

Lima, 25 de octubre de 2017

Señores:
HOSPITAL DE APOYO DEPARTAMENTAL MARÍA AUXILIADORA
Av. Arequipa N° 810 – Piso 9
San Isidro.-

Atención: **PROCURADURÍA PÚBLICA DEL MINISTERIO DE SALUD**

Referencia: **Arbitraje entre el Consorcio Azángaro con el Hospital de Apoyo Departamental María Auxiliadora**

Asunto : **Notifica Laudo de Derecho – Resolución N° 11**

De mi especial consideración:

De conformidad con lo dispuesto en la Resolución N° 10 y de conformidad con lo establecido en el numeral 46 del Acta de Instalación, a través de la presente cumpla, dentro del plazo, con notificarlos con el **Laudo de Derecho emitido el 24 de octubre de 2017 (55 folios)** emitido por el Tribunal Arbitral conformado por los doctores Katty Mendoza Murgado (Presidenta del Tribunal Arbitral), Diana Revoredo Lituma y Mario Silva López (Árbitros)

Atentamente,


LUCÍA MARIANO VALERIO
Secretaría Arbitral
Arbitre Soluciones Arbitrales



LAUDO DE DERECHO

Laudo de Derecho que resuelve la controversia surgida entre Consortio Amancaes con el Hospital de Apoyo Departamental María Auxiliadora, que dicta la doctora Katty Mendoza Murgado (Presidente) y los doctores Diana María Revoredo Lituma y Mario Manuel Silva López (Árbitros).

Número de Expediente de Instalación: 1621-2016

Demandante: Consortio Azángaro (en adelante, el Consortio).

Demandado: Hospital de Apoyo Departamental María Auxiliadora (en adelante, la Entidad).

Contrato: Contrato N° 183-2015-HMA para la Contratación del Servicio de "Acondicionamiento de Módulos Temporales del Hospital María Auxiliadora"

Monto del Contrato: S/. 3'626,800.00

Cuanfía de la Controversia: S/. 711,615.72

Tipo y Número de Proceso de Selección: Exoneración N° 023-2015-HMA

Tribunal Arbitral: Katty Mendoza Murgado, Diana María Revoredo Lituma y Mario Manuel Silva López.

Secretaría Arbitral: Arbitre Soluciones Arbitrales S.R.L. – Lucía Mariano Valerio.

Monto de los honorarios del Tribunal Arbitral: S/. 24,069.00

Monto de los honorarios de la Secretaría Arbitral: S/. 7,165.00

Fecha de emisión del laudo: 24 de octubre de 2017.

N° de Folios: 55

Pretensiones (controversias relacionadas a las siguientes materias):

Nulidad, invalidez, inexistencia y/o ineficacia del contrato.

Resolución del contrato.

Ampliación del plazo contractual.

Defectos o vicios ocultos.

Formulación, aprobación o valorización de metrados.

Recepción y conformidad.

Liquidación y pago.

Mayores gastos generales.

Indemnización por daños y perjuicios.

Enriquecimiento sin causa.

Adicionales y reducciones.

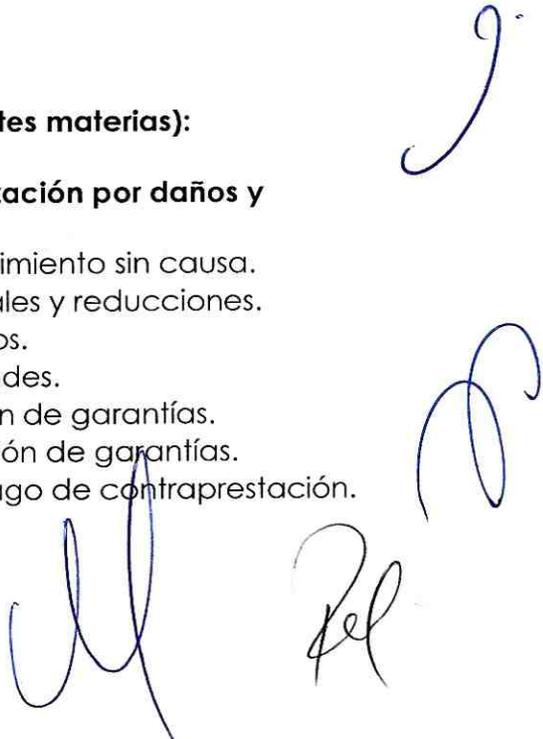
Adelantos.

Penalidades.

Ejecución de garantías.

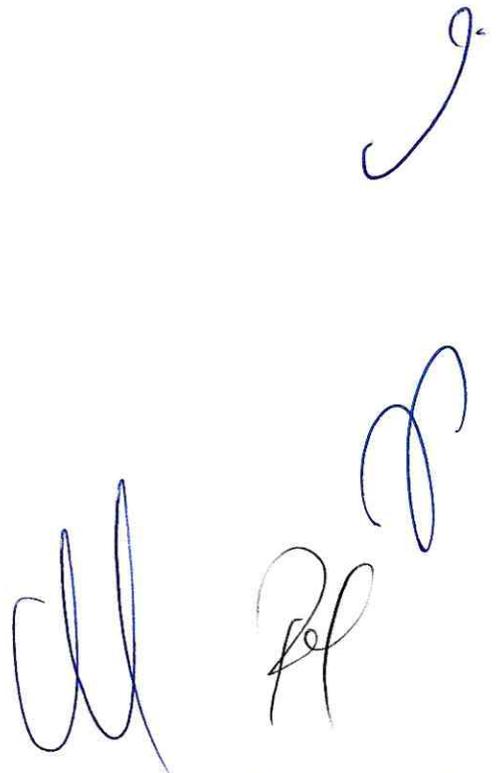
Devolución de garantías.

Otros: Pago de contraprestación.



Índice

I. ANTECEDENTES	3
II. LO ACTUADO EN EL PROCESO ARBITRAL	4
III. PUNTOS CONTROVERTIDOS DEL PROCESO	12
IV. COSTOS DEL PROCESO	13
V. DECLARACIONES PRELIMINARES:	14
VI. HECHOS RELEVANTES Y NORMAS APLICABLES	15
VII. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA	16
PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:.....	17
SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:	17
TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:	17
CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:	47
QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO:	52
VIII. LAUDO:	53



Resolución N° 11

En Lima, a los 24 días del mes de octubre de 2017, realizadas las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos del Consorcio y la Entidad, el Tribunal Arbitral dicta el presente Laudo de Derecho.

I. ANTECEDENTES

- 1.1. El 24 de setiembre de 2015, las partes celebraron el Contrato N° 183-2015-HMA para la contratación del Servicio de "Acondicionamiento de Módulos Temporales del Hospital María Auxiliadora".
- 1.2. La Cláusula Décima Sétima del mencionado Contrato contiene la cláusula de solución de controversias, en el siguiente sentido:

"CLÁUSULA DÉCIMA SÉTIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 176°, 177° y 181° del Reglamento o , en su defecto, en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado".

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

El Laudo Arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia".

- 1.3. El 19 de octubre de 2016, en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE, se reunieron los miembros del Tribunal Arbitral doctora Katty Mendoza Murgado, en su calidad de Presidente, los doctores Diana Revoredo Lituma y Mario Manuel Silva López en su calidad Árbitros, los representantes de ambas partes y el señor Hector Martín Inga Aliaga, Profesional de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales representante de la Dirección de Arbitraje Administrativo del OSCE, participaron en la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral, en ese mismo acto, el Tribunal Arbitral declaró que han sido debidamente designados de acuerdo a ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, ratificándose en la aceptación del encargo de Árbitros y señalaron que no tienen ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes. Asimismo, se obligaron a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada.
- 1.4. En esta Audiencia, a la que en lo sucesivo nos referiremos como el "Acta de Instalación", el Tribunal Arbitral fijó las reglas de este arbitraje estableciendo que es uno ad hoc, nacional y de derecho.
- 1.5. Así también, este Tribunal Arbitral encargó la secretaría del proceso a Arbitre Soluciones Arbitrales S.R.L., quien a su vez designó a Lucía Mariano Valerio, estableciendo como sede del arbitraje la oficina ubicada en Calle Río de la Plata N° 167, Oficina 102, distrito de San Isidro, provincia y departamento de Lima.

II. LO ACTUADO EN EL PROCESO ARBITRAL

- 2.1. Mediante escrito de fecha 10 de noviembre de 2016, el Consortio presentó su demanda arbitral ofreciendo, para tal efecto, los medios probatorios que detalló y anexó. Asimismo, formuló su petitorio en los siguientes términos:

“III. EXPOSICION DEL DIFERENDO (PRETENSIONES):

Que el diferendo se determina en nuestras pretensiones derivadas del contrato N°183-2015-HMA, y en consecuencia pretensionamos lo siguiente:

- A. SE DECLARE EL CONSENTIMIENTO DE LA LIQUIDACIÓN FINAL DE SERVICIO**, PRESENTADA A LA ENTIDAD CONTRATANTE MEDIANTE CARTA 012- 2016/CONSORCIO AZANGARO DEL 02MAY2016 CON LAS OBSERVACIONES REALIZADAS MEDIANTE CARTA N° 015-2016/C.AZANGARO DEL 02JUN2016, RECEPCIONADA EL 03 DEL MISMO MES Y AÑO; EN CONSECUENCIA SE RECONOZCA Y ORDENE EL PAGO DEL SALDO A FAVOR DE MI REPRESENTADA POR EL MONTO ASCENDENTE A LA SUMA S/ 611.607.72 (SEISCIENTOS ONCE MIL SEISCIENTOS SIETE Y 72/100 NUEVOS SOLES). MAS LOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DE PAGO.
- B. EN EL SUPUESTO SE DECLARE INFUNDADA LA PRIMERA PRETENSION SOLICITAMOS LA APROBACIÓN Y PAGO DE NUESTRA LIQUIDACIÓN FINAL DEL SERVICIO, PRESENTADA CON CARTA N° 012-2016/CONSORCIO AZANGARO DEL 02MAY2016. RECEPCIONADA EN LA MISMA FECHA. CON LAS OBSERVACIONES EFECTUADAS MEDIANTE CARTA N° 015-2016/C.AZANGARO DEL 02JUN2016. RECEPCIONADA EL 03 DEL MISMO MES Y AÑO,** CONSEQUENTEMENTE SE ORDENE A LA ENTIDAD CONTRATANTE EL PAGO DEL SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA POR EL MONTO ASCENDENTE A LA SUMA DE S/ 611,607.72 (SEISCIENTOS ONCE MIL SEISCIENTOS SIETE Y 72/100 NUEVOS SOLES), MAS LOS INTERESES QUE SE GENEREN HASTA LA FECHA DE PAGO.
- C. QUE, LA DEMANDADA CUMPLA CON EFECTIVIZAR EL PAGO DE LA SUMA S/ 248.927.72 (DOSCIENTOS CUARENTIOCHO MIL NOVECIENTOS VEINTISIETE Y 72/100 NUEVOS SOLES) MÁS LOS**

INTERESES GENERADOS HASTA LA FECHA DE CANCELACIÓN, A FIN DE NO SEGUIR PERJUDICANDO A MI REPRESENTADA, SUMA QUE FUERA **ILEGALMENTE RETENIDA POR LA ENTIDAD**, PRECISANDOSE QUE DICHO MONTO SE ENCUENTRA INCLUIDO EN NUESTRA LIQUIDACION FINAL DE SERVICIO DETALLADA EN NUESTRA SEGUNDA PRETENSION DE LA PRESENTE DEMANDA.

