

Lima, 21 de mayo de 2019.

Señores:

PROCURADORIA PÚBLICA DEL MINISTERIO DE SALUD

Av. Arequipa N° 810, 9° Piso.

Cercado de Lima.-

Exp. No. 1798-2017

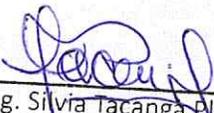
Arbitraje: COMERC., FABRICACION Y SERVICIOS S.R.L.
con el HOSPITAL CAYETANO HEREDIA

De mi consideración:

Me dirijo a ustedes con la finalidad de informarles que el Arbitro Único ha expedido la Resolución N° 24 que contiene el **LAUDO ARBITRAL**, en el Proceso seguido entre **COMERCIALIZACION, FABRICACION Y SERVICIOS S.R.L.**, con el **HOSPITAL CAYETANO HEREDIA**; cuyo contenido notifico para su conocimiento.

ANEXO: Resolución N° 24 - LAUDO ARBITRAL (77 págs.)

Atentamente;


Abog. Silvia Tacanga Plasencia
Secretaria Arbitral
PRO ARBITRA S.A.C.



EXPEDIENTE No. I 798-2017

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO DICTADO POR EL ÁRBITRO ÚNICO ABOGADO RAMIRO RIVERA REYES, EN EL ARBITRAJE SEGUIDO POR COMERCIALIZACION, FABRICACION Y SERVICIOS S.R.L. CON EL HOSPITAL CAYETANO HEREDIA.

RESOLUCIÓN N° 24

I. LUGAR Y FECHA DE EXPEDICIÓN.-

El presente Laudo Arbitral se expide en la ciudad de Lima a los 20 días del mes de mayo del año dos mil diecinueve

II. LAS PARTES.-

- **Demandante:** COMERCIALIZACION, FABRICACION Y SERVICIOS S.R.L. (en adelante el Contratista o el Demandante).
- **Demandado:** HOSPITAL CAYETANO HEREDIA (en adelante la Entidad o el Demandado).

III. DEL ÁRBITRO ÚNICO.-

- ABOG. RAMIRO RIVERA REYES – Árbitro Único
- PRO ARBITRA S.A.C. (Silvia Tacanga Plasencia) - Secretaria Arbitral.

IV. TRAMITACIÓN DEL PROCESO ARBITRAL. -

1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL.

Con fecha 01/02/16, **COMERCIALIZACION, FABRICACION Y SERVICIOS S.R.L.** y el **HOSPITAL CAYETANO HEREDIA**, suscribieron el Contrato No. 003-2016-HCH - Contratación del “Saldo de servicio del mantenimiento de las unidades de cuidados intensivos de medicina, cuidados intensivos de neonatología y cuidados intensivos quirúrgicos del Hospital Cayetano Heredia”.

En la cláusula Décimo Sexta, se estipuló que cualquiera de las partes tiene el derecho de iniciar el arbitraje a fin de resolver las controversias que se presenten durante la Ejecución del Contrato dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 122º, 137º, 140º, 143º, 146º, 147º y 149º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, o en su defecto en el artículo 45.2º del artículo 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.

2. DESIGNACIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO E INSTALACIÓN

Al haberse suscitado una controversia entre las partes, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, mediante Resolución N° 050-2017-OSCE/PRE, de fecha 18/09/17, en aplicación de la normativa sobre contratación estatal y en uso de las atribuciones conferidas para la designación residual de árbitros designó como **ÁRBITRO ÚNICO** para éste proceso arbitral al abogado RAMIRO RIVERA REYES.

Con fecha 11/12/17, se instaló el Árbitro Único, con asistencia de los representantes de las partes. El Árbitro Único, declara que ha sido debidamente designado de acuerdo a Ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, ratificándose en la aceptación del encargo de árbitro y señala que no tiene ninguna incompatibilidad ni compromiso alguno con las partes. Asimismo, se obliga a desempeñar con imparcialidad y probidad la labor encomendada.

3. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN Y DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

Mediante Resolución No 04, se citó a las partes para la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, la misma que se realizó el 06/04/18.

3.1 SANEAMIENTO

El Árbitro Único, declaró la existencia de una relación jurídica procesal válida derivada del Contrato N° 003-2016-HCH – “Saldo del Servicio del Mantenimiento de las Unidades de Cuidados Intensivos de Medicina, Cuidados Intensivos de Neonatología y Cuidados Intensivos Quirúrgicos del Hospital Cayetano Heredia”

3.2 CONCILIACIÓN

El árbitro único invitó a las partes a llegar a un acuerdo conciliatorio que les permita concluir con las controversias materia del presente proceso arbitral, no siendo posible acuerdo alguno, debido a que ambas partes mantienen sus posiciones, por lo que se prosigue con el proceso, sin perjuicio de que se pueda promover a instancias de parte en cualquier momento.

