CÉDULA DE NOTIFICACIÓN N° 20

Destinatario	:	Dirección de Salud II – Lima Sur Procuraduría Pública del Ministerio de Salud
Domicilio Procesal	:	Avenida Arequipa N° 810, piso 9, Cercado de Lima, Lima

Por la presente me dirijo a ustedes, a fin de notificarles un original del Laudo expedido por el árbitro único (59 páginas).

Lo que notifico a Ustedes.
Lima, 19 de noviembre de 2018

Víctor Mendoza Beltrán
Secretario Arbitral

MINISTERIO DE SALUD
PROCURADURIA PUBLICA
20 NOV. 2018
RECIBIDO
FIRMA: ..... HORA: 02:18
LA RECEPCION NO IMPLICA ACEPTACIÓN DEL MISMO

Resolución Nº 15

En Lima, al 13 de noviembre del año dos mil dieciocho, el Árbitro Único luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y las normas establecidas por las partes, escuchado los argumentos esgrimidos por las partes, actuadas y evaluadas las pruebas sometidas al arbitraje y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y en la contestación de demanda, informes orales, alegatos, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada:

I. CONVENIO ARBITRAL.

1. Con fecha 26 de julio de 2016, el Comité de Selección otorgó la BUENA PRO de la ADJUDICACIÓN SIMPLIFICADA N° 02-2016-DISA II L.S./MINSA para la contratación del servicio de Consultoría de Obra para el proyecto de inversión pública: *"MEJORAMIENTO DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD DEL CENTRO DE SALUD VILLA SAN LUIS DE LA MICRORED LEONOR SAAVEDRA – VILLA SAN LUIS DE LA RED SAN JUAN DE MIRAFLORES-VILLA MARIA DEL TRIUNFO – CÓDIGO SNIP 143125".*

2. Luego, con fecha 10 de agosto de 2016, la Dirección de Salud II Lima Sur (en adelante **La Demandada**) suscribió con EJW Ingeniería de Obras y Proyectos S.A.C. (en adelante **La Demandante**) el Contrato del Servicio de Consultoría de Obra N° 019-2016-DISA II LIMSA SUR para el: *" EL PROYECTO DE INVERSIÓN PÚBLICA MEJORAMIENTO DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD DL CENTRO DE SALUD VILLA SAN LUIS DE LA MICRORED LEONOR SAAVEDRA – VILLA SAN LUIS DE LA RED SAN JUAN DE MIRAFLORES – VILLA MARIA DEL TRIUNFO – CÓDIGO SNIP 143125"* (en adelante **el Contrato**), el cual ascendería a la suma de S/. 398,150.88 (Trescientos noventa y ocho mil ciento cincuenta y 88/100 Soles) y con un plazo de ejecución de trescientos diez (310) días calendarios, el mismo que se computa desde el día que inicia la ejecución de

la Obra. Finalmente, queda establecido que cuando sean citados de manera conjunta, estos serán denominados como **"Las Partes".**

3. Las Partes en mérito al Procedimiento de la Adjudicación Simplificada, y por ser una Institución Pública la que otorgó la Buena Pro, es que se encuentran reguladas a las normas imperativas que en materia de contrataciones así lo establezcan, por tanto ante una controversia, cualquiera de ellas podrá acudir a un Arbitraje, conforme así lo establece la Cláusula Décimo Sexta del Contrato que a la letra dice:

> CLÁUSULA DÉCIMO SÉTIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS
> Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución del contrato se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.
>
> Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122, 146, 152, 168, 170, 177, 178°, 179° y 180° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el inciso 45.2 del artículo 45° de la Ley de Contrataciones del Estado. El arbitraje será de tipo AD HOC.
>
> Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente, según lo señalado en el artículo 183 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje, en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.
>
> El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el inciso 45.9 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.

De igual manera, conforme a lo regulado por el Artículo 45° de la Ley N° 30225- Ley de Contrataciones del Estado y de ser el caso sus modificatorias (en adelante **la Ley**) y los Artículos 184° y 185° del Decreto Supremo N° 350-2015-EF - Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y del ser el caso sus modificatorias (en adelante **el Reglamento**).

II. DESIGNACIÓN E INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO.

4. A falta de acuerdo entre las partes, la Demandante solicitó formalmente el inicio del proceso arbitral, estableciéndose en su escrito la designación del Árbitro Único.

5. Al no existir acuerdo en la designación del Árbitro Único, y al amparo de los artículos 191° y 194° del Reglamento, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (en adelante **OSCE**) procedió a designar al Árbitro Único para que resuelva las controversias suscitadas entre las partes, así como a su respectiva instalación

6. El Presidente Ejecutivo del OSCE designó como Árbitro Único al Doctor Jorge Luis Conde Granados para seguir el presente arbitraje y quien manifestó su aceptación acorde a lo exigido por ley.

7. Con fecha 07 de marzo de 2018, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Árbitro Único con la presencia de las Partes y en donde el Árbitro Único ratificó haber sido designado conforme a ley, reiterando no tener ninguna incompatibilidad para el cumplimiento del cargo, ni vínculo alguno con las partes.

8. En el mismo acto, se establecieron las reglas aplicables al presente arbitraje, el monto de los honorarios del Árbitro Único, de la Secretaría Arbitral y de los gastos administrativos; y, finalmente, se declaró abierto el proceso arbitral.

III. PRINCIPALES ACTOS REALIZADOS DURANTE EL PROCESO ARBITRAL Y LAS POSICIONES DE LAS PARTES.

9. Con fecha 10 de abril de 2018, se emitió la Resolución N° 01 en donde se resolvió: **i)** dejar constancia que la Demandante cumplió con presentar su demanda en tiempo oportuno y tener por ofrecidos los medios probatorios señalados en el acápite V denominado "Medios Probatorios", **ii)** poner en conocimiento de la Demandada, la demanda y anexos presentados el 21 de marzo de 2018 y **iii)** otorgar a la Demandada el plazo de 10 días hábiles de notificada la Resolución a fin de contestar la demanda y ofrezca medios probatorios.

10. Con fecha 10 de abril de 2018, se emitió la Resolución N° 02 en donde se resolvió habilitar a la Demandante a pagar la parte de su contraparte dentro del plazo de 05 días hábiles de notificada la Resolución N° 02.

11. Con fecha 11 de abril de 2018, se emitió la Resolución N° 03 en donde se resolvió: **i)** Establecer como segundo anticipo de gastos arbitrales (liquidado como consecuencia de las nuevas pretensiones cuantificables presentada por la Demandante) las siguientes sumas netas: S/. 5,978.00 Soles para el árbitro único y S/. 3,680.00 soles por el servicio secretarial, **ii)** Las cantidades mencionadas deberán ser canceladas dentro de los 10 días hábiles de notificada la Resolución, **iii)** En caso la Demandante no cumpliera con el íntegro del segundo anticipo de los gastos arbitrales, las nuevas pretensiones contenidas en el escrito de demanda quedarán excluidas y **iv)** encargar en el secretario arbitral remitir a la Demandante los recibos por honorarios electrónicos conjuntamente con la resolución N° 03.

12. Mediante Resolución N° 04 de fecha 24 de abril de 2018 se resolvió: **i)** dejar constancia que la Demandante ha cumplido con el pago íntegro de los gastos arbitrales siguientes: **1)** el saldo del primer anticipo que le correspondía a la Demandada (reglas 55 y 56 del Acta de Instalación) y señalado en la Resolución N° 02 y **2)** la totalidad de los gastos arbitrales originados como consecuencia del incremento de la cuantía de las pretensiones indicado en la Resolución N° 03.

a. **DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR EJW INGENIERIA DE OBRAS Y PROYECTOS S.A.C.**

13. Mediante escrito ingresado por Mesa de Partes (Árbitro Único) con fecha 21 de marzo de 2018, la Demandante interpuso su demanda arbitral solicitando al Árbitro Único amparar lo siguiente:

i) **Primera Pretensión.-** Disponga que se otorgue la conformidad de las prestaciones brindadas por concepto de ampliación de plazo contractual de setenta y uno (71) días calendarios dispuesto por el artículo segundo de la Resolución Directoral N° 0901-2017-DISA-II-LS/DG contados desde el 24.05.2017 hasta el 02.08.2017 (71 días calendarios laborados y prestados efectivamente y sin observación alguna a la Entidad); conforme a la Cláusula Décima del Contrato y al artículo 143° del D.S. N° 350-2015-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

ii) **Segunda Pretensión.-** Disponga se declare válida y eficaz la solicitud de pago de mayores gastos generales, generada por la decisión de la entidad de ampliar el plazo contractual por (71) días calendarios, en el contrato de supervisión y que fuera presentada a la Entidad con fecha 22.08.2017, mediante Carta Notarial N° 39102 (Carta EJW.SUP N° 0150-2017), el cual dicha solicitud no ha sido contestada, observada y cuestionada ni pagada por la Entidad dentro del plazo de ley, siendo dicha solicitud de pago consentida en todos sus extremos.

iii) **Tercera Pretensión.-** Ordenar el pago por concepto de mayores gastos generales de la supervisión por las prestaciones efectivamente brindadas ascendentes a S/. 91,281.02 (Novena y un mil doscientos ochenta y uno y 02/100 soles), más los intereses legales desde la fecha que se debió honrar el pago: 02.08.2017, correspondiente a los (71) días efectivos laborados por el servicio de Consultoría de Obra prestado efectiva, íntegra y oportunamente, sin observación alguna dado el plazo transcurrido.

iv) **Cuarta Pretensión.-** Ordenar el pago de una indemnización por daños y perjuicios ascendente a S/. 10,000.00 (Diez mil y 00/100 soles), por el evidente daño emergente y lucro cesante irrogados, determinándose de esta manera un daño objetivo y directo; toda vez, sin sustento alguno, hasta la fecha no se ha realizado pago de los mayores gastos generales por las prestaciones brindadas oportunamente.

v) **Quinta Pretensión.-** Disponer se otorgue la conformidad de las prestaciones brindadas a la Entidad desde el 03.08.2017 hasta el 14.12.2017 (más de cuatro meses de servicios prestados) que incluye la etapa de recepción de Obra, según documentos que se acreditó Carta EJW.SUP N° 220-2017 del 14.12.2017, en donde se informó que las observaciones realizadas por el Comité de recepción de Obra ya han sido absueltas y se solicita hacer la verificación respectiva conforme a la Cláusula Décima del Contrato y artículo 143° del Reglamento.

vi) **Sexta Pretensión.-** Ordenar el pago por concepto de Recepción de Obra efectuado el día 03.08.2017 hasta el día 14.12.2017 por la supervisión de las prestaciones brindadas ascendentes a S/. 39,815.08 (Treinta y nueve mil ochocientos quince y 08/100 soles), más los intereses legales desde la fecha que se debió honrar el pago, correspondiente a la etapa de Recepción de Obra efectuados y laborados por el servicio de Consultoría de Obra prestado y oportunamente a la Entidad, sin observación alguna y dado el plazo transcurridos sin que se honre el pago y por el contrario se resuelva el Contrato.

vii) **Sétima Pretensión.-** Declarar la Nulidad, ineficacia y/o invalidez de la decisión de la resolución total del Contrato N° 19-2016-DISA II LIMA SUR, realizada por la Entidad mediante Carta N° 123-2017-OL-OEA-DISA II LS/MINSA – Carta Notarial N° 72117 de fecha 13 de diciembre de 2017, por presunto incumplimiento de obligaciones, al no haber sido notificada válidamente y por no tener justificación alguna.

viii) **Octava Pretensión.-** Ordenar la devolución del monto de retención de la Garantía de Fiel Cumplimiento, ascendente al monto de S/. 39,815.08 (Treinta y nueve mil ochocientos quince y 08/100 soles), monto que la Entidad mantiene retenido en calidad de depositaria.

ix) **Novena Pretensión.-** Ordenar el pago de una indemnización por daños y perjuicios ascendente a S/. 39,815.08 (Treinta y nueve mil ochocientos quince y 08/100

soles), por el daño emergente y lucro cesante irrogados a la representada, por no haber hecho el pago de las prestaciones brindadas ni permitido realizar el Informe Final de la Obra, en donde correspondía el pago del 10% del monto de la obra ascendente a S/. 39,815.08 (Treinta y nueve mil ochocientos quince y 08/100 soles)

x) **<u>Décima Pretensión.-</u>** Ordenar el pago de los gastos, costos y costas del proceso arbitral, irrogados por la actitud y conducta arbitraria e ilegal de la Demandada.

- **Fundamentos de Hecho de la Demanda**

14. La Demandante señaló que con fecha 10 de agosto de 2016 suscribió el Contrato, obligándose a realizar un Consultoría de obra, por el monto de S/. 398,150.88 soles, por el plazo de 310 días calendarios contados desde el día que se iniciaba la obra. Por tanto, el plazo se inició el 27 de agosto de 2016 hasta el 23 de mayo de 2017 (fecha prevista contractualmente para finalizar la obra).

15. La Cláusula Cuarta del Contrato estableció lo siguiente:

ACTO	PAGO
Trabajos de supervisión de la obra	80%
Recepción de la obra	10%
Informe final de obra	10%

16. Seguidamente, la Demandante señala que su trabajo se inició el 27 de agosto de 2016 ininterrumpidamente hasta el 23 de mayo de 2017. Durante dicha ejecución se emitieron, aprobaron y pagaron sin observación nueve (09) valorizaciones por conceptos de consultoría y supervisión de la obra, todos tuvieron conformidad técnica y no fueron materia de aplicación de penalidad, por lo que los trabajos de supervisión de la obra fue ejecutada a conformidad de la Demandada y pagada íntegramente sin observación, quedando consentida.

