

Proceso Arbitral
Consortio Lurigancho
Red de Salud San Juan de Lurigancho

leg 331-2012

Abril 9, 2018

Señores

DIRECCION DE REDES INTEGRADAS DE SALUD LIMA CENTRO

Av. Arequipa N° 810 – Piso 9

Lima - Cercado

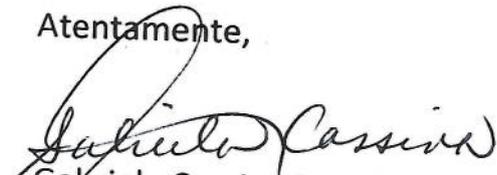
Atención : Dr. Luis Valdéz Pallete
Procurador Público del Ministerio de Salud

De mi consideración:

Cumplo con hacerle llegar la Resolución N° 30 del 9 de abril del 2018 que contiene el Laudo Arbitral de Derecho suscrito por el árbitro único, Dr. Emilio Cassina Rivas.

De este modo han quedado resueltas las controversias surgidas entre el Consorcio Lurigancho y la Dirección de Redes Integradas de Salud Lima Centro (Antes Red de San Juan de Lurigancho).

Atentamente,


Gabriela Cassina Ramón
Secretaria Arbitral



Sede Arbitral: Calle Coronel Inclán 721 – Miraflores
Teléfonos: 445-8008 - 998675308

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Laudo Arbitral de Derecho emitido en el proceso arbitral seguido por el **CONSORCIO LURIGANCHO** con **LA RED DE SALUD SAN JUAN DE LURIGANCHO** derivado de la controversia surgida por el Contrato 1141-2015 (Adjudicación de Menor Cuantía N° 024-2015-RED-SJL derivada de la Licitación Pública N° 002-2015-RED-SJL) "Construcción de la nueva Infraestructura e Implementación del Establecimiento de Salud Chacarilla de Otero de la Micro Red de Salud Piedra Liza, Dirección de Red de Salud San Juan de Lurigancho, Dirección de Salud IV – Lima Este, reformulado a Mejoramiento de los Servicios de Salud CS Chacarilla de Otero de la Micro Red de Salud Piedra Liza – Dirección de Red de Salud San Juan de Lurigancho – SNIP No. 120-501)

RESOLUCION N° 30

Lima, 9 de abril del 2018

I PARTE EXPOSITIVA

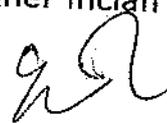
a. Designación del Árbitro Único

Al surgir la controversia entre las partes en relación al Contrato 1141-2015, por Resolución N° 098-2017-OSCE/PRE del 07 de marzo del 2017 se designó como árbitro único al abogado Emilio Cassina Rivas.

b. Del proceso arbitral

El Árbitro Único se instaló en la sede institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), el 11 de mayo del 2017, según consta en el Acta de esa fecha en la que se aprobaron las reglas aplicables del procedimiento.

Se designó como Secretaria del proceso arbitral a la Sra. Gabriela Cassina Ramón y como sede arbitral la Calle Coronel Inclán 721, Distrito de Miraflores.



Se declaró además que el arbitraje sería Ad Hoc, Nacional y de Derecho, otorgándose al CONSORCIO LURIGANCHO el plazo de quince (15) días hábiles para que presente su demanda.

c. Desarrollo del Proceso

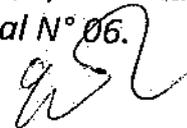
- El Consorcio Lurigancho presentó su demanda con escrito de fecha 6 de junio del 2017 la cual fue admitida por Resolución N° 03 del 7 de ese mismo mes y año, corriéndose traslado a la demandada.
- Por Resolución N° 04 del 14 de junio del 2017, se otorgó a la parte demandada, a su solicitud, un plazo ampliatorio de diez (10) días hábiles a fin de que cumpla con el pago de los honorarios que le corresponde.
- Con escrito de 28 de junio del 2017 la RED DE SALUD SAN JUAN DE LURIGANCHO contestó la demanda admitiéndose dicha contestación por Resolución N° 05 del 4 de julio del 2017.
- Habiéndose cumplido el plazo ampliatorio solicitado por la demandada sin que ésta cumpla con el pago de los honorarios arbitrales y secretariales, se consultó a la demandante la posibilidad de que se subrogue y ante la falta de pronunciamiento, por Resolución N° 07 del 17 de julio del 2017 y de conformidad con el numeral 58 del Acta de Instalación, se suspendió el proceso por el plazo de veinte (20) días hábiles
- Posteriormente, con Resolución N° 08 del 23 de agosto del 2017 se archivó y dio por concluido el trámite del proceso arbitral. Sin embargo, el 29 de agosto del 2017 el Consorcio LURIGANCHO presentó un escrito de reconsideración contra la Resolución N° 8 antes citada para que se deje sin efecto el archivamiento del proceso arbitral y se continúe su trámite, ofreciendo asumir el pago de los honorarios arbitrales y secretariales que le corresponde a su contraparte.



Dicho escrito fue puesto en conocimiento de la parte demandada mediante la Resolución N° 09 del 31 de agosto del 2017, quien lo absolvió con su escrito del 7 de setiembre del 2017, solicitando que se declare improcedente el Recurso de Reconsideración del CONSORCIO LURIGANCHO y se confirme la conclusión y archivo del proceso.

- Por Resolución N° 10 del 12 de setiembre del 2017 el árbitro único resolvió declarar fundada la reconsideración solicitada por el CONSORCIO LURIGANCHO y en consecuencia, se levantó el archivamiento decretado por la Resolución N° 08 reiniciándose el proceso arbitral a partir del día en que se cancelen los honorarios arbitrales y secretariales.
- El CONSORCIO LURIGANCHO cumplió en la fecha ofrecida con el pago de los honorarios arbitrales y secretariales en subrogación de su contraria.
- Con fecha 20 de setiembre del 2017 la RED DE SALUD SAN JUAN DE LURIGANCHO presentó un recurso de reconsideración solicitando que se declare la nulidad de la Resolución N° 10 con la consecuente conclusión del proceso arbitral.
- Por Resolución N° 13 del 28 de setiembre del 2017 el árbitro único declaró infundada la reconsideración solicitada por la parte demanda y dispuso la prosecución del proceso, citando a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos.
- Con fecha 13 de octubre del 2017 se realizó la Audiencia de Conciliación y Determinación de puntos controvertidos, los que se enumeran a continuación:

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO.- Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Resolución Administrativa N° 073-OA-DIREC-SA-SJL-2016 de fecha 18 de noviembre del 2016, que declara improcedente la solicitud de Ampliación de Plazo Parcial N° 06.

 3

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO.- Determinar si corresponde o no declarar que la Entidad modificó las especificaciones técnicas "con el pretexto de absolución de consulta".

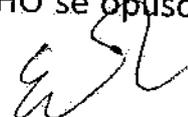
TERCER PUNTO CONTROVERTIDO.- Determinar si corresponde o no declarar que la fecha 09 de junio del 2016 no se puede tomar como fecha de inicio de cómputo de los 7 meses que aproximadamente se necesitaría para entregar el ascensor y ponerlo a obra, pues la Entidad no cumplió con absolver la consulta planteada sino que con el pretexto de absolver la consulta procedió a cambiar las especificaciones técnicas.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO.- Determinar si corresponde o no declarar fundada en todos sus extremos la solicitud del demandante de Ampliación de Plazo Parcial N° 06.

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO.- Determinar si corresponde o no ordenar el pago de los gastos generales a que se contrae el artículo 202 del Reglamento de Contrataciones del Estado, que asciende a S/ 145,067.37 (Ciento Cuarenta y Cinco Mil Sesenta y Siete con 37/100 Soles).

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO.- Determinar a qué parte corresponde el pago de costas y costos del presente proceso arbitral.

- Mediante escrito presentado el 30 de octubre del 2017 el CONSORCIO LURIGANCHO solicitó la acumulación de la octava pretensión – que en realidad es la séptima- consistente en que se declare la nulidad de la penalidad por atraso impuesta por la Entidad por considerar que ha habido diez (10) días de atraso en la entrega de la obra del cual se corrió traslado a la otra parte con Resolución N° 14 del 31 de ese mismo mes y año.
- Por escrito presentado el 8 de noviembre absolviendo el traslado conferido la RED DE SALUD SAN JUAN DEL URIGANCHO se opuso a

 4

esta acumulación en base a los argumentos expuestos en ese documento.