D. LA **NULIDAD Y/O INEFICACIA PARCIAL DE LA LIQUIDACIÓN REMITIDA POR LA ENTIDAD MEDIANTE CARTA N° 004-2016-PG-QEA-HMA. DE FECHA 31 DE MAYO DEL 2016. EN LO QUE SE REFIERE A LA APLICACIÓN DE PENALIDAD**, POR HABERSE EMITIDO CONTRARIANDO LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y SU REGLAMENTO.

E. EL PAGO POR CONCEPTO DE **INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS** (RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL), QUE LA ENTIDAD CONTRATANTE DEBERÁ ABONARNOS Y QUE COMPRENDE:

Lucro Cesante y Daño Emergente: S/.100,000.00 (Cien mil y 00/100 nuevos soles) que constituyen los ingresos y ganancias dejadas de percibir por mi Representada al no cumplir la Entidad con el pago en el plazo fijado, en la retención ilegal de nuestros pagos y en el mayor costo de nuestra Carta Fianza de Fiel Cumplimiento y tener comprometida dicha garantía disminuyendo nuestra línea de crédito no permitiendo nuestra participación en otras licitaciones, los mismos que no se pueden recuperar por la desidia e inacción de la Entidad Contratante en la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias causadas por su ilegal proceder(entiéndase contrario a derecho), así como el perjuicio causado por pago a asesores para el proceso de conciliación y presente arbitraje, tal como lo estipula los artículos 1321°, 1322° y 1985° del Código Civil.

F. LA OBLIGACIÓN POR PARTE DE LA ENTIDAD CONTRATANTE, DE DAR SUMA DE DINERO (PAGO), DE LOS COSTOS (HONORARIOS DE ABOGADO) Y COSTAS (GASTOS DEL PROCESO: HONORARIOS DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y DE LA SECRETARIA ARBITRAL) DERIVADOS DEL PRESENTE PROCESO, MAS LOS INTERESES HASTA LA FECHA DE SU PAGO.

G. LOS DEMAS RECLAMOS Y/O PRETENSIONES QUE SERAN AMPLIADOS EN SU OPORTUNIDAD".

- 2.2. Ante ello, mediante Resolución N° 1 de fecha 21 de noviembre de 2016, entre otros, se requirió al Consorcio para que, en el plazo de cinco (5) días hábiles para que cumpla con presentar los documentos que ofreció como medios probatorios y anexos del escrito de su demanda, luego de lo cual, el Tribunal Arbitral se pronunciaría respecto a la admisión de la demanda.
- 2.3. En ese sentido mediante escrito de fecha 24 de noviembre de 2016, el Consorcio presentó los medios probatorios ofrecidos en su demanda de fecha 10 de noviembre de 2016, por lo que, mediante Resolución N° 2 de fecha 16 de diciembre de 2016, se admitió a trámite la demanda del Consorcio, teniendo por ofrecidos sus medios probatorios, y corriéndose traslado a la Entidad de la misma, para que, en el plazo de quince (15) días hábiles, presente su contestación de demanda y, de considerarlo conveniente, formule en ese mismo acto reconvencción, debiendo ofrecer los medios probatorios que respalden su posición.
- 2.4. Al respecto, mediante escrito de fecha 10 de enero de 2017, la Entidad presentó su contestación de demanda ofreciendo los medios probatorios descritos en el acápite "IV. MEDIOS PROBATORIOS" los mismos que respaldan su posición; en ese sentido, mediante

Resolución N° 3 de fecha 23 de enero de 2017, se tuvo por contestada la demanda, y por ofrecidos los probatorios que presentó.

- 2.5. Luego, mediante Resolución N° 5 de fecha 8 de mayo de 2017 se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos e Ilustración de Posiciones, para el día 23 de mayo de 2017 a partir de las 10:00 horas, otorgándoles el plazo de cinco (5) días hábiles, para que, formulen su propuesta de puntos controvertidos.
- 2.6. De otro lado, mediante escrito de fecha 16 de mayo de 2017, el Consorcio ofreció el Oficio N° 437-2015-OFIC.LOG.-HMA como medios probatorio; asimismo, mediante escrito de fecha 22 de mayo de 2017, la Entidad solicitó la reprogramación de las Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos e Ilustración de Posiciones, por lo que, mediante Resolución N° 6 de fecha 30 de mayo de 2017, se reprogramaron dichas audiencia para el día 20 de junio de 2017 a partir de las 10:00 horas.
- 2.7. Posteriormente, mediante escrito de fecha 30 de mayo de 2017, el Consorcio se desistió de una de sus pretensiones, así como, precisó su primera y segunda pretensiones, por lo que, mediante Resolución N° 7 de fecha 13 de junio de 2017, se dispuso, previamente a emitir un pronunciamiento al respecto, correr traslado del referido escrito a la Entidad para que, en el plazo de tres (3) días hábiles, manifieste lo conveniente a su derecho.
- 2.8. Al respecto, mediante escrito de fecha 19 de junio de 2017, la Entidad manifestó su conformidad con el desistimiento de su pretensión efectuado por el Consorcio.
- 2.9. Es así que, el 20 de junio de 2017 contando con la asistencia de las miembros del Tribunal Arbitral, la Secretaría Arbitral y ambas partes, se emitió la Resolución N° 8, mediante la cual tuvo por desistido al

Consortio de sus segunda pretensión principal, asimismo, se tuvieron por modificadas la primera pretensión principal y la primera pretensión alternativa de la demanda. Luego, se dio inicio a la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, en primer lugar, se fijaron los siguientes puntos controvertidos:

1. Determinar si corresponde o no declarar el consentimiento de la Liquidación Final de Servicio presentada mediante Carta 012-2016/CONSORCIO AZANGARO el 2 de mayo de 2016 a la Entidad con las observaciones realizadas mediante Carta N° 015-2016/C.AZANGARO el 2 de junio de 2016; en consecuencia, determinar si corresponde o no reconocer y ordenar el pago del saldo a favor del Consortio por el monto ascendente a la suma S/. 362,680.00 (Trescientos Sesenta y Dos Mil Seiscientos Ochenta con 00/100 soles), más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.
2. Determinar, de no acogerse la primera pretensión, si corresponde o no la aprobación y pago de la Liquidación Final del Servicio presentada con Carta 012-2016/CONSORCIO AZANGARO el 2 de mayo de 2016 a la Entidad con las observaciones realizadas mediante Carta N° 015-2016/C.AZANGARO el 2 de junio de 2016; en consecuencia, determinar si corresponde o no reconocer y ordenar el pago del saldo a favor del Consortio por el monto ascendente a la suma S/. 362,680.00 (Trescientos Sesenta y Dos Mil Seiscientos Ochenta con 00/100 soles), más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.
3. Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia parcial de la Liquidación remitida por la Entidad mediante Carta N° 004-2016-DG-OEA-HMA de fecha 31 de mayo del 2016, en lo que se refiere a la aplicación de penalidad.

4. Determinar si corresponde o no el pago por concepto de indemnización por daños y perjuicios (lucro cesante y daño emergente), por el monto de S/.100,000.00 (Cien Mil y 00/100 soles).
5. Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad pague los costos y las costas del presente arbitraje, más los intereses hasta la fecha de su pago.

Así también, en la citada audiencia se admitieron todos los medios probatorios ofrecidos por el Consorcio y por la Entidad en sus escritos, los cuales son los siguientes

DE LA PARTE DEMANDANTE:

Se admitieron y tuvieron por actuados los documentos ofrecidos por el Consorcio en su escrito de demanda de fecha 10 de noviembre de 2016 y descritos en el acápite "VI. MEDIOS PROBATORIOS" desde el numeral 6.1 hasta el 6.21, y presentados mediante escrito de fecha 24 de noviembre de 2016; así como, el ofrecido mediante escrito de fecha 16 de mayo de 2017. Adicionalmente, los ofrecidos en el escrito de fecha 30 de mayo de 2017.

DE LA PARTE DEMANDADA:

Se admiten y se tienen por actuados los documentos ofrecidos por la Entidad presentados en su escrito de contestación de demanda de fecha 10 de enero de 2017 descritos en el acápite "IV. MEDIOS PROBATORIOS" desde el numeral 1 hasta el 7.

En adición a ello, el Tribunal Arbitral se reservó el derecho de disponer la actuación de oficio de cualquier otro medio probatorio que considere conveniente. Asimismo, se reservó la posibilidad de prescindir de las pruebas que considere prescindibles o innecesarias.

de conformidad con lo dispuesto en el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 1071 encontrándose también contenidas en el numeral 34 del Acta de instalación.

- 2.10. Inmediatamente después, se llevó a cabo la mencionada Audiencia de Ilustración de Posiciones, otorgando el uso de la palabra a cada una de las partes, a fin de que expongan sus argumentos de defensa. Posteriormente, el Tribunal Arbitral realizó las preguntas que consideró pertinentes, las cuales fueron absueltas; finalmente, se prescindió de la Audiencia de Pruebas y se declaró cerrada la etapa probatoria, en consecuencia, se concedió a las partes, el plazo de diez (10) días hábiles, para que presenten sus alegatos escritos.
- 2.11. Al respecto, mediante escrito de fecha 27 de junio de 2017, el Consorcio señaló que en la Audiencia de Ilustración de Posiciones, por error, indicó que: *"el pago de adelanto directo fue efectivizado el 19 de octubre de 2015; sin embargo, conforme lo señalado desde un inicio y de los documentos presentados el 19 de noviembre de 2015"*; por lo que solicitó tener por aclarada dicha fecha.
- 2.12. Asimismo, mediante escritos de fecha 4 y 6 de julio de 2017, el Consorcio y la Entidad presentaron sus alegatos escritos, respectivamente.
- 2.13. Ante ello, mediante Resolución N° 9 de fecha 17 de julio de 2017, se tuvo presente lo expuesto por el Consorcio en su escrito de fecha 17 de junio de 2017; asimismo, se tuvieron por presentados los alegatos escritos y se citó a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el 1 de agosto de 2017 de 2017 a las 10:00 horas.
- 2.14. Es así que, el día 1 de agosto de 2017, reunidos los miembros del Tribunal Arbitral, la Secretaría Arbitral y ambas partes, para llevar a cabo la Audiencia de Informes Orales, se otorgó el uso de la palabra a

ambas partes, a fin de que expongan sus argumentos de defensa. Posteriormente, el Colegiado realizó las preguntas que consideró pertinente a las partes, las cuales fueron absueltas por las mismas, asimismo se declaró el cierre de la instrucción y, estableció el plazo para laudar de treinta (30) días hábiles contados a partir del día siguiente a la realización de la presente audiencia, el mismo que podría ser prorrogado por treinta (30) días hábiles adicionales, a entera discreción del Tribunal Arbitral.

- 2.15. Al respecto, mediante Resolución N° 10 de fecha 11 de setiembre de 2017, se prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, precisando que luego de emitido el laudo el Tribunal Arbitral, la Secretaria Arbitral contará con cinco (5) días hábiles adicionales para notificar el laudo a las partes, tal como lo estipula el numeral 45 del Acta de Instalación.