17. Así mismo, la Demandante señala que mediante Resolución Directoral N° 0901-2017-DISA II-LS/DG de fecha 05 de junio de 2017 se resolvió aprobar y declarar la ampliación de plazo contractual de 71 días calendarios contados desde el 24 de mayo de 2017 hasta el 02 de agosto de 2017, por conceptos de servicios de consultoría a favor de la Demandante y cuyo requerimiento (ampliación) fue efectuado por la Contratista de la Obra. Durante dicho plazo, se efectuaron dos valorizaciones N° 09 y N° 10 por concepto de consultoría de supervisión de la obra. Los respectivos servicios no tuvieron conformidad, por lo que conforme a la Cláusula Décima del Contrato y el artículo 143° del Reglamento se solicitó el otorgamiento de la conformidad y ordene el pago más intereses legales.

18. La Demandante señala que mediante Carta EJW.SUP N° 0150-2017, con fecha 22 de agosto de 2017 se solicitó y alcanzó a la Demandada el Informe N° 027-SUPVS/CZP requiriendo el pago de /. 91,281.02 (Novena y un mil doscientos ochenta y uno y 02/100 soles) que corresponde a los Mayores Gastos Generales del servicio de Supervisión por ampliación de plazo de 71 días, lo cual la Demandada nunca observó.

19. Luego, a través de la Carta N° 209-2017-OL-DISA II-LS/MINSA de fecha 28 de junio de 2017, la Demandada otorgó plazo y requirió informar los actuados a la fecha del Asistente de Supervisión (personal incluido en los términos de referencia). Dicho requerimiento: **i)** no es de carácter técnico, **ii)** es posterior a la etapa de trabajos por supervisión de la obra finalizado el 23 de mayo de 2017, **iii)** está referida a los actuados a la fecha del Asistente de Supervisión y **iv)** no observa los servicios prestados en la efectiva ejecución de la supervisión durante la ampliación de plazo. A esto la Demandante contestó con Carta EJW.SUP N° 135-2017 de fecha 19 de julio de 2017. Con Carta N° 237-2017-UOBS-OL-DISA-II-LS/MINSA, la Demandada reitera y requiere informar los actuados por parte del personal Asistente de Supervisión de obra, señalando que no se había dado respuesta. Finalmente, con Carta EJW.SUP N° 156-2017

de fecha 24 de agosto de 2017, se cumplió con presentar las funciones del Asistente de Supervisión durante todo el plazo de ejecución de la obra, complementando la Demandante adiciona que los folios 39 y 40 de las Bases integradas no se ha previsto ni preestablecido las funciones y/o actividades a realizar por parte del Asistente de Supervisión, por lo que cualquier observación referido a las funciones o actuaciones no puede ser pausible de penalidad y/o resolución por no estar en las bases.

20. A continuación, la Demandante señala que mediante Carta N° 064-OL-OEA-DISA II-LS/MINSA de fecha 03 de octubre de 2017 la Demandada expone que de los actuados del asistente de supervisión, la Demandante no presenta documento alguno que demuestre la participación del Ing. Guillermo Hiroyasu durante la ejecución del proyecto de Villa San Luis, el cual reitera que de no demostrar se estaría resolviendo el Contrato. Sin embargo, dicha Carta Notarial N° 071059-17 no fue válidamente notificada debido a que la Demandada solicitó la devolución del original y su respectivo cargo en relación a las diligencias notariales de fechas 06 de octubre de 2017 y 09 de octubre de 2017 respectivamente, por lo que no resulta eficaz. La Demandante señala que copia de dicha Carta se les fue conocida posteriormente (adjuntada) a la Resolución del Contrato Carta N° 123-2017-OL-OEA-DISA II-LS/MINSA del 13 de diciembre de 2017, el cual no es válidamente notificada y además del tenor no constituye un incumplimiento de obligaciones sino de un requerimiento. Finalmente, la Demandante señala que además hay un error en la Carta, del tenor se habría recepcionado el 06 de octubre de 2017, sin embargo de la Certificación Notarial N° 071059-17 señala expresamente lo contrario que en dicha fecha no se pudo entregar, devolviendo el original tal como ocurrió el 09 de octubre de 2017 y lo cual el requerimiento de información del Asistente contradice a la actuación de la Demandada en donde otorgó la conformidad de la primera etapa de la prestación de los servicios (Trabajos de supervisión de la obra: 80%) al haber advertido la presencia de todo el personal de la Demandante.

21. Seguidamente, la Demandante con Carta N° 008-2018-EJW-IOP-SAC de fecha 26

de enero de 2018 dirigido a la Demandada dentro del plazo de caducidad se procedió la solicitud de Arbitraje en relación a la decisión de Resolución de contrato.

22. A continuación, la Demandante señala que con Carta EJW.SUP N° 0150-2017 de fecha 22 de agosto de 2017, se requirió a la Demandada la conformidad y pago por Concepto de Mayores Gastos Generales de S/. 91,281.02 debiendo haberse efectuado esta conformidad hasta el 12 de setiembre de 2017 y ejecutar el pago hasta el 27 de setiembre de 2017, lo cual no se hizo. Al respecto con fecha 07 de setiembre la Demandada con Carta N° 042-2017-OL-OEA-DISA II-LS/MINSA, solicitó aclarar la inconsistencia encontrada al pago mensual del Jefe de la Supervisión y del Asistente. Luego, con Carta N° 39-2017-EJW-IOP-SAC de fecha 27 de setiembre de 2017 se solicitó ampliación de plazo para aclarar. Con Carta N° 083-2017-OL-OEA-DISA II-LS/MINSA de fecha 03 de octubre de 2017 se otorgó el plazo, siendo la fecha para absolver hasta el 05 de octubre de 2017, el cual se cumplió con absolver dentro del plazo adjuntando documentación mediante carta N° 42-2017-EJW-IOP-SAC. Luego de ello, en la misma fecha 05 de octubre de 2017 mediante Carta EJW.SUP N° 0164-2017 y dentro del plazo a que se refiere el numeral 45.2 de la Ley se solicitó la Conformidad a la solicitud de mayores gastos generales (71) días calendarios, acorde con el artículo segundo de la Resolución Directoral N° 0901-2017-DISA-II-LS/DG de fecha 05 de junio de 2017, a lo que la Demandada contestó con Oficio N° 103-2017-RILTAP-S-CENTRAL-DISA II LS/MINSA de fecha 16 de octubre de 2017 (adjuntando Nota Informativa N° 207-2017-UFIEM-OEA-DISA IK LS/MINSA) señalando que el informe de conformidad a la ampliación de plazo se encuentra en revisión.

23. La Demandante señala además que habiendo transcurrido en exceso el plazo para obtener una definición de la Demandada, es que se solicitó se otorgue la conformidad por los 71 días de prestación de servicios que va desde el 24 de mayo de 2017 hasta el 02 de agosto de 2017 por lo que se debe ordenar el pago de los S/. 91,281.02 soles más intereses, de igual forma señala la Demandante que a partir del 03

de agosto de 2017 se apertura automáticamente la etapa de recepción de obra. cumpliendo con todo hasta la fecha de la resolución que fue el 14 de diciembre de 2017.

24. La Demandante como parte del fundamento de su demanda describe una serie de documentos enviados a la Demandada expuestos en el numeral 21 de su demanda y que van del 21.1 al 21.17.

25. Así mismo, la Demandante señala que la Cláusula Cuarta del Contrato sobre etapa de recepción de obra, se merece el pago del 10% del monto del Contrato, esto es de S/. 39,815.08, más los intereses legales desde la fecha en que se debió honrar, es decir a partir del 03 de agosto de 2017 hasta el 14 de diciembre de 2017, fecha última el cual se resolvió el Contrato y no permitiéndose suscribir el Acta de Recepción de Obra y ni efectuar la Conformidad de los servicios prestados, así como se procedió a efectuar retener el 10% del monto del Contrato por concepto de Garantía de Fiel Cumplimiento de Contrato ascendente a la suma de S/. 39,815.08, por lo que se solicita su devolución.

26. La Demandante invoca el Acuerdo de Sala Plena N° 006-2012-OSCE sobre resolución de contratos y la exigencia de efectuar el requerimiento previo de cumplimiento, el cual al no seguir dicho procedimiento la Demandada, ha ocasionado un daño económico material por lo que se deberá de reconocer una indemnización tal como señala el artículo 137° del Reglamento.

27. El monto total por indemnización asciende a la suma de S/. 49,815.08 soles, el cual corresponde por evidente daño emergente y lucro cesante el no haber realizado el pago por las prestaciones ascendente a S/. 10,000.00 soles y por no haber permitido realizar el Informe Final de Obra el cual correspondía el pago del 10% del monto de la obra equivalente a S/. 39,815.08 soles.

28. Para la Demandante el lucro cesante debe consistir en una noción de pérdida de chance, el no pago de las prestaciones ha generado paralización de actividades empresariales, de nuevas contrataciones, deudas impagables al Ministerio de Trabajo,

SUNAT, ESSALUD y AFP debido a la falta de liquidez, entre otros. Y, en cuanto al daño sostiene la Demandante que es el comportamiento del deudor que se genera cuando se viola una obligación que ya se encuentra definida y que se respalda en un análisis breve acerca del daño y la relación con la responsabilidad.

29. Finalmente la Demandante culmina su exposición en la demanda haciendo hincapié nuevamente de sus pretensiones y el cual se encuentra sustentada a lo largo de los párrafos de la demanda.

- **Fundamentos de Derecho de la Demanda**

30. La parte demandante invoca la aplicación de la Ley de Contrataciones y su reglamento, así como el artículo VI del Título Preliminar del Código Civil y artículos de aplicación supletoria del referido cuerpo normativo.

b. **CONTESTACIÓN POR PARTE DE DIRECCIÓN DE SALUD II LIMA SUR (DIRECCIÓN DE REDES INTEGRADAS LIMA SUR)**

31. Mediante escrito de fecha 30 de abril de 2018, la parte Demandada cumple con contestar la demanda, dentro del plazo establecido e indicando los siguientes argumentos de hecho y de derecho:

- **Fundamentos de Hecho de la Contestación**

32. Para la Demandada los hechos de la demanda se sustentan en los siguientes documentos: **i)** el Contrato, el cual se encuentra fundamentado en los Términos de Referencia y las Bases aprobadas para la convocatoria, **ii)** la Resolución Directoral N° 901-2017-DISA II LS/DG de fecha 05 de junio de 2017, el cual aprueba la ampliación de plazo N° 01 por 71 días calendarios en favor de la Demandante y **iii)** expediente N° 1074-

2018 de fecha 21 de marzo de 2018, documento el cual se presenta la demanda y señalando las pretensiones ya descritas por este Arbitro en el numeral 13 del presente Laudo.

CONCEPTO DE MAYORES GASTOS GENERALES:

33. La Demandada señala que con relación **AL CONCEPTO DE MAYORES GASTOS GENERALES** contenidas en las pretensiones 1 al 3 de la Demandante, se observa que **de acuerdo a las condiciones del contrato**, durante la ejecución contractual y en virtud del contrato suscrito a suma alzada, se ha cumplido con cancelar todas las prestaciones a través de valorizaciones consideradas pago a cuenta hasta la liquidación del contrato de supervisión, esto de acuerdo al artículo 166° del Reglamento, en donde las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta y son elaboradas el último día de cada periodo previsto en las Bases , por el Inspector o Supervisor y el contratista. Por tanto, esto pagos han sido realizados dentro del plazo de ejecución de obra quedando pendiente la Liquidación.

34. Así mismo, **señala que en virtud de la ampliación N° 01**, que mediante Resolución señalada en el numeral 32 del presente Laudo, se aprobó la ampliación de plazo de obra N° 01 en favor de la responsable de la ejecución de la Obra, lo cual a través del Oficio N° 2833-2017-DG-DISA II LS/MINSA de fecha 05 de junio de 2017 se notificó la Resolución a la Demandante.

35. Luego, en lo que respecta a **la solicitud de pago de gastos generales**, se hace llegar la Carta N° EJW.SUP N° 150-2017 de fecha 22 de agosto de 2017, en donde se solicita el pago de mayores gastos generales por la Supervisión ascendente a la suma de S/. 91,281.02 soles y adjuntando la documentación tales como: contrato notarial de servicios suscrito con Carlos Zevallos Pachas, asistente de supervisión, contrato notarial de locación de servicios suscrito con Guillermo Hiroyasu Zambrano, alquiler de local y contrato notarial de arrendamiento con la Sra. Celia Ghiglino Rosales..

resolución del contrato de locación de servicios con el Ing. Carlos Zevallos de fecha 26 de agosto de 2016 y adjunta nuevo contrato privado con fecha 27 de agosto de 2016 vigente al 27 de agosto de 2017 por un monto de S/. 14,000.00 soles y **x)** con Carta Notarial N° 0123-2017-OL-OEA-DISA II LS/MINSA de fecha 03 de octubre de 2017 se RESUELVE EL CONTRATO por incumplimiento.