- Por Resolución N° 15 del 13 de noviembre del 2017 se declaró infundada la acumulación solicitada por el demandante.
- El 21 de noviembre del 2017 el CONSORCIO LURIGANCHO presentó recurso de reconsideración contra la Resolución N° 15.
- Corrido el traslado correspondiente, la RED DE SALUD SAN JUAN DE LURIGANCHO lo absolvió con escrito del 1° de diciembre del 2017.
- Por Resolución N° 17 del 4 de diciembre del 2017 el árbitro único declaró fundado el recurso de reconsideración formulado por el CONSORCIO LURIGANCHO y se admitió la acumulación de pretensiones otorgando a la parte demandada un plazo de quince (15) días hábiles para que la conteste. Esta acumulación hizo surgir el Séptimo Punto Controvertido como sigue:

SÉTIMO PUNTO CONTROVERTIDO.- "Determinar si se debe declarar fundada o no la imposición al contratista de diez (10) días de penalidad por atraso en el cumplimiento de sus prestaciones, entre el 31 de julio al 9 de agosto del 2017".

- Por Resolución N° 19 del 8 de enero del 2017 se admitieron los medios probatorios ofrecidos por ambas partes con escritos presentados el 30 de octubre y 29 de diciembre del 2017. Simultáneamente se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para que presenten las pruebas que consideren necesarias para la mejor resolución de la presente controversia.
- Por Resolución N° 20 del 18 de enero del 2018 se cerró la etapa probatoria y se otorgó a las partes un plazo de diez (10) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos y de solicitarlo alguna de las partes, se les citará a una Audiencia de Informes Orales.



- El CONSORCIO LURIGANCHO presentó sus alegatos con escrito del 30 de enero del 2018 y la DIRECCIÓN DE REDES INTEGRADAS DE SALUD LIMA CENTRO (antes RED DE SALUD SAN JUAN DE LURIGANCHO) lo hizo con su escrito del 1 de febrero del 2018.
- La Audiencia de Informe Oral se llevó a cabo los días 23 de febrero y 1 de marzo del 2018.
- Por Resolución N° 25 del 5 de marzo del 2018 el árbitro único declaró infundada la oposición formulada por la parte demandada en lo que se refiere a las pruebas presentadas por la demandante durante la Audiencia de Informe Oral.
- Por Resolución N° 26 del 6 de marzo del 2018 se solicitó al CONSORCIO LURIGANCHO que presente un ejemplar completo del Cuaderno de Obra, lo que hizo con escrito del 14 de ese mismo mes y año.

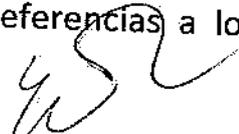
Por Resolución N° 29 del 28 de marzo del 2018 se fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles de conformidad con el numeral 45 del Acta de Instalación.

II PARTE CONSIDERATIVA

PRIMERO.- DECLARACIÓN PREVIA

De acuerdo con lo previsto en el Acta de Instalación del Árbitro Único serán de aplicación las reglas procesales establecidas por las partes, el Decreto Legislativo 1017 y modificada por la Ley N° 29873, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-20102-EF y las Directivas que apruebe el OSCE para tal efecto. Rige también, el Decreto Legislativo 1071 que norma el arbitraje y, supletoriamente, el Código Civil.

Las partes podrán ser llamadas por sus nombres o, en el caso del CONSORCIO LURIGANCHO, como Demandante y/o la Contratista; y, en el caso de LA DIRECCIÓN DE REDES INTEGRADAS DE SALUD LIMA CENTRO como la Demandada y/o la Entidad. Las referencias a los

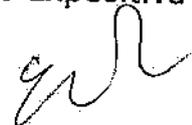
 6

documentos presentados por las partes se simplifican atribuyéndoseles su procedencia a cada una de ellas.

El Contrato 1141-2015 se suscribió el 19 de enero del 2015 derivado de la Adjudicación de Menor Cuantía No. 024-2015-RED SJL (Licitación Pública No. 002-2015 iguales siglas y tenía por objeto la obra denominada "Construcción de la nueva Infraestructura e Implementación del Establecimiento de Salud Chacarilla de Otero de la Micro Red de Salud Piedra Liza, Dirección de Red de Salud San Juan de Lurigancho, Dirección de Salud IV – Lima Este, reformulado a Mejoramiento de los Servicios de Salud CS Chacarilla de Otero de la Micro Red de Salud Piedra Liza – Dirección de Red de Salud San Juan de Lurigancho – SNIP No. 120-501). El monto original fue de S/ 6'675,171.26, con un plazo de ejecución de 270 días y, agregándole las ampliaciones de plazo otorgadas, tenía un plazo de culminación previsto para el 30 de julio del 2017.

El Árbitro Único para resolver los puntos controvertidos podrá modificar el orden de ellos, unirlos o tratarlos por separado, de acuerdo a la finalidad que es la de fijar la verdad material y declararla conforme a los hechos producidos que se encuentren probados. Siendo así, el Árbitro Único manifiesta haber revisado todos y cada uno de los medios probatorios presentados por las partes o solicitados por él, analizándolos y adjudicándoles el mérito que les corresponde aun cuando en el Laudo no se haga mención expresa a alguno o algunos de ellos o al valor probatorio asignado, ya que la motivación de toda decisión arbitral requiere para su validez gozar de suficiencia en la misma, la que, además debe resultar verificable con lo actuado en el expediente arbitral.

En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno que afecte la validez del proceso, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Árbitro Único se avoca al análisis y solución de los puntos controvertidos, los cuales se han consignado en la Parte Expositiva de este Laudo.



SEGUNDO.- DESARROLLO DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

Determinar si corresponde o no declarar la nulidad de la Resolución Administrativa N° 073-OA-DIREC-SA-SJL-2016 de fecha 18 de noviembre del 2016, que declara improcedente la solicitud de Ampliación de Plazo Parcial N° 06.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO.- *Determinar si corresponde o no declarar que la Entidad modificó las especificaciones técnicas "con el pretexto de absolución de consulta".*

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO.- *Determinar si corresponde o no declarar fundada en todos sus extremos la solicitud del demandante de Ampliación de Plazo Parcial N° 06.*

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO.- *Determinar si corresponde o no ordenar el pago de los gastos generales a que se contrae el artículo 202 del Reglamento de Contrataciones del Estado, que asciende a S/ 145,067.37 (Ciento Cuarenta y Cinco Mil Sesenta y Siete con 37/100 Soles).*

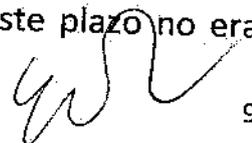
A) POSICIÓN DEL DEMANDANTE

El Consorcio Lurigancho establece los siguientes hechos en su demanda:

1. El plazo final de la entrega del equipo y puesto en obra es indeterminado, por lo que su solicitud de Ampliación de Plazo N° 06 es parcial conforme al artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, porque la causal es abierta en vista de no conocerse la fecha exacta de la adquisición e instalación del equipo ascensor.



