

Lima, 21 de junio de 2019

Señores
HOSPITAL ARZOBISPO LOAYZA
Av. Arequipa N° 810,
Cercado de Lima, -



A/A: Procuraduría Pública del Ministerio de Salud

Ref.: Caso Arbitral N° 0016-2019-CCL

De mi consideración:

En relación con el caso arbitral de la referencia, cumplo con notificarles el laudo emitido por el Árbitro Único el 20 de junio de 2019 y depositado en el Centro en la misma fecha.

Sin otro particular, quedo de ustedes.

Atentamente,



ALEX PINEDO-MINDREAU PASTOR
Secretario Arbitral

**CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA
CENTRO DE ARBITRAJE**

EXP. 0016-2019-CCL

ROCHEM BIOCARE DEL PERÚ S.A.C.

c.

HOSPITAL NACIONAL ARZOBISPO LOAYZA

LAUDO

ÁRBITRO ÚNICO

CÉSAR AUGUSTO OCHOA CARDICH

SECRETARIO ARBITRAL
ALEX PINEDO-MINDREAU PASTOR

ORDEN PROCESAL N° 6

Lima, 20 de junio de 2019

VISTOS:

I. ANTECEDENTES DE LA CONTROVERSIA

1. Como resultado de la Licitación Pública No 007-2017-HNAL el 19 de diciembre de 2017, el Comité de Selección adjudicó a **ROCHEM BIOCARE DEL PERÚ S.A.C. –en adelante ROCHEM-** la Buena Pro de la Licitación Pública N° 007-2017-HNAL (Primera Convocatoria) para la Adquisición de Reactivo para Banco de Sangre por Paquete para Un Año (Tamizaje Automatizado e Inmunoematología).
2. Con fecha 4 de enero de 2018 ROCHEM y el Hospital Nacional Arzobispo Loayza –en adelante **EL HOSPITAL-** suscribieron el Contrato No. 002-2018-HNAL –en adelante el Contrato- cuyo objeto según la segunda cláusula, era la Adquisición de Reactivo para Banco de Sangre por Paquete por el periodo de un Año (Tamizaje Automatizado e Inmunoematología), por el monto ascendente a S/ 1 380 000 (Un millón trescientos ochenta mil con 00/100 soles) que incluye todos los impuestos de ley según se precisa en la tercera cláusula.
3. Conforme a lo estipulado en la cuarta cláusula, EL HOSPITAL debía efectuar el pago de la contraprestación en forma periódica y en consecuencia, se debía pagar por cada entrega.
4. En efecto, en el Contrato, se estableció un cronograma de entregas periódico, dividido en doce meses, ya que por requerimiento de EL HOSPITAL las entregas se harían en forma mensual durante dicho lapso, según el cronograma de entregas inserto en la quinta cláusula. Teniendo en cuenta la importancia de la puntualidad en la entrega, se estipuló en la Cláusula Duodécima, que el retraso injustificado de contratista en la

ejecución de las prestaciones objeto del contrato será sancionado con la aplicación automática de una penalidad por mora por parte del Estado sobre cada día de atraso. Así, la fórmula para el cálculo de la penalidad contemplada en el Contrato fue la siguiente:

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{Monto}}{F \times \text{Plazo en días}}$$

Donde:

F = 0.25 para plazos mayores a sesenta (60) días o;

F= 0.40 para plazos menores o iguales a sesenta (60) días.

5. En la misma cláusula se precisó que tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que éstos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia del retraso. Se precisa igualmente que la penalidad puede alcanzar un monto máximo equivalente al 10% del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

II. EL CONVENIO ARBITRAL Y EL PROCEDIMIENTO APLICABLE

EL CONVENIO ARBITRAL Y LA COMPETENCIA DEL TRIBUNAL

6. En la cláusula décimo séptima del Contrato referida a la solución de controversias, las partes estipularon lo siguiente:

“Las controversias que surjan entre las partes durante la ejecución se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes.

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122, 137, 140, 143, 146, 147 y 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el numeral 45.2 del artículo

de la Ley de Contrataciones del Estado. El arbitraje será institucional y resuelto por árbitro único.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene 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 numeral 45.9 del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado”.

7. Con fecha 7 de enero de 2019 ROCHEM formuló su petición de arbitraje que fue subsanada con fecha 16 de enero de 2019 y notificada a EL HOSPITAL ese mismo día.
8. Surgidas las controversias entre las partes, el Consejo Superior de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima designó como Árbitro Único al abogado César Ochoa Cardich, especialista en derecho público y miembro de la nómina de árbitros del Centro e inscrito en el Registro Nacional de Árbitros del Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado (OSCE), quien aceptó la designación con fecha 18 de marzo de 2019.
9. El presente arbitraje se rige por las “Reglas de Arbitraje Acelerado”, previstas en el Apéndice II del Reglamento de Arbitraje 2017, actualmente vigente, en adelante el Reglamento.
10. De conformidad con el artículo 3 del Apéndice II y del artículo 23.2 del Reglamento, mediante Orden Procesal N° 1, el Árbitro Único dictó las reglas para la presentación de las posiciones de las partes y las pruebas.

