

2750-2018
Víctor André Bedoya Burgos

Av. Javier Prado Oeste N° 210, Oficina 7D
San Isidro
(Cruce con Av. Pethit Thours con Javier Prado)
Cel: 985-985-132
Victor.bedoya3105@gmail.com

San Isidro, 20 de agosto de 2018

CARTA N° 008-2018-VABB/CSLS-MS

Señores:
MINISTERIO DE SALUD
Av. Arequipa N° 810 piso 9
Cercado de Lima. -

Atención : Procurador Público.

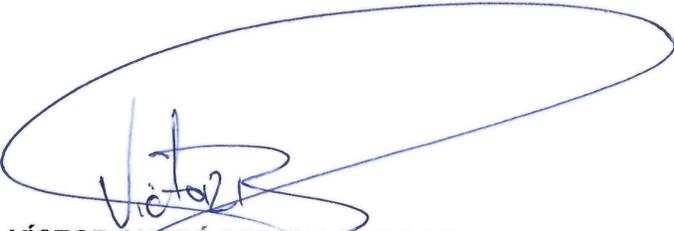
**Referencia : Proceso Arbitral CONSORCIO SUPERVISOR LIMA SUR –
MINISTERIO DE SALUD. Contrato N° 132-2012-MINSA**

De mi mayor consideración:

Sirva la presente para hacerle llegar un cordial saludo y en atención al proceso arbitral derivado del Contrato de la referencia, iniciado por el Consorcio Supervisor Lima Sur contra el Ministerio de Salud, cumpla con notificar el Laudo Arbitral en Mayoría contenido en la Resolución N° 19 de fecha 13 de agosto de 2018, que consta de cuarenta y ocho (48) folios.

Sin otro particular,

Atentamente,


VÍCTOR ANDRÉ BEDOYA BURGOS
Secretario Arbitral AD HOC



Datos Adjuntos:

1. Laudo Arbitral en Mayoría contenida en la Resolución N° 19 de fecha 13 de agosto de 2018

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

EXPEDIENTE DE INSTALACIÓN N° : I363-2017

DEMANDANTE : CONSORCIO SUPERVISOR LIMA SUR
(En adelante, el CONSORCIO, el DEMANDANTE, la SUPERVISIÓN o la conjugación de estas).

DEMANDADO : MINISTERIO DE SALUD (En adelante, el MINISTERIO, la ENTIDAD, la Demandada o la conjugación de estas).

CONTRATO : N° 132-2012-MINSA
Para la Supervisión de la ejecución de la obra, equipamiento informático y equipamiento electromecánico del proyecto de inversión pública: "Fortalecimiento de la atención de los servicios de emergencia y servicios especializados - Nuevo Hospital Emergencias Villa El Salvador - SNIP 58330"

MONTO DEL CONTRATO : S/ 7, 914,754.89

TIPO Y NÚMERO DE PROCESO DE SELECCIÓN : Concurso Público N° 001-2012-MINSA

MONTO DE LOS HONORARIOS DEL TRIBUNAL ARBITRAL : S/ 14,048.00

MONTO DE LOS HONORARIOS DE LA SECRETARÍA ARBITRAL : S/ 11,631.00

(UNANIMIDAD/MAYORÍA) : MAYORÍA

FECHA DE EMISIÓN DEL LAUDO : 13 de agosto de 2018

TIPO DE ARBITRAJE : AD HOC, NACIONAL Y DE DERECHO

TRIBUNAL ARBITRAL : ALEJANDRO ACOSTA ALEJOS
MARCOS RICARDO ESPINOZA
RIMACHI
JASHIM VALDIVIESO CERNA

SECRETARIO ARBITRAL : VÍCTOR ANDRÉ BEDOYA BURGOS



LAUDO ARBITRAL DE DERECHO EN MAYORÍA

Resolución N° 19

En Lima, a los trece días del mes de agosto de 2018, el Tribunal Arbitral en mayoría, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales, conforme a ley y las normas establecidas por las partes, actuados los medios probatorios, escuchado los argumentos sometidos y deliberados en torno a las pretensiones planteadas por las partes; y habiendo cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno que afecte la validez del presente proceso arbitral, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Tribunal Arbitral dicta el laudo siguiente:

I. CONVENIO ARBITRAL

El Convenio Arbitral está contenido en la Cláusula Vigésima del Contrato N° 132-2012-MINSA, para la Supervisión de la ejecución de la obra, equipamiento informático y equipamiento electromecánico del proyecto de inversión pública: **“Fortalecimiento de la atención de los servicios de emergencia y servicios especializados – Nuevo Hospital Emergencias Villa El Salvador – SNIP 58330”** (en adelante, el CONTRATO), suscrito el 28 de agosto de 2012, entre la CONTRATISTA o CONSORCIO SUPERVISOR y el MINISTERIO, la cual señala lo siguiente:

“CLÁSULA VIGÉSIMA: 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, 177 y 179 del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley.

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.

En ese sentido, las partes se sometieron voluntariamente a un arbitraje Ad Hoc, Nacional y de Derecho, a fin de resolver la controversia derivada del CONTRATO.

II. EL PROCESO ARBITRAL

INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE

Con fecha 16 de mayo de 2017 se llevó a cabo la audiencia de instalación, con presencia y participación de la representante del Consorcio Supervisor Lima Sur y con el representante del Ministerio de Educación. Asimismo, en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral Ad Hoc (En adelante El Acta) se señalaron las reglas del proceso y se fijaron los anticipos de honorarios del Tribunal Arbitral y la Secretaría Arbitral.

Cabe resaltar que las partes han aceptado plenamente la designación del Tribunal Arbitral, al no haber recusado a los mismos ni manifestado motivo alguno para dudar de su independencia e imparcialidad, dentro de los plazos y oportunidades establecidos en el Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, en adelante la Ley de Arbitraje.

NORMATIVIDAD APLICABLE AL PROCESO ARBITRAL. -

Conforme a lo establecido en EL ACTA, la legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia sometida al presente proceso arbitral es la legislación peruana. Las normas aplicables al presente arbitraje, de acuerdo a lo establecido en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones con el Estado, aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante la Ley), mantienen el siguiente orden de prelación en la aplicación del derecho: **1)** La Ley, **2)** su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF; **3)** las normas de derecho público y; **4)** las de derecho privado. La aplicación de las leyes especiales sobre arbitraje, como es el caso del Decreto Legislativo N° 1071, se realizará de manera supletoria y siempre que no se opongan a lo establecido en la Ley y el reglamento. El incumplimiento de lo aquí dispuesto es causal de anulación de laudo.

Asimismo, la aplicación del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, se realizará de manera supletoria y siempre que no se oponga a lo establecido en la Ley y el Reglamento.

III. ACTUACIONES ARBITRALES

1. Que, una vez instalado el Tribunal Arbitral, el CONSORCIO solicitó la Acumulación de sus Pretensiones expuestas en su Solicitud de Arbitraje, mediante escrito presentado el 29 de mayo de 2017, a fin que se acumule al proceso, pretensiones expuestas ante otro Tribunal Arbitral que no se había terminado de conformar, siendo parte de dicho Tribunal incompleto los árbitros Marcos Ricardo Espinoza Rimachi y Juan Francisco Rojas Leo.



Señala que el Tribunal Arbitral deberá analizar la liquidación del Contrato efectuada por la Entidad, en la cual la Entidad aplica una penalidad efectuada por la suma de S/. 791, 475.39, siendo la aplicación de dicha penalidad la que fue sometida a conocimiento del otro Tribunal Arbitral Incompleto.

2. En razón a ello, mediante Resolución N° 01 de fecha 29 de mayo de 2017, el Tribunal Arbitral resolvió correr traslado a la Entidad del escrito de Acumulación de Pretensiones formulado por el Consorcio Supervisor Lima Sur, por un plazo de cinco (5) días hábiles para que manifieste lo conveniente a su Derecho.
3. Que, mediante escrito presentado el 12 de junio de 2017 la Entidad absuelve el Traslado conferido y señala que es procedente la acumulación presentada por el Consorcio Supervisor. En esa línea, mediante Resolución N° 04 de fecha 12 de junio de 2017, el Tribunal resolvió conceder al Consorcio Supervisor su pedido de acumulación de pretensiones, otorgando un plazo de veinticinco (25) días hábiles para que presenten su escrito de demanda acumulada.
4. Que, con fecha 20 de junio de 2017 el Consorcio Supervisor presenta su escrito de Demanda Arbitral. Mediante Resolución N° 05 de fecha 22 de junio de 2017, el Tribunal Arbitral resolvió admitir la demanda arbitral del Consorcio Supervisor, admitir a trámite la acumulación de la demanda y corre traslado de la demandad arbitral a la Entidad por un plazo de veinticinco (25) días hábiles para que cumpla con contestarla y de considerarlo conveniente formule reconvencción.

DEMANDA ARBITRAL:

5. Con fecha de recepción 20 de junio de 2017, el DEMANDANTE presentó su escrito de Demanda Arbitral, formulando las siguientes pretensiones:
 - **PRIMERA PRETENSIÓN:** Que, se reconozca y ordene a la Entidad demandada, que pague al Consorcio Supervisor Lima Sur, la suma de S/. 1, 549,239.98 (Un millón quinientos cuarenta y nueve mil doscientos treinta y nueve con 98/100), de conformidad con el Segundo Punto Resolutivo del Laudo Arbitral de fecha 9 de agosto de 2016; más los intereses legales desde la fecha en que se redujo el monto contractual (6 de noviembre de 2012) hasta que se cumpla con pagar.
 - **SEGUNDA PRETENSIÓN:** que, se ordene el pago de gastos generales por la suma de S/. 225,717.14 (Doscientos veinticinco mil setecientos diecisiete con 14/100 soles), correspondiente a la ampliación de plazo por 22 días calendario, de conformidad con el Quinto Punto Resolutivo del Laudo Arbitral de fecha 9 de agosto de 2016; más los intereses legales que ascienden a la suma de S/. 12, 142.68 desde el 3 de junio de 2015 al 20 de junio de 2017, debiéndose actualizar dichos intereses hasta que se cumpla con pagar.

- **TERCERA PRETENSIÓN:** Que, se declare la invalidez y/o nulidad de la penalidad aplicada al Consorcio Supervisor, por supuesto "incumplimiento en revisar correctamente los planos de replanteo", que asciende a la suma de S/. 791, 475.39 (Setecientos noventa y un mil cuatrocientos setenta y cinco con 39/100 soles) deducida del Cuarto Pago (Producto C) del Contrato; en consecuencia, el Minsa deberá cumplir con devolver la suma de S/. 791, 475.39, más el pago de los intereses legales, desde la fecha en que fue deducida dicha penalidad hasta la fecha real de pago.
- **CUARTA PRETENSIÓN:** Se deberá declarar la invalidez y/o nulidad de la liquidación del Contrato, realizada por el MINSa mediante Oficio N° 2333-2017-DIGIEM-MINSA de fecha 8 de febrero de 2017, por las siguientes razones que deberán analizarse en forma conjunta y/o independiente una de otra y que son:

Por cuanto la Entidad practicó la liquidación:

- a) Existiendo a esa fecha una Solicitud de Arbitraje.
- b) Existiendo a esa fecha una anulación parcial de Laudo Arbitral
- c) Por no existir Conformidad de la última prestación.

Debiéndose ordenar que se practique una nueva liquidación, en este caso, por el consorcio demandante, una vez que finalicen las controversias en las instancias arbitrales y judiciales de ser el caso, y de otorgada la conformidad de la última prestación, activándose el plazo que establece el artículo 179 del Reglamento.

- **PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** En el supuesto caso, de no amparar la Cuarta Pretensión, se deberá analizar cada una de las OBSERVACIONES realizadas por el Consorcio demandante de la liquidación del Contrato practicada por el MINSa mediante Oficio N° 0233-2017-DGIEM/MINSA, en algunos casos se deberá reconocer derechos y pagos, y en otros, se deberá declarar la invalidez y/o ineficacia y/o nulidad de las penalidades aplicadas por el MINSa:

1.- Derechos a reconocer:

a) El monto contractual de S/. 1, 549,239.89, que indebidamente redujo el MINSa, debiendo pagar y/o reembolsar dicha suma, más los intereses legales desde la fecha en que se redujo (6 de noviembre de 2012) hasta la fecha en que se efectivice el mismo.

b) El pago de los gastos generales que ascienden a la suma de S/. 225,717.14, generados por la Ampliación de Plazo por 22 días calendarios, reconocido por el Laudo Arbitral de fecha 9 de agosto de 2016; más los intereses legales desde el 3 de junio de 2015 al 18 de

junio de 2017, la suma de S/. 12, 107.51, debiéndose actualizar dichos intereses hasta que se cumpla con pagar.

2.- Declarar la invalidez y/o ineficacia y/o nulidad de las siguientes penalidades:

- a) Por supuesta "démora en presentar la liquidación del Contrato" debiendo el MINSa devolver al Consorcio demandante, la suma de S/. 14,000.00 (Catorce mil con 00/100 Soles), más los intereses de ley, desde la fecha en que se penalizó (8 de febrero de 2017) hasta la devolución de la misma.
 - b) Por supuesto "incumplimiento en revisar correctamente los planos de replanteo", que asciende a la suma de S/. 791,475.39 (Setecientos noventa y un mil cuatrocientos setenta y cinco con 39/100 soles) deducida del Cuarto Pago (Producto C) del Contrato; en consecuencia, el MINSa deberá cumplir con devolver la suma de S/. 791,475.39, más el pago de los intereses legales, desde la fecha en que fue deducida dicha penalidad hasta la fecha real del pago.
 - c) Por supuesta "demora en la entrega de las valorizaciones", que asciende a la suma de S/. 406.049.82 (Cuatrocientos seis mil nueve con 82/100 soles) deducida al practicar la liquidación del Contrato; en consecuencia, el MINSa deberá cumplir con devolver la suma de S/. 406, 049.82; más el pago de los intereses legales, desde la fecha en que fue deducida dicha penalidad (8 de febrero de 2017) hasta la fecha real de pago.
- **QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** La entidad demandada deberá cumplir con pagar al Consorcio demandante, los gastos de mantenimiento (costos financieros y contables) por mantener (10) Cartas Fianzas, por los siguientes conceptos:

- 5.1.- Fiel Cumplimiento del Contrato
- 5.2.- Fiel Cumplimiento por Mayores Prestaciones N° 01, 02, 03 y 04
- 5.3.- Fiel Cumplimiento por Mayores Prestaciones N° 05
- 5.4.- Fiel Cumplimiento por la Tercera Adenda.

