

**EXP. N° 2484-446-19**

**CONSORCIO ELITNOR SRL – OPTIMUS SECURITY SAC VS. HOSPITAL NACIONAL ARZOBISPO LOAYZA**

**LAUDO ARBITRAL**

**DEMANDANTE:** **CONSORCIO: OPTIMUS SECURITY S.A.C. – GRUPO ÉLITE DEL NORTE S.R.L.** (en adelante, el demandante o el CONSORCIO)

**DEMANDADO:** **HOSPITAL NACIONAL ARZOBISPO LOAYZA** (en adelante, el demandado o la ENTIDAD)

**TIPO DE ARBITRAJE:** Institucional y de Derecho

**TRIBUNAL ARBITRAL:** Giancarlo Mandriotti Flores (Árbitro Único)

**SECRETARIA ARBITRAL:** Myriam Torre Janampa  
Secretario(a) Arbitral del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de PUCP.

---

**Decisión N° 21**

En Lima, a los 16 días del mes de marzo del año dos mil veintitrés, el Árbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberando en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, dicta el siguiente laudo de derecho.

**1. El Convenio Arbitral**

Se encuentra contenido en la cláusula Décima Séptima del Contrato N° 004-2019-HNAL-OEA, celebrado el 28 de enero de 2019.

Conforme a dicha cláusula el presente arbitraje es organizado y administrado por el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú conforme el Reglamento de Arbitraje PUCP 2017 (en adelante, el Reglamento) y en forma supletoria el Decreto Legislativo N° 1071, decreto legislativo que norma el arbitraje (en adelante, simplemente LA).

## **2. Constitución del Tribunal Arbitral**

El 05 de febrero de 2020, el árbitro Giancarlo Mandriotti Flores remite su aceptación como Árbitro Único.

## **3. Resumen de las principales decisiones arbitrales:**

- 3.1. Mediante Decisión N° 1, de fecha 04 de noviembre de 2020, se fijaron las reglas del presente proceso arbitral, se otorgó al CONSORCIO el plazo 10 días hábiles fin de que presente su demanda arbitral, y se otorgó a la ENTIDAD un plazo de 10 días hábiles a fin de que acredite el registro de la instalación del Tribunal Arbitral Unipersonal ante el SEACE (Árbitro Único).
- 3.2. Mediante Decisión N° 2, de fecha 26 de enero de 2021, se admitió a trámite la demanda arbitral presentada por parte del Consorcio y se tuvieron por ofrecidos los medios probatorios. Asimismo, se precisó que se tiene por ofrecida la pericia contable, la cual fue actuada en la etapa correspondiente. Finalmente, se corrió traslado del escrito de demanda arbitral a la ENTIDAD por el plazo de 10 días hábiles a fin de que la contesten y, de considerarlo pertinente, formule reconvencción de acuerdo con lo establecido en el artículo 45° del Reglamento de Arbitraje.
- 3.3. Mediante Decisión N° 3, de fecha 31 de marzo de 2021, se admite a trámite el escrito de contestación de demanda y se tiene presente lo expuesto sobre los medios probatorios que la acompañan. Además, la ENTIDAD no adjuntó todos los anexos que indican en su escrito, es decir únicamente adjuntaron los anexos 1A y 1B. Mediante primer otrosí, se corrió traslado por el plazo de 5 días hábiles al CONSORCIO de la oposición de su medio probatorio ofrecido a fin de que manifieste lo conveniente a su derecho. En tanto el segundo y tercer otrosí, se tuvieron presentes. Finalmente, se otorgó el plazo de 5 días hábiles adicionales a la ENTIDAD a fin de que acredite la inscripción del Tribunal Arbitral Unipersonal en el SEACE, así como se otorgó a las partes el plazo de 3 días a fin de que remitan sus escritos postulatorios en formato Word.
- 3.4. Mediante Decisión N.º 4, de fecha 04 de junio de 2021, se tuvo por absuelto el mandato conferido, se tuvo por ofrecida la pericia y se declaró infundada la oposición al ofrecimiento de dicho medio probatorio. Sobre el escrito de antecedente, se tiene por cumplido mandato sobre el registro del Tribunal Arbitral Unipersonal en el SEACE. Finalmente, se otorgó a las partes el plazo adicional de 3 días a fin de que remitan sus escritos postulatorios en versión Word.
- 3.5. Mediante Decisión N.º 5, de fecha 02 de agosto de 2021, se tuvo por cumplido el mandato conferido, referido a la presentación de los escritos postulatorios en versión Word.
- 3.6. Mediante Decisión N° 6, de fecha 28 de setiembre de 2021, se determinaron las cuestiones controvertidas del presente arbitraje, se admitieron los medios probatorios "V. MEDIOS PROBATORIOS" del escrito de demanda de fecha 19 de noviembre de 2020 y la pericia contable señalada en el numeral 3 del acápite "V. MEDIOS PROBATORIOS" del escrito de demanda, por parte del CONSORCIO. Por parte de la ENTIDAD, se admitieron los documentos Anexo 1-A. "Documento Nacional de Identidad." y Anexo 1-B. "Resolución del Procurador

General del Estado No54-2020- PGE/PG, de fecha 04 de noviembre del 2020". Asimismo, respecto a la pericia ofrecida por el CONSORCIO, se le otorgó el plazo de 5 días hábiles a fin de que señalen su terna de profesionales. Finalmente, se citó a las partes a Audiencia Única de hechos, Sustentación de posiciones y Presentación de la Pericia para el día 13 de diciembre de 2021 a horas 9:30 a.m.

- 3.7. Mediante Decisión N° 7, de fecha 20 de octubre de 2021, se otorgó al CONSORCIO el plazo excepcional de 2 días hábiles a fin de que remita la lista de profesionales para llevar a cabo la pericia, bajo apercibimiento de tenerla por no ofrecida, y se instruyó a la Secretaría Arbitral a atender la solicitud del enlace de la plataforma Zoom.
- 3.8. Mediante Decisión N° 8, de fecha 03 de noviembre de 2021, se otorgó al CONSORCIO el plazo excepcional de 2 días hábiles a fin de que remita la lista de profesionales para llevar a cabo la pericia, bajo apercibimiento de tenerla por no ofrecida.
- 3.9. Mediante Decisión N° 9, de fecha 24 de noviembre de 2021, se tuvo presente, se admitió la pericia contable de parte del CONSORCIO y se dejó constancia de la conducta procesal de dicha parte. Asimismo, se designó al señor Eloy Oré Gutiérrez como perito contable de parte y se otorgó el plazo de 20 días hábiles al CONSORCIO a fin de presente dicha prueba, bajo apercibimiento de tenerla por no presentada vencido dicho plazo. Finalmente, se reprogramó la Audiencia Única, conforme a lo señalado en el numeral 6) de análisis.
- 3.10. Mediante Decisión N° 10, de fecha 10 de enero de 2022, se otorgó el plazo de 30 días hábiles al CONSORCIO para que remita su pericia contable, contabilizado desde la fecha de la Decisión que otorgó dicho plazo, es decir, desde la Decisión N° 9. Asimismo, se precisó que dicho plazo vencerá el 13 de enero de 2021, bajo apercibimiento de tenerla por no ofrecida vencido dicho plazo. Finalmente, se precisó que se tendrá en cuenta la conducta procesal del CONSORCIO.
- 3.11. Mediante Decisión N° 11, de fecha 14 de febrero de 2022, se tuvo por ofrecida la pericia contable y se corrió traslado al HOSPITAL a fin de que manifieste lo conveniente a su derecho en el plazo de 30 días hábiles. Además, se otorgó a las partes el plazo de 3 días hábiles a fin de que remitan tres propuestas de fechas tentativas para realizar la Audiencia, a partir de la primera semana de abril de 2022. Finalmente, se corrió traslado al CONSORCIO por el plazo de 10 días hábiles a fin de que manifieste lo conveniente a su derecho.
- 3.12. Mediante Decisión N° 12, de fecha 04 de abril de 2022, se tuvo presente lo manifestado por el CONSORCIO respecto a las fechas propuestas para la reprogramación de la Audiencia, y se dejó constancia de que la ENTIDAD no señaló sus fechas disponibles. Además, se tiene por absuelto el traslado conferido de la ampliación de la contestación de demanda al CONSORCIO y se dejó constancia de que la ENTIDAD no manifestó lo conveniente a su derecho respecto de la pericia contable presentada por el CONSORCIO. Finalmente, se citó a las partes a la

Audiencia de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones, así como a la Audiencia Pericial el 19 de abril de 2022, a las 10:00 a.m.

- 3.13. Mediante Decisión N° 13, de fecha 18 de abril de 2022, se reprogramó la Audiencia de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones y Audiencia Pericial el 26 de mayo de 2022, a las 09:30 horas. Asimismo, se declaró no a lugar el pedido de reconsideración de la ENTIDAD. Finalmente, se tuvo por presentado el formulario de participación en Audiencia del CONSORCIO.
- 3.14. Mediante Decisión N° 14, de fecha 25 de mayo de 2022, se rechazó la solicitud de reprogramación de audiencia y se precisó que la misma se realizará con las partes que se encuentran presentes. Asimismo, se recordó que es responsabilidad del demandante asegurar la participación del perito contable. Finalmente, se corrió traslado del Oficio N° 204-2022, en el que se amplía documentación referida a la aplicación de penalidades al Contrato N° 04-2019-HNAL-OEA, al CONSORCIO por el plazo de 5 días hábiles.
- 3.15. El 26 de mayo de 2022, se llevó a cabo la Audiencia de Ilustración de Hechos y Sustentación de Posiciones y Sustentación Pericial, con la finalidad de que las partes ilustren los hechos materia de controversia y sustenten sus posiciones en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, así como la actuación de la pericia contable ofrecida por el CONSORCIO. Es así que, atendiendo a lo manifestado por el CONSORCIO, el Árbitro Único consideró pertinente ampliar el plazo a 10 días hábiles a partir de la fecha, para que manifieste lo conveniente a su derecho. Cabe precisar que, dicho plazo venció el día 09 de junio de 2022.
- 3.16. Mediante Decisión N° 15, de fecha 16 de junio de 2022, se desestimó la oposición a los medios probatorios, se rechazó la solicitud de audiencia para resolver la oposición de medios probatorios y se admitieron los medios probatorios presentados mediante escrito de fecha 25 de mayo de 2022, por la ENTIDAD.
- 3.17. Mediante Decisión N° 16, de fecha 08 de agosto de 2022, se derivó a la solicitud de plazo excepcional de 30 días hábiles para cancelar los pagos pendientes a la Secretaría Arbitral.
- 3.18. Mediante Decisión N° 17, de fecha 06 de setiembre de 2022, se suspendió el presente arbitraje por el plazo de quince (15) días hábiles, contado a partir del día siguiente de notificada la presente Decisión, de conformidad con el literal del Artículo 85° del Reglamento de Arbitraje PUCP. De no acreditarse los pagos pendientes de los gastos arbitrales, se procedería con el archivo del arbitraje de conformidad con el literal e) del citado artículo
- 3.19. Mediante Decisión N° 18, de fecha 13 de diciembre de 2022, se levantó la suspensión del proceso, se continuó con las actuaciones arbitrales y se tuvo presente la razón de secretaría, de fecha 13 de diciembre de 2022, mediante la cual se advierte que se acreditó el pago de los honorarios arbitrales en subrogación, teniéndose así por cancelados todos los gastos arbitrales del arbitraje. Asimismo, se declaró el cierre de las actuaciones arbitrales, se fijó el plazo para emitir el laudo arbitral en cuarenta (40) días hábiles; plazo que podría ser prorrogado por un plazo máximo de diez (10) días hábiles. Finalmente, se precisó que las partes ya no se

encuentran facultadas para presentar escrito alguno, salvo requerimiento efectuado por el Árbitro Único.

