 9 de la Ley- **las Entidades proporcionan información coherente y clara a fin de desarrollar el proceso de contratación bajo condiciones de objetividad**, debiendo cautelar que las prestaciones y derechos de las partes guarden una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general.*

*En consecuencia, la Entidad **debe fundamentar las razones** por las cuales determinó que la prestación a cargo del contratista no fue ejecutada conforme a las características y condiciones establecidas en el contrato; a efectos de no aplicar el procedimiento previsto en el numeral 143.4 del artículo 143 del Reglamento.” (resaltados nuestros).*

87. De lo expuesto y de la revisión de todos los medios probatorios aportados en este arbitraje, se advierte que se encuentra acreditado que la Entidad HSR **cumplió con el procedimiento** para la imposición de “otras penalidades” a la Contratista, **únicamente en lo que respecta a las observaciones producidas dentro del período comprendido entre el 4 de setiembre y el 3 de octubre del 2018, lo cual quedó verificado con la remisión a KORY de la Carta N°**

---

<sup>5</sup> Contemplados en el artículo 2 de la Ley.

**109-2012-MINSA-HSR- OL del 6 de noviembre del 2018**, observaciones que conforme se aprecia del **Memorándum N° 1375 -2018- MINSA -HSR – OL cursado el 30 de noviembre del 2018** por la Oficina de Logística a la Oficina de Economía, sobre la aplicación de penalidades, presentado por HSR mediante su escrito de alegatos del 22 de junio del 202, **cuantifican en S/.29,189.97 las penalidades aplicadas a KORY**, únicamente por el **período comprendido entre el 4 de setiembre y el de octubre del 2018**, y guardan relación con el **Acta de No Conformidad N° 92, y se descuentan de la Orden de Servicio N° 0001905**, a las que ya nos hemos referido por estar adjuntas y/o mencionadas en la **Carta N° 109-2018-MINSA- HSR-OL**.

88. Si bien es cierto que con su referido escrito del 22 de junio del 2021, HSR ha adjuntado también varias **actas de monitoreo**, no es menos cierto **que solo algunas de estas corresponden al período** a que se refiere el numeral anterior, **y la mayoría corresponden más bien al mes de noviembre del 2018**, y si bien se aprecia la participación del supervisor de KORY en dichas actas, **no se aprecia que las observaciones contenidas en las mismas hayan sido consolidadas, tipificadas y cuantificadas**, con el fin de traducirlas en penalidades como sí se hizo con la documentación remitida al Contratista KORY con la Carta N° 109-2018-MINSA- HSR-OL, entre las que destacan el **Memorándum N° 463-2018-MINSA-HSR-OSGyM** que contiene el **“Consolidado de Tipificación de Observaciones”** incurridas en el período indicado, así como las propias actas de monitoreo correspondientes del mismo período y el Acta de No Conformidad 92.
89. Siendo ello así no existe una razón atendible, para que pueda sostenerse que respecto de las observaciones del período comprendido **entre el 4 de setiembre y el 3 de octubre del 2018**, sí correspondía consolidar e informar detallada y objetivamente al contratista sobre las observaciones detectadas y pasibles de penalización, otorgándole expresamente la oportunidad de descargo, **previo a la imposición de las penalidades**, como se hizo con la Carta N° 109-2018-MINSA-HSR y sus abundantes adjuntos, **y sin embargo no se procediera de la misma forma respecto de las observaciones detectadas en otros períodos temporales del contrato, afirmándose que bastaba con las actas de constatación**.
90. De lo expuesto se concluye que en autos **está acreditado que con la remisión de la Carta N° 109-2018-MINSA-HSR del 6 de noviembre del 2018 - no respondida por KORY – que la Entidad ha cumplido cabalmente con el procedimiento establecido** en las cláusula Segunda y Novena del Contrato y numeral 4.12 de los Términos de Referencia, y con los requisitos del artículo 134 del Reglamento de la LCE, corroborados por la ya mencionadas Opinión N° 120-2019/DTN de la Dirección Técnico Normativa del OSCE, **observando el debido**

**procedimiento y los principios de la contratación pública** contenidos en la forma entendida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el artículo 9 de la LCE, corroborado por la Opinión N° 189-2017-DTN, **únicamente** respecto de las observaciones y penalidades correspondientes al **período comprendido entre el 4 de setiembre y el 3 de octubre del 2018, que se cuantifican en S/.29,189.97 que se descuentan de la Orden de Servicio N° 0001905, las mismas que en consecuencia son válidas y eficaces, razón por la cual corresponde desestimar el pedido de la demandante para su declaración de nulidad, improcedencia y/o ineficacia.**

91. Contrariamente, **no está acreditada en autos** la observancia por la Entidad del procedimiento equivalente respecto de observaciones y las correspondientes penalidades producidas y/o devengadas **en períodos contractuales distintos al referido en el acápite anterior, por lo que en consecuencia corresponde estimar el pedido de la demandante para su declaración de nulidad, improcedencia y/o ineficacia.**
92. Como consecuencia lógica de lo expresado en los considerandos anteriores y en especial los acápites 90 y 91, debemos concluir que si el total de las penalidades impuestas por la Entidad HSR a la demandante KORY ha sido de **S/. 51,899.76**, pero solamente se consideran válidas las penalidades por **S/.29,189.97**, entonces es evidente que el importe de penalidades descontadas por la diferencia entre ambos montos, **esto es por S/. 22,709.79, resulta improcedente, y debe reembolsarse a KORY.**
93. Nótese que aún cuando el efecto jurídico es el mismo, nos inclinamos por declarar la improcedencia (parcial en este caso) y consecuente ineficacia de la imposición de penalidades y no su nulidad, porque precisamente su invalidez proviene de la inobservancia del procedimiento debido para su aplicación.