De acuerdo a la liquidación sustentada con los documentos de cobranza bancarios, desde el 4 de abril de 2016 (fecha de devolución a la Entidad demandada la liquidación de obra) hasta la devolución de las mismas, debiendo el MINSa pagar los intereses legales desde la fecha en mención hasta que se devuelvan las garantías.



Asimismo, el Tribunal Arbitral deberá ordenar al MINSa la devolución de las Cartas Fianzas tanto del Contrato Principal como el de Mayores Prestaciones N° 01, 02, 03, 04 y 05, y de la Tercera Adenda.

- **SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** La Entidad demandada deberá indemnizar al Consorcio demandante, por los daños y perjuicios ocasionados al Consorcio Supervisor, por la imposibilidad de hacer uso del recurso económico para el desarrollo de otras labores de consultoría, en la modalidad de lucro cesante, cuyo daño asciende a la suma de S/. 319,144.00 (Trescientos diecinueve mil cientos cuarenta y cuatro con 00/100 soles)
- **SÉTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Se ordene a la Entidad demandada que cumpla con otorgar la Constancia de Prestación.
- **OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** La Entidad demandada deberá pagar los costos que ocasionen el presente arbitraje, como honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral, honorarios del Secretario Arbitral, así como los honorarios del profesional que asume nuestra defensa, entre otros; más los intereses legales.

RESUMEN DE LOS FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA ARBITRAL:

A. RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN:

- El consorcio señala que, se suscribió el Contrato por la suma de S/. 7'914,754.89 (Siete millones novecientos catorce mil setecientos cincuenta y cuatro con 89/100 soles), y según el Oficio N° 2058-2015-OL/OGA/MINSa de fecha 06 de noviembre de 2012, de manera arbitraria, la Entidad demandada redujo el monto contractual a la suma de S/. 6'365,514.91 (Seis millones trescientos sesenta y cinco mil quinientos catorce con 91/100 soles), dejando de pagar la Entidad demandada la suma de S/. 1, 549,239.98 (Un millón quinientos cuarenta y nueve mil doscientos treinta y nueve con 98/100 soles), en desmedro del Consorcio Supervisor.
- El demandante señala que se deberá reconocer el derecho del Consorcio, de que la Entidad no debió reducir el monto contractual, en razón a lo resuelto en el Laudo Arbitral de fecha 9 de agosto de 2016. Por tal razón, en el presente proceso arbitral, se deberá reconocer que la Entidad demandada pague al Consorcio demandante el monto reducido indebidamente, más los intereses legales desde el 6 de noviembre de 2012 hasta que se cumpla con el pago, de conformidad con el artículo 48 de la Ley.



B. RESPECTO AL A SEGUNDA PRETENSIÓN:

El Consorcio demandante señala que mediante Laudo Arbitral de fecha 9 de agosto de 2016, el Tribunal Arbitral conformado por los árbitros Miguel Ángel Avilés García (Presidente), Juan Huamaní Chávez y Humberto Flores Arévalo resolvió declarar fundada reconoció y otorgó la Ampliación de Plazo por 22 días calendarios desde el 11 de mayo al 01 de junio de 2015, en consecuencia, ante el presente Tribunal Arbitral solicitan que la Entidad demandada pague por los gastos generales, de conformidad con el artículo 175 quinto párrafo del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Por los 22 días calendarios, la Entidad deberá pagar al Consorcio demandante la suma de S/. 225,717.14, más los intereses de ley, conforme al artículo 48 de la Ley.

C. RESPECTO A LA TERCERA PRETENSIÓN:

-De conformidad con la Cláusula Cuarta literal e) del Contrato, la Entidad demandada tenía que pagar al Consorcio Supervisor el 20% del monto del Contrato contra la suscripción del Acta de Recepción de la Obra y la Aprobación de la Liquidación de la Obra, esto es, la suma S/. 1, 582,950.98 (Un millón quinientos ochenta y dos mil novecientos cincuenta con 98/100 soles), siendo el último pago contractual.

Habiéndose cumplido estas dos condiciones para que se efectuó el pago, el Consorcio Supervisor solicitó a la Entidad el pago del 20% del monto contractual, y en forma verbal la Entidad comunicó al Consorcio Supervisor que sólo tenía disponible en Tesorería la suma de S/. 1, 217,000.00 (Un millón doscientos diecisiete mil con 00/100 soles), es por ello que el Consorcio emitió la Factura N° 161, por la suma antes indicada, en forma posterior se emitió la Factura N° 162 por S/. 365, 950.88 (Trescientos sesenta y cinco mil novecientos cincuenta con 88/100 soles), completándose el 20% del monto contractual.

Sin embargo, la Entidad del 20% del monto contractual, sólo pagó las siguientes sumas:

- Factura N° 161: S/. 608,513.72, la Entidad emitió la Nota de Débito N° 1849 por S/. 608, 486.28.
- Factura N° 162: S/. 182, 961.67, la Entidad emitió la Nota de Débito N° 1861 por S/. 182, 989.21.

La Entidad demandada, aplica una penalidad, aduciendo que el Consorcio Supervisor Lima Sur "ha incumplido con revisar correctamente los planos de replanteo" que ingresó el contratista Consorcio Hospitalario, siendo observados por la DGIEM.

La Entidad aplica la máxima penalidad ascendente al 10% del monto del Contrato, esto es, la suma de S/. 791,475.49.

- Los 694 planos de replanteo presentados por el Contratista Consorcio Hospitalario, mediante Carta N° 14 CH/VES-2016 de fecha 4 de marzo de 2016, recibido por la Entidad el 09 de marzo de 2016, fueron ingresados a la Entidad por el Contratista, sin la firma de la Supervisión, tal como lo indica el propio Contratista, en la Carta antes mencionada.

Los 694 planos de replanteo no fueron recibidos por el Consorcio Supervisor Lima Sur, pues ni la Entidad ni el Consorcio Hospitalario remitieron los indicados planos, El Consorcio Supervisor tuvo que acudir a las oficinas del Contratista para revisarlos, tal como la Entidad lo solicitó.

- Es así que el Consorcio Supervisor a partir del 02 de mayo de 2016, recién revisa los planos en las oficinas del Contratista, sin embargo, la Entidad demandada calcula el plazo de incumplimiento desde el 09 de marzo de 2016 al 23 de junio de 2016, fecha en que el Contratista Hospitalario presenta a la Entidad los planos corregidos, mediante Carta N° 008-2016-CH, resultando un total de 106 días calendario.
- Con respecto a las penalidades, el Consorcio demandante señala que la Entidad demandada no ha tipificado la penalidad por el concepto siguiente: POR NO HABER REVISADO CORRECTAMENTE LOS PLANOS DE REPLANTEO, de esa manera se acredita que la Entidad ha inventado una nueva penalidad, configurándose un abuso del derecho.

Pues bien, el Consorcio Hospitalario tenía que presentar los planos de replanteo hasta antes de que el Supervisor presentara su Informe Final a la Entidad, y este Informe el Supervisor cumplió con presentarla a la Entidad, sin embargo, el Contratista ejecutor lo presentó en forma posterior, el 9 de marzo de 2016, y directamente a la Entidad, cuando se requería que los planos sean firmados por el Supervisor.

D. RESPECTO A LA CUARTA PRETENSIÓN:

- Respecto a su Cuarta Pretensión, el Consorcio manifiesta que la Liquidación efectuada por la Entidad demandada mediante Oficio N° 0233-2017-DGIEM/MINSA de fecha 08 de febrero de 2017 resulta inválida por los siguientes motivos: i) la existencia de una solicitud de arbitraje; ii) la existencia de un proceso de anulación de laudo parcial; iii) la no existencia de conformidad de la última pretensión.
- Sobre el primer punto, el demandante señala que sometió a arbitraje las discrepancias que surgieron con la Entidad en el marco de la ejecución del Contrato, por haber sido penalizado por el supuesto de haber incumplido con revisar correctamente los planos de replanteo; por lo que, de

conformidad con el artículo 211 del Reglamento, no sería factible proceder con la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver.

- Sobre el segundo punto, el demandante señala que a la fecha de elaborada la liquidación del contrato por parte de la Entidad, el laudo arbitral que ordenaba al Consorcio elaborar la liquidación del Contrato, no se encontraba consentido, por cuanto, existía un proceso de anulación de Laudo iniciado por la propia Entidad y que impedían que el Laudo de fecha 9 de agosto de 2014 quedara consentido.
- Sobre el tercer punto, el demandante se remite al propio laudo arbitral de fecha 9 de agosto de 2014 y al artículo 179 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, ambos invocados por la Entidad demandada para elaborar su Liquidación del Contrato. Al respecto, el demandante señala que para que se elabore la Liquidación del Contrato, se debía contar con la conformidad de la última prestación; no obstante, al encontrarse en controversia algunas prestaciones del Contrato, no existía conformidad; ergo, no es factible liquidar el Contrato.

E. CON RESPECTO A LA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

- Que, en caso el Tribunal Arbitral decida pronunciarse sobre los componentes de la Liquidación del Contrato practicada por la Entidad, deberá tomar en consideración las siguientes observaciones formuladas:

1.- Derechos a reconocer:

- a) El monto contractual de S/. 1'549,239.89, que indebidamente redujo el MINSA, debiendo pagar y/o reembolsar dicha suma, más los intereses legales desde la fecha en que se redujo (6 de noviembre de 2012) hasta la fecha en que se efectivice el mismo.
- b) El pago de los gastos generales que ascienden a la suma de S/. 225, 717.14, generados por la Ampliación de Plazo por 22 días calendario, reconocido por el Laudo Arbitral de fecha 9 de agosto de 2016; más los intereses legales que ascienden a la suma de S/. 12, 142.68 desde el 3 de junio de 2015 al 20 de junio de 2017, debiéndose actualizar dichos intereses hasta que se cumpla con pagar.

2.- Declarar la invalidez y/o ineficacia y/o nulidad de las siguientes penalidades:

- a) Por supuesta “demora en presentar la liquidación del Contrato” debiendo el MINSA devolver al Consorcio demandante, la suma de s/. 14,000.00 (Catorce mil con 00/100 Soles), más los

intereses de ley, desde la fecha en que se penalizó (8 de febrero de 2017) hasta la devolución de la misma.

- b) Por supuesto “incumplimiento en revisar correctamente los planos de replanteo”, que asciende a la suma de S/. 791,475.39 (Setecientos noventa y un mil cuatrocientos setenta y cinco con 39/100 Soles) deducida del Cuarto Pago (Producto C) del Contrato; en consecuencia, el MINSa deberá cumplir con devolver la suma de S/. 791,475.39; más el pago de los intereses legales, desde la fecha en que fue deducida dicha penalidad hasta la fecha real de pago.
- c) Por supuesta “demora en la entrega de las valorizaciones”, que asciende a la suma de S/. 406,049.82 (Cuatrocientos seis mil cuarenta y nueve con 82/100 Soles) deducida al practicar la liquidación del Contrato; en consecuencia, el MINSa deberá cumplir con devolver la suma de S/. S/. 406,049.82; más el pago de los intereses legales, desde la fecha en que fue deducida dicha penalidad (8 de febrero de 2017) hasta la fecha real de pago.

- Respecto al punto 1-a), el Consorcio demandante señala que mediante Laudo Arbitral de fecha 9 de agosto de 2014, el Tribunal Arbitral resolvió dejar sin efecto la reducción del Contrato practicada por la Entidad por el monto de 1'549,239.89 (Un millón quinientos cuarenta y nueve mil doscientos treinta y nueve con 89/100 soles).

Señalan que la Entidad interpreta el Laudo Arbitral a su conveniencia, por un lado, reconoce que no se debió reducir el monto contractual, y por otro lado, reduce el monto de todas maneras en la liquidación que efectuaron.

- Respecto al punto 1-b), el Consorcio demandante señala de la misma manera que, la Entidad al practicar su liquidación del Contrato, no tomó en consideración lo resuelto en el Laudo Arbitral de fecha 9 de agosto de 2016, por cuanto en dicho laudo, el Tribunal Arbitral resolvió declarar la ineficacia de la Resolución Directoral N° 036-2015-DGIEM de fecha 13 de agosto de 2015, a través de la cual, la Entidad deniega la ampliación de plazo solicitada por el Consorcio por 22 días calendarios; en consecuencia, ampara dicha pretensión y ordena el pago de los gastos generales y los intereses que se generen.
- Respecto al punto 2-a), el Consorcio demandante señala que no se les deberá aplicar penalidades por no elaborar la liquidación del Contrato por los argumentos expuestos en su Cuarta Pretensión; es decir, la existencia a la fecha de practicar la liquidación una Solicitud de Arbitraje; la existencia a la fecha de practicar la liquidación de una anulación parcial de Laudo; y por no existir Conformidad de la última prestación de servicio.



- Respecto al punto 2-b), el Consorcio demandante señala que no se les deberá aplicar penalidades por el incumplimiento en revisar correctamente los planos de replanteo, por las mismas consideraciones expuestas en su Tercera Pretensión.
- Respecto al punto 3-b), el Consorcio demandante señala que no se les deberá aplicar penalidades por la demora en la entrega de valorizaciones, debido a que dichas penalidades sólo podrían ser aplicables en caso se haya seguido un pronunciamiento que garantice su objetividad, razonabilidad y congruencia con el objeto del Contrato, lo que impidió al Consorcio Supervisor, reparar su infracción oportunamente.

F. CON RESPECTO A LA QUINTA PRETENSIÓN:

- Señalan que la programación del cumplimiento del Contrato responde a un plazo determinado, que cuando se ve alterado, cambia todo el esquema programado y se trastocan las condiciones iniciales. La Entidad al no reconocer los derechos del Consorcio Supervisor, o de dar datos y montos inexactos, y más aún penalizar sin fundamento alguno, ha motivado que el Contrato se prolongue y aún no culmine.

El Consorcio Supervisor al tener que pagar el mantenimiento de las garantías se ha perjudicado económicamente.