3.3 PUNTOS CONTROVERTIDOS:

Teniendo en cuenta las pretensiones expuestas en la Demanda, se procedió a fijar los siguientes puntos controvertidos:

De la Demanda

1. Determinar si corresponde o no, declarar la improcedencia de la aplicación de penalidades ascendentes a la suma de S/605,673.14 soles por carecer de fundamentos fácticos y legales.
2. Determinar si corresponde o no, la aplicación de descuento por la ejecución del “Saldo del Servicio del Mantenimiento de las Unidades de Cuidados Intensivos de Medicina, Cuidados Intensivos de Neonatología y Cuidados Intensivos Quirúrgicos del Hospital Cayetano Heredia” por el monto de S/. 219,821.05 soles.
3. Determinar si corresponde o no, que el Hospital Cayetano Heredia pague a COFABSER S.R.L el monto pendiente de pago de la Valorización No. 03, ascendente a la suma de S/ 825,494.19 (Ochocientos veinticinco mil cuatrocientos noventa y cuatro con 19/100 soles), solicitada a través de la Factura 002- N° 0001056, más los intereses legales correspondientes, hasta la fecha de su total cancelación.
4. Determinar si corresponde o no, que el Hospital Cayetano Heredia pague a COFABSER S.R.L una indemnización por los daños y perjuicios irrogados por responsabilidad contractual ascendente a la suma de S/ 1'500,000 (Un millón quinientos mil y 00/100 soles).
5. Determinar que parte debe asumir los costos del presente proceso arbitral.



El árbitro único deja claramente establecido que se reserva el derecho de analizar individual o conjuntamente, y en su caso resolver los puntos controvertidos no necesariamente en el orden señalados en la presente acta. Así mismo podrá omitir con expresión de razones el pronunciamiento sobre algún punto controvertido si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde vinculación.

3.4 ADMISION DE MEDIOS PROBATORIOS

El Árbitro Único, admite los siguientes medios probatorios:

MEDIOS PROBATORIOS DE COMERCIALIZACION, FABRICACION Y SERVICIOS S.R.L.

De la demanda

- Los documentos ofrecidos en el acápite VII. Medios Probatorios, del escrito de Demanda, numerados del 1 al 86.

MEDIOS PROBATORIOS DEL HOSPITAL CAYETANO HEREDIA

- Se dejó constancia que el HOSPITAL CAYETANO HEREDIA, no contestó la demanda ni ofreció medio probatorio alguno.

Seguidamente el Árbitro Único, deja constancia que se reserva el derecho de solicitar y/o actuar nuevas pruebas.

4. OTROS MEDIOS PROBATORIOS

Mediante resolución No. 14, el árbitro único admitió como medio probatorio del Contratista el Informe Pericial elaborado por la C.P.C.C. Elena López Quinteros de Mires.

Asimismo con resolución No. 21, se admiten como medios probatorios de oficio el documento presentado por el Contratista con escrito de fecha 21/02/19, consistente en la Opinión del OSCE No. 148-2018-DTN y los documentos presentados por la Entidad con escrito de la misma fecha, consistente en i) Acta de Compromiso de Depósito y ii) Acta de entrega de cheque.

5. PERICIA DE PARTE Y AUDIENCIA ESPECIAL

a) **Presentación del Informe Pericial:**

- Con fecha 04/09/18, el Contratista presenta como medio probatorio de parte, respecto a su pretensión indemnizatoria, la Pericia Contable, elaborada por la C.P.C.C. Elena López Quinteros de Mires, la misma que puesto a conocimiento de la Entidad con resolución No. 12.
- La Entidad con escrito presentado con fecha 11/10/18 observa el citado informe pericial, en el extremo de la cuantificación de la indemnización por daños y perjuicios, solicitando se declaren fundadas las observaciones formuladas por la Entidad
- El Contratista mediante escrito presentado con fecha 07/11/18, presenta el pronunciamiento efectuado por la C.P.C.C. Elena López Quinteros de Mires respecto a las observaciones efectuadas por la Entidad.

b) **Audiencia Especial – Sustentación de Dictamen Pericial**

Con resolución No. 14, se citó a las partes y a la Perito de parte C.P.C.C. Elena López Quinteros a la Audiencia Especial de Sustentación de Informe Pericial de Parte para el día 29/11/18.