<p><b>III.4 <u>ANALISIS Y PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO CORRESPONDIENTE A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:</u></b> Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único proceda a la consecuente devolución y/o reintegro a favor de la Empresa de Servicios Kory S.A.C. de las penalidades que hayan sido impuestas y/o efectivamente deducidas por el Hospital Santa Rosa relacionadas al contrato N° 050-2018-HSR de fecha 12 de setiembre de 2018.</p>
--

94. Como consecuencia de estimarse solo en parte la Primera Pretensión precedente, y siendo esta Segunda pretensión consecuencia jurídica de la Primera, **procede declarar Fundada en parte esta Segunda Pretensión y**

disponer que se reintegre a KORY el monto de S/. 22,709.79 indebidamente descontado.

**III.5 ANALISIS Y PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO CORRESPONDIENTE A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:** Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene al Hospital Santa Rosa el pago en favor de la Empresa de Servicios Kory S.A.C. de los intereses legales devengados y por devengarse que pudieran configurarse hasta la fecha efectiva de devolución y/o reintegro del importe total penalizado.

De conformidad con lo resuelto en las dos Pretensiones precedentes, así como estando a lo dispuesto por el artículo 149.1 del Reglamento de la LCE<sup>6</sup>”, **procede declarar Fundada en Parte esta Tercera Pretensión** y disponer el pago de los intereses legales devengados y por devengarse a favor de KORY, que pudieran configurarse y calcularse sobre el importe de S/. 22,709.79 indebidamente retenido, hasta la fecha efectiva de su efectiva devolución y/o reintegro.

**III.6 ANALISIS Y PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO CORRESPONDIENTE A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:** Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene al Hospital Santa Rosa el pago del costo financiero que irrogue mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento dispuesta por el contrato N° 050-2018-HSR de fecha 12 de setiembre de 2018, cuyo importe se liquidará en ejecución del laudo.

95. Como consecuencia también de declararse fundada la Primera y Segunda Pretensiones precedentes, siendo que conforme al artículo 149 del Reglamento

---

<sup>6</sup> “Artículo 149.- Del pago

149.1. La Entidad debe pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la conformidad de los bienes, servicios en general y consultorías, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello.

En caso de retraso en el pago, el contratista tiene derecho al pago de intereses legales, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

149.2. Las controversias en relación a los pagos a cuenta o pago final pueden ser sometidas a conciliación y/o arbitraje.

de la LCE la Carta Fianza por Garantía de Fiel Cumplimiento debe mantenerse hasta la conformidad y liquidación final del contrato, lo que incluye la terminación de las controversias, por lo que su mantenimiento hasta la fecha es una consecuencia de la controversia arbitral existente, **procede declarar Infundada esta Cuarta Pretensión.**

**III.7 ANALISIS Y PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO CORRESPONDIENTE A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA:** Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene al Hospital Santa Rosa el pago de los gastos, costas y costos respectivos.

96. Atendiendo a las circunstancias del caso y habiéndose estimado solo en parte la demanda, lo que significa que ambas partes han tenido razones atendibles para litigar y lo han hecho de buena fe, de conformidad con el artículo 73 inciso 1) del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, este Arbitro Unico considera que los costos y gastos del presente proceso arbitral **deben prorratearse en partes iguales entre ambas partes.**

#### **IV. DE LA PRUEBA ACTUADA Y LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS**

97. El suscrito Arbitro Unico 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 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.

#### **DECISIÓN**

Por las razones expuestas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41° de la Ley de Arbitraje, y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Arbitro Unico **LAUDA EN DERECHO:**

**PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA** la objeción de Improcedencia de la demanda planteada por la parte demandada.

**SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE LA PRIMERA PRETENSION DE LA DEMANDA Y EN CONSECUENCIA DECLARAR la IMPROCEDENCIA de las penalidades por el importe de S/. 22,709.79 indebidamente descontados a la demandante, relacionadas al Contrato N° 050-2018-HSR de fecha 12.09.2018.**

**TERCERO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE LA SEGUNDA PRETENSION DE LA DEMANDA Y EN CONSECUENCIA ORDENAR QUE EL HOSPITAL SANTA ROSA proceda a la devolución y/o reintegro a favor de la EMPRESA SERVICIOS KORY S.A.C del importe de S/. 22,709.79 por penalidades indebidamente aplicadas y efectivamente descontadas relacionadas al Contrato N° 050-2018-HSR de fecha 12.09.18.**

**CUARTO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE LA TERCERA PRETENSION DE LA DEMANDA Y EN CONSECUENCIA ORDENAR QUE EL HOSPITAL SANTA ROSA proceda al pago en favor de la EMPRESA DE SERVICIOS KORY S.A.C. de los intereses legales devengados y por devengarse disponer el pago de los intereses legales devengados y por devengarse a favor de KORY, que pudieran configurarse y calcularse sobre el importe de S/. 22,709.79 indebidamente retenido, hasta la fecha efectiva de su efectiva devolución y/o reintegro.**

**QUINTO: DECLARAR INFUNDADA LA CUARTA PRETENSION DE LA DEMANDA.**

**SEXTO: DECLARAR que los costos y gastos del presente proceso arbitral deben prorratearse en partes iguales entre ambas partes.**

El presente laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes. En consecuencia, firmado, notifíquese para su cumplimiento a las partes.



**JORGE MASSON PAZOS  
ARBITRO UNICO**