- El demandante señala que, La Entidad tiene conocimientos de las Cartas Fianzas diferentes a la de Fiel Cumplimiento del Contrato, ya cumplieron con su objetivo, pues el Consorcio Supervisor presentó el Informe Final a la Entidad demandada, revisó la Liquidación de Obra, la misma que ha sido aprobada mediante Resolución Directoral N° 011-2016-DGIEM de fecha 20 de junio de 2016, quedando a la espera de que se liquide su Contrato.

G. CON RESPECTO A LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

- Señalan que, al no haberse cerrado o culminado el proceso de contratación, dentro de los plazos previstos en el Contrato, el Consorcio demandante se ve impedido de poder usar sus recursos económicos, lo que se traduce en la pérdida de la posibilidad de hacer uso de su capacidad de libre contratación al encontrarse supeditada y comprometida al cierre de este servicio de inversión pública, esta demora es atribuible a la Entidad por haberse extendido los plazos contractuales.

H. CON RESPECTO A LA SÉTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL:



- Señalan que la Entidad deberá emitir la conformidad de la prestación, la cual será emitida a través de una Constancia con respecto al artículo 178 del reglamento.

I. CON RESPECTO A LA OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

- Señalan que los gastos arbitrales serán asumidos por la Entidad.
6. Que, con fecha 13 de julio de 2017 el Consorcio presenta su escrito de gastos generales y liquidaciones de mantenimiento de cartas fianzas. Mediante Resolución N° 06 de fecha 17 de julio de 2017, el Tribunal Arbitral resolvió trasladar el escrito antes mencionado a la Entidad por un plazo de cinco (5) días hábiles, para que se pronuncie al respecto.
7. Que, con fecha 07 de agosto de 2017 la Entidad presenta su escrito de contestación de demanda; por lo que, mediante Resolución N° 07 de fecha 08 de agosto de 2017, el Tribunal Arbitral resolvió tener por contestada la demanda por parte de la Entidad, se pone en conocimiento de la misma al Consorcio Supervisor para que emita las consideraciones que estime convenientes a su derecho; Además cita a las partes para la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios para el día 22 de agosto de 2017, en la Sede del tribunal Arbitral sito en Av. Javier Prado Este N° 210 Oficina 7-D del distrito de San Isidro.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA, POR EL MINISTERIO DE SALUD:

Con fecha de recepción 07 de agosto de 2017, La Entidad presenta su escrito de Contestación de Demanda. Fundamenta su petición, en resumen, en lo siguiente:

A. CON RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN:

- Señalan que el segundo punto resolutivo del Laudo Arbitral de fecha 09 de agosto de 2017, no ordenó a la Entidad realizar el pago alguno a favor del Consorcio Supervisor, lo que ordenó fue que se deje in efecto la reducción del Contrato N° 132-2012-MINSA. Manifiestan que la Entidad cumplió con el segundo punto resolutivo, ya que en la liquidación del contrato se incluyó el monto de S/. 1'549,239.98 soles, que fue reducido a través del informe N° 2058-2012-OL-OGA/MINSA, como parte del costo final del contrato.

La Entidad manifiesta que no se trata de una suma de dinero que se adeude al Consorcio, sino que se trata de una reducción del contrato, es por ello que señalan que, no tiene sentido que se ordene el pago de los intereses legales.

B. CON RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN:

- Señalan que, en el quinto punto resolutivo del Laudo Arbitral, se advierte que se ordenó que se apruebe la ampliación de plazo por 22 días calendarios, así como se declaró la ineficacia de la Resolución Directoral N° 036-2015-DGIEM, no obstante, no se habría ordenado el pago de los gastos generales; por lo que no podría existir pago de intereses legales.

C. CON RESPECTO A LA TERCERA PRETENSIÓN:

- Con respecto a la aplicación de la penalidad prevista en el Contrato, manifiestan que actuaron a derecho, pues hicieron cumplir con lo señalado en la Cláusula Duodécima del Contrato en concordancia con el artículo 165 del Reglamento, en estricta aplicación del Interés General.

D. CON RESPECTO A LA CUARTA PRETENSIÓN:

- La Entidad señala que el Consorcio pretende declarar nula la liquidación del contrato por que existía una solicitud de arbitraje en trámite, con respecto, a la aplicación de una penalidad ascendente a S/. 791, 475.39; por lo que, en aplicación analógica del artículo 211 del Reglamento, no se puede liquidar un Contrato de Obra mientras existan controversias pendientes de resolver.
- Al respecto, señalan que dicho artículo del Reglamento está referido a los contratos de Obra, siendo de aplicación en los contratos de Supervisión, el artículo 179 del Reglamento el cual, en ningún extremo señala el impedimento recogido en el artículo 211 del mismo cuerpo legal. En esa misma línea, la aplicación analógica de normas imperativas no resulta posible de conformidad con el artículo 139 inc. 9 de la Constitución.
- Por otro lado, respecto al argumento del Consorcio de que no se podía practicar la liquidación por existir un proceso de anulación de laudo en trámite, la Entidad recoge lo expresado en el artículo 59 del Decreto Legislativo N° 1071, por cuanto el laudo arbitral es definitivo e inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación.
- Con relación al argumento del Consorcio de que no existía conformidad de la última prestación, la Entidad alega lo manifestado por la ex Dirección General de Infraestructura, Equipamiento y Mantenimiento – DGIEM en su Informe N° 137-2017-UO-DI-DGIEM/MINSA, al indicar que la conformidad de la última prestación se emitió mediante Informe N° 466-2016-UO-DI-DGIEM/MINSA de fecha 1 de agosto de 2016.



E. CON RESPECTO A LA CUARTA PRETENSIÓN SUBORDINADA:

- Señala que esta pretensión no cumple con los requisitos para considerarse como tal; de acuerdo a lo señalado en el artículo 87 del Código Procesal Civil.

F. CON RESPECTO A LA QUINTA PRETENSIÓN:

- Señala que el postor ganador debe mantener la vigencia de la garantía de fiel cumplimiento hasta el consentimiento de la liquidación final en el caso de consultoría de obra.

G. CON RESPECTO A LA SEXTA PRETENSIÓN:

- Señalan que el Consorcio Supervisor no ha cumplido con acreditar los requisitos que se deben cumplir para que se configure la responsabilidad contractual por parte de la Entidad, léase la antijuricidad, el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución.
- La Entidad advierte que el Consorcio precisa que se trata de una responsabilidad civil contractual, por lo tanto, le corresponde probar el incumplimiento, el daño. Señala según el artículo 1331° del Código Civil, que quien tiene la carga de la prueba es quien ha sido perjudicado por la inejecución de la obligación contractual. Asimismo, se desprende del mismo artículo que quien solicita una indemnización debe probarlo.
- En el presente proceso arbitral el Consorcio se encuentra pretendiendo una indemnización por supuestos daños y perjuicios por la suma de S/. 20,000.00 soles, lo mismo que de acuerdo al material probatorio aportado en la etapa postulatorio, no ha sido probada, pues no se ha cumplido con demostrar el acto antijurídico, el perjuicio o daño, el nexo causal y el factor de atribución de la responsabilidad, toda vez que dicha parte se ha limitado únicamente a indicar que existe un daño y perjuicio por existir un préstamo de una entidad financiera, pero no acreditado que efectivamente ese monto de dinero se haya utilizado para el pago que imputa haber cancelado.

H. CON RESPECTO A LA SÉTIMA PRETENSIÓN:

- La Entidad manifiesta que cumplirá con otorgar la respectiva Constancia de Prestación, cuando el Tribunal Arbitral resuelva las controversias generadas.

I. CON RESPECTO A LA OCTAVA PRETENSIÓN:

- La entidad señala que los costos arbitrales deberán ser asumidos por la parte vencida en el Proceso Arbitral.

AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS, ADMISIÓN Y ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

8. En la audiencia realizada el 22 de agosto de 2017, no se arribó a un acuerdo conciliatorio por decisión de ambas partes.

DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

9. El Arbitro Único, con las facultades contenidas en el numeral 31) de las reglas del procedimiento que forman parte del Acta de Instalación de Arbitro Único Ad Hoc, de fecha 09 de marzo de 2017, procedió a determinar los puntos controvertidos respecto de cada una de las pretensiones planteadas en este arbitraje.
10. Que, a la fecha de la Audiencia las partes no han cumplido con presentar su propuesta de puntos controvertidos, por lo que el Arbitro Único procede a fijar los siguientes términos:

PRIMERO: Determinar si corresponde que la Entidad demandada reconozca y pague al Consorcio Supervisor Lima Sur la suma de S/. 1, 549, 239.98 (Un millón quinientos cuarenta y nueve mil doscientos treinta y nueve con 98/100 Soles) más los intereses legales desde la fecha en que se redujo el monto contractual (6 de noviembre de 2012) hasta que se cumpla con pagar.

SEGUNDO: Determinar si corresponde que se ordene a la Entidad pague al Consorcio demandante los gastos generales por la suma de S/. 225, 717.14 (Doscientos veinticinco mil setecientos diecisiete con 14/100 Soles), correspondiente a la ampliación de plazo por 22 días calendario; más los intereses legales que ascienden a la suma de S/. 12, 142.68 (Doce mil ciento cuarenta y dos con 68/100 Soles) desde el 3 de junio de 2015 al 20 de junio de 2017, debiéndose actualizar dichos intereses hasta que se cumpla con pagar.

TERCERO: Determinar si corresponde declarar la invalidez y/o ineficacia y/o nulidad de la penalidad aplicada al Consorcio demandante, por supuesto incumplimiento en revisar correctamente los planos de replanteo, que asciende a la suma de S/. 791, 475.39 (Setecientos noventa y un mil cuatrocientos setenta y cinco con 39/100 soles) deducida del cuarto pago (Producto C) del Contrato; en consecuencia, si corresponde que el MINSa devuelva la suma de S/. 791, 475.39, más el pago de los intereses legales,

desde la fecha en que fue deducida dicha penalidad hasta la fecha real de pago.

CUARTO: Determinar si corresponde declarar la invalidez y/o ineficacia y/o de la liquidación del Contrato, realizada por el MINSa mediante Oficio N° 0233-2017-DGIEM/MINSa, por las siguientes razones que deberán analizarse en forma conjunta y/o independiente una de otra y que son:

Por cuanto la Entidad practicó la liquidación:

- a) Existiendo a esa fecha una Solicitud de Arbitraje.
- b) Existiendo a esa fecha una anulación parcial de Laudo Arbitral.
- c) Por no existir Conformidad de la última prestación.

En consecuencia, determinar si corresponde se ordene una nueva Liquidación, que deberá practicar el Consorcio demandante, una vez que finalicen las controversias en las instancias arbitrales y judiciales de ser el caso, y de otorgada la conformidad de la última prestación, activándose el plazo que establece el artículo 179 del Reglamento.

PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN: En caso de no ampararse la Cuarta Pretensión, determinar si procede analizar cada una de las observaciones realizadas por el Consorcio demandante a la liquidación del Contrato practicada por el MINSa mediante Oficio N° 0233-2017-DGIEM/MINSa:

1.- Derecho a reconocer:

- a) El monto contractual de S/. 1'549,239.89 (Un millón quinientos cuarenta y nueve mil con doscientos treinta y nueve con 89/100 Soles), que redujo el MINSa, debiendo pagar y/o reembolsar dicha suma, más los intereses legales desde la fecha en que se redujo (6 de noviembre de 2012) hasta la fecha en que se efectivice el mismo.
- b) El pago de los gastos generales que ascienden a la suma de S/. 225,717.14, generados por la Ampliación de Plazo por 22 días calendario, más los intereses legales desde el 3 de junio de 2015 al 18 de junio de 2017, la suma de S/. 12,107.54 (Doce mil ciento siete con 54/100 Soles), debiéndose actualizar dichos intereses hasta que se cumpla con pagar, de conformidad con el laudo arbitral de fecha 9 de agosto de 2016.

2.- Declarar la invalidez y /o ineficacia y/o nulidad de las siguientes penalidades:

- a) Por supuesta demora en presentar la liquidación del Contrato, debiendo el MINSa devolver al Consorcio demandante, la suma de S/.

14,000.00 (Catorce mil 00/100 Soles), más los intereses de ley, desde la fecha en que se penalizó (8 de febrero de 2017) hasta la devolución de la misma.

b) por supuesto incumplimiento en revisar correctamente los planos de replanteo, que asciende a la suma de S/. 791,475.39 (Setecientos noventa y un mil con cuatrocientos setenta y cinco con 39/100 Soles) deducida del Cuarto Pago (Producto C) del Contrato; en consecuencia, el MINSa deberá cumplir con devolver la suma de S/. 791,475.39; más el pago de los intereses legales, desde la fecha en que fue deducida dicha penalidad hasta la fecha real de pago.

c) Por supuesta demora en la entrega de las valorizaciones, que asciende a la suma de S/. 406,049.82 (Cuatrocientos seis mil cuarenta y nueve con 82/100 Soles) deducida al practicar la liquidación del Contrato; en consecuencia, el MINSa deberá cumplir con devolver la suma de S/. 406,049.82; más el pago de los intereses legales, desde la fecha en que fue deducida dicha penalidad (8 de febrero de 2017) hasta la fecha real de pago.

QUINTO: Determinar si corresponde que la Entidad demandada pague al Consorcio demandante, los gastos de mantenimiento de las cartas fianzas de fiel cumplimiento, desde el 4 de abril de 2016 hasta la devolución de las mismas, debiendo el MINSa pagar los intereses legales desde la fecha en mención hasta que se devuelvan las garantías.

Si corresponde que el MINSa devuelva todas las cartas fianzas.

Monto que a la fecha suma por empresa según escrito presentado por el Contratista 13/07/2017.

El Consorcio Instituto de Consultoría S.A. hasta el 20/06/2017 por cinco (05) cartas fianzas la suma de S/. 21, 224.56 (Veinte y un mil doscientos veinticuatro con 56/100 Soles).

El Consorcio Motlima hasta el 20/06/2017 por cinco cartas fianzas la suma de S/. 16,955.37 (Dieciséis mil novecientos cincuenta y cinco con 37/100 soles)

El Consorcio INTEINCO hasta el 20/06/2017 por una (01) carta fianza la suma de US\$ 5,915.46

SEXTO: Determinar si corresponde que la Entidad demandada indemnice al Consorcio demandante, por los daños y perjuicios ocasionados al Consorcio Supervisor, por la imposibilidad de hacer uso del recurso económico para el desarrollo de otras labores de consultoría, en la modalidad de lucro cesante, que asciende a la suma de S/. 319, 144.00 (Trecientos diecinueve mil ciento cuarenta y cuatro con 00/100 Soles).