38. De todo lo anterior, para la Demandada se infiere lo siguiente: **i)** la Demandante designó como Jefe de Supervisión al Asistente de Supervisión de la Obra de Villa María de Triunfo, dejando sin efecto su participación como Asistente de Supervisión en la Obra de Villa San Luis, **ii)** la Demandante no hizo cambio de Asistente de Supervisor durante toda la ejecución y ampliación de plazo de la obra de Villa San Luis, no se remitió ningún comunicado de sustitución del personal, siendo condición establecida en las Bases y **iii)** se desconoce la actuación del Ing. Guillermo Hiroyasu dentro del proceso de ejecución y ampliación de plazo de la obra, situación que no fue comunicada.

INDEMNIZACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS SOLICITADA POR EL CONTRATISTA

39. La Demandada cita al artículo 1152° del Código Civil, en concordancia también con los artículos 1151° (casos de incumplimiento parcial, tardío o defectuoso procede indemnización) y 1321° (quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa y otros es el que se obliga a indemnizar). De la misma manera, quien alega un daño debe ser cierto y debidamente probado y por último las penalidades constituyen un resarcimiento que se genera cuando existe un incumplimiento (es decir resarcir el daño patrimonial), por lo que en la demanda se observa que la Demandante no aportado elementos suficientes que acrediten el daño y por tanto proceda una indemnización por daños y perjuicios.

DE LOS COSTOS Y COSTAS

40. Finalmente, con relación a este punto y habiéndose acreditado que las pretensiones de la demanda arbitral no tiene sustento, por lo que debe de declararse

INFUNDADO y por tanto ser asumidas por la Demandante de conformidad con el numeral 1) del artículo 73° de la Ley de Arbitraje.

- **Fundamentos de Derecho de la Contestación**

41. Finalmente, la parte Demandada invoca el Artículo 62° de la Constitución sobre la libertad de contratar, artículo 13° y 33° y sgtes. De la Ley de Contrataciones, artículos 135°, 140°, 171° del Reglamento, los Términos de Referencia y bases integradas y contrato y artículo 73° de la Ley de Arbitraje.

42. Con fecha 02 de mayo de 2018, se emitió la Resolución N° 05 en donde se resolvió: **i)** dejar constancia que la Demandada presentó su contestación en tiempo oportuno y no presentó ningún medio probatorio, **ii)** tener por delegadas las facultades de representación a favor de los letrados que se menciona en el escrito de vistos, **iii)** poner en conocimiento de la Demandante la contestación de la demanda presentada el 30 de abril de 2018, **iv)** invitar a las partes a la audiencia de conciliación y fijación de puntos controvertidos para el 30 de mayo de 2018 y **v)** otorgar a las partes el plazo de cinco (05) días hábiles de notificada (si lo estiman conveniente) a fin de que presenten su propuesta de fijación de puntos controvertidos.

43. Con fecha 09 de mayo de 2018, la Demandante cumplió con contestar el escrito de contestación de la Demandada bajo los siguientes argumentos:

RESPECTO DE LA PETICIÓN DE PAGO DE MAYORES GASTOS GENERALES, POR S/. 91,281.02.

Señala que la Demandada no se ha pronunciado sobre el fondo del pedido de la Demandante, ni aportado medio probatorio alguno debiendo este punto ser declarado fundado; es decir no habido contradicción conforme al artículo 143° del Reglamento por lo que se debe otorgar la conformidad. Así mismo, tampoco la Demandada ha

contestado la Carta Notarial N° 39102, sobre solicitud de pago de mayores derechos y petición de conformidad. En este último caso, la Demandada solo hizo llegar una nota informativa N° 207-2017-UFIEM-OEA-DISA II LS/MINSA a través del Oficio N° 103-2017-RILTAIP-S-CENTRAL-DISA II LS/MINSA, en donde señalan que la conformidad por ampliación de plazo aún se encuentra en revisión. En conclusión, la solicitud de pago y otorgamiento de conformidad ha sido consentido.

RESPECTO DE LA PETICIÓN QUE SE DECLARE LA INEFICACIA E INVALIDEZ DE LA DECISIÓN DE RESOLUCIÓN TOTAL DEL CONTRATO.

La demandante señala que la Demandada no ha cumplido con absolver el procedimiento de apercibimiento para la resolución del contrato, al no haberse notificado la Carta N° 064-2017-OL-OEA-DISA II LS/MINSA, el cual infiere que la obra no contó con asistente de supervisión desconociendo la participación del Ing. Guillermo Hiroyasu Zambrano. Así mismo, señala que el Ing. Guillermo no registra participación durante la ejecución de la obra y quien debió estar es el Ing. Otoya Ghiglino así lo señala la propuesta. Sin embargo, se cumplió con los requerimientos de la Demandada (Cartas N° 01345-2017 y 0156-2017) y el cual esta tuvo bastante tiempo para constatar su presencia en la obra hasta la fecha de resolución.

Finalmente, la Demandante dentro del plazo otorgado por la Resolución N° 05 cumplió con fijar sus puntos controvertidos.

44. Con fecha 11 de mayo de 2018, la Demandada cumplió con presentar su propuesta de puntos controvertidos.

45. Con fecha 11 de mayo de 2018, la Demandada también cumplió con presentar tanto medios probatorios como argumentos (ambos adicionales), en los siguientes términos: **1) Respecto al Jefe de Supervisión**, presentación de contratos y Resolución

del Ing. Carlos Zevallos, en donde existe duda razonable y con lo cual se solicitó presentación de la Boleta Electrónica y el depósito correspondiente; **2) Respecto del Asistente de Supervisión**, no corresponde presentar los costos de este asistente, por cuanto dicho monto debe ser excluido de la estructura de costos de pago de gastos generales por la ampliación del plazo N° 01 así como también se dejó sentado que durante todo el proceso de ejecución de la obra se quedó sin Asistente de Supervisión el cual comprende; a) periodo establecido en el contrato de ejecución de obra, b) ampliación de plazo y c) recepción de Obra, incumplimiento del proveedor a lo establecido en las Bases Integradas y al Contrato; **3) Respecto del pago por recepción de obra - ETAPA DE COMUNICACIÓN DE TÉRMINO DE OBRA**: **i)** la Demandada señala que la Demandante remitió la Carta EJW.SUP N° 145-2017 de fecha 07 de agosto de 2017,en donde comunica que el Ingeniero Residente a través del Asiento N° 394 del Cuaderno de Obra indicó que todas las partidas han sido ejecutadas. Luego, con carta N° 022-2017-OL-OEA-DISA II LS/MINSA del 14 de agosto de 2017, la Demandada comunicó a la Demandante que la fecha del término contractual la obra no se encuentra terminada, solicitando que el Supervisor de Obra rectifique opinión del Contratista de la obra respecto Asiento N° 394, situación verificada por el Coordinar de la Obra Informe N° 125-2017-CSC-UFIEM-OEA-DISA II LS concluye de que las partidas no se encuentran ejecutadas al 100% y correspondiendo la aplicación de la penalidad desde el 03 de agosto, **ii)** la Demandante se ratifica en lo manifestado (Carta N° EJW.SUP N° 148-2017), es decir no hay prueba fehaciente que la obra no haya sido concluida el 02 de agosto de 2017, **iii)** se emite el Informe N° 135-2017-CSC-UFIEM-OEA-DISA II LS de fecha 14 de setiembre de 2017, el cual se ratifica en todo lo señalado en el primer Informe (N° 125-2017) y pone a disposición el teléfono celular a fin de realizar el respectivo peritaje para validación de fecha y hora de las fotografías, **iv)** que mediante Acta de Verificación N° 18 de fecha 28 de setiembre de 2017, indica que existen partidas inconclusas tales como ascensor, sistema contra incendios, aire acondicionado, etc. y existen observaciones y deficiencias de muchas partidas; **4) Respecto del pago por recepción de obra - ETAPA DE RECEPCIÓN DE OBRA: i)** Mediante Acta de recepción de obra de fecha 04 de

setiembre de 2017 se dejó constancia la presencia del Comité de Recepción de Obra el cual concluye a nivel preliminar: las bombas no se encuentran conectadas, no se encontró documentación técnica y postergándose para el 06 de setiembre de 2017, **ii)** Acta de Constatación de fecha 07 de setiembre de 2017, con presencia de los integrantes del Comité de Recepción y representantes del Contratista Consorcio Villa Maria se mantuvieron observaciones, **iii)** mediante Acta de recepción de obra con observaciones de fecha 02 de noviembre de 2017, se adjuntó un cuadro matriz de observaciones existiendo más de 500 observaciones, **iv)** en el Acta de Comité de recepción de obra de fecha 21 de noviembre de 2017, dejando constancia la ausencia del Ingeniero Supervisor de la Obra lo cual imposibilitó la continuación del acto de recepción y **v)** Acta de recepción de obra de fecha 02 de febrero de 2018, y se firma Acta.

Para la Demandada, se puede inferior con todo lo señalado anteriormente que las partidas están incompletas y no culminadas, situación que no fue advertida por el Jefe de Supervisión, el cual ha sido ratificada por el Jefe de Supervisión, quien firma dicha Acta y ratificando las observaciones. Así mismo, la obra presenta deficiencias, limitaciones siendo responsabilidad del Supervisor el verificar la buena ejecución y cumplimiento de las condiciones del expediente técnico.

Por tanto, no se culminó con el proceso de Recepción de Obra cuyo monto contractual ascendida a S/. 39,815.08 soles, por lo que se determinó la no procedencia de dicho pago ya que no se culminó.

Finalmente, con relación a la resolución del contrato, la Demandante no culminó dentro del plazo contractual, incumpliendo el Reglamento y la aplicación de penalidades, así como también se procedió a la retención de la Garantía de Fiel Cumplimiento que asciende al monto de S/. 39,815.08 soles.

Conclusiones, para el caso de la ampliación de plazo N° 01, se haga una estimación de

los gastos presentados excluyendo la participación del Asistente de Supervisión y se acredite el gasto realizado por alquiler de oficina. Y, para el caso de Ejecución Contractual, realizado la cancelación de 9 valorizaciones en calidad de pagos a cuenta, se acredite el gasto del Jefe de Supervisión, con los recibos electrónicos y se acredite el gasto realizado en el alquiler y otros rubros.

46. Mediante Resolución N° 06 de fecha 14 de mayo de 2018, se resolvió: **i)** dejar constancia que la Demandante cumplió con adjuntar sus puntos controvertidos y absolver la contestación de la demanda, **ii)** denegar la solicitud de la Demandante para que el Informe Oral sea llevado a cabo en la audiencia de conciliación, por las razones expuestas en la regla 44 del acta de instalación de fecha 07 de marzo de 2018, **iii)** dejar constancia que la Demandada cumplió con presentar sus puntos controvertidos y argumentos adicionales a los presentados en su contestación adjuntando medios probatorios signados con los literales a), c), d), e), f) y h) detallados en rubro "Medios Probatorios" y **iv)** requerir a la Demandada para que hasta el 30 de mayo de 2018, presente el medio probatorio signado con el literal b) del escrito de vistos "Informe N° 125-2017-CSC-UFIEM-OEA-DISA II L.S.", bajo apercibimiento de continuar con el proceso arbitral prescindiendo del indicado.

47. Con fecha 30 de mayo de 2018, la Demandada presente escrito de delegación de facultades de representación.

IV. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS.

48. En dicha Audiencia, el Árbitro Único procedió a fijar como puntos controvertidos los siguientes:

<u>EN RELACIÓN CON LA DEMANDA Y SU CONTESTACIÓN:</u>

Primer Punto Controvertido: *Determinar si corresponde o no, que se declare la nulidad, ineficacia y/o invalidez de la decisión de resolución total del contrato Nº19-2016-DISA II LIMA SUR, efectuada por la entidad, mediante carta Nº123-2017-OL-OEA-DISAII LS/MINSA, Carta Nº 72117, de fecha 13 de diciembre de 2017.*

Segundo Punto Controvertido: *Determinar si corresponde o no, que se declare la conformidad de las prestaciones brindadas por la contratista por concepto de ampliación de plazo contractual, conforme a la cláusula decima del contrato y al artículo 143º del Decreto Supremo Nº350-EF,Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.*

Tercer Punto Controvertido: *Determinar si corresponde o no, que se declare valida o eficaz la solicitud de la contratista de pago de mayores gastos generales generada por la decisión de la entidad de ampliar el plazo contractual por 71 días calendarios.*

Cuarto Punto Controvertido: *Determinar si corresponde o no, que se ordene el pago a favor de la contratista, por concepto de mayores gastos generales por la supervisión brindada por la empresa EJW Ingeniería de Obras y Proyectos SAC, ascendente al importe S/.91,281.02, más los intereses legales, desde la fecha en que se debió honrar el pago: 02.08.2017, correspondiente a los 71 días calendarios.*

Quinto Punto Controvertido: *Determinar si corresponde o no, que se ordene el pago de una indemnización por daños y perjuicios, ascendente a S/.10,000.00. a favor de la contratista, por daño emergente y lucro cesante.*

Sexto Punto Controvertido: *Determinar si corresponde o no, que se otorgue la conformidad de las prestaciones brindadas por la contratista a favor de la entidad, desde el día 03.08.2017 hasta el día 14.12.2017, que incluye la etapa de recepción de la obra.*

Sétimo Punto Controvertido: *Determinar si corresponde o no, que se ordene el pago por recepción de obra a favor de la contratista, desde el día 03.08.2017 hasta el día 14.12.2017, por la supervisión de las prestaciones brindadas, ascendentes a la suma de S/.39,815.08, más los intereses legales desde la fecha en que se debió honrar el pago, correspondiente a la etapa de recepción de la obra efectuada y laborada por el servicio de consultoría brindada por la contratista.*

Octavo Punto Controvertido: *Determinar si corresponde o no, que se ordene la devolución del monto de retención de la garantía de fiel cumplimiento, ascendente a S/.39,815.02 a favor de la contratista.*

Noveno Punto Controvertido: *Determinar si corresponde o no, que se ordene el pago de una indemnización por daños y perjuicios, ascendente a la suma de /.39,815.08, a favor de la contratista, por concepto de daño emergente y lucro cesante al haberse resuelto el contrato Nº19-2016-DISA II LIMA SUR, no haberse realizado el pago de las prestaciones efectuadas, ni permitirse a la contratista haber realizado el informe final de la obra.*

***Decimo Punto Controvertido**: Determinar quién y en qué proporción debe asumir el abono de los gastos arbitrales pagados o por pagarse en este arbitraje.*

49. Luego de ello, se establecieron las reglas para el pronunciamiento del Árbitro Único sobre los puntos controvertidos.

