

REGISTRO N° 2022-00185186 DE MESA DE PARTES DEL ORGANISMO SUPERVISOR DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Formulario registrado el 04/11/2022 a las 14:31 PM.

En un plazo máximo de un día hábil se le notificará al correo electrónico registrado, el resultado de la revisión y registro de su trámite (completo, observado o no admitido).

DATOS PRINCIPALES

Tipo y número de documento:	DNI-10288085
Nombre/Razón social:	PATRICK KONSTANTINO HURTADO TUEROS
Teléfono:	959819245
Correo electrónico:	phurtado@hurtadoabogados.com.pe

DATOS DEL TRÁMITE

Nombre del Trámite o Servicio:	COMUNICACIONES DIVERSAS
Documento Principal:	CARTA 1 : Depósito de Laudo Arbitral - Expediente N° S-346-2016/SNA-OSCE
Sede:	LIMA
Subsanación:	NO

ANEXOS

Nro de Folios:	52
Documento principal:	CARTA - DEPOSITO DE LAUDO WYM VS. DISA II.pdf

Otros documentos:

[Laudo Arbitral - WYM - DISA II.pdf](#)

Al amparo de lo dispuesto en el numeral 20.4 del artículo 20 y los artículos 49 y 52 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 "Ley del Procedimiento Administrativo General", aprobado por D.S. N° 004-2019-JUS, en ejercicio de mis plenas facultades, AUTORIZO expresamente al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE, me notifique al correo electrónico consignado en el presente formulario o a la Casilla Electrónica asignada por la referida Entidad, según corresponda, las actuaciones y actos administrativos; asimismo DECLARO BAJO JURAMENTO que la información proporcionada es veraz y exacta, y, en caso sea necesario, autorizo a la investigación de la misma, asumiendo las responsabilidades que de ella se deriven. Al amparo de lo dispuesto en la Ley N° 29733 Ley de Protección de Datos Personales, y habiendo sido informado sobre la política de privacidad y protección de Datos Personales de la entidad, en ejercicio de mis plenas facultades, brindo mi consentimiento expreso al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE al tratamiento de mis datos personales, estando informado del alcance del ejercicio de mis derechos (ARCO) y derecho de información.

Lima, 4 de noviembre de 2022

Señores

DIRECCIÓN DE ARBITRAJE ADMINISTRATIVO – ORGANISMO SUPERVISOR DE LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO.

Av. Gregorio Escobedo, cuadra 7 – S/N - 2do piso del Edificio El Regidor

Jesús María.-

Ref.: Expediente N° S-346-2016/SNA-OSCE Empresa WYM S.A.C. vs. DISA II LIMA SUR

**Att.: Gianfranco Raúl Ferruzo Dávila
Secretario Arbitral**

Asunto: Depósito de Laudo Arbitral

De mi consideración:

Me dirijo a ustedes en atención al caso de la referencia, siendo que a través de la presente carta informo que se está depositando dentro del plazo establecido por las partes el Laudo Arbitral del Expediente N° S-346-2016/SNA-OSCE, relativo a las controversia entre la Empresa WYM S.A.C. y la Dirección de Salud II Lima Sur - DISA II LIMA SUR, el cual consta de cincuenta (50) folios y una carátula.

Hago propicia la ocasión para expresarles los sentimientos de mi más alta consideración y estima personal.

Sin otro particular, quedo de ustedes.



PATRICK HURTADO TUEROS

Demandante: Empresa WYM S.A.C.
Demandado: Dirección de Salud II Lima Sur, representada por la Procuraduría Pública del Ministerio de Salud.
Contrato (N° y Objeto): Contrato N° 010-2015-DISAI LIMA SUR para la Contratación de "la Ejecución de la Obra Plan de Contingencia del PIP:111234- FORTALECIMIENTO DE LA CAPACIDAD RESOLUTIVA DEL CENTRO DE SALUD I-4 VILLA MARÍA DEL TRIUNFO DE LA DISA IILIMA SUR"
Monto del Contrato: S/. 1'620,065.70
Cuantía de la Controversia: S/. 891,866.72
Tipo y Número de procedimiento de selección: Adjudicación de Menor Cuantía N° 003-2015-DIS II L.S.
Monto de los honorarios del Tribunal Arbitral: S/. 27,133.74
Monto de los gastos administrativos de la Secretaría Arbitral: S/. 9,348.95
Presidente del Tribunal: Patrick Hurtado Tueros
Árbitro designado por la Entidad: Jorge Heriberto La Rosa Ruiz
Árbitro designado por el Contratista: Ralph Phill Montoya Vega
Secretaría Arbitral: Gianfranco Raúl Ferruzo Dávila

Fecha de emisión del laudo: 2.11.2022
(Unanimidad/Mayoría): Unanimidad
Número de folios: 50

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

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



Lima, 2 de noviembre de 2022

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

EXPEDIENTE ARBITRAL N° S-346-2016/SNA-OSCE

Demandante:

Empresa WYM S.A.C.

En adelante el **DEMANDANTE**, la **EMPRESA** o el **CONTRATISTA**

Demandado:

Dirección de Salud II Lima Sur (en adelante), representada por la Procuraduría Pública del Ministerio de Salud.

En adelante el **DEMANDADA**, el **MINISTERIO**, **DISA II LIMA SUR** o la **ENTIDAD**

Tribunal Arbitral:

Dr. Patrick Hurtado Tueros (**Presidente del Tribunal Arbitral**)

Dr. Ralph Phill Montoya Vega

Dr. Jorge Heriberto La Rosa Ruiz

RESOLUCIÓN N° 25

Lima, 2 de noviembre de 2022.-

VISTOS:

I. ANTECEDENTES



Con fecha 12 de octubre de 2015, se suscribió el Contrato N° 010-2015-DISAI LIMA SUR¹ (en adelante, “Contrato”) derivado de la Adjudicación de Menor Cuantía N° 003- 2015-DIS II L.S.- Segunda convocatoria para la Contratación de “la Ejecución de la Obra Plan de Contingencia del PIP:111234- FORTALECIMIENTO DE LA CAPACIDAD

¹ Ver el Medio Probatorio “1.” del escrito de Demanda de fecha 16 de febrero de 2017.

RESOLUTIVA DEL CENTRO DE SALUD I-4 VILLA MARÍA DEL TRIUNFO DE LA DISA IILIMA SUR”, entre la empresa WYM S.A.C. y la DISA II LIMA SUR.

1. La Cláusula Décimo Octava del Contrato establece lo siguiente:

“Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 184, 199, 201, 209, 210 y 212 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del estado o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia, siendo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa. En cuyo caso se considerará un árbitro único.

De darse el caso de recurrir al arbitraje, estará a cargo del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE y su normativa, o del que haga sus veces, en caso de cambiar la normatividad.”

Como consecuencia de las controversias relacionadas con la resolución del Contrato, pago de valorizaciones, penalidades, entre otras, correspondientes a la ejecución de la obra encargada al Contratista, en cumplimiento de lo establecido en el Contrato, el Contratista procedió a remitir al Organismo Supervisor de las Contrataciones con el Estado – OSCE, la correspondiente demanda arbitral, en aplicación del convenio arbitral contenido en la citada Cláusula Décimo Octava del Contrato.

Por otro lado, en virtud a lo establecido en el Artículo 216° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante el Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado mediante el Decreto Supremo N° 138-2012-EF, el presente arbitraje será Nacional y de Derecho.

Asimismo, en el convenio arbitral se pactó que el laudo del presente proceso será vinculante para las partes, siendo definitivo e inapelable.

II. DESARROLLO DEL PROCESO

A. Actuación Preliminar del Tribunal Arbitral

1. Con fecha 23 de diciembre de 2016, el Contratista presentó su escrito de demanda arbitral, ante la secretaria del SNA-OSCE. Asimismo, designó como árbitro de parte al doctor Ralph Phill Montoya Vega. Tal escrito fue puesto en conocimiento de la parte demandada, a fin de que cumpla con contestarla y, de considerarlo conveniente, formule reconvenición.
2. La Entidad mediante escrito de fecha 20 de marzo de 2017, contestó la demanda negándola en todos sus extremos y solicitando que la misma sea declarada infundada. Asimismo, en el mismo escrito, designó como árbitro de parte al doctor Víctor Manuel Huayama Castillo.
3. Posteriormente, la Entidad a través de escrito presentado en fecha 3 de julio de 2017, designó nuevo árbitro, el Doctor Jorge Heriberto La Rosa Ruiz.
4. De otro lado, ante las designaciones realizadas por las partes, ambos árbitros aceptaron los cargos encomendados en el presente proceso, así como expresaron su compromiso para desempeñar dichos cargos con absoluta imparcialidad, autonomía e independencia. Además, manifestaron que no se encontraban incurso en impedimentos para el ejercicio del cargo de árbitros, ni mantenían relación, vínculos o compromisos con alguna de las partes involucradas.

5. Una vez aceptados los cargos encomendados, y continuando con el proceso, tanto el doctor Ralph Montoya Vega y el Dr. Jorge Heriberto La Rosa Ruiz, se comunicaron con la secretaría del SNA-OSCE a través de Carta s/n presentada en fecha 17 de agosto de 2017, designando como Presidente del Tribunal Arbitral al doctor Patrick Hurtado Tueros, debiendo comunicar este último la aceptación del encargo o la eventual existencia de incompatibilidad.
6. Mediante Carta N° 1578-2017-OSCE/DAR presentada en fecha 1 de setiembre de 2017, se puso en conocimiento del Dr. Patrick Hurtado Tueros su designación como tercer árbitro y Presidente del Tribunal Arbitral encargado de resolver las controversias del presente proceso arbitral, otorgando para ello un plazo de cinco (5) días hábiles para que comunique su aceptación.
7. Dando respuesta a dicha carta y dentro del plazo establecido el Dr. Patrick Hurtado Tueros, mediante Carta s/n presentada en fecha 7 de setiembre de 2017, aceptó el cargo como Presidente del Tribunal Arbitral; a la vez, expresa su compromiso para desempeñar dicho cargo con absoluta imparcialidad, autonomía e independencia. Asimismo, manifestó que no se encontraba incurso en impedimento alguno para el ejercicio del cargo de árbitro, ni tiene relación, vínculo o compromiso alguno con las partes involucradas.
8. Conformado el Tribunal Arbitral, se citó a las partes y a los árbitros a la Audiencia de Instalación, a fin de que se proceda a instalar el Tribunal Arbitral el día lunes 28 de setiembre de 2017, a horas 04:00 p.m., en la sede institucional del Centro de Arbitraje del Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado - OSCE ubicado en Av. Gregorio Escobedo Cdra. 7 s/n, Edificio "El Regidor" N° 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María.
9. Conforme a dicha citación, en el día y hora fijados para ello, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación en la sede institucional del Centro de Arbitraje, donde se reunieron el Dr. Patrick Hurtado Tueros, en calidad de Presidente del Tribunal Arbitral, el Dr. Ralph Phill Montoya Vega, árbitro designado por el Contratista, y el Dr. Jorge Heriberto La Rosa Ruiz, árbitro designado por la Entidad, con el propósito de instalar el Tribunal Arbitral que se encargaría de resolver la presente controversia.