III. PUNTOS CONTROVERTIDOS DEL PROCESO

- 3.1. Atendiendo a las pretensiones formuladas en la demanda y la posición del demandado, el Tribunal Arbitral fijó los siguientes puntos controvertidos:

1. *Determinar si corresponde o no declarar el consentimiento de la Liquidación Final de Servicio presentada mediante Carta 012-2016/CONSORCIO AZANGARO el 2 de mayo de 2016 a la Entidad con las observaciones realizadas mediante Carta N° 015-2016/C.AZANGARO el 2 de junio de 2016; en consecuencia, determinar si corresponde o no reconocer y ordenar el pago del saldo a favor del Consorcio por el monto ascendente a la suma S/. 362,680.00 (Trescientos Sesenta y Dos Mil Seiscientos Ochenta con 00/100 soles), más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.*

2. *Determinar, de no acogerse la primera pretensión, si corresponde o no la aprobación y pago de la Liquidación Final del Servicio presentada con Carta 012-2016/CONSORCIO AZANGARO el 2 de mayo de 2016 a la Entidad con las observaciones realizadas mediante Carta N° 015-2016/C.AZANGARO el 2 de junio de 2016; en consecuencia, determinar si corresponde o no reconocer y ordenar el pago del saldo a favor del Consorcio por el monto ascendente a la suma S/. 362,680.00 (Trescientos Sesenta y Dos Mil Seiscientos Ochenta con 00/100 soles), más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.*
3. *Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia parcial de la Liquidación remitida por la Entidad mediante Carta N° 004-2016-DG-OEA-HMA de fecha 31 de mayo del 2016, en lo que se refiere a la aplicación de penalidad.*
4. *Determinar si corresponde o no el pago por concepto de indemnización por daños y perjuicios (lucro cesante y daño emergente), por el monto de S/. 100,000.00 (Cien Mil y 00/100 soles).*
5. *Determinar si corresponde o no ordenar que la Entidad pague los costos y las costas del presente arbitraje, más los intereses hasta la fecha de su pago.*

IV. COSTOS DEL PROCESO

- 4.1. En lo referente a los costos arbitrales, estos fueron fijados en los numerales 55 y 56 del Acta de Instalación del Arbitraje en la suma neta de S/. 8,023.00 para cada uno de los Árbitros y la suma de S/. 7,165.00 para la secretaria arbitral, debiendo cada parte asumir el 50% de dichos montos.

- 4.2. Mediante Resolución N° 1, se tuvo por acreditado el pago de los honorarios arbitrales correspondientes al Tribunal Arbitral y a la Secretaria Arbitral en la parte que le correspondía al Consorcio.
- 4.3. Mediante Resolución N° 4, se facultó al Consorcio para que en caso de tener interés en impulsar el presente arbitraje, asuma el pago de los honorarios arbitrales correspondientes a los miembros del Tribunal Arbitral y la Secretaría Arbitral, en la parte que le correspondía a la Entidad.
- 4.4. Mediante Resolución N° 5, se tuvo por acreditado, por parte del Consorcio, el pago de los honorarios arbitrales correspondientes al Tribunal Arbitral y a la Secretaria Arbitral, en lo que le correspondía a la Entidad.

V. DECLARACIONES PRELIMINARES:

- 5.1. Antes de analizar la materia controvertida, corresponde remarcar lo siguiente:
- (i) El Tribunal Arbitral se ha instalado de conformidad con las normas que regulan la contratación estatal y con la conformidad de las partes.
 - (ii) El Consorcio interpuso su demanda dentro del plazo previsto, ofreciendo las pruebas correspondientes.
 - (iii) La Entidad fue debidamente emplazada con la demanda habiéndola contestado oportunamente.
 - (iv) Las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer sus pruebas, así como han contado con el derecho a informar

oralmente en la Audiencia de Ilustración de Posiciones e Informes Orales.

- (v) Se han analizado todas las afirmaciones de las partes y todas las pruebas admitidas en el proceso, otorgándoles el mérito que les corresponde aun cuando no se haga mención expresa de ellas en este Laudo.
- (vi) El presente Laudo de Derecho se emite dentro del plazo previsto en el Acta de Instalación.

VI. HECHOS RELEVANTES Y NORMAS APLICABLES

- 6.1. El 24 de setiembre de 2015, las partes celebraron el Contrato N° 183-2015-HMA que tenía por objeto la prestación del Servicio de "Acondicionamiento de Módulos Temporales del Hospital María Auxiliadora".
- 6.2. En ese sentido, en la Cláusula Quinta del Contrato se estableció que el plazo de ejecución de las prestaciones contenidas en el Contrato sería de 75 días calendario, contado a partir del día siguiente a la suscripción del Contrato, la entrega del terreno y/o recepción de la Orden de Servicio; no obstante, en el numeral 2 de la Cláusula Segunda del Contrato se estableció que, se computaría desde el día siguiente de cumplidas las condiciones establecidas en el numeral 9.1 de los términos de referencia del servicio establecido en el Expediente Técnico.
- 6.3. Además de ello, la Cláusula Décima Séptima del mencionado Contrato contiene la cláusula de solución de controversias, en el siguiente sentido:

"CLÁUSULA DÉCIMA SÉTIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 176°, 177° y 181° del Reglamento o , en su defecto, en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado".

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

El Laudo Arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia".

- 6.4. Así también, la Cláusula Décimo Sexta dispone que el marco legal del Contrato, es lo previsto en él, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable, así como las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda y demás normas de derecho privado.

VII. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

- 7.1. Haciendo uso de las facultades atribuidas en el Acta de Instalación y en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos, este Tribunal Arbitral procede a pronunciarse respecto del primer, segundo y tercer punto controvertido, pues se encuentran íntimamente vinculados.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar el consentimiento de la Liquidación Final de Servicio presentada mediante Carta 012-2016/CONSORCIO AZANGARO el 2 de mayo de 2016 a la Entidad con las observaciones realizadas mediante Carta N° 015-2016/C.AZANGARO el 2 de junio de 2016; en consecuencia, determinar si corresponde o no reconocer y ordenar el pago del saldo a favor del Consorcio por el monto ascendente a la suma S/. 362,680.00 (Trescientos Sesenta y Dos Mil Seiscientos Ochenta con 00/100 soles), más los intereses que se generen hasta la fecha de pago".

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar, de no acogerse la primera pretensión, si corresponde o no la aprobación y pago de la Liquidación Final del Servicio presentada con Carta 012-2016/CONSORCIO AZANGARO el 2 de mayo de 2016 a la Entidad con las observaciones realizadas mediante Carta N° 015-2016/C.AZANGARO el 2 de junio de 2016; en consecuencia, determinar si corresponde o no reconocer y ordenar el pago del saldo a favor del Consorcio por el monto ascendente a la suma S/. 362,680.00 (Trescientos Sesenta y Dos Mil Seiscientos Ochenta con 00/100 soles), más los intereses que se generen hasta la fecha de pago".

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO:

"Determinar si corresponde o no declarar la nulidad y/o ineficacia parcial de la Liquidación remitida por la Entidad mediante Carta N° 004-2016-DG-OEA-HMA de fecha 31 de mayo del 2016, en lo que se refiere a la aplicación de penalidad"

POSICIÓN DEL CONSORCIO:

- 7.2. El Consorcio afirma que, con fecha 21 de setiembre de 2015, se le adjudicó la Exoneración N° 023-2015-HMA, para la ejecución del servicio "ACONDICIONAMIENTO DE MODULOS TEMPORALES DEL HOSPITAL MARIA AUXILIADORA", suscribiéndose el Contrato el 24 de setiembre del mismo año, por un monto ascendente a la suma de

S/.3'626,800.00 (Tres millones seiscientos veintiséis mil ochocientos y 00/100 Nuevos Soles). Al respecto, en el numeral "2. PLAZO DE EJECUCION DE LOS TERMINOS DE REFERENCIA" del Contrato, se estableció que el plazo de ejecución del servicio sería de setenta y cinco (75) días calendarios, una vez cumplido las condiciones establecidas en el numeral 9.1 de los términos de referencia.

7.3. Asimismo, señaló que el 2 de febrero de 2016, mediante anotación en el Cuaderno de Ocurrencia - Asiento N° 111, el Residente puso en conocimiento de la Entidad la culminación de la ejecución del servicio, solicitando el nombramiento de la Comisión y la Recepción de la prestación ejecutada. En la misma fecha, en el Asiento N° 112, el Supervisor, previa verificación de los trabajos ejecutados dentro del plazo estipulado, comunicó a la Entidad la culminación del servicio contratado, la que mediante Resolución Directoral N° 046-2016-HMA designó a la Comisión de Recepción, es así que, en el Acta de fecha 18 de febrero 2016, se dejó constancia de la verificación de los trabajos ejecutados y efectuó algunas observaciones, otorgando al Consorcio el plazo de Nueve (09) días calendario para subsanarlas, plazo que se computó a partir del quinto día de suscrito el Acta, ello con arreglo a Ley, procediendo el Residente a levantar las observaciones, el 27 de febrero de 2016 en el Asiento N° 114, lo cual habría sido verificado por el Supervisor y el representante de la Entidad, el 27 de febrero de 2016, en el Asiento N° 115.

7.4. Luego, el Consorcio añade que, mediante Acta de fecha 03 de marzo del 2016, la Entidad, por intermedio de los miembros del Comité de Recepción, procedieron a recepcionar el "Servicio de Acondicionamiento de Módulos Temporales del Hospital María Auxiliadora" dando su conformidad, sin ninguna observación al respecto.

- 7.5. Posteriormente, a través de la Carta N° 0012-2016/CONSORCIO AZANGARO, de fecha 2 de mayo de 2016, recepcionada por la Entidad en la misma fecha, el Consocio presentó la Liquidación del Servicio, con un saldo a su favor de S/ 611,607.72 (Seiscientos once mil seiscientos siete y 72/100 soles).
- 7.6. Además, el Consorcio precisa que, la Entidad no efectuó observación alguna en el plazo que señala la norma y el propio Contrato, en el numeral 13 de su segunda cláusula, toda vez que, la Entidad se habría limitado a enviar la Carta N° 003-2016-DG-OEA-HMA, de fecha 11 de mayo de 2016, recepcionada pro el Consorcio el 12 del mismo mes y año, señalando lo siguiente: "(...) y habiendo recepcionado el documento de la referencia a) y existiendo una observación por parte de la entidad(...)", con lo que, en opinión del Consorcio, la misma no califica en modo alguno como observación, pues no se indica cuál sería la observación que efectúa la Entidad; consecuentemente, el Consorcio considera que, su Liquidación presentada mediante Carta N° 0012-2016/CONSORCIO AZANGARO ha quedado consentida, con las ratificaciones expresadas en la Carta N° 015- 2016/C. AZANGARO.
- 7.7. Al respecto, el Consorcio acota que, mediante la Carta N° 004-2016-DG-QEA-HMA de fecha 31 de mayo de 2016, la Entidad recién se pronuncia respecto a su Liquidación, aplicando una Penalidad ascendente a la suma S/. 326,680.000 incluido IGV (Trescientos veintiséis mil seiscientos ochenta y 00/100 soles) sin sustento alguno, pues alega lo siguiente: "Cabe señalar que, de la liquidación al Servicio de Acondicionamiento de Módulos temporales realizada por la entidad, en el cual se ha concluido que el citado servicio ha culminado fuera de las fechas programadas, por lo que corresponde la aplicación de la penalidad respectiva (...)", pretendiendo así, deducir dicho monto en la liquidación final.

7.8. En ese sentido, el Consorcio afirma que la aplicación de la penalidad por parte de la Entidad resultaría ilegal en la medida que habría contravenido las siguientes disposiciones legales:

- En el "CAPITULO V, TÉRMINOS DE REFERENCIA Y REQUERIMIENTOS TÉCNICOS MÍNIMOS" de las Bases Integradas del proceso, se estableció lo siguiente:

"2. PLAZO DE EJECUCIÓN

El plazo de ejecución empezará a regir según lo establecido en el Artículo 184° del Reglamento de la Lev de Contrataciones del Estado (...)"

- En la Cláusula segunda del Contrato se estableció lo siguiente:

"2. PLAZO DE EJECUCIÓN

El plazo de la ejecución del servicio será de Setenta y Cinco (75) días calendarios, una vez cumplido las condiciones establecidas en el Numeral 9.1 de los términos de referencia de acuerdo a lo ofertado en el folio 220 de su propuesta técnica, que regirá conforme a lo establecido en los términos de referencia del servicio (...)"