50. Acto seguido, el Árbitro Único procedió a admitir los medios medios probatorios ofrecidos por la Demandante, mediante escrito presentado el 21 de marzo de 2018 y que se indican en el acápite V denominado "Medios Probatorios" y que se acompañan como anexos desde el N° 01 al 34° de la Demanda.

51. Acto seguido, el Árbitro Único procedió a admitir los medios probatorios de la Demandada mediante escrito presentado el 30 de abril de 2018 y su escrito sumillado téngase presente presentado el 11 de mayo de 2018 que se indican en el acápite denominado "Medios probatorios" y que se acompañan como anexos desde el a) al h) de los indicados escritos.

52. Finalmente, el Árbitro Único en este acto: **i)** dejó constancia que a la fecha de celebrada la presente audiencia, la entidad no cumplió con presentar el medio probatorio signado con el literal b) denominado "Informe N° 125-2017-CSC-UFIEM-OEA-DISAII L.S", por lo que teniendo en consideración el apercibimiento establecido en la resolución Nª 06, se tiene por no ofrecido el indicado medio probatorio y **ii)** señaló que mediante resolución posterior cerrará la etapa probatoria, así como también señaló en celebrar la audiencia de informes orales para el 01 de diciembre de 2018.

V. DE LAS ACTUACIONES ADICIONALES.

53. Mediante Resolución N° 07 de fecha 01 de junio de 2018, el Arbitro resolvió lo siguiente: i) se dejó constancia que el quinto punto controvertido del Acta de Conciliación, fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios, de

fecha 30 de mayo de 2018, quedando redactado de la siguiente manera: *"Determinar si corresponde o no, que se ordene el pago de una indemnización por daños y perjuicios, ascendente a S/. 10,000.00, a favor de la contratista, por daño emergente y lucro cesante, generados por no haberse realizado el pago de los mayores gastos generales por las prestaciones brindadas a la entidad".*

54. Luego con fecha 01 de junio de 2018, se emitió la Resolución N° 08 en donde el Arbitro resolvió: **i)** establecer como tercer y último anticipo de gastos arbitrales, liquidado como consecuencia de la pretensión de cuantía indeterminada presentada por la Demandante y transcrita en el pie de página 2 de la presente Resolución, las siguientes sumas netas: 1) S/. 3,819.00 soles para el Árbitro Único y 2) S/. 1,793.00 soles para el servicio secretarial, **ii)** las cantidades mencionadas en el párrafo anterior deberá ser pagada por la Demandante, dentro de los 10 días hábiles de notificada la presente resolución, **iii)** en la caso la Demandante no cumpla con pagar el íntegro del tercer anticipo de los gastos arbitrales que se establece en esta resolución, la pretensión de cuantía indeterminada contenida en el escrito de demanda quedará excluida de este arbitraje y **iv)** encargar al secretario arbitral remitir a la Demandante los recibos por honorarios electrónicos conjuntamente con esta resolución.

55. Con fecha 11 de junio de 2018, la Demandante solicita reconsideración por el tercer anticipo de gastos arbitrales.

56. Mediante Resolución N° 09 de fecha 19 de junio de 2018, se declaró infundado el pedido de reconsideración contra lo resuelto en la Resolución N° 08 y presentado por la Demandante.

57. Con fecha 02 de julio de 2018, a través de la Resolución N° 10 se dejó constancia que la Demandante cumplió con pagar la totalidad de los gastos arbitrales liquidados como consecuencia de la pretensión de cuantía indeterminada presentada por la Demandante e indicado en la Resolución N° 08.

58. Mediante Resolución N° 11 de fecha 05 de julio de 2018, este Arbitró resolvió: **i)** cerrar la etapa probatoria y se otorgó el plazo de 10 días hábiles de notificada para que se presenten los alegatos escritos y **ii)** invitar a las partes a la audiencia de informes orales para el 08 de agosto de 2018.

59. Con fecha 19 de julio de 2018, la Demandante cumplió con presentar sus Alegatos:

i) Respecto de la petición de pago de mayores gastos generales por S/. 91,281.02 soles, en este punto señala que la Demandada no se ha pronunciado sobre el fondo del pedido ni lo ha absuelto, en consecuencia la pretensión de pago debe ser declarado fundada, es decir no se ha cumplido con lo regulado por el artículo 143° del Reglamento por lo que se debe otorgar la conformidad y se efectúe el pago; todo esto se encontraría acreditado en virtud a la presentación de la Carta Notarial N° 39102 (Carta EJW.SUP N° 0150-2017) que nunca fue contestada dentro de los plazos de ley, y que presunta inconsistencia a que se refiere la Carta N° 042-2017-OL-OEA-DISA-II LS/MINSA fue absuelta mediante Carta N° 42-2017-EJW-IOP-SAC acreditando los mayores gastos generales en concordancia con el artículo 140° del Reglamento, y además en virtud a la solicitud de copia de dicha conformidad (Carta EJW.SUP N° 164-2017) la Demandada hace llegar la Nota Informativa N° 207-2017-UFIEM-OEA-DISA II LS/MINSA a través del Oficio N° 103-2017-RILTAIP-S-CENTRAL-DISA II SL/MINSA señalando que la conformidad por ampliación de plazo se encuentra en revisión.

ii) Respecto de la petición que se declare la ineficacia e invalidez de la decisión de resolución total del contrato, en este punto la Demandante señala que la Demandada no ha sustentado el cuestionamiento con relación a la evidente ineficacia del procedimiento de apercibimiento de resolución del Contrato al no haberse notificado válidamente la Carta N° 064-2017-OL-OEA-DISA II LS/MINSA, eso se aprecia en la certificación notarial, por lo que el procedimiento y la decisión de resolución resulta

invalida e ineficaz; todo ello que la Carta N° 123-2017-OL-OEA-DISA II LS/MINSA señaló que el incumplimiento habría estado basado que en la propuesta técnica donde se señaló como asistente de obra al Ing. Adrián Otoya Ghiglino, y en documentos para mayores gastos generales se señaló que el asistente de obra es el Ing. Guillermo Hiroyasu Zambrano, quien no registra participación alguna durante el proceso de ejecución de obra, en cuyo caso se infiere que la obra no contó con un asistente de supervisión, pues desconoce la participación del referido profesional. Finalmente, la Carta N° 064-2017-OL-OEA-DISA II LS/MINSA para la Demandante no resulta coherente ni legítimo que se pretenda resolver el contrato por motivos que no se ha tenido la oportunidad de ejercer el derecho de defensa, además que solicita una aclaración de los actuados del asistente de supervisión de obra con evidencia de su participación, para lo cual se cumplió con los requerimientos (Cartas N° 0135-2017 y 0156-2017), siendo que el asistente de supervisión era el Ing. Hiroyasu Zambrano, por lo que la Demandada pudo comprobar su presencia en la obra hasta la fecha de la resolución del contrato 13 de diciembre de 2017.

iii) Respecto de la petición que se declaren fundados los puntos controvertidos, como son: el pago de los mayores gastos generales por 71 días (esto por la decisión de la Demandada de ampliar el plazo contractual de la obra), ascendente a la suma de S/. 91,281.02 soles más los intereses que se generen desde la fecha en que se debió honrar el pago que es el 02 de agosto de 2017, el pago de una indemnización de S/. 10,000.00 soles, se otorgue la conformidad de las prestaciones brindadas desde el 03 de agosto hasta el 14 de diciembre de 2017 que incluye la etapa de recepción de obra y se ordene el pago por S/. 39,815.08 soles, la nulidad, ineficacia y/o invalidez de la resolución del contrato, la devolución del monto de retención de la garantía de fiel cumplimiento que asciende a la suma de S/. 39,815.08 que la Demandada mantiene retenida y la indemnización equivalente al mismo monto, así como los costos, gastos del presente proceso.

60. Mediante Resolución N° 12 de fecha 23 de julio de 2018 se dejó sin efecto la invitación a las partes a la audiencia de informes orales para el 08 de agosto de 2018, y se definió invitar a las partes a la audiencia de informes orales para el 16 de agosto de 2018.

61. Con fecha 30 de julio de 2018, la Demandada cumplió con presentar sus alegatos:

i) **De la obra de Villa San Luis y el asistente de supervisión**, para la Demandada la obra no se encontraba culminada en algunas de sus partidas puesto que esta situación no fue advertida por el Jefe de Supervisión y se ratificó en su opinión de que la obra culminó el 02 de agosto de 2017, firmando el Acta con un número significativo de observaciones. Así mismo, la obra presenta deficiencias en sus diferentes partidas, al respecto hay una serie de observaciones por corregir y que pone en manifiesto las limitaciones y deficiencias por parte del Residente responsable de la ejecución y del Supervisor responsable e incluso el Acta de Recepción de Obra con observaciones está firmada por el Supervisor. Por tanto la empresa supervisora (Demandante) no culminó el proceso de recepción de obra y cuyo monto ascendió a la suma de S/. 38,815.08 soles determinándose la no procedencia de dicho pago.

ii) **De la resolución del Contrato**, los hechos tales como correcta ejecución, omisiones, generación de conflictos entre la Demandada y Demandada, no culminó dentro del plazo contractual, motivaron la Resolución del Contrato por incumplimiento a las Bases, Términos de Referencia y Contrato.

iii) **De la nulidad, ineficacia e invalidez de la resolución del Contrato**, que la Carta N° 123-2017 (Carta Notarial N° 72117) del 13 de diciembre de 2017, fue notificada notarialmente registrado en el domicilio legal en donde se han realizado todas las comunicaciones.

iv) **De la devolución del monto de la retención de la garantía**, será resuelto en el arbitraje.

v) **Del pago por concepto de mayores gastos generales:** i)se tiene que acreditar para el caso de ampliación de plazo N° 01: estimación de gastos presentados excluyendo la participación del asistente de supervisión y se acredite el gasto realizado por alquiler de oficina y ii) para el caso de la ejecución contractual, estimación de gatos habiéndose realizado la cancelación de 9 valorizaciones en calidad de pagos a cuenta (excluyendo el costo del asistente de supervisión y solicitar la devolución del monto correspondiente), se acredite el gasto del jefe de supervisión y alquiler de oficina

vi) **Del pago por concepto de recepción de obra**, la obra fue recepcionado el 02 de febrero sin participación de la Demandante, a raíz de todas las acciones durante la ejecución de obra por lo que motivó la resolución del contrato.

VI. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES Y PLAZO PARA LAUDAR.

62. En dicha Audiencia, se contó solo con la presencia de las Partes, para lo cual el Árbitro Único otorgó el uso de la palabra a cada uno de los representantes quienes procedieron a efectuar su informe oral, luego de lo cual el Árbitro Único procedió a efectuar las preguntas que consideró convenientes, las cuales fueron contestadas por las Partes.

63. Finalmente, el Árbitro Único en esta misma Audiencia resolvió fijar el plazo para laudar en 30 días hábiles contados a partir del 27 de agosto de 2018.

64. Luego, con fecha 20 de agosto de 2018, la Demandante ingresó por mesa de partes de este Tribunal Arbitral (Árbitro Único) el escrito **"Téngase presente para mejor resolver"**[1].

[1] Este documento antes de la etapa de elaboración del Laudo, el mismo que para este Árbitro resume lo argumentado en su informe oral y de acuerdo a lo señalado por la Resolución N° 13.

65. Así mismo, con fecha 27 de agosto de 2018, la Demandada ingresó por mesa de partes de este Tribunal Arbitral (Árbitro Único) el escrito **"Téngase presente"**[2].

66. Mediante Resolución N° 13 de fecha 28 de agosto de 2018, este Árbitro resolvió: **i)** informar a las partes que la fecha de inicio del plazo para laudar será el **lunes 03 de setiembre de 2018** y por treinta (30) días hábiles, **ii)** téngase presente los argumentos expuestos por la contratista en su escrito de fecha 20 de agosto de 2018, **iii)** tener presente los argumentos expuesto por la entidad mediante escrito de fecha 27 de agosto de 2018, **iv)** rechazar la afirmación de la entidad contenida en el escrito de 27 de agosto de 2018, en el sentido de haber cancelado los gastos por honorarios arbitrales a su cargo, **v) informar a las partes que una vez que se inicie el plazo para laudar no se aceptará la presentación de ningún escrito**.

67. Luego, con Resolución N° 14 de fecha 05 de octubre de 2018, se resolvió ampliar el plazo para laudar en otros treinta (30) días hábiles mas.

68. Finalmente, con fecha 07 de noviembre de 2018, la Demandada ingresó un escrito por mesa de partes denominado "Sustracción de la Materia respecto a la resolución contractual"[3].