10. Mediante Resolución N° 4 de fecha 17 de enero de 2018, se citó a las partes y a los árbitros a la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, para el día lunes 19 de febrero de 2018 a las 10:00 a.m, en la sede institucional del Centro de Arbitraje del Organismo Supervisor de Contrataciones con el Estado - OSCE ubicado en Av. Gregorio Escobedo Cdra. 7 s/n, Edificio "El Regidor" N° 108, Residencial San Felipe, distrito de Jesús María, a efectos de: (i) Determinar las cuestiones que serán materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral; (ii) Admitir o rechazar los medios probatorios ofrecidos por las partes; (iii) Disponer, de estimarlo conveniente, la realización de una o más audiencias referidas a las cuestiones que serían materia de pronunciamiento por el Tribunal Arbitral.
11. Conforme a dicha citación, en el día y hora fijados para ello, se llevó a cabo la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios, con la asistencia de los miembros del Tribunal y de las partes, no pudiendo arribarse a una conciliación entre ellas. Acto seguido, se procedió a fijar los puntos controvertidos materia del presente arbitraje, los cuáles fueron identificados de la siguiente manera:

De la Demanda presentada por el Contratista:

- i) **Primera Pretensión Principal:** Determinar si corresponde o no se declare la invalidez y/o ineficacia y/o ilegalidad de la Resolución del contrato N° 010-2015-DISA II LIMA SUR, realizada por la Entidad mediante Carta Notarial N° 67268.
- ii) **Segunda Pretensión Principal:** Determinar si corresponde o no se ordene a la Entidad el pago de la valorización N° 3, por el monto de S/ 300,775.17 (Trescientos mil setecientos setenta y cinco con 17/100 soles); de la valorización N° 4, por el monto de S/ 228,402.88 (Doscientos veintiocho mil cuatrocientos dos con 88/100 soles); y la valorización N° 5, por el monto de S/ 162,688.71 (Cientos sesenta y dos mil seiscientos sesenta y ocho con 71/100 soles), además que se reconozca los intereses legales generados por el retraso en el pago.
- iii) **Tercera Pretensión Principal:** Verificar y, de corresponder declarar, que el avance de obra fue ejecutado al 100% a fin de continuar con la recepción de la obra y su posterior liquidación.

- iv) **Cuarta Pretensión Principal:** Determinar si corresponde o no se deje sin efecto las penalidades impuestas por la Entidad que fueron mediante Carta Notarial N°67268.
 - v) **Quinta Pretensión Principal:** Determinar si corresponde o no se reconozca una indemnización por el monto de S/ 200,000.00 (Doscientos mil con 00/100 soles) por concepto de daño emergente, daño a la imagen empresarial y lucro cesante.
 - vi) **Sexta Pretensión Principal:** Determinar si corresponde o no se condene a la Entidad al pago de las costas y costos procesales relacionados a los gastos que genere el presente proceso arbitral, que incluye los honorarios del Tribunal Arbitral, los gastos de la Secretaría Arbitral y de los asesores técnicos y legales encargados de la defensa.
12. Asimismo, en la mencionada Audiencia, se admitieron los medios probatorios descritos de la siguiente manera:

De la parte Demandante:

Se admitieron todos los medios probatorios (documentales) ofrecidos por el Contratista en su escrito de demanda de fecha 23 de diciembre de 2016, incluidos en el acápite denominado: *“Medios probatorios que sustentan las pretensiones planteadas”* e identificados con los numerales que van del numeral 1 al 7.

Debiendo señalarse que mediante Cédula de Notificación N° 473-2017, notificada el 2 de febrero de 2017, se otorgó al Contratista un plazo de tres (3) días hábiles a efectos que remitiera cinco (5) copias de la Carta Notarial N° 169-216-OL-DISA II L.S./MINSA, toda vez que, si bien la ofreció como medio probatorio en su escrito de fecha 23 de diciembre de 2016, no adjuntó el documento en cuestión,

Al respecto, mediante escrito de fecha 3 de marzo de 2017, fuera del plazo otorgado, el Contratista presentó el documento solicitado, siendo que, mediante Cédula de Notificación N° 2153-2017, la Secretaría del SNA – OSCE resolvió que *“(…) el plazo señalado en el párrafo anterior venció el 09 de febrero de 2017, sin que a la fecha se haya cumplido con efectuar la referida subsanación. Motivo por el cual, en aplicación del literal f) del numeral 8.3.1 de la Directiva, corresponde que el medio probatorio*

“Carta Notarial No. 67268 que contiene la Carta No. 1969-2016-OL-DISA II.L.S./MINSA mediante la cual se resuelve el contrato de obra” (Medio Probatorio N° 2 y Anexo°11), se tenga por no presentado”.

Cabe mencionar que en el acta de la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios se estableció que siendo que en el presente proceso se discute la validez de la resolución del Contrato N° 010-20185-DISA II LIMA SUR, en aplicación de lo dispuesto en el numeral 8.3.20 de la Directiva referida, el tribunal arbitral, considerando su capacidad para determinar la admisión de cualquier medio probatorio, decidió incorporar y valorar la Carta N° 169-2016-OL-DISA II L.S./MINSA, como medio probatorio en el presente proceso arbitral, toda vez que ello le permitiría resolver las controversias sometidas al presente arbitraje.

De la parte Demandada:

Se admitieron todos los medios probatorios (documentales) ofrecidos por la Entidad en su escrito de contestación de demanda de fecha 20 de marzo de 2017, detallados en 2 puntos que han sido remitidos como anexos (1-C y 1-D) del referido escrito.

13. Asimismo, a través de la Resolución N° 5 de fecha 5 de junio de 2018, se resolvió que era necesaria la actuación de una pericia de oficio a fin de que se determine a) Si, el avance de la obra materia del presente proceso arbitral, fuera ejecutada al 100% al momento de realizar la recepción de la Obra y, de ser el caso, si el Contratista ha incurrido en alguna penalidad; y, b) Revisar si los montos establecidos en la valorizaciones N° 03, 04 y 05 son correctos y, de ser el caso, calcular los montos correctos que correspondan. designándose a través de la referida Resolución al perito Luis Vásquez de Rivero.
14. Al respecto, se tiene que el perito a través de escrito presentado el 14 de noviembre del 2018 solicitó documentos para efectuar la pericia. Escrito que fue proveído a las partes a través de Resolución N° 7 de fecha 27 de noviembre de 2018, otorgándose a las partes el plazo de diez (10) días hábiles para su presentación.

15. El contratista a través de escrito presentado el 18 de diciembre de 2018 presentó documentación solicitada por el perito, dicho escrito fue proveído a través de la Resolución N° 8 de fecha 5 de abril de 2019. Cabe mencionar que a través de la referida resolución se otorgó a la Entidad un plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que presente la documentación requerida a través de la Resolución N° 7.
16. Por su parte, la Entidad, al no cumplir con presentar la documentación requerida a través de la Resolución N° 7, mediante Resolución N° 9 de fecha 30 de mayo de 2019, se le otorgó un plazo de diez (10) días hábiles a fin de que cumpla con presentar la documentación requerida por el Perito.
17. Posteriormente, el Perito al revisar la documentación presentada por el Contratista determinó que la misma era incompleta, y debido a que el Contratista aún no presentaba la documentación requerida, mediante la Resolución N° 10 de fecha 30 de setiembre de 2019, el Tribunal otorgó a las partes 10 días hábiles a fin de que manifiesten lo que consideren corresponda a su derecho ante lo manifestado por el Perito; y, de ser el caso, presenten la documentación requerida por éste.
18. Ante lo requerido con Resolución N° 10, el Contratista presentó documentación en fecha 19 de noviembre de 2019, la cual fue proveída a través de Resolución N° 11 de fecha 2 de diciembre de 2019.
19. La documentación remitida por el Contratista aún no era toda la requerida por el Perito quien solicitó *“copia del expediente técnico contractual, planos, especificaciones técnicas, presupuesto base y/o contractual con el que se ha valorizado”*, tal como lo manifestó a través de escrito presentado en fecha 3 de febrero de 2020. Dicho escrito fue proveído a través de Resolución N° 12 de fecha 12 de marzo de 2020, a través de la cual nuevamente se otorgó a las partes a fin de que manifiesten lo que consideren corresponda a su derecho ante lo manifestado por el Perito; y, de ser el caso, presenten la documentación requerida.
20. Luego del plazo otorgado; y luego de la coyuntura por la que se atravesó debido al COVID 19, ninguna de las partes presentó la documentación requerida, por lo que el Tribunal Arbitral a través de las Resoluciones N° 13 y N° 14 de fechas 30 de octubre

y 23 de diciembre de 2020, respectivamente, otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que cumplan con presentar *“copia del expediente técnico contractual, planos, especificaciones técnicas, presupuesto base y/o contractual con el que se ha valorizado”*, siendo que a través de la Resolución N° 14 se estableció el apercibimiento de prescindir de la realización de la pericia por frustración de la misma si es que no se presentaba la documentación requerida.

21. Ante lo requerido por el Tribunal respecto a la presentación de la documentación, la Entidad a través de escrito presentado el 18 de enero de 2021, requirió un plazo de quince días hábiles a fin de remitir la documentación solicitada, por lo que el Colegiado a través de la Resolución N° 15 de fecha 18 de febrero de 2021, otorgó un plazo final de quince (15) días hábiles a las partes, a efectos de que cumplan con remitir la información solicitada por el Perito.

22. Luego del plazo otorgado, la Entidad a través del escrito presentado en fecha 11 de marzo de 2021 requirió se prescindiera de la pericia debido a que la carga de la prueba de demostrar la culminación del (100%) de la ejecución contractual corresponde sólo al Contratista; y, siendo que el Contratista tampoco cumplió con presentar la información solicitada pese a las múltiples oportunidades otorgadas, el Tribunal Arbitral a través de la Resolución N° 16 de fecha 15 de junio de 2021, resolvió prescindir de la pericia ordenada mediante Resolución N° 5 por frustración de la misma, con conocimiento del perito designado por el colegiado.

23. De otro lado, se tiene que a través de la Resolución N° 19 de fecha 10 de febrero de 2022, se estableció el cierre de la etapa probatoria; y, en consecuencia, se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para la presentación de sus alegatos y conclusiones finales.
24. A través de la Resolución N° 20 de fecha 27 de abril de 2022, se convocó a las partes para la Audiencia de Informes Orales programada para el día 17 de mayo de 2022, a través de la plataforma virtual Google Meet, reprogramándose debido a reiterados pedidos de la Entidad a través de la Resolución N° 21, 22 y 23 de fechas 16 de mayo, 17 de junio y 5 de julio de 2022, respectivamente; siendo que a través de la última resolución se citó para el 8 de agosto de 2022.

25. Asimismo, en la Resolución N° 20, se tuvo por presentado el escrito de alegatos presentado por la Entidad como uno para mejor resolver; y, se dejó constancia de la falta de presentación de alegatos por parte del Contratista.
26. Por su parte, en la fecha y hora programada a través de la Resolución N° 23, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales, con la presentación de ambas partes. De esta manera, los representantes de ambas partes hicieron uso de la palabra; asimismo, en dicha audiencia se otorgó a las partes un plazo para presentar sus conclusiones finales.
27. Posteriormente, a través de la Resolución N° 24 de fecha 17 de agosto de 2022, se fijó el plazo para laudar en veinte (20) días hábiles contados a partir del día hábil siguiente de notificada la referida resolución, siendo que el plazo se prorroga automáticamente en quince (15) días hábiles adicionales, sin necesidad de emisión de resolución, computándose el plazo adicional desde el día hábil siguiente de vencido el plazo original, teniendo a su vez presente las conclusiones de las partes.

III. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL ARBITRAL

III.1.- CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- (i) Que, el Tribunal Arbitral se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes.
- (ii) Que, en ningún momento se recusó a algún árbitro, o se impugnó o reclamó las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- (iii) Que, el Contratista presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos.
- (iv) Que, la Entidad fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, habiendo cumplido con presentar su contestación de demanda dentro de los plazos correspondientes.
- (v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como tuvieron la facultad de presentar alegatos o

solicitar el uso de la palabra para informar ante el Tribunal Arbitral, lo que sucedió a través de la Audiencia de Informes Orales.

- (vi) Que, el Tribunal Arbitral ha procedido a laudar dentro de los plazos establecidos en las reglas del proceso, los cuales fueron aceptados por las partes.

III.2.- MATERIA CONTROVERTIDA

De acuerdo con lo establecido en la Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 25 de junio de 2018, corresponde al Tribunal Arbitral resolver la presente controversia en base a los puntos controvertidos fijados en este caso.

Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Tribunal Arbitral pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de las pruebas aportadas al proceso para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso. Debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.