11. Conforme a la fecha de convocatoria del proceso de selección del que deriva el Contrato, son de aplicación al presente arbitraje lo dispuesto por la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado y sus normas modificatorias (en adelante, LCE) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF y sus modificatorias (en adelante, RLCE). Asimismo, serán aplicables de manera supletoria las disposiciones de derecho público y las de derecho privado, conforme al artículo 45.3 de la LCE. Igualmente, será de aplicación el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje (en adelante Ley de Arbitraje).

III. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

12. El Árbitro Único manifiesta que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos que fundamentan el presente laudo.

13. Con relación a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Árbitro Único deja expresa constancia que en el presente arbitraje se ha actuado conforme con lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 43 de la Ley de Arbitraje, en el que se prevé que:

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

IV. CUESTIONES CONTROVERTIDAS MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO POR EL ÁRBITRO ÚNICO

14. Mediante la Orden Procesal N° 2, de fecha 29 de abril de 2019, se resolvió fijar las cuestiones que serán materia de pronunciamiento por el Árbitro Único en el presente laudo:

*“Con relación a la Primera Pretensión Principal de la Demanda
Determinar si corresponde que el Árbitro Único ordene al demandado devuelva al demandante la suma de S/ 116 090. 00 (ciento diez y seis mil noventa y 00/100 soles) que corresponde a las penalidades cobradas en exceso a ROCHEM por retrasos en la primera entrega, por no sujetarse al procedimiento de cálculo establecido en la Cláusula Duodécima del Contrato N° 002-2018-HNAL de fecha 04 de enero de 2018 celebrado entre las partes del presente arbitraje.*

Con respecto a la Pretensión Accesorio a la Primera Principal de la Demanda

Determinar si corresponde que el Árbitro Único ordene al demandado el pago de los intereses devengados así como los costos y los gastos arbitrales del presente proceso que se liquidarán al final del proceso”.

V. LA DEMANDA ARBITRAL

15. **ROCHEM** presentó su demanda mediante escrito de fecha 15 de abril de 2019, dentro del plazo de cinco días hábiles conforme a lo dispuesto en el punto resolutivo cuarto de la Orden Procesal N° 1.

FUNDAMENTACIÓN DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL

16. **ROCHEM** sostiene que el Contrato expresamente contempla una limitación para el cálculo y cobro de la penalidad que está dado por el 10% calculado sobre del monto del contrato (cuando se trata de una sola entrega) o sobre el ítem que debía ejecutarse (cuando se trata de obligaciones de ejecución periódica).

17. **ROCHEM** precisa que lo pactado en esta cláusula reproduce lo previsto en el artículo 132 de la LCE, que regula la aplicación de penalidades:

“Artículo 132.- Penalidades

*El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las mismas que deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria. La Entidad debe prever en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades. **Estos dos tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.** (...)Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta, de las valorizaciones, del pago final o en la liquidación final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento” (subrayado y negrita agregada).*

18. **ROCHEM** enfatiza sobre el tope de la penalidad que tanto la norma como el Contrato son claros: tratándose de obligaciones de ejecución periódica, la penalidad se aplica sobre el monto del entregable y no sobre la totalidad del valor del contrato.
19. Manifiesta que en el presente caso, tanto en la primera como en la segunda entrega incurrió en involuntarios retrasos. Reconoce que en la primera entrega debió hacerse el 9 de enero de 2018 y la ejecutó el 30 de enero de 2018, es decir, hubo 21 días de retraso. En el caso de la segunda entrega reconoce que la debió efectuar el 5 de febrero del 2018 y la ejecutó el 13 de febrero de 2018, esto es con 8 días de retraso.
20. Como consecuencia de ello, el 23 de marzo de 2018, el Jefe de la Unidad de Adquisiciones de **EL HOSPITAL** emitió un informe mediante el cual la entidad aplicó por la primera entrega una penalidad ascendente a S/ 128

310 soles por concepto de 21 días de atraso. En el caso de la segunda entrega, el segundo informe que sustenta la aplicación de la penalidad señala que asciende al monto de S/ 9 690 soles por 8 días de retraso. Este segundo incluyó el saldo de la penalidad correspondiente a la primera entrega que no fue cubierto por la Factura Electrónica N° F001-437.