- En el "CAPITULO V, TÉRMINOS DE REFERENCIA Y REQUERIMIENTOS TÉCNICOS MÍNIMOS" de las Bases Integradas, así como, en la el Numeral "9. INICIO, PLAZOS Y TÉRMINO DEL SERVICIO" de la Cláusula Segunda del Contrato se señala de manera expresa:

"9.1 INICIO DEL PLAZO DE EJECUCIÓN DEL SERVICIO

El plazo de la misma empezará a regir una vez se cumplan las siguientes condiciones:

- *Que se designe al Ingeniero Residente;*
- *Que se designe la Inspección o Supervisión según corresponda;*

- Que se haya hecho entrega del terreno o lugar donde se ejecutará el *SERVICIO* por el *HOSPITAL* con fines de ejecución del *SERVICIO*, con las instalaciones habilitadas a pie de parcela.
- Que *EL HOSPITAL* haya hecho entrega del expediente técnico completo;
- Que *EL HOSPITAL* haya hecho entrega de Licencia de Obra(si fuera el caso);
- Que se *HAYA ENTREGADO EL ADELANTO DIRECTO* al Contratista, de haber sido solicitado por éste (...)"

Al respecto, el Consorcio precisa que, los requisitos estipulados son de obligatorio cumplimiento y no son aislados, es decir el cumplimiento de uno no es excluyente del otro, siendo en el caso de autos, el evento más tardío, la entrega del Adelanto Directo, en ese sentido, el plazo de inicio de ejecución del servicio se contabilizó a partir del cumplimiento de dicho requisito.

- En el "*CAPITULO V, TÉRMINOS DE REFERENCIA Y REQUERIMIENTOS TÉCNICOS MÍNIMOS*" de las Bases integradas y en la Cláusula Segunda del Contrato, respecto al Adelanto Directo, de manera categórica señalan:

"Numeral 18. ADELANTOS, de los TERMINOS DE REFERENCIA, parte integrante del Contrato suscrito y:

(...)

De no solicitar el Contratista el Pago de Adelanto Directo en el plazo indicado, la fecha del pago del Adelanto Directo no será considerada como inicio del Plazo contractual. El adelanto deberá ser utilizado exclusivamente para gastos de este Contrato, lo cual es responsabilidad del Contratista (...)"

- 7.9. En atención a los dispositivos legales citados precedentemente, el Consorcio considera que, contrario sensu, es decir, al ser solicitado por



el Contratista se constituye en un requisito para el inicio del plazo contractual.

- 7.10. Asimismo, el Consorcio afirma que, tramitó dicha Garantía, siendo otorgada por INSUR S.A. Compañía de Seguros, con fecha 30 de Setiembre del 2015, CF N° 215301103, por la suma de S/. 725,360.00 (Setecientos veinticinco mil trescientos sesenta y 00/100 soles). Asimismo, el Consorcio indica que, solicitó el Adelanto Directo a la Entidad, mediante Carta N° 007-2015/C.AZANGARQ de fecha 2 de octubre de 2015, recepcionada por la Entidad en la misma fecha, y, es el 19 de noviembre de 2015, que recién la Entidad habría hecho efectivo el pago y/o entrega al Consorcio del Adelanto Directo solicitado. Consecuentemente, al amparo de la normativa en contrataciones aplicable, de lo dispuesto en las propias Bases de cumplimiento obligatorio e imperativo para las partes las que además constituyen parte integrante del Contrato y de lo establecido en el propio Contrato, conforme lo detallado en los puntos precedentes; constituyendo un requisito "*Sine Qua non*" para que, se inicie el computo del plazo contractual: "*Que se haya entregado el adelanto directo al Contratista, de haber sido solicitado por éste (...)*", es que, en el caso de autos inició con fecha 20 de noviembre de 2015.
- 7.11. Además, el Consorcio considera pertinente señalar que, el segundo párrafo del artículo 35° de la Ley establece que "*El contrato entra en vigencia cuando se cumplan las condiciones establecidas para dicho efecto en las Bases (...)*"; y que, el artículo 142° del Reglamento dispone de manera taxativa que "*El contrato está conformado por el documento que lo contiene, las Bases Integradas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del proceso de selección que establezcan obligaciones para las partes y que hayan sido expresamente señalados en el contrato (...)*"

- 7.12. Así también, de acuerdo a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 151° del Reglamento, *"El plazo de ejecución contractual se computa en días calendario desde el día siguiente de la suscripción del contrato o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en las Bases."*
- 7.13. En ese sentido, estando a que se estableció como condición para el inicio del cómputo del plazo del Servicio que, la Entidad entregue el adelanto directo al Consorcio, previa solicitud formal de este último, dentro del plazo previsto en las bases y adjuntando la garantía correspondiente, es que, el plazo de ejecución del Servicio inició el 20 de noviembre de 2015, ya que, en tanto no se configuraba dicho requisito no se iniciaría el computo de dicho plazo; es así que, en opinión del Consorcio, la Entidad habría obrado de manera incorrecta y sin mayor sustento legal ni técnico.
- 7.14. Dicho eso, el Consorcio añade que, una vez perfeccionado un Contrato, es cierto que el Consorcio se obliga a ejecutar las prestaciones pactadas a favor de la Entidad de conformidad con las disposiciones contractuales; sin embargo, no menos cierto es que, por su parte, la Entidad se compromete a cumplir con sus obligaciones entre aquellas pagar al contratista la contraprestación correspondiente, en la forma y oportunidad establecidas en el contrato, así como, otorgar el Adelanto Directo de manera oportuna, conforme las bases, los términos de referencia; y, en el presente caso, el propio Contrato, por lo que, debe entenderse que los Términos de Referencia se encuentran dentro de estas Disposiciones Contractuales.
- 7.15. Sobre este punto, el Consorcio indica que, de conformidad con el numeral 50 del anexo "DEFINICIONES" del Reglamento, se establece que:

"50. Términos de referencia: Descripción, elaborada por la Entidad, de las características técnicas y de las condiciones en que se ejecutara la prestación de servicios y de consultoría (...)"

- 7.16. Consecuentemente, al pretender la Entidad inobservar dichas características y condiciones, imponiendo una penalidad que no corresponde, pues una de las condiciones y requisitos, en este caso, la entrega de Adelanto Directo, para que se dé inicio al plazo contractual, recién fue cumplida por parte de la Entidad el 19 de noviembre de 2015, con lo que, estaría incumpliendo los Términos de Referencia, así como, las disposiciones contractuales que resultan de cumplimiento obligatorio para ambas partes, además de lo señalado en las propias bases del proceso que constituyen parte integrante del Contrato.
- 7.17. A mayor abundamiento, el Consorcio señala que, el Art. 1362° del Código Civil dispone que los Contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes, por lo que, invocando al principio recogido en dicha normativa la Entidad deberá respetar lo señalado en las bases y los Términos de Referencia que constituyen parte integrante del Contrato suscrito entre las partes, donde se establece de manera taxativa y fehacientemente las condiciones para el inicio del plazo contractual.
- 7.18. Adicionalmente, el Consorcio se pronuncia respecto a la supuesta fecha tardía de entrega del Adelanto Directo por parte de la Entidad, que se habría efectuado el 19 de octubre de 2015, indicando que, no obstante solicitó el mismo oportunamente mediante Carta N° 007-2015/C.AZANGARO del 2 de octubre de 2015, dentro de los 08 días calendarios de suscrito el Contrato, conforme a las Bases, el numeral 18 de la Cláusula Segunda del Contrato, y el artículo 187° del Reglamento; la Entidad inobservó ello y efectivizó dicho adelanto recién el 19 de noviembre de 2015, incumpliendo en exceso el plazo,

por siete (7) días calendarios, y por causal atribuible a su falta de responsabilidad y diligencia, toda vez que, es responsabilidad de los Funcionarios de la Entidad, mediante el área competente, registrar debidamente al Destinatario del Pago ante el SEACE.

7.19. Sobre el particular, el Consorcio precisa que, en la Cláusula Cuarta del Contrato se estipula de manera clara que el "Consortio que se constituye (...) llevará contabilidad independiente (...)", en el mismo sentido en el numeral L) de la Cláusula Sexta, dentro de las facultades del Representante Legal designado, se señala de manera taxativa que la deberá "REPRESENTAR AL CONSORCIO ANTE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA - SUNAT Y TRAMITAR EL CORRESPONDIENTE REGISTRO UNICO DE CONTRIBUYENTE - RUC (...)" en ese sentido, el Consorcio afirma que, efectuó los trámites ante la Autoridad Tributaria, la que procedió a otorgarnos el Registro Único de Contribuyente - RUC N° 20600693175, el mismo que fue comunicado a la Entidad.

7.20. De otro lado, el Consorcio afirma que, de los documentos oportunamente alcanzados para la suscripción del Contrato, mediante Carta N° 003- 2015/C.AZANGARO, se tiene que, se remitió la "Carta de Autorización", donde se podría apreciar con meridiana claridad, la autorización de Abono directo en la cuenta CCI cuyo detalle es el siguiente:

- EMPRESA (o nombre) : CONSORCIO AZÁNGARO
- Ruc : 20600693175
- Entidad Bancaria : BANCO CONTINENTAL
- Código CCI : 011-341-000100032443-52
- Cuenta de Detracción : 00-098-210970 BANCO DE LA NACIÓN

7.21. En el mismo documento, se dejaría expresa constancia que, el número de cuenta bancaria está asociada al RUC consignado, conforme ha

sido aperturada en el sistema bancario nacional; es decir, a nombre del Consorcio con RUC independiente. Del mismo modo, en dicha carta de remisión de documentación para la suscripción del Contrato, se habría adjuntado la copia de la Ficha RUC del Consorcio, tanto sería así que, en el propio Contrato, se consigna las partes intervinientes, por una parte, al Hospital de Apoyo Departamental María Auxiliadora y, de la otra parte, el Consorcio con RUC N° 20600693175.

- 7.22. Bajo ese contexto, el Consorcio considera que, de conformidad a las Normas en Contrataciones y Directivas emitidas por el OSCE, corresponde a la Entidad y es responsabilidad de ésta el Registro del Destinatario del Pago en el SEACE, siendo que fue la Entidad, mediante su funcionario, la que cometió el error de registrar indebidamente a uno de los consorciados como Destinatario del Pago, siendo el correcto, el propio Consorcio, conforme habría sido de pleno conocimiento de la Entidad, habiendo suscrito el Contrato donde se identificó el Registro Único de Contribuyente, con contabilidad independiente, de conformidad a la cuarta cláusula del Contrato del Consorcio, documento que fue remitido a la Entidad, para la suscripción del Contrato, y que ahora pretendería trasladar al Consorcio la falta de diligencia de sus funcionarios, cuando ello es su competencia y responsabilidad conforme a sus facultades.
- 7.23. Es así que, el Consorcio afirma que, con fecha 7 de junio de 2016 solicitó al Centro de Conciliación "AGTER SOLUCIONES" iniciar el procedimiento de Conciliación referida a la Aprobación de su Liquidación Final de Servicio presentada con Carta N° 012-2016/CONSORCIO AZANGARO con las ratificaciones efectuadas con Carta N° 015-2016/C.AZANGARO, la nulidad y/o Ineficacia Parcial de la Liquidación remitida por la Entidad mediante Carta N°004-2016-DG-OEA-HMA referente a la aplicación de Penalidad y otras controversias relacionadas a la ejecución del servicio. Luego, mediante Acta de

Conciliación N° 15-2016 del 08 de julio de 2016 se deja Constancia la falta de acuerdo entre las partes por inasistencia de la Entidad. Posteriormente, con Carta N° 018-2016/C.AZANGARO, del 22 de julio de 2016, recepcionado el 25 del mismo mes y año, procedió a solicitar el Inicio del procedimiento arbitral, con la Entidad.