---

[2] Este documento ingresó (acompañado de una serie de documentos) durante la etapa de elaboración del Laudo, el mismo que para este Árbitro será considerado de acuerdo a lo señalado por la Resolución N° 13. Así mismo, los documentos adjuntados al escrito, solo serán utilizados aquellos que pertenezcan a los mismos documentos aceptados como medios probatorios señalados en el Acta de Audiencia de Conciliación, fijación de puntos controvertidos y admisión de medios probatorios de fecha 30 de mayo de 2018 y cerrada etapa probatoria mediante Resolución N° 11.

[3] Este documento ingresó luego de la emisión de la Resolución N° 13 en donde se resolvió que una vez que se inicie el plazo para laudar no se aceptará la presentación de ningún escrito. Esta regla va en comunión con lo señalado por el Artículo 7- Ley de Arbitraje en donde al Arbitraje puede ser ad hoc o institucional, precisando que en el primer caso será conducido por un Tribunal Arbitral directamente y en el segundo caso será organizado y administrado por una institución arbitral. **Así mismo, la conducción y organización de este Arbitraje AD HOC (y que se funda justamente en la decisión de NO ACEPTAR LA PRESENTACIÓN DE ESCRITOS luego del inicio del plazo para laudar),** se justifica de acuerdo a los lineamientos del Acta de Instalación (reglas) esto de acuerdo a lo señalado por el numeral 8.3.7 de la Directiva N° 002-2014-OSCE/PRE "PROCEDIMIENTO PARA LA INSTALACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO O TRIBUNAL ARBITRAL", en donde se dispuso que el Acta debe de contener las reglas de administración y

VII. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA.

69. De los argumentos expuestos por cada una de las partes en los escritos de la: demanda, contestación de la demanda, escritos e informes orales, así como a las pruebas aportadas en el presente arbitraje y puestas a consideración de esta jurisdicción, corresponde en este estado al Árbitro Único analizar cada uno de los puntos controvertidos.

70. Y, considerando que: **i)** no existe cuestionamiento alguno de las Partes, al nombramiento del Árbitro Único, **ii)** la Demandante presentó su escrito de demanda dentro del plazo previsto en el Acta de Instalación; asimismo la Demandada fue emplazada válidamente con el escrito de demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa con su Contestación y otros, **iii)** las Partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar los medios probatorios que ofrecieron, e inclusive para presentar escritos adicionales, alegatos e informar oralmente, conforme dan cuenta todas las resoluciones expedidas en el presente arbitraje; **iv)** el Árbitro Único declara que ha revisado todos y cada uno de los medios probatorios admitidos en el presente Arbitraje, los ha analizado y les ha adjudicado el mérito que les corresponde, aun cuando en el presente Laudo no se haga mención expresa a alguno de ellos.

71. En tal sentido, corresponde analizar los puntos controvertidos establecidos en la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos:

En cuanto al primer punto controvertido:

Determinar si corresponde o no, que se declare la nulidad, ineficacia y/o invalidez de la decisión de resolución total del contrato Nº19-2016-DISA II LIMA SUR, efectuada por

---

conducción, y el cual dicha reglas se propuso a las PARTES LAS CUALES FUERON ACEPTADAS firmando las mismas. **En conclusión, dicho documento es rechazado y no será tomado en cuenta al momento de Laudar.**

apercibimiento, estudio de la motivación y los hechos de si efectivamente existió un incumplimiento por parte de la Demandante), es decir definir si efectivamente la Carta Notarial cumplió con el requisito de validez en el procedimiento de resolución del Contrato regulado tanto en la Cláusula Décimo Cuarta del Contrato, así como de los artículos 36° y 44° de la Ley y Artículos 122°, 135° y 136° del Reglamento y todos aquellos que le puedan ser aplicables de manera supletoria.

75. Con fecha 10 de agosto de 2016, las partes suscribieron el Contrato. Luego, se puede apreciar que con Carta EJW.SUP N° 0150-2017 de fecha 22 de agosto de 2017 la Demandante alcanzó a la Demandada el Informe N° 027-SUPVS/CZP requiriendo el pago de /. 91,281.02 (Novena y un mil doscientos ochenta y uno y 02/100 soles) que corresponde a los Mayores Gastos Generales del servicio de Supervisión por ampliación de plazo de 71 días. A esto la Demandada, en varias oportunidades como por ejemplo las Cartas N° 209-2017-OL-DISA-II-LS/MINSA de fecha 28 de junio de 2017, N° 237-2017-UOBS-OL-DISA-II-LS/MINSA de fecha 09 de agosto de 2017 y 064-OL-OEA-DISA-II-LS/MINSA de fecha 03 de octubre de 2017 (Carta Notarial N° 071059-17), solicitó a la Demandante no solo Informe, sino también los actuados así como también **la EVIDENCIA de la participación (Carta Notarial del 03 de octubre de 2017)** en obra del Asistente del Supervisor de la Obra, a lo que cumplió con informar los actuados a través de las Cartas EJW.SUP N° 135-2017 de fecha 19 de julio de 2017, EJW.SUP N° 156-2017 de fecha 24 de agosto de 2017 y cumple con mencionar solo las funciones y acciones realizadas por el Asistente. Finalmente, a través del documento N° 064-OL-OEA-DISA-II-LS/MINSA de fecha 03 de octubre de 2017 (Carta Notarial N° 071059-17), la Demandada otorgó a la Demandante un plazo de cinco (05) días calendarios cumpla con presentar una aclaración a los actuados del Asistente bajo apercibimiento de resolución del Contrato, lo cual sucedió el 11 de diciembre de 2017 mediante Carta N° 123-2017-OL-OEA-DISA-II LS/MINSA (Carta Notarial N° 72117) en donde la Demandada resolvió el Contrato mencionando lo siguiente: **i)** habiéndose cumplido el plazo y continuando el incumplimiento se procedió con el tercer párrafo del Artículo 136° del Reglamento, **ii)**

incumplimiento basado en que la propuesta técnica señala como personal propuesto como asistente de obra al Ing. Adrían Otoya Ghiglino y, en donde documentos para pago de mayores gastos generales por ampliación de plazo, señalando que el asistente de la obra es el Ing. Hiroyasu Zambrano Guillermo no registra participación alguna durante el proceso de ejecución de la obra incumpliéndose con el personal propuesto en la persona del Asistente de obra.

76. En este estado hay que evaluar si efectivamente en el siguiente orden de prelación si se ha cumplido con la intimación (uso del derecho de defensa) y si efectivamente se ha cumplido, evaluar si hay o no un incumplimiento con relación al Asistente. Al respecto el Artículo 36° y 44° de la Ley regulan lo siguiente:

> **Artículo 36. Resolución de los contratos**
> Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, o por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato siempre que se encuentre prevista la resolución en la normativa relacionada al objeto de la contratación.

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

En este Artículo faculta a que cualquiera de las partes pueda resolver el Contrato (en el presente caso por supuesto incumplimiento) y que además se deba resarcir los posibles daños y perjuicios ocasionados.

Artículo 44. Declaratoria de nulidad

El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida, la etapa a la que se retrotrae el procedimiento de selección o el procedimiento para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

El Titular de la Entidad declara de oficio la nulidad de los actos del procedimiento de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, solo hasta antes del perfeccionamiento del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la resolución recaída sobre el recurso de apelación. La misma facultad la tiene el Titular de la Central de Compras Públicas - Perú Compras, en los procedimientos de implementación o mantenimiento de Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

Después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

a) Por haberse perfeccionado en contravención con el artículo 11 de la presente Ley. Los contratos que se declaren nulos en base a esta causal no tienen derecho a retribución alguna con cargo al Estado, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.
b) Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato.
c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.
d) Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguno de los supuestos que habilitan a la contratación directa.
e) Cuando no se haya utilizado los procedimientos previstos en la presente Ley, pese a que la contratación se encontraba bajo su ámbito

de aplicación. En este supuesto, asumen responsabilidad los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.

f) En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo procedimiento de selección que correspondiera.

La nulidad del procedimiento y del contrato, genera responsabilidades de los funcionarios y servidores de la Entidad contratante conjuntamente con los contratistas que celebraron dichos contratos irregulares.

Cuando corresponda al árbitro único o al Tribunal Arbitral evaluar la nulidad del contrato, se considera en primer lugar las causales previstas en la presente Ley y su reglamento, y luego las causales de nulidad aplicables reconocidas en el derecho nacional.

Al respecto, el presente Artículo señala que la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los casos contemplados en el mismo. Con relación al presente caso a efectos evaluar la nulidad, es importante ver la figura de **"contravenir las normas legales" señalado en el presente Artículo**, en esa expresión tenemos que justamente comprobar si el procedimiento de apercibimiento realizada por la Demandada no ha contravenido las normas legales contempladas (en este caso el Reglamento) y de manera supletoria las otras normas reconocidas por el derecho nacional.

77. En concordancia con señalado en el párrafo anterior, el Artículo 136° del Reglamento regula el procedimiento para resolver el Contrato:

Artículo 136.- Procedimiento de resolución de Contrato

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

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días. En caso de ejecución de obras se otorga un plazo de quince (15) días.

Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.

La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

La resolución parcial solo involucra a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, siempre que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe debe precisar con claridad qué parte del contrato queda resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entiende que la resolución es total.

Al respecto, el presente Artículo busca asegurar el cumplimiento del primer presupuesto y que es la intimación, esto es que mediante Carta Notarial y otorgando el plazo de cinco (05) días, el incumplidor honre con el cumplimiento de sus obligaciones, bajo el apercibimiento de resolver el contrato. Esta figura, busca que el incumplidor a través de este "ultimátum" (carta notarial) se le exija a que desarrolle la prestación, para lo cual deberá de cumplir con el desarrollo del mismo. Se espera por tanto alguna respuesta (material o de omisión) que tendrá que hacer el incumplidor frente aquel que le ha exigido el cumplimiento.

Por tanto, esa respuesta esperada es lo que a nuestro juicio se convierte no solo en una posible réplica sino también en alguna acción que pueda realizar el probable incumplidor ante tal "amenaza" y por tanto no pueda mañana más tarde alegar una posible indefensión. Por ello, el legislador al establecer que se tenga que realizar a través de la figura de la carta notarial, no es más que agotar la vía previa y facultando a este órgano de auxilio (el Notario) a que de fe a través de fecha cierta que efectivamente se ha cumplido con diligenciar dicho requerimiento.

78. Al respeto, en la Carta Notarial N° 123-2017-OL-OEA-DISA-II-LS/MINSA de fecha 11 de diciembre de 2017, se puede apreciar en el reverso de la referida lo siguiente:

"CERTIFICO: QUER EL DÍA 06/10/2017, SIENDO LAS 06:00 PM, SE DILIGENCIÓ EL ORIGINAL DE LA PRESENTE CARTA NOTARIAL EN LA DIRECCIÓN INDICADA, NO PUDIENDO SER ENTREGADA POR CUANTO NO SE TUVO ACCESO DIRECTO AL DEPARTAMENTO 203, POR LO QUE SE DEVUELVE EL ORIGINAL Y CARGO A SOLICITUD DEL REMITENTE DOY FE. EL DÍA 09/10/2017 SIENDO LAS 12:00 PM, A SOLICITUD DEL REMITENTE SE DILIGENCIÓ POR SEGUNDA VEZ LA PRESENTE CARTA NOTARIAL EN LA DIRECCIÓN INDICADA, SIN ENCONTRAR PERSONA ALGUNA QUE PUEDA RECEPCIONARLA, POR LO QUE SE DEVUELVE EL ORIGINAL Y CARGO A SOLICITUD DEL REMITENTE, DOY FE".

En ese sentido, con relación a la Certificación de las Cartas Notariales, el Artículo 100° del Decreto Legislativo N° 1049, precisa:

Artículo 100.- Definición El notario certificará la entrega de cartas e instrumentos que los interesados le soliciten, a la dirección del destinatario, dentro de los límites de su jurisdicción, dejando constancia de su entrega o de las circunstancias de su

diligenciamiento en el duplicado[5] que devolverá a los interesados.

Por tanto, haciendo una adecuada concordancia entre lo señalado por el Notario que diligenció la Carta Notarial y la normativa pertinente, se puede llegar a la conclusión que a todas luces, el acto de diligenciamiento si bien es cierto se cumplió MAS NO SE CUMPLIÓ LA CONSTANCIA DE ENTREGA[6], esto debido a que no se tuvo acceso directo al departamento así como no se encontró persona alguna que pueda recepcionarla, y que en ambos casos a solicitud de la Demandada se devuelve, con lo cual el primer presupuesto del procedimiento señalado por el Artículo 136° no se encuentra cumplido, y por tanto los descargos u oponibilidad del documento a la Demandante **NO SE ENCUENTRA ACREDITADO Y CONTRAVINIENDO LO REGULADO EN EL PRIMER PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 136°, EN CONSECUENCIA EL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN SEGUIDA POR LA DEMANDADA NO SE HA JUSTADO A LA LEGALIDAD CONTEMPLADA EN EL REFERIDO PÁRRAFO, DEJANDO POR TANTO EN ESTADO DE INDEFENSIÓN A LA DEMANDANTE.**

79. En este estado, con relación al segundo presupuesto a evaluar efectivamente el cumplimiento de la prestación por parte de la Demandante y viendo de todos los documentos adjuntados al expediente no se puede ver documento cierto presentados por parte de la Demandante como por ejemplo: documentos de uso interno, documentos del asistente cursados con el Supervisor para la elaboración de los cálculos de todas las valorizaciones, la toma de medidas y comprobación de metrados (fotos, videos), algún documento que se acredite que apoyó en la ejecución de las charlas diarias (firma de lista de asistencias, fotos).