3.20. Mediante Decisión N° 19, de fecha 16 de enero de 2023, se tuvo presente la razón de secretaría de fecha 16 de enero de 2023, en la cual se advirtió al Árbitro Único que en su bandeja Spam (correos no deseados) se encontraba el correo que contenía la Decisión N° 17, de fecha 13 de diciembre de 2022, por lo que se procede, de manera inmediata, a notificar a las partes.

3.21. Mediante Decisión N° 20, de fecha 13 de marzo de 2023, se prorrogó el plazo para laudar por un plazo máximo de diez (10) días hábiles.

#### **4. SOBRE LOS GASTOS ARBITRALES:**

4.1. Mediante Notificación de Decisión N° 1 de fecha 05 de noviembre de 2020 se efectuó una primera liquidación de los gastos arbitrales conforme lo siguiente:

| Concepto                          | Monto                                  |
|-----------------------------------|--|
| Honorarios del Arbitral Único     | S/ 10,908.00 neto más impuestos de Ley |
| Gastos Administrativos del Centro | S/ 9,951.00 más IGV.                   |

4.2. Dichos montos debían ser cancelados en partes iguales por cada una de las partes.

4.3. Sobre los pagos de la primera liquidación, se tiene que el Consorcio Elitnor cumplió con el pago de los gastos arbitrales a su cargo, así como los que le correspondían a su contraparte, bajo el concepto de subrogación. Las constancias de dichos pagos se encuentran contenidos en las Comunicaciones N° 8, 13, 15 y 17.

4.4. Con fecha 28 de enero de 2021, la Secretaría General de Arbitraje realizó un Pronunciamiento sobre el reajuste de la Tasa Administrativa del Centro y los Honorarios Arbitrales. Al respecto, los montos calculados en dicho reajuste son iguales a los fijados en la primera liquidación.

4.5. Posteriormente, mediante Comunicación emitida por la Secretaría General de Arbitraje de fecha 12 de abril de 2022 realizó la reliquidación de los gastos arbitrales conforme lo siguiente:

| Concepto                          | Monto                                  |
|-----------------------------------|--|
| Honorarios del Árbitro Único      | S/ 22,857.00 neto más impuestos de Ley |
| Gastos Administrativos del Centro | S/ 17,232.00 más IGV.                  |

- 4.6. En dicho documento, se señaló que las sumas canceladas en virtud de la liquidación inicial realizada por la Secretaría Arbitral debían ser restadas de las sumas que se consignaban en esta reliquidación.
- 4.7. En ese sentido, se tiene que los montos adicionales a cancelar luego de la resta de las sumas ya pagadas fueron los siguientes:

| Concepto                          | Monto                                 |
|-----------------------------------|---------------------------------------|
| Honorarios del Árbitro Único      | S/ 11,949.00 neto más impuesto de Ley |
| Gastos Administrativos del Centro | S/ 7,281.00 más IGV.                  |

- 4.8. Dichos montos debían ser cancelados en partes iguales por cada una de las partes.
- 4.9. Sobre los pagos de la reliquidación de los gastos arbitrales, se tiene que el Consorcio Elitnor cumplió con el pago de los gastos arbitrales a su cargo, así como los que le correspondían a su contraparte, bajo el concepto de subrogación. Las constancias de dichos pagos se encuentran contenidos en las Comunicaciones N° 20, 25 y la Razón de Secretaria, de fecha 13 de diciembre de 2022.

## **5. CUESTIONES CONTROVERTIDAS:**

Mediante Decisión N° 6, de fecha 28 de setiembre de 2021, se determinaron las cuestiones controvertidas del presente arbitraje conforme a lo siguiente:

- **PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la Nulidad total y/o invalidez y/o ineficacia de todas las penalidades aplicadas por el Hospital Nacional Arzobispo Loayza (en adelante, la ENTIDAD) durante la ejecución del Contrato N° 004- 2019-HNAL- OEA; en consecuencia, se deje sin efecto la Carta N° 22 -2019- HNAL-OEA de fecha 21 de junio de 2019, y otros informes o actas o decisiones que se hicieran de manera interna para la aplicación de penalidades por haber transgredido la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.
- **SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a la ENTIDAD que cumpla con efectuar el pago y/o reembolso por la indebida aplicación de penalidades a favor del CONSORCIO por la suma de S/. 297,620.54 (Doscientos Noventa y Siete Mil Seiscientos Veinte con 54/100 nuevos soles), más los intereses legales y moratorios que deben ser liquidados al momento que se expida el laudo.
- **TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a la ENTIDAD el pago de una indemnización por daños y

perjuicios, correspondiente a los daños por lucro cesante y daño emergente ocasionados por el retraso injustificado de los pagos de las prestaciones de seguridad y vigilancia que brindó el CONSORCIO ante la ENTIDAD, y por la retención, descuentos y penalidades indebidos que descontaron de las facturaciones emitidas por el CONSORCIO.

- **CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a la Entidad demandada que cumpla la entrega de las Actas de Conformidad de Servicio al CONSORCIO por el cumplimiento del Contrato N° 004-2019-HNAL- OEA, sin penalidades, y que esta sea emitida conforme lo establece el artículo 145 del reglamento de la ley de contrataciones del Estado – Ley 30225.
- **QUINTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** Que el Tribunal Arbitral determine a quién y de qué forma corresponde asumir el pago de las costas y costos del presente arbitraje.

## 6. POSICIONES DE LAS PARTES:

### DE LA DEMANDA

- 6.1 El escrito de demanda parte proponiendo una fórmula introductoria a manera de reseña, bajo la pregunta de ¿QUÉ TRATA EL CASO?, y lo presenta del siguiente modo:

Se señala que el caso trata sobre el presunto incumplimiento de contrato por parte del Hospital Nacional Arzobispo Loayza, respecto a los retrasos de su contraprestación, y la aplicación indebida de “otras penalidades”, sin cumplir el debido proceso que exige la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Se precisa que con fecha 28 de enero de 2019 se suscribió el Contrato N°004-2019-HNAL-OEA con la Entidad, en virtud al Concurso Público N° 002-2018-HNAL (CP-SM-2-2018-HNAL-1), señalándose que el plazo de la ejecución de la prestación de veinticuatro meses se computaba a partir de los 05 (cinco días), calendarios suscrito dicho contrato. En esa línea de ideas, en contrato iniciaría el día 02 de febrero de 2018.

En ese sentido, se indica en la demanda, que se habría cumplido a cabalidad el objeto del contrato, por lo cual dicha prestación, tenía una contraprestación que obligaba a la Entidad a efectuar mensualmente el pago.

Pese a ello –se sostiene- la Entidad realizó retenciones y descuentos injustificados, así como el no pago de las facturas; hecho que se habría originado desde la instalación del servicio.

Sobre el particular, mediante diversas cartas se solicitó el cumplimiento de la obligación de dar suma de dinero, para seguir evitando daños patrimoniales, ello, sin respuesta.

- 6.2 Por carta N° 43-2019, de fecha 8 de febrero de 2019, se habría presentado la factura por el importe de S/. 124,008.56 (ciento veinticuatro mil ocho con 56/100 nuevos soles), siendo que sería recién con fecha 19 de setiembre de 2019, es decir luego de ocho meses de prestado el servicio, que se realizó el primer depósito, descontando la suma de S/ 78,652.00, ello, se sostiene, habría sido efectuado sin ninguna notificación.

Asimismo, mediante carta N° 61-2019, de fecha 2 de mayo de 2019, se habría presentado la factura por el importe de S/. 124,008.56 (ciento veinticuatro mil ocho con 56/100 nuevos soles), siendo que sería recién con fecha 23 de setiembre de 2019 se habría pagado el servicio, descontando la suma de S/. 43,800.00.

En esa misma línea, mediante la carta N° 78-2019, de fecha 19 de junio de 2019, se habría presentado la factura por el importe de S/. 124,008.56 (ciento veinticuatro mil ocho con 56/100 nuevos soles), siendo que recién el 23 de setiembre de 2019, se habría pagado, descontando la suma de S/. 43,350.00.

- 6.3** Con fecha 25 de junio de 2019, se habría notificado la Carta N° 22- 2019-HNAL-OEA por la cual, la Entidad estaría requiriendo el cumplimiento de contrato, otorgando un plazo de 03 días hábiles para cumplir con dicho requerimiento, bajo apercibimiento de resolver el Contrato.

Por Carta N° 075 – 2019 – CONSORCIO ELITNOR S.R.L. – OPTIMUS SEC S.A.C. / RCC de fecha 28 de junio de 2019, se habrían presentado los descargos, cuya absolución fue –se sostiene en la demanda- consentida por la Entidad.

Mediante Carta N° 79-2019, de fecha 02 de Julio de 2019, se habría presentado la factura por el importe de S/. 124,008.56 (ciento veinticuatro mil ocho con 56/100 nuevos soles), siendo que recién el 21 de octubre de 2019, se habría pagado el servicio, efectuando un descuento de S/. 29,250.00.

Igualmente, por carta N° 86-2019, de fecha 02 de agosto de 2019, se habría presentado la factura por el importe de S/. 124,008.56 (ciento veinticuatro mil ocho con 56/100 nuevos soles), siendo que recién el 21 de octubre de 2019, se habría pagado el servicio efectuando un descuento de S/. 15,600.00.