Asimismo, debe tenerse en cuenta en relación a las pruebas aportadas al arbitraje, que en aplicación del Principio de “Comunidad o Adquisición de la Prueba”, las pruebas ofrecidas por las partes, desde el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la parte que las ofreció. Ello concuerda con la definición de dicho principio, la cual establece que:

“... la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere, independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que



*suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó*².

2 pr

El Tribunal Arbitral deja constancia que al emitir el presente laudo arbitral ha valorado la totalidad de medios probatorios ofrecidos en el proceso arbitral, valiéndose de las reglas de la sana crítica o apreciación razonada, siendo que la no indicación expresa a alguno de los medios probatorios obrantes en autos o hechos relatados por las partes, no significa de ningún modo que tal medio probatorio o tal hecho no haya sido valorado, por lo que este Tribunal Arbitral deja establecido que en aquellos supuestos en los que este laudo arbitral hace referencia a algún medio probatorio o hecho en particular, lo hace atendiendo a su estrecha vinculación, trascendencia, utilidad y pertinencia que a criterio del Tribunal Arbitral tuviere respecto de la controversia materia de análisis.

Que, adicionalmente debe precisarse que, los puntos controvertidos constituyen una referencia para el análisis que debe efectuar el Tribunal Arbitral, pudiendo en consecuencia realizar un análisis conjunto de los mismos en aquellos casos en los que se encuentren íntimamente ligados, por lo que en ese sentido, el Tribunal Arbitral considera que el análisis debe realizarse de acuerdo a la forma siguiente:

1. PRIMER Y CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO

As

Determinar si corresponde o no se declare la invalidez y/o ineficacia y/o ilegalidad de la Resolución del contrato N° 010-2015-DISA II LIMA SUR, realizada por la Entidad mediante Carta Notarial N° 67268.

Determinar si corresponde o no se deje sin efecto las penalidades impuestas por la Entidad que fueron mediante Carta Notarial N° 67268.

Tratándose de pretensiones sustancialmente conexas, tanto en los hechos como en los fundamentos alegados por ambas partes, este Tribunal estima conveniente evaluar el primer y cuarto punto controvertido en conjunto, manteniendo el pronunciamiento sobrecada uno de ellos de manera individual.

² TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén. “Medios Probatorios en el Proceso Civil”. Ed.: Rodhas, 1994, p. 35.

1.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Contratista ampara su pedido en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

En tal sentido respecto al primer punto controvertido manifiesta que con fecha 15 de setiembre de 2015, el Comité Especial adjudicó la Buena Pro de la adjudicación de Menor Cuantía N° 003-2015- DISA II LIMA SUR Segunda convocatoria.

El 12 de octubre de 2015, la Entidad celebró el contrato N° 010-2015-DISA LIMA SUR con la Empresa WYM S.A.C., para la ejecución de la Obra.

En el transcurso de la Obra se realizaron valorizaciones en los dos (2) primeros meses, con el siguiente resumen:

- Valorización N° 1 de monto S/ 203,070.06.
- Valorización N° 02 de monto S/ 612,172.20.

Y posteriormente otras:

- Valorización N° 03 de julio de 2016 por el monto de S/ 300,775.17.
- Valorización N° 04 de agosto de 2016 por el monto de S/ 228,402.88
- Valorización N° 05 de setiembre de 2016 por el monto de S/ 162,688.71.

Menciona estos hechos, debido a que afirma que la Entidad le comunicó de forma intempestiva la Carta Notarial N° 67268, que contiene la Carta N° 169-2016-OL-DISA IIL.S./MINSA, y que procede con la resolución del Contrato, la cual manifiesta que en su contenido, señala que supuestamente ha acumulado el monto máximo de penalidad pormora en la ejecución de la obra materia de contrato. Es por ello que recurrió y solicitó por arbitraje se declare la invalidez y/o ineficacia y/o ilegalidad de la Resolución del contrato N° 010-2015-DISA II LIMA SUR, a fin de continuar con la recepción de la obra y su posterior liquidación.

El Contratista señala que la única responsable de haber incumplido con sus obligaciones es la Entidad, ya que ha incumplido una obligación esencial en toda contratación con el

Estado, que es el pago de sus obligaciones dinerarias que corresponden al monto de las valorizaciones N° 03, 04 y 05.

El Contratista manifiesta que la obra se ha venido ejecutando con total normalidad hasta su culminación al 100%. Sin embargo, afirma que la falta de pago de valorizaciones provocó la disminución en el ritmo de ejecución de la obra.

Por lo que, solicita que el Tribunal Arbitral declare la invalidez y/o ineficacia y/o ilegalidad de la Resolución del Contrato N° 0101-2015-DISA II LIMA SUR, realizada por la Entidad mediante Carta Notarial N° 67268.

Asimismo, respecto al cuarto punto controvertido el Contratista solicita que en concordancia con las Opiniones del OSCE y la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, se establezca que no ha incurrido en retraso en la ejecución de obra por retraso injustificado, por lo que corresponde que la Entidad no imponga penalidades.

Alega que no ha incurrido en retraso injustificado en la ejecución de la obra, sino que indica que por el contrario, se ha visto perjudicada con los retrasos por causas ajenas a su voluntad, especificadas en el incumplimiento de pago de las valorizaciones N° 03, 04 y 05 por parte de la Entidad, quien afirma que tal como la norma lo prevé no puede argumentar que no se ha cumplido con la ejecución del contrato según los plazos establecidos, debido a que, aún está pendiente el pago los montos de las valorizaciones N° 03, 04 y 05.

Asimismo, de conformidad con el artículo 41° de la Ley, manifiesta la causal: “2. *Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad*”.

Y que por su parte, el sexto párrafo de la Ley de Contrataciones establece que:

“Artículo 41° Prestaciones Adicionales, Reducciones y Ampliaciones.(...)”

El Contratista podrá solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones ajenas a su voluntad, debidamente comprobados y que modifiquen el cronograma contractual.

270

Las discrepancias respecto de la procedencia de la ampliación de plazo se resuelven de conformidad con el procedimiento establecido en el inciso b) del artículo 40° de la presente Norma.”

Además, el Contratista cita el Artículo 200° y 204° del Reglamento de la Ley de Contrataciones señalando que

“Artículo 200° Causales de Ampliación de Plazo

De conformidad con el artículo 41° de la Ley, el Contratista podrá solicitar la Ampliación de Plazo Pactado por las siguientes causales, siempre que modifiquen la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente:

- 1. **Atrasos v/o paralizaciones por causas no atribuibles al contratista.***
- 2. **Atrasos en el cumplimiento de sus prestaciones por causas atribuibles a la Entidad.***
- 3. Caso fortuito o fuerza mayor debidamente comprobado.*
- 4. Cuando se aprueba la prestación adicional de obra. En este caso, el contratista ampliará el plazo de las garantías que hubiere otorgado.*

“Artículo 204° Pago de Gastos Generales

271

Para el pago de los mayores gastos generales se formulará una Valorización de Mayores Gastos Generales, la cual deberá ser presentada por el residente al inspector o supervisor; dicho profesional en un plazo máximo de cinco (5) días contados a partir del día siguiente de recibida la mencionada valorización la elevará a la Entidad con las correcciones a que hubiere lugar para su revisión y aprobación. La Entidad deberá cancelar dicha valorización en un plazo máximo de treinta (30) días contados a partir del día siguiente de recibida la valorización por parte del inspector o supervisor.

A partir del vencimiento del plazo establecido para el pago de esta valorización, el Contratista tendrá derecho al reconocimiento de los intereses legales, de conformidad con los artículos 1244°, 1245 y 1246° del Código Civil.

Para el pago de intereses se formulará una Valorización de Intereses y se efectuará en as valorizaciones siguientes.”

Sobre la base de los argumentos citados el Contratista afirma que no puede verse afectado por el incumplimiento de obligaciones de la Entidad, y por lo tanto, no es posible que la Entidad aplique penalidades por retraso en el avance tal como lo trata de justificar.

Agrega, que las consecuencias jurídicas de un retraso de pago de valorizaciones o cualquier obligación dineraria afecta directamente a la ejecución del contrato, debido a que, el Contratista tiene obligaciones contractuales con sus trabajadores y operarios, por lo tanto, considera que las penalidades impuestas por la Entidad deben ser dejadas sin efecto.

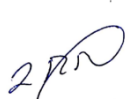
Asimismo, el Contratista indica que el incumplimiento por parte de la Entidad ha generado un evento no previsto en el Expediente Contratado y la imposibilidad de realizar trabajo, trayendo como consecuencia la ejecución tardía de Actividades Contractuales programadas, comprometiendo la terminación de los trabajos de la Obra en el plazo previsto para terminar los trabajos dentro del plazo y lograr la meta del Contrato de Obra.



Por último, el Contratista cita las Opiniones N° 049-2014/DTN y N° 264-2017/DTN, emitida por la Dirección Técnica Normativa del OSCE, para sostener que la Entidad no tiene justificación alguna para no haber realizado el pago de valorizaciones N° 3, 4 y 5, que afirma correspondían por ley.

De tal forma, por las razones expuestas, solicita que el Tribunal Arbitral, deje sin efecto las penalidades impuestas por la Entidad y comunicada mediante Carta Notarial N° 67268.

1.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD



A continuación se reseñan los fundamentos de hecho y de derecho a los que hace referencia la Entidad respecto a este punto controvertido:

La Entidad en torno al primer punto controvertido indica que el 12 de octubre de 2015, celebró el Contrato junto al Contratista, para la ejecución de la Obra: Plan de Contingencia del PIP: 111234 – Fortalecimiento de la Capacidad Resolutiva del Centro

de Salud I-4 Villa María del Triunfo de la DISA II Lima Sur, por un monto de S/ 1'620,065.70 y un plazo de ejecución de obra de 90 días calendarios.

En tal sentido, con fecha 26 de octubre de 2015 se realizó la entrega del terreno a través de un acta firmada por ambas partes, asimismo, mediante Resolución Directoral N° 1209-2015-DISA II – LSDG de fecha 27 de octubre de 2015 se designó como Inspector de Obra al Ing. Orlando Althemar Franco Mendoza, dándose inicio al plazo contractual al partir del 27 de octubre de 2015, y teniendo como fecha de término programado el 24 de enero de 2016.

270

Iniciada la ejecución del contrato, la valorización N° 01 fue presentada oportunamente y cancelada por un monto ascendente a S/. 203,070.06 Soles; sin embargo, a partir de la segunda valorización se empezaron a presentar atrasos en la ejecución de la obra, lo que dio mérito a que la Entidad apruebe una intervención económica a la obra con la finalidad de cumplir con la finalidad del proyecto, la misma que fue aceptada por la demandante.

At

No obstante, la Entidad indica que efectuada la intervención de la obra, el Contratista no presentó el cronograma acelerado, y después de aproximadamente 04 meses continuó realizando trabajos con personal mínimo, lo que determinó el retraso en el avance de la obra y el incumplimiento del plazo contractual de 90 días. Así, el Inspector de Obra Ing. Orlando Althemar, mediante Informe N° 193-2016-AOFM-IOPCCMIVNT defecha 18 de mayo de 2016, opinó que se debe resolver el contrato toda vez que se ha acumulado la penalidad máxima por retraso, por un monto ascendente a S/. 162,006.57 incluido IGV, advirtiéndole asimismo que han transcurrido 121 días calendario de la intervención económica de la obra.

La Entidad precisa que la resolución de contrato se realizó dentro del marco de lo establecido en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, considerándose que a dicha fecha la obra aún presentaba trabajos sin ejecutar (instalaciones eléctricas, instalaciones sanitarias, sistema de drenaje de techos, acabados, etc), no existiendo ningún documento del demandante que pueda sustentar su retraso; por el contrario, afirma la Entidad que conforme se advierte de la Valorización N° 04, presentada mediante Carta N° 010-016-WYM/LTT/RES de fecha 01 de

setiembre de 2016, la ejecución de obra era del 82.99% es decir la obra no estaba culminada. En ese sentido, considerándose que habían transcurrido más de 08 meses de la fecha prevista de culminación de la obra, se tomó la decisión de resolver el contrato.