2. No es correcto considerar que la fecha de inicio del cómputo de plazo de siete (7) meses aproximados de la entrega del equipo ascensor, es a partir de 9 de junio del 2016, fecha de aclaración y absolución de su consulta y que termine el 9 de enero del 2017, fecha que, según la Entidad, estaría dentro del plazo vigente del contrato ya que el plazo final llegaba al 2 de febrero del 2017. Afirma que la Entidad nunca aclaró nada en la absolución de su consulta pues lo que hizo arbitrariamente, fue cambiar las especificaciones técnicas y planos del expediente técnico y, más aún, la supuesta absolución de consulta se produjo el 9 de junio del 2016, un día antes de la paralización de la obra.
3. Señala que la Entidad, ilegal y arbitrariamente, ha insistido en que ahora se debe entregar un Ascensor en lugar de un Elevador de Plataforma y que las características de dicho ascensor corresponden al del proveedor Ascensores S.A.C. (OTIS) por lo que, según la proforma de este proveedor, el equipo llegaría, después de su importación, en el plazo de siete (7) meses aproximadamente, lo que no ha sido tomado en cuenta por la Entidad al exigir el ascensor.
4. Si se considerase la fecha de la absolución de la consulta como el punto de partida para instalar el ascensor, el cómputo del plazo de siete meses aproximados para entregar el bien y ponerlo en obra, entonces el inicio de éste sería el 28 de setiembre del 2016 pues fue en esta fecha en que, mediante carta No. 037-2016-JPBD/SUP/APJHJ/RED DE SALUD SJL de la Entidad, ésta ratificó, la modificación de las especificaciones técnicas, es decir que ya no se instalaría un Elevador sino un Ascensor.
5. Originalmente, el cronograma vigente indicaba que el equipo elevador debía instalarse a partir del 28 de marzo del 2016 y terminar el 1 de febrero del 2017. Dice que este plazo no era



9

determinante porque se requería el pronunciamiento de la Entidad, en el sentido de ratificar o aclarar la absolución de la consulta planteada sobre la modificación de las especificaciones técnicas y el plano del ascensor.

6. La Entidad incurre en el error de indicar que la absolución de la consulta sobre el elevador de plataforma fue comunicada el 9 de junio del 2016 y que, a partir de esta fecha, el Contratista estaba en la obligación de iniciar la adquisición del ascensor según el respectivo cronograma ya que, si bien el 9 de junio la Entidad absolvió la consulta, al día siguiente empezó la paralización de la obra por razones de índole económico pues la Entidad no le había pagado las Valorizaciones 02, 03 y 04 como consta en la Resolución Administrativa 059-OA-DIREC-SA-SJ-2016 que aprobó la Ampliación de Plazo No. 02 por el período de paralización entre el 10 de junio del 2016 y el 2 de febrero del 2017.

Este hecho, dice el Contratista, resulta contradictorio pues la Entidad, por un lado, paralizó la obra por cuestiones económicas pues, al no haberse pagado dichas Valorizaciones, no había dinero para ejecutar los trabajos de la obra y por otro, pretende que el Consorcio se obligue a adquirir un equipo ascensor valorizado por un monto significativo en dólares.

7. La paralización de la obra significaba que todos los actos de la misma quedaban en suspenso y que, inmediatamente que ella se levantó, con fecha 15 de setiembre del 2016, solicitó a la Entidad que aclarase la absolución de la Consulta relacionada con la modificación de las Especificaciones Técnicas y del plano del ascensor, y que esa aclaración fue respondida el 28 de setiembre del 2016 por lo que, al día siguiente, procedió a adquirir el ascensor.



8. Durante el período de paralización se suspendió la ejecución de las respuestas a las consultas que involucraban la modificación de las especificaciones técnicas y planos como los del nuevo ascensor.
9. Manifiesta haber cumplido con fundamentar la Ampliación de Plazo No. 06 conforme a los requisitos del artículo 220 del Reglamento de la Ley.
10. El hecho generador de la demora cesó el 28 de setiembre del 2016 con la carta No. 037-2016/JPBD/SUP/APHJ/RED DE SALUD/SJL del Supervisor de la Obra y por tal razón solicitó la Ampliación de Plazo No. 06 por el periodo que durase la implementación de la partida esto es, desde el 30 de setiembre del 2016 y por un tiempo aproximado de siete meses.

B) POSICION DE LA DEMANDADA

La Red de Salud San Juan de Lurigancho ha negado y contradicho la demanda según los fundamentos de hecho y derecho que, resumidamente, se exponen a continuación.

1. La Partida No. 05.02.10.01.02 correspondiente a un Elevador de Plataforma tenía que ejecutarse según el Calendario de Avance de Obra, desde el mes de marzo hasta el mes de octubre del 2016, pero el 29 de marzo de ese año el Contratista formuló una consulta sobre ese equipo que la Entidad absolvió el 9 de junio del 2016 después de responder dos solicitudes de aclaración planteadas por el Contratista. En virtud de esa consulta la Entidad aprobó la instalación de un ascensor en lugar del elevador previsto originalmente en el Expediente Técnico. Este ascensor fue adquirido por el Contratista el 30 de setiembre del 2016 como consta en el asiento de obra No. 224, siendo el plazo de entrega e instalación de siete meses a partir del pago de la



cuota inicial como se acredita en el contrato celebrado entre el Contratista y la empresa Ascensores S.AC., proveedora del ascensor.

2. Como la Consulta referida fue contestada por la Entidad el 9 de junio del 2016, el Contratista estaba en la obligación de iniciar la adquisición del ascensor según su cronograma, sin que sea aplicable el Acta de Paralización de la obra suscrita por las dos partes pues en ésta se estableció que quedaban suspendidos todos los plazos administrativos que se encontrasen en curso por concepto de consultas, valorizaciones, etc, los que se retomarían una vez reiniciadas las obras. Sin embargo, de esa acta se concluye que los actos posteriores a la absolución de la consulta sobre el cambio del Elevador por un Ascensor, no estaban inmersos en esa acta de Acuerdo de Paralización.
3. Tomando como inicio de la causal el 9 de junio de 2016, fecha en que quedó absuelta la consulta y considerando que la entrega del ascensor requería siete meses, este plazo vencería el 9 de enero del 2017, esto es, dentro del plazo de la terminación de la ejecución de la obra fijado para el 2 de febrero de ese mismo año, por lo que no se requería ninguna ampliación con respecto a la entrega e instalación del ascensor, no existiendo una afectación de la ruta crítica.
4. La Entidad afirma que las pretensiones y fundamentos del Contratista carecen de validez toda vez que fue el propio Contratista quien pidió el cambio de las especificaciones técnicas del elevador para sustituirlo por un ascensor como consta en la Consulta No. 05 formulada. Por la misma razón rechaza el pago de mayores gastos generales por la citada Ampliación de Plazo No. 06 que comprende 84 días.

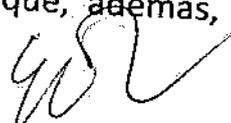


5. Tanto el Coordinador de la Obra como el Supervisor de ésta, opinan por la improcedencia de las pretensiones del Contratista.
6. Menciona que el atraso en la ejecución de la obra es de responsabilidad del Contratista pues la demora se debió a su falta de previsión y diligencia de no solicitar a tiempo el ascensor requerido, teniendo en cuenta que debió hacerlo en la oportunidad respectiva que, era el día siguiente del 9 de junio del 2016 cuando se respondió en definitiva la Consulta No. 05.
7. El Jefe de la Supervisión se dirigió al Contratista el 28 de setiembre del 2016 con su carta N° 037-2016 (Anexo de Prueba 1-X de la demanda) adjuntándole la carta N° 117-2016 de 27.09.16 que ratificaba la respuesta del 9 de junio del 2016 pidiéndole que la implemente en la obra (Anexo de Prueba 1-Y de la demanda)

La carta 117-2016 mencionada se refiere a la nueva solicitud de aclaración formulada por el Contratista y dice que la Consulta 05 fue absuelta dentro de los plazos reglamentarios por lo que se reitera que la partida 05.02.10.01.02 debe ser ejecutada.

C) ANALISIS Y DECISIÓN DEL ARBITRO

1. Conforme a los hechos expuestos queda acreditado que el Contratista fue quien, por medio de la Consulta N° 05 del 29 de marzo del 2016, planteó el cambio del elevador de plataforma previsto en el Expediente Técnico de la Obra por un ascensor cuyas características y especificaciones técnicas, así como el nombre de un posible proveedor y su marca, propuso a la Entidad por lo que, en principio, no es admisible que afirme que dicho ascensor, marca y especificaciones le hayan sido impuestos arbitrariamente por la Entidad la que, además, en



última instancia, terminó por aprobar en su integridad la propuesta del Contratista.

2. La Consulta del Contratista fue presentada el 29 de marzo del 2016 y fue absuelta por la Entidad de manera definitiva el 8 de junio del 2016 comunicada al día siguiente luego de haberla aclarado en dos oportunidades.