A su turno, por carta N° 98-201, de fecha 02 de agosto de 2019, se habría presentado la factura por el importe de S/. 124,008.56 siendo que recién el 21 de octubre de 2019, se habría pagado el servicio efectuando un descuento de S/. 15,600.00.

- 6.4** Se indica que se habría comunicado a la Entidad el cumplimiento del pago respecto a los periodos comprendidos del 02/08/19 AL 01/09/19, adjuntando para tal efecto la factura por el importe de S/. 124,008.56 (ciento veinticuatro mil ocho con 56/100 nuevos soles), siendo que con fecha 06 de noviembre de 2019, se realizó el depósito advirtiéndose un descuento de S/. 4,050.00

Se precisa igualmente que se habría comunicado a la Entidad el cumplimiento del pago respecto a los periodos comprendidos del 02/09/19 AL 01/10/19, adjuntando para tal efecto la factura por el importe de S/. 124,008.56 (ciento veinticuatro mil ocho con 56/100 nuevos soles), siendo que con fecha 06 de noviembre de 2019, se realizó el depósito, advirtiéndose un descuento de S/. 1,650.00.

Igualmente, se habría comunicado a la Entidad el cumplimiento del pago respecto a los periodos comprendidos del 02/10/19 AL 01/11/19, adjuntando para tal efecto la factura por el importe de S/. 124,008.56 (ciento veinticuatro mil ocho con 56/100 nuevos soles), siendo que con fecha 03 de diciembre de 2019, se realizó el depósito, advirtiéndose un descuento de S/. 15,150.00.

A su turno, se habría comunicado a la Entidad el cumplimiento del pago respecto a los periodos comprendidos del 02/11/19 AL 01/12/19, adjuntando para tal efecto la factura por el importe de S/.



124,008.56 (ciento veinticuatro mil ocho con 56/100 nuevos soles), siendo que con fecha 10 de enero de 2020, se realizó el depósito, advirtiéndose un descuento de S/. 22,500.00.

Igualmente se habría comunicado a la Entidad el cumplimiento del pago respecto a los periodos comprendidos del 02/12/19 AL 01/01/2020, adjuntando para tal efecto la factura por el importe de S/. 124,008.56 (ciento veinticuatro mil ocho con 56/100 nuevos soles), siendo que con fecha 31 de enero de 2020, se realizó el depósito, advirtiéndose un descuento de S/. 22,500.00.

En esa misma línea, se habría comunicado a la Entidad el cumplimiento del pago respecto a los periodos comprendidos del 02/01/2020 AL 01/02/2020, adjuntando para tal efecto la factura por el importe de S/. 124,008.56 (ciento veinticuatro mil ocho con 56/100 nuevos soles), siendo que con fecha 21 de mayo de 2020, se realizó el depósito, advirtiéndose un descuento de S/. 600.00.

Nuevamente, se habría comunicado a la Entidad el cumplimiento del pago respecto a los periodos comprendidos del 02/02/2020 AL 01/03/2020, adjuntando para tal efecto la factura por el importe de S/. 124,008.56 (ciento veinticuatro mil ocho con 56/100 nuevos soles), siendo que con fecha 15 de mayo de 2020, se realizó el depósito, advirtiéndose un descuento de S/. 4,950.00

Se habría comunicado a la Entidad el cumplimiento del pago respecto a los periodos comprendidos del 02/08/2020 AL 01/09/2020, adjuntando para tal efecto la factura por el importe de S/. 124,008.56 (ciento veinticuatro mil ocho con 56/100 nuevos soles), siendo que con fecha 28 de setiembre de 2020, se realizó el depósito, advirtiéndose un descuento de S/. 300.00.

Se habría comunicado a la Entidad el cumplimiento del pago respecto a los periodos comprendidos del 02/09/2020 AL 01/10/2020, adjuntando para tal efecto la factura por el importe de S/. 124,008.56 (ciento veinticuatro mil ocho con 56/100 nuevos soles), siendo que con fecha 29 de octubre de 2020, se realizó el depósito, advirtiéndose un descuento de S/. 118.34.

6.5 Se precisa que con fecha 15 de julio de 2019 se invitó a la Entidad a conciliación, la misma que no llegó a suscribirse por cuanto la tesis de la Entidad correspondía a la existencia de unas supuestas penalidades, las mismas que suman un total (de montos descontados) de **S/. 297,620.54 (Doscientos Noventa y Siete Mil Seiscientos Veinte con 54/100 nuevos soles)**, las que se califican de arbitrarias.

6.6 El total de lo adeudado o indebidamente descontado por penalidades, correspondería, conforme al demandante, a los siguientes valores:

| N°  | FECHA      | IMPORTE    | PERIODO              | DIFERENCIA |
|-----|------------|------------|----------------------|------------|
| 170 | 14/05/19   | 124,008.56 | 02/02/19 AL 01/03/19 | 78,652.20  |
| 176 | 04/06/2019 | 124,008.56 | 02/03/19 AL 01/04/19 | 43,800.00  |
| 181 | 19/06/2019 | 124,008.56 | 02/04/19 AL 01/05/19 | 43,350.00  |
| 185 | 02/07/2019 | 124,008.56 | 02/05/19 AL 01/06/19 | 29,250.00  |
| 190 | 02/08/2019 | 124,008.56 | 02/06/19 AL 01/07/19 | 15,150.00  |
| 199 | 02/09/2019 | 124,008.56 | 02/07/19 AL 01/08/10 | 15,600.00  |
| 213 | 02/10/2019 | 124,008.56 | 02/08/19 AL 01/09/19 | 4,050.00   |
| 216 | 15/10/2019 | 124,008.56 | 02/09/19 AL 01/10/19 | 1,650.00   |
| 225 | 06/11/2019 | 124,008.56 | 02/10/19 AL 01/11/19 | 15,150.00  |
| 238 | 17/12/2019 | 124,008.56 | 02/11/19 AL 01/12/19 | 22,500.00  |

|              |            |            |                          |                   |
|--------------|------------|------------|--------------------------|-------------------|
| 244          | 26/12/2019 | 124,008.56 | 02/12/19 AL 01/01/2020   | 22,500.00         |
| 262          | 21/02/2020 | 124,008.56 | 02/01/2020 AL 01/02/2020 | 600.00            |
| 275          | 24/03/2020 | 124,008.56 | 02/02/2020 AL 01/03/2020 | 4,950.00          |
| 355          | 18/09/2020 | 124,008.56 | 02/08/2020 AL 01/09/2020 | 300.00            |
| 369          | 16/10/2020 | 124,008.56 | 02/09/2020 AL 01/10/2020 | 118.34            |
| <b>TOTAL</b> |            |            |                          | <b>297,620.54</b> |

Resulta de la exposición de la demanda, que la Entidad habría efectivamente pagado, **aunque lo habría hecho, con períodos de pago extemporáneos, y mediando penalidades que la demandante no reconoce, lo que –a su turno- habría generado daños al no poder cumplir sus propias obligaciones por afectar el flujo de ingresos y egresos.**

6.6 Señala el demandante que las penalidades que la Entidad puede aplicar al Contratista son la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación” y las “otras penalidades”, reguladas en los artículos 133 y 134 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, respectivamente.

Ambos tipos de penalidades –precisa- cumplen una doble finalidad: desincentivar el incumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista; así como resarcir a la Entidad por el perjuicio que le hubiera causado tal incumplimiento o retraso en la ejecución de las prestaciones a su cargo. En ese sentido, las penalidades no pueden ser entendidas –a criterio del demandante- como una herramienta de abuso de autoridad, o que la Entidad busque el desequilibrio económico del contrato, a través del enriquecimiento indebido sobre las facturaciones del contratista.

No obstante, añade, los incumplimientos a sancionarse pueden diferir dependiendo del tipo de penalidad que se aplica, siendo por ello que en la demanda se orienta la exposición a evidenciar las diferencias entre ambas penalidades.

Así, se expone por parte del demandante que, por un lado, la PENALIDAD POR MORA en la ejecución de la prestación es regulada por el artículo 133° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual establece lo siguiente:

**Artículo 133.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación**

En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula:

Penalidad diaria = 0.10 x monto F x plazo en días Donde F tiene los siguientes valores: a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios en general, consultorías y ejecución de obras: F = 0.40. b) Para plazos mayores a sesenta (60) días: b.1) Para bienes, servicios en general y consultorías: 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. Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considera el monto del contrato vigente. Para los supuestos que por la naturaleza de la contratación, la fórmula indicada en el presente artículo no cumpla con su finalidad, el Ministerio de Economía y Finanzas mediante Resolución Ministerial puede

establecer fórmulas especiales para el cálculo de la penalidad por mora. Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo.

Por otro lado, “OTRAS PENALIDADES” se encuentran reguladas en el artículo 134 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Al respecto, dicho artículo menciona lo siguiente:

**Artículo 134.- Otras penalidades**

Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 133, siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, deben incluir los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar. Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora.

De acuerdo con el artículo citado, las Entidades –señala el demandante- pueden establecer en las Bases de los procesos de selección que convocan, penalidades distintas a la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación”, las que se calcularán de forma independiente y hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del monto vigente del ítem que debió ejecutarse.

En ese contexto –incide el demandante- en las Bases debe haberse establecido el monto o porcentaje de la penalidad que se aplicará al contratista por cada uno de los tipos de incumplimiento previstos, con la finalidad de que la Entidad pueda determinar o calcular el monto de la penalidad aplicable al contratista, según las disposiciones en las Bases, acotando que la potestad que poseen las Entidades debe ser ejercida observando, cuando menos, tres parámetros: la objetividad, la razonabilidad y la congruencia con el objeto del contrato con el fin de evitar así que durante la ejecución contractual surjan discrepancias entre la Entidad y el Contratista respecto de la aplicación de estas penalidades.