En la citada fecha, se desarrolló la Audiencia Especial de Sustentación de Informe Pericial de parte, con la presencia de los representantes del Contratista y de la Entidad, y de la C.P.C.C. Elena López Quinteros a efectos de sustentar su dictamen pericial.

Siendo materia de actuación la exposición detallada de la pericia de parte el árbitro único concedió el uso de la palabra a la C.P.C.C. Elena López Quinteros, a fin de que sustente su informe pericial.

Seguidamente se concedió el uso de la palabra a los representantes del Contratista y a los representantes de la Entidad, quienes formularon preguntas a la Perito, las que fueron absueltas en el acto. Asimismo el árbitro único formuló preguntas a la Perito, siendo también absueltas en el acto.



6. PRESENTACIÓN DE ALEGATOS ESCRITOS

Teniendo en cuenta que las pruebas admitidas están constituidas por documentos, mediante Resolución N° 15, se declaró cerrada la etapa probatoria y de conformidad con el numeral 44 de las reglas del proceso arbitral, se concedió un plazo de diez (10) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos y de considerarlo necesario soliciten informar oralmente.

Mediante escrito de fecha 04/01/19, el Hospital Cayetano Heredia presentó sus alegatos escritos y solicitó se programe una audiencia de informes orales.

Del mismo modo Comercialización, Fabricación y Servicios S.R.L. con escrito de fecha 07/01/19 presentó sus Alegatos y solicitó se cite a informes orales.

7. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES

Con fecha, 07/02/19 se realizó la audiencia de informes orales con la asistencia del representante de COMERCIALIZACIÓN, FABRICACIÓN Y SERVICIOS S.R.L y la asistencia del representante del HOSPITAL CAYETANO HEREDIA.

8. PLAZO PARA LAUDAR.

De conformidad con el numeral 45 del Acta de instalación del Árbitro Único, mediante Resolución No. 23, se fijó treinta (30) días hábiles el plazo para laudar; prorrogables por un plazo similar.

V. LA DEMANDA.

Con fecha 04/01/18, COMERCIALIZACIÓN, FABRICACIÓN Y SERVICIOS S.R.L, presentó su demanda contra el HOSPITAL CAYETANO HEREDIA, formulando las siguientes pretensiones:

Primera pretensión principal autónoma: Que, el árbitro único declare la improcedencia de la aplicación de penalidades ascendentes a s/ 605,673.14 soles por parte del hospital en relación con el servicio denominado: “saldo de servicio del mantenimiento de las unidades de cuidados intensivos de medicina, cuidados



intensivos de neonatología y cuidados intensivos quirúrgicos del Hospital Cayetano Heredia”, por carecer de fundamentos fácticos y legales.

Segunda pretensión principal autónoma: Que, el árbitro único declare que no corresponde la aplicación de descuento por la ejecución del “saldo de servicio del mantenimiento de las unidades de cuidados intensivos de medicina, cuidados intensivos de neonatología y cuidados intensivos quirúrgicos del Hospital Cayetano Heredia”, por el monto de S/. 219,821.05 soles.

Tercera pretensión principal autónoma: Que, el árbitro único ordene al hospital pagarnos el monto pendiente de pago de nuestra valorización n° 03, ascendente a la suma de s/. 825,494.19 (ochocientos veinticinco mil cuatrocientos noventa y cuatro con 19/100 soles) solicitada a través de nuestra factura 002- n° 0001056, más los intereses legales correspondientes, hasta la fecha de su total cancelación.

Cuarta pretensión principal autónoma: Que, el árbitro único ordene a la Entidad pagarnos una indemnización por los daños y perjuicios irrogados por responsabilidad contractual ascendente a la suma de s/ 1’500,000 (un millón quinientos mil y 00/100 soles).

Quinta pretensión principal autónoma: Que, el árbitro único ordene al hospital asumir con la totalidad de los costos y costas incurridos en el presente arbitraje, de conformidad con lo señalado en el art. 70° del decreto legislativo n° 1071 – decreto legislativo que norma el arbitraje, incluyendo además todos aquellos gastos administrativos y notariales incurridos a la fecha para que se haga efectivo nuestros reclamos.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Que, los fundamentos que sustentan sus pretensiones se encuentran detalladas en el escrito de su propósito, los cuales serán tomados en cuenta al momento de analizar y resolver cada una de sus pretensiones



VI. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Árbitro Único mediante resolución No. 02, deja constancia que el HOSPITAL CAYETANO HEREDIA, no contestó la demanda dentro del plazo de Ley, teniéndose por no presentada la contestación de la demanda.