80. No obstante lo anterior, solo las Bases señalaron de manera taxativa las

---

[5] El subrayado es nuestro.

[6] Los Notarios suelen indicar para certificar que ha sido entregada la Carta Notarial la expresión como por ejemplo: *"que el original de la presente carta ha sido entregada en la dirección indicada por debajo de la puerta, luego de varios intentos nadie acudió al llamado y siendo testigo presencial el Sr....".*

total del contrato Nº19-2016-DISA II LIMA SUR, efectuada por la entidad, mediante carta Nº123-2017-OL-OEA-DISAII LS/MINSA, Carta Nº 72117, de fecha 13 de diciembre de 2017.

<u>En cuanto al segundo y tercer punto controvertido:</u>

<u>(Segundo)</u> Determinar si corresponde o no, que se declare la conformidad de las prestaciones brindadas por la contratista por concepto de ampliación de plazo contractual, conforme a la cláusula decima del contrato y al artículo 143º del Decreto Supremo Nº350-EF,Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

<u>(Tercero)</u> Determinar si corresponde o no, que se declare valida o eficaz la solicitud de la contratista de pago de mayores gastos generales generada por la decisión de la entidad de ampliar el plazo contractual por 71 días calendarios.

82. El Árbitro en este estado, ha creído conveniente resolver en un solo acto el segundo y tercer punto controvertido por cuando ambos puntos se encuentran perfectamente vinculados, y en donde la suerte de uno va incidir en el resultado del otro.

83. En el presente caso, mediante Resolución Directoral N° 0901-2017-DISA II-LS/DG de fecha 05 de junio de 2017 se resolvió aprobar y declarar la ampliación de plazo contractual de 71 días calendarios contados desde el 24 de mayo de 2017 hasta el 02 de agosto de 2017, por conceptos de servicios de consultoría a favor de la Demandante y cuyo requerimiento (ampliación) fue efectuado por la Contratista de la Obra. Durante dicho plazo, se efectuaron dos valorizaciones N° 09 y N° 10 por concepto de consultoría de supervisión de la obra. Luego, la Demandante con Carta EJW.SUP N° 0150-2017, y recepcionado por la Demandada con fecha 22 de agosto de 2017, solicitó y alcanzó a la Demandada el Informe N° 027-SUPVS/CZP requiriendo el pago de /. 91,281.02 (Novena y un mil doscientos ochenta y uno y 02/100 soles) que corresponde a los Mayores Gastos Generales del servicio de Supervisión por ampliación de plazo de 71 días.

84. Al respecto, la Demandada en varias oportunidades como por ejemplo las Cartas N° 209-2017-OL-DISA-II-LS/MINSA de fecha 28 de junio de 2017, N° 237-2017-UOBS-OL-DISA-II-LS/MINSA de fecha 09 de agosto de 2017 y N° 042-2017-OL-OEA-DISA-II-LS/MINSA de fecha 07 de setiembre de 2017 en donde solicitó a la Demandante no solo Informe, sino también los actuados (de manera documentada/documentos de probanza) de la participación del Asistente del Supervisor de la Obra, a lo que frente a las referidas solicitudes la Demandante a través de las Cartas EJW.SUP N° 135-2017 de fecha 19 de julio de 2017 y EJW.SUP N° 156-2017 de fecha 24 de agosto de 2017 cumplió con mencionar solo las funciones y acciones realizadas por el Asistente. Finalmente, a través del documento N° 064-OL-OEA-DISA-II-LS/MINSA de fecha 03 de octubre de 2017 (Carta Notarial N° 071059-17) es que se solicitó cumpla la Demandante con presente documentos sobre la actuación del Asistente de obra bajo apercibimiento de resolver el Contrato.

85. Así mismo, con relación a la conformidad de las prestaciones brindadas por la Demandante, es oportuno mencionar que esta conformidad se encuentra regulado en el Artículo 143° del Reglamento y que a la letra dice:

Artículo 143.- Recepción y conformidad

La recepción y conformidad es responsabilidad del área usuaria. En el caso de bienes, la recepción es responsabilidad del área de almacén y la conformidad es responsabilidad de quien se indique en los documentos del procedimiento de selección.

La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien debe verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias. Tratándose de órdenes de compra o de servicio, la conformidad puede consignarse en dicho documento.

La conformidad se emite en un plazo máximo de diez (10) días de producida la recepción, salvo en el caso de consultorías, donde la conformidad se emite en un plazo máximo de veinte (20) días

De existir observaciones, la Entidad debe comunicarlas al contratista, indicando claramente el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar no menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días, dependiendo de la complejidad. Tratándose de consultorías el plazo para subsanar no puede ser menor de cinco (5) ni mayor de veinte (20) días. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliese a cabalidad con la subsanación, la Entidad puede resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan, desde el vencimiento del plazo para subsanar.

Este procedimiento no resulta aplicable cuando los bienes, servicios en general y/o consultorías manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectúa la recepción o no otorga la conformidad, según corresponda, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades respectivas.

Las discrepancias en relación a la recepción y conformidad pueden ser sometidas a conciliación y/o arbitraje dentro del plazo de treinta (30) días hábiles de ocurrida la recepción, la negativa de esta o de vencido el plazo para otorgar la conformidad, según corresponda.

De la lectura e interpretación del artículo en mención, se debe tener en cuenta lo señalado tanto en su tercer párrafo sobre la necesidad de un informe en donde se debe de verificar dependiendo de la naturaleza de **la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales**, como el procedimiento establecido tanto en el tercer y cuarto párrafo y que trata sobre el plazo de veinte (20) días para emitir la conformidad, así como en el hipotético caso de existir observaciones sobre la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, estas deberán ser levantadas en un plazo no menor de dos (02) ni mayor de diez (10) días.

En el presente caso, y en virtud del primer punto controvertido ya resuelto, se puede advertir que no hubo una resolución contractual de acuerdo a lo señalado por la legislación en materia de contrataciones.

Sin embargo, este tema de la actuación del Asistente, supone una pregunta **¿es esta una obligación esencial del Contrato como para llegar al punto de cuestionarla y resolverla sin pronunciarse por la Conformidad?**, **¿acaso la Demandante no cumplió con realizar sus prestaciones en todo ese tiempo de la ampliación de plazo a través del Supervisor?**.

86. Es importante precisar un punto interesante que nos debe de llevar a la reflexión y que son **las obligaciones esenciales** en las relaciones contractuales. Esta figura es de aplicación tanto para la Demandante como para la Demandada, más aún cuando se trata de contrataciones con el Estado.

87. Al respecto, debe entenderse por **obligaciones esenciales**:

> *"Como aquellas que son inherentes al contrato (en este caso a la Licitación) materia de relación bilateral, sin la cual el contrato respectivo dejaría de ser tal, o que en su ausencia el objeto de la relación contractual no podría ser alcanzada. Abundando en lo anterior, es importante indicar que el pago de la contraprestación constituye la principal obligación esencial que toda Entidad debe cumplir para satisfacer el interés económico del contratista, pudiendo existir otro tipo de obligaciones esenciales en función a la naturaleza u objeto del contrato[9]."*

88. En ese sentido, las obligaciones esenciales han sido cumplidas por parte de la Demandante: i) entrega del informe de los mayores gastos generales, ii) participó del Acta de Recepción y iii) e incluso informó las actuaciones del Asistente en base a lo

[9] En el caso de contratos para la ejecución de obras, el artículo 184° del Reglamento establece determinadas obligaciones a la Entidad cuyo incumplimiento faculta al contratista a solicitar la resolución del contrato por incumplimiento: **Opinión N° 027-2014/DTN de fecha 13 de febrero de 2014,** bajo la anterior norma y que el fin del mismo se sigue aplicando.

señalado por las Bases, por lo que hasta aquí vemos que si hubiese existido ausencia de estas actividades, el objeto de la relación contractual no podría haber sido alcanzada.

89. Efectivamente, la Demandante cumplió con presentar su Informe de Mayores de Gastos Generales, a lo cual la Demandada realizó cuestionamientos sobre la participación o no del Asistente, lo que en gran medida SUPERPUSO el interés de un elemento que involucra si hubo o no una participación del Asistente (lo cual para este Árbitro ya señaló que la Demandante cumplió con informar sobre dicha participación sujetándose a las Bases) FRENTE al fondo de cuestionar la COMFORMIDAD tal como lo señala el Artículo 143° del Reglamento y que es cuestionar estrictamente las prestaciones desarrolladas más el Informe de Mayores Gatos Generales por la Demandante durante esa ampliación de plazo, lo cual si se convierte estrictamente en obligaciones esenciales y no si participó o no el Asistente, ya que lo que debió de primar fue realmente el fondo de la materia. En todo caso, si la Demandada quería cuestionar las obligaciones esenciales de la Demandante debió atacar las del Supervisor antes que al Asistente ya que en el primero recae el mayor peso de la responsabilidad, y además sabiendo que incluso las funciones de este Asistente no se encuentran delimitadas en las Bases.

90. Así mismo, mediante opinión N° 090-2014/DTN de fecha 06 de noviembre de 2014, se ha establecido sobre la oportunidad de dar la conformidad:

> *"Cabe precisar que la finalidad de establecer un plazo máximo para que las Entidades otorguen la conformidad de la prestación al contratista es asegurar que éste obtenga un pronunciamiento oportuno de la Entidad sobre el cumplimiento de la prestación o prestaciones a su cargo en las condiciones pactadas, de tal manera que pueda tener derecho al pago respectivo".*

Por tanto, del presente caso desde el día siguiente de la solicitud de reconocimiento de los mayores gastos generales notificado el 22 de agosto de 2017 a la Demandada y hasta la fecha de comunicación de la Nota Informativa N° 207-2017-UFIEM-OEA-DISA II LS/MINSA a través del Oficio N° 103-2017-RILTAIP-S-CENTRAL-DISA II LS/DISA que fue el

16 de octubre de 2017 fecha el cual la Demandante habría tomado conocimiento formalmente que su caso aún continuaba en evaluación, **habrían transcurrido aproximadamente 55 días**, plazo a consideración de este Árbitro por demás extemporáneo (ya que se tenía como plazo el de 20 días), generando un incumplimiento a todas luces de la Demandada en otorgar dicha conformidad o no.

91. La pregunta en este punto es ¿Por qué espero la Demandada tanto tiempo?, acaso ¿no conocía de la oportunidad de fijar una posición frente a la Demandante? Sea positiva o negativa. Esta situación descrita en el párrafo anterior, y aplicando de manera taxativa la norma en que no se ha efectuado pronunciamiento alguno es que genera serias consecuencias negativas al Demandante como pudo ser la incertidumbre y por qué no la posibilidad de llevar adelante un Arbitraje por esa controversia ahorrando el factor tiempo, y los costos de transacción, siempre bajo el principio de la eficiencia en las contrataciones.

92. Finalmente y como para respaldar el cumplimiento de las obligaciones esenciales, la Demandada emitió los siguientes documentos en virtud de la solicitud de los mayores gastos generales: i) **Un primer Informe** N° 134-2017-CSC-UFIEM-OEA-DISA II L.S. de fecha 25 de agosto de 2017, en donde luego de su respectivo análisis llegaron a la conclusión de tener opinión favorable el cálculo de los mayores gastos generales del servicio de supervisión y aprobando el monto solicitado por la Demandante de S/. 91,281.02 soles incluido IGV, ii) **Un segundo Informe** N° 159-2017-CSC-UFIEM-OEA-DISA II L.S. de fecha 28 de setiembre de 2017, en donde luego del análisis (pago de gastos generales sin incluir utilidades esto es S/. 6,446.46 soles, no opinión sobre contrato de Ing. Carlos Zevallos Pachas y el tema de la participación del Asistente) llegaron a la conclusión de aprobar el monto de S/. 83,674.27 por concepto de gastos generales y iii) **Un tercer Informe** N° 183-2017-CSC-UFIEM-OEA-DISA II L.S. de fecha 26 de octubre de 2017, en donde luego del análisis sobre la participación del Asistente es que llegaron a la conclusión de retirar de los gastos el correspondiente a dicha participación y

aprobando el monto de S/. 46,759.15 soles incluido IGV por concepto de gastos generales.

93. Del párrafo anterior se puede inferir que la propia Demandada en cada uno de los documentos citados ha efectuado su propio Análisis y en donde no cuestiona las prestaciones realizadas por el Supervisor y otros (que vienen a corresponder obligaciones esenciales) tanto es así que mantienen dichos montos, con lo cual existe **un consentimiento a las obligaciones esenciales realizadas por la Demandante**. Al haber consentimiento, entonces es necesario que se lleve adelante con el cumplimiento del Artículo 140° del Reglamento que a la letra dice:

> **Artículo 140.- Ampliación del plazo contractual**
> Procede la ampliación del plazo en los siguientes casos:
>
> 1. Cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo. En este caso, el contratista amplía el plazo de las garantías que hubiere otorgado.
> 2. Por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista.
>
> El contratista debe solicitar la ampliación dentro de los siete (7) días hábiles siguientes a la notificación de la aprobación del adicional o de finalizado el hecho generador del atraso o paralización.
> La Entidad debe resolver dicha solicitud y notificar su decisión al contratista en el plazo de diez (10) días hábiles, computado desde el día siguiente de su presentación. De no existir pronunciamiento expreso, se tiene por aprobada la solicitud del contratista, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.
> En virtud de la ampliación otorgada, la Entidad amplía el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal.
> Las ampliaciones de plazo en contratos de bienes o para la prestación de servicios en general y consultoría en general dan lugar al pago de los gastos generales debidamente acreditados. En el caso de la consultoría de obras, debe pagarse al contratista el gasto general variable y el costo directo, este último debidamente acreditado, además de la utilidad.
> Cualquier controversia relacionada con la ampliación del plazo podrá ser sometida a conciliación y/o arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles posteriores a la notificación de esta decisión.