Asimismo, la Entidad indica que efectuada la Constatación Física de la Obra, se identificaron muchas faltas e incumplimiento de las Especificaciones Técnicas, verificándose errores graves en la ejecución del contrato, al no haberse cumplido con lo estipulado en el expediente técnico:

“Especificaciones Técnicas de los Módulos

La siguiente especificación prevalece sobre indicaciones en planos

ARQUITECTURA

DESCRIPCIÓN

Módulo estructurado en base a perfiles soldados de acero estructural. Los bastidores y tabiques interiores serán fabricados en madera pino radiata seco y cepillado.

Estas unidades corresponden a módulos manufacturados en Lima y transportadas al sector de montaje

ESTRUCTURA

Unidades modulares, totalmente ensambladas en fábrica y listas para operar en el terreno.”

Así, manifiesta la Entidad que evidenció que el Contratista incumplió con las principales especificaciones técnicas, ya que los módulos se fabricaron in situ, y no existe garantía de que éstos sean izables o puedan ser transportados a otro lugar. Este detalle y otros manifiesta la Entidad fueron los que se hallaron al realizar las inspecciones técnicas, por lo que determinaron que la Entidad contrate una consultoría externa para corroborar las partidas realmente ejecutadas, y poder obtener el porcentaje de valorización real, llegándose a determinar que existió incumplimiento del contratista de ceñirse a las especificaciones técnicas, lo que ha determinado la no culminación de la obra.

Por tales razones, la Entidad señala que cumplió con el procedimiento de resolución de contrato, conforme a lo dispuesto en el artículo 169° del Reglamento de la Ley de

Contrataciones del Estado, ya que al advertirse incumplimiento de obligaciones contractuales, procedió a resolver el contrato.

De otro lado, respecto al cuarto punto controvertido indica que, conforme a lo establecido en la cláusula décimo cuarta del Contrato, si el Contratista incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente del 10% del monto del contrato vigente o del ítem que debió ejecutar; en tal sentido, alega que advirtió que el Contratista se retrasó en la ejecución del contrato y no cumplió con las especificaciones técnicas del mismo, se le aplicó las penalidades, las mismas que se encuentran debidamente sustentadas, por el Inspector de la Obra.

1.3 POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

2 pr
Determinar si corresponde o no se declare la invalidez y/o ineficacia y/o ilegalidad de la Resolución del contrato N° 010-2015-DISA II LIMA SUR, realizada por la Entidad mediante Carta Notarial N° 67268.

Determinar si corresponde o no se deje sin efecto las penalidades impuestas por la Entidad que fueron mediante Carta Notarial N° 67268.

AS
Para llevar a cabo el análisis del cuarto punto controvertido, es preciso hacer un recuento de los hechos relacionados de forma directa con la controversia, así como respecto a la suscripción del Contrato y a las penalidades aplicadas por la Entidad.

Así, esta controversia proviene del Contrato N° 010-2015-DISA II LIMA SUR para la ejecución de una obra “*Plan de Contingencia del PIP:111234- FORTALECIMIENTO DE LA CAPACIDAD RESOLUTIVA DEL CENTRO DE SALUD I-4 VILLA MARÍA DEL TRIUNFO DE LA DISA II LIMA SUR*”, celebrado entre el Contratista y la Entidad el 12 de octubre de 2015.

De lo establecido en la Cláusula Décimo Octava del Contrato, se puede apreciar que todos los conflictos que se deriven de la ejecución del Contrato, deberán solucionarse dentro del plazo establecido en los artículos “(...) 184, 199, 201, 209, 210 y 212 del

Reglamento de la Ley de Contrataciones del estado o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado (...), de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho.

Asimismo, debe precisarse que las condiciones, requisitos y obligaciones de las partes, se encuentran enmarcadas dentro de la Normatividad de Contrataciones con el Estado aplicable, esto es: i) La Ley de Contrataciones del Estado – aprobado por D.L. N° 1071; ii) El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – D.S. N° 184-2008-EF y su modificatoria, D.S. N° 138-2012-EF; iii) Las Directivas que emita el OSCE; iv) El Código Civil; y, v) Las demás normas de derecho privado.

Luego de haber establecido el marco legal mediante el cual se procederá a analizar las controversias surgidas, este Tribunal Arbitral toma en cuenta que el Contrato celebrado ha sido suscrito por ambas partes; razón por la cual, se entiende que las cláusulas contenidas en el mismo son de conocimiento de ambas, no pudiendo actuar éstas, de forma contraria o no respetando los lineamientos que se han establecido de antemano en el mencionado Contrato.

Al respecto, debemos indicar que el presente Contrato tiene como objeto la ejecución de la Obra: *“Plan de Contingencia del PIP:111234- FORTALECIMIENTO DE LA CAPACIDAD RESOLUTIVA DEL CENTRO DE SALUD I-4 VILLA MARÍA DEL TRIUNFO DE LA DISA IILIMA SUR”*; el cual, se encuentra detallado en la Cláusula Segunda del Contrato, que establece a la letra lo siguiente:

CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO

El presente contrato tiene por objeto la Contratación de la Ejecución de la Obra: PLAN DE CONTINGENCIA DEL PIP: 111234 - FORTALECIMIENTO DE LA CAPACIDAD RESOLUTIVA DEL CENTRO DE SALUD I-4 VILLA MARIA DEL TRIUNFO DE LA DISA II LIMA SUR- Segunda Convocatoria, conforme a los Requerimientos Técnicos Mínimos, Términos de Referencia de las Bases Integradas y Propuesta Técnica del Proceso en mención.

Para la prestación de dicho servicio, la Cláusula Quinta del Contrato establece el plazo para dar cumplimiento a la citada prestación:

CLÁUSULA QUINTA: DEL PLAZO DE LA EJECUCIÓN DE LA OBRA

El plazo de ejecución del presente contrato es de 90 días calendario, el mismo que se computa desde el día siguiente de cumplidas las condiciones previstas en el numeral 3.5 de la sección general de las Bases.

De las cláusulas citadas queda claro, que el objeto del presente Contrato estaba referido únicamente a la ejecución de la Obra por un periodo de 90 días calendario, a partir del día siguiente de cumplidas las condiciones previstas en el numeral 3.5 de la sección general de las Bases.

Teniendo claro ello, debemos tener en cuenta que en el presente punto controvertido materia de análisis, el Contratista solicita que se deje sin efecto la aplicación de las penalidades impuestas mediante Carta Notarial N° 67268 de fecha 17 de octubre de 2016, por máxima de penalidad por mora.

Ahora, siendo que la presente pretensión versa sobre aplicación de penalidad por mora, este Colegiado considera necesario analizar qué establece el Contrato y la normatividad de Contrataciones del Estado aplicables a la controversia, y si se debería dejar sin efecto o no, la aplicación de la penalidad por mora establecida por la Entidad.

En ese sentido, el Contrato, en su Cláusula Décimo Cuarta, establece que:

CLÁUSULA DÉCIMO CUARTA: PENALIDADES

Si EL CONTRATISTA incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, LA ENTIDAD le aplicará una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o del monto del ítem vigente que debió ejecutarse, en concordancia con el artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo a la siguiente fórmula:

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

Dónde:

F = 0.15 para plazos mayores a sesenta (60) días o;

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

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

Esta penalidad será deducida en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

La justificación por el retraso se sujeta a lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, el Código Civil y demás normas aplicables, según corresponda.

De la misma manera, el Artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF, establece el procedimiento a seguir en caso de retraso injustificado en la ejecución de la obra objeto del contrato y, la consecuente aplicación de penalidades³.

De esta manera, de lo expuesto se tiene que el Contrato establece un procedimiento similar al contenido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; razón por la cual, el procedimiento al que nos ceñiremos a fin de realizar el análisis, será el establecido en el Reglamento de Contrataciones del Estado y en la cláusula contractual precitada.

De acuerdo con el Artículo 165° del citado Reglamento, la Entidad obedece a la presunción legal establecida por las citadas disposiciones para los efectos de aplicar penalidad. Es decir, trata sobre el plazo otorgado y el vencimiento del mismo para el cumplimiento de la prestación; y en su caso, si este cumplimiento no se ha verificado dentro del indicado periodo, se presume que el retraso ha sido injustificado; por lo que, automáticamente la sanción es aplicable, tal como se ha desarrollado en la Opinión N° 254-2017/DTN, conforme se aprecia a continuación:

“ (...) ”

³ **Artículo 165°.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación**

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

En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

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

Donde *F* tendrá los siguientes valores:

- a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios y ejecución de obras: $F = 0.40$.
- b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:
 - b.1) Para bienes y servicios: $F = 0.25$.
 - b.2) Para obras: $F = 0.15$.

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por Incumplimiento.

Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considerará el monto del contrato vigente.”

2 pr

*Sin perjuicio de ello, corresponde señalar que en el marco de lo dispuesto por la anterior normativa de contrataciones del Estado, cuando el contratista se retrasaba de manera injustificada en el cumplimiento de las prestaciones a su cargo, **la Entidad automáticamente debía aplicar la penalidad por mora**; pues una de las finalidades de esta penalidad era -justamente- **resarcir a la Entidad por el perjuicio que el retraso en la ejecución de las prestaciones le hubiera causado**. (...)”*

Como quiera que la aplicación de la sanción no se encuentra sujeta a un proceso o procedimiento previo donde las partes puedan manifestar sus reparos o posiciones, el marco para sustentar los elementos de la presunción legal indicada por parte de la Entidad o enervar dichos elementos por parte del Contratista es dentro del procedimiento de solución de controversias.

Por otro lado, la ejecución de la obra debe realizarse dentro del plazo establecido en el contrato; sin embargo, se entiende que igualmente puede ser realizada con retraso siempre que dicha *demora se justifique*. Es preciso mencionar que será un retraso justificado de acuerdo a lo desarrollado en la Opinión N° 011-2014/DTN, cuando “*la Entidad decida ampliar el plazo del mismo por alguna de las causales antes indicadas* [las previstas en el artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones]. *En este supuesto, no correspondería la aplicación de penalidad por mora.*”

Es decir, el retraso en la ejecución de la obra, puede no generar sanción, si dicho retraso se justifica. Dentro de éste contexto, la aplicación de la presunción legal de “retraso injustificado” es *iuris tantum*, pues la demora en la ejecución, *per se*, activa la conducta del funcionario sin mayor análisis; sin embargo, los efectos de esta conducta automática está sujeta a prueba en contrario.

La penalidad -regulada en el Artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones- tiene relación directa *con la mora*, dado que la tipificación del hecho sancionable se refiere al *retraso injustificado en la ejecución de la prestación*; dicho de otro modo, lo que regula dicha norma es la inejecución de la prestación, tal como lo define el Artículo 48° de la Ley de Contrataciones del Estado⁴.

⁴ “Artículo 48°.- Intereses y penalidades

Ahora, siendo que la penalidad aplicada -en el presente caso- tiene relación directa con la mora, dicha figura se encuentra definida en el Reglamento de la siguiente manera:

“ANEXO ÚNICO – ANEXO DE DEFINICIONES

(...)

32. Mora:

El retraso parcial o total, continuado y acumulativo en el cumplimiento de prestaciones consistentes en la entrega de bienes, servicios o ejecución de obras⁵ sujetos a cronograma y calendarios contenidos en las Bases y/o contratos.

(...).”

Teniendo en cuenta lo señalado en el citado anexo, debemos resaltar que el Artículo 165° del Reglamento, debe ser entendido para el presente caso, como mora en el cumplimiento de la ejecución de obra, en concordancia con lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado y su respectivo Reglamento.

Acorde a lo expresado, ahora debemos examinar la pretensión del Contratista, cuyo alcance reclama se deje sin efecto las penalidades aplicadas al resolver el Contrato, afirmando que: (i) la Entidad había incumplido en el pago de las Valorizaciones N° 3, 4 y 5; (ii) lo que generó la ejecución tardía de Actividades Contractuales, comprometiendo la terminación de los trabajos; y (iii) que al estar justificado el incumplimiento no se podría aplicar la penalidad.