SÉTIMA: Determinar si corresponde que la Entidad demandada otorgue la Constancia de Prestación.

OCTAVA: Determinar a cuál de las partes corresponde pagar los costos y costas del presente proceso arbitral, más los intereses legales.

ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:

De la parte del CONSORCIO SUPERVISOR LIMA SUR:

Se admitieron los documentos ofrecidos por EL DEMANDANTE en su escrito, presentado el 20 de junio de 2017 detallados en el acápite "V. MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS"; del numeral 1 al 26 y se admiten los medios probatorios de su escrito de fecha 13 de julio de 2017.

De la parte del MINISTERIO DE SALUD: Se admitieron a documentos ofrecidos por EL DEMANDADO en su escrito de contestación de la demanda de fecha 07 de agosto de 2017 detallados en el acápite "OTROSIDIGO" del numeral 2.A y 2.B.

En ese acto se dejó constancia, que se le otorga a la Entidad un plazo de diez (10) días hábiles para que cumpla con exhibir los siguientes documentos:

- El documento mediante el cual el MINSa notifica y/o comunica y/o presenta al Consorcio Supervisor los 964 planos de replanteo presentados a dicha Entidad por el Consorcio Hospitalario, antes del 02 de mayo de 2016 (que no sea el Oficio N° 0561-2016-DGIEM/MINSa de fecha 29 de abril de 2016) para acreditar que recién con el oficio en mención, se comunicó al Consorcio demandante sobre la prestación de los planos de replanteo por parte del Consorcio Hospitalario al MINSa.
 - El documento por concepto de Conformidad de la última prestación del Contrato de Supervisión. Para acreditar que, al no haberse emitido dicho documento, el Consorcio demandante no podría practicar la Liquidación del Contrato Supervisor.
11. Que, con fecha 05 de setiembre de 2017 la Entidad presenta su escrito de Cumplimiento Mandato y el de Amplia Fundamentos de contestación de la Demanda. Mediante resolución N° 10 de fecha 06 de setiembre de 2017, el Tribunal Arbitral resolvió por cumplido lo señalado en la Audiencia de Fijación de puntos Controvertidos mediante escrito presentado por la Entidad, corriendo traslado del escrito al Consorcio Supervisor y se tiene presente el escrito de ampliación de sus fundamentos de contestación de demanda.

12. Que, con fecha 19 de setiembre de 2017, el Consorcio Supervisor presenta su escrito de Tener Presente lo que se Expone. Mediante Resolución N° 12 de fecha 27 de setiembre de 2017, el Tribunal Arbitral resolvió poner en conocimiento a la parte demandada por el escrito presentado por el Consorcio Supervisor.
13. Que, mediante Resolución N° 13 de fecha 15 de noviembre de 2017, el Tribunal Arbitral resolvió cerrar la etapa probatoria del proceso arbitral y otorga el plazo de cinco (5) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos y si lo estiman conveniente solicitar Informe Oral, con respecto a la regla 43 del Acta de Instalación.

ALEGATOS

14. Con fecha 28 de diciembre de 2017, ambas partes presentan sus escritos de Alegatos; por lo que, mediante resolución N° 14 de fecha 11 de enero de 2018, se tiene por presentados los escritos de Alegatos.

AUDIENCIA INFORME ORAL

15. Con Resolución N° 14 de fecha 11 de enero de 2018 el Tribunal Arbitral resolvió citar a las partes a la Audiencia de Informes Orales para el día 25 de enero de 2018, en las instalaciones de la sede arbitral sito en Av. Javier Prado Este N° 210 Oficina 7D del distrito de San Isidro.
16. Con fecha 18 de enero de 2018, la Entidad presenta su escrito solicitando reprogramación de audiencia. Mediante resolución N° 15 de fecha 23 de enero de 2018, el Tribunal Arbitral resolvió reprogramar la Audiencia de Informes Orales para el día 13 de febrero de 2018.
17. Con Resolución N° 16 de fecha 05 de febrero de 2018, se reprograma la Audiencia de Informes Orales para el día 19 de febrero de 2018.
18. Previa realización de la Audiencia de Informes Orales, el Consorcio Supervisor, con fecha 13 de febrero de 2018, ofrece al proceso la Resolución de la Sala Comercial de Lima que resuelve el Recurso de Anulación de Laudo de fecha 9 de agosto de 2016.
19. El día 19 de febrero de 2018 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la asistencia y participación del representante del Consorcio Supervisor Lima Sur y la participación del representante del Ministerio de Salud, donde se corrió traslado de la prueba ofrecida por el Consorcio Lima Sur por el plazo de cinco (5) días hábiles a fin de que manifieste lo conveniente a su derecho.

PLAZO PARA LAUDAR

20. Mediante Resolución N° 18 de fecha 15 de mayo de 2018, notificada a la parte demandada y demandante el 17 y 18 de mayo, respectivamente, se resolvió

admitir a trámite el medio probatorio extemporáneo ofrecido por el Consorcio, se aceptó la designación del Secretario Arbitral Víctor André bedoya Burgos en reemplazo de Milagros Chueca Palomino y se fijó el plazo para laudar de treinta (30) días hábiles.

CONSIDERANDO:

A) CUESTIONES PRELIMINARES:

En principio, el Tribunal Arbitral verifica el cumplimiento de los principios y garantías del arbitraje, es especial:

- (i) Que este Colegiado Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes;
- (ii) Que, los miembros del Tribunal Arbitral no han sido recusado. Del mismo modo, tampoco se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de Árbitro Único Ad Hoc;
- (iii) Que el CONSORCIO presentó su demanda dentro del plazo establecido;
- (iv) Que LA ENTIDAD fue debidamente emplazada con la demanda y, por ello, contestó la demanda.
- (v) Que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios;
- (vi) Que, las partes han tenido la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente;
- (vii) Que este Tribunal Arbitral procede a emitir el presente Laudo dentro del plazo establecido;
- (viii) Que para emitir el presente laudo, el Tribunal Arbitral analiza los argumentos integralmente expuestos por ambas partes, y examina las pruebas presentadas y admitidas, de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, recogido en el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje;
- (ix) Que, el sentido de la decisión es el resultado del análisis de la controversia en los términos planteados por ambas partes, aun cuando algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no fueran expresamente citados en el presente laudo;

B) POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE LAS MATERIAS CONTROVERTIDAS:

1. Antes de analizar la cuestión controvertida, este Tribunal considera conveniente determinar el marco legal dentro del cual se encuadra lo concerniente al contrato celebrado entre las partes.

La presente controversia se genera producto del Concurso Público N° 004-2010-GR-LL-GRI/CE que derivó en la suscripción del Contrato para la Contratación de Servicios de Consultoría para la Elaboración del Estudio de Preinversión a Nivel de Pre Factibilidad y Factibilidad para la Ejecución del Proyecto: "Mejoramiento de la Capacidad Operativa y Resolutiva del Hospital Regional Docente Categoría III con Énfasis en la Atención de Emergencias Trujillo La Libertad".

La Cláusula Décimo Séptima del Contrato establece la Base Legal aplicable para interpretación del Contrato, estableciéndose el siguiente orden de prelación:

- El Contrato;
 - Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D.L N° 1017 y su Reglamento, aprobado por D.S N° 184-2008-EF;
 - Las Directivas que emita el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE;
 - Código Civil.
2. Que, constituyen principios esenciales que rigen todo arbitraje, sea este de derecho o de conciencia, los principios de audiencia, contradicción y trato igualitario a las partes, los mismos que han sido recogidos expresamente en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral. En ejercicio del principio de contradicción, las partes han podido alegar y contradecir las argumentaciones y pruebas aportadas al proceso, lo que de hecho ha sucedido en el curso de este arbitraje.

Que, asimismo, los medios probatorios en general tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juzgador respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones cuando se trata de un arbitraje de derecho; siendo sin embargo facultad de los árbitros en cualquier tipo de arbitraje decidir de manera exclusiva sobre admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas.

Al respecto, debe decirse que, desde un punto de vista general y aplicable a todo tipo de proceso, la doctrina comparada ha señalado en tema de valoración de pruebas que:

"...en el análisis de la prueba ofrecida y producida, los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones.

En igual sentido, se ha decidido que es facultad del juzgador preferir unas pruebas sobre otras, haciendo referencia expresa a las que han servido más decididamente a las conclusiones a que se arriba, sin que ello autorice a afirmar que las otras no han sido computadas...”¹

En sede arbitral, lo dicho precedentemente encuentra una explicación aún más libre, pues a diferencia del proceso judicial en donde la valoración de las pruebas debe ser conjunta, el árbitro se encuentra facultado a resolver libremente sobre la pertinencia, admisibilidad y valor de las pruebas, conforme lo señala el artículo 43° del D.L. 1071 – Ley de Arbitraje, aplicable al presente caso:

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

La norma antedicha faculta al árbitro para determinar el valor de los medios probatorios que según su apreciación sean pertinentes para fundar sus conclusiones. En este sentido, el principio es el de libre valoración, el cual debe ejercitarse sobre la base de una apreciación razonada y razonable de los medios probatorios aportados. Ello ha sido bien resaltado por *HINOJOSA SEGOVIA* y por los tribunales españoles cuando se ha indicado que “... la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes...”²

3. Previo al análisis de los puntos controvertidos y, una vez expuesto el marco normativo aplicable al presente arbitraje, se debe analizar la naturaleza del Contrato. Al respecto, se aprecia que el referido Contrato es uno de naturaleza administrativa, toda vez que una de las partes es una Entidad Estatal; razón por la cual, se estima menester de este Tribunal Arbitral explorar la evolución y demás doctrina del “contrato administrativo”; estudio que nos guiará en el camino que este laudo arbitral busca seguir.

Los orígenes del “*contrato administrativo*” según la explicación de Ramón Parada proviene de la sustracción de competencia de la jurisdicción común o privada que hiciera primero Francia y posteriormente Bélgica y España en el siglo XIX respecto de los contratos celebrados por la administración, reservándolos estos

¹ VARELA, Casimiro A, “Valoración de la Prueba”. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1990. Pág. 52.

² HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, “El Recurso de Anulación contra los Laudo Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)”. Editorial Revista de Derecho Privado/ Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid, España. 1991. Pág. 309.

a la jurisdicción administrativa, jurisdicción exclusiva y excluyente ejercidas por los Consejos de Prefectura y el Consejo de Estado Francés³.

Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández sostienen que la distinción entre contratos administrativos y privados comenzó siendo únicamente de carácter procesal, careciendo de trascendencia material o sustantiva, surgiendo esta diferencia como una excepción al esquema estructural del derecho administrativo de la época basada en los actos de autoridad y actos de gestión, dictados los primeros imperativamente sometiéndose al derecho privado⁴.

Que, de la evolución del contrato administrativo corresponde exponer la sustantividad y la clasificación o determinación del mismo.

En ese sentido, según el Criterio Subjetivo establece que un contrato es administrativo si una de las partes es la administración pública. Por otro lado, el Criterio de la Jurisdicción desarrolla el concepto de que el contrato será administrativo si se encuentra en el ámbito de la jurisdicción administrativa. Asimismo, el Criterio Formal se refiere al hecho que el contrato administrativo está ligado a una formalidad específica para su celebración (sistemas o procedimientos de selección). Finalmente, tenemos el Criterio de la definición legal, el cual establece que son contratos administrativos los que así sean señalados por la ley; no obstante, ninguno de los criterios mencionados configura una definición uniforme o completa de lo que es el contrato administrativo.

Juan Carlos Cassagne expresa: *"Así, la sustantividad del contrato administrativo se revela cuando el acuerdo es celebrado por un órgano del Estado en ejercicio de la función administrativa"*⁵.

Ante la insuficiencia de los criterios antes expuestos, se opta por analizar si en el contrato se verifican de modo paralelo varios de éstos. Cuantos más criterios se hallen, más certeza se tendrá respecto de la existencia de un contrato administrativo.

En referencia a la denominación del contrato administrativo, Manuel María Diez señala que el contrato administrativo es *"(...) un acuerdo de voluntades entre un órgano del Estado y un particular que genera efectos jurídicos en materia administrativa, razón por la cual el órgano del Estado debe haber actuado en ejercicio de su función administrativa"*⁶. Por su parte Juan Carlos Cassagne

³ PARADA, Ramón, Derecho Administrativo, 6º ed., Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1994, T.I, p. 264.

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás, Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1989, p. 655.

⁵ CASSAGNE, Juan Carlos, "La sustantividad del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas", en Revista de Derecho Público, Nº 9, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, p. 2.

⁶ MARÍA DIEZ, Manuel. Derecho Administrativo, Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1979, segunda edición, Tomo III, Pág. 33.

indica que "En el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo (ius variandi, interpretación, equilibrio financiero, etc.)."

Alberto Retamozo Linares define al contrato administrativo como "la declaración bilateral o de voluntad común productora de efectos jurídicos entre dos personas de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa ejerciendo sus prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción cuidando de no alterar la ecuación financiera del mismo"⁷.

4. Que habiendo desarrollado la naturaleza del Contrato bajo análisis y, previo al análisis de la cuestión controvertida, el Tribunal Arbitral fijará el orden en que se analizarán los puntos controvertidos, a efectos de que haya mejor ilación entre los considerandos y lo que finalmente se resuelva. En ese sentido, se ha determinado que los puntos controvertidos se resolverán de la forma en que fueron fijados.

RESPECTO DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: "Determinar si corresponde que la Entidad demandada reconozca y pague al Consorcio Supervisor Lima Sur la suma de S/. 1, 549, 239.98 (Un millón quinientos cuarenta y nueve mil doscientos treinta y nueve con 98/100 Soles) más los intereses legales desde la fecha en que se redujo el monto contractual (6 de noviembre de 2012) hasta que se cumpla con pagar."