21. Manifiesta que **EL HOSPITAL** emitió las Notas de Débito N° 001-003302 y 001-003303, ambas de fecha de fecha 3 de abril de 2018, por los montos ascendentes a S/ 9 690 soles (por la segunda penalidad) y S/ 122,200 soles (por la primera penalidad y que alcanza al monto total del primer entregable).
22. Afirma que no es objeto de la demanda el cuestionar el derecho de **EL HOSPITAL** al cobro de penalidades. Enfatiza que el objeto su reclamación de la devolución de lo pagado en exceso- obedece al hecho que el cálculo de las penalidades las hizo **EL HOSPITAL** en forma errónea y por lo tanto, le asiste el derecho a que le devuelvan el exceso cobrado y pagado.
23. Señala que conforme a la Cláusula Duodécima ("Penalidades") del Contrato y a la aplicación de la fórmula para el cálculo de las penalidades, la penalidad diaria es de S/ 6 110 y como el retraso fue de 21 días, multiplicado por 21, arroja la suma de S/ 128 310 soles, que fue la penalidad aplicada.
24. Manifiesta **ROCHEM** que siguiendo el procedimiento previsto en la cláusula duodécima, vemos que inicialmente la fórmula recoge los datos correctos, los factores y en particular, el monto de la primera entrega que fue de S/122 200 soles que es la referencia para la aplicación del tope máximo del 10%. Empero, señala que **EL HOSPITAL** fija como monto de la penalidad la suma de S/ 128 310 soles, que inclusive excede el monto del entregable en lugar de haberla fijado en S/ 12 220 soles que en todo caso correspondía según el Contrato.

25. Sostiene **ROCHEM** que el monto de penalidad fijado por **EL HOSPITAL** a se basa en un error debido a que omitió aplicar el tope máximo del 10% sobre la prestación parcial que se estaba ejecutando ya que se trataba de un supuesto en que la obligación se cumple en ejecuciones periódicas. Enfatiza que se trataba de una entrega parcial conforme al cronograma inserto en el Contrato y la penalidad debía sujetarse al monto de esa primera entrega porque así lo establece tanto el Contrato como la LCE.
26. En ese orden de ideas, afirma que si el monto de la primera entrega parcial fue de S/ 122 200 soles, correspondía que la penalidad se aplicara considerando el diez por ciento (10%) sobre dicho importe ya que así lo contemplaba el Contrato. Así, sostiene **ROCHEM** que el monto de la penalidad, de acuerdo al procedimiento pactado en el Contrato, debió ser S/ 12 220 soles que es el diez por ciento (10%) del importe de la primera entrega y nos los S/ 128 310 soles descontados finalmente por **EL HOSPITAL**.
27. Manifiesta que **EL HOSPITAL** debió comparar los dos montos y si es que el cálculo según la fórmula excedía el tope del diez por ciento (10%) sobre el monto de la primera entrega periódica, debió aplicar el tope máximo pero no lo hizo de esa forma y ha cometido el error nos ha cobrado en exceso la suma de S/116 090 soles.
28. Asimismo, sostiene que similar situación se presentó en el cálculo de la penalidad diaria por la segunda entrega. En este caso el importe de la segunda entrega fue de S/ 110 400 soles, de modo que la penalidad por la demora en esta entrega no podía superar la suma de S/ 11 040 soles. De acuerdo a esta fórmula estipulada en el Contrato la penalidad diaria es de S/ 5 520 y como el retraso fue de 8 días, multiplicado por 8 arroja la suma de S/ 44 160 soles.
29. **ROCHEM** señala que de acuerdo al informe referido a la demora en la segunda entrega, la penalidad asciende a la suma de S/ 9 690 soles y será descontada de las facturas detalladas en dicho informe. Si bien la penalidad calculada por **EL HOSPITAL** fue inicialmente de S/ 44 160

soles, tal como se aprecia del Informe del Jefe de la Unidad de Adquisiciones, la limitó a S/ 9 690 soles porque era la diferencia para llegar al diez por ciento (10 %) del monto total adjudicado, lo que no era aplicable porque se trataba de un contrato cuyas obligaciones se cumplían en forma periódica y no correspondía referirlo al monto total del Contrato. Sostiene que no comprendemos dentro del monto a devolver este importe de S/ 9 690 pues es inferior al diez por ciento (10 %) del segundo entregable. En ese sentido, concluye que considerando el exceso en la primera entrega, **EL HOSPITAL** debe devolver la suma de S/ 116 090 soles.

30. **ROCHEM** manifiesta que en sus informes de sustentación, el Jefe de la Unidad de Adquisiciones de **EL HOSPITAL** incurrió en un gravísimo error en ambos casos, ya que en ninguno tuvo en cuenta que el Contrato estipulaba obligaciones se ejecutaban en forma periódica y que sin embargo procedió únicamente a realizar el cálculo de la penalidad sin considerar el tope máximo del diez por ciento (10%) sobre la prestación entregable materia de retraso. Empero, el limitar la segunda penalidad a S/9 690 le favoreció, de modo que no está comprendido en la devolución.
31. Así, **ROCHEM** enfatiza que los cálculos erróneos de las penalidades antes descritas, no solo contradicen lo estipulado en el Contrato respecto de establecer un tope máximo de diez por ciento (10%) para el cobro de penalidades por cada entregable, sino que también lo hace ante lo señalado por el 132 del RLCE.
32. Asimismo, **ROCHEM** señala que esta irregularidad fue objeto de oportuno reclamo. Así, sostiene que el 12 de junio de 2018 le envió a **EL HOSPITAL** una carta por conducto notarial indicando que las penalidades aplicadas no debieron exceder los topes máximos fijados legal y contractualmente e indicando que resultaba ilógico sostener que aún quedaba un saldo a favor del estado por dicho concepto, pues los montos ilegalmente retenidos por **EL HOSPITAL** excedieron el tope del diez por ciento (10%) establecido en la Cláusula Duodécima del Contrato y lo regulado por el artículo 132 del RLCE. En dicha comunicación, **ROCHEM**

manifiesta que requirió al **HOSPITAL** para que en un plazo máximo de 48 horas dejara sin efecto el cobro ilegal de penalidades, pero la entidad no dio respuesta a nuestro requerimiento.