De tal forma entrando al fondo, en primer lugar, de la documentación que obra en autos se puede comprobar que en efecto la Entidad demandada aplicó penalidades al Contratista, siendo ello el motivo de la resolución del Contrato, que más adelante se desarrollará, siendo que de la Carta Notarial N° 67268 se aprecia la imposición de penalidades:

(...)

El contrato establecerá las penalidades que deberán aplicarse al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales⁴, de acuerdo a lo dispuesto en el Reglamento.”

⁵ El sombreado y subrayado es nuestro.

270

Asunto :	SE COMUNICA RESOLUCIÓN DE CONTRATO
Referencia:	Informe N° 001-2016-ORCH-UFIEM -DISA- II L.S Carta N° 009-2016-AOFM Memorando N° 703-2016-OEA-DISA II LS/ MINSA Carta N° 007-2016-AOFM Memorando N° 720- 216-OEA-DISA II L.S. /MINSA
Me dirijo a ustedes para comunicarle por vía notarial que de acuerdo a lo informado en el documento citado en la referencia que acompaño al presente, <u>la Entidad ha adoptado la decisión de RESOLVER el CONTRATO N° 010-2015-DIA II LIMA SUR, por Acumulación del Monto Máximo de Penalidad de la Obra: Plan de Contingencia del PIP N° 111234- Fortalecimiento de la Capacidad Resolutiva del Centro de salud I-4 Villa Maria del Triunfo de la DISA II LIMA SUR, considerando que su representada se encuentra dentro de los alcances de lo regulado en el numeral 2 del artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, y su modificatoria al Decreto Supremo N° 138-2012-EF, haber acumulado el monto máximo de penalidad por mora en la ejecución de la obra materia de contrato.</u>	

Cabe mencionar, que dicho actuar se justificó a la luz del informe N° 001-2016-ORCH-UFIEM-DISA-II L.S., que se fundamentó también sobre el Informe N° 196-2016-AOFM- IO-PCCMIVMT-DISA-II L.S., de los cuales se desprende que:

- 271
- La obra debió culminar el 24 de enero de 2016.
 - Pero la Entidad en ánimo de culminar la ejecución de los trabajos, sin llegar al extremo de resolver el contrato, adoptó la intervención económica de la obra.
 - Sin embargo, se indica que la obra no culmina a la fecha del Informe N° 196- 2016-AOFM-IO-PCCMIVMT-DISA-II L.S. que era el 7 de octubre de 2016. Dejando constancia que desde la intervención económica de la obra han transcurrido 123 días calendario.
 - Que la máxima penalidad es S/ 162,006.57 incluido I.G.V.
 - Y que han transcurrido 262 días de incumplimiento desde la fecha de término contractual.

De un análisis de las posiciones de las partes se advierte que el atraso sí existe y que no ha sido controvertido entre las partes, siendo que el Contratista señala que la obra se ejecutó al 100%; sin embargo, dicha situación no ha sido acreditada en el presente proceso arbitral.

Asimismo, el Contratista manifiesta además que la Entidad no puede penalizarlo si es que la Entidad está en falta de pago de las valorizaciones.

No obstante debe tenerse en cuenta que el Artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, obliga a la Entidad a actuar de inmediato (automáticamente) ante retrasos en la ejecución de la obra.

Y siendo que se desprende de la aplicación al caso en concreto de la fórmula descrita en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato, que bastan catorce (14) días calendarios de atraso injustificado para superar el máximo de penalidad.

Y como la aplicación de la penalidad constituye una sanción administrativa contractual, de modo que su aplicación no es ajena al principio de legalidad que obliga a la Entidad a ejercer un nivel de precisión suficiente que permita apreciar con certeza el respeto a la tipicidad o taxatividad dentro del contexto del principio de legalidad. Si bien la automaticidad no obliga a una motivación expresa previa, requiere expresar de forma clara cómo se ha incurrido en el cálculo de la penalidad, y definir desde cuándo se incurriría en la misma, para determinar su aplicación.

Y siendo, que el Contratista no ha probado a lo largo del presente proceso arbitral haber requerido una ampliación de plazo y que la misma se le haya otorgado dentro del plazo de mora, el incumplimiento por parte del Contratista deviene en injustificado.

Lo cual habilita automáticamente a la Entidad a interponer el máximo de penalidad por mora, pues se desprende del informe N° 001-2016-ORCH-UFIE-M-DISA II L.S. anexo a la Carta Notarial N° 67268 y de esta misma, lo siguiente:

1. Que la obra tenía un término programado para el 24 de enero de 2016.
2. Que con Resolución N° 019-2016-OEA-SIDA-L.S. de fecha 6 de junio de 2016, se resolvió intervenir económicamente la obra.
3. Que, existe un incumplimiento del contrato de 262 días y sin ninguna proyección de término.

En tal sentido, al haber incumplido en más de 123 días luego de adoptarse la intervención económica de la obra y 262 de incumplimiento desde la fecha de término contractual, siendo que bastaban 14 días de incumplimiento injustificado de acuerdo a

la fórmula establecida en el artículo 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones para superar la máxima de penalidad, la Entidad se encontraba expedita para interponer la penalidad por mora.

270

Por lo que bajo tales consideraciones, al no haberse probado que el Contratista haya incumplido justificadamente el Contrato, este Tribunal Arbitral considera que el cuarto punto controvertido es INFUNDADO, debido a que sí se aplicaron correctamente las penalidades por la Entidad a través de la Carta Notarial N° 67268.

De otro lado, respecto al primer punto controvertido, corresponde realizar un recuento de los hechos relacionados de forma directa con la controversia, y la Resolución del Contrato llevada a cabo por la Entidad. Así como también, una verificación del cumplimiento de la formalidad de la resolución contractual por máxima de penalidad.

Esta controversia deriva del Contrato N° 010-2015-DISA II LIMA SUR para la ejecución de una obra *“Plan de Contingencia del PIP:111234- FORTALECIMIENTO DE LA CAPACIDAD RESOLUTIVA DEL CENTRO DE SALUD I-4 VILLA MARÍA DEL TRIUNFO DE LA DISA II LIMA SUR”*.

Conforme se ha desarrollado previamente, las condiciones, requisitos y obligaciones de las partes, se encuentran enmarcadas dentro de la Normatividad de Contrataciones del Estado aplicable, esto es: i) LCE; ii) el RLCE; y, iii) Demás normas del sistema jurídico que resulten pertinentes.

Luego de haber establecido el marco legal mediante el cual se procederá a analizar las controversias surgidas, este Tribunal Arbitral toma en cuenta que el Contrato celebrado ha sido suscrito por ambas partes; razón por la cual, se entiende que las cláusulas contenidas en el mismo, son de conocimiento de ambas, no pudiendo actuar éstas, de forma contraria, o no respetando los lineamientos que se han establecido de antemano en el mencionado Contrato.

Al respecto, debemos indicar que el presente Contrato, tiene como objeto de acuerdo a la Cláusula Segunda del Contrato la ejecución de la obra *“Plan de Contingencia del PIP:111234- FORTALECIMIENTO DE LA CAPACIDAD RESOLUTIVA DEL CENTRO*

DE SALUD I-4 VILLA MARÍA DEL TRIUNFO DE LA DISA IILIMA SUR”. Asimismo, de acuerdo a la Cláusula Quinta del Contrato se establece que el plazo otorgado para el cumplimiento de dicha prestación era de 90 días.

De la lectura de dichas cláusulas se puede observar que el Contratista contaba con determinado plazo para el cumplimiento de la ejecución de la obra objeto del contrato.

Ahora teniendo claro ello, debemos tener presente que la controversia gira entorno a si corresponde o no declarar la invalidez y/o ineficacia y/o ilegalidad de la Resolución del contrato N° 010-2015-DISA II LIMA SUR, realizada por la Entidad mediante Carta Notarial N° 67268, notificado notarialmente con fecha 17 de octubre de 2016, a través de la cual, la Entidad habría resuelto el Contrato por acumulación de máxima de penalidad, materia que será debidamente analizada por este Colegiado de conformidad con lo establecido en la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado.

Sobre el particular, cabe indicar que el literal c) del Artículo 40° de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que este tipo de contratos deben contener una cláusula de resolución de contrato por incumplimiento, conforme a lo previsto en el Reglamento. En relación a ello, el Artículo 44° de la citada Ley, también recoge la resolución de los contratos estableciendo que:

“Artículo 44.- Resolución de los contratos

Cualquiera de las partes podrá resolver el contrato, sin responsabilidad de ninguna de ellas, en caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato.

Cuando se resuelva el contrato, por causas imputables a alguna de las partes, se deberá resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

(...).” (Subrayado nuestro)

En esa misma línea, las causales para que opere una Resolución de Contrato son las dispuestas en el Artículo 168° del Reglamento de la Ley de Contrataciones con el Estado, el cual expresa a la letra que:

“Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que el contratista:

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

De lo señalado en los citados artículos, podemos advertir que para que una resolución de contrato proceda, es necesario que ésta se encuentre enmarcada en una de las causales de resolución, y siempre y cuando, ésta haya operado de conformidad con el procedimiento establecido en el Artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, la cual prescribe que:

“Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que la satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada podrá resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

2 pr

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

(...)

(Subrayado nuestro)

Teniendo presente las disposiciones legales precedentes, este Tribunal Arbitral, puede identificar en **primer lugar** que la Entidad a través de Carta 169-2016-OL- DISA II L.S./MINSA, notificada a través de Carta Notarial N° 67268, procedió a resolver el Contrato por acumulación de máxima de penalidad.

[Signature]

En ese sentido, y atendiendo a que el Contratista, fue notificado por la Entidad con la Resolución de Contrato por vía notarial, se colige que dicha resolución contractual se realizó con observancia del procedimiento establecido en el Artículo 169° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

De otro lado, corresponde ahora analizar en **segundo lugar** el fondo de la Resolución del Contrato por alcanzar el máximo de penalidad. De tal forma, de acuerdo al análisis realizado previamente en torno al cuarto punto controvertido, se advierte que al haber correspondido la aplicación de la penalidad por mora, corresponde la resolución del Contrato por alcanzar la máxima de penalidad.

Por lo que bajo tales consideraciones, al no haberse probado que el Contratista incumplió justificadamente con ejecutar la obra, dentro del plazo establecido en el Contrato; y haberse cumplido con la formalidad para la Resolución del Contrato por alcanzar el máximo de penalidad, este Tribunal Arbitral considera que el primer punto controvertido es INFUNDADO, debido a que sí se cumplió con la formalidad prevista en la normativa de contrataciones para la Resolución del Contrato, configurándose la máxima de penalidad por incumplimiento injustificado de obligaciones del Contratista.

2. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no se ordene a la Entidad el pago de la valorización N° 3, por el monto de S/ 300,775.17 (Trescientos mil setecientos setenta y cinco con 17/100 soles); de la valorización N° 4, por el monto de S/ 228,402.88 (Doscientos veintiocho mil cuatrocientos dos con 88/100 soles); y la valorización N° 5, por el monto de S/ 162,688.71 (Ciento sesenta y dos mil seiscientos sesenta y ocho con 71/100 soles), además que se reconozca los intereses legales generados por el retraso en el pago.

2.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Contratista señala que la situación con la población dificultó la ejecución de la obra, siendo que su descontento es plenamente justificado y conocen que el responsable de este problema es la Entidad, la cual no financia la obra como lo establece la normativa de contrataciones del Estado.

Asimismo, precisa que el Contratista ha sustentado y justificado a la Entidad por intermedio de la Supervisión, las razones técnicas y legales que respaldan su solicitud de pago de las valorizaciones N° 03, 04 y 05.

Citando al artículo 204° y el artículo 202° del Reglamento, fundamenta que en caso se produzca la paralización de una obra por causa no imputable al Contratista, se configuraría una de las causales de ampliación de plazo y, por ende, surgiría la obligación de un pago por mayores gastos generales al Contratista.