En este contexto expositivo, cita al OSCE mediante un pronunciamiento:

Pronunciamiento OSCE<sup>1</sup> en la cual se señala: **“los requerimientos mínimos deben obedecer a criterios de razonabilidad, congruencia y proporcionalidad y teniendo en cuenta que para la aplicación de una sanción o penalidad debe seguirse un pronunciamiento previamente establecido, el mismo que debe ser razonable y debe respetarse los derechos del contratista, i) con plazos previamente definidos objetivamente, ii) con un procedimiento para la verificación del incumplimiento; iii) el procedimiento para la presentación de reclamos y iv) los supuestos de excepción a dichas penalidades, es decir, SUPUESTOS COMO CASO FORTUITO, FUERZA MAYOR, entre otros, en los**

<sup>1</sup> Pronunciamiento N° 1335 – 2013/DSU

**cuales no se aplicaría las misma, dado que se encuentran ajenas a la responsabilidad del contratista”** (el resaltado es nuestro)

6.4 En virtud a ello –precisa el demandante- conforme a lo establecido en el artículo 163 del Reglamento de la Ley, la aplicación de las penalidades se calculan en concordancia con la opinión N° 064-2012/DTN, que refiere que “las Entidades pueden establecer en las Bases de los procesos de selección que convocan penalidades distintas a la penalidad por mora, las que se calcula de forma independiente a la penalidad por mora y hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del monto vigente del ítem que debió ejecutarse (...) esta potestad de las Entidades debe ser ejercida observando, cuando menos, tres parámetros: la objetividad, la razonabilidad, y la congruencia con el objeto de la convocatoria.

- i. La objetividad (precisa el demandante) implica que la Entidad establezca de manera clara y precisa los tipos de incumplimiento que serán penalizados, los montos o porcentajes de la penalidad para que cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos, según la naturaleza y características particulares de cada contratación.
- ii. Por su parte, la razonabilidad (precisa el demandante) implica que cada uno de los montos o porcentajes de la penalidad que se aplicará al contratista sean proporcionales a la gravedad y reiteración del incumplimiento.
- iii. Finalmente, la congruencia con el objeto de la convocatoria (precisa el demandante) implica que se penalice el incumplimiento de alguna obligación comprendida o relacionada con el objeto de la convocatoria.

6.5 En el caso concreto materia de análisis, la Entidad habría aplicado “OTRAS PENALIDADES”, vulnerando –a criterio del demandante- la Ley de Contrataciones del Estado y su reglamento, esto es, aplicando “otras penalidades” violentando el debido proceso y el derecho de defensa, realizando un cálculo presuntamente arbitrario de los montos descontados mensualmente, como si “otras penalidades” fueran “penalidades por mora”, lo cual acarrea su ineficacia e invalidez de pleno derecho sin entrar al fondo de la controversia.

6.6 Respecto al procedimiento para aplicar “otras penalidades”, precisa el demandante que el Reglamento de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en su artículo 134° menciona que el establecimiento de “OTRAS PENALIDADES” puede llevarse a cabo siempre y cuando se cumpla con los siguientes requerimientos:

**Artículo 134.- Otras penalidades**

Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 133, siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, deben incluir los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar. Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora.

Sobre este punto, se cita la Opinión del OSCE:

**OPINIÓN N° 020 -2014/DTN:**

“Esta potestad de las Entidades debe ser ejercida observando, cuando menos, tres parámetros: la objetividad, la razonabilidad y la congruencia con el objeto de la convocatoria.

(i) La objetividad implica que la Entidad establezca de manera clara y precisa los tipos de incumplimiento que serán penalizados, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificará la ocurrencia de tales incumplimientos, según la naturaleza y características particulares de cada contratación;

(ii) Por su parte, la razonabilidad implica que cada uno de los montos o porcentajes de la penalidad que se aplicará al contratista sean proporcionales a la gravedad y reiteración del incumplimiento.

(iii) Finalmente, la congruencia con el objeto de la convocatoria implica que se penalice el incumplimiento de alguna obligación comprendida o relacionada con el objeto de la convocatoria.” (El énfasis es nuestro).

De acuerdo a la normativa de las Contrataciones del Estado, la Entidad tiene potestad de establecer OTRAS PENALIDADES únicamente si cumple con los parámetros expresamente determinados por el Reglamento de la Ley N° 30225, indica como postura el demandante.

En esa línea de ideas se advierte lo siguiente (a criterio de la Demandante):

1. Nunca se notificó ninguna observación en el servicio.
2. Las penalidades fueron aplicadas por un órgano o funcionario que no tenía competencia.
3. Aplicaron “otras penalidades” vulnerando el procedimiento del contrato y la LCE.
4. Los montos de penalidad descontados no son razonables, y menos aun cuando el cuadro de penalidades estipulaba el monto máximo de s/ 150 soles.
5. El procedimiento estipulado en el contrato no se cumplió.

Sobre el particular, cita el demandante la CLAUSULA DUODÉCIMA: PENALIDADES del CONTRATO:

Asimismo, conforme el Artículo 134° del Reglamento de la Ley de Contrataciones se establecen como otras penalidades las siguientes:

| PENALIDAD   | APLICACIÓN  |
|---|---|
| No contar con carné de identificación personal del servicio de seguridad y vigilancia vigente (SUCAMEC).  | S/. 150.00 y retiro del agente inmediatamente.                                  |
| Contar con carné de identificación caduco.  | S/. 100.00 por día y retiro del agente inmediatamente.                          |
| Cambiar personal de vigilancia sin autorización de la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento. El procedimiento será comunicar a la Unidad de Seguridad y Vigilancia en un plazo no menor (02) días calendario, debiendo adjuntar los datos personales del personal de reemplazo, así como la documentación que acredite el perfil y experiencia igual o mayor al personal objeto del reemplazo. | S/. 100.00 y retiro del agente inmediatamente.                                  |
| No brindar descanso al personal mediante el agente volante y supervisor.  | S/. 150.00 al detectar la situación.  |
| Que un agente cubra dos (02) turnos continuos.  | S/. 150.00 entendiéndose por no cubierto el puesto.                             |
| Cubrir a un agente o supervisor con personal que no cuente con el mismo perfil del agente solicitado, según los términos de referencia.   | S/. 1,500.00 y retiro del agente inmediatamente.                                |
| No efectuar visitas diarias del supervisor externo.   | S/. 100.00 por día.   |
| Puestos de vigilancia no cubiertos.   | S/. 150.00 por hora hasta el tope de dos horas y se podrá resolver el contrato. |

**Procedimiento:** La Oficina de Servicios Generales y/o Unidad de Seguridad y Vigilancia procederá a levantar un acta indicando las observaciones la misma que será suscrita con el supervisor designado por la Empresa y en forma inmediata comunicada por escrito a la Oficina de Logística para que proceda hacer efectiva la penalidad impuesta, previo los procedimientos administrativos regulares.

Se otorgará un plazo mínimo de (01) día calendario o máximo (03) días calendarios para que proceda con la subsanación, en el cual deberá de presentar el descargo respectivo por corresponder.

Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta o del pago final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

Estos dos tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente.

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, de ser el caso, LA ENTIDAD puede resolver el contrato por incumplimiento.

De este modo, se indica que en el Contrato se dieron procedimientos para la aplicación de OTRAS PENALIDADES, sin embargo, la Entidad no habría respetado lo establecido por el contrato y aplica penalidades sin una previa comunicación, siendo que –sobre este punto- el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que en su artículo 143°, indica lo siguiente:

#### **Artículo 143.- Recepción y conformidad**

La recepción y conformidad es responsabilidad del área usuaria.

(...)

La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien debe verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias. Tratándose de órdenes de compra o de servicio, la conformidad puede consignarse en dicho documento. La conformidad se emite en un plazo máximo de diez (10) días de producida la recepción, salvo en el caso de consultorías, donde la conformidad se emite en un plazo máximo de veinte (20) días. De existir observaciones, la Entidad debe comunicarlas al contratista, indicando claramente

el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar no menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días, dependiendo de la complejidad.  
(...)

Por lo tanto, se corroboraría -a criterio del demandante- que, pese a que **la Entidad no notifica ningún informe sobre la penalidad aplicada, ésta fue igualmente impuesta, ya que dichas penalidades fueron aplicadas de manera interna sin correr traslado**, vulnerándose (a criterio del demandante) lo siguiente:

- Transgrede un derecho constitucional al Derecho a la defensa del contratista, toda vez que no le otorgo plazo para que exprese lo conveniente a su derecho.
- Transgrede la Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado, sobre los criterios y procedimientos para aplicar “otras penalidades”.
- Transgrede lo pactado en el contrato, en el extremo que no realiza un cálculo correcto sobre las supuestas observaciones.
- Transgrede el principio de legalidad y tipicidad, esto es, penaliza al contratista sin que su conducta haya configurado en alguna causal de cuadro de “otras penalidades”.
- Las penalidades fueron aplicadas por un órgano o funcionario que no contaba con competencia.
- Las penalidades se realizaron transgrediendo el procedimiento pactado en el contrato.
- Las penalidades u observaciones no fueron notificados al domicilio de mi representada.
- El cuadro de penalidades, no estipulaban que los descuentos se realicen por día.

## 6.7 RESPECTO A LA PRIMERA Y SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

Sobre este punto, el demandante precisa que el objeto del contrato era el siguiente:

### **CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO**

El presente contrato tiene por objeto la “**CONTRATACION DEL SERVICIO DE VIGILANCIA DE LAS PUERTAS EXTERNAS DEL HNAL PARA 24 MESES**”, conforme a la especificado en el CAPITULO III REQUERIMIENTO, obrante en las páginas 24 a 45 de las Bases Integradas del Concurso Público N° 002-2018-HNAL.

Precisa también que, de acuerdo al contrato, ambas partes señalaron los domicilios donde se debían presentar toda comunicación o cartas referidas a la ejecución del contrato, **siendo que no fue notificada sobre ninguna observación en el servicio de seguridad.**

Sobre el particular, se indica, se cumplió con la obligación, no obstante, los pagos de la contraprestación se realizaron pasados los 8 meses, advirtiéndose en los depósitos los descuentos desproporcionales y contrarios a los montos estipulados en el cuadro de “Otras penalidades”

Asimismo, la Entidad demandada habría vulnerado el procedimiento para aplicar “otras penalidades” pactadas en el contrato, violentando la LCE y su reglamento respecto al artículo 134 del RLCE.

**Se señala que, la demandante no tiene conocimiento hasta la fecha sobre los supuestos incumplimientos.**

**6.8 RESPECTO A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:**

Sobre este particular, se parte de la premisa en la demanda de afirmar que se trata de un descuento arbitrario por la suma total de S/. 297,620.54 (Doscientos Noventa y Siete Mil Seiscientos Veinte con 54/100 nuevos soles), generando un quiebre en la estabilidad de “EL CONSORCIO”, toda vez que se han debido asumir gastos de la planilla y de más gastos operativos mediante el uso de su propio capital, asumiendo préstamos que generan intereses bancarios.