Es decir que al haber una ampliación de plazo, la Entidad amplía el plazo de los contratos directamente vinculados al contrato principal, en el presente caso conforme a la Resolución Directoral N° 0901-2017-DISA II-LS/DG de fecha 05 de junio de 2017, en donde se resolvió aprobar y declarar la ampliación de plazo contractual de 71 días calendarios contados desde el 24 de mayo de 2017 hasta el 02 de agosto de 2017, y más aún en concordancia con las prestaciones esenciales que han sido cumplidas durante dicho periodo por parte de la Demandante y generándose el ACTO FORMAL DE LA SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO DE LOS GASTOS GENERALES, siendo dicha solicitud (acto) válido y eficaz.

94. Por tanto, en este estado y habiendo analizado los argumentos de las partes, así como interpretado la norma y el Contrato, es que se declara: **i) FUNDADO** el segundo punto controvertido en favor de la Demandante y en consecuencia ***se ordena a la Demandada emitir la conformidad de las prestaciones brindadas por la contratista por concepto de ampliación de plazo contractual, conforme a la cláusula decima del contrato y al artículo 143º del Decreto Supremo Nº350-EF,Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado*** y **ii) FUNDADO**, el tercer punto controvertido en favor de la Demandante y en consecuencia ***se declare valida o eficaz la solicitud de la contratista de pago de mayores gastos generales generada por la decisión de la entidad de ampliar el plazo contractual por 71 días calendarios.***

En cuanto al Cuarto Punto Controvertido:
Determinar si corresponde o no, que se ordene el pago a favor de la contratista, por concepto de mayores gastos generales por la supervisión brindada por la empresa EJW Ingeniería de Obras y Proyectos SAC, ascendente al importe S/.91,281.02, más los intereses legales, desde la fecha en que se debió honrar el pago: 02.08.2017, correspondiente a los 71 días calendarios.

95. Habiendo sido considerado válido el acto formal (el documento de la solicitud), conviene ahora analizar si es reconocible o no el monto de S/. 91,281.02 soles más los intereses legales desde la fecha en que se debió honrar al pago es decir desde el 02 de

agosto de 2017.

96. Al respecto, y habiendo ya señalado que la resolución del Contrato no siguió con el debido procedimiento establecido en el Reglamento, así como también se ha resuelto dar la conformidad a las prestaciones realizadas por la Demandante por concepto de ampliación de plazo y declarado eficaz y válido la solicitud de mayores gastos generales, para este Árbitro queda efectivamente interpretar los Artículos 39° de la Ley y 149° del Reglamento y que dicen:

> **Artículo 39. Pago**
> El pago se realiza después de ejecutada la respectiva prestación, pudiendo contemplarse pagos a cuenta. Excepcionalmente, el pago puede realizarse en su integridad por adelantado cuando, este sea condición para la entrega de los bienes o la prestación de los servicios.
> Los pagos por adelantado y a cuenta no constituyen pagos finales, por lo que el beneficiario de los pagos sigue siendo responsable de los montos percibidos hasta que se haya efectuado el pago final.
> En caso de retraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, esta reconoce al contratista los intereses legales correspondientes, debiendo repetir contra los responsables de la demora injustificada. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora.

> **Artículo 149.- Del pago**
> La Entidad debe pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los quince (15) días calendario siguiente a la conformidad de los bienes, servicios en general y consultorías, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello.
> En caso de retraso en el pago, el contratista tiene derecho al pago de intereses legales, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.
> Las controversias en relación a los pagos a cuenta o pago final pueden ser sometidas a conciliación y/o arbitraje.

En ese sentido, ambas normas son claras al señalar que se establece como regla general para su procedencia que este se realiza *"después de ejecutada la respectiva prestación"*,

así como también que en *"caso de retraso en el pago, se tendrá derecho al pago de intereses legales los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió de efectuarse"*, estos intereses se encuentran específicamente definidos en los artículos 1244°, 1245° y 1246° del Código Civil peruano, cuyas disposiciones operan cuando la Demandada no cumple con pagar a la Demandante en los plazos establecidos, para el caso de los bienes y servicios, luego de la recepción y conformidad.

97. En el presente caso, y advertido que este Arbitro ha resuelto otorgar la conformidad, lo que procede es al pago, el cual se debió honrarse luego de los 15 días siguientes de la conformidad. Y, **esta conformidad debió de darse a más tardar hasta el día 11 de setiembre de 2017** (es decir contados desde el día siguiente de recibida la solicitud de reconocimiento de los mayores gastos generales notificado el 22 de agosto de 2017 y hasta un plazo de 20 días calendarios), por lo que **el pago se debió proceder dentro de los 15 días siguientes, es decir hasta el 26 de setiembre de 2017**.

98. Dicho lo anterior, se generan los respectivos intereses legales de acuerdo con la norma, esto es que el artículo 1245° del Código Civil dispone que: *"cuando deba pagarse interés, sin haberse fijado la tasa, el deudor debe abonar el interés legal"*, lo que nos remite al artículo 1244° que establece que *"el interés legal es fijado por el Banco Central de Reserva del Perú"*.

99. Así mismo, al no existir cuestionamiento (RECONVENCIÓN) por parte de la Demandada con relación al monto de los mayores gastos generales, así como y/o puntos controvertidos en donde se establezca que sea el Árbitro el que deba fijar los mayores gastos, por lo que el pronunciamiento de este Árbitro se limita exclusivamente al monto solicitado por la Demandante.

100. Por tanto, en este estado y habiendo analizado los argumentos de las partes, se resuelva declarar **FUNDADO EN PARTE** el cuarto punto controvertido en favor de la Demandante y en consecuencia ***se ordena que la Demandada pague a la Demandante,***

por concepto de mayores gastos generales el importe de S/.91,281.02, más los intereses legales, generados desde la fecha en que se debió honrar el pago, es decir, desde el 26.09.2017.

En cuanto al Quinto Punto Controvertido:
Determinar si corresponde o no, que se ordene el pago de una indemnización por daños y perjuicios, ascendente a S/. 10,000.00, a favor de la contratista, por daño emergente y lucro cesante, generados por no haberse realizado el pago de los mayores gastos generales por las prestaciones brindadas a la entidad".

101. La Demandante señala que hay daños y perjuicios (daño emergente y lucro cesante) ascendente a la suma de S/. 10,000.00 como producto de la inacción por parte de la Demandada en no haberse realizado el pago de los mayores gastos generales por las prestaciones brindadas, el mismo que genera también intereses dejados de percibir.

102. Asimismo, se observa que la Demandante en el planteamiento de la presente Demanda Arbitral, no cumple con aportar documentos técnicos alguno que demuestre cual es el daño sufrido, con relación a lo contratado, esto en virtud a que la propia Demandante pudo haber dispuesto en efectuar un análisis al detalle (flujos de caja, gastos generados, entre otros) y de manera exacta lo que dejó de generar producto del no pago por parte de la Demandada.

103. Debe entenderse que existe una carga en cabeza de quien solicita una indemnización por daños y perjuicios, la que tiene carácter probatorio, es decir quien lo solicita debe acreditar el daño sufrido, el cual en el presente caso vemos que no existe elementos que prueban dichos daños. En ese sentido, este Árbitro resuelve con declarar **INFUNDADO** el quinto punto controvertido en favor de la Demandante y en consecuencia la Demandada **no deberá realizar** en favor de la Demandante ***el pago de una indemnización por daños y perjuicios, ascendente a S/. 10,000.00, por daño emergente y lucro cesante, generados por no haberse realizado el pago de los mayores gastos generales por las prestaciones brindadas.***

En cuanto al Sexto Punto Controvertido:
Determinar si corresponde o no, que se otorgue la conformidad de las prestaciones brindadas por la contratista a favor de la entidad, desde el día 03.08.2017 hasta el día 14.12.2017, que incluye la etapa de recepción de la obra.

104. Al respecto, habiendo este Árbitro analizado y resuelto taxativamente cada uno de los puntos controvertidos (del primero al quinto), hemos podido visualizar que hasta aquí la Demandante ha venido cumpliendo con su parte del Contrato y con todo aquello que se ha señalado en las Bases.

105. En ese sentido, a través del Acta de Recepción de Obra con observaciones de fecha 02 de noviembre de 2017, en donde se señala lo siguiente:

"(...) el que el Contratista deberá subsanar teniendo un plazo máximo de un décimo (1/10) del plazo de ejecución vigente que equivale a 34 días calendario, los cuales se computarán a partir del quinto (5to) día de suscrita la presente acta. El plazo para el levantamiento de observaciones culmina el día 11 de diciembre de 2017".

106. Cabe precisar que participaron en dicha Acta el Supervisor de Obra, es decir en dicha fecha 02 de noviembre de 2017, aún seguía como parte de la ejecución contractual la Demandante, sin conocer que ya la Demandada le había cursado una Carta Notarial en donde iniciaba un apercibimiento de resolución del Contrato.

107. No obstante ello, se puede ver de los actuados, que la Demandante ha venido desarrollando actividades (prestaciones) en cumplimiento del Contrato y entre los cuales los más importantes tenemos: **i)** Carta N° 033-2017-OL-OEA-DISA-II-LS/MINSA (Resolución Administrativa N° 051-2017-OEA-DISA-II-LS), de fecha 01 de setiembre de 2017 en donde resuelve designar al Ing. Carlos Zevallos Pachas como miembro de la Recepción de la obra, **ii)** Carta EJW.SUP N° 165-2017 de fecha 04 de octubre de 2017, mediante el cual la Demandante informa las absoluciones de la Valorización N° 10 del

Contratista de la Obra, **iii)** Carta EJW.SUP N° 173-2017 de fecha 09 de octubre de 2017, mediante el cual la Demandante informa las absoluciones de la Valorización N° 11 del Contratista de la Obra, **iv)** Carta EJW.SUP N° 174-2017 de fecha 10 de octubre de 2017, mediante el cual la Demandante informa las absoluciones de la Valorización N° 09 del Contratista de la Obra, **v)** Carta EJW.SUP N° 185-2017 de fecha 31 de octubre de 2017, mediante el cual la Demandante informa las absoluciones de la Valorización de la Adicional N° 01 del Contratista de la Obra, **vi)** Carta EJW.SUP N° 165-2017 de fecha 07 de noviembre de 2017, mediante el cual nuevamente la Demandante informa las absoluciones de la Valorización N° 10 del Contratista de la Obra, **vii)** Carta EJW.SUP N° 198-2017 de fecha 18 de noviembre de 2017, mediante el cual la Demandante informa sobre las amortizaciones en cada valorización, de los adelantos directos y de materiales otorgados, **viii)** Carta EJW.SUP N° 204-2017 de fecha 24 de noviembre de 2017, mediante el cual la Demandante informa sobre el estado del levantamiento de observaciones para la recepción de la obra y **ix)** Carta EJW.SUP N° 220-2017 de fecha 14 de diciembre de 2017, mediante el cual la Demandante informa que las observaciones realizadas por el Comité de Obra ha sido absueltas y solicita su verificación.

108. Cabe indicar que estas prestaciones señaladas en el numeral anterior se vinieron desarrollando, pese a que existía un cuestionamiento del Asistente y peor aun habiendo la Demandada iniciado el procedimiento de apercibimiento para resolver el Contrato (y que era de desconocimiento de la Demandante). Este Árbitro no ve por ningún lado cuestionamiento alguno durante el proceso de la ejecución contractual con relación a los principales informes remitidos por la Demandante a la Demandada en lo que respecta al trabajo que ha venido realizando la Demandante en su proceso de levantamiento de observaciones de las observaciones tanto de las Valorizaciones y otros. Tanto, es así que incluso participó del Acta de recepción e incluso fue designado como parte de la Comisión.

109. Dichas situaciones, configuran un cumplimiento de las prestaciones, **hasta que**

el 13 de diciembre de 2017, la Demandada decide no continuar con el Contrato tanto **que lo resuelve por la causal del Asistente de Obra**, el cual como ya hemos señalado esta situación no se encuentra enmarcado dentro de la figura de las "obligaciones esenciales". Esta resolución para este Arbitro motivó por tanto que la Demandante no pueda continuar con el inicio del procedimiento de Conformidad y Recepción en base a la firma del Acta de Recepción de Obra final y en consecuencia acceder al pago por ello, esto en comunión con lo dispuesto por el Artículo 4° del Contrato.

110. Finalmente, no se puede otorgar la conformidad desde el 03 de agosto de 2017, por cuanto en aquella fecha forma parte de su participación como consecuencia de sus prestaciones anteriores que se generan por la ampliación de plazo.