En mérito a lo expuesto, el Contratista indica que la Entidad debe pagarle los mayores gastos generales que una ampliación de plazo determine. Para ello, a fin de determinar el monto que debe reconocerse por dicho concepto, debe observar el procedimiento del cálculo del gasto general diario, desarrollado en el artículo 203 del Reglamento, y, en cuanto a la oportunidad de su pago, debe cumplir con las disposiciones del artículo 204 del mismo cuerpo normativo.

Finalmente, indica que cualquier pacto que desee celebrar la Entidad y el Contratista, sobre la ejecución contractual, debe encontrarse acorde a las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado, como el principio de eficiencia y el de economía, debido a que dicha normativa es de orden público, es decir, que sus disposiciones no pueden dejar de cumplirse o dejar de observarse por voluntad distinta de las partes.

Bajo esa línea, el Contratista manifiesta que lo que está solicitando es un derecho reconocido por la norma de contrataciones aplicable y por ende, corresponde que, el Tribunal Arbitral, ordene a la Entidad el pago de la valorización N° 03, N° 04 y N° 05 y se reconozca los intereses legales generados por el retraso en el pago a favor del Contratista.

2.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

La Entidad argumenta que debe tenerse presente que dichas valorizaciones son posteriores a la Intervención Económica de la Obra; por lo que, los pagos se realizaban a una cuenta mancomunada entre un representante de la Entidad y el representante legal del Contratista. En ese sentido, a la fecha en que se tramitaron dichas valorizaciones de obra, inicialmente siguieron su trámite regular desde la aprobación del Inspector de Obra y su trámite ante las oficinas correspondientes; sin embargo, llegada a la Oficina de Economía se identificó a través del sistema SIAF que el Contratista contaba con una cobranza coactiva proveniente de un embargo ejecutado por la SUNAT, motivo por el cual la Entidad no canceló las valorizaciones N° 03, 04 y 05.

De igual manera, precisa que debe tenerse presente que *-si bien la Entidad fue informada de manera posterior del levantamiento del embargo por parte de la SUNAT-* a la fecha en que se realizaron los trámites de pago, la Entidad se encontraba impedida de cancelar las valorizaciones porque existía un embargo vigente y el sistema de pago por encontrarse la obra intervenía, determinaba que los pagos se realizaban vía SIAF en la cuenta mancomunada. Por otro lado, manifiesta que debe tenerse presente que cuando fue levantado el embargo, ya el contrato se encontraba resuelto, no pudiéndose en dicha fecha realizar ningún trámite de pago, sino que éste se definirá en la liquidación del contrato.

2.3 POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Determinar si corresponde o no se ordene a la Entidad el pago de la valorización N° 3, por el monto de S/ 300,775.17 (Trescientos mil setecientos setenta y cinco con 17/100 soles); de la valorización N° 4, por el monto de S/ 228,402.88 (Doscientos veintiocho mil cuatrocientos dos con 88/100 soles); y la valorización N° 5, por el monto de S/ 162,688.71 (Ciento sesenta y dos mil seiscientos sesenta y ocho con 71/100 soles), además que se reconozca los intereses legales generados por el retraso en el pago.

De una lectura de la pretensión formulada por el Contratista, el Tribunal Arbitral advierte que en ella se ha requerido el pronunciamiento de la siguiente controversia:

Se ordene a la Entidad reconocer y pagar a favor del Contratista el monto a su favor de S/. 691,866.76, por valorizaciones presentadas.

En primer lugar, conforme se ha establecido previamente, de la Cláusula Décimo Octava del Contrato, se puede apreciar que todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del mencionado Contrato, deberán solucionarse de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho.

Asimismo, conforme se ha desarrollado previamente las condiciones, requisitos y obligaciones de las partes, se encuentran enmarcadas dentro de la Normatividad de Contrataciones con el Estado aplicable, esto es: i) La Ley de Contrataciones del Estado

- aprobado por D.L. N° 1071; ii) El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado – D.S. N° 184-2008-EF y su modificatoria, D.S. N° 138-2012-EF; iii) Las Directivas que emita el OSCE; iv) El Código Civil; y, v) Las demás normas de derecho privado.

Luego de haber establecido el marco legal mediante el cual se procederá a analizar las controversias surgidas, este Tribunal Arbitral toma en cuenta que el Contrato celebrado ha sido suscrito por ambas partes; razón por la cual, se entiende que las cláusulas contenidas en el mismo son de conocimiento de ambas, no pudiendo actuar éstas, de forma contraria o no respetando los lineamientos que se han establecido de antemano en el mencionado Contrato.

Asimismo, se advierte de la Cláusula Cuarta del Contrato, que se establece lo correspondiente al pago, conforme se aprecia a continuación:

CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO

LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en [NUEVOS SOLES], en periodos de valorización MENSUAL, conforme a lo previsto en la sección específica de las Bases. Asimismo, LA ENTIDAD o EL CONTRATISTA, según corresponda, se obligan a pagar el monto correspondiente al saldo de la liquidación del contrato de obra, en el plazo de 10 días calendario, computados desde el día siguiente del consentimiento de la liquidación.

En caso de retraso en el pago de las valorizaciones, por razones imputables a LA ENTIDAD, EL CONTRATISTA tendrá derecho al pago de intereses, de conformidad con el artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado y los artículos 1244, 1245 y 1246 del Código Civil. Para tal efecto, se formulará una valorización de intereses y el pago se efectuará en las valorizaciones

siguientes.

De acuerdo con los párrafos quinto y sexto del Art. 197 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, para efectos del pago de las valorizaciones, la ENTIDAD deberá contar con la valorización del periodo correspondiente, debidamente aprobada por el Inspector o Supervisor, según corresponda a la que deberá adjuntarse el comprobante de pago respectivo.

La parte que solicita el pago debe presentar el comprobante de pago respectivo, debiendo hacer entrega de los planos de replanteo o post construcción, la minuta de declaratoria de fábrica y memoria descriptiva valorizada, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 213 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, para proceder al pago correspondiente.

En caso que la liquidación del contrato debidamente consentida determine un saldo a favor de la ENTIDAD esta requerirá por escrito al contratista para que efectúe el pago respectivo en el plazo de Diez(10) días calendarios, computados desde el día siguiente del consentimiento de la liquidación, transcurrido en ese plazo sin que se haya verificado el pago, la entidad podrá hacerse cobro de cualquier deuda pendiente a favor del contratista o de las garantías que aun estuviesen vigentes, de acuerdo a lo establecido en el Art. 164 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

De tal forma, entrando al análisis del presente punto controvertido, se tiene que el CONTRATISTA sostiene que se le deberían de pagar las Valorizaciones N° 3, 4 y 5.

Sobre el particular, se advierte que la Entidad sostiene que (I) como las valorizaciones fueron presentadas luego de la intervención económica de la obra, dichos pagos debían realizarse a una cuenta mancomunada entre el Contratista y la Entidad; sin embargo, como el Contratista tenía una cobranza coactiva por un embargo de la SUNAT, no se canceló las valorizaciones N° 3, 4 y 5. Además, señala que (II) el embargo fue levantado

cuando el contrato ya se había resuelto, no pudiendo hacer trámites de pagos, lo que se definirá en la liquidación del contrato.

Sin embargo, siguiendo con el análisis sobre el particular, relativo al pago de las valorizaciones presentadas durante la ejecución del Contrato, se tiene que en torno a la valorización N° 3 y 4 no existe discrepancia entre las partes en torno al monto valorizado, pues tanto el Contratista como la Entidad sostienen que respecto a la N° 3 corresponde S/300, 775.17 y respecto a la N° 4 S/ 228,402.88, tal como se desprende de la posición del Contratista en su demanda, como de lo manifestado por la Entidad en su Informe N° 001-2016-ORCH-UFIEM-SIDA II L.S, conforme se advierte a continuación.

2.5. DE LAS VALORIZACIONES POST-INTERVENCIÓN ECONÓMICA

Con Informe N° 190-2016-AOFM-IO-PCCMIVMT-DISA II LS/MINSA, de fecha 29.09.16, el inspector de obra presenta el estado situacional de la obra con un avance al 82.99%, con el siguiente resumen:

CONCEPTO	PERIODO	MONTO	AVANCE FÍSICO INFORMADO
Valorización N° 1	NOV - 2015	S/ 203 070.06	12.53%
Valorización N° 2	DIC - 2015	S/ 612 172.20	37.79%
Valorización N° 3	JUL - 2016	S/ 300 775.17	18.57%
Valorización N° 4	AGO - 2016	S/ 228 402.88	14.10%
VALORIZACIÓN ACUMULADA		S/ 1,344,420.31	82.99%

Del extracto citado previamente, se desprende que el inspector de obra, el Ing. Althamar Orlando Franco Mendoza, presentó el estado situacional de la obra con un avance del 82.9%, coincidiendo dicho monto con el porcentaje indicado en las valorizaciones.

Por lo que se colige que las Valorizaciones N° 3 y 4 fueron aprobadas por el inspector, siendo este un requisito necesario para su pago.

Sobre el particular, se advierte que la Entidad tampoco ha negado que corresponda dicho pago, sino que ha precisado que por temas administrativos no pudo pagar las valorizaciones, tal como se aprecia a continuación:

- a) Respecto a las Valorizaciones pretendidas, resulta pertinente señalar que mi representada realizó una intervención económica, la cual fue aceptada por la demandante, por lo que, ha sido administrada para efectos de pago.
- b) Es así que, si bien, las valorizaciones corresponden al trabajo ejecutado por el contratista, no ha sido menos cierto que, **SE IDENTIFICARON COBRANZAS COACTIVAS EN CONTRA DE LA DEMANDANTE**, lo cual motivó a mi representada a no ejecutar los pagos.

270

En tal sentido, se tiene que las partes han validado que los cálculos realizados por el Contratista en sus valorizaciones N° 3 y 4, corroborando con la documentación proporcionada, son correctos; y, finalmente teniendo presente que la Entidad no ha cuestionado ni negado el cálculo de los mismos, corresponden reconocerse los trabajos realizados, los mismos que en virtud a la Cláusula Cuarta del Contrato deben pagarse.

Razón por la cual, el Tribunal Arbitral considera que corresponde reconocer las valorizaciones N° 3 y 4.

De otro lado, se tiene que el Contratista presentó la Valorización N° 5 que estaba comprendida entre el 20 de agosto y el 12 de setiembre de 2016, estableciendo una valorización acumulable de 92.31% al 12 de setiembre de 2016, valorizando por ello S/162,668.71.

Sobre el particular se advierte que la Entidad no ha manifestado pronunciamiento en torno a la valorización N° 5; no obstante ello, se advierte del Informe N° 001-2016- ORCH-UFIEM-SIDA II L.S. de fecha 14 de octubre de 2016, que la Entidad realizó una visita con el equipo técnico de la Unidad Funcional de Infraestructura, equipamiento y mantenimiento, constatando un avance físico de la obra estimada en un 95%, tal como se puede apreciar a continuación:

En la última visita realizada por mi persona como parte del equipo técnico de la UFIEM, se puede constatar que el avance físico de la obra se estima en un 95%, se encontró personal técnico trabajando en la colocación de vidrio en las ventanas, no se encontró documentación técnica de la obra, no se encontró al responsable por parte del contratista, ni mayor información sobre la situación actual.

270

De tal forma se tiene, que de lo manifestado por la Entidad se desprende que la Valorización N° 5 que determinó un avance al 92.31% de la Obra ya fue corroborado por la propia Entidad a través del responsable de la Unidad Funcional de Infraestructura, equipamiento y mantenimiento.

En tal sentido, se tiene que como la Entidad ha validado la Obra hasta el 95% de su avance, indirectamente ha validado los cálculos realizados por el Contratista respecto a la valorización N° 5 que estimó un avance del 92.31%; y, finalmente teniendo presente que la Entidad no ha cuestionado ni negado el cálculo de la referida valorización, corresponden reconocerse los trabajos realizados, los mismos que en virtud a la Cláusula Cuarta del Contrato deben pagarse.

Reason

Razón por la cual, el Tribunal Arbitral considera que también corresponde reconocer la valorización N° 5, no debiendo reconocerse los intereses legales puesto que como se ha manifestado previamente, la Entidad se encontraba limitada de realizar el pago por causa del embargo de SUNAT al Contratista.