Respecto a ello, se solicita la indemnización por daños y perjuicios toda vez que la Entidad habría contravenido lo pactado en el Contrato N°004-2019-HNAL-OEA, CLAUSULA CUARTA al presentar retraso en los pagos correspondientes de manera injustificada por las prestaciones de seguridad y vigilancia.

**CLÁUSULA CUARTA: DEL PAGO**

LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en moneda nacional y en pagos periódicos, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el Artículo 149° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Para efectos del pago de las contraprestaciones ejecutadas por el contratista, la ENTIDAD debe contar con la siguiente documentación:

- La empresa deberá presentar copias de comprobantes de pago o depósitos de pago a favor de los agentes sus obligaciones, CTS, AFP, ESSALUD, bonificaciones y otros que por ley percibe el trabajador, conforme los términos de referencia.
- Informe del funcionario responsable de la Unidad de Seguridad y Vigilancia emitiendo la conformidad de la prestación efectuada.
- Para el primer pago el Informe del funcionario responsable de la Unidad de Seguridad y Vigilancia emitiendo la conformidad de la instalación de las cámaras y entrega de equipos.
- Comprobante de pago.

Dicha documentación se debe presentar en la **Unidad de Adquisiciones - Oficina de Logística** sito en **AV. ALFONSO UGARTE No.848 (2do. PISO)**.

Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días de producida la recepción.

LA ENTIDAD debe efectuar el pago dentro de los quince (15) días calendario siguiente a la conformidad de los bienes, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello.

En caso de retraso en el pago por parte de LA ENTIDAD, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, EL CONTRATISTA tendrá derecho al pago de intereses legales conforme a lo establecido en el Artículo 39° de la Ley de Contrataciones del Estado y en el Artículo 149° de su Reglamento, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

Sobre este particular se acota que El Hospital Nacional Arzobispo Loayza habría incumplido con la CLÁUSULA NOVENA del Contrato N° 004-2019-HNAL-OEA, toda vez que no habría otorgado las actas de conformidad de acuerdo a lo establecido en dicha cláusula. Mediante las actas de conformidad se debía indicar las observaciones existentes durante la ejecución del contrato y, adicionalmente, comunicar las mismas, otorgándole un plazo razonable para subsanarlas y así evitar la aplicación de penalidades.

A este punto, se cita la Opinión de OSCE:

**OPINIÓN N° 047- 2012/DTN:**



“De acuerdo con las disposiciones del Código Civil, **cuando una de las partes de un contrato no ejecuta las obligaciones que asumió**, ya sea por “dolo”, “culpa inexcusable” o “culpa leve”, **debe resarcir a su contraparte por los daños y perjuicios irrogados, a través de una indemnización.**” (El énfasis es nuestro).

A este respecto, indica la demanda la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido disposición alguna sobre el particular, por lo que, resulta –a criterio del demandante- necesario recurrir, supletoriamente, a las disposiciones del Código Civil.

Así, el artículo 1321 del Código Civil establece lo siguiente:

**Indemnización por dolo, culpa leve e inexcusable**

**Artículo 1321.-** “Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

**El resarcimiento por la inejecución de la obligación** o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, **comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante**, en cuanto sean consecuencias inmediata y directa de tal inejecución. (...)” (El resaltado es nuestro).

Asimismo, conforme a lo anteriormente señalado, los artículos 1318, 1319 y 1320 del Código Civil precisan en qué consiste el “dolo”, la “culpa inexcusable” y la “culpa leve”:

**“Artículo 1318.-** Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.

**Artículo 1319.-** Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

**Artículo 1320.-** Actúa con leve culpa quien **omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.**” (El subrayado es nuestro)

Al respecto, de acuerdo con las disposiciones del Código Civil, cuando una de las partes de un contrato no ejecuta las obligaciones que asumió, ya sea por “dolo”, “culpa inexcusable” o “culpa leve”, debe resarcir a su contraparte por los daños y perjuicios irrogados, a través de una indemnización. Siendo que, tratándose de la probanza del lucro cesante, éste quedo (según el criterio del demandante) circunscrito a la probanza de los hechos constitutivos del lucro, esto es, a las circunstancias que motivan la falta de ganancia.

**6.9** Sobre los elementos de la responsabilidad civil se precisan:

- **DAÑO:** El empobrecimiento para cubrir los gastos de la planilla y demás gastos operativos, asumiendo préstamos que generaron intereses bancarios, toda vez que la Entidad, de descontó la suma total de S/. 297,620.54 (Doscientos Noventa y Siete Mil Seiscientos Veinte con 54/100 nuevos soles), en virtud de penalidades aplicadas a “EL CONSORCIO”, las cuales

no cumplen con los requisitos establecidos en el artículo 134 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

- **INEJECUCIÓN DE OBLIGACIÓN:** El incumplimiento de las obligaciones pertinentes a el Hospital Nacional Arzobispo Loayza, esto es, no se efectuó el pago correspondiente de acuerdo a los plazos establecidos en el contrato, asimismo, no cumplió con emitir la conformidad del servicio, no ha remitido la conformidad del servicio, ni tampoco comunicó de la aplicación de penalidades. Por lo que no cumplió el pago de su contraprestación por el servicio de seguridad brindada.
- **NEXO CAUSAL:** Se encuentra evidenciado en el incumplimiento contractual por parte del Hospital Nacional Arzobispo Loayza al no realizar el pago de sus obligaciones contractuales referentes a la cancelación del servicio en el plazo correspondiente y la aplicación de penalidades de manera arbitraria e irregular, situaciones que han desencadenado, como consecuencia, en un perjuicio económico a mi representada.
- **FACTOR DE ATRIBUCIÓN:** En este caso se trata de una culpa inexcusable, pues la demandada no puede ni deducir y aplicar penalidades de manera arbitraria, máxime, cuando no se ha notificado la aplicación de penalidades a mi patrocinada, asimismo, la Entidad incumplió con la entrega de las actas de conformidad, toda vez que se vulnero el debido proceso, el derecho de defensa y, como consecuencia, se genera perjuicio económico a mi representada,

Asimismo, el artículo 1985° del Código Civil menciona lo siguiente:

#### Contenido de la indemnización

**Artículo 1985°.** –

**“La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral,** debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido.

**El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.”** (El énfasis es nuestro).

#### **6.10 RESPECTO A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

Sobre este particular, se entiende en la demanda que es una consecuencia de la primera pretensión, y se cita la Opinión N° 055-2016/DTN emitida por la Dirección Técnica Normativa del OSCE:

2.2.1 Tal como se indicó al absolver la consulta anterior, la normativa de contrataciones del Estado establece que, los contratos de servicios culminan una vez efectuado el pago correspondiente, para lo cual la Entidad debe haber emitido previamente la conformidad de la prestación acordada o de la última prestación, cuando se haya pactado la ejecución de más de una.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los contratos de servicios, cuando se trata de contratos de consultoría de obras, tanto la Ley como el Reglamento establecen que a efectos de realizar el pago al contratista es necesario que la liquidación del contrato quede consentida de forma previa.

Como se advierte, la normativa de contrataciones del Estado, en el caso de contratos de servicios, no ha condicionado el pago al contratista a la aprobación de una liquidación - como sí sucede en los contratos de consultoría de obras-; por tanto, el contrato de servicios culminará una vez realizado el pago, siempre que previamente se haya emitido la conformidad de la prestación.

**Opinión 011-2014/DTN:** Sin perjuicio de ello, el artículo 176 del Reglamento indicaba que la recepción y conformidad era responsabilidad del órgano de administración, salvo disposición contraria establecida en las Bases o en las normas de organización interna de la Entidad.

#### **6.11 RESPECTO A LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL**

Se acciona por el pago de costas y costos, solicitando el Árbitro Único se pronuncie sobre este particular.

**6.12 SOBRE LOS FUNDAMENTOS DE DERECHO**, la demanda no desarrolla elementos jurídicos en este punto, limitándose a listar normas jurídicas, ello sin perjuicio de haber citado posturas jurídicas en el cuerpo de la demanda.

#### **DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

##### **6.11 Planteamiento de Improcedencia de la Demanda**

La entidad plantea que la demanda es Improcedente dado que se está solicitando de manera conjunta y a la vez excluyente tres figuras procesales para cuestionar la decisión de la Entidad de aplicar penalidades, como son la nulidad, invalidez, e ineficacia.

Señala que se debe tener presente que la Primera Disposición Complementaria y Final de la Ley de Contrataciones aprobada por Ley N° 30225 y modificada por Decreto Legislativo N° 1341 y N° 1444 (vigente al momento de la Contratación), establece un orden de Prelación Normativa a aplicarse para resolver las controversias que es: i) Ley y Reglamento, ii) Normas de Derecho Público y, iii) Normas de Derecho Privado.

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

En relación a la nulidad, la Ley sólo ha regulado los supuestos de nulidad dentro del proceso de selección y después de celebrados los contratos conforme a lo establecido en el artículo 44º, habiendo indicado que después de celebrados los contratos sólo se puede declarar la nulidad de los contratos en los siguientes supuestos:

- a) Por haberse suscrito en contravención con el artículo 11;
- b) Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección o para la suscripción del contrato;
- c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación; o,
- d) Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguno de los supuestos que habilitan a la contratación directa.
- e) Cuando por sentencia consentida, ejecutoriada o reconocimiento del contratista ante la autoridad competente nacional o extranjera se evidencia que durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, éste, sus accionistas, socios o empresas vinculadas, o cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes, ha pagado, recibido, ofrecido, intentado pagar o recibir u ofrecer en el futuro algún pago, beneficio o dádiva o comisión. Esta nulidad es sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil a que hubiera lugar.

Es decir, las normas de contrataciones no regulan supuestos de nulidad, invalidez o ineficacia de las decisiones de la Entidad.

Por otro lado, de aplicarse de manera supletoria los cuerpos normativos de segundo y tercer orden de prelación normativa, las figuras de la nulidad e invalidez se encuentran regulados en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444 (artículo 3º, 9º y 10º) y el Código Civil (artículo 219º).

Así el artículo 3º establece que los Requisitos de validez de los actos administrativos, son los siguientes:

**Competencia.** - Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.

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

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

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

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

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

- a) La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
- b) El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14.
- c) Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.
- d) Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

6.12 Señala el demandado que del caso se puede advertir claramente que el demandante no ha desarrollado ni sustentado ninguno de los supuestos descritos en la norma a fin de acreditar la invalidez ni la existencia de causales de nulidad de alguna decisión de la Entidad, asimismo, el demandante no ha acreditado la decisión se encuentre viciada con nulidad en su perjuicio, ni que se ha omitido realizar alguna actuación administrativa que sea de carácter obligatorio.