VII. MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA

En el numeral 06 del Acta de Instalación de Árbitro Único, se señaló que la legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia sometida al presente proceso arbitral es la legislación peruana. Las normas aplicables al arbitraje, de acuerdo a lo establecido en el numeral 45.3) del artículo 45° de la Ley 30225 Ley de Contrataciones del Estado, deben mantener obligatoriamente el siguiente orden de prelación en la aplicación del derecho: 1) la Constitución Política del Perú; 2) La Ley de Contrataciones del Estado; 3) el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 4) las normas del derecho público y 5) las de derecho privado. Esta disposición es de orden público.

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

Por su parte, En el numeral 8 del Acta de Instalación de Árbitro Único, se estableció que para el proceso arbitral serán de aplicación las reglas procesales establecidas por las partes, la Ley, el Reglamento y las Directivas que apruebe el OSCE para tal efecto. Supletoriamente regirán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo que norma el arbitraje.

Asimismo, se indica que en caso de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Árbitro Único queda facultado en todo momento para establecer las reglas procesales adicionales que sean necesarias, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa de las partes, velando porque el procedimiento se desarrolle bajo los principios de celeridad, equidad, inmediación, privacidad, concentración, economía procesal y buena fe.

VIII. ANÁLISIS DE LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES Y DE LA CUESTIÓN CONTROVERTIDA

Y CONSIDERANDO:

A. CUESTIONES PRELIMINARES

Previo a analizar la materia controvertida, corresponde señalar lo siguiente: (i) Que, el Árbitro Único se constituyó de conformidad a lo previsto por las partes en el respectivo convenio arbitral, las reglas contenidas en el Acta de Instalación y lo dispuesto por la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por la Ley 30225, su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF; estableciéndose asimismo que en caso de insuficiencia de las reglas que anteceden, el árbitro único queda facultado en todo momento para establecer las reglas procesales adicionales que sean necesarias, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa de las partes, velando porque el procedimiento se desarrolle bajo los principios de celeridad, equidad, intermediación, privacidad, concentración, economía procesal y buena fe; (ii) Que, COMERCIALIZACION, FABRICACION Y SERVICIOS S.R.L., presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa (iii) Que, el HOSPITAL CAYETANO HEREDIA, fue debidamente emplazado con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa (iv) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercer la facultad de presentar alegatos y (v) Que, el Árbitro Único procede a laudar dentro del plazo establecido

Por lo antes manifestado, el Árbitro Único procede a evaluar los puntos controvertidos establecidos en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, cuyo pronunciamiento será a su criterio evaluado de manera indistinta, en orden y agrupación que permita la emisión del pronunciamiento acorde al desarrollo de las pretensiones incoadas.



Siendo que el presente arbitraje es uno de derecho, corresponde al Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos del proceso, teniendo

en cuenta el mérito de las pruebas aportadas al mismo, para determinar, en base a la valoración conjunta de ellas, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso.

En ese sentido, debe destacarse que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinado hecho para sustentar o justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el juzgador respecto de tales hechos.

Finalmente, el Árbitro Único deja constancia que en el estudio, análisis y deliberación del presente arbitraje se han tenido en cuenta todos los argumentos y las alegaciones efectuadas por las partes, así como todos los medios probatorios aportados, haciendo un análisis y una valoración en conjunto de los mismos, de manera que la no referencia a un argumento o a una prueba no supone que no haya sido tomado en cuenta para su decisión.

B. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

1. ANÁLISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

“Determinar si corresponde o no, declarar la improcedencia de la aplicación de penalidades ascendentes a la suma de S/605,673.14 soles por carecer de fundamentos fácticos y legales”.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

ANTECEDENTES:

- Señala el Contratista que como consecuencia de la Buena Pro otorgada, con fecha 01 de febrero de 2016 celebraron con EL HOSPITAL CAYETANO HEREDIA un contrato, por medio del cual se obligaron a ejecutar la prestación: *“Saldo del servicio del mantenimiento de las unidades de cuidados intensivos de medicina, cuidados intensivos de neonatología y cuidados intensivos quirúrgicos del Hospital Cayetano Heredia”*, por un monto ascendente a S/. 6'056,737.39 Soles.

- Que, según la Cláusula Quinta de dicho contrato, su plazo de ejecución fue de noventa (90) días calendarios, el mismo que se inició con la suscripción del acta de entrega del terreno, lo que ocurrió el día 02 de febrero de 2016.