Por último, ante lo manifestado por el Contratista respecto a que la Entidad debe pagarle los mayores gastos generales que una ampliación de plazo determine, es conveniente citar a la Opinión N° 166-2019/DTN⁶ que establece que existe la pérdida del derecho al reconocimiento de mayores gastos generales cuando la “ampliación que debió requerirse” fue posterior a la intervención económica de la obra, debiendo pagarse sólo aquellas que se justifican por caso fortuito o fuerza mayor, o por una ampliación requerida por circunstancias anteriores a la intervención económica.

Por lo que los mayores gastos generales al no haber sido solicitados en un momento previo a la intervención económica o por circunstancias previas a la dicha intervención, no corresponde reconocer ningún pago de mayores gastos generales.

⁶ Opinión N° 166-2019/DTN

“(…)

La pérdida del derecho al reconocimiento de mayores gastos generales era aplicable cuando la ampliación de plazo se hubiese aprobado con motivo de un acontecimiento acaecido de manera posterior a la intervención económica de la obra; y siempre que dicha intervención hubiese sido la consecuencia del incumplimiento del contratista. En tal medida, cuando la intervención de la obra se hubiese justificado en un caso fortuito o fuerza mayor; o cuando se hubiese aprobado una ampliación de plazo por alguna circunstancia acaecida antes de la intervención económica, el contratista no perdía el derecho al reconocimiento de mayores gastos generales (...)

2 p
Por las razones expuestas, el Tribunal Arbitral considera que corresponde declarar FUNDADA EN PARTE la segunda pretensión bajo análisis, correspondiendo que se paguen las Valorizaciones N° 3, 4 y 5; sin reconocerse los intereses legales generados por el retraso en el pago de las valorizaciones.

3. TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

Verificar y, de corresponder declarar, que el avance de obra fue ejecutado al 100% a fin de continuar con la recepción de la obra y su posterior liquidación.

3.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

El Contratista ampara su pedido manifestando que no ha incurrido en retraso injustificado en la ejecución de la obra, por el contrario, se perjudicó con los retrasos por causas ajenas a su voluntad, especificadas en el incumplimiento de pago de las valorizaciones N° 03, 04 y 05 por parte de la Entidad.

Por tanto, indican que, conforme la norma, la Entidad no puede argumentar que no se ha cumplido con la ejecución del Contrato según los plazos establecidos debido a que, queda aún pendiente de pago los montos de las valorizaciones antes mencionadas.

En ese sentido, al tener la obra ejecutada al 100 % es que el Contratista solicita que el Tribunal Arbitral verifique y declare el avance de obra fue ejecutada al 100 %, a fin de continuar con la recepción de la obra y su posterior liquidación.

3.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

La Entidad precisa que el avance de obra no llega al 100%, ya que producto de las verificaciones e inspecciones de la obra, se evidenció e identificó detalles constructivos mal empleados, así como el incumplimiento de las especificaciones técnicas, ya que el concepto principal de proyecto era el de colocar o instalar módulos pre-fabricados que se pudieran reutilizar en diferentes sectores donde se construyan establecimientos de salud en la jurisdicción de la DISA Lima Sur; sin embargo, ésta condición no se cumplió porque los módulos se realizaron *in situ*.

Por otro lado, la Entidad solicita que se tenga presente que, al haberse solicitado una evaluación externa a fin de mantener la transparencia en la evaluación del avance de obra, se ha constatado diversos incumplimientos.

3.3 POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

2 pr

Verificar y, de corresponder declarar, que el avance de obra fue ejecutado al 100% a fin de continuar con la recepción de la obra y su posterior liquidación.

Así

Para llevar a cabo el análisis del presente punto controvertido, es preciso hacer un recuento de los hechos relacionados de forma directa con la controversia, específicamente respecto de la acreditación en torno a si el avance de obra fue ejecutado al 100%; en ese sentido, este Colegiado, mediante Resolución N° 5, dispuso la realización de una pericia la cual permitiría tener claro este aspecto técnico, tomandocomo referencia los argumentos planteados por cada parte, los medios probatorios ofrecidos, así como la información y/o documentación adicional que pudiera requerir el profesional técnico.

No obstante, se prescindió de dicha pericia de oficio puesto que, a pesar de las diversas oportunidades otorgadas a las partes, éstas no cumplieron con remitir la información solicitada por el perito; por lo que, este Colegiado no pudo contar con todos los insumosnecesarios para la resolución de la presente controversia.

Aunado a ello, de la revisión de los medios probatorios en autos, se tiene que la Entidadse vio en la necesidad de contratar con Building Engineering Group S.A.C. – Ckeiner Corporation S.A.C. la ejecución de saldo de obra del plan de contingencia de la obra PIP ‘Fortalecimiento de la capacidad resolutive del Centro de Salud Materno Infantil I-4de Villa María del Triunfo de la Dirección de Salud II Lima Sur’⁷.

Bajo tales consideraciones, al no haberse probado que el Contratista cumplió al 100% con la ejecución del contrato y, aunado a que la Entidad tuvo que contratar a otro Contratista para que ejecute el **saldo de la obra** -en principio, a cargo del Contratista

⁷ Contrato N° 04-2017-DISA-II-LIMASUR/MINSA de fecha 13 de junio de 2017.

demandante- este Colegiado considera que la tercera pretensión de la demanda es INFUNDADA, debido a que el avance de obra **NO** fue ejecutado al 100%.

4. QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

2 pto

Determinar si corresponde o no se reconozca una indemnización por el monto de S/ 200,000.00 (Doscientos mil con 00/100 soles) por concepto de daño emergente, daño a la imagen empresarial y lucro cesante.

4.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

Así

El Contratista manifiesta que se ha visto afectado en su buena reputación de la empresa frente a sus proveedores, acreedores y trabajadores, que al no contar con los ingresos esperados, se ha dificultado cumplir con sus obligaciones frente a todos los actores sociales, que, producto de las decisiones y objetivos de la empresa se ven afectados de forma negativa, así por ejemplo, los dueños de la empresa, los trabajadores, la comunidad donde realizan sus actividades, la SUNAT y los proveedores, entre otros, el incumplir obligaciones tributarias, financieras, laborales y frente a proveedores genera que el banco no quiere otorgarle un mayor crédito financiero, perdiendo así una expectativa de crédito económico, peor aún, cuando se incumplen obligaciones con una Entidad Financiera, alegando que resulta más complicado que todos los demás otorguen créditos y si lo hacen, son más rigurosos y exigentes con los requisitos y garantías.

Adiciona, que el daño emergente se traduce en que este dinero producto de la prestación del servicio profesional iba a ser utilizado por el Contratista en el pago de remuneraciones del personal con quienes tenían vínculo laboral vigente, hasta casualmente terminar con el contrato y las ganancias, esto es aproximadamente el 20% de lo dejado de percibir, para poder cubrir las necesidades básicas como recursos humanos, logísticos de la empresa. Asimismo, precisa que el no contar abruptamente con estos ingresos, los ha obligado a préstamos e inclusive incumplieron obligaciones.

Además, indica que el no pago de las valorizaciones N° 3, 4 y 5 perjudica directamente a la empresa en su expectativa económica que corresponde por ley y que no existe duda

[Firma]

alguna del derecho de crédito que tiene el Contratista respecto al pago de esas valorizaciones.

En esa línea, el Contratista solicita que se le reconozca una indemnización por el monto de S/. 200,000.00 (Doscientos Mil Soles con 00/100) por concepto de daño emergente, daño a la imagen empresarial y lucro cesante.

4.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

Por su parte, la Entidad precisa que se debe tener presente que el principal motivo por el cual la Entidad se vio en la necesidad de resolver el contrato, es por la demora del Contratista en la ejecución del proyecto, ya que habiendo transcurrido 8 meses aproximadamente, es decir, habiéndose excedido el plazo de ejecución contractual, la obra se encontraba en total abandono y con presencia de personal intermitente.

La Entidad estima necesario precisar que la pretensión indemnizatoria formulada no solo incumple los requisitos exigidos por ley, sino que el caudal probatorio presentado no acredita la pretensión indemnizatoria. En este contexto, señaló que en el presente caso no se ha acreditado el hecho generador del daño con prueba idónea razonable o adecuada que permita colegir la producción del daño presuntamente causado, dado que actuó en todo momento en cumplimiento del Contrato y la Ley.

De conformidad con los fundamentos expuestos, para la Entidad resulta claro que no existe ningún daño producido por su parte, ya que es el propio Contratista el que ha incumplido sus obligaciones contractuales, dando mérito a que se le apliquen las penalidades y se le resuelva el contrato. En dicho efecto, los argumentos expuestos no denotan causal de resarcimiento alguno a su favor.

4.3 POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Determinar si corresponde o no se reconozca una indemnización por el monto de S/ 200,000.00 (Doscientos mil con 00/100 soles) por concepto de daño emergente, daño a la imagen empresarial y lucro cesante.

En este punto controvertido, el Contratista solicita que se le reconozca una indemnización por el monto de S/. 200,000.00 (Doscientos Mil Soles con 00/100) por concepto de daño emergente, daño a la imagen empresarial y lucro cesante.

Al respecto, es necesario tener en cuenta que la responsabilidad contractual es la que procede ante la infracción de un contrato válido o es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Ésta comprende dos partes: Una de ellas es la reparación del daño y la segunda es la indemnización por los perjuicios ocasionados. Así, el Artículo 1321° del Código Civil señala lo siguiente:

“Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve”.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que para que se configure la responsabilidad contractual, debe de cumplirse con lo siguiente: Primero, debe existir un contrato válidamente celebrado, el cual debe ser eficaz; segundo, debe producirse un incumplimiento absoluto o relativo de las obligaciones por parte del deudor, incumplimiento que debe ocasionar un daño; tercero, debe existir una relación de causalidad entre el incumplimiento del deudor y el daño ocasionado al acreedor; y cuarto, deben configurarse los factores de atribución subjetivos y objetivos.

En el caso de la responsabilidad extracontractual, ésta se determina cuando se produce un daño a un tercero con el cual no existe vínculo contractual. Así, los elementos de la responsabilidad civil extracontractual surgen de los sujetos de esta responsabilidad: la víctima, el perjudicado por el daño (o sus causahabientes); y el responsable, autor culpable o doloso de los hechos. El elemento objetivo lo configura el daño y el elemento subjetivo lo integra la culpa y la negligencia, el descuido, la ignorancia o la imprudencia sin deseo de causar el perjuicio.

Asimismo, es necesario señalar que para este tipo de responsabilidad debe haber primero un daño causado; segundo, la existencia de la relación de causalidad entre la conducta del agente y el daño causado a la víctima y los actos de atribución (subjetivos u objetivos).

270

Así tenemos que, entre ambos tipos de responsabilidad civil es fundamental el daño (acto) causado. Si el daño causado no existe no hay responsabilidad contractual ni extracontractual, el daño es el que identifica las responsabilidades; en el campo extracontractual el daño es a cualquier persona, mientras en el contractual el daño es siempre al acreedor⁸. Por otro lado, en la responsabilidad extracontractual se asume la doctrina de la reparación integral del daño que existe. Es por ello, que en este campo se indemnizan todos los daños causados a la víctima; mientras que en el ámbito contractual no se reparan, en principio, todos los daños; solamente se reparan, aquellos que sean consecuencia directa del incumplimiento del deudor.

Ahora bien, hay que tener presente que el monto indemnizatorio en el campo extracontractual no depende de la culpabilidad del autor del acto, mientras que en el campo contractual el monto depende del daño y la culpabilidad del deudor, pues será mayor si es producto de culpa grave o dolo, y será menor si es producto de culpa leve.

10

Luego de lo expuesto, este Tribunal Arbitral advierte que la pretensión de indemnización solicitada por el Contratista se configura en una derivada de responsabilidad civil contractual, toda vez que el supuesto perjuicio habría surgido como consecuencia del no pago de las valorizaciones N° 03, 04 y 05.