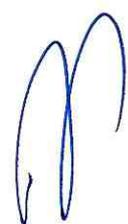
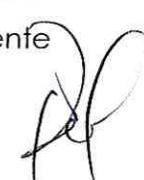
POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

- 7.24. La Entidad inicia señalando que, mediante este proceso, el Consorcio solicita que se declare la nulidad y/o ineficacia parcial de la Liquidación remitida por la Entidad mediante Carta N° 004-2016-DG-OEA-HMA de fecha 31 de mayo de 2016, en lo que se refiere a la aplicación de la penalidad señalando que la fecha de inicio de cómputo del plazo contractual inició el 20 de noviembre de 2015.
- 7.25. Al respecto, la Entidad niega lo manifestado por el Consorcio, aduciendo que, de acuerdo a la copia del cuaderno de ocurrencias en su folio 03, asiento 003, el ingeniero Residente del Servicio señala que el servicio se inició el 06 de octubre de 2015, en ese sentido, advirtiéndose que el Consorcio concluyó con ejecutar el servicio fuera de las fechas establecidas en el contrato (75 días), correspondía la aplicación de la penalidad respectiva.
- 7.26. En primer lugar, la Entidad considera que, debe tenerse presente que el Contrato se deriva de un Proceso de Exoneración de Proceso de Selección por Emergencia Sanitaria, atendiendo a lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 018-2015-SA publicado con fecha 13 de junio de 2015, que declaró en Emergencia Sanitaria la prestación de servicios de salud en el Hospital María Auxiliadora por el plazo de 90 días, plazo prorrogado mediante Decreto Supremo N° 028-2015-SA publicado el 11 de setiembre de 2015.

- 7.27. En ese sentido, con fecha 24 de setiembre de 2015 se suscribió el Contrato para el "SERVICIO DE ACONDICIONAMIENTO DE MODULOS TEMPORALES PARA EL HOSPITAL MARIA AUXILIADORA" por la suma de S/. 3'626,800.00 (Tres millones seiscientos veintiséis mil ochocientos con 00/100 soles).
- 7.28. Luego, mediante Carta N° 007-2015/C.AZANGARO de fecha 2 de octubre 2015, el Consorcio solicitó el adelanto directo, remitiendo a la Entidad la Carta Fianza N° 215301103 de fecha 30 de setiembre de 2015 por la suma de S/. 725,360.00 por el concepto de Garantía de Adelanto Directo con fecha de vencimiento 30 de diciembre de 2015.
- 7.29. Posteriormente, mediante Acta de Entrega de Terreno de fecha 5 de octubre 2015 se dejó constancia que la Entrega de Terreno se efectuó en la misma fecha y, de acuerdo a copia del cuaderno de ocurrencias en su folio 03, asiento 003, el ingeniero Residente del Servicio señaló que el servicio inició el 06/10/2015.
- 7.30. Con fecha 27 de octubre del 2015, el Consorcio remite la Carta N° 010-2015/C.AZANGARO precisando que de acuerdo al artículo 6.7.2 de la Directiva N° 016-2012-OSCE/CD llevará su contabilidad independiente señalando su RUC N°20600693175.
- 7.31. En mérito a lo señalado en el punto anterior, la Entidad verificó en el SEACE que se había consignado a la empresa IBERICO INGENIERIA Y CONSTRUCCION SA como destinatario del pago, por ser responsable de la parte económica del Consorcio, de acuerdo a lo consignado en el contrato del Consorcio, por lo que se remitió el Oficio N° 437-2015-OFIC-LOGHMA de fecha 28 de octubre de 2015 al OSCE solicitando que se modifique el nombre del destinatario del pago.
- 7.32. Es así que, mediante Primera Addenda al Contrato se hizo la precisión indicando que el Consorcio llevará contabilidad independiente

señalando su RUC con N° 20600693175, firmada por ambas partes con fecha 10 de noviembre del 2015, por lo que, es a partir de dicho momento en que, mediante Memorando No 462-2015- OFIC.LOG/HMA de fecha 13/11/2015, la Oficina de Logística se dirige a la Unidad de Adquisiciones y le remite copia de la PRIMERA ADDENDA del Contrato, para la emisión de la orden de servicio N° 3468 de fecha 13/11/2015, previa anulación del orden de servicio anterior.

- 7.33. Luego, mediante Carta N° 018-2015/CONSORCIO AZANGARO de fecha 21/12/2015, el Consorcio remite la Carta Fianza N° 215301103-R1 de fecha 21/12/2015 por la suma de S/. 234,130.40 por el concepto de Garantía de Adelanto Directo cuyo vencimiento era el 29/03/2016, como renovación de vencimiento de la inicial Carta Fianza de Garantía de Adelanto Directo.
- 7.34. Conforme a lo indicado, la Entidad afirma que, el Consorcio demoró en tramitar el adelanto correctamente ya que omitió un dato importante en su Contrato de Consorcio, y eso ocasionó la demora en la entrega del terreno, ya que, el Contrato se firmó el 24 de setiembre de 2016, por lo que, la Entidad decidió entregar el terreno el 5 de octubre de 2015 con la finalidad que se inicie la ejecución contractual considerándose que el servicio contratado obedecía a una necesidad de emergencia sanitaria, habiéndose dejado constancia en el Cuaderno de Ocurrencias que con fecha 6 de octubre 2015 se inició el servicio.
- 7.35. Al respecto, la Entidad indica que, de acuerdo a la Directiva N° 016-2012-OSCE/CD, en el contenido del contrato del consorcio se debe *"identificar al integrante del consorcio a quién se efectuará el pago y emitirá la respectiva factura o, en caso de llevar contabilidad independiente, señalar el Registro Único de Contribuyentes (RUC) del consorcio"*.

- 7.36. En ese sentido, la normativa de contrataciones del Estado no establece la obligación de incluir de forma expresa dentro de la promesa formal de consorcio, la identificación del integrante del consorcio a quien se efectuará el pago y emitirá la respectiva factura o, en caso de llevar contabilidad independiente, de señalar el RUC del consorcio; sin embargo, dicha información sí debe ser incluida como parte del contrato de consorcio, por tanto es en el contrato de consorcio y no durante la ejecución contractual donde debe identificarse al integrante del consorcio "a quien se efectuará el pago y emitirá la respectiva factura o, en caso de llevar contabilidad independiente, señalar el Registro Único de Contribuyentes (RUC) del consorcio", ello se desprendería también de la Opinión N° 161-2015-DTN; sin embargo, en el caso que nos ocupa, tanto en la promesa formal de Consorcio como, en el contrato del Consorcio, no se señaló con precisión "el RUC del Consorcio" que llevaría la contabilidad independiente, por lo que, mediante Carta N° 010-2015/C.AZANGARO el Consorcio precisó, de acuerdo a la Directiva N° 016-2012-OSCE/CD, que llevaría la contabilidad independiente señalando su RUC con N° 20600693175, lo que evidenciaría la negligencia del Consorcio.
- 7.37. Así, respecto al Adelanto Directo, los Términos de Referencia, en su punto 18, señalan que "la solicitud, justificación y garantías del adelanto directo para la ejecución del servicio, deberán ser presentadas dentro de los ocho (8) días calendarios desde la suscripción del contrato (...)", por lo que, la Entidad hace presente que el Contrato se firmó con fecha 24/09/2015, y el Consorcio solicitó el Adelanto Directo, mediante Carta N° 007- 2015/C.AZANGARO, de fecha 02/10/2015, dentro del plazo señalado; sin embargo, lo realizó cuando existía esta deficiencia en el Contrato del Consorcio, en consecuencia, esta solicitud no tuvo eficacia, por lo que, con fecha 27/10/2015 el Consorcio remitió la Carta N° 010-2015/C.AZANGARO cumpliendo con precisar que, de acuerdo a la Directiva N° 016-2012-OSCE/CD, el Consorcio llevaría su contabilidad independiente
- 
- 
- 
- 

señalando su RUC con N° 20600693175, lo cual ocasionó el retraso en el pago del adelanto directo, lo que dio mérito a que se tenga que suscribir la Primera Addenda al Contrato con fecha 10 de noviembre del 2015, y que, recién mediante Carta N° 018-2015/CONSORCIO AZANGARO de fecha 21/12/2015, el Consorcio remitió la Carta Fianza N° 215301103-R1 de fecha 21/12/2015 por la suma de S/. 234,130.40 por el concepto de Garantía de Adelanto Directo.

- 7.38. De lo expuesto, se evidenciaría que, la Entidad decidió realizar la precisión del *"número de RUC del Consorcio que llevara contabilidad independiente"* mediante una adenda al Contrato, y tramitar el adelanto directo, con la finalidad de evitar mayor dilación en la ejecución del servicio, ya que el Contrato se derivaba de una necesidad de emergencia sanitaria, basados en el principio de la conservación del acto.
- 7.39. Bajo ese contexto, la Entidad indica que el segundo párrafo del artículo 151 del Reglamento establece que: *"El plazo de ejecución contractual se computa en días calendario desde el día siguiente de la suscripción del contrato o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en las Bases. (...)"*
- 7.40. Es decir, los plazos se computarían en días calendario, excepto en los casos en los que el Reglamento indique lo contrario; asimismo, el plazo de ejecución contractual se computa en días calendario desde el día siguiente de la suscripción del contrato o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en las Bases, resultando de aplicación supletoria lo dispuesto por los artículos 183° y 184° del Código Civil.
- 7.41. Al respecto, de acuerdo a lo establecido en el Contrato, en relación al plazo de ejecución contractual, tenemos lo siguiente:

"Cláusula Segunda: El Plazo de Ejecución del Servicio será de (75) días calendarios una vez cumplido las condiciones establecidas en el numeral 9.1 de los términos de Referencias de acuerdo a lo ofertado en el folio 220 de su propuesta técnica1, que regirá conforme a lo establecido en los términos de referencia del servicio establecido en el Expediente Técnico, el cual será proporcionado por el Hospital María Auxiliadora". Las condiciones son:

- *Que se designe al Ingeniero Residente;*
- *Que se designe a la Inspección o supervisión,*
- *Que se haya hecho la entrega del terreno o lugar donde se ejecutará el Servicio por la Entidad con fines de ejecución del servicio con las condiciones habilitadas a pie de parcela.*
- *Que la Entidad haya hecho entrega del expediente técnico completo.*
- *Que la Entidad haya hecho entrega de la Licencia de Obra (si fuera el caso)*
- *Que se haya entregado el adelanto directo al Contratista, de haber sido solicitado por éste.*

(...)