33. **ROCHEM** afirma que el 22 de octubre de 2018, mediante carta por conducto notarial reiteró su requerimiento a **EL HOSPITAL** para que se dejara sin efecto el cobro ilegítimo de penalidades, sin obtener respuesta.
34. **ROCHEM** precisa que el presente arbitraje se ha iniciado dentro de los plazos previstos en la LCE.
35. **ROCHEM** invoca como fundamentación legal de su demanda: (i) el artículo 1361 del Código Civil; (ii) el artículo 132 del RLCE; (iii) el artículo 1219, inciso 1 del Código Civil.
36. **ROCHEM** ofrece como medios probatorios: (i) Contrato No. 002-2018-HNAL de fecha 4 de enero de 2018 celebrado con el Hospital Nacional Arzobispo Loayza; (ii) Informes del Jefe de la Unidad de Adquisiciones del Hospital Nacional Arzobispo Loayza de fechas 23 y 24 de marzo de 2018 por los que determina las penalidades en S/ 128 310 soles y S/ 9 690 soles; (iii) Notas de débito N° 001-003302 por S/ 9 690 soles y N° 001-003303 por S/ 122 200 soles emitidas por **EL HOSPITAL** para el cobro de las penalidades contra nuestras facturas; (iv) Carta Notarial de fecha 12 de junio de 2018 mediante la cual reclamó a **EL HOSPITAL** por la aplicación de penalidades calculadas en contravención a lo estipulado en el Contrato; (v) Carta Notarial de fecha 22 de octubre de 2018 por la que reiteramos el reclamo y exigimos se revierta dicha situación. Todos estos documentos forman parte de los anexos presentados con la petición de arbitraje por lo que no los adjuntamos nuevamente; (vi) Adenda No. 01 Contratación Adicional a EL CONTRATO, de fecha 26 de diciembre de 2018, celebrada con **EL HOSPITAL** para formalizar la ampliación aprobada por la Directora General de la entidad pública.

VI. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

37. **EL HOSPITAL**, representado el Procurador Público del Ministerio de Salud presenta el 25 de mayo de 2019 el escrito bajo el epígrafe titulado "*Contesta Demanda*", conforme a lo dispuesto en las Reglas del Proceso Arbitral Acelerado y en el plazo conferido mediante la Orden Procesal N° 1.
38. En el precitado escrito contesta la demanda y solicita que se declaren infundadas las pretensiones contenidas en la demanda.
39. Con relación a la Primera Pretensión de la demanda, sobre el incumplimiento de obligaciones de entrega por causas imputables a la contratista, **EL HOSPITAL** manifiesta que **ROCHEM** en la página 5 numeral 3.9. acepta la no entrega dentro del plazo establecido en **EL CONTRATO** debido a "un involuntario retraso". Así, **EL HOSPITAL** reconoce de forma explícita incumplimientos en la primera entrega (21 días de retraso); en la segunda entrega (8 días de retraso).
40. En consecuencia, concluye **EL HOSPITAL** que queda claro que existe un reconocimiento respecto del incumplimiento de obligaciones por parte de la contratista no habiendo aportado alguna condición eximente de responsabilidad.
41. **EL HOSPITAL** sobre el retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del Contrato, invoca el tercer párrafo del artículo 133 del RLCE: "Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso".
42. **EL HOSPITAL** sostiene que con la finalidad de aplicar la fórmula prevista en el artículo 133 del RLCE, se debe emplear tanto el "*monto*" como el "*plazo*" del contrato o del ítem, salvo en los contratos de "ejecución periódica", en los cuales dicho cálculo debe realizarse tomando en

consideración el plazo y el monto de las prestaciones parciales incumplidas.

43. Señala que según las Bases (numeral 3.7.1. página 11) en caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso, de conformidad con en el artículo 133 del RLCE. Así, la penalidad se deduce de los pagos a cuenta o del pago final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.
44. **EL HOSPITAL** invoca la Opinión N° 165-2018/DTN del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado -OSCE, sobre la aplicación de la fórmula contemplada en el artículo 133 del RLC, que precisa que la Entidad Pública Contratante debe emplear tanto el "*monto*" como el "*plazo*" del Contrato o del ítem que debe ejecutarse, salvo en los contratos de ejecución periódica, en los cuales dicho cálculo se debe realizar tomando en consideración el plazo y el monto de las prestaciones parciales materia del retraso.
45. **EL HOSPITAL** sostiene que de conformidad con el artículo 132 del RLCE, independientemente de si el contrato es de ejecución inmediata o de ejecución periódica, el monto máximo de la penalidad por mora es el diez por ciento (10%) del monto total del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Así, afirma que en los contratos de ejecución periódica, la sumatoria de los montos correspondientes a la aplicación de penalidades por el atraso en la ejecución de las prestaciones parciales no puede ser superior al diez por ciento (10%) del monto total del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.
46. En el caso concreto de la primera entrega con el Informe N° 311-ADQ-LOG-HNAL-2018, el Jefe de la Unidad de Adquisiciones realizó el análisis de su competencia por los 21 días de atraso no justificados calculando la penalidad por día en S/ 6 110. 00 y penalidad por 21 días de atraso en: S/ 128 310.00.