6.13 En cuanto al extremo de la pretensión, en el que se solicita que se declare la ineficacia de la decisión de la Entidad, el demandante tampoco ha desarrollado –señala la demandada- ningún sustento que la cuestione, por tanto, ésta al encontrarse debidamente motivada, emitida por autoridad competente y correctamente notificada, surte todos sus efectos jurídicos, debiendo por tanto desestimarse dicha pretensión.

6.14 Respecto al antecedente fáctico, señala la demandada que una vez perfeccionado el contrato, el contratista se comprometió a ejecutar las prestaciones pactadas en favor de la Entidad, mientras que esta última se comprometió a pagar al contratista la contraprestación acordada. En estos términos, el contrato se entendería cumplido cuando ambas partes ejecuten sus prestaciones a satisfacción de sus respectivas contrapartes.

En relación a ello la Dirección Técnico Normativa (DTN) del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, se pronuncia respecto a la aplicación de otras penalidades mediante la Opinión N°120-2019/DTN de fecha 16 de julio del 2017, indicando que:

*“(…) En relación con las otras penalidades, el artículo 134° del anterior Reglamento disponía que “Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 133 (es decir, a la penalidad por mora), siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, deben incluir los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar. Estas penalidades se calcular de forma independiente a la penalidad por mora”*

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

En virtud de lo expuesto, concluye la demandada que, para que procediera la aplicación de penalidades distintas a la penalidad por mora, éstas debían estar contempladas en los documentos del procedimiento de selección que establecían las reglas definitivas, conforme a las disposiciones previstas en el anterior Reglamento, no pudiendo incorporarse nuevas penalidades al momento de perfeccionarse el contrato ni en la ejecución contractual.

6.15 A su turno, la demandada cita la Opinión N°061-2018/DTN, con fecha 30 de abril del 2018, manifiesta que:

*(…) establecer la aplicación de penalidades – tanto la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación” como “otras penalidades” – cumple una doble función; por un lado, desincentivar el incumplimiento injustificado de las obligaciones a cargo del contratista; y, por otro lado, resarcir a la Entidad por el perjuicio que tal incumplimiento o retraso en la ejecución de las prestaciones le hubiera causado; sin embargo, estos elementos no han sido previstos en la Ley como requisitos previos para la configuración del supuesto de hecho, en virtud del cual se aplica la penalidad. En razón de ello, éstas penalidades se aplican cuando la Entidad verifique el incumplimiento o retraso injustificado del contratista en la ejecución de sus obligaciones contractuales, independientemente que dicha falta le hubiera causado un perjuicio a la Entidad.*

*Por lo expuesto, se advierte que, en el marco de lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado, las penalidades se aplican cuando la Entidad verifique el incumplimiento injustificado de las obligaciones del contratista, conforme a lo establecido en*

*los artículos 133° y 134° del Reglamento, según corresponda; con independencia de que un “atraso” en la ejecución de sus prestaciones contractuales le hubiera causado un perjuicio a la Entidad (...)*

- 6.16 Sobre este particular, la demandada señala que la demandante incurrió en incumplimiento de sus obligaciones contractuales, y por ello la Entidad procedió con la aplicación correcta de penalidades, siguiendo el correcto procedimiento, las mismas fueron debidamente sustentadas por incumplimiento al Contrato N°004-2019-HNAL-OEA de acuerdo a la Cláusula Duodécima: Penalidades, tal como se detallan en los siguientes informes:

| DOCUMENTO                    | MES                      | PENALIDAD S/.  |
|------------------------------|--------------------------|--|
| INFORME N°1963-ADQ-HNAL-2019 | 02.02.2019 AL 01.03.2019 | 34,102.20  |
| INFORME N°1964-ADQ-HNAL-2019 | MARZO                    | 43,350.00  |
| INFORME N°1832-ADQ-HNAL-2019 | ABRIL                    | 43,800.00  |
| INFORME N°2124-ADQ-HNAL-2019 | 02.05.2019 AL 01.06.2019 | 29,250.00  |
| INFORME N°2130-ADQ-HNAL-2019 | 02.07.2019 AL 01.08.2019 | 15,150.00  |
| INFORME N°1833-ADQ-HNAL-2019 | 02.06.2019 AL 01.07.2019 | 15,600.00  |
| INFORME N°2429-ADQ-HNAL-2019 | 02.08.2019 AL 01.09.2019 | 1,650.00   |
| INFORME N°2430-ADQ-HNAL-2019 | 02.09.2019 AL 01.10.2019 | 4,050.00   |
| INFORME N°2650-ADQ-HNAL-2019 | 02.10.2019 AL 01.11.2019 | 15,150.00  |
| INFORME N°3253-ADQ-HNAL-2019 | 02.11.2019 AL 01.12.2019 | 22,500.00  |
| INFORME N°3692-ADQ-HNAL-2019 | 02.12.2019 AL 01.01.2019 | 22,500.00  |
| INFORME N°207-ADQ-HNAL-2020  | ENERO                    | 4,950.00   |
| INFORME N°279-ADQ-HNAL-2020  | 02.02.2020 AL 01.03.2020 | 600.00   |
| INFORME N°1621-ADQ-HNAL-2020 | 02.08.2020 AL 01.09.2020 | Supero el 10% por aplicación de penalidad, correspondería aplicar S/300.00 |

|                              |                          |  |
|------------------------------|--------------------------|--|
| INFORME N°1823-ADQ-HNAL-2020 | 02.09.2020 AL 01.10.2019 | Supero el 10% por aplicación de penalidad, correspondería aplicar S/118.34 |
|------------------------------|--------------------------|--|

Es en dicho sentido, sostiene la demandada que la Entidad siguió el debido procedimiento para la aplicación de penalidades en la ejecución del Contrato N°004-2019-HNAL-OEA, no habiendo lugar a pago o reembolso alguno a favor del contratista.

- 6.17 En relación a la pretensión indemnizatoria, señala la demandada, que la demanda (a su criterio) no solo incumple los requisitos exigidos por ley, sino que el caudal probatorio presentado no acredita la cuantía solicitada
- 6.18 Finalmente, en el extremo del pago de costos y costas del proceso arbitral, se solicita que sea el **CONSORCIO ELITNOR S.R.L. – OPTIMUS SECURITY S.A.C.** sea quien asuma el íntegro de los costos y gastos del proceso arbitral

## 7. POSICIÓN DEL TRIBUNAL:

- 7.1 La controversia –a criterio de este Árbitro Único- **se circunscribe principalmente a determinar si las “penalidades” (que ninguna de las dos partes niega su existencia), son correctas o incorrectas, corresponden a montos válidos o inválidos, han sido emitidas por órgano competente o incompetente, y, en definitiva, conforme a la literalidad de la propia pretensión demandada (primera pretensión) corresponde a actos administrativos nulos y/o inválidos, y/o ineficaces y como consecuencia de ello determinar el pago por la “indebida” aplicación de penalidades, indemnizaciones derivadas de ello y demás obligaciones.**
- 7.2 Es importante iniciar el desarrollo expositivo precisando que los conceptos jurídicos de nulidad, ineficacia e invalidez, propuestos de manera conjunta por el demandante, no corresponden **-los tres-** a un mismo concepto o elemento de análisis o debate jurídico, siendo cada uno diferente en su tratamiento y entendimiento legal.

La postulación del demandante **-sin embargo-** ha sido fraseada literalmente del modo siguiente (en la demanda):

*“Se **DECLARE** la **Nulidad total y/o invalidez y/o ineficacia** de todas las penalidades aplicadas por el Hospital Nacional Arzobispo Loayza durante la ejecución del Contrato N° 004-2019-HNAL- OEA; **en consecuencia, se deje sin efecto la Carta N° 22 -2019-HNAL-OEA** de fecha 21 de junio de 2019, y **otros informes o actas o decisiones** que se hicieran de manera interna para la aplicación de penalidades por haber transgredido la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento”.*



Esta primera pretensión, tiene intrínsecamente en sí misma, un extremo de pretensión declarativa (primera parte) y un extremo de pretensión accesoria (segunda parte), para lo cual **utiliza en la redacción propuesta el conector lógico “en consecuencia”**.

Es decir, solo si se ampara lo primero “en consecuencia”, se ampara lo segundo.

Y, de no ampararse lo primero, mal puede ampararse lo segundo (dada la redacción propuesta).

El extremo declarativo, como se señalaba líneas atrás, incluye al mismo tiempo, los conceptos de nulidad total y/o invalidez y/o ineficacia de las penalidades (dejando aparentemente a criterio del árbitro único elegir cuál aplicaría); para luego (extremo accesorio) dejar sin efecto la Carta N° 22 -2019-HNAL-OEA y los “otros informes o actas o decisiones” (así, en genérico, abierto y ambiguo).

Nótese que no se demanda la Nulidad total y/o invalidez de la Carta N° 22 -2019-HNAL-OEA de fecha 21 de junio de 2019, sino únicamente la ineficacia de la misma, a modo de consecuencia accesoria de haber declarado la Nulidad total y/o invalidez y/o ineficacia de todas las penalidades.

Ciertamente, cada quien redacta, propone y plantea sus pretensiones, como mejor considere, y no corresponde al Árbitro Único interpretar tema distinto de aquel que se le ha propuesto.

7.3 La Validez de los Actos Administrativos, conforme a la Ley de Procedimiento Administrativo General (LPAG) en el artículo 8.2, define al acto administrativo válido como aquel dictado conforme al ordenamiento jurídico, es decir el acto emitido observando los requisitos de formación establecidos en la citada ley.

En este punto es importante destacar que la LPAG ha precisado las diferencias entre los conceptos “validez” y “eficacia” de los actos administrativos (recordemos que la demanda mezcla tres conceptos disímiles y no incide en ninguno), siendo que, mientras la “validez” del acto hace referencia a su conformidad con el ordenamiento jurídico, el artículo 16.1 establece que la “eficacia” es el momento a partir del cual el acto administrativo produce sus efectos.

No es pues lo mismo validez o eficacia, conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

Los citados conceptos “validez” y “eficacia” ostentan en la LPAG una caracterización que no necesariamente coincide con la consagrada por el Código Civil peruano por lo que el estudio y análisis de su régimen jurídico para un caso de contratación pública, así como del acto administrativo en general, siempre debe realizarse exclusivamente desde la perspectiva de la regulación del Derecho Administrativo, y no la del Derecho Civil.