5. Sobre el primer punto controvertido, conforme se ha desarrollado en los vistos del presente laudo arbitral, el Consorcio Supervisor señala que mediante Laudo Arbitral de fecha 9 de agosto de 2016, el Tribunal Arbitral conformado por los árbitros Miguel Ángel Avilés García (Presidente), Juan Huamaní Chávez y Humberto Flores Arévalo resolvió dejar sin efecto la reducción del Contrato N° 132-2012-MINSA que fue ordenada mediante Oficio N° 208-2012-OL-OGA/MINSA; en consecuencia, reclaman el pago del monto reducido que asciende a S/. 1'549,239.98 (Un millón quinientos cuarenta y nueve mil doscientos treinta y nueve mil con 98/100 soles).
6. Dicho hecho se acredita de la revisión del referido Laudo Arbitral, admitido como medio probatorio de ambas partes, de donde se extrae el siguiente resolutivo:

"Segundo: DECLÁRESE FUNDADO el primer punto controvertido derivado de la primera pretensión principal de la Demanda, y en consecuencia, corresponde ordenar se deje sin efecto la reducción del Contrato N° 132-2012-MINSA".

7. Sobre el particular, la Entidad demandada sostiene que si bien el Laudo Arbitral de fecha 9 de agosto de 2016 resolvió dejar sin efecto la reducción del Contrato N° 132-2012-MINSA ordenada mediante Oficio N° 208-2012-OL-OGA/MINSA,

⁷ Alberto Retamozo Linares, Contrataciones adquisiciones del Estado y normas de control 9° edición T. I EDIT Gaceta Jurídica pág. 826.

en ningún extremo se dispuso el pago del monto reducido, argumentando su posición con las siguientes premisas:

- i) Que mediante Resolución N° 43 de fecha 22 de noviembre de 2016 expedida por el Tribunal Arbitral que resolvió dejar sin efecto la reducción del Contrato, se resolvió el Recurso de Interpretación presentado por el Consorcio Supervisor con fecha 16 de agosto de 2016, a través del cual buscaba que se ordene el pago del monto contractual reducido, declarando infundado el recurso planteado por no haberlo solicitado vía pretensión;

Recurso de Interpretación presentado por el Consorcio de fecha 16 de agosto de 2016:

“Si bien existe congruencia entre los Considerandos y sobremanera el penúltimo Considerando con el Fallo, el Consorcio demandante solicita que el Tribunal Arbitral interprete para que quede claro, que lo resuelto trae como consecuencia lógica que, el MINSA debe pagar al Consorcio Demandante, la suma de S/. 1'549,239.98 soles, monto reducido indebidamente”.

Segundo Punto Resolutivo de la Resolución N° 43 de fecha 22 de noviembre de 2016:

“DECLÁRESE INFUNDADO el pedido de Interpretación formulado por el Consorcio Supervisor Lima Sur con fecha 16 de agosto de 2016, en atención a los fundamentos esgrimidos por el Tribunal Arbitral en la presente Resolución”.

- ii) Que en el referido Laudo Arbitral de fecha 9 de agosto de 2016 se desestimó la segunda pretensión de la demanda, referente al pago de indemnización por daños y perjuicios derivados de la reducción efectuada; por lo que, no correspondería se ordene pago o devolución alguna.

Segunda Pretensión de la Demanda de fecha 25 de agosto de 2014:

“2.1.2. El MINSA cumpla con el pago de daños y perjuicios debido a la reducción realizada al Contrato N° 132-2012-MINSA de la Ejecución de la Obra Equipamiento Informático Electromecánico del Proyecto de Inversión Pública: “Fortalecimiento de la Atención de los Servicios de Emergencia y Servicios Especializados – Nuevo Hospital de Emergencias Villa El Salvador – SNIP N° 58330”.”

Tercer Punto Resolutivo del Laudo de fecha 9 de agosto de 2016:

“DECLÁRESE INFUNDADO el segundo punto controvertido, derivado de la segunda pretensión de demanda; y en consecuencia, no corresponde ordenar pago alguno a favor del

Contratista por concepto de daños y perjuicios a consecuencia de la reducción realizada al Contrato N° 132-2012-MINSA."

8. Estando a lo expuesto, no cabe duda que la incertidumbre jurídica radica, efectivamente, en determinar si corresponde o no se ordene a la Entidad el pago al Consorcio Supervisor del monto contractual reducido, a la luz de lo resuelto en el Laudo Arbitral de fecha 9 de agosto de 2016 y la Resolución N° 43 de fecha 22 de noviembre de 2016, toda vez que las resoluciones del Tribunal Arbitral que resuelven recursos de interpretación, rectificación, integración o exclusión forman parte del Laudo, de conformidad con el artículo 58 del D.L. 1071 – Ley de Arbitraje.
9. En esa línea, se delimita el pronunciamiento del Tribunal Arbitral anterior de la siguiente manera: i) dejó sin efecto la reducción al contrato efectuada por la Entidad; ii) desestimó la pretensión indemnizatoria derivada de dicha reducción del contrato; y iii) desestimó el pedido de interpretación del laudo arbitral que buscaba se ordene el pago o devolución del monto reducido por no haber sido solicitado como pretensión en el proceso arbitral.
10. Que, del análisis de la materia controvertida, se desprende que la Primera Pretensión del demandante no está destinada a que se ordene un pago en vía de indemnización por la reducción del Contrato, no siendo oponible, en tal sentido, lo resuelto por el Tribunal Arbitral anterior mediante Tercer Punto Resolutivo de su Laudo de fecha 9 de agosto de 2016
11. En tal sentido, la materia controvertida es determinar si corresponde o no, ordenar a la Entidad pague en favor del Consorcio demandante el monto reducido al Contrato N° 132-2012-MINSA, cuya ineficacia fue declarada mediante Laudo Arbitral de fecha 9 de agosto de 2016, constituyendo una acción u objeto distinto al reclamado previamente, pues no se pretende que el pago se realice vía indemnización por daños y perjuicios.

Véase que la segunda pretensión de la demanda arbitral anterior, no busca el pago del monto de la reducción; por el contrario, reclamaron una indemnización que, a la luz de lo resuelto en el laudo arbitral, no cumplía con acreditar los requisitos de la responsabilidad civil como son el tipo de daño ni la cuantificación del presunto daño.
12. Así también, si bien el Tribunal Arbitral anterior, resolvió declarar Infundado el Recurso de Interpretación del Laudo Arbitral presentado por el Consorcio Supervisor, su decisión se remite a los considerandos que la componen; por lo que, de la revisión de los Considerandos 47 al 51 de la Resolución N° 43 de fecha 22 de noviembre de 2016, se aprecia que el Tribunal no accedió al pedido de interpretación por considerar que no existía ningún extremo oscuro o ambiguo en el Laudo Arbitral que necesite ser interpretado, habiéndose pronunciado en base a la pretensión plasmada por el demandante.
13. Por ello, el pronunciamiento del Tribunal Arbitral anterior sobre el Recurso de Interpretación del Laudo Arbitral tampoco es oponible a la materia controvertida en el presente proceso arbitral, toda vez que el Tribunal Arbitral anterior, no

emitió un pronunciamiento definitivo sobre la materia sometida a la jurisdicción de este Colegiado.

14. Que, de conformidad con el artículo 59 del D.L. 1071 – Ley de Arbitraje, “*todo laudo es definitivo e inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes*”; en consecuencia, al haberse dejado sin efecto la reducción del Contrato N° 132-2012-MINSA ordenado mediante Oficio N° 208-2012-OL-OGA/MINSA, el efecto jurídico es que el Contrato se mantenga inmutable; es decir, que la modificación ha perdido sus efectos y; por consiguiente, que la consecuencias jurídicas derivadas de dicho acto administrativo se detengan y se restituya el orden de las cosas.

15. Así pues, en términos genéricos, “*La ineficacia es consecuencia del incumplimiento de un requisito de orden legal, bien sea al momento de la celebración del acto jurídico, o con posterioridad a la misma, que justifica que no se produzcan los efectos jurídicos deseados por las partes o establecidos por ley, o que los efectos jurídicos ya producidos desaparezcan.*”⁸

Vale diferenciar los dos tipos de ineficacia existentes en la doctrina, léase la ineficacia estructural; es decir, cuando el acto se ve afectado por una causal de ineficacia desde el momento mismo de su celebración. Por otro lado, tenemos a la ineficacia funcional, denominada también sobreviniente o por causa extrínseca, conocida como la ineficacia en sentido estricto. Supone un acto jurídico perfectamente estructurado en el cual han concurrido todos sus elementos, presupuestos y requisitos, sólo que, por un evento ajeno a su estructura, deja de producir efectos jurídicos como es el caso de la reducción del Contrato N° 132-2012-MINSA que, por mandato del Laudo Arbitral de fecha 9 de agosto de 2016, dejó de surtir efectos.

16. Que, al haber dejado de surtir efectos la reducción al Contrato efectuada por la Entidad demandada, corresponde que esta pague el monto reducido al Consorcio demandante tal como si el Contrato N° 132-2012-MINSA no hubiese sido modificado mediante Oficio N° 208-2012-OL-OGA/MINSA; por consiguiente, corresponde declarar FUNDADA la demanda en este extremo.

17. Que, respecto al extremo de la pretensión en la cual se reclama el pago de intereses legales desde la fecha en que se redujo el monto contractual, vale recalcar que la ineficacia de la reducción, al ser esta funcional por mandato del Laudo Arbitral de fecha 9 de agosto de 2016, no es sino desde la notificación de dicho título de ejecución a la Entidad que dicha reducción dejó de surtir efectos; razón por la cual, el pago y/o devolución del monto contractual reducido recién debió efectuarse desde la notificación del laudo citado y no desde la fecha de la modificación.

18. En tal sentido, corresponde que la Entidad demandada pague por concepto de intereses legales desde la fecha en que fue notificada con el Laudo Arbitral de fecha 9 de agosto de 2016 hasta la fecha en que haga efectivo el pago del

⁸ TORRES, ob. cit., p. 657, los denomina efectos voluntarios y efectos legales. respectivamente.

monto ascendente a S/. 1, 549, 239.98 (Un millón quinientos cuarenta y nueve mil doscientos treinta y nueve con 98/100 Soles).

RESPECTO AL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: *“Determinar si corresponde que se ordene a la Entidad pague al Consorcio demandante los gastos generales por la suma de S/. 225, 717.14 (Doscientos veinticinco mil setecientos diecisiete con 14/100 Soles), correspondiente a la ampliación de plazo por 22 días calendarios; más los intereses legales que ascienden a la suma de S/. 12, 142.68 (Doce mil ciento cuarenta y dos con 68/100 Soles) desde el 3 de junio de 2015 al 20 de junio de 2017, debiéndose actualizar dichos intereses hasta que se cumpla con pagar.”*

19. Sobre el segundo punto controvertido, conforme se ha desarrollado en los vistos del presente laudo arbitral, el Consorcio Supervisor señala que mediante Laudo Arbitral de fecha 9 de agosto de 2016, el Tribunal Arbitral conformado por los árbitros Miguel Ángel Avilés García (Presidente), Juan Huamani Chávez y Humberto Flores Arévalo resolvió aprobar la ampliación del plazo del Contrato N° 132-2012-MINSA por 22 días calendarios, declarándose la ineficacia de la Resolución Directoral N° 036-2015-DGIEM de fecha 13 de agosto de 2015; razón por la cual solicitan se ordene el pago de los gastos generales derivados de dicha ampliación de plazo.

“Quinto: DECLÁRESE FUNDADO la primera pretensión de la segunda demanda acumulada; y en consecuencia, corresponde ordenar que se apruebe la ampliación de plazo por 22 días calendario, desfasándose la fecha de término del Contrato al 1 de junio del año 2015, por tanto, DECLÁRESE la ineficacia de la Resolución Directoral N° 036-2015-DGIEM de fecha 13 de agosto de 2015”.

20. Por su parte, la Entidad demandada señala que si bien en el referido Laudo Arbitral se resolvió aprobar una ampliación de plazo por 22 días calendarios, en ningún extremo de lo resuelto se ordenó el pago de gastos generales. Asimismo indican que no corresponde el pago de intereses legales, de conformidad con el artículo 48 de la Ley de Contrataciones del Estado, toda vez que la responsabilidad en el atraso en el pago de los gastos generales es del Consorcio Supervisor por no haber reclamado su pretensión por la vía arbitral oportunamente.
21. Que, habiendo el Laudo Arbitral de fecha 9 de abril de 2016 obtenido autoridad de cosa juzgada, de conformidad con el segundo párrafo del artículo 58 de la Ley de Arbitraje, no es menester de este Colegiado pronunciarse sobre las causales que motivaron la ampliación de plazo por 22 días calendarios; por lo que, se procederá analizar si corresponde o no ordenar el pago de los gastos generales derivados de la ampliación de plazo otorgada y, de ser el caso, desde cuando estuvo obligada la Entidad a realizar dicho pago.

22. Que, de conformidad con el artículo 175 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado: *"Las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios darán lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados. En el caso de la consultoría de obras, debe pagarse al contratista, además del gasto general variable, el costo directo."* Con ello, queda claro que las ampliaciones de plazo dan lugar al pago de gastos generales variables como es en el caso del Contrato de Supervisión bajo análisis, debiendo estar los mismos debidamente acreditados.
23. Que, si bien es cierto, el Consorcio Supervisor no solicitó al Tribunal Arbitral anterior, que ordene el pago de los gastos generales derivados de la ampliación de plazo que estaban solicitando, la sola aprobación de la ampliación de plazo, otorga el derecho al contratista de que se le pague los gastos generales derivados de dicha aprobación, siendo la única premisa condicional, que el contratista los acredite debidamente.
24. Que, con fecha 13 de julio de 2017, el Consorcio demandante presentó al proceso arbitral su escrito acreditando los gastos generales por los 22 días calendarios correspondiente a los meses de mayo y junio de 2015 mediante recibos por honorarios de diversos profesionales, así como otros comprobantes de pago sobre mantenimiento de cartas fianzas, de donde se verifica que el monto resultante de la operación aritmética de los recibos por honorarios y demás gastos acreditados en dicho escrito, se obtiene una suma superior a la reclamada en la segunda pretensión de la demanda.
25. Que, siendo una consecuencia jurídica de la ampliación de plazo otorgada, el pago de los gastos generales debidamente acreditados, debe señalarse que el Supervisor no ha acreditado debidamente dichos gastos generales, por cuanto, los recibos de honorarios profesionales presentados, no permiten vincular a dichos profesionales con el plantel técnico a cargo de las actividades de supervisión, no existiendo en autos copia de la propuesta técnica que identifique a dichos profesionales, razón por la cual, en dicho extremo la pretensión deviene en improcedente.
26. Por otro lado, debe observarse que los estados de cuenta que acreditan los costos de renovación de cartas fianzas, están referidos a una pretensión sobre la cual, este Colegiado ya se ha pronunciado sobre su improcedencia.
27. Por las consideraciones expuestas, corresponde declarar improcedente la segunda pretensión de la demanda.