Fundamentos de hecho respecto a la primera pretensión:

- Indica el Contratista que, a lo largo de la ejecución del contrato, solicitaron en reiteradas ocasiones diversas ampliaciones de plazo, debido a las varias modificaciones que efectuó EL HOSPITAL, así como las respuestas tardías que éste efectuó cuando formularon consultas relacionadas con su ejecución. Algunas de ellas son las que se detallan a continuación:
- Que, con fecha 12 de febrero de 2016 requirieron al HOSPITAL que absuelva las consultas señaladas en la carta S/N° de esa misma fecha, las mismas que fueron absueltas luego de más de mes y medio a través del Informe N° 215-2016-OSGM-HCH y del Informe Técnico N° 026-2016-JSB/OSGM-HCH de fecha 28 de marzo de 2016, notificadas al CONSORCIO el día 29 de marzo de 2016 por medio de la Carta N° 037-2016-OEA/HCH.
- Que, asimismo, con fecha 15 de febrero de 2016 formularon al HOSPITAL consultas al expediente técnico externo, las cuales fueron absueltas a través del Informe N° 138-2016-OSGM-HCH de fecha 09 de marzo de 2016, del Informe Técnico N° 022-2016-JSB/OGSGM/HCH de fecha 07 de marzo de 2016, del Informe Técnico N° 11-2016-ACDH/OSGM-HCH de fecha 03 de marzo de 2016 y del Informe Técnico N° 002-2016-MDGJ/OSGM-HCH de fecha 25 de febrero de 2016, notificadas a COFABSER el día 23 de marzo de 2016 mediante la Carta N° 024-2016-OEA/HCH.
- Que, conforme se podrá apreciar, COFABSER realizó diversas consultas al HOSPITAL las mismas que tardaron más de un mes para que ellas sean absueltas y notificadas a esa parte, tiempo excesivamente prolongado, siendo ellos los únicos perjudicados con la demora en el pronunciamiento, puesto que en la espera de una

respuesta tuvo que suspenderse aquellas actividades relacionadas con las consultas efectuadas.

- Que, por otro lado, con fecha 10 de marzo de 2016 mediante el Informe Técnico N° 13-2016-ACDH/OSGM-HCH, EL HOSPITAL por medio del Ingeniero de apoyo en la oficina de servicios generales y mantenimiento, se realizó observaciones sanitarias del servicio de Torre UCI, indicándoles que las máquinas del cuarto de bombas concerniente a las dos (02) calderas (calentadores de vapor) para agua caliente y retorno deben ser alimentados de fuentes de energía de GLP (gas licuado de petróleo) provenientes de tanques de almacenamiento proyectados, siendo que sin la mencionada energía quedará inoperativo el sistema de agua caliente, recomendándose verificar la existencia de las fuentes de energía en el presupuesto, metrados y planos del proyecto correspondiente a la parte electromecánica o caso contrario, solicitar un adicional.
- Que, por medio de la Carta S/N° de fecha 17 de marzo de 2016 propusieron el cambio de tipo de bombas de vacío tipo tornillo rotativo por una bomba tipo paleta lubricada, siendo que con el Informe N° 201-2016-OSGM-HCH y el Informe Técnico N° 001-2016-MMP/OSGM-HCH de fecha 14 de abril de 2016 se recomendó que se proceda con la compra del tipo de bomba propuesta, puesto que cumple satisfactoriamente con los requerimientos del Expediente Técnico. Que, como se podrá apreciar, en esta ocasión, EL HOSPITAL también demoró excesivamente en emitir un pronunciamiento sobre la propuesta que realizaron.
- Que, con fecha 17 de marzo de 2016 se suscribió un acta de reunión interna, la cual tuvo como punto a tratar: la definición del costo y entrega de las tomas de murales de UCI neonatal. Que, en ese sentido, a través de dicha acta se llegó al acuerdo de que la entrega de tomas de murales tendrá como plazo noventa (90) días y su costo será de S/. 28,000.00.
- Que, a través de la Carta N° 007-OSGM-2016-HCH de fecha 21 de marzo de 2016 y del Oficio N° 224-2016-DEMCC- N° 064-UCI.NEO/HCH de fecha 09 de marzo de 2016 el DEMANDADO les comunicó la modificación de características



técnicas de tomas murales de gases medicinales, de manera que les solicitaron proponer una alternativa de modo que se ajuste a la necesidad del servicio. Así, con fecha 23 de marzo de 2016, dando una pronta respuesta al requerimiento del HOSPITAL, propusieron la adquisición de nuevas tomas de murales en base al documento presentado por la Unidad Prestadora de Salud (UCI NEONATAL), cuyas especificaciones técnicas fueron detalladas. Que, en ese sentido, a través de la Carta S/N° de fecha 30 de marzo de 2016, solicitaron la Ampliación de Plazo N° 01 por sesenta (60) días calendario debido a que no se definieron hasta esa fecha las especificaciones técnicas de los murales, pues las propuestas por COFABSER no habían sido aceptadas. Que, conforme se podrá apreciar, nuevamente se encontraron ante una situación diferente a la establecida en EL CONTRATO, la cual resulta indudablemente de total responsabilidad de la ENTIDAD.