La absolución final de la Consulta cumplía a cabalidad con dar respuestas a los planteamientos del Contratista y era suficiente para que éste pudiese implementar el cambio del elevador por el ascensor sugerido, no siendo necesario ni pertinente que en ese momento la Entidad se pronunciase sobre la necesidad de ejecutar un presupuesto adicional y uno deductivo y de aprobar una ampliación de plazo como consecuencia del referido cambio de equipos pues, aun cuando esos actos son derivaciones de ese cambio, la Ley y el Reglamento obligan a solicitar su aprobación mediante planteamientos específicos y separados como está previsto en los artículos 41.1 y 41.6 del D. Leg. 1017 y los artículos 207, 208 y 201 del Reglamento, respectivamente.

Por consiguiente carece de sustento material y legal que el Contratista argumente que, con fecha 15 de setiembre del 2016, volvió a solicitar una aclaración a la absolución de la consulta del contratante, manifestando que continuaba incompleta y que solo quedó clara con la respuesta que le dio la Entidad el 28 de ese mismo mes y año.

3. Debe agregarse que resulta inexplicable que, habiéndose producido la respuesta final de la Entidad el 9 de junio del 2016, el Contratista pretenda rebatirla después de casi tres meses, es decir, el 15 de setiembre del 2016.



4. De este modo, la absolución de la Consulta 05, ocurrió el 9 de junio del 2016 y hubiera sido exigible a partir de ese día si no fuera porque existía un hecho especial que no hacía operativa su aplicación.
5. Este hecho está constituido por el incumplimiento de la Entidad en el pago de tres Valorizaciones de los trabajos ejecutados por el Contratista, como está admitido y probado por la paralización de las actividades de la obra acordada por las partes mediante las Actas de 10 de junio y 8 de julio del 2016 (Anexos de Prueba N° 1-G y 1-F de la demanda) según las cuales se acordó la paralización de la obra pues la Entidad no había podido pagarle al Contratista la Valorización de Obra N° 02 por S/ 449,296 correspondiente al mes de marzo del 2016; la Valorización de obra N° 03 por S/ 222,105, correspondiente al mes de abril de ese mismo año; y la Valorización N° 04 por S/ 88,423.97 correspondiente al mes de Junio, con un total de S/ 759,824.97 cuyo monto es importante.
6. Así, pues, la Entidad ha manifestado que el Contratista debió adquirir el ascensor inmediatamente después del 9 de junio del 2016 por lo que sí, ese bien no se compró oportunamente, se debió a su negligencia por lo que éste es el único responsable de la demora.
7. Sin embargo, la Entidad no ha tenido en cuenta que el Contratista podría no tener fondos para adquirir el ascensor en razón de no haber recibido el pago de tres Valorizaciones según lo prescrito en el artículo 197 del Reglamento; ni ha considerado que, al ser ella deudora del Contratista, estaba en la situación prevista en el art. 1421 del Código Civil, (de aplicación supletoria en estos casos) según el cual ***"en los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente,***



cada parte tiene derecho a suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento”.

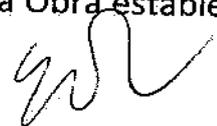
Al respecto, el Jurista Manuel de la Puente y Lavalle en su obra “El Contrato en General”, Tomo II, pág. 325, Editorial Palestra, se expresa de este modo:

“Cuando las prestaciones no deben cumplirse simultáneamente, es lógico que quien deba cumplir primero no puede oponer la excepción de incumplimiento pues la otra parte, o sea la que debe cumplir en segundo lugar, aún no está obligada a ejecutar su prestación. Pero de acuerdo con DIEZ PICAZO, la excepción cumplirá a todos sus efectos si, una vez exigible la obligación posterior, ésta es reclamada sin haberse cumplido la obligación posterior.”

Por tanto, quien debía cumplir en segundo lugar era el Contratista, y éste no podía ser compelido a ejecutar la obligación de adquirir el ascensor si la Entidad se encontraba en condición de deudora.

En este sentido, consta en el Informe 034-2016 contenido en la carta N° 051-2016-APHJ-CHO/RED DE SALUD/SJL (Anexo de Prueba 1-U de la demanda) remitida por el Supervisor al Director Ejecutivo de la Entidad que la paralización de la obra terminó el 15 de setiembre del 2016 pero el pago de las Valorizaciones adeudadas por la Entidad se realizó el día 2 de ese mismo mes y año.

Por consiguiente, el plazo para implementar la absolución a la Consulta 05 empezó ese día 02 de setiembre y el Contratista tenía que adquirir el ascensor a partir del día siguiente, ya que la Cláusula Cuarta de las Actas de Paralización de la Obra establecía



que la paralización determinaba la suspensión de todo plazo administrativo que se encuentre en curso por concepto de consultas, valorizaciones, etc. Por tanto, las consultas ya absueltas no entraban en proceso de suspensión.

8. Ahora bien, el expediente de la Ampliación de Plazo No. 06 tiene su origen en la Ocurrencia de Obra No. 06 del 29 de marzo del 2016, sobre la ejecución de la partida No. 05.02.10.01.02.

En esta anotación de la Ocurrencia dirigida al Supervisor de la obra, que contiene una consulta del Contratista, éste menciona que en ese mes de marzo del 2016 y según el Calendario de Avance de Obra, estaba considerada la adquisición de un componente de transporte vertical llamado Elevador de Plataforma que cuenta con sus respectivas especificaciones técnicas en el Expediente Técnico; y que, habiéndose hecho las averiguaciones y consultas del caso, no se había encontrado cotizaciones y menos proveedores que puedan ofrecer un equipo que tenga características de uso de personas para el traslado en forma vertical a través de un elevador de plataforma y, esencialmente, que cumpla la norma A. 120 del RNE (Reglamento Nacional de Edificaciones) y otras normas de salud.

El Contratista dice haber averiguado al respecto y que el proveedor experto en circulación vertical y con autorización para compras estatales es OTIS, quien le manifestó que el uso de elevadores con plataforma no es posible para el uso de personas por ser peligrosos pues la plataforma puede cercenar, mutilar o cortar alguna extremidad del cuerpo humano. Además dice, el Contratista, las especificaciones técnicas del Elevador no están diseñadas y/o calculadas para el uso de sillas de ruedas.

En consecuencia, el Contratista en aplicación del artículo 196 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, solicita que



la Entidad absuelva su consulta y se pronuncie al respecto toda vez que la decisión que se adopte generará un Adicional de Obra con su plazo de ejecución y se adquiriría un Ascensor marca OTIS que es un proveedor autorizado y que cumple con las exigencias técnicas de la Norma A 120 del RNC.

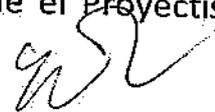
Para estos efectos adjuntó las Especificaciones Técnicas del Ascensor propuesto en reemplazo del Elevador de Plataforma y solicitó que la Entidad las apruebe.

El Supervisor de la Obra, mediante carta 017-2016 del 28 de abril del 2016 (Anexo de Prueba 1-K de la demanda), se dirigió al Contratista adjuntándole un Informe elaborado por la Entidad en coordinación con el Proyectista, Consorcio Milenium, manifestándole que implemente la absolución de la consulta.

Ese Informe se cursa con la carta No. 57-2016-OCH-DIREDA-SA SH del 26 de abril del 2016 y proviene del Jefe de la Oficina de Administración de la Entidad quien, a su vez, adjunta el Informe No. 037-2016-OCH-OA-DIREDA-SA SJL del 25 de abril del 2016, (Anexo de Prueba 1-M de la demanda), emitido por el Coordinador de la Obra designado por la Entidad, quien específicamente menciona la carta No. 011-2016-RL-CM del 19 de abril del 2016 con la que el Proyectista remite su absolución a la Consulta No. 05 del Contratista.

El Proyectista, en ese Informe No. 011-2016 RL CM, efectúa comentarios sobre la propuesta contenida en la Consulta 05 pero no emite un pronunciamiento claro y definitivo.

El Contratista en su carta No. 032-16 del 3 de mayo del 2016 (Anexo de Prueba 1-J de la demanda) solicita la ampliación de la absolución de la Consulta No. 06, indicando que el Proyectista



solo se limita a imponer, a nivel del costo, la marca OTIS a pesar que está prohibido definir a un proveedor y una marca.