111. En ese sentido y viendo que existen prestaciones que han debido ser justificados y lo cual no se pudo por haberse resuelto el Contrato, es que en este punto este Árbitro resuelve declarar **FUNDADO EN PARTE** el presente controvertido en favor de la Demandante y en consecuencia se **ORDENA que la Demandada *otorgue la conformidad de las prestaciones brindadas por la Demandante en favor de la Demandada, desde el día 01.09.2017 hasta el día 14.12.2017, que incluye la etapa de recepción de la obra.***

En cuanto al Sétimo Punto Controvertido:
Determinar si corresponde o no, que se ordene el pago por recepción de obra a favor de la contratista, desde el día 03.08.2017 hasta el día 14.12.2017, por la supervisión de las prestaciones brindadas, ascendentes a la suma de S/.39,815.08, más los intereses legales desde la fecha en que se debió honrar el pago, correspondiente a la etapa de recepción de la obra efectuada y laborada por el servicio de consultoría brindada por la contratista.

112. Habiendo este Árbitro resuelto que efectivamente se desarrollaron actividades por parte de la Demandante en favor de la Demandada a partir del 01 de setiembre de 2017 (con su designación en el Comité) y habiéndose resuelto el Contrato el 13 de diciembre de 2017, el cual motivo que la Demandante no pueda participar en la recepción final de la Obra y consecuentemente iniciar la conformidad y pago del mismo,

es que en caso hubiese participado la Demandante en la recepción de la obra probablemente hubiese ingresado a la discusión de los montos del pago u otros, pero todo esto dentro de un procedimiento de conformidad y pago; lo cual no sucedió.

113. Esto queda acreditado con el documento Acta de Comité de Recepción de Obra de fecha 21 de diciembre de 2017, en donde se demuestra la no concurrencia del Supervisor por haberse dado la resolución del Contrato. Por tanto, para este Árbitro se hubiera justificado el inicio de la conformidad y pago desde el día siguiente de dicha fecha, si en caso hubiere participado el Supervisor y como su participación era muy relevante se hubiese aclarado las dudas y por ende levantado las observaciones y suscrito el Acta final de recepción de obra.

114. Por tanto, habiéndose dispuesto por medio del presente Laudo la Conformidad, es que se requiere ahora el pago. Con lo cual dicho pago y tomando en consideración lo regulado por el Contrato cláusula cuarta, y los artículos 39° de la Ley y 143° y 149° Reglamento, es que se debió honrar con el pago hasta el día **25 de enero de 2018** (tomando en consideración los 20 días de conformidad y los 15 días para efectuar el pago).

115. En este extremo y viendo que se ha: i) otorgado la conformidad, ii) señalar la fecha final del plazo para pagar y iii) producto del no pago generado los respectivos intereses legales, esto de acuerdo a lo estipulado por los artículos 1244°, 1245° y 1246° del Código Civil, es este Árbitro resuelve declarar **FUNDADO EN PARTE** el séptimo punto controvertido y en consecuencia ***se ordena que la Demandada pague a la Demandante, por recepción de obra desde el día 01.09.2017 hasta el día 14.12.2017, por la supervisión de las prestaciones brindadas, ascendentes a la suma de S/.39,815.08, más los intereses legales desde la fecha en que se debió honrar el pago, correspondiente a la etapa de recepción de la obra efectuada y laborada por el servicio de consultoría brindada por la Demandante.***

En cuanto al Octavo Punto Controvertido:
Determinar si corresponde o no, que se ordene la devolución del monto de retención de la garantía de fiel cumplimiento, ascendente a S/.39,815.08 a favor de la contratista.

116. En mérito a todo lo expuesto en el presente Laudo, y habiendo declarado fundado varios de los puntos controvertidos en favor de la Demandante excepto en lo que respecta a la indemnización, y en entre otros donde se resolvió declarar la nulidad de la resolución del Contrato y habiéndose además aplicado y con fundamento errado[10] una retención del 10%, y que en cumplimiento de los dispuesto por las Bases, el Contrato, la Ley y el Reglamento, es que se resuelve declarar **FUNDADO** el octavo punto controvertido en favor de la Demandante ***y en consecuencia ordenar a la Demandada la devolución en favor de la Demandante la garantía de fiel cumplimiento ascendente a la suma de S/. 39,815.08 soles.***

En cuanto al Noveno Punto Controvertido:
Determinar si corresponde o no, que se ordene el pago de una indemnización por daños y perjuicios, ascendente a la suma de /.39,815.08, a favor de la contratista, por concepto de daño emergente y lucro cesante al haberse resuelto el contrato Nº19-2016-DISA II LIMA SUR, no haberse realizado el pago de las prestaciones efectuadas, ni permitirse a la contratista haber realizado el informe final de la obra.

117. La Demandante señala que hay daños y perjuicios (daño emergente y lucro cesante) ascendente a la suma de S/. 39,815.08 como producto de que al haberse efectuado la Resolución del Contrato (y en este Laudo se ha declarado su nulidad) motivo el recorte del derecho de la Demandante a poder obtener el respectivo pago.

118. Asimismo, se observa que la Demandante en el planteamiento de la presente

[10] Se señala errado, por cuanto la Resolución realizada por la Demandada ante un probable incumplimiento de la Demandante, no siguió el procedimiento establecido por la normativa en materia de contrataciones y con lo cual trajo como consecuencia también la aplicación (errada) de la retención del 10& del monto de la garantía.

Demanda Arbitral, no cumple con aportar documentos técnicos alguno que demuestre cual es el daño sufrido, con relación a lo contratado, esto en virtud a que la propia Demandante pudo haber dispuesto en efectuar un análisis al detalle (flujos de caja, gastos generados, entre otros) y de manera exacta lo que dejó de generar producto del no pago por parte de la Demandada.

119. Debe entenderse que existe una carga en cabeza de quien solicita una indemnización por daños y perjuicios, la que tiene carácter probatorio, es decir quien lo solicita debe acreditar el daño sufrido, el cual en el presente caso vemos que no existe elementos que prueban dichos daños. En ese sentido, este Árbitro resuelve con declarar **INFUNDADO** el noveno punto controvertido en favor de la Demandante y en consecuencia la Demandada **no deberá realizar** en favor de la Demandante ***el pago de una indemnización por daños y perjuicios, ascendente a S/. 39,815.08, por daño emergente y lucro cesante, al haberse resuelto el contrato y no haberse realizado el pago de las prestaciones efectuadas, ni permitirse a la Demandante realizar el informe final de la obra.***

En cuanto al Decimo Punto Controvertido:
Determinar quién y en qué proporción debe asumir el abono de los gastos arbitrales pagados o por pagarse en este arbitraje.

120. Con fecha 10 de abril de 2018, se emitió la Resolución N° 02 en donde se resolvió entre otros: i) mediante Razón de Secretaria del 09 de abril la Demandante cumplió con cancelar su parte respectos a los honorarios tanto del Árbitro como de la Secretaria ascendente a la suma de S/. 2,782.50 y S/. 1,695.00 soles respectivamente, ii) habilitar a la Demandante para que se subrogue y pague la parte que le corresponde a la Demandada ascendente a la suma total de S/. 4,477.50 soles (honorarios del Árbitro y de la Secretaria)

121. Luego, con Resolución N° 03 de fecha 11 de abril de 2018, se resolvió: i)

establecimiento de segundo anticipo de gastos arbitrales como consecuencia de las nuevas pretensiones ascendente a la suma de S/. 5,978.00 soles para el Árbitro Único y S/. 3,680 soles por el servicio de Secretaria, estos montos deberán ser can celados solo por la Demandante.

122. Mediante Resolución N° 04 de fecha 24 de abril de 2018, se resolvió dejar constancia del pago íntegro de los gastos arbitrales tanto del primer anticipo que le correspondía a la Demandada, así como del segundo anticipo originado por incremento de la cuantía.

123. Luego con fecha 01 de junio de 2018, se emitió la Resolución N° 08 en donde el Arbitro resolvió: **i)** establecer como tercer y último anticipo de gastos arbitrales, liquidado como consecuencia de la pretensión de cuantía indeterminada presentada por la Demandante y transcrita en el pie de página 2 de la presente Resolución, las siguientes sumas netas: 1) S/. 3,819.00 soles para el Árbitro Único y 2) S/. 1,793.00 soles para el servicio secretarial, **ii)** las cantidades mencionadas en el párrafo anterior deberá ser pagada por la Demandante, dentro de los 10 días hábiles de notificada la presente resolución, **iii)** en la caso la Demandante no cumpla con pagar el íntegro del tercer anticipo de los gastos arbitrales que se establece en esta resolución, la pretensión de cuantía indeterminada contenida en el escrito de demanda quedará excluida de este arbitraje y **iv)** encargar al secretario arbitral remitir a la Demandante los recibos por honorarios electrónicos conjuntamente con esta resolución.

124. Y, con fecha 02 de julio de 2018, a través de la Resolución N° 10 se dejó constancia que la Demandante cumplió con pagar la totalidad de los gastos arbitrales liquidados como consecuencia de la pretensión de cuantía indeterminada (tercer y último anticipo) presentada por la Demandante e indicado en la Resolución N° 08.

125. En ese sentido, teniendo en cuenta lo indicado en el párrafo anterior, el Árbitro Único considera que cada una de las partes debe asumir en forma proporcional las

costas y costos del presente proceso, en virtud a que cada una de ellas ha actuado conforme a las normas del debido proceso, ha ejercido plenamente sus derechos y ha mantenido razones de fondo y forma para acudir al arbitraje como medio de dar solución a la controversia surgida de la relación contractual que las vincula.

126. En ese sentido y de acuerdo a lo ejercido, analizado e interpretado en todos los puntos del presente Laudo, es que este Árbitro RESUELVE **ordenar a la Demandada el pago de S/. 4,477.50 soles (honorarios del Árbitro y de la Secretaria) soles netos en favor de la Demandante por concepto de gastos arbitrales del presente proceso arbitral que debió asumir la Demandada.**

127. Finalmente, estando en este estado y habiendo realizado un análisis exegético de las normas, más la doctrina correspondiente y habiéndose actuado los argumentos de las partes durante el presente procedimiento arbitral, así como el Informe Oral, escritos y sus respectivos alegatos, y por todas las consideraciones antes expuestas:

El ÁRBITRO ÚNICO RESUELVE:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la primera pretensión en favor de la demandante, y en consecuencia declarar nula la decisión de resolución total del contrato N° 19-2016-DISA II LIMA SUR, efectuada por la entidad, mediante carta N° 123-2017-OL-OEA-DISAII LS/MINSA, Carta N° 72117, de fecha 13 de diciembre de 2017.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la segunda pretensión de la demandante y en consecuencia se ordena a la demandada emitir la conformidad de las prestaciones brindadas por la contratista por concepto de ampliación de plazo contractual, conforme a la cláusula décima del contrato y el artículo 143° del Decreto Supremo N° 350-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

TERCERO: Declarar **FUNDADA** la tercera pretensión de la demandante y en consecuencia se declara valida o eficaz la solicitud de la contratista de pago de mayores gastos generales generada por la decisión de la entidad de ampliar el plazo contractual por 71 días calendarios.

CUARTO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la cuarta pretensión de la demandante y en consecuencia se ordena que la demandada pague a la demandante, por concepto de mayores gastos generales el importe de S/ 91,281.02, más los intereses legales, generados desde la fecha en que se debió honrar el pago, es decir, desde el 26.09.2017.

QUINTO: Declarar **INFUNDADA** la quinta pretensión de la demandante y en consecuencia la demandada no deberá realizar en favor de la demandante el pago de una indemnización por daños y perjuicios, ascendente a S/ 10,000.00, por daño emergente y lucro cesante, generados por no haberse realizado el pago de los mayores gastos generales por las prestaciones brindadas.

SEXTO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la sexta pretensión de la demandante y en consecuencia se ordena que la demandada otorgue la conformidad de las prestaciones brindadas por la demandante en favor de la demandada, desde el 01.09.2017 hasta el día 14.12.2017, que incluye la etapa de recepción de la obra.

SÉTIMO: Declarar **FUNDADA EN PARTE** la sétima pretensión de la demandante y en consecuencia se ordena que la demandada pague a la demandante, por recepción de obra desde el día 01.09.2017 hasta el día 14.12.2017, por la supervisión de las prestaciones brindadas, ascendentes a la suma de S/ 39,815.08, más los intereses legales desde la fecha en que se debió honrar el pago, correspondiente a la etapa de recepción de la obra efectuada y laborada por el servicio de consultoría brindada por la demandante.

OCTAVO: Declarar **FUNDADA** la octava pretensión de la demandante y en consecuencia ordenar a la demandada la devolución en favor de la demandante la garantía de fiel cumplimiento ascendente a la suma de S/ 39,815.08 soles.

NOVENO: Declarar **INFUNDADA** la novena pretensión de la demandante y en consecuencia la demandada no deberá realizar en favor de la demandante el pago de una indemnización por daños y perjuicios, ascendente a S/ 39,815.08, por daño emergente y lucro cesante, al haberse resuelto el contrato y no haberse realizado el pago de las prestaciones efectuadas, ni permitirse a la demandante realizar el informe final de la obra.

DÉCIMO: Declarar **FUNDADA** la décima pretensión de la demandante y en consecuencia se ordena a la demandada el pago de S/ 4,477.50 soles (honorarios del Árbitro y de la Secretaria) soles netos en favor de la demandante por concepto de gastos arbitrales del presente proceso arbitral que debió asumir la demandada.

DÉCIMO PRIMERO: Declarar que lo resuelto por el presente laudo tiene la calidad de cosa juzgada y es susceptible de ejecución conforme a Ley.

Notifíquese a las partes.

JORGE LUIS CONDE GRANADOS
Árbitro Único