- Que, cabe señalar que por medio de la Carta N° 031-2016/OEA/HCH de fecha 11 de abril se les remitió el Informe N° 193-2016-OSGM-HCH de fecha 11 de abril de 2016 y el Informe N° 09-2016-JAGH/OSGM-HCH de fecha 30 de marzo de 2016 a través de los cuales se les solicitó utilizar las especificaciones técnicas requeridas por el usuario para los 10 paneles murales verticales de toma de gases medicinales de la Torre UCI neonatal.
- Que, con fecha 18 de abril de 2016 mediante la Carta S/N° se solicitó la Ampliación de Plazo de ejecución contractual por sesenta (60) días calendario¹ y una Ampliación de Plazo de ejecución contractual por un plazo de treinta (30) días calendario² debido a las deficiencias en el expediente técnico ya que no se consideró la ejecución de actividades indispensables para cumplir con la finalidad del CONTRATO, lo cual habría generado retrasos en la ejecución de los trabajos programados.



¹ Respecto a esta ampliación de plazo, siguiendo un orden cronológico, corresponde señalar que la misma deberá ser considerada como la Ampliación de Plazo N° 02.

² Respecto a esta ampliación de plazo, siguiendo un orden cronológico, corresponde señalar que la misma deberá ser considerada como la Ampliación de Plazo N° 03.

- Que, luego, por medio de la Carta S/N° de fecha 20 de abril de 2016 remitieron al HOSPITAL los Expedientes del Adicional N° 01 y de Reducción N° 01, además solicitaron una ampliación de plazo de sesenta (60) días calendario por motivo de la adquisición e instalación de las 10 tomas murales en la UCI-NEONATAL, los cuales resultan necesarios para alcanzar la finalidad del CONTRATO.
- Que, no obstante, con fecha 21 de abril de 2016 les notificaron la Carta N° 026-2016-OEA/HCH de fecha 01 de abril, remitiéndoles el Informe N° 228-2016-OSGM-HCH de fecha 31 de marzo de 2016, el Oficio N° 134-2016-UCI.NEO/HCH de fecha 30 de marzo de 2016, el Informe N° 226-2016-OSGM-HCH y el Informe N° 09-2016-JAGH/OSGM-HCH de fecha 29 de marzo de 2016, a través de los cuales se les comunicó la conformidad y aprobación de nuevos paneles verticales para toma murales UCI-NEONATAL del HOSPITAL con las especificaciones técnicas propuestas.
- Que, al respecto, cabe señalar que EL HOSPITAL aprobó su propuesta de nuevos paneles verticales un mes después de comunicada dicha propuesta, la cual a su vez fue sustento de la Ampliación de Plazo N° 01, siendo que estos constantes pronunciamientos tardíos por parte del HOSPITAL generan situaciones que contribuyen a atrasos en la ejecución del servicio.
- Que, con esa misma fecha, les notificaron la Carta N° 038-2016-OEA/HCH a través de la cual les remitieron el Informe N° 201-2016-OSGM-HCH y el Informe Técnico N° 033-2016-JSB/OSGM-HCH de fecha 14 de abril de 2016, comunicándoles que no procedía su solicitud de ampliación de plazo N° 01 solicitada mediante la Carta de fecha 30 de marzo de 2016 debido a que no se había podido determinar el momento en el que se vió afectada la adquisición de las tomas murales de la UCI NEONATAL.
- Que, en relación a la prestación del adicional N° 01, a través del Informe Técnico N°-2016-MSC/OSGM-HCH de fecha 21 de abril de 2016, el Supervisor de la obra  recomendó aprobar la modificación del CONTRATO por la Ampliación y

Reducción de la prestación del servicio N° 01 y aprobar la ampliación de plazo solicitada.