Cláusula Quinta: El Plazo de Ejecución del servicio es de setenta y cinco (75) días calendarios que se computa desde:

- *El día siguiente a la Suscripción del Contrato*
- *La entrega de terreno y/o recepción de la Orden de Servicio".*

7.42. En el presente caso, la Entidad considera que, de acuerdo a lo dispuesto por la Oficina de Logística mediante Memorando N° 005-2016-OFIC.LOG/HMA, las condiciones se cumplieron conforme al siguiente detalle:

Que se designe al Ingeniero Residente	Se designó con fecha 24 de setiembre del 2015 a la suscripción del Contrato
Que se designe a la Inspección o supervisión	Se designó el 14 de octubre del 2015 mediante contrato de "Servicio de Supervisión del Servicio de Supervisión de Módulos Temporales
Que se haya hecho la entrega del terreno o lugar donde se ejecutará el Servicio por la Entidad con fines de ejecución del servicio con las condiciones habilitadas a pie de parcela	Mediante Acta de fecha 05 de octubre del 2015 se efectúa la entrega del terreno en el Local del Hospital María Auxiliadora.
Que la Entidad haya hecho entrega del expediente técnico completo.	Con carta N° 007-2015-OF. LOG/HMA de fecha 05 de octubre del 2015 se entregó expediente técnico a la contratista.
Que la Entidad haya hecho entrega de la Licencia de Obra (Si fuera el caso)	NO aplica Licencia de obra por cuanto es un servicio, sin embargo se comunicó a la Municipalidad de San Juan de Miraflores el inicio del servicio con Oficio N° 104-2015-DEADG-HMA el 03 de 2015.
Que se haya entregado el adelanto directo al Contratista, de haber sido solicitado por éste	Con fecha 13 de noviembre se genera la Orden de Servicio N° 3468 a nombre del Consortio AZANGARO a mérito de la Primera Adenda al Contrato N°183-2015- HMA del 10 de noviembre del 2015, con fecha 19 de noviembre se efectúa el pago por concepto de adelanto directo ascendente al 20%.

- 7.43. Ahora bien, con relación a la Quinta Cláusula del Contrato, la Entidad señala que ésta establece de manera expresa un inicio al plazo de ejecución contractual por cuanto dice "se computan desde" y señala dos condiciones: la primera desde el día siguiente de suscripción del Contrato y la segunda que señala una conjunción disyuntiva "o" que por sí sola es una excluyente, por cuanto hay que elegir entre dos condiciones, esto es, a la entrega del terreno o la entrega de la orden de servicio, y como la entrega de terreno se efectuó primero que la

entrega de la Orden de Servicio, se tiene como fecha de inicio de ejecución contractual el 6 de octubre de 2015, fecha en que se entregó el terreno al Consorcio.

7.44. En ese orden de ideas, para la Entidad resulta pertinente precisar que la Cláusula Quinta es la que literalmente señala un inicio y las condiciones relevantes para poner en marcha el objeto contractual de acuerdo a la naturaleza del servicio; por lo tanto, es la Cláusula prevalente por cuanto en su contenido particular refleja la mejor voluntad común de las partes, es específica respecto de la Cláusula Segunda que cuyo contenido es general, y por principio según las reglas de interpretación contractual prevalece la cláusula particular sobre la cláusula general.

7.45. Así las cosas, el numeral 7 de la cláusula segunda del Consorcio establece que en la fecha de entrega del terreno, se abrirá el cuaderno de ocurrencias, el mismo que será foliado y visado en todas sus páginas por la Supervisión y por el Ingeniero Residente, en concordancia con el numeral 5.1.4 que, a su vez, establece que el Consorcio no podrá iniciar la ejecución del servicio si no ha sido abierto el Cuaderno de Ocurrencia.

El cuaderno de ocurrencias señala:

- *"Asiento N° 002 de fecha 06.10.2015: En la presente fecha el Consorcio Azangaro ha dado inicio a los trabajos correspondientes al servicio de acondicionamiento de módulos temporales para el Hospital María Auxiliadora objeto del Contrato N° 183-2015-HMA y*
- *Asiento N° 003 de fecha 06.10.2015: El día de hoy se da inicio al servicio "Acondicionamiento de módulos temporales para el Hospital María Auxiliadora, se comienza por obras provisionales como la caseta, asimismo, la eliminación de vegetales, tala de*

árboles y eliminación de raíces, ambos asientos suscritos por Jefe de Supervisión y el Ingeniero Carlos Blas Gutiérrez de la empresa Consortio AZANGARO".

- 7.46. Estando a lo señalado en los párrafos precedentes, la Entidad afirma que los hechos evidencian que el inicio del plazo de ejecución del servicio se da cuando las partes suscriben los Asientos N°s 002 y 003 del Libro de Ocurrencias, con fecha 6 de octubre de 2015, describiendo las obras y/o trabajos provisionales en firme sobre el área de terreno entregado al Consortio, con fecha 05 de octubre del 2015, así como, el Expediente Técnico en la misma fecha, conforme a la Cláusula Quinta del Contrato. Por lo tanto, dicha conducta y asentimiento del Consortio convalida en forma fáctica el inicio de ejecución de servicio, por cuanto, se habría producido las condiciones necesarias de acorde a la naturaleza del servicio, para el inicio del plazo de ejecución contractual.
- 7.47. Adicionalmente, debe citarse el artículo 184° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que señala lo siguiente: *"las condiciones para el inicio del plazo de ejecución, deberán ser cumplidas dentro de los 15 días contados a partir del día siguiente de la suscripción del Contrato. En caso no se haya solicitado la entrega del adelanto directo, el plazo se inicia con el cumplimiento de las demás condiciones. Si la Entidad no cumple con lo dispuesto en los numerales precedentes por causas imputables a ésta, el contratista podrá iniciar el procedimiento de resolución del contrato dentro del plazo de 15 días de vencido el plazo previsto"* y el artículo 169°, donde se establece que, en el mismo plazo, el Consortio tendrá derecho a solicitar el resarcimiento de daños y perjuicios debidamente acreditados.
- 7.48. Al respecto, la Entidad afirma que, en ningún momento, el Consortio objetó la forma realizada del adelanto de pago, ni señaló que ello le

impidiera iniciar el Contrato, es por ello que, suscribió el cuaderno de ocurrencias dando inicio al contrato el día 06 de octubre de 2015, es decir, al siguiente día de la recepción del terreno, iniciándose con ello el Plazo de ejecución contractual.

7.49. Asimismo, debe tenerse presente que, el Consorcio remitió a la Entidad las siguientes Cartas relacionadas al Contrato, en las que señaló de manera expresa desacuerdo alguno en relación al inicio plazo de ejecución contractual:

- Carta N° 002-2015/C.AZANGARO solicita ampliación de plazo para firma de contrato
- Carta N° 003-2015/C.AZAMGARO remite documentos para firma de contrato
- Carta N° 007-2015/C.AZANGARO solicita Adelanto Directo de la obra por el monto de S/. 725,360.00
- Carta N° 008-2015/C.AZANGARO remite Póliza de Seguro
- Carta N° 009-20151 C.AZANGARO remite inclusión de Constancia de Póliza SCTR Salud N° S0163733 y SCTR Pensión N° P0169053.
- Carta N° 010-2015/C.AZANGARO señala que llevará contabilidad independiente.

7.50. Bajo ese contexto, la Entidad se remite a la Opinión Técnica Normativa N° 050-2015/DTN emitida por OSCE con fecha 07 de abril del 2015 relacionado al Adelanto Directo, donde se señala lo siguiente:

"Considerado que las condiciones que debe cumplir una Entidad para iniciar el plazo de ejecución de una obra dependen, a su vez, de las condiciones particulares del respectivo contrato, será necesario analizar las cargas y obligaciones que asume la Entidad en cada contrato en particular, para determinar qué condiciones del artículo 164 del Reglamento deben cumplirse para iniciar el plazo de ejecución de la obra"

- 7.51. Adicionalmente, la Opinión Técnica Normativa 100-2014/DTN de OSCE, ante un caso planteado respecto a circunstancias semejantes al presente caso, señala:
- "Si el contratista no hubiese empleado los mecanismos señalados en el art. 184 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, y adicionalmente hubiese comenzado los trabajos propios de la obra, se habría producido su consentimiento respecto del inicio del plazo de ejecución".*
- 7.52. Es así que, el presente proceso de selección convocado por la suma de S/. 3'626,800.00 (Tres millones seiscientos veintiséis mil ochocientos con /100 soles), la denominación "Acondicionamiento" es acción de acondicionar = Disponer o preparar algo de manera adecuada, es decir, poner una cosa en las condiciones adecuadas para un fin. Así, las condiciones previstas en el contrato para el inicio de plazo de ejecución contractual se han efectuado en las fechas señaladas en el Informe Técnico N° 003-2016-OFIC/HMA de la Oficina de Logística.
- 7.53. Además, la condición Adelanto Directo señalada en el Contrato se efectivizó con fecha 19 de noviembre del 2015, fecha posterior a los 15 días contados al día siguiente de suscrito para que se cumplan las condiciones señaladas en las Bases, por causas inimputables a la Entidad, habiendo ésta cumplido su prestación en razón del Contrato Asociativo de Consorcio, pero ello no difiere el inicio de la ejecución del Contrato. Así también, la Entidad afirma que, lo señalado por la empresa supervisora en su carta N° 07-2015-HMA, de fecha 24 de diciembre de 2015, en virtud de su requerimiento al cumplimiento del plazo, en el asiento 88 del cuaderno de ocurrencias de fecha 21 de diciembre de 2015, respecto a que, para el inicio de la ejecución contractual debe tenerse en cuenta el día 19 de noviembre de 2015, porque en esa fecha le entregaron el adelanto directo, esta

aseveración, aparte de no ser conforme a ley, ni haber sido señalada en la forma y modo previsto a la Entidad, no resulta ser cierta, y es una interpretación del Consorcio.

- 7.54. Ahora bien, respecto al consentimiento de la Liquidación Final del Contrato, la Entidad considera que, de acuerdo a la cláusula segunda del Contrato: *"Si El HOSPITAL no estuviera conforme con la Liquidación del Contratista practicará otra con la documentación sustentatoria y con los cálculos detallados, la misma que será notificada al Consorcio"*, mediante Carta N° 004-2016-DG-OEA-HMA de fecha 31 de mayo de 2016, cumplió con poner en conocimiento del Contratista la Liquidación Final del Servicio de Acondicionamiento de Módulos Temporales realizada por la Entidad.
- 7.55. En dicha Liquidación, se determinó que el servicio concluyó fuera del plazo programado por lo que corresponde la aplicación de la penalidad y que la Entidad está en desacuerdo con la liquidación presentada por el demandante y el contratista supervisor Mendoza Tapia.
- 7.56. En ese sentido, en opinión de la Entidad quedaría claro que la Liquidación presentada por el Consorcio no se encuentra consentida ya que, la Entidad manifestó su disconformidad con dicho informe, por lo que solicita se declare la validez de la Liquidación efectuada por la Entidad elaborada por la Ing. Silvia Zoraida Chuquital Quispe, y que fuera notificada al Consorcio mediante Carta N° 004-2016-DG-OEA-HMA de fecha 31 de mayo de 2016.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

- 7.57. Preliminarmente, este Tribunal Arbitral hace presente que las controversias derivan de la ejecución del Contrato N° 183-2015-HMA, suscrito el 24 de setiembre de 2015, que, a su vez, derivó de la

Exoneración N° 023-2015-HMA, en ese sentido, conviene precisar que, la legislación aplicable es la Ley de Contrataciones del Estado aprobada mediante el Decreto Legislativo N° 1017 y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF.

- 7.58. Asimismo, este Colegiado considera pertinente precisar que, si bien el Contrato ha sido denominado como "Acondicionamiento de Módulos Temporales del Hospital María Auxiliadora", lo cierto es que, de conformidad a los Términos de Referencia, el objeto del mismo era la ejecución de los trabajos de construcción que permitan la acondicionamiento de dichos módulos, con lo que, la normativa aplicable, será la referida a obras.
- 7.59. Así también, este Tribunal Arbitral considera hacer presente que, conforme al artículo 151° del Reglamento, durante la vigencia del Contrato, los plazos se computan en días calendario, excepto en los casos en los que el Reglamento indique lo contrario.
- 7.60. Ahora bien, tratándose la presente controversia sobre si corresponde o no declarar el consentimiento de la liquidación de un Contrato de Obra, es preciso remitirnos al numeral 13 de los Términos de Referencia, que forman parte de la Cláusula Segunda del Contrato, conforme a lo siguiente:

"13. LIQUIDACIÓN FINAL DEL SERVICIO

El Contratista presentará la Liquidación del Servicio ejecutado, debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, suscrita por el representante legal del Contratista. La Liquidación presentada por el Contratista será elevada a EL HOSPITAL.