En efecto, el Tribunal Arbitral, luego de un análisis de la presente pretensión, ha concluido que lo que el Contratista está pretendiendo es una indemnización por los supuestos daños y perjuicios que le estaría ocasionando el hecho de que la Entidad no haya cumplido con el pago de las valorizaciones N° 03, 04 y 05; daños que, como se ha indicado, serían necesarios de probarse.

Ahora bien, habiendo ya determinado que la presente solicitud de indemnización se genera de una responsabilidad civil contractual, queda por determinar quién debe probar el incumplimiento, el daño y si el mismo se encuentra probado en el presente proceso.

En esa línea, el Artículo 1331° del Código Civil señala lo siguiente:

⁸ El subrayado es nuestro.

“La prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía también corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación o por cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

2 pto

Con lo antes transcrito, queda claro que quien tiene la carga de la prueba según el Artículo 1331° del Código Civil, es quien afirma que ha sido perjudicado por la inejecución de la obligación contractual. Asimismo, se desprende del mismo artículo que quien solicita una indemnización debe probarlo. Así, y estando a lo indicado, queda claro, en primer término, que en el presente caso arbitral, quien tiene la carga de probar, si se le provocó un daño por alguna inejecución en las obligaciones contractuales, es el Demandante.

De lo expuesto por el Contratista, se puede inferir que el mismo se encuentra pretendiendo una indemnización por supuestos daños y perjuicios, indemnización que, a entender de este Tribunal Arbitral, no ha sido probada documentalmente durante todo el proceso, así como tampoco ha cumplido con demostrar el acto antijurídico, el perjuicio o daño, la culpa y el nexo causal de la responsabilidad, toda vez que dicha parte se ha limitado únicamente a indicar que existe un daño y perjuicio, pero no ha indicado, por ejemplo, cuál es de manera concreta ese daño ni cuál es el nexo de causalidad entre el hecho que provoca el daño y el propio perjuicio.

Conforme se ha señalado precedentemente, el Contratista tenía la exigencia de acreditar la existencia de un daño en su contra, y que dicho daño haya sido originado por un actuar o un no actuar de parte de la Entidad; sin embargo, aquellos supuestos daños mencionados por el demandante, conforme se ha referido precedentemente, no han sido demostrados, razón por la cual no existe elemento alguno para validar la afirmación del Contratista, con lo cual al no haber probanza de daño, se presume la no existencia de éste.

En ese sentido, este Tribunal Arbitral considera que la cuarta pretensión de la demanda debe ser DECLARADA INFUNDADA, por los motivos expuestos.

5. SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO

2 pto

Determinar si corresponde o no se condene a la Entidad al pago de las costas y costos procesales relacionados a los gastos que genere el presente proceso arbitral, que incluye los honorarios del Tribunal Arbitral, los gastos de la Secretaría Arbitral y de los asesores técnicos y legales encargados de la defensa.

5.1 POSICIÓN DEL CONTRATISTA

Al respecto el Contratista manifiesta que, el Tribunal Arbitral, debe condenar a la Entidad al pago de las costas y costos procesales relacionados a los gastos que genere el presente proceso arbitral, que incluye los honorarios del Tribunal Arbitral, los gastos de la Secretaría Arbitral y el de los asesores técnicos y legales encargados de la defensa.

Asimismo, argumenta que una vez que se verifique la sujeción de las pretensiones al derecho vigente aplicable al proceso, como también que se declaren fundadas y probadas las pretensiones formuladas por ella, el Tribunal Arbitral deberá ordenar a la Entidad el pago de las costas y costos procesales, relacionados entre otros a los gastos en que ha incurrido como consecuencia de este proceso arbitral. Estos gastos manifiesta son los referentes a los honorarios de los Árbitros, los de Administración y Secretaría Arbitral; y, el de los honorarios de los profesionales técnicos y legales encargados de su defensa y otros.

5.2 POSICIÓN DE LA ENTIDAD

Por su parte la Entidad indica que los argumentos expuestos no denotan causal de resarcimiento alguno a su favor, correspondiendo por tanto que la demanda se declare infundada en todos sus extremos, condenándose al contratista expresamente el pago de las costas y costos arbitrales.

Asimismo, alega que resulta evidente que existen motivos suficientes para que las partes litiguen, por lo que considera que no debe ordenarse a la Entidad asumir la totalidad de los gastos arbitrales; más aún cuando existió incumplimiento contractual, lo cual generó la resolución del contrato.

5.3 POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

Determinar si corresponde o no se condene a la Entidad al pago de las costas y costos procesales relacionados a los gastos que genere el presente proceso arbitral, que incluye los honorarios del Tribunal Arbitral, los gastos de la Secretaría Arbitral y de los asesores técnicos y legales encargados de la defensa.

27

El numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los Árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el Artículo 70° del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1) del Artículo 73° señala que los Árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los Árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

En el presente caso no se ha establecido pacto alguno acerca de los costos y costas del arbitraje. Atendiendo a esta situación, corresponde que el colegiado se pronuncie sobre este tema de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.

Considerando el resultado del arbitraje que en puridad, desde el punto de vista del Tribunal Arbitral, no puede afirmarse que existe una “parte perdedora”, en vista de que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones y posiciones en la vía arbitral, atendiendo al comportamiento procesal de las partes y a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, corresponde disponer que cada de una de las partes asuma los costos del presente arbitraje; en consecuencia, cada parte debe asumir el pago de la mitad de los gastos arbitrales decretados en este arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Administración del Centro Arbitral); así como, los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

Sin embargo, teniendo en consideración que existen honorarios arbitrales de la Entidad que fueron cancelados por el Contratista, corresponde ordenar a la Entidad la devolución de la parte que fue pagada por el Contratista a pesar que estaba a su cargo.

En relación a ello, cabe precisar que producto de las pretensiones planteadas por el Contratista, se tiene que conforme a la liquidación de gastos arbitrales realizada por el

OSCE, se fijaron los honorarios arbitrales para el Tribunal Arbitral, en la suma de S/. 27,133.74 (Veintisiete Mil Ciento Treinta y Tres con 74/100 Soles), y como honorarios por gastos administrativos de la Secretaría SNA OSCE, la suma de S/. 9,348.95 (Nueve Mil Trescientos Cuarenta y Ocho con 95/100 Soles). Ello implica que los gastos arbitrales derivados de la liquidación hicieron un total de S/. 36,482.69 (Treinta y Seis Mil Cuatrocientos Ochenta y Dos con 69/100 Soles).

De los autos se advierte que tales montos fijados en la liquidación realizada por el OSCE han sido cubiertos en un 100% por el Contratista; es decir, el Demandante canceló los gastos arbitrales a su cargo con respecto a la referida liquidación, de lo cual se dejó constancia a través del quinto punto resolutivo de la Resolución N° 1 de fecha 13 de noviembre de 2017, y a través del tercer punto controvertido de la Resolución N° 2 de fecha 18 de diciembre de 2017.

Como también el Contratista canceló los gastos arbitrales de la Entidad, de lo cual se dejó constancia a través del primer punto resolutivo de la Resolución N° 3 de fecha 10 de enero de 2018.

En ese sentido, estando a la decisión de este Colegiado de que cada una de las partes asuma sus costos, costas y gastos arbitrales, tenemos que en lo que respecta a los gastos arbitrales del presente arbitraje estos ascienden a S/. 36,482.69 (Treinta y Seis Mil Cuatrocientos Ochenta y Dos con 69/100 Soles), por lo que cada parte debería asumir el 50% de este monto, es decir S/ 18,241.34 (Dieciocho Mil Doscientos Cuarenta y Uno con 34/100 Soles).

Por lo que corresponde que la Entidad devuelva al Contratista la suma de S/ 18,241.34 (Dieciocho Mil Doscientos Cuarenta y Uno con 34/100 Soles), que es el monto que el Contratista canceló por conceptos de gastos arbitrales del proceso a cargo de su contraria, generados por la liquidación elaborada por el OSCE.

DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

Que, finalmente, el Tribunal Arbitral deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y ha

2 pr

examinado cada una de las pruebas aportadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su Decisiones el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en la expedición de este laudo, los principios que orientan y ordenan todo arbitraje y que fueron consignados en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral.

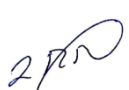
Estando a las consideraciones expuestas el Tribunal Arbitral, en Derecho y dentro del plazo fijado para tales efectos, **RESUELVE:**

PRIMERO.- **DECLÁRESE INFUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la demanda planteada por la Empresa WYM S.A.C. y contenida en el Acta de Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios; y, consecuentemente, **NO DEBE DECLARARSE LA INVALIDEZ Y/O INEFICACIA Y/O ILEGALIDAD** de la Resolución del Contrato realizada por la Dirección de Salud II Lima Sur mediante Carta Notarial N° 67268, de fecha 17 de octubre de 2016.

SEGUNDO.- **DECLÁRESE FUNDADA EN PARTE** Segunda Pretensión Principal de la demanda planteada por la Empresa WYM S.A.C. y contenida en el Acta de Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios; y, consecuentemente, **DEBE ORDENARSE** a la Dirección de Salud II Lima Sur el pago de las valorizaciones N° 3, 4 y 5 por los montos de S/ 300,775.17 (Trescientos mil setecientos setenta y cinco con 17/100 soles); S/ 228,402.88 (Doscientos veintiocho mil cuatrocientos dos con 88/100 soles); y, S/ 162,688.71 (Ciento sesenta y dos mil seiscientos sesenta y ocho con 71/100 soles), respectivamente; sin que corresponda el pago de los intereses legales requeridos, en virtud a las razones expuestas en el presente laudo.

TERCERO.- **DECLÁRESE INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal de la demanda planteada por la Empresa WYM S.A.C. y contenida en el Acta de Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación Determinación de Puntos Controvertidos y

Admisión de Medios Probatorios; y, consecuentemente, **NO CORRESPONDE** declarar que el avance de obra fue ejecutado al 100%, en virtud a las razones expuestas en el presente laudo.

 **CUARTO.- DECLÁRESE INFUNDADA** la Cuarta Pretensión Principal de la demanda planteada por la Empresa WYM S.A.C. y contenida en el Acta de Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios; y consecuentemente, **NO DEBE DEJARSE SIN EFECTO** las penalidades impuestas por la Dirección de Salud II Lima Sur mediante Carta Notarial N° 67268, de fecha 17 de octubre de 2016.

 **QUINTO.- DECLÁRESE INFUNDADA** la Quinta Pretensión Principal de la demanda planteada por la Empresa WYM S.A.C. y contenida en el Acta de Audiencia de Saneamiento Procesal, Conciliación Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios; y, en tal sentido, **DISPONGASE QUE NO CORRESPONDE RECONOCER UNA** indemnización por el monto de S/ 200,000.00 (Doscientos mil con 00/100 soles) por concepto de daño emergente, daño a la imagen empresarial y lucro cesante, ello en virtud a las razones expuestas en el presente laudo.

SEXTO.- DISPÓNGASE que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar; y que los gastos comunes (honorarios del Tribunal Arbitral y la administración de la Secretaría Arbitral SNA OSCE) sean asumidos equitativamente por cada parte.

SEPTIMO.- REQUIÉRASE a la Dirección de Salud II Lima Sur, a manera de devolución, la suma de S/ 18,241.34 (Dieciocho Mil Doscientos Cuarenta y Uno con 34/100 Soles) en favor de la Empresa WYM S.A.C., correspondiente a la suma total de los Honorarios Profesionales del Tribunal Arbitral y por la Administración de la Secretaría Arbitral SNA del OSCE acreditados en autos, los cuales inicialmente se encontraban a cargo de la Entidad, pero que han sido asumidos por el mencionado Contratista.

Notifíquese a las partes.



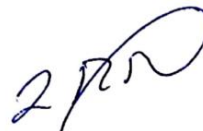
PATRICK HURTADO TUEROS

Presidente Tribunal Arbitral



RALPH PHILL MONTOYA VEGA

Árbitro



JORGE HERIBERTO LA ROSA RUIZ

Árbitro