- Que, con fecha 22 de abril de 2016 mediante la Carta N° 039-2016-OEA/HCH y el Informe N° 222-2016-OSGM-HCH se comunicó al residente del servicio que existe una duplicidad de partidas correspondientes a aparatos sanitarios, grifería y accesorios sanitarios, los cuales ya están descritos en el presupuesto de instalaciones sanitarias.
- Que, con fecha 13 de mayo de 2016, el Supervisor del servicio a través del Informe N° 005-2016-MSA/HCH indicó que éste presentaba un avance físico del 73.52% y que se había aprobado una prestación adicional de servicio por un monto de S/. 591,377.38, cuya ejecución resulta indispensable para dar cumplimiento al objetivo del servicio y que la partida de Toma Mural de Gases Medicinales y Componentes de la Unidad de Cuidados Intensivos Neonatología, en una cantidad de 10 unidades no será ejecutada, constituyendo una reducción del servicio por S/. 177,000.00.
- Que, por medio de la Carta N° 060-2016-OEA/HCH de fecha 25 de mayo de 2016 se les remitió el Informe N° 296-2016-OSGM-HCH de fecha 24 de mayo de 2016, el Informe N° 003-2016-MSA/HCH de fecha 23 de abril de 2016 y el Informe N° 006-2016-MSA/HCH de fecha 24 de mayo de 2016 mediante el cual se llegó a la conclusión de que correspondía otorgar al COFABSER veintiún (21) y veintitrés (23) días calendario por la Ampliación de Plazo N° 02 y Ampliación de Plazo N° 03 respectivamente, siendo que el nuevo plazo contractual vencerá el día 14 de junio de 2016.
- Que, con fecha 15 de junio de 2016 mediante la Carta N° 063-2016-OEA/HCH y el Informe N° 553-2016-OAJ/HNCH, les comunicaron que a partir de la fecha correría las penalidades de acuerdo a la cláusula prevista en el CONTRATO. Por ello, con la misma fecha, remitieron al HOSPITAL una Carta S/N°, en la cual le manifestaron que resultaba improcedente la aplicación de las penalidades, debido a que aún se encontraba pendiente la aprobación del Presupuesto Adicional N° 01 y un Deductivo de Servicio, cuya ejecución resulta indispensable para cumplir con la



finalidad pública del CONTRATO, lo cual daría lugar a una ampliación de plazo de sesenta (60) días del plazo contractual. Además, se les indicó que el avance a la fecha de los trabajos estaba estimado en un 95%, quedando pendiente principalmente la instalación de las tomas murales, cuya demora en su importación ha ocasionado retrasos en el servicio, por lo que se solicitó la recepción de acuerdo con la normativa legal y reglamentaria correspondiente.

- Que, posteriormente, mediante la Carta S/N° de fecha 24 de junio de 2016 solicitaron que se dé cumplimiento a lo indicado por el Supervisor de la obra en el Informe Técnico N° -2016-MSC/OSGM-HCH de fecha 21 de abril de 2016, en el sentido de aprobar el adicional de obra N° 01, en consecuencia, la ampliación de plazo de sesenta (60) días calendario, siendo que la ampliación de plazo depende de la fecha de aprobación de la prestación adicional N° 01.
- Que, con fecha 27 de junio de 2016, a través de la Carta N° 086-2016-OEA/HCH, EL HOSPITAL les comunicó su pronunciamiento respecto el Acta de Reunión Interna de fecha 17 de marzo de 2016, señalando que dicha acta no creó nuevas obligaciones a cargo de las partes, en virtud a que las tratativas no fueron implementadas y perfeccionadas por la Entidad. Asimismo, se les señaló que dicha acta no modificó el CONTRATO ni el plazo de ejecución contractual, por tanto, para EL DEMANDADO esta acta carecía de carácter vinculante.
- Que, por medio de la Carta S/N° de fecha 28 de junio de 2016, reiteraron la solicitud de conformación del Comité de Recepción del Servicio con la finalidad de dar cumplimiento y formalizar el traspaso de los servicios ejecutados.
- Que, igualmente, con fecha 30 de junio de 2016 comunicaron al HOSPITAL que estaban sometiendo a arbitraje la aplicación de las penalidades, siendo que EL HOSPITAL nunca se pronunció respecto de esta controversia.
- Que, con fecha 01 de julio de 2016 mediante el Informe N° 412-2016-OSGM-OEA/HCH y el Memorando N° 584-2015-OEA/HCH se les remitió el Informe N° 029-2016-MSC/HCH, en el cual el Supervisor de la Obra señaló que el plazo

contractual había sido extendido hasta el 14 de junio de 2016 debido a las ampliaciones de plazo otorgadas a COFABSER; por otro lado, se les indicó que el tiempo de entrega de las tomas murales se estimaba en noventa (90) días calendario siendo el vencimiento de esta partida el 29 de junio de 2016. Que, asimismo, se sostuvo que se había acordado una reducción del monto contractual a S/. 5'879,737.39 Soles.