47. Afirma que en el caso concreto de la cuarta entrega con el Informe N° 312-ADQ-LOG-HNAL-2018, el Jefe de la Unidad de Adquisiciones realizó el análisis de su competencia por los 8 días de atraso no justificados, calculando la penalidad por día. Así, dicho cálculo se realizó tomando en cuenta el importe parcial según el cronograma mensual.
48. EL HOSPITAL señala que Jefe de la Unidad de Logística, mediante Informe Técnico N° 005-2019-OL-J-HNAL: (i) Efectuó la revisión del Informe N° 311-ADQ-HNAL-2018 y del Informe N° 312-ADQ-HNAL-2018; y manifestó que se aplicó correctamente la fórmula de penalidad por mora y (ii) Comprobó que la fórmula de aplicación de penalidad diaria fue considerando el monto parcial de prestación, correspondientes a la primera y segunda entrega.
49. Con relación a la pretensión accesoria a la Pretensión Principal sobre el pedido consistente en que se le impute al demandado el pago de costos y los gastos arbitrales que irroque el presente procedimiento, EL HOSPITAL sostiene que corresponde que el Árbitro Único distribuya y prorratee estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
50. En consecuencia, concluye **EL HOSPITAL** que habiéndose acreditado la falta de probanza de cada una de las pretensiones de la parte actora, le corresponde asumir a ella los costos y gastos que el presente arbitraje genere.
51. **EL HOSPITAL** invoca como fundamentos de derecho: (i) el artículo 76 de la Constitución Política del Perú; (ii) la LCE y el REGLAMENTO; (iii) el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.
52. **EL HOSPITAL** ofrece como medios probatorios los siguientes documentos: (i) Informe N° 311-ADQ-LOG-HNAL-2018, que acredita la emisión del cálculo de penalidad efectuados por el señor Jefe de la Unidad de Adquisiciones, el cual se efectuó conforme a Ley; (ii) Informe N° 312-ADQ-LOG-HNAL-2018, que acredita la emisión del cálculo de

penalidad efectuado por el Jefe de la Unidad de Adquisiciones, se realizó conforme a Ley; (iii) Informe Técnico N° 05-2019-OL-J-HNAL, que acredita la revisión y conformidad por parte del Jefe de la Oficina de Logística con relación al Informe N° 311-ADQ-LOG-HNAL-2018 y al Informe N° 312-ADQ-LOG-HNAL-2018, en la cual se comprueba que la fórmula de aplicación de penalidad diaria fue considerando el monto parcial de la prestación, correspondiendo a la tercera y cuarta entrega.

VII. CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO

53. Mediante la Orden Procesal N° 2, de fecha 29 de abril de 2019, el Árbitro Único fijó las siguientes cuestiones materia de pronunciamiento en el laudo arbitral:

- Determinar si corresponde ordenar al demandado devuelva al demandante la suma de S/ 116 090.00 (ciento diez y seis mil noventa y 00/100 soles) que corresponde a las penalidades cobradas en exceso a ROCHEM por retrasos en la primera entrega, por no sujetarse al procedimiento de cálculo establecido en la Cláusula Duodécima del Contrato N° 002-2018-HNAL, de fecha 4 de enero de 2018, celebrado entre las partes del presente arbitraje.
- Determinar si corresponde que se ordene al demandado el pago de los intereses devengados así como los costos y gastos arbitrales que se liquidarán al final del proceso.

54. En la precitada Orden Procesal se resolvió tener por admitidos como medios probatorios las pruebas ofrecidas con la demanda y las pruebas ofrecidas con la contestación a la demanda; asimismo se citó a las partes a Audiencia Única que se realizará el 21 de mayo de 2019 a las 16:00 horas, en el local institucional del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

VIII. AUDIENCIA ÚNICA

55. Con fecha 21 de mayo de 2019 se convocó a las partes a una Audiencia Única en la que hicieron el uso de la palabra ambas partes con la finalidad de que sustenten sus posiciones respecto de la controversia. Asimismo, respondieron a las preguntas del Árbitro Único, según consta en el video de registro del acto.
56. En ese mismo acto el Árbitro Único dispuso otorgar un plazo de 10 (diez) días hábiles adicionales a **EL HOSPITAL** con la finalidad de que cumpla con acreditar la inscripción del Árbitro Único y la Secretaría Arbitral ante el SEACE, así como remitir el archivo Word de su contestación a la demanda.