RESPECTO AL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: *"Determinar si corresponde declarar la invalidez y/o ineficacia y/o nulidad de la penalidad aplicada al Consorcio demandante, por supuesto incumplimiento en revisar correctamente los planos de replanteo, que asciende a la suma de S/. 791, 475.39 (Setecientos noventa y un mil cuatrocientos setenta y cinco con 39/100 soles) deducida del*

cuarto pago (Producto C) del Contrato; en consecuencia, si corresponde que el MINSA devuelva la suma de S/. 791, 475.39, más el pago de los intereses legales, desde la fecha en que fue deducida dicha penalidad hasta la fecha real de pago.”

28. Respecto a su Tercera Pretensión, el Consorcio Supervisor señala que la Entidad, habría aplicado de forma arbitraria la máxima penalidad al Contrato (10%) por la causal de “*incumplimiento en revisar correctamente los 694 planos de replanteo presentados por el Contratista Ejecutor*”. Fundamentan su posición con las siguientes premisas:
- i) Que, los 694 Planos de Replanteo presentados por el contratista Consorcio Hospitalario, fueron ingresados a la Entidad sin firma de la Supervisión; por lo que recién tomaron conocimiento de la existencia de dichos planos a través del Oficio N° 0561-20167.
 - ii) Que, el plazo de revisión de los Planos de Replanteo, no estaba sujeto a cronograma contractual; por lo que, el Consorcio Supervisor no podría incurrir en mora en la ejecución de dicha prestación;
 - iii) Que, la Entidad demandada al aplicar las penalidades, incurrió en infracción a los Principios de Legalidad y Tipicidad al aplicar una penalidad por un causal no contemplada en el Contrato, siendo la naturaleza de la penalidad aplicada correspondiente a *otras penalidades* y no a penalidades por mora de conformidad con el artículo 166 del Reglamento;
29. Por el contrario, la Entidad demandada indica que su actuar se ciñó al Contrato y la normativa especial, privilegiando el interés general. Del mismo modo, contradicen la posición del Consorcio Supervisor y manifiestan que estos sí tenían conocimiento de los Planos de Replanteo por estar firmados por el Jefe de la Supervisión Ing. Lucas Cabanillas Toro. Finalmente, señalan que la Supervisión incurrió en mora al no presentar en su Informe Final la revisión de los Planos de Replanteo presentados por el contratista Ejecutor, siendo esta una obligación contractual.
30. Como se aprecia, existen puntos divergentes en las posiciones de ambas partes respecto a las penalidades aplicadas; por lo que, corresponde examinar esta institución de naturaleza sancionadora, a la luz de la normativa de Contrataciones del Estado.
- 30.1. En primer lugar, corresponde señalar que en el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, el incumplimiento del contrato puede determinar la aplicación de penalidades al contratista y/o la resolución del contrato. Al respecto, ante el incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales del Contratista, la Entidad debe prever en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de penalidad por mora y otras

penalizaciones, siempre que sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la contratación.

30.2. Estos dos tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Se deducen de los pagos a cuenta de: i) las valorizaciones, ii) del pago final o iii) en la liquidación final, según corresponda; o si fuera necesario, iv) se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

30.3. En esa medida, se advierte que las penalidades previstas en la normativa de contrataciones del Estado son: la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación” y “otras penalidades”, las cuales se encuentran reguladas conforme a lo establecido en los artículos 165 y 166 del Reglamento, respectivamente. Adicionalmente, cabe precisar que la finalidad de establecer dichas penalidades es desincentivar el incumplimiento 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 contexto, respecto de la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación”, el artículo 165 del Reglamento preceptúa lo siguiente: *“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 (...).”* Así, el referido artículo regula la aplicación de la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación”, disponiendo que ésta se aplica de manera automática y se calcula de acuerdo a la fórmula prevista en dicho dispositivo; para lo cual la Entidad debe verificar, previamente, el retraso injustificado por parte del contratista en la ejecución de la prestación objeto del contrato.

30.4. De lo expuesto, en el marco de lo dispuesto por el artículo 165 del Reglamento, una Entidad debe aplicar automáticamente la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación” cuando haya determinado que existe retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato -esto es, que el contratista no hubiera solicitado una ampliación de plazo, o habiéndola solicitado esta no fuera aprobada-; ante lo cual es posible deducir dicha penalidad de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, así como del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento, según corresponda.

30.5. Dicho esto, debe señalarse que el Reglamento regula la aplicación de “Otras penalidades”, señalando lo siguiente: *“Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a las penalidades por mora, siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, debe incluir 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.”.
- 30.6. De lo expuesto se desprende que la Entidad tiene la facultad de establecer en los documentos de selección la aplicación de **“Otras penalidades”, distintas a la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación”** ; debiendo precisarse que para tal efecto, la Entidad deberá: i) prever que dichas penalidades sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación; ii) definir los supuestos que originarían su aplicación, los cuales deben ser diferentes al retraso injustificado o mora; iii) delimitar la forma de cálculo de la penalidad para cada uno de los supuestos que previamente hubiera definido; y, iv) establecer el procedimiento a través del cual verificará si se constituye el supuesto que da lugar a la aplicación de la penalidad.
- 30.7. Por lo expuesto, se advierte que, las **“otras penalidades”** previstas en los documentos del procedimiento de selección se aplican a supuestos debidamente establecidos, conforme a lo regulado en el artículo 166 del Reglamento; no siendo posible su aplicación a supuestos de retraso injustificado o mora.
31. Que, en función del punto controvertido planteado, se tiene que la naturaleza de la penalidad aplicada, es distinta a aquella pasible de ser aplicada por mora, razón por la cual, la validez de su aplicación debe tener sustento en el marco contractual establecido.
32. De autos se advierte que, la motivación de dichas penalidades recién fueron puestas en conocimiento del Consorcio mediante Informe N° 466-2016-2016-UO-DI-DGIEM/MINSA, adjunto a la Carta N° 598-2016-OA-OGA/MINSA, el 14 de noviembre de 2016; toda vez que el cobro de las mismas se hizo directamente del 20% del monto contractual que adeudaba la Entidad al Consorcio Supervisor por su última prestación; es decir, sin haberse aplicado un procedimiento previo, que requiera al Supervisor corregir la conducta en la que venía incurriendo.
33. No obstante lo expuesto, de la justificación expuesta por la Entidad mediante Informe N° 466-2016-2016-UO-DI-DGIEM/MINSA, se advierte que las penalidades fueron aplicadas por la causal de **“no revisar correctamente los planos de replanteo”**, estando a lo expuesto al punto 10.n del Anexo al Contrato, el cual indica: **“El Informe Final incluirá la revisión y conformidad a la Memoria Descriptiva Valorizada presentada por el Contratista de la obra y de los planos conforme a los trabajos realmente ejecutados en la obra”**; por lo que, siendo el Contratista responsable por sus prestaciones y, de conformidad con el punto 14.i del Anexo al Contrato: **“la Supervisión es responsable (...) en tal sentido, las demoras, errores y omisiones en sus prestaciones serán causal de aplicación de penalidades y otras penalidades (...)”**.



31. Que, si bien el Consorcio Supervisor debía incluir en su Informe Final la revisión y conformidad de los planos de replanteo, estos debieron ser presentados por el Contratista Ejecutor para su revisión; no obstante, de la revisión de las pruebas aportadas al proceso, se verifica que dichos planos fueron entregados por el Contratista Ejecutor recién el 9 de marzo de 2016 a través de la Carta N° 14 CH/VES-2016 directamente a la Entidad y que el Informe Final de la Supervisión fue entregado el 30 de noviembre de 2015; es decir, en fecha anterior a la presentación de los planos de replanteo, configurándose un imposible jurídico que la Supervisión revise unos planos que no le fueron entregados oportunamente. Ello al margen que en el contrato, no se había establecido como conducta penalizable, la falta de revisión adecuada de dichos planos.
32. Aunado a lo expuesto, la causal por la cual la Entidad aplica penalidades al Consorcio Supervisor, léase, no revisar correctamente los planos de replanteo, no se encuentra contemplado en la Cláusula Duodécima del Contrato; por lo que, estando a lo desarrollado líneas arriba respecto al procedimiento para aplicar *otras penalidades*, no se verifica procedimiento establecido contractualmente para determinar o verificar la ocurrencia de tal incumplimiento. Siendo que respecto a dicho supuesto, El Consultor de Obra nunca fue intimado para corregir el presunto incumplimiento, pese a recibir oportunamente el Informe Final de la Supervisión, con cual se evidencia la falta de objetividad en la aplicación de dichas penalidades.
33. En tal sentido, siendo este un Tribunal de Justicia, y estando a la normativa de contratación pública regulada en el artículo 166 del Reglamento, corresponde dejar sin efecto las penalidades aplicadas por el presunto incumplimiento en revisar los Planos de Replanteo por parte de la Supervisión, por no haberse establecido dicha causal como pasible de penalización, no habiéndose establecido un procedimiento contractual para la aplicación de dichas penalidades, generando de esa manera, indefensión de parte de la Supervisión; por lo que, se declara fundada la tercera pretensión de la demanda.

RESPECTO AL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: *“Determinar si corresponde declarar la invalidez y/o ineficacia y/o nulidad de la liquidación del Contrato, realizada por el MINSA mediante Oficio N° 0233-2017-DGIEM/MINSA, por las siguientes razones que deberán analizarse en forma conjunta y/o independiente una de otra y que son:*

Por cuanto la Entidad practicó la liquidación:

- a) Existiendo a esa fecha una Solicitud de Arbitraje.*
- b) Existiendo a esa fecha una anulación parcial de Laudo Arbitral.*
- c) Por no existir Conformidad de la última prestación.*

En consecuencia, determinar si corresponde se ordene una nueva Liquidación, que deberá practicar el Consorcio demandante, una vez que finalicen las controversias en las instancias arbitrales y judiciales de ser el caso, y de otorgada la conformidad de la última prestación, activándose el plazo que establece el artículo 179 del Reglamento.”

34. Que, a través de su Cuarta Pretensión, el Consorcio Supervisor solicita se deje sin efecto la Liquidación del Contrato realizada por el MINSa mediante Oficio N° 0233-2017-DGIEM/MINSa de fecha 8 de febrero de 2017, basando sus fundamentos en las siguientes premisas:
- i) Existir a la fecha controversias pendientes por resolver; por lo que, en interpretación analógica del artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, no se puede practicar la liquidación.;
 - ii) Existir a esa fecha un proceso de Anulación de Laudo en trámite que impide que el Laudo Arbitral de fecha 9 de agosto de 2016, el cual resuelve controversias entre las partes, esté consentido y; en consecuencia, dichos conceptos no podrían ser tomados en cuenta en la Liquidación del Contrato.
 - iii) Por no existir conformidad de la última prestación; por lo que, de conformidad con el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, no puede practicarse la Liquidación del Contrato.
35. El MINSa contradice los argumentos del Consorcio argumentando en primer orden que las normas que establecen excepciones o que restrinjan derechos como la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, no se aplican por analogía; por tanto, el artículo que regula la elaboración de la Liquidación de los Contratos de Supervisión es el 179 y no el 211 del Reglamento, siendo el último dispositivo, concerniente a los contratos de obras.

“Artículo 179°.- Liquidación del Contrato de Consultoría de Obra

1. *El contratista presentará a la Entidad la liquidación del contrato de consultoría de obra dentro de los quince (15) días siguientes de haberse otorgado la conformidad de la última prestación. La Entidad deberá pronunciarse respecto de dicha liquidación y notificar su pronunciamiento dentro de los quince (15) días siguientes de recibida; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación presentada por el contratista.
Si la Entidad observa la liquidación presentada por el contratista, éste deberá pronunciarse y notificar su pronunciamiento en el plazo de cinco (5) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas por la Entidad. En el caso que el contratista no acoja las*



observaciones formuladas por la Entidad, 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, según corresponda, en la forma establecida en los artículos 214 y/o 215.

2. *Cuando el contratista no presente la liquidación en el plazo indicado, la Entidad deberá efectuarla y notificarla dentro del plazo de quince (15) días siguientes, a costo del contratista; si esta no se pronuncia dentro de los cinco (5) días de notificado, dicha liquidación quedará consentida.*

Si el contratista observa la liquidación practicada por la Entidad, ésta deberá pronunciarse y notificar su pronunciamiento dentro de los cinco (5) días siguientes; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas por el contratista.

En el caso de que la Entidad no acoja las observaciones formuladas por el contratista, 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, según corresponda, en la forma establecida en los artículos 214 y 215.

(...)"

36. Que, a efectos de ir analizando si corresponde o no declarar la invalidez de la Liquidación del Contrato de Supervisión practicada por la Entidad, se emitirán pronunciamientos parciales respecto de las premisas de la Demanda del Consultor de Obra.
37. Respecto a este primer punto, no cabe duda que al ser la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, normas de orden público, se debe respetar el Principio de Legalidad. Siendo así y existiendo un mandato normativo que regula la elaboración de la Liquidación de los Contratos de Consultoría de Obras como son los Contratos de Supervisión, de conformidad con la Opinión N° 003-2009/DOP, no cabe duda que dicho mandato normativo se debe respetar:

"Opinión N° 003-2009/DOP.-

- 2.1. *Los servicios en el campo de las normas sobre contrataciones y adquisiciones del Estado, revisten ciertos matices que acarrearán un tratamiento diferenciado en su regulación, dependiendo de la complejidad de las prestaciones a realizarse o teniendo en cuenta determinadas calificaciones y especialidades que deben reunir las personas que los prestan.*

Así, dentro de la categoría genérica de servicios, el Reglamento distingue lo que debe entenderse por servicios en general y servicios de consultoría, en función a la especialidad requerida para su prestación.

De acuerdo con lo establecido en el numeral 52° del Anexo de Definiciones del Reglamento se entiende por "servicio en general" a la actividad o labor que realiza una persona natural o jurídica para atender una necesidad de la Entidad, pudiendo estar sujeta a resultados para considerar terminadas sus prestaciones.