Entre otras cosas, el Contratista considera insuficiente la absoluciónde la consulta porque ha faltado definir que el cambio del equipo ocasionará un Adicional de Obra, un Deductivo y la variación del plazo de ejecución de la obra

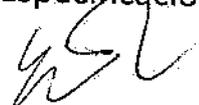
El 31 de mayo del 2016 el Contratista, con su carta No. 050-2016 CL, insiste en que la Entidad no ha dado respuesta completa a la consulta y exige que se haga un pronunciamiento que considere la necesidad de un Adicional y un Deductivo de Obra y definir el plazo de ejecución de la partida correspondiente (Anexo de Prueba 1-N de la demanda).

El 9 de junio del 2016 el Supervisor de la Obra remite al Contratista su carta No. 033-2016 con la que le adjunta las aclaraciones a la consulta ya referida (Anexo de Prueba 1-O de la demanda).

Esas aclaraciones provienen del Jefe de la Oficina de Administración de la Entidad, con su carta No. 91-OA No. 099-2016-OCH-DIREDD-SAJL del 8 de junio del 2016 así como del Proyectista, Consorcio Milenium por medio de su carta No. 014-2016 del 1 de junio del 2016 (Anexos de Prueba 1-P- y 1-Q de la demanda).

El Jefe de la Oficina de Administración informa al Supervisor en esa carta 91-OA No. 099-2016-OCH-DIREDD-SAJL que, en vista de la información del Proyectista, se implemente en la obra la absoluciónde correspondiente.

El Proyectista, a su vez, se había pronunciado en su carta No. 024-2016 del 1 de junio del 2016 y dice que ha revisado la propuesta del Contratista que incluye las especificaciones

 19

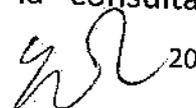
técnicas que él repite; concluyendo en que la propuesta del Contratista se encuentra dentro de las expectativas iniciales del proyecto y que en el Bloque B se debe considerar la instalación de un Ascensor cuyas características se acerquen a la Normativa A 120 y que han sido propuestas por el Contratista, considerándolas como aceptable.

Con relación a la carta 032-2016 del Contratista, el Supervisor de la Entidad remitió a la Dirección Ejecutiva de la Entidad su carta No. 36-2016 del 10 de mayo del 2016 solicitando que aclare y/o confirme al contenido de la Absolución de la Consulta a que se contrae la carta No. 52-AD- No. 057-2016-OCHC DIREC AS SJL.

El Coordinador de la obra, emite su Informe 055-2016 del 8 de junio del 2016 dirigido al jefe de la Oficina de Administración de la Entidad (Anexo de Prueba 1-S de la demanda). Concluye en que el Projectista ha señalado que el transporte vertical del Bloque B corresponde a un ascensor; que el ascensor propuesto por el Projectista incumplía varios requerimientos del artículo 11 de la norma A 120 del RNE y que éste ha recomendado implementar la propuesta del ascensor presentada por el Contratista por encontrarse dentro de las expectativas del Proyecto.

Por lo expuesto el Coordinador de la Obra recomienda a la Entidad comunicar al Supervisor los alcances de su Informe sobre la aclaración de la absolución de la Consulta N° 05. A este fin anexa a su Informe las Especificaciones técnicas del ascensor que corresponden al transporte vertical del Bloque B para que se implemente en la obra.

Con la carta 033-2016 del 9 de junio del 2016 el Supervisor de la Obra (Anexo de Prueba No. 1-O de la demanda) alcanzó al Contratista las aclaraciones a la absolución de la consulta

 20

relacionada con el equipo elevador de plataforma ubicado en el Bloque B solicitándole implementarla en la ejecución de la obra.

El Contratista con su carta No. 067-2016 del 15 de setiembre del 2016, se dirigió al Supervisor de la Obra (Anexo de Prueba 1-T de la demanda) señalando que ninguno de los pronunciamientos de la Entidad responde a las consultas puntuales que ha formulado sobre la modificación de las Especificaciones Técnicas y Planos de la Partida afectada.

Remarca que correspondería que se otorgue una Ampliación de Plazo porque se viene afectando la ruta crítica del Proyecto y que en los próximos días, con posterioridad a las respuestas de la Entidad, procedería a la adquisición del equipo ascensor porque recién se le ha pagado las Valorizaciones cuando se ha reiniciado la obra.

El Supervisor de la obra remitió a la Dirección Ejecutiva de la Entidad la ya citada carta 051-2016 del 20 de setiembre del 2016 (Anexo de Prueba 1-U de la demanda) para remitirle el Informe 034-2016 del Supervisor Jefe, su fecha 20 de setiembre del 2016 sobre la implementación de la absolución de la Consulta 05.

El Supervisor en su análisis, indica que la Consulta ha sido aclarada y aceptada por el Contratista toda vez que se ha aprobado su propia propuesta; que la absolución de la consulta genera un Adicional y Deductivo vinculante y que el precio unitario del equipo es de S/ 77,415.24 y que, incluyendo gastos generales, utilidades e IGV, sube a S/ 88,253.39, con un equivalente a US\$ 30,000.00 por ser equipo importado; y que el plazo de entrega e instalación de este equipo es de siete (7) meses sujeto a verificación.



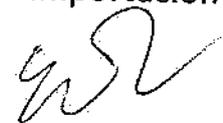
Concluye en que el Contratista está dilatando el plazo de la ejecución de la obra pues considera que la absolución de la consulta y sus aclaraciones han sido precisas.

Pide a la Entidad que conmine al Contratista a cumplir con ejecutar la partida 05.02.10.01.02, habiéndose levantado la paralización de la obra el 15 de setiembre del 2016 pero que el desembolso para el pago de las valorizaciones pendientes se realizó el 2 de setiembre del 2016.

Como ya se ha dicho, según el Acta de Paralización de la Obra, vigente desde el 11 de junio del 2016, los efectos de ésta no alcanzaban a las consultas ya absueltas y en vía de implementación. Entonces el periodo durante el cual no se pudo adquirir el ascensor en lugar del elevador con plataforma, abarca desde el 29 de marzo hasta el 2 de setiembre del 2016 y a partir de esta última fecha ya era posible esa adquisición.

Hay que hacer una precisión y es que, como aparece en diferentes partes de los autos, el Contratista sostiene que la culminación de la obra ocurrió el 30 de julio del 2016, mientras que la Entidad sostiene que ese hecho se produjo el 9 de agosto de ese año.

Como sea que fuese, y eso se examinará más adelante, es evidente que el plazo del Contratista para culminar la obra, estaba prorrogado y vigente por lo menos hasta el 30 de julio del 2017 por efectos de ampliaciones de plazo solicitadas por el Contratista y otorgadas por la Entidad; por lo que resulta obvio que los siete (7) meses de prórroga comienzan a partir del 2 de setiembre del 2016 y que el Contratista ya podía iniciar el proceso de adquisición del ascensor mediante su importación e instalación.



Por consiguiente, el Contratista, en principio tendría derecho a una ampliación de plazo que abarque desde el inicio de la adquisición, transporte e instalación del ascensor que como ya se ha dicho, empezó el 2 de setiembre del 2016 y terminaría en la fecha en que el Contratista informase que el ascensor ya había ingresado a la obra lo que, según se lee en el asiento 644, del Cuaderno de Obra, su fecha 3 de junio del 2017, ocurrió en esta fecha, o sea dentro del periodo vigente de ejecución del contrato que vencía el 30 de julio de ese año.

Así pues el tiempo de la ejecución de la partida del Ascensor está subsumido dentro de las prórrogas que han determinado la vigencia del contrato hasta el 30 de julio del 2017.

En consecuencia no es procedente la Ampliación de Plazo N° 06 y, siendo así, la Resolución Administrativa N° 073-OA-DIREC-SAJL de 17 de noviembre del 2016 es válida, con lo que quedan resueltas como infundadas las pretensiones Primera, Segunda, Cuarta y Quinta del demandante referidas a los puntos controvertidos, primero, segundo, cuarto y quinto del Acta del 13 de octubre del 2017 en la que se fijaron los Puntos Controvertidos.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO

“Determinar si corresponde o no declarar que la fecha 9 de junio no se puede tomar como fecha de inicio del cómputo de 7 meses que aproximadamente se necesitaban para instalar el ascensor y ponerlo en obra, pues la Entidad no cumplió en absolver la consulta planteada y con el pretexto de absolverlas, la consulta procedió a cambiar las Especificaciones Técnicas”.