IX. CONCLUSIONES FINALES DE LAS PARTES

57. Mediante escrito N° 02, de fecha 23 de mayo de 2019, **EL HOSPITAL** presenta un escrito formulando conclusiones finales. En este escrito enfatiza el valor probatorio del Informe Técnico N° 005-2019-OL-JHANAL, que se sustenta en las Opiniones de las Opiniones Técnicas de la OSCE: Opinión N° 211-2017/DTN; Opinión N° 020-2014/DTN y Opinión N° 165-2018/DTN.
58. Así, cita la Opinión N° 211-2017/DTN que manifiesta:

“No resulta necesario que la normativa de contrataciones del Estado – vigente desde el 9 de enero de 2016- establezca de forma expresa que las opiniones emitidas por el OSCE tienen carácter vinculante, puesto que al ser –su emisión- una competencia exclusiva del Organismo Técnico Especializado en materia de contratación pública, los criterios emitidos en dichas opiniones deben ser observados por los operadores de la citada normativa, al momento de su aplicación”.

59. Asimismo, cita la Opinión N° 020-2014/DTN que afirma:

“En consecuencia, independientemente de si el contrato es de ‘ejecución única’, de ejecución continuada o de ‘ejecución periódica’, el monto máximo por el cual la Entidad puede aplicar la ‘penalidad por mora en la ejecución de la prestación’ al contratista es el diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente”.

60. Finalmente cita la Opinión N° 165-2018/DTN que concluye:

“En ese sentido, el hecho que en los contratos de ejecución periódica el cálculo la penalidad diaria se debe realizar tomando en consideración el plazo y el monto de la prestación parcial no implica que el monto máximo de la penalidad por mora que debe aplicarse tiene que ser el diez por ciento (10%) del monto de la prestación parcial”.

61. **ROCHEM** presenta sus conclusiones finales mediante escrito de 29 de mayo de 2019 en el que enfatiza que las opiniones técnicas del OSCE son vinculantes a nivel administrativo pero no en un proceso arbitral.

62. En esa dirección, **ROCHEM** afirma que la jurisdicción arbitral se rige por el principio de independencia, previsto en el inciso 2) del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje. Así, sostiene que los árbitros no se encuentran obligados a seguir los criterios emitidos tanto en el ámbito administrativo como en el ámbito judicial. En ese sentido, invoca el artículo 63 del precitado Decreto Legislativo que regula las causales de anulación del laudo sin prever como causal que se contravengan los pronunciamientos administrativos. También en esa dirección, sobre la independencia de los árbitros cita a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la STC Exp. 023-2004-AI/TC.

63. **ROCHEM** reitera sus argumentos desarrollados en su escrito de contestación a la demanda en el sentido que EL CONTRATO es por

ítems, conforme a la LCE y al RLCE, por lo tanto la penalidad debe aplicarse según el monto del ítem.

64. Finalmente, ROCHEM argumenta que se deben aplicar los Principios de Razonabilidad y Congruencia, a los que debe ceñirse las penalidades impuestas, conforme lo prevé el artículo 132 del RLCE, por cuanto el monto cobrado no es congruente ni razonable, teniendo en cuenta que sólo debió cobrarse como máximo de S/ 12 200, que es el diez por ciento (10%) del monto del ítem.

X. CIERRE DE ACTUACIONES Y PLAZO PARA LAUDAR

65. Mediante la Orden Procesal N° 5, notificada el día 17 de junio de 2019, el Árbitro Único declaró el cierre de las actuaciones y fijó el plazo para laudar conforme a lo dispuesto en el literal f) del artículo 2 del Apéndice II Reglas del Arbitraje Acelerado del Reglamento, con lo cual dicho plazo vence el día 8 de julio de 2019.

XI. DECLARACIÓN PREVIA DEL ÁRBITRO ÚNICO SOBRE EL PROCESO ARBITRAL

66. Como cuestión previa al análisis de los puntos controvertidos establecidos en el presente arbitraje, en función a la valoración de los medios probatorios admitidos y actuados por las partes, el Árbitro Único declara que:

- Se constituyó de conformidad con el convenio arbitral contenido en el Contrato;
- El presente arbitraje se ha regido por el Reglamento de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú 2017, que hemos denominado el REGLAMENTO.
- Las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer y actuar las pruebas ofrecidas.

- Las partes han ejercido su derecho para manifestarse sobre las pruebas ofrecidas.
- Se procede a laudar dentro del plazo dispuesto en la Orden Procesal N° 5.