Dentro de la categoría genérica de servicios, la normativa prevé a las consultorías como una especie de servicios cuyas características de especialidad y profesionalidad determina su tratamiento diferenciado.

Al respecto, según lo establecido en el numeral 11 del Anexo de Definiciones del Reglamento, se entiende por consultor a la persona natural o jurídica que presta servicios profesionales altamente calificados en la elaboración de estudios y proyectos; en la inspección de fábrica, peritajes de equipos, bienes y maquinarias; en investigaciones, auditorías, asesorías, estudios de prefactibilidad y de factibilidad técnica, económica y financiera, estudios básicos, preliminares y definitivos, asesoramiento en la ejecución de proyectos distintos de obras y en la elaboración de términos de referencia, especificaciones técnicas y Bases de distintos procesos de selección, entre otros.

- 2.2 *Ahora bien, la normativa a su vez establece un tratamiento diferenciado para la consultoría de obras.*

Conforme con lo establecido en el numeral 12 del Anexo de Definiciones del Reglamento, se entiende por consultor de obras a la persona natural o jurídica que presta servicios profesionales altamente calificados consistentes en la elaboración del expediente técnico de obras, así como en la supervisión de obras.

Según puede apreciarse, por mandato expreso de la normativa, para efectos del desarrollo de los procesos de selección, sólo podrían considerarse como consultorías de obra, aquellas que consistan en la elaboración de un expediente técnico o supervisión de una obra."

38. Que, de la revisión del artículo 179 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, se advierte que el único requisito para la elaboración de la Liquidación del Contrato por parte del Contratista Supervisor es que se otorgue la conformidad de la última prestación, mas no es un impedimento legal, la existencia de controversias pendientes de resolver; razón por la cual, el hecho

de que existiese una solicitud de arbitraje, no le es impedimento al Supervisor para elaborar la Liquidación del Contrato.

En esa línea, interpreta el OSCE al señalar lo siguiente en su Opinión N° 192-2015/DTN:

“Como puede apreciarse, el supervisor de obra debe presentar la liquidación de su contrato a la Entidad dentro de los quince (15) días siguientes de haberse otorgado la conformidad de la última prestación de su contrato.

En consecuencia, considerando que la última prestación del supervisor puede ser su participación en la recepción de obra o su participación en la liquidación del contrato de obra –cuestión que dependerá de los términos particulares del contrato–, la liquidación del contrato de supervisión de obra deberá presentarse dentro de los quince (15) días siguientes de otorgada la conformidad a la última prestación y ello no está vinculado, necesariamente, a que exista un consentimiento previo de la liquidación de obra, más aún cuando la liquidación y administración de ambos contratos es independiente.”

39. Por tales consideraciones, la existencia de la Solicitud de Arbitraje de fecha 3 de diciembre de 2016, no es impedimento alguno para que el Consultor de Obra elabore la Liquidación del Contrato, siempre que se haya otorgado la conformidad de la última prestación.
40. En esa misma línea, no resulta impedimento al Consultor de Obra la existencia de un proceso de Anulación del Laudo Arbitral de fecha 9 de agosto de 2016 seguido ante la Justicia Ordinaria, tomando en consideración lo dispuesto en el artículo 59 de la Ley de Arbitraje:

Artículo 59.- Efectos del Laudo

- 1. Todo laudo es definitivo e inapelable y de obligatorio cumplimiento desde su notificación a las partes.*
- 2. El laudo produce efectos de cosa juzgada.*

En consecuencia, ni la existencia de un proceso arbitral en trámite ni mucho menos la existencia de un proceso de anulación de laudo, impiden al contratista elaborar la Liquidación del Contrato, siendo el único requisito, haber recibido la conformidad de la última prestación.

41. Que, de la Cláusula Quinta del Contrato se aprecia que las últimas prestaciones del Consultor de Obra corresponden a la entrega del Informe Final de Supervisión, Liquidación del Contrato de Obra y la entrega de la Liquidación del Contrato de Supervisión; por lo que, a efectos de determinar si existía conformidad para la elaboración de la Liquidación del Contrato de Supervisión,

corresponde analizar las pruebas aportadas al proceso respecto al Informe Final de Supervisión y de la Liquidación Final del Contrato de Obra.

42. En esa línea, el MINSa manifiesta que la conformidad de las últimas prestaciones de la Supervisión se otorgó mediante Informe N° 466-2016-2016-UO-DI-DGIEM/MINSa, adjunto a la Carta N° 598-2016-OA-OGA/MINSa, el 14 de noviembre de 2016; no obstante, dicho Informe se emitió en razón de motivar las penalidades indebidamente aplicadas por la causal de revisión incorrecta de los 694 Planos de Replanteo, mas no para otorgar conformidad a las prestaciones de la Supervisión.
 43. Sin perjuicio de lo expuesto, se tiene que mediante Carta N° 3297-2015-HEVES-MINSa de fecha 30 de noviembre de 2015, la Supervisión presenta su Informe Final; asimismo, a través de la Resolución Directoral N° 011-2016-DGIEM de fecha 20 de junio de 2016, el MINSa aprueba la Liquidación del Contrato de Obra; por lo que, las últimas prestaciones de la Supervisión se habían ejecutado, quedando pendiente la elaboración de la Liquidación del Contrato de Supervisión.
 44. Que, de la revisión de los actuados, se verifica que el propio Consultor de Obra alega al fundamentar su Tercera Pretensión que se habían cumplido las condiciones para que el MINSa cumpla con realizar el último pago en favor del Consorcio por la presentación de su Informe Final y por la Liquidación del Contrato de Obra; en consecuencia, entregó las Facturas N° 161 y 162 por los montos descritos para su pago.
 45. En esa línea, viene a bien analizar la Teoría de los Actos Propios, advirtiéndose una contradicción entre el reclamo del pago de las últimas prestaciones de la Supervisión y la alegación de que no existe conformidad de dichas prestaciones, siendo un requisito del pago, la conformidad de las prestaciones, de conformidad con el artículo 181 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 51.1. Al respecto, Borda⁹ citando a Enneccerus-Nipperdey, respecto de la teoría de los Actos Propios, afirma que *"(...) a nadie le es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta interpretada objetivamente según la ley, según las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas o costumbres o la buena fe"*.
- Asimismo, señala que la teoría de los Actos Propios constituye una regla derivada del principio general de la buena fe, que sanciona como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria con respecto al propio comportamiento anterior efectuado por el mismo sujeto.
- 51.2. Para Mario Castillo Freyre, dicha teoría está conceptuada como una limitación al ejercicio de derechos subjetivos, impuesta por un deber de un comportamiento

⁹ Borda, Alejandro. Op. Cit., pp. 51-53.

coherente con la conducta anterior del sujeto que suscita en otro una fundada confianza.¹⁰

51.3. Del mismo modo, en el Primer Pleno Casatorio Civil se cita Luis Moisset de Espanés, quien, comentando la regla de que no es admisible que uno venga a actuar en contra de sus propios actos, menciona que: *“Es necesario reconocer que la doctrina ha estado siempre presente en numerosos fallos, pues repugna al más elemental sentido de justicia el que un litigante pretenda maliciosamente negar lo que antes ha afirmado (...)”*¹¹

51.4. Siendo ello así, para la aplicación de dicha teoría, se deben identificar sus presupuestos, a saber: i) una conducta vinculante; ii) una acción contradictoria y; iii) identidad de sujetos.

i) *Respecto al presupuesto de la conducta vinculante, Díez-Picazo¹², citando a Betti, nos dice que, “(...) en general, puede hablarse de conducta cuando lo que el ordenamiento jurídico valora es, no el acto en sí mismo considerado, sino el acto o la serie de actos, en cuanto son reveladores de un modo general de proceder o de comportarse, es decir, en cuanto revelan una determinada actitud o una determinada toma de posición de la persona respecto a algunos intereses vitales”.*

ii) *Respecto al presupuesto de una acción contradictoria se señala el ejercicio de una facultad o de una conducta, por la misma persona que crea la situación que acarrea en litigio debido a la contradicción -atentatoria de la buena fe- existente entre ambas conductas.*

Según Borda, la expresión “pretensión contradictoria”, encierra diversos matices. Por un lado, es la emisión de una nueva conducta o un nuevo acto; por otro lado, esta conducta o acto importa ejercer una pretensión.¹³

iii) *Respecto al presupuesto de la identidad de sujetos, es menester la concurrencia de un supuesto concerniente a las personas participantes; a saber, la estricta identidad que ha de existir entre el sujeto agente de la conducta vinculante y el sujeto de la pretensión.*

Así, la conducta contradictoria emplazada en una persona requiere indubitablemente su comparación con otra conducta precedente, efectuada por la misma persona o por personas distintas con una misma representación. Ello importa que la identidad a la que nos referimos puede ser tanto física como jurídica.

¹⁰ Castillo Freyre, Mario y Rita Sabroso Minaya, La teoría de los actos propios, Lima, Palestra, 2006, p. 63.

¹¹ Moisset de Espanés, Luis, “La doctrina de los actos propios”, en: Rev. Comercio y Justicia, N° 13.607, diciembre, 1978.

¹² Díez Picazo Ponce de León, Luis, Op. Cit., pág. 195.

¹³ Borda, Alejandro. Op. Cit., pág. 75.

52. Que, resulta una infracción al Principio de la Buena Fe vía Teoría de los Actos Propios, por un lado reclamar el pago por haber cumplido con ejecutar la totalidad de sus prestaciones, alegando para ello la presentación del Informe Final de Supervisión y la elaboración de la Liquidación Final de Obra y luego, manifestar que no existía conformidad de dichas prestaciones.
53. En tal sentido, habiendo el MINSa realizado el pago, aunque menor al debido, por las últimas prestaciones de la Supervisión, se genera la presunción legal, de conformidad con el artículo 181 del Reglamento, que existía conformidad por las últimas prestaciones de la Supervisión y se generaba la obligación legal del Consultor de Obra de elaborar la Liquidación del Contrato de Supervisión.
54. Sin perjuicio de lo expuesto, a efectos de que el presente discurso guarde congruencia con todo lo previamente expuesto, corresponde analizar los componentes de la Liquidación formulada por la Entidad a fin de determinar si esta resulta válida o no. En esa línea, habiéndose determinado que mediante Laudo Arbitral de fecha 9 de agosto de 2016, el Tribunal Arbitral anterior resolvió dejar sin efecto la reducción del Contrato efectuada por el MINSa, esta debió contemplar en su Liquidación el monto de la reducción tal como si dicha reducción no se hubiese efectuado.
55. Que, de la revisión de la Liquidación practicada por la Entidad, se aprecia que la Entidad contempló un monto contractual tomando como referencia la reducción efectuada mediante Oficio N° 2058-2012-OL-OGA; es decir, consideró como monto contractual la suma de S/. 6'365,514.91, cuando lo correcto debió ser no considerar el monto de la reducción y tomar el monto contractual original para el cálculo de los componentes de la liquidación, esto es, el monto contractual de S/. 7'914,754.89.
56. Por lo expuesto, una Liquidación que no parte con un monto contractual correcto, cualquier resultado que arroje resulta inválido; por lo que, corresponde declarar inválida la Liquidación practicada por la Entidad mediante Oficio N° 2058-2012-OL-OGA y, de conformidad con la cuarta pretensión de la Demanda, corresponde ordenar practicarse una nueva liquidación.

RESPECTO AL PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: *En caso de no ampararse la Cuarta Pretensión, determinar si procede analizar cada una de las observaciones realizadas por el Consorcio demandante a la liquidación del Contrato practicada por el MINSa mediante Oficio N° 0233-2017-DGIEM/MINSa:*

1.- Derecho a reconocer:

- a) *El monto contractual de S/. 1'549,239.89 (Un millón quinientos cuarenta y nueve mil con doscientos treinta y nueve con 89/100 Soles), que redujo el MINSa, debiendo pagar y/o reembolsar dicha suma, más los intereses legales desde la fecha en que se redujo (6*

de noviembre de 2012) hasta la fecha en que se efectivice el mismo.

b) El pago de los gastos generales que ascienden a la suma de S/. 225, 717.14, generados por la Ampliación de Plazo por 22 días calendario, más los intereses legales desde el 3 de junio de 2015 al 18 de junio de 2017, la suma de S/. 12,107.54 (Doce mil ciento siete con 54/100 Soles) , debiéndose actualizar dichos intereses hasta que se cumpla con pagar, de conformidad con el laudo arbitral de fecha 9 de agosto de 2016.

2.- Declarar la invalidez y /o ineficacia y/o nulidad de las siguientes penalidades:

a) Por supuesta demora en presentar la liquidación del Contrato, debiendo el MINSA devolver al Consorcio demandante, la suma de S/. 14,000.00 (Catorce mil 00/100 Soles), más los intereses de ley, desde la fecha en que se penalizó (8 de febrero de 2017) hasta la devolución de la misma.

b) por supuesto incumplimiento en revisar correctamente los planos de replanteo, que asciende a la suma de S/. 791,475.39 (Setecientos noventa y un mil con cuatrocientos setenta y cinco con 39/100 Soles) deducida del Cuarto Pago (Producto C) del Contrato; en consecuencia, el MINSA deberá cumplir con devolver la suma de S/. 791,475.39; más el pago de los intereses legales, desde la fecha en que fue deducida dicha penalidad hasta la fecha real de pago.

c) Por supuesta demora en la entrega de las valorizaciones, que asciende a la suma de S/. 406,049.82 (Cuatrocientos seis mil cuarenta y nueve con 82/100 Soles) deducida al practicar la liquidación del Contrato; en consecuencia, el MINSA deberá cumplir con devolver la suma de S/. 406,049.82; más el pago de los intereses legales, desde la fecha en que fue deducida dicha penalidad (8 de febrero de 2017) hasta la fecha real de pago.

57. Que, la naturaleza de las pretensiones subordinadas son ampararse en caso la principal sea desestimada; por lo que, habiendo este Colegiado amparado la Cuarta Pretensión Principal, no corresponde emitir pronunciamiento respecto a la pretensión subordinada a la Cuarta Pretensión Principal, más aún cuando se ha ordenado al Consorcio Supervisor practicar una nueva liquidación en donde podrá considerar todos los componentes que considere se le debe reconocer.