En el Derecho Administrativo en comparación con el sistema de nulidades civiles, se tiene que estas últimas suelen concebirse como una sanción por la ausencia o alteración de un elemento constitutivo del acto, porque se pone énfasis sobre la voluntad de las partes, en cambio en el Derecho Administrativo la nulidad deriva de la imposibilidad del acto de integrarse en un ordenamiento jurídico dado, de su violación objetiva de principios jurídicos, antes que de un elemento suyo viciado o faltante.

En el derecho civil la nulidad es siempre declarada por un órgano jurisdiccional, mientras que en el Derecho Administrativo puede ser declarada tanto por un órgano jurisdiccional como por un órgano administrativo tanto a petición de parte como incluso de oficio.

Ahora bien, el artículo 9.4 de la LPAG consagra de manera expresa en nuestro ordenamiento administrativo la presunción de validez de los actos administrativos conforme al cual todo acto se considera válido en tanto que su nulidad no sea expresamente declarada en sede administrativa mediante los mecanismos que la ley establece o en sede judicial como resultado de los procesos judiciales tramitados con ese propósito. A este punto, el Árbitro Único entiende que debe hacerse extensiva la norma, no solo a sede judicial, sino a cualesquiera de las formas de Jurisdicción consagradas en la Constitución Política del Estado, entre ellas, el Arbitraje.

El denominado por la doctrina “principio de presunción de validez de los actos administrativos” constituye otro de los elementos característicos del Derecho Administrativo en cuya virtud los actos dictados por una autoridad administrativa se presumen legítimos en tanto su invalidez o disconformidad con el ordenamiento jurídico no sea expresamente declarada por quienes están facultados legalmente para constatarlo. Dicho principio consagra una presunción iuris tantum (admite prueba en contrario) y tiene por fundamento la necesidad de asegurar que la administración pública pueda realizar sus funciones en tutela del interés público sin que los llamados a cumplir sus decisiones puedan obstaculizar las actuaciones de la administración sobre la base de cuestionamientos que no hayan sido confirmados por las autoridades administrativas o judiciales competentes para controlar la legalidad de los actos administrativos.

7.4 En concordancia con lo expuesto, el artículo 12.2 de la LPAG establece que sólo respecto de los actos administrativos expresamente declarados nulos, ya sea por la propia administración pública en virtud de los recursos que puedan haber interpuesto los interesados o en base a la potestad de declarar la nulidad de oficio de sus propios actos, o por el Poder Judicial (o Jurisdiccional) en ejercicio de su poder de control de la legalidad de la actuación administrativa, los particulares y los servidores públicos podrán oponerse o negarse al cumplimiento de los mismos.

Ahora bien, es útil entender la diferencia con la invalidez. Según lo establece el artículo 8º de la LPAG el acto administrativo “válido” es aquel dictado conforme al ordenamiento jurídico, por tanto, acto administrativo “inválido” sería aquel en el que existe discordancia entre el acto y el ordenamiento jurídico y por tanto es un acto ilegal.

Sin embargo no todo acto administrativo inválido es un acto administrativo susceptible de ser declarado nulo en los términos previstos por el artículo 10º de la LPAG, ya que solo estaremos ante un acto administrativo susceptible de ser declarado nulo cuando padezca de los vicios contemplados por dicho precepto, porque si se trata de un acto que padece de los vicios considerados no trascendentes o no relevantes por el artículo 14º de la LPAG, entonces no procede la declaratoria de su nulidad, sino la posibilidad de que recobre su validez mediante la subsanación o enmienda de su ilegalidad por la propia Administración Pública.

Los supuestos de conservación del acto administrativo contemplados por el citado artículo 14º de la LPAG tienen por objetivo privilegiar la eficacia de la actuación administrativa frente a irregularidades de los actos administrativos que la ley estima leves. Por tanto, acto administrativo

“nulo” sería aquel que padece de algunas de las causales de invalidez trascendentes o relevantes previstas por el artículo 10° de la LPAG y que ha sido expresamente declarado como tal por la autoridad administrativa o jurisdiccional competente, determinando la expulsión del acto administrativo del mundo jurídico.

En dicho sentido, no siempre la consecuencia ordinaria de la invalidez de un acto administrativo es su declaratoria de nulidad, porque el artículo 10° de la LPAG sólo ha querido reservar esa consecuencia a los actos que incurren en vicios graves de legalidad, ya que respecto de los actos que padecen de vicios considerados no trascendentes por el artículo 14° de la LPAG la regla es permitir su enmienda por la propia Administración.

7.5 **¿Cuál es el presunto acto administrativo cuya nulidad y/o invalidez y/o ineficacia se demanda?** La respuesta es el pago parcial, o, dicho de otro modo, el no pago del saldo, o el monto retenido llamado “penalidad”. En definitiva, se plantea la nulidad y/o invalidez y/o ineficacia **de la penalidad**.

¿Este “acto material” que corresponde al no pago que las partes llaman penalidad (y que en los hechos es una penalidad), es un acto administrativo?

Veamos que señala la LPAG.

#### **Artículo 1.- Concepto de acto administrativo**

1.1 *Son actos administrativos, las declaraciones de las entidades que, en el marco de normas de derecho público, están destinadas a producir efectos jurídicos sobre los intereses, obligaciones o derechos de los administrados dentro de una situación concreta.*

1.2 *No son actos administrativos: (...) Los comportamientos y actividades materiales de las entidades.*

#### **Artículo 4.- Forma de los actos administrativos**

4.1 *Los actos administrativos deberán expresarse por escrito, salvo que, por la naturaleza y circunstancias del caso, el ordenamiento jurídico haya previsto otra forma, siempre que permita tener constancia de su existencia.*

La retención (penalidad) en sí misma y el subsecuente pago parcial, no es un acto administrativo, **lo es o sería, el acto formal que dispuso aplicar tal o cual penalidad, por la razón fáctica o jurídica que la Entidad hubiera considerado oportuna, que ciertamente, debió ser debidamente notificada y desarrollada en la demanda.**

**Este acto formal (el acto administrativo), ciertamente, no ha sido demandado como nulo, o inválido, se ha demandado de forma accesoria que aplique como INEFICAZ “la Carta N° 22 -2019- HNAL-OEA” o INEFICAZ los “otros informes actas o decisiones que se hicieran (ello redactado así, en genérico)”.**

### ¿Es ineficaz una Carta?

La Carta N° 22 -2019-HNAL-OEA cuya ineficacia “accesoria” dentro de la primera pretensión principal se demanda, lo que hace **es notificar el Informe N° 67-2019-OI-J-HNAL**, que detalla las observaciones (que determinan las penalidades, en cuestionamiento).

De otro lado, se tienen los siguientes informes, que no son demandados directamente, pero –es de entenderse que sí **“indirectamente” al usarse el fraseo de “otros informes o actas o decisiones”**. Estos informes, conforme a lo actuado en el proceso, debieran entenderse a:

- INFORME N°1963-ADQ-HNAL-2019
- INFORME N°1964-ADQ-HNAL-2019
- INFORME N°1832-ADQ-HNAL-2019
- INFORME N°2124-ADQ-HNAL-2019
- INFORME N°2130-ADQ-HNAL-2019
- INFORME N°1833-ADQ-HNAL-2019
- INFORME N°2429-ADQ-HNAL-2019
- INFORME N°2430-ADQ-HNAL-2019
- INFORME N°2650-ADQ-HNAL-2019
- INFORME N°3253-ADQ-HNAL-2019
- INFORME N°3692-ADQ-HNAL-2019
- INFORME N°207-ADQ-HNAL-2020
- INFORME N°279-ADQ-HNAL-2020
- INFORME N°1621-ADQ-HNAL-2020
- INFORME N°1823-ADQ-HNAL-2020

Ninguno de estos informes **sin embargo** (que corresponden a actos administrativos), han sido demandados como nulos o inválidos, ni han sido desarrollado por las partes, siendo éstos, no la carta, lo que eventualmente puede ser nulo, inválido o ineficaz, deviniendo en una demanda

planteada en genérico, sin posibilidad de ver el contradictorio sustantivo de cada acto administrativo.

En la práctica, el demandante entiende que se le ha aplicado una penalidad, efectivamente hay una penalidad, pero no se expone y desarrolla la penalidad (o penalidades).

Lo que se ha demandado como nulo y/o inválido y/o ineficaz son las penalidades monetarias, materializadas en la práctica (acto material), y cuyos actos administrativos que le dan “sustento” son los informes antes señalados, **ninguno de los cuales son materia de pretensión directa o principal alguna, solo a manera de accesoria y en genérico, y mal puede el Árbitro Único declarar fundada o infundada la validez, invalidez, eficacia o ineficacia de actos administrativos que indirectamente inciden en la controversia, si ni siquiera son debatidos.**

Una carta, por tanto, no es ineficaz per se; **lo sería como mucho, el acto administrativo que dicha carta remite, o cualesquiera otros actos administrativos.**

**Reitérese que el propio demandante ha reseñado su propio escrito de demanda, del modo de reseña sobre ¿QUÉ TRATA EL CASO?, y lo presenta del siguiente modo:**

Se señala que el caso trata sobre el presunto incumplimiento de contrato por parte del Hospital Nacional Arzobispo Loayza, respecto a los retrasos de su contraprestación, y la aplicación indebida de “otras penalidades”, sin cumplir el debido proceso que exige la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Se precisa que con fecha 28 de enero de 2019 se suscribió el Contrato N°004-2019-HNAL-OEA con la Entidad, en virtud al Concurso Público N° 002-2018-HNAL (CP-SM-2-2018-HNAL-1), señalándose que el plazo de la ejecución de la prestación de veinticuatro meses se computaba a partir de los 05 (cinco días), calendarios suscrito dicho contrato. En esa línea de ideas, en contrato iniciaría el día 02 de febrero de 2018.

En ese sentido, se indica en la demanda, que se habría cumplido a cabalidad el objeto del contrato, por lo cual dicha prestación, tenía una contraprestación que obligaba a la Entidad a efectuar mensualmente el pago.

Pese a ello –se sostiene- la Entidad realizó retenciones y descuentos injustificados, así como el no pago de las facturas; hecho que se habría originado desde la instalación del servicio.

Sobre el particular, mediante diversas cartas se solicitó el cumplimiento de la obligación de dar suma de dinero, para seguir evitando daños patrimoniales, ello, sin respuesta.