XII. ANÁLISIS DE LA PRIMERA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

67. **EL HOSPITAL** ha sostenido que las Opiniones consultivas del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado en la Audiencia Única son vinculantes, conforme a la Opinión N° 211-2017/DTN, y que este organismo ha fijado su posición institucional sobre la aplicación de penalidades por mora en la ejecución de la prestación en las Opiniones N° 020-2014/DTN y N° 165-2018/DTN. Así, como cuestión previa, el Árbitro Único analiza este el valor jurídico de las opiniones consultivas del OSCE.
68. Sobre el valor jurídico de las opiniones consultivas de la OSCE sobre la normatividad de contrataciones del Estado ni la LCE ni el RLCE le confieren expresamente fuerza jurídica vinculante. La Tercera Disposición Complementaria Final del RLCE solo preceptúa que las opiniones mediante las cuales el OSCE absuelve consultas sobre la normativa de contrataciones del Estado se publican en el portal institucional del OSCE.
69. A juicio del Árbitro Único, las opiniones consultivas de la OSCE sólo gozan de valor jurídico vinculante para las entidades de la Administración Pública, conforme a la Ley del Procedimiento Administrativo General, en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, el artículo V del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en su numeral 2.9, reconoce a los pronunciamientos vinculantes de aquellas entidades facultadas expresamente para absolver consultas sobre la interpretación de normas administrativas que apliquen en su labor y debidamente difundidas, como *fuentes del procedimiento administrativo para las entidades de la*

Administración Pública. En consecuencia, no son normas de derecho público a que se refiere la Primera Disposición Complementaria Final del RLCE:

“Primera: En lo no previsto en la Ley y el Reglamento, son de aplicación supletoria las normas de derecho público y, solo en ausencia de estas, las de derecho privado”.

70. En ese sentido, debe entenderse los alcances de la Opinión N° 211-2017/DTN del OSCE, citada por **EL HOSPITAL** en su escrito 02 como pautas que tienen como destinatario a las entidades de la Administración Pública.

71. Los árbitros no están sometidos a los criterios interpretativos desarrollados en estas opiniones consultivas, más aún, teniendo en cuenta que la función arbitral tiene naturaleza jurisdiccional independiente reconocida por el artículo 139, inciso 1 de la Constitución Política del Perú.

72. La Opinión N° 165-2018/DTN se basa en el artículo 132 del RLCE para llegar a las siguientes afirmaciones.

“Ahora bien, atendiendo al tenor de la presente consulta, debe indicarse que el artículo 132 del Reglamento establece que la Entidad puede aplicar la penalidad por mora hasta por ‘un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse’

En ese sentido, el hecho que en los contratos de ejecución periódica el cálculo de la penalidad diaria se debe realizar tomando en consideración el plazo y el monto de la prestación parcial, no implica que el monto máximo de la penalidad por mora que deba aplicarse tiene que ser el diez por ciento (10%) del monto de la prestación parcial.

En esa medida, independientemente de si el contrato es de ejecución inmediata o de ejecución periódica, el monto máximo de la penalidad por

mora es el diez por ciento (10%) del monto total del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse”

73. En esa dirección, la Opinión N° 165-2018/DTN asume que cuando el artículo 132 del RLCE se refiere al caso del ítem que debió ejecutarse sólo es de aplicación en los procesos de pluralidad de ítems, previstos en el artículo 18 del RLCE, que establece que:

“Cada ítem constituye un procedimiento independiente dentro de un procedimiento principal al que se le aplica las reglas correspondientes al principal con las excepciones previstas en el presente Reglamento”.

74. Sin embargo, el artículo 133 del RLCE diferencia tres supuestos que son de distinta naturaleza. Así, textualmente dice en su segundo párrafo:

*“Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, **en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso**”.* (subrayado y negrita agregada).

75. Así, el RLCE reconoce que cuando se trata de contratos con una única prestación y contratos con pluralidad de ítems la penalidad puede alcanzar a un monto máximo equivalente al diez por ciento del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse (art. 132). Asimismo, cuando el contrato fuese de obligaciones de ejecución periódica, para efectos del cálculo de la penalidad, respecto al monto como al plazo, prevé que se refieren a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

76. Sobre los alcances de esta disposición reglamentaria, el Árbitro Único aprecia que no hay una motivación suficiente en la mencionada Opinión N° 165-2018/DTN del OSCE. Simplemente, se concluye líneas más adelante que:

“En ese sentido, el hecho que en los contratos de ejecución periódica el cálculo de la penalidad diaria se debe realizar tomando en consideración

el plazo y el monto de la prestación parcial, no implica que el monto máximo de la penalidad por mora que debe aplicarse tiene que ser el diez por ciento (10%) del monto de la prestación parcial”.

77. Así, el Árbitro Único estima que se puede interpretar válidamente que el precitado párrafo del artículo 133 del RLCE está previendo que la penalidad se aplica sobre el monto de la prestación entregable y no sobre la totalidad del monto del contrato.

78. A juicio del Árbitro Único esta interpretación de la mencionada disposición reglamentaria se ajusta al principio de equidad que rige las contrataciones del Estado, conforme al artículo 2, literal i) de la LCE:

“Equidad. Las prestaciones y los derechos de las partes deben guardar una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general”.

79. En consecuencia, el Árbitro Único considera que los criterios de la Opinión Técnica N° 165-2018/DTN no sólo no están suficientemente motivados sino que no se ajustan al texto del artículo 133 del RLCE.

80. Asimismo, la aplicación de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación debe ajustarse a los criterios contenidos en el artículo 132 del RLCE:

“El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las mismas que deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria”.