RESPECTO AL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA QUINTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Determinar si corresponde que la

Entidad demandada pague al Consorcio demandante, los gastos de mantenimiento de las cartas fianzas de fiel cumplimiento, desde el 4 de abril de 2016 hasta la devolución de las mismas, debiendo el MINSA pagar los intereses legales desde la fecha en mención hasta que se devuelvan las garantías.

Si corresponde que el MINSA devuelva todas las cartas fianzas.

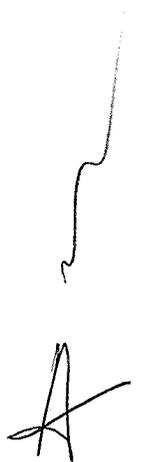
Monto que a la fecha suma por empresa según escrito presentado por el Contratista 13/07/2017.

El Consorcio Instituto de Consultoría S.A. hasta el 20/06/2017 por cinco (05) cartas fianzas la suma de S/. 21, 224.56 (Veinte y un mil doscientos veinticuatro con 56/100 Soles).

El Consorcio Motlima hasta el 20/06/2017 por cinco cartas fianzas la suma de S/. 16,955.37 (Dieciséis mil novecientos cincuenta y cinco con 37/100 soles)

El Consorcio INTEINCO hasta el 20/06/2017 por una (01) carta fianza la suma de US\$ 5,915.46

58. Sobre el particular, el Consorcio demandante busca que el Tribunal Arbitral ampare su pretensión de reconocimiento de pago por renovación de garantías, por verse perjudicados económicamente, considerando que la función de dichas garantías ya ha sido cubierta oportunamente y mantenerlas vigentes, responde a un despropósito.
59. Al respecto, como se ha mencionado previamente, es menester de este Tribunal de Justicia respetar las normas de orden público. En tal sentido, el artículo 158 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, claramente señala que las garantías de fiel cumplimiento otorgadas en el marco de la ejecución de un contrato de consultoría de obras, deberá mantenerse vigente hasta el consentimiento de la Liquidación Final del Contrato.
60. En esa línea, siendo una de las materias controvertidas en este proceso arbitral la elaboración de la Liquidación Final del Contrato de Supervisión, estando al a disposición normativa acotada en el párrafo anterior, resulta una obligación legal de la Supervisión mantener vigentes las garantías de fiel cumplimiento que haya otorgado.
61. Del mismo modo, se ha desarrollado en el presente Laudo Arbitral componentes tanto que deberán mantenerse en la Liquidación Final como componentes que deberán excluirse y otros que deberán incluirse; es decir, hasta la emisión del presente Laudo, existían legítimas controversias o incertidumbres jurídicas entre las partes que este Colegiado busca solucionar. En tal sentido, independientemente del perjuicio económico en el que incurre el Consorcio por la renovación de las cartas fianzas, este Colegiado considera que dicha demora es responsabilidad de ambas partes, no pudiendo responsabilizar únicamente a



la Entidad, más aún cuando su actuación se ciñó a un procedimiento regular establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

62. Por lo expuesto, siendo una obligación legal del Consultor de Obra mantener vigentes las garantías que hubiese otorgado para el fiel cumplimiento del Contrato hasta el consentimiento de la Liquidación Final del Contrato, no se podrá ordenar reconocer a la Entidad el costo de las renovaciones cuando no se ha acreditado fehacientemente la responsabilidad de esta en la demora del consentimiento de la Liquidación, más aún cuando esta no fue elaborada oportunamente por el Consultor de Obra demandante.
63. Ahora bien, en el extremo del pedido en el que solicitan la devolución de las cartas fianzas, se tiene que, con este Laudo Arbitral se ha ordenado se practique una nueva Liquidación; por lo que, corresponde desestimar la solicitud en virtud que el Consorcio Supervisor deberá mantener vigentes las garantías otorgadas, de conformidad con el artículo 158 del Reglamento, hasta el consentimiento de la Liquidación Final del Contrato, por lo que deviene en improcedente este extremo.

RESPECTO AL SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: “La Entidad demandada deberá indemnizar al Consorcio demandante, por los daños y perjuicios ocasionados al Consorcio Supervisor, por la imposibilidad de hacer uso del recurso económico para el desarrollo de otras labores de consultoría, en la modalidad de lucro cesante, cuyo daño asciende a la suma de S/. 319,144.00 (Trescientos diecinueve mil cientos cuarenta y cuatro con 00/100 soles).”

64. Respecto a esta pretensión, el Consultor demandante solicita se le indemnice por los daños y perjuicios en la modalidad de Lucro Cesante, ocasionado por la Entidad por la imposibilidad de hacer uso del recurso económico para el desarrollo de otras labores de consultoría, ascendente a S/. 219,144.00.
65. Para iniciar el desarrollo de esta pretensión, se deberá tener en cuenta los elementos de la responsabilidad civil, la cual será contractual cuando se incumpla con una obligación previamente pactada y extracontractual en cuanto se trasgreda la obligación genérica que tiene todo ser humano de no dañar a otro. Los elementos de la responsabilidad civil en ambos casos, según la doctrina nacional son: i) la acción u omisión antijurídica; ii) el daño; iii) el nexo causal y; iv) el factor de atribución. Para que un hecho antijurídico sea indemnizable, deberá conjugarse con los demás elementos de la responsabilidad civil.
66. Dicho lo anterior, se procederá a analizar la coexistencia de cada uno de los elementos de la responsabilidad civil a fin de determinar si corresponde o no que el Consorcio demandante sea indemnizado.

- 66.1. No se puede comenzar a analizar la coexistencia de los elementos de la responsabilidad civil sin antes identificar si esta es de naturaleza contractual o extracontractual. En el presente caso, no cabe duda que nos encontramos frente a un supuesto de responsabilidad civil contractual, toda vez que las controversias derivan de la ejecución del Contrato N° 132-2012-MINSA de fecha 28 de agosto de 2012, suscrito entre el Consorcio Supervisor Lima Sur con el Ministerio de Salud.
- 66.2. Una vez analizada la naturaleza de la responsabilidad civil, procederemos a identificar el hecho (acción u omisión) antijurídico. Al respecto, el Consorcio demandante acredita el presunto hecho antijurídico en la demora en los pagos de parte de la Entidad, lo cual les ha ocasionado daños y perjuicios por la extensión innecesaria del Contrato N° 132-2012-MINSA, el cual estaba previsto para durar 570 días; no obstante, hasta la fecha no se ha culminado, generándole un perjuicio económico al no poder hacer uso del recurso económico para otras labores de consultoría.
- 66.3. Respecto a la teoría del daño, resulta un aspecto fundamental de la estructura de los hechos jurídicos ilícitos que originan responsabilidad civil; sin lugar a dudas es el aspecto objetivo del daño causado, pues solamente cuando se ha causado un daño se configura jurídicamente un supuesto de responsabilidad civil, produciéndose como efecto jurídico el nacimiento de la obligación legal de indemnizar, bien se trate del ámbito contractual o extracontractual, ya que en caso contrario no existirá ningún sustento para el nacimiento de dicha obligación legal de indemnizar.
- 66.4. En esa misma línea, el Consultor de Obra no ha acreditado mediante otro medio objetivo distinto al de la imposibilidad de hacer uso del recurso económico, como es que dicha demora ha afectado su participación en otros trabajos de consultoría.
67. Que, por las consideraciones expuestas, habiendo analizado el presunto daño y no habiendo generado convicción en este Colegiado, no es necesario pronunciarse sobre los demás elementos de la responsabilidad civil; por lo que, la Sexta Pretensión de la Demanda es declarada Infundada.

RESPECTO AL SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA SÉPTIMA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: "Se ordene a la Entidad demandada que cumpla con otorgar la Constancia de Prestación."

68. Sobre el particular, viene a bien citar lo dispuesto en el artículo 178 del Reglamento: "Otorgada la conformidad de la prestación, el órgano de administración o el funcionario designado expresamente por la Entidad es el único autorizado para otorgar al contratista, de oficio o a pedido de parte, una constancia que deberá precisar, como mínimo, la identificación del objeto del

contrato, el monto correspondiente y las penalidades en que hubiera incurrido el contratista.”

69. De acuerdo con el artículo citado, la constancia de prestación debe contener, como mínimo, la siguiente información, de conformidad con la Opinión N° 039-2015/DTN:

i) La identificación del contrato u orden de compra o servicio; es decir, su número, objeto, las partes de la relación contractual (la Entidad y el contratista) y la prestación o prestaciones ejecutadas por el contratista.

ii) El monto correspondiente; esto es, el importe total al que asciende el contrato, comprendiendo las variaciones por adicionales, reducciones, reajustes, etc., que se hubieran aplicado durante la ejecución contractual.

iii) Las penalidades en que hubiera incurrido el contratista durante la ejecución de dicho contrato.

70. Sobre estos tres elementos, resulta importante resaltar que lo que se pretende acreditar a través de la constancia de prestación es si el contratista ejecutó debidamente el contrato; es decir, sin que haya sido necesario aplicarle penalidades.

71. Por tales consideraciones, la pretensión analizada de la Demanda deberá ser declarada IMPROCEDENTE por no haberse culminado aún con las obligaciones a cargo de la Supervisión, quedando pendiente la elaboración de la Liquidación Final del Contrato que tenga en consideración lo resuelto en el presente Laudo Arbitral.

RESPECTO AL OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO DERIVADO DE LA OCTAVA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: “La Entidad demandada deberá pagar los costos que ocasionen el presente arbitraje, como honorarios de los miembros del Tribunal Arbitral, honorarios del Secretario Arbitral, así como los honorarios del profesional que asume nuestra defensa, entre otros; más los intereses legales.”

72. Respecto a la asunción de los costos y costas del presente proceso, corresponde señalar lo dispuesto en el Decreto Legislativo N.º 1071 – Ley de Arbitraje, respecto a los costos del proceso arbitral, específicamente en el artículo 69º, el cual precisa lo siguiente:

Art. 69º - D.L 1071.-

“Las partes tienen la facultad de adoptar, ya sea directamente o por referencia a reglamentos arbitrales, reglas relativas a los costos del arbitraje. A falta de acuerdo, el tribunal arbitral dispondrá lo conveniente, con sujeción a lo dispuesto en este título.”

73. Del contenido de la cláusula arbitral establecida en el CONTRATO, se advierte que las partes no se pronunciaron sobre la regulación de los costos del presente arbitraje, por tanto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley de Arbitraje, el Tribunal Arbitral tiene la facultad de disponer lo que considere conveniente, siempre y cuando se sujete a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje.

A su vez, la Ley de Arbitraje faculta a los árbitros, a falta de acuerdo de las partes, a determinar que los costos del arbitraje sean de cargo de la parte vencida, o a distribuir y prorratear estos costos entre las partes, en caso estime que es razonable, de acuerdo con lo que se estipula en el artículo 73 de la referida norma, cuyo texto reproduciremos a continuación:

Art. 73° - D.L. 1071.-

“El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.”

74. Estando a lo expuesto y, teniendo en consideración que en el presente laudo, corresponde ordenar a las partes asuman el 50% de los costos y costas arbitrales derivados del presente proceso arbitral, entre ellos y de los cuales, se puede dar cuenta, los honorarios del Tribunal Arbitral, de la Secretaría Arbitral, y los honorarios del abogado defensor de la parte Demandante.

POR TANTO, EL TRIBUNAL ARBITRAL EN MAYORÍA LAUDA:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADA la Primera Pretensión de la Demanda; en consecuencia, se ordena al MINISTERIO DE SALUD, pague en favor del CONSORCIO SUPERVISOR LIMA SUR la suma ascendente a S/. 1'549,239.98 (Un Millón Quinientos Cuarenta y Nueve Mil Doscientos Treinta y Nueve con 98/100 soles), más los intereses legales que correspondan computados desde el 9 de agosto de 2016, fecha en que se dejó sin efecto la reducción de prestaciones ordenada por la Entidad mediante Oficio N° 208-2012-OL-OGA/MINSA.

SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE la Segunda Pretensión Principal de la Demanda.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA la Tercera Pretensión Principal de la Demanda; en consecuencia, se deja sin efecto las penalidades aplicadas por “incumplimiento en revisar correctamente los planos de replanteo”, debiendo la Entidad cumplir con devolver al Contratista la suma ascendente a S/. 791,475.39 (Setecientos Noventa y Un Mil Cuatrocientos Setenta y Cinco con 39/199 soles).

CUARTO: DECLARAR FUNDADA la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda; en consecuencia, corresponde declarar la invalidez de la Liquidación Final practicada por el MINISTERIO DE SALUD.

QUINTO: NO CORRESPONDE PRONUNCIARSE sobre la pretensión subordinada a la Cuarta Pretensión Principal por su naturaleza procesal.

SEXTO: DECLARAR IMPROCEDENTE la Quinta Pretensión de la Demanda; en consecuencia, los costos derivados del mantenimiento de las Cartas Fianzas de Fiel Cumplimiento otorgadas por el CONSORCIO SUPERVISOR LIMAR SUR, las cuales deberán mantenerse vigentes hasta la elaboración de la Liquidación Final que deberá practicar el CONSORCIO SUPERVISOR LIMA SUR.

SÉTIMO: DECLARAR INFUNDADA la Sexta Pretensión de la Demanda; en consecuencia, no corresponde ordenar al MINISTERIO DE SALUD indemnice por concepto de Lucro Cesante al CONSORCIO SUPERVISOR LIMA SUR.

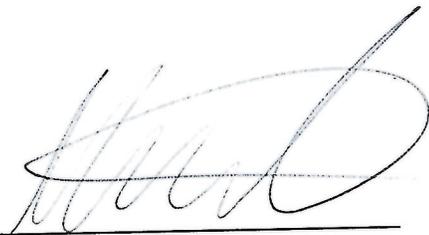
OCTAVO: DECLARAR IMPROCEDENTE la Octava Pretensión de la Demanda; en consecuencia, debiendo entregar el MINISTERIO DE SALUD la Constancia de Prestación de Servicios en favor del CONSORCIO SUPERVISOR LIMA SUR cuando sea elaborada la Liquidación Final del Contrato.

NOVENO: ORDENAR a cada parte asuma el 50% de los costos y costas irrogadas del presente proceso arbitral.



ALEJANDRO ACOSTA ALEJOS

Presidente del Tribunal Arbitral



RICARDO ESPINOZA RIMACHI

Árbitro