A) POSICIONES DE LAS PARTES



Los argumentos de cada una de las partes han sido expuestos como parte del análisis dedicado a los puntos controvertidos primero, segundo, cuarto y quinto.

B) ANALISIS Y DECISIONES DEL ÁRBITRO

El análisis de este Tercer Punto Controvertido y los hechos que le dieron origen están contenidos en el análisis efectuado sobre el Primer, Segundo y Cuarto Puntos Controvertidos.

De ese análisis se concluye en que, si bien es cierto que la absolución de la Consulta del Contratista sobre el ascensor se produjo válidamente el 8 de junio del 2016, el Contratista no podía implementarla a partir de esa fecha porque la Entidad le adeudaba tres Valorizaciones de obra por un monto importante y esa situación está regida por el artículo 1426 del Código Civil. Como la Entidad le abonó al Contratista las Valorizaciones impagas recién el 1° de setiembre del 2016, el Contratista debió empezar sus gestiones para adquirir el ascensor a partir del día 2 de setiembre del 2016. Esta es la fecha de inicio del plazo de siete (7) meses para que el ascensor fuese adquirido, transportado e instalado en la obra. Por tanto se declara fundada en parte esta Tercera Pretensión del Contrato

SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO

Como ya se ha explicado, no hay pretensión octava ni punto controvertido N° 8. El último punto controvertido es el Séptimo.

Como resultado de la solicitud del demandante para que se acumule al proceso un Séptimo Punto Controvertido, el árbitro único decidió aceptarla. Así, el Séptimo Punto Controvertido tiene el siguiente contenido:



“Determinar si se debe declarar fundada o no la imposición al contratista de diez (10) días de penalidad por atraso en el cumplimiento de sus prestaciones entre el 31 de julio al 9 de agosto del 2017”.

A) POSICIÓN DEL DEMANDANTE

1. Señala que el Residente de la Obra anotó en el Cuaderno de Obra, asiento N° 736 de fecha 30 de julio del 2017, que se había culminado la obra dentro del plazo contractual; y que solo tomó conocimiento de las observaciones de la Entidad a dicha anotación el 31 de agosto del 2017, después de un (1) mes y un (1) día en el sentido de que la obra se había culminado el 9 de agosto de ese año, con un atraso de diez (10) días lo que generaba la penalidad correspondiente.

2. Manifiesta que la Entidad no cumplió con la formalidad de comunicar sus observaciones en el Cuaderno de Obra, una vez que el Residente declaró terminada la obra, o que en todo caso debió haber remitido una carta o un informe por medio del Supervisor.

Dice que esto no ha ocurrido porque el Jefe de la Supervisión estuvo ausente de la obra durante el periodo del 31 de julio al 17 de agosto del 2017 y recién la visitó el 17 de ese mes, fecha en la que hizo una anotación en el Cuaderno de la Obra en el asiento N° 739.

3. Niega la versión del Supervisor de que el Cuaderno de Obra no estuvo a su disposición. Se basa el Contratista en que la Supervisión solicitó el Cuaderno de obra el 15 de agosto del 2017 mediante carta N° 240-2017, a las 6.05pm.



4. Precisa que si la Entidad aduce que la obra terminó el 9 de agosto del 2017 y no el 30 de julio, entonces debió hacer las anotaciones negativas correspondientes en el Cuaderno, después de esta última fecha pues el Supervisor señaló su conformidad en el mismo día 30 de julio mencionado.
5. Agrega que no negó al Supervisor acceso al Cuaderno de Obra y siempre estuvo a disposición de éste porque, si este hecho no fuese cierto, la Entidad le habría aplicado el art. 194 del Reglamento y le hubiese impuesto la penalidad que procede cuando el Contratista no permite el acceso al Cuaderno de obras al Inspector o Supervisor, impidiéndole anotar las ocurrencias de obra, será causal de una multa de cinco por mil del monto de la valorización por cada día de dicho impedimento. Concluye en que la imposición de la multa adolece de nulidad.

B) POSICIÓN DE LA DEMANDADA

1. Sostiene que la carta N° 231-2017 (Anexo de Prueba N° 10 del escrito de acumulación) dirigida por ella al Contratista imponiéndole una penalidad por diez (10) días de atraso, no constituye un acto administrativo ni un acto jurídico sino la materialización de una obligación derivada del contrato celebrado entre las partes o sea la obligación de imponer la penalidad por retraso injustificado.
2. Dice que es jurídicamente imposible alegar la existencia de nulidad de algún acto emitido por la Entidad en la medida que las causales de nulidad solo pueden recaer sobre actos administrativos y actos jurídicos pero la carta N° 231-2017 no es un acto administrativo ni tampoco jurídico conforme a lo establecido por la Ley 27444 y el Código Civil.



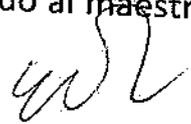
3. Manifiesta que, en caso que el árbitro decida subrogarse en la defensa del contratista y modificar y/o alterar las pretensiones de éste, tales como una ineficacia u otra figura a efecto de evaluar la penalidad impuesta, se generaría una actuación totalmente parcializada.
4. Señala que el incumplimiento de un contrato puede determinar la aplicación de penalidades al contratista y/o la resolución del contrato como está previsto en el Reglamento, la que en este caso es por mora en la ejecución de la prestación, citando para el efecto lo establecido en el Contrato, la normativa de las Contrataciones del Estado y determinadas opiniones del OSCE.
5. Dice que, en la medida que el Contratista afirma que, la penalidad es injustificada y arbitraria, le corresponde la carga de la prueba y que acredite haber solicitado una Ampliación de Plazo en forma oportuna, sustentada debidamente, dirigida correctamente a la Entidad y válidamente notificada. Por último, afirma que la multa aplicada es legal.

C) ANALISIS Y DECISIÓN DEL ÁRBITRO

i) Sobre los Hechos y Actos Jurídicos

Sin entrar al fondo del asunto por el momento, es necesario abordar lo manifestado por la Entidad en el sentido de que la imposición de una multa al Contratista, por mora en la ejecución de la prestación, no es un acto administrativo ni jurídico por lo que no puede ser susceptible de ser atacado de nulidad y el árbitro está impedido de pronunciarse al respecto.

Esta afirmación es incorrecta porque tanto en el derecho administrativo como en el derecho civil se producen hechos y actos jurídicos como se puede percibir siguiendo al maestro José



León Barandiarán en sus "Comentarios al Derecho Civil Peruano"
Tomo I-Acto Jurídico – Ediar Editores. Páginas 1 a 21.

"Cuando los hechos se aprecian en relación a un sistema de normas determinadas que forman el derecho, el hecho es subsumido dentro de la categoría de lo jurídico".

"Hay hechos a los que necesariamente se reconocen en todo caso que sean jurídicos: el nacimiento, la muerte de una persona, la creación de una especie usando la materia bruta, un contrato, el matrimonio, el testamento, un delito o cuasi delito".

"Otros hechos bajo ciertas circunstancias especiales pueden asumir tal calificación: una helada, una inundación, el cambio del cauce de un río..."

"... El hecho jurídico es tal en cuanto es determinante en el campo del derecho acarreado algunas consecuencias jurídicas".

"A esta virtud, puede expresarse la noción de hecho jurídico diciendo que es aquel hecho capaz de generar algún efecto de derecho, haciéndole nacer, transmitir, conservar, asegurar, modificar o extinguir..."

"Dentro de los actos lícitos cabe hacer una discriminación: hay que distinguir dos sub-clases. La primera sub-clase comprende una serie de hechos voluntarios y lícitos que forjan una serie de soluciones jurídicas sin que exista declaración de voluntad.

"Mientras que en la segunda sub-clase el elemento característico es la declaración de voluntad. Esta distinción es difícil de precisar y es, empero, fundamental para destacar: el acto es ante el hecho jurídico como la especie frente al género..."