81. Si bien como hemos puntualizado en los párrafos 68 a 71 del presente laudo no tienen efectos vinculantes en el arbitraje administrativo las absoluciones de consultas de la Dirección Técnica Normativa del OSCE,

cabe citar sobre el *criterio de razonabilidad* a la Opinión N° 154-2018/DTN con relación a su aplicación respecto a otras penalidades distintas a la penalidad por mora:

“(…) Razonables. Implicaba que cada uno de los montos o porcentajes de la penalidad que habrían de aplicarse al contratista debían ser proporcionales a la gravedad y reiteración del incumplimiento”.

82. En esa dirección, el Árbitro Único asume como conforme a derecho el criterio de interpretación expuesto por **ROCHEM** en su demanda en el sentido que si el monto de la primera entrega parcial fue de S/ 122 200 soles, correspondía que la penalidad se impusiera considerando el diez por ciento (10%) sobre dicho importe. Así, debió ser S/ 12 220 soles que es el diez por ciento (10%) del importe de la primera entrega y nos los S/ 128 310 soles descontados finalmente por **EL HOSPITAL**. En consecuencia, se ha cobrado en exceso la suma de S/116 090 soles.
83. Por los fundamentos expuestos el Árbitro Único concluye que la Primera Pretensión Principal de la demanda deviene en fundada.

XIII. ANÁLISIS DE LA SEGUNDA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

84. La Segunda Cuestión Controvertida está referida a la Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal que solicita dos conceptos: (i) el pago de intereses devengados; (ii) los gastos arbitrales del presente proceso.
85. Por los fundamentos expuestos precedentemente al analizar la Primera Pretensión Principal, es razonable, proporcional y ajustado al principio de equidad contractual previsto en el artículo 2, literal i) de la LCE que se reconozcan los intereses devengados a la fecha efectiva de pago correspondientes al monto de la penalidad cobrada en exceso. En

consecuencia, el Árbitro Único considera fundada en este extremo la Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal.

86. Con relación a los costos del arbitraje, el artículo 70 de la Ley de Arbitraje establece sobre lo siguiente:

“Artículo 70°.- Costos

El Tribunal Arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- 1. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.*
- 2. Los honorarios y gastos del secretario.*
- 3. Los gastos administrativos de la institución arbitral.*
- 4. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.*
- 5. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.*
- 6. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales”.*

87. En esa dirección, el Árbitro Único considera que al no haberse establecido quien asumirá los gastos arbitrales cuando finalicen las actuaciones arbitrales, correspondiendo que dicho extremo sea determinado en virtud a la atribución que le asigna el numeral 1 del artículo 73 de la Ley de Arbitraje que preceptúa:

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

88. Ahora bien, el Árbitro Único considera que ambas partes han tenido los motivos suficientes para recurrir a la vía arbitral, así como argumentos

basados en Derecho para defender sus posiciones. Por ello, considera que debe declararse infundada en este extremo la Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal planteada por **ROCHEM**. En consecuencia, ordena que los costos del presente arbitraje a que se refiere el artículo 70 de la Ley de Arbitraje sean asumidos por ambas partes en igualdad de condiciones, debiendo asumir cada una de las partes con los costos y costas que les haya irrogado la tramitación del proceso arbitral.

XIV. LAUDO

Por las consideraciones que preceden, el Árbitro Único emite el siguiente LAUDO:

PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal de la demanda y en consecuencia, el Árbitro Único determina que el **HOSPITAL NACIONAL ARZOBISPO LOAYZA** devuelva al demandante la suma de S/ 116 090.00 (ciento diez y seis mil noventa y 00/100 soles) que corresponde a las penalidades cobradas en exceso.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** en parte la Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal, en el extremo de que se ordene el pago de los intereses devengados hasta el pago definitivo, correspondientes al monto de las penalidades cobradas en exceso. Respecto al extremo de la Pretensión Accesorio a la Primera Pretensión Principal en el sentido de que se ordene el pago de los costos y gastos arbitrales del presente proceso, la declara **INFUNDADA** y ordena que los costos y costas del presente proceso arbitral sean asumidos por las partes en iguales condiciones, debiendo asumir cada una con los costos y costas que les haya irrogado.

TERCERO: De conformidad con el artículo 231 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el Árbitro Único pone en conocimiento de las partes que, además de la notificación personal a las partes, el presente Laudo será notificado, a través del Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado-

SEACE, administrado por el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado-OSCE.

En caso existan limitaciones tecnológicas u otras para la publicación del presente Laudo Parcial en el SEACE, a solicitud del el Árbitro Único, la Secretaría Arbitral deberá requerir ante el Director del SEACE la publicación del presente Laudo, siendo responsabilidad del Director del SEACE procurar el efectivo cumplimiento de dicho requerimiento dentro del plazo máximo de 10 diez hábiles contado desde el día siguiente de su recepción, debiendo dar cuenta de ello a este Árbitro Único en el mismo plazo.



CÉSAR AUGUSTO OCHOA CARDICH
ÁRBITRO ÚNICO