(...)

Liquidación Financiera:

(...)

La Supervisión elevará a EL HOSPITAL un informe respecto a la liquidación presentada por el Contratista en un plazo no mayor de quince (15) días naturales. EL HOSPITAL emitirá su pronunciamiento dentro de los treinta (30) días naturales de presentada la Liquidación por el Contratista, quien podrá observarla de considerarlo pertinente.

Si EL HOSPITAL no estuviera conforme con la Liquidación del Contratista practicará otra con la documentación sustentatoria y con los cálculos detallados, la misma que será notificada al Contratista.

Si el Contratista no entrega la Liquidación en el plazo indicado, EL HOSPITAL remitirá la liquidación al Contratista para que pueda observarla dentro de los quince (15) días naturales de recibida.

La Liquidación quedará consentida cuando practicada por unas partes, no sea observada por la obra, dentro del plazo establecido. Cuando una de las partes observe la Liquidación presentada por la otra, esta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días naturales de haber recibido la observación, de no hacerlo, se tendrá por aprobada la Liquidación con las observaciones formuladas.

En el caso que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la obra, aquella deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los siete (7) días naturales siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje según corresponda. En caso de Arbitraje es acorde al Artículo 215 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Una vez que la Liquidación haya quedado consentida, el Contrato quedará concluido debiendo cerrarse el expediente de la Liquidación.

Final del SERVICIO. Previo al pago del saldo de la Liquidación Final, EL HOSPITAL descontará del importe del mismo, los siguientes conceptos:

- Sumas anteriores ya pagadas en las planillas o Valorizaciones Mensuales de Avance del SERVICIO, consignadas como saldo en contra del Contratista.
- Reposición por daños atribuidos al Contratista si hubiera.
- El Porcentaje correspondiente a la recuperación de los adelantos, valorizaciones y pagos efectuado por el Hospital acorde al Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, si hubieran saldos pendientes.
- Las multas y penalidades, si hubieran".

7.61. Asimismo, el artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que establece lo siguiente:

"Artículo 211.- Liquidación del Contrato de Obra

El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes. Si el contratista no presenta la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la Entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista. La Entidad notificará la liquidación al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes. La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo

establecido. Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas. En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje. Toda discrepancia respecto a la liquidación se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la Ley y en el presente Reglamento, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida. En el caso de obras contratadas bajo el sistema de precios unitarios, la liquidación final se practicará con los precios unitarios, gastos generales y utilidad ofertados; mientras que en las obras contratadas bajo el sistema a suma alzada la liquidación se practicará con los precios, gastos generales y utilidad del valor referencial, afectados por el factor de relación. No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver."

7.62. Atendiendo a ello, se desprende que, para determinar si corresponde o no reconocer el consentimiento de la Liquidación Técnica Financiera de la Obra elaborada por el Consorcio o por la Entidad, es necesario verificar si las partes cumplieron con los plazos establecidos en los Términos de Referencia, complementados por el artículo citado precedentemente.

7.63. Al respecto, resulta necesario precisar que, en los Términos de Referencia no se ha determinado el plazo con el que cuenta el Consorcio para presentar la Liquidación Final de la obra, por lo que, dicha falencia deberá ser suplida por lo dispuesto en el artículo 211° del Reglamento.

7.64. En ese sentido, para determinar si corresponde o no reconocer el consentimiento de la Liquidación Técnica Financiera de la Obra elaborada por el Consorcio, es necesario que se configuren los siguientes actos:

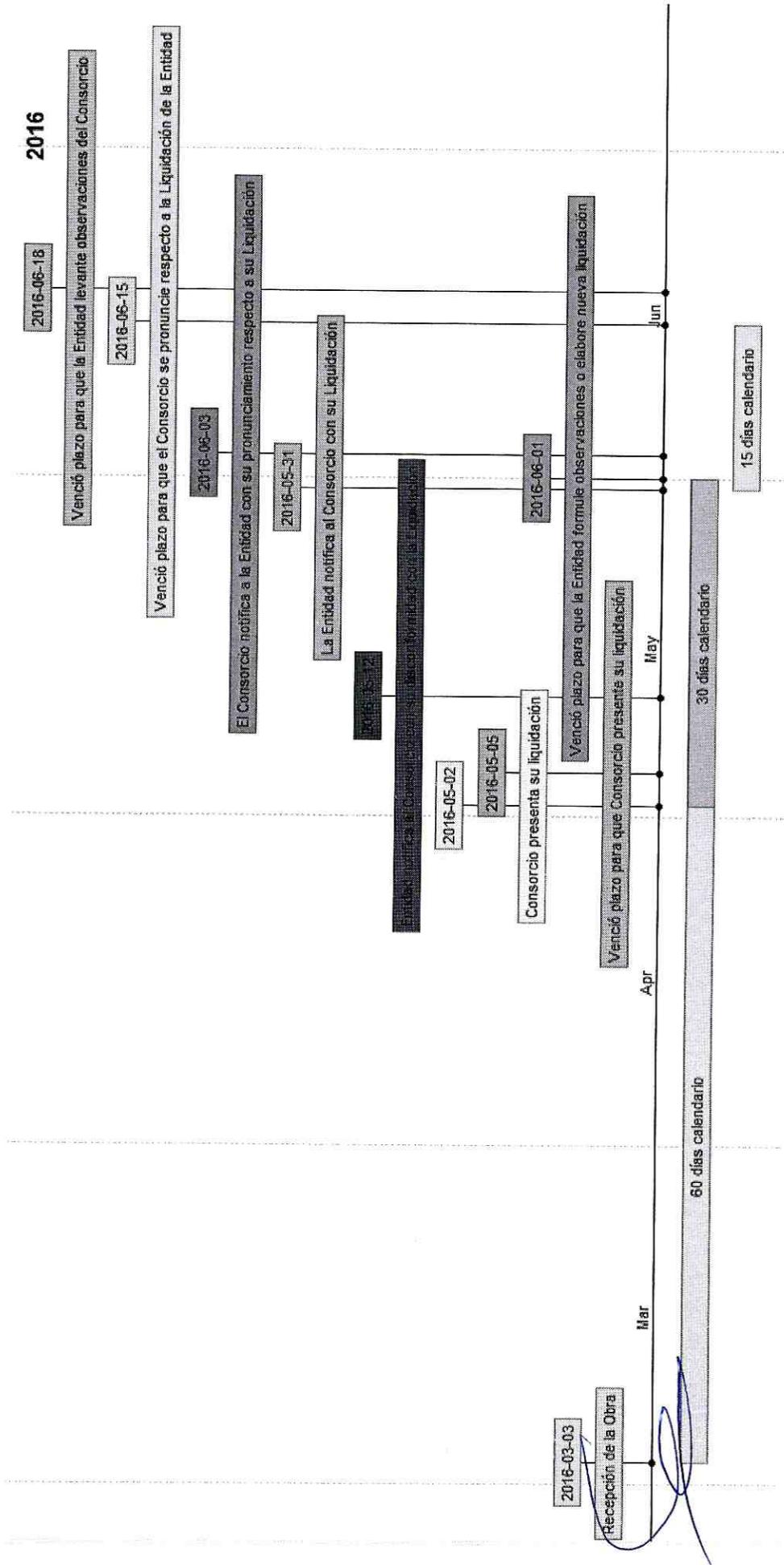
1. Que el Consorcio haya elaborado la liquidación dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra.

2. Que, el Supervisor eleve a la Entidad un informe respecto a la liquidación presentada por el Contratista en un plazo no mayor de quince (15) días naturales.

3. Que, la Entidad realice observaciones a la liquidación del Consorcio, o elabore una nueva, dentro de los treinta (30) días siguientes de recibida ésta.

4. Que, el Consorcio no se pronuncie respecto de las observaciones dentro del plazo de los quince (15) días de haber recibido la observación; o, que la Entidad no se pronuncie respecto a la liquidación presentada por el Consorcio dentro del plazo correspondiente.

7.65. A efectos de verificar los plazos establecidos en el artículo antes mencionado, y para mayor ilustración, observaremos la siguiente línea de tiempo:



[Handwritten signatures and marks]

- 7.66. Conforme se puede observar, el Consorcio notifica a la Entidad con su liquidación, el 2 de mayo de 2016, a través de la Carta 012-2016/CONSORCIO AZANGARO es decir, dentro del plazo de 60 días calendario, con el que contaba a partir de recepcionada la Obra.
- 7.67. Luego, el plazo de treinta (30) días calendario, con el que contaba la Entidad para presentar sus observaciones o, de considerarlas insubsanables, elaborar su propia liquidación, venció el 1 de junio de 2016, y se verifica que, la Entidad notifica con un primer cuestionamiento a la Liquidación del Consorcio, el 12 de mayo de 2016, a través de la Carta N° 003-2016-DG-OEA-HMA, y luego, lo notifica con su liquidación, el 31 de mayo de 2016, a través de la Carta N° 004-2016-DG-OEA-HMA; es decir, dentro del plazo establecido.
- 7.68. Es así que, el plazo de quince (15) días calendario, con el que contaba el Consorcio para pronunciarse respecto a la Liquidación de la Entidad venció el 15 de junio de 2017. Al respecto, se verifica que, el Consorcio cumplió con ello a través de la Carta N° 015-2016/C. AZÁNGARO, en la cual la única observación que formula es en relación a la penalidad impuesta por la Entidad.
- 7.69. A pesar de que el procedimiento de liquidación, antes descrito, exigía que antes las observaciones planteadas por el Consorcio, dentro del plazo de quince (15) días naturales la Entidad se pronuncie al respecto, no obra en el expediente prueba alguna que acredite que la Entidad haya cumplido con levantar la única observación planteada por el Contratista.
- 7.70. En ese sentido, se evidencia que, la Entidad no consintió la Liquidación Final de Servicio presentada por el Consorcio mediante Carta 012-2016/CONSORCIO AZANGARO el 2 de mayo de 2016, pues mediante comunicación de fecha 31 de mayo de 2016, aprobó su liquidación al Contrato, la misma que oportunamente fue observada por el Consorcio,

sin recibir pronunciamiento alguno de la Entidad, en consecuencia, corresponde a este Tribunal Arbitral determinar cuál de las liquidaciones elaboradas es la válida.

- 7.71. Bajo ese contexto, se verifica que, ante el pronunciamiento oportuno del Consorcio a la liquidación efectuada, dentro de su plazo, por la Entidad, no existió levantamiento de observación por parte de esta última, en consecuencia, la liquidación aprobada es la practicada por la Entidad, mediante comunicación de fecha 31 de mayo de 2016 con las observaciones formuladas por el Consorcio mediante comunicación de fecha 15 de junio de 2016, ello teniendo en consideración el procedimiento de liquidación dispuesto en el numeral 13 de los Términos de Referencia contenidos en la Cláusula Segunda del Contrato, el mismo que en relación a este punto específicamente, señala lo siguiente:

*"La Liquidación quedará consentida cuando practicada por una de las partes, no sea observada por la otra, dentro del plazo establecido. **Cuando una de las partes observe la Liquidación presentada por la otra, aquella deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días naturales de haber recibido la observación, de no hacerlo, se tendrá por aprobada la Liquidación con las observaciones formuladas**".*

- 7.72. Por estas consideraciones, no corresponde acceder a la primera pretensión principal de la demanda, es decir, no corresponde declarar el consentimiento de la liquidación final de servicio presentada por el Consorcio mediante Carta N° 012-2016/CONSORCIO AZANGARO, ni el pago que solicita se ordene. Asimismo, no corresponde acceder a su primera pretensión subordinada, pues no corresponde declarar aprobada, ni ordenar el pago, de la liquidación efectuada mediante la mencionad Carta 012-2016/CONSORCIO AZANGARO, ratificada mediante Carta N° 015-2016/CONSORCIO AZANGARO.