“En cambio en los casos de la clase que comprenden al acto jurídico el efecto si es querido por el agente, el autor del hecho quiere éste desde que lo practica, se trata de un hecho voluntario y, por lo tanto se quiere el respectivo efecto sobreviniente”

“O sea, como explica Capitant “Todos los acontecimientos que tienen por efecto hacer nacer derechos, transmitirlos de una persona a otra, acarrear su existencia son hechos jurídicos. Pero los actos jurídicos son los voluntariamente realizados por el hombre con la intención de engendrar, de modificar o de extinguir derechos”

Luego, en la página 19, León Barandiarán hace una clasificación del acto jurídico, en la forma siguiente:

- “1) Declaraciones de voluntad concernientes a relaciones jurídicas de carácter no obligacional;*
- 2) Contratos o sea declaraciones de voluntad bilaterales tendientes concretamente a crear relaciones obligacionales.*
- 3) La llamadas declaraciones de voluntad unilateral que como se sabe tienen por objeto constituir obligaciones contra el declarante por su sola declaración es decir teniendo un carácter unilateral; y*
- 4) Otras declaraciones de voluntad que no crean obligaciones sino solamente las extinguen o las aseguran”.*

El mismo maestro León Barandiarán en su libro Manual del Acto Jurídico, Editorial San Marcos páginas 14 y 15, añade estos conceptos sobre la Clasificación del Acto Jurídico.

- a) “Unilateral y bilateral*
- b) Patrimonial y extra patrimonial*
- c) Oneroso y gratuito (sub división del patrimonial*



- d) *Inter-vivos y mortis causa (subdivisión de los patrimoniales)*
- e) *De disposición y de obligación (sub división de los patrimoniales)*
- f) *De administración y de disposición (sub división de los patrimoniales)*
- g) *Abstractos y causados (sub división de los patrimoniales)*
- h) *Solemnes y no solemnes.*
- i) *Principales y accesorios.*
- j) *De ejecución instantánea o sucesiva.*
- k) *Nominados e innominados.*
- l) *Simple y compuestos.*

Los requisitos del acto jurídico son el agente capaz, objeto lícito y forma prescrita o no prohibida por la ley.

El acto jurídico para ser tal requiere de una manifestación de voluntad.

La declaración de voluntad puede consistir en una comunicación de tal voluntad o en la ejecución de un hecho material.

La manifestación de la voluntad puede ser expresa o tácita. También puede resultar presumida por la ley. Así pues, hay cuatro formas de declaración de voluntad contempladas en la ley.

- a) *Manifestación expresa de la voluntad.*
- b) *Manifestación tácita.*
- c) *Ejecución de un hecho.*
- d) *Manifestación presumida".*

De lo expuesto, no cabe ningún género de duda de que los contratos y sus prestaciones, como el que contiene la relación jurídica entre la Entidad y el Contratista, generan obligaciones y

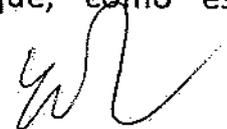
derechos recíprocos y sinalagmáticas y son, por lo tanto, susceptibles de ser correctos o de contener defectos o vicios.

Tales son las razones por las que existen los arts. 35 del D. Leg. 1017 y los artículos 137 a 154 de su Reglamento que norman la formación y ejecución del contrato; así como los artículos 52 y 56 del mismo Decreto Legislativo que regulan, respectivamente, la forma de resolver discrepancias entre las partes contratantes y los actos de los procesos de contratación que pueden adolecer de nulidad.

La mismas situaciones jurídicas se dan en el campo del Derecho Civil donde los artículos 140 y 141 definen los requisitos de validez de los actos jurídicos, 168 a 170 (interpretación del acto jurídico) 171 a 189 (modalidad del acto jurídico), 201 a 207 (vicios de la voluntad), 219 a 229 (nulidad y anulidad del acto jurídico).

El artículo 52.3 del D. Leg. 1017 mencionaba que los arbitrajes serán de derecho y resueltos por arbitro único o tribunal arbitral mediante la aplicación de la Constitución Política del país, de la presente ley y su reglamento, así como las normas de derecho público y las de derecho privado, manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho, siendo esta disposición de orden público cuyo incumplimiento acarrea la nulidad del laudo.

El árbitro único hace esta larga digresión en atención a la afirmación de la Entidad que le advierte, en su escrito presentado el 29 de diciembre del 2017, que incurrirá en parcialidad absoluta si pretende pronunciarse sobre la pretensión de nulidad del acto por el cual la Entidad le impuso una penalidad al Contratista; afirmación que, como está demostrado, carece de sustento.



SOBRE LA PENALIDAD

A) Los argumentos de las partes ya se han descrito en los párrafos anteriores.

B) ANALISIS Y DECISION DEL ARBITRO

Ambas partes están de acuerdo en que la fecha prevista para la culminación de la obra era el 30 de julio del 2017.

Así, el Contratista dice haber terminado los trabajos el 30 de julio del 2017, como lo acreditaría con lo expresado por él en el asiento 736, y por el Supervisor de la Entidad en el asiento 737 del Cuaderno de Obra.

Sin embargo, La Entidad dice que la obra realmente se culminó el 9 de agosto del 2017 como se probaría con los informes emanados del Coordinador y del Supervisor designados por la Entidad para controlar la ejecución del contrato.

Agrega la Entidad que, en base a dichos Informes, remitió al Contratista su carta 013-DEA-N°190-2017-OCH-DIRIS-LC del 17 de agosto del 2017 con la que le precisa que se ha verificado que la culminación de la obra se ejecutó el 9 de agosto del 2017 y que lo que corresponde es proceder a la recepción de la misma.

Ambas partes han adjuntado otros medios probatorios entre los que se incluyen videos que habrían sido grabados entre el 30 de julio y de 9 de agosto del 2017.

No obstante lo señalado líneas arriba, hay que investigar y comprobar si la normatividad de las Contrataciones del Estado ha sido o no cumplida a cabalidad por el Supervisor, el Coordinador de la Obra y el Contratista.



Tenemos así que analizar los asientos 736 y 737 del Cuaderno de Obra, cuyos textos son los siguientes:

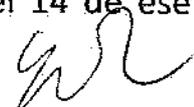
“asiento N°736 de la Residencia de obra 30.07.17”

- 1. Se han culminado todas las partidas adicionales de las obras N° 08 y 09.*
- 2. Así mismo se han culminado de manera general todas las partidas contractuales e incluso más que ellas (SIS. Suma alzada); el mismo que se terminó con la limpieza y el encerado de todos los ambientes y pasadizos.*
- 3. En cumplimiento por lo determinado en el art. 210 del R.L.C.E., se comunica la culminación de la obra solicitando a la supervisión la respectiva recepción de la obra.*
- 4. El día de mañana se presentará la última Valorización N° 15 y adicionales 08 y 09. (Firmado Arq. Benigno Nino Soto Casillo, Residente de Obra.)”*

“Asiento N° 737 del Supervisor del 30.07.17”

“Conforme a lo anotado por el residente de obra y solicitud de recepción de la obra en relación a la culminación de la obra y solicitud de recepción de la misma, cumpliendo lo establecido en el art. 210 del RLCE el supervisor espera informar a la Entidad tal hecho en un plazo no mayor de cinco (5) días. Conforme a la verificación por el supervisor y su equipo de profesionales informará a la Entidad la culminación y recomendar a la Entidad que proceda a designar el Comité de Recepción “dentro de los plazos establecidos en el Reglamento”.

Después de este asiento no hay ningún otro del Supervisor en el Cuaderno hasta el que lleva el número 739 del 17 de agosto del 2017 en el cual dicho profesional indica que el 14 de ese mes



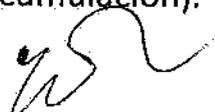
remitió a la Entidad su carta N° 231-2017 comunicando que la culminación de la obra se efectuó el 9 de agosto del 2017 y solicita la recepción de la obra, carta que está adjunta al escrito presentado al Árbitro el 1 de febrero del 2018.

Dice, a continuación, que con su carta N° 240-2017 se ha dirigido al Contratista exigiendo el acceso al Cuaderno de Obra en vista de que éste no se ha encontrado en ella.