No obstante lo anterior, el demandante parte de la premisa que hay incumplimiento de contrato por parte de la demandada, yendo directamente al afirmar que “hay penalidades”, pero nunca las desarrolla, ni expone el contenido de cada servicio o cada penalidad.

#### 7.6 De la notificación de los actos administrativos

Puntual y literalmente, el escrito de demanda detalla que las penalidades aplicadas (cuyas razones se encuentran en los informes antes señalados, pero no son expuestas en la demanda), nunca

fueron notificados, sino hasta el 25 de junio de 2019, fecha en que se notifica la carta N° 22-2019-HNAL-OEA, en la que se confiere 3 días hábiles de plazo para absolver los incumplimientos. Así las cosas, se habría aplicado la penalidad, sin notificar previamente. Y luego de continuó “penalizando”, igualmente sin notificar.

Ello explicaría la razón por la cual se ha demandado literalmente el siguiente fraseo:

***“Ineficacia de (...), otros informes o actas o decisiones que se hicieran de manera interna para la aplicación de penalidades por haber transgredido la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento (...)”***

Ciertamente, la forma propuesta en la demanda, no permite un correcto pronunciamiento, deviniendo en Improcedente, pues pretende de parte del Árbitro Único que se declare la “ineficacia” de cualesquiera “otros” informes o actas o decisiones (que no precisa), dejando de cargo del Árbitro Único la carga de entender cuáles serían estos “otros” informes o actas o decisiones.

#### 7.8 Del análisis sustantivo de las penalidades.

Sin perjuicio de lo antes señalado, de la integral lectura de la demanda y de la contestación de demanda, se advierte que el demandante se ha limitado a informar que presentó sus facturas, luego a informar que se le pagó en tiempo dilatado aplicándose algunas penalidades, sin embargo, no desarrolla el concepto de cuáles serían las razones de estas penalidades (ello es de inferirse se debe a por la falta de notificación u otra razón), y por tanto, se carecen de los fundamentos para desarrollar los elementos de fondo de la razonabilidad del monto, o la pertinencia de la penalidad y por tanto determinar si son nulas y/o inválidas y/o ineficaces, cuyo análisis (de fondo) resulta indispensable, aunque imposible con lo actuado.

Sobre este particular, cita el propio demandante la CLAUSULA DUODÉCIMA: PENALIDADES del CONTRATO:

Asimismo, conforme el Artículo 134° del Reglamento de la Ley de Contrataciones se establecen como otras penalidades las siguientes:

| PENALIDAD   | APLICACIÓN  |
|---|---|
| No contar con carné de identificación personal del servicio de seguridad y vigilancia vigente (SUCAMEC).  | S/. 150.00 y retiro del agente inmediatamente.                                  |
| Contar con carné de identificación caduco.  | S/. 100.00 por día y retiro del agente inmediatamente.                          |
| Cambiar personal de vigilancia sin autorización de la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento. El procedimiento será comunicar a la Unidad de Seguridad y Vigilancia en un plazo no menor (02) días calendario, debiendo adjuntar los datos personales del personal de reemplazo, así como la documentación que acredite el perfil y experiencia igual o mayor al personal objeto del reemplazo. | S/. 100.00 y retiro del agente inmediatamente.                                  |
| No brindar descanso al personal mediante el agente volante y supervisor.  | S/. 150.00 al detectar la situación.  |
| Que un agente cubra dos (02) turnos continuos.  | S/. 150.00 entendiéndose por no cubierto el puesto.                             |
| Cubrir a un agente o supervisor con personal que no cuente con el mismo perfil del agente solicitado, según los términos de referencia.   | S/. 1,500.00 y retiro del agente inmediatamente.                                |
| No efectuar visitas diarias del supervisor externo.   | S/. 100.00 por día.   |
| Puestos de vigilancia no cubiertos.   | S/. 150.00 por hora hasta el tope de dos horas y se podrá resolver el contrato. |

**Procedimiento:** La Oficina de Servicios Generales y/o Unidad de Seguridad y Vigilancia procederá a levantar un acta indicando las observaciones la misma que será suscrita con el supervisor designado por la Empresa y en forma inmediata comunicada por escrito a la Oficina de Logística para que proceda hacer efectiva la penalidad impuesta, previo los procedimientos administrativos regulares.

Se otorgará un plazo mínimo de (01) día calendario o máximo (03) días calendarios para que proceda con la subsanación, en le cual deberá de presentar el descargo respectivo por corresponder.

Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta o del pago final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

Estos dos tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente.

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, de ser el caso, LA ENTIDAD puede resolver el contrato por incumplimiento.

De la lectura pues de la demanda, no se advierte si las penalidades impuestas son, por ejemplo, por contar o no contar con carné, por cambiar o no cambiar de vigilantes, por efectuar o no efectuar visitas, etc. (basta con dar lectura a la demanda y a la contestación), en dicho sentido, el análisis sustantivo no puede ser absuelto. Ello ha de explicarse, ciertamente, por lo genérico del modo propuesto en la demanda y la presunta no notificación de los informes que dan contenido a las penalidades, de las que expresamente se declara que desconocen el contenido.

Si el demandante desconoce el contenido, con mayor razón la desconoce el Árbitro Único, pese a ello, se pretende una pretensión declarativa de nulidad y/o invalidez y/o ineficacia.

Lo anterior no obsta, sin embargo, para entender que existe un conflicto de intereses entre las partes, que debe empezar por entender las razones de las penalidades y la totalidad de los informes cuya ineficacia se pretende, nada de lo cual ha sido materia del presente arbitraje, atendiendo a la forma y modo de proponer las pretensiones y al redactar la demanda.

En dicho sentido, la Primera Pretensión debe ser declarada Improcedente.

### **7.9 De la pretensión de pago de la Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta Cuestión Controvertida**

Conforme a lo propuesto en la demanda, se pretende que se determine si corresponde o no ordenar a la ENTIDAD que cumpla con efectuar el pago y/o reembolso por la “indebida aplicación” de penalidades a favor del CONSORCIO por la suma de S/. 297,620.54 (Doscientos Noventa y Siete Mil Seiscientos Veinte con 54/100 nuevos soles), más los intereses legales y moratorios que deben ser liquidados al momento que se expida el laudo.

A criterio del Árbitro Único, la segunda pretensión tiene una suerte de principal y accesoria (respectivamente) con lo resuelto en la primera pretensión, por lo que es el extremo resolutive debe ser similar.

#### **De la pretensión indemnizatoria de la Tercera Cuestión Controvertida**

Conforme a lo propuesto en la demanda, se pretende que se determine si corresponde o no ordenar a la ENTIDAD el pago de una indemnización por daños y perjuicios, correspondiente a los daños por lucro cesante y daño emergente ocasionados por el retraso injustificado de los pagos de las prestaciones de seguridad y vigilancia que brindó el CONSORCIO ante la ENTIDAD, y por la retención, descuentos y penalidades indebidos que descontaron de las facturaciones emitidas por el CONSORCIO

A criterio del Árbitro Único, la segunda pretensión tiene una suerte de principal y accesoria (respectivamente) con lo resuelto en la primera pretensión, por lo que es el extremo resolutive debe ser similar.

#### **De la pretensión de obligación de hacer de la Cuarta Cuestión Controvertida**

Conforme a lo propuesto en la demanda, se pretende que se determine si corresponde o no ordenar a la Entidad demandada que cumpla la entrega de las Actas de Conformidad de Servicio al CONSORCIO por el cumplimiento del Contrato N° 004- 2019-HNAL- OEA, sin penalidades, y que esta sea emitida conforme lo establece el artículo 145 del reglamento de la ley de contrataciones del Estado – Ley 30225.

A criterio del Árbitro Único, la segunda pretensión tiene una suerte de principal y accesoria (respectivamente) con lo resuelto en la primera pretensión, por lo que es el extremo resolutive debe ser similar.

#### **De la pretensión de costas y costos obligación de hacer de la Quinta Cuestión Controvertida**

El Árbitro Único entiende que, en función de lo actuado, sin perjuicio de la declaración de Improcedencia de las pretensiones sustantivas, corresponde al demandante asumir el 100% de las costas y costos del proceso arbitral.

### **8. LAUDO:**



En mérito a lo antes expuesto, el Árbitro Único emite el presente pronunciamiento (Laudo Arbitral), declarando lo siguiente:

- **DECLARAR IMPROCEDENTE LA PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** referida a que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no declarar la Nulidad total y/o invalidez y/o ineficacia de todas las penalidades aplicadas por el Hospital Nacional Arzobispo Loayza (en adelante, la ENTIDAD) durante la ejecución del Contrato N° 004-2019-HNAL- OEA; en consecuencia, se deje sin efecto la Carta N° 22 -2019- HNAL-OEA de fecha 21 de junio de 2019, y otros informes o actas o decisiones que se hicieran de manera interna para la aplicación de penalidades por haber transgredido la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.
- **DECLARAR IMPROCEDENTE LA SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** referida a que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a la ENTIDAD que cumpla con efectuar el pago y/o reembolso por la indebida aplicación de penalidades a favor del CONSORCIO por la suma de S/. 297,620.54 (Doscientos Noventa y Siete Mil Seiscientos Veinte con 54/100 nuevos soles), más los intereses legales y moratorios que deben ser liquidados al momento que se expida el laudo.
- **DECLARAR IMPROCEDENTE LA TERCERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** referida a que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a la ENTIDAD el pago de una indemnización por daños y perjuicios, correspondiente a los daños por lucro cesante y daño emergente ocasionados por el retraso injustificado de los pagos de las prestaciones de seguridad y vigilancia que brindó el CONSORCIO ante la ENTIDAD, y por la retención, descuentos y penalidades indebidos que descontaron de las facturaciones emitidas por el CONSORCIO.
- **DECLARAR IMPROCEDENTE LA CUARTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** referida a que el Tribunal Arbitral determine si corresponde o no ordenar a la Entidad demandada que cumpla la entrega de las Actas de Conformidad de Servicio al CONSORCIO por el cumplimiento del Contrato N° 004- 2019-HNAL- OEA, sin penalidades, y que esta sea emitida conforme lo establece el artículo 145 del reglamento de la ley de contrataciones del Estado – Ley 30225.
- **DECLARAR RESPECTO A LA QUINTA CUESTIÓN CONTROVERTIDA:** que corresponde al demandante asumir el 100% de los gastos, costas y costos del proceso arbitral, excluyendo aquello que ya ha pagado directamente en el proceso.



---

Giancarlo Mandriotti Flores  
Árbitro Único