- 7.73. Así las cosas, habiéndose determinado que la liquidación aprobada es la practicada por la Entidad, mediante comunicación de fecha 31 de mayo de 2016 con las observaciones formuladas por el Consorcio mediante comunicación de fecha 15 de junio de 2016, corresponde declarar fundada en parte la cuarta pretensión principal, acogida como tercer punto controvertido, toda vez que a criterio de este Colegiado, la Carta N° 004-2016-DG-OEA-HMA de fecha 31 de mayo de 2016 está aprobada, con la atinencia de que dicha aprobación deberá considerar las observaciones formuladas por el Consorcio, es decir, la relacionada a la inaplicación de una penalidad por supuesto atraso en la ejecución de la obra, que alcanzaría la suma ascendente a S/. 326,680.00 (Trescientos veintiséis mil seiscientos ochenta con 00/100).

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO:

“Determinar si corresponde o no el pago por concepto de indemnización por daños y perjuicios (lucro cesante y daño emergente), por el monto de S/.100,000.00 (Cien Mil y 00/100 soles)”.

POSICIÓN DEL CONSORCIO:

- 7.74. El Consorcio afirma que el lucro cesante y el daño emergente constituyen los ingresos y ganancias dejadas de percibir al no cumplir la Entidad con el pago en el plazo fijado, en la retención ilegal de nuestros pagos y en el mayor costo de nuestra Carta Fianza de Fiel Cumplimiento y tener comprometida dicha garantía disminuyendo nuestra línea de crédito, así como, no permitiendo su participación en otras licitaciones, los mismos que no se pueden recuperar por la desidia e inacción de la Entidad en la demora innecesaria a la solución de las presentes controversias causadas por su ilegal proceder así como, el perjuicio causado por pago a asesores para el proceso de conciliación y presente arbitraje, tal como lo estipula los artículos 1321°, 1322° y 1985° del Código Civil.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD:

7.75. En relación a la pretensión indemnizatoria, la Entidad considera que, debe tenerse presente que el tratadista J. García Falconí en su obra "El Juicio por daño moral" señala que deben probarse tres cosas:

- La licitud del acto o hecho, pues en el caso de que la persona que hubiere ocasionado el daño lo hubiere hecho por un mandato de la ley o en cumplimiento de su deber, no existiría tal ilicitud y por tal no cabría sentencia condenatoria por daño moral
- Probar el daño ocasionado
- Probar la relación de causalidad existente entre el acto o hecho ilícito cometido y el daño ocasionado.

7.76. Además, precisa que la pretensión indemnizatoria no solo incumple los requisitos exigidos por ley, sino que el caudal probatorio no presentado no acredita la pretensión indemnizatoria; en ese sentido, la pretensión del actor debe desestimarse en atención a los fundamentos de la Casación N° 99-99 del 16 de junio de 1999, en la cual se señala lo siguiente:

"Tanto en la responsabilidad contractual como en la responsabilidad extracontractual, a fin de que se proceda a la indemnización por daños y perjuicios se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: a) el daño b) el dolo o culpa, salvo en los casos de responsabilidad objetiva y c) la relación de causalidad entre el hecho y el daño producido (...) y la legitimidad. Asimismo conviene recordar que conforme lo señala la doctrina contemporánea, en los supuestos de responsabilidad civil contractual y extracontractual el daño producido para la primera es consecuencia del hecho generador en forma directa e inmediata; y para la segunda es la causa adecuada (nexo causal adecuado)".

- 7.77. En este contexto, la Entidad señala que, en el presente caso no se ha acreditado el hecho generador del daño con prueba idónea razonable o adecuada que permita colegir la producción del daño presuntamente causado, dado que la Entidad, al haber rechazado el equipo ofertado por el Consorcio, actuó en todo momento en cumplimiento del Contrato y la Ley.
- 7.78. De conformidad con los fundamentos expuestos, en opinión de la Entidad, resulta claro que no existe ningún daño, ya que es el Consorcio el que ha incumplido sus obligaciones contractuales dando mérito a que se le apliquen las penalidades, en dicho efecto, los argumentos expuestos no denotan causal de resarcimiento alguno a su favor correspondiendo por tanto que la demanda se declare Infundada en todos sus extremos, condenándose a ella expresamente el pago de las costas v costos arbitrales.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL:

- 7.79. El Consorcio solicita el pago de una indemnización por daños y perjuicios que supuestamente la Entidad le habría causado.
- 7.80. Al respecto, el Colegiado considera que, a efectos de pronunciarse sobre este punto controvertido, es preciso determinar el marco teórico de la responsabilidad civil.
- 7.81. Tradicionalmente, en la responsabilidad civil se pueden distinguir dos tipos o clases: i) la responsabilidad civil contractual y ii) la responsabilidad civil extracontractual; las cuales se diferencian, entre otras razones, principalmente porque en el primer caso el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación contractual, y en el otro supuesto, el daño es producto del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a los demás.

- 7.82. En el caso materia de *litis*, al estar dentro de los parámetros de un Contrato, corresponde analizar el pedido del Consorcio desde la óptica de la responsabilidad civil contractual.
- 7.83. Para los casos de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento de obligaciones contractuales o responsabilidad contractual, el artículo 1321° del Código Civil peruano dispone lo siguiente:
- "Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve".*
- 7.84. Ahora bien, la responsabilidad civil, sea contractual o extracontractual, nace con la concurrencia de los siguientes elementos: (i) la antijuridicidad; (ii) el daño causado; (iii) la relación de causalidad; y (iv) el factor de atribución.
- 7.85. Con la finalidad de atribuir responsabilidad civil contractual a la Entidad, y, en consecuencia, otorgar una indemnización a favor del Consorcio, es necesario verificar la concurrencia de los referidos elementos esenciales de la responsabilidad civil.
- 7.86. En relación al primer elemento, es decir, la ilicitud o antijuridicidad, Lizardo TABOADA¹ señala lo siguiente:

"Modernamente existe acuerdo en que la antijuridicidad, o mejor dicho, que una conducta es antijurídica no sólo cuando contraviene un norma prohibitiva, sino también cuando la conducta viola el sistema jurídico en su totalidad,

¹ TABOADA CÓRDOVA, Lizardo. *Elementos de la Responsabilidad Civil*. Editora Jurídica Grijley. 2° Ed., p32.

en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico (...)"

- 7.87. En el mismo sentido, Espinoza Espinoza² señala que la ilicitud o antijuricidad es lo "contrario al derecho" o que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.
- 7.88. De lo antes mencionado, se infiere que el comportamiento dañoso generador de responsabilidad civil constituye un hecho antijurídico, siendo éste la contravención del ordenamiento jurídico que lesiona sin causa justificada la esfera jurídica ajena (o también denominada antijuridicidad). En tal sentido, la inejecución de una obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causa imputable a una de las partes, implica una conducta contraria a derecho o antijurídico, en la medida que se viola el derecho de crédito que tiene todo acreedor, situación que está proscrita por ley.
- 7.89. En atención a ello, el comportamiento dañoso referido por el Consorcio, sería el que su a entender la Entidad incurrió al retener injustificadamente la suma de S/. 248,972.72, generándole un empobrecimiento, pues dicho monto no fue ingresado a su patrimonio, sino después de más de un año; asimismo, afirma que, al no contar oportunamente con dicha suma, se desatendió de sus obligaciones de pago, no pudiendo postular a nuevos proyectos, por carecer de liquidez. as
- 7.90. Al respecto, cabe señalar que, el Consorcio se desistió de la pretensión referida a la retención de la suma de S/. 248,972.72, por lo que, no corresponde a este Colegiado evaluar la procedencia de dicha retención, mucho menos determinar su antijuricidad.

² ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la Responsabilidad Civil. 6ta edición. Editorial Rodhas. Lima. 2011. págs. 94-98.

- Cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar.
- Cada una de las partes asuma en partes iguales los honorarios de los gastos arbitrales.

VIII. LAUDO:

Por las razones expuestas, de conformidad con el Acta de Instalación y lo previsto en el Decreto Legislativo N° 1071, el Tribunal Arbitral resolvió en Derecho **LAUDA:**

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión de la demanda, en consecuencia, no corresponde declarar el consentimiento de la Liquidación Final de Servicio presentada por el Consortio Azángaro mediante Carta 012-2016/CONSORCIO AZANGARO el 2 de mayo de 2016 al Hospital de Apoyo Departamental María Auxiliadora, con las observaciones realizadas mediante Carta N° 015-2016/C.AZANGARO el 2 de junio de 2016; en consecuencia, tampoco corresponde reconocer y ordenar el pago del saldo a favor del Consortio por el monto ascendente a la suma S/. 362,680.00 (Trescientos Sesenta y Dos Mil Seiscientos Ochenta con 00/100 soles), más los intereses que se generen hasta la fecha de pago.

SEGUNDO: DECLARAR INFUNDADA la segunda pretensión de la demanda, en consecuencia, no corresponde aprobar la Liquidación Final del Servicio presentada por el Consortio Azángaro mediante Carta 012-2016/CONSORCIO AZANGARO el 2 de mayo de 2016 al Hospital de Apoyo Departamental María Auxiliadora con las observaciones realizadas mediante Carta N° 015-2016/C.AZANGARO el 2 de junio de 2016; en consecuencia, no corresponde reconocer y ordenar el pago del saldo a favor del Consortio por el monto ascendente a la suma S/. 362,680.00 (Trescientos Sesenta y Dos Mil Seiscientos



Ochenta con 00/100 soles), más los intereses que se generen hasta la fecha de pago

TERCERO: DECLARAR FUNDADA en parte la cuarta pretensión de la demanda, en consecuencia, corresponde declarar la ineficacia parcial de la Liquidación remitida por el Hospital de Apoyo María Auxiliadora mediante Carta N° 004-2016-DG-OEA-HMA de fecha 31 de mayo del 2016, en lo que se refiere a la aplicación de penalidad, pues dicha liquidación efectuada por la Entidad se encuentra aprobada con las observaciones formuladas mediante Carta N° 015-2016/CONSORCIO AZANGARO.

CUARTO: DECLARAR IMPROCEDENTE la cuarta pretensión de la demanda, en consecuencia, no corresponde ordenar al Hospital de Apoyo María Auxiliadora pague a favor del Consortio Azángaro el monto de S/.100,000.00 (Cien Mil y 00/100 soles)", por concepto de indemnización por daños y perjuicios (lucro cesante y daño emergente).

QUINTO: DISPÓNGASE que ambas partes asuman en partes iguales, los gastos arbitrales, las costas y costos generados por la tramitación del presente proceso arbitral conforme a las precisiones indicadas en la parte considerativa del presente laudo arbitral.

SEXTO: AUTORIZAR a la Secretaria Arbitral a remitir al OSCE copia del presente Laudo.



KATTY MENDOZA MURGADO
Presidenta del Tribunal Arbitral



DIANA MARÍA REVOREDO LITUMA
Árbitro



MARIO MANUEL SILVA LÓPEZ
Árbitro



LUCÍA MARIANO VALERIO
Secretaría Arbitral
Arbitre Soluciones Arbitrales