Figura también, en el escrito de acumulación de pretensiones presentado al árbitro el 30 de octubre del 2017 por el Contratista, la carta N° 013-DEA-N°190-2017-OCH-DIRIS-LC del Director Ejecutivo de la Dirección Administrativa de la Entidad fechada el 15 de agosto del 2017 recibida por el Contratista el día 17 de ese mismo mes y año (Anexo de prueba No. 8 del escrito de acumulación).

Con esta carta se le comunica al Contratista que, según la información del Supervisor de la obra, Alexander Primitivo Huertas Jara, se ha verificado que la obra se ha culminado el 9 de agosto del 2017 y recomienda la recepción de la misma; y que, de acuerdo con el artículo 165 del RLCE, hay un retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones pidiéndole que se prepare la obra para la recepción correspondiente, y que por los diez (10) días de retraso, se aplicará el artículo 165 del RLCE, esto es se le impondrá una penalidad.

Por lo expuesto se debe poner la máxima atención en el asiento N° 737 anotado y suscrito por el Supervisor de la obra quien, en cumplimiento del artículo 210 del Reglamento del D. Leg. 1017, dice que verificará lo manifestado por el Contratista sobre la culminación de la obra; y promete que, en cumplimiento del artículo 210 del RLCE, informará a la Entidad en el plazo de cinco (5) días (Anexo de Prueba No. 2 del escrito de acumulación).

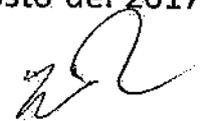


De acuerdo con lo prescrito en el artículo 151 del Reglamento los plazos de la ejecución contractual se computan en días calendario, excepto en los casos en que el Reglamento indique lo contrario; y agrega que dicho cómputo se calcula desde el día siguiente de la suscripción del contrato o desde el día siguiente de cumplirse las condiciones establecidas en las Bases; aplicándose supletoriamente los arts. 183 y 184 del Código Civil.

El artículo 210 de este Reglamento menciona un plazo simple de cinco (5) días, por lo que se computa en días calendario desde la fecha en que el Residente anote en el Cuaderno de Obra la culminación de ésta por lo que, siendo tal anotación del 30 de julio del 2017, el Supervisor conforme a lo que él mismo ofreció y en obediencia al mencionado artículo 210, debió informar a la Entidad si había habido culminación o no de la obra a más tardar el día 4 de agosto del 2017. Este plazo legal de cinco días es crucial.

Pero el Supervisor no dio formalmente el debido cumplimiento al artículo 210 citado pues su Informe a la Entidad - que lleva el N° 106-2017/SUP/JPBD/APHJ/PIEDRA LIZA, indicando que la culminación no se efectuó el 30 de julio, sino el 9 de agosto del 2017 - está contenido en su carta N° 231-2017 fechada el 17 de agosto del 2017 excediendo largamente los cinco (5) días prescritos por el artículo 210.

El Supervisor no puede justificar la infracción cometida invocando algunos hechos como son: el no haber tenido acceso al Cuaderno de obra para objetar el contenido del asiento 736 del mismo como asegura en el asiento 739 del 17 de agosto del 2017 o en su carta N° 231-2017 dirigida a la Entidad manifestando que la obra se terminó el 9 de agosto del 2017; o

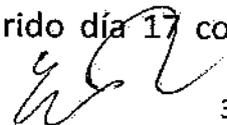


remitiendo fotos que demostrarían que en los primeros días de agosto de ese año los trabajos de la obra no habían acabado.

Sobre estos aspectos es preciso señalar que el Supervisor no escribió nada en el Cuaderno de Obra después del 30 de julio cuando tenía la obligación de hacerlo no más allá del 4 de agosto del 2017 como lo manda el art. 210 del Reglamento, siendo dicho Cuaderno de uso esencial para registrar los hechos relevantes de la obra como lo prescriben los arts. 193, 194 y 195 del Reglamento.

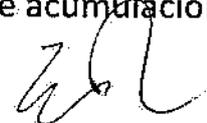
Existen estos documentos sobre los hechos expuestos:

- La Supervisión de la Obra con su carta N° 231-2017/APHJ/CHO/RED DE SALUD/SJL del 14 de agosto del 2017 se dirige a la Dirección Ejecutiva de la Entidad, hace suyo el Informe N° 106-2017 y señala que la obra se ha culminado el 9 de agosto del 2017, habiendo diez (10) días de mora por lo que se le impone al Contratista la respectiva penalidad (Anexo de Prueba N° 10 del escrito de acumulación).
- Por carta N° 240-2017 del 15 de agosto del 2017 el Supervisor se dirigió al Contratista solicitándole que, en cumplimiento del artículo 194 del Reglamento, proceda a entregar el Cuaderno de Obra (Anexo de Prueba N° 4 del escrito de acumulación).
- También anotó en el asiento N° 739 del Cuaderno de Obra, el 17 de agosto del 2017, que exigía tener acceso a dicho Cuaderno porque no lo ha encontrado en la misma; lo que fue replicado por el Residente en el asiento N° 740 del 21 de agosto de ese año en el sentido de que ese Cuaderno había sido entregado a la Entidad el referido día 17 con



carta N° 327-2017 porque ésta lo había solicitado para los efectos relacionados con la culminación de la obra.

- En efecto, según aparece en la carta N° 240-2017 del Supervisor dirigida el 15 de agosto del 2017 al Contratista, se le pide a éste, en aplicación del artículo 194 del Reglamento, que en un plazo de 24 horas le alcance el Cuaderno de Obra para realizar sus anotaciones, notificándole que en caso contrario se le aplicará la multa prevista en dicho dispositivo.
- El 17 de agosto del 2017 la Entidad recibió de parte del Contratista la carta N° 326-2017 entregándole el Cuaderno de Obra, citando, entre otros hechos, el último párrafo del artículo 194 del Reglamento que prescribe lo siguiente: ***“Concluida la ejecución de la obra el original quedará en poder de la Entidad”***. (Anexo de Prueba N° 5 del escrito de acumulación). Luego, el mismo día 17, el Supervisor recibe del Contratista la carta N° 327-2017 por la que le informa que ha entregado a la Entidad en seis tomos el original de Cuaderno de Obra y puntualiza que éste siempre ha estado en la obra bajo custodia del Residente (Anexo de Prueba N° 7 del escrito de acumulación).
- La Entidad con su carta N° 014-DEA del 18 de agosto del 2017 devolvió al Contratista los seis (6) tomos del Cuaderno de Obras (Anexo de Prueba N° 13 del escrito de acumulación).
- El 25 de agosto del 2017 con carta No. 016-DEA la Entidad informó al Contratista el programa para la recepción de la obra (Anexo de Prueba N° 15 del escrito de acumulación).



210 del Reglamento incurriendo en la nulidad prevista en el artículo 56 del D. Leg. 1017.

III PARTE RESOLUTIVA

Por los fundamentos expuestos el árbitro resuelve esta controversia en la forma siguiente:

PRIMERO.- Declara Infundadas las pretensiones del Contratista contenidas en los puntos controvertidos Primero, Segundo, Cuarto y Quinto y, en consecuencia, declara válida la Resolución Administrativa N° 073-0A DIREN-SA SJL 2016 del 18 de noviembre del 2016 que desestimó por improcedente la Ampliación Parcial de Plazo N° 06.

SEGUNDO.- Declara fundadas las pretensiones Tercera y Séptima del Contratista y, en consecuencia, se establece que la culminación de la obra se realizó el 30 de julio del 2016; y que asimismo, carece de validez por nulidad el acto administrativo contenido en la Carta N° 231-2017/APHJ-CHO RED DE SALUD/SJL mediante la cual se le impone al Contratista una penalidad por un retraso de diez (10) días en la culminación de la obra.

TERCERO.- En cuanto a las costas y costos del proceso, se dispone que cada una de las partes asuma los gastos que el proceso les haya irrogado; debiendo la Entidad reembolsar al Contratista la suma de S/ 5,664.13 (Cinco Mil Seiscientos Sesenta y Cuatro con 13/100 Soles) en virtud de que ésta se subrogó en los honorarios arbitrales y secretariales que le correspondían a su contraparte.



EMILIO CASSINA RIVAS
Arbitro Único