- Que, de la recepción y conformidad del servicio, se señaló que el estado de avance de la obra se encuentra a un 95%, recomendando que se notifique al área usuaria para que nombre a sus representantes y recepcione la obra. Por último, señaló que la penalidad por cada día de retraso es de S/. 17,551.45, el mismo que se aplicará a partir del 15 de junio de 2016.
- Que, con fecha 05 de julio de 2016, a través de la Carta N° 104-2016-OEA/HCH les remitieron la Carta N° 034-2016-MSA/HCH y el Memorando N° 135-2016-SCIG/HCH de fecha 30 de junio de 2016, mediante los cuales se les informó acerca de la formulación de observaciones a los trabajos efectuados por el Consorcio representada en los ambientes del primer y segundo piso del área de prestación del servicio.
- Que, asimismo, con fecha 05 de julio de 2016 mediante la Carta N° 036-2016-MSA/HCH, EL HOSPITAL les recomendó que el suministro eléctrico a la nueva Torre UCI sea conectado provisionalmente a un grupo electrógeno suministrado por COFABSER a fin de efectuar las correcciones pertinentes ante un deficiente funcionamiento de las mismas; además les requirieron que alcancen el Plan de Contingencia en la mayor brevedad. Así, con fecha 08 de julio de 2016, cumplieron con remitir al HOSPITAL el plan de contingencia Torre UCI.
- Luego, el 07 de julio de 2016 mediante la Carta N° 038-2016-MSA/HCH previo al acto de recepción, EL HOSPITAL les requirió entregar los planos de replanteo, el cuaderno de servicio (original) y la memoria descriptiva valorizada.



- Que, por medio de la Carta N° 046-2016-MSC/HCH de fecha 18 de julio de 2016 se requirió al residente del servicio efectuar las correcciones pertinentes ante un deficiente funcionamiento de las instalaciones ejecutadas por COFABSER; además de lo anterior, se les requirió que efectúen el retiro inmediato del conductor en doble terna N2X0H de 240 mm² y realizar el nuevo tendido hasta el Suministro N° 2593257, alimentador U-07 de EDELNOR, en el menor tiempo posible.
- Que, posteriormente, con fecha 01 de agosto de 2016 mediante la Carta N° 033-2016-OSGM/HCH se les solicitó los certificados para realizar pruebas en Torre UCI, lo cual cumplieron con remitir al HOSPITAL el 04 de agosto de 2016, señalando que el certificado de pruebas eléctricas y el certificado de comunicación e informática no se han podido realizar por el incumplimiento del HOSPITAL en proveerles servicio eléctrico. En tal sentido requirieron al HOSPITAL que solucione el problema en la brevedad posible para que COFABSER pueda realizar las pruebas correspondientes.
- Que, con fecha 03 de agosto, el Supervisor del servicio señaló en su Informe N° 059-2016-MSC/HCH que el servicio aún no ha sido recepcionado debido a que no se han efectuado las conexiones a las redes externas, tanto del suministro eléctrico, como del oxígeno, vacío y aire medicinal, sin embargo, el servicio hasta la fecha habría sido ejecutado en un 99.37%, por lo cual es procedente el pago de la Valorización N° 03.
- Que, mediante la Carta N° 040-OSGM-2015-HCH de fecha 15 de agosto de 2016, el Supervisor de la Obra formuló observaciones al “Saldo de Servicio de Mantenimiento de las Unidades de Cuidados de Medicina, Cuidados Intensivos de Neonatología y Cuidados Intensivos Quirúrgicos del Hospital Cayetano Heredia”, las mismas que les fueron notificadas el día 16 de agosto de 2016 mediante la Carta N° 074-2016-MSC/HCH.
-  Que, con fecha 29 de setiembre a través de la Carta S/N° solicitaron al HOSPITAL el pago de la tercera valorización del servicio por la suma de S/. 2'384,756.91 Soles,

para lo cual se adjuntó la factura N° 002-0001051 y; el pago de la prestación adicional N° 01 por la suma de S/. 414,377.38 Soles.

- Que, no obstante, por medio de la Carta N° 58-OSGM-2015-HCH de fecha 24 de octubre de 2016, de la Carta N° 121-2016-MSC/HCH de fecha 31 de octubre de 2016, -notificadas a COFABSER el 02 de noviembre de 2016-, y de la Carta N° 123-2016-MSC/HCH a través de la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento del HOSPITAL les remitieron las observaciones por medio del Informe Técnico N° 078-2016-RJDV/OSGM-HCH de fecha 24 de octubre de 2016 en referencia al pago de la Valorización N° 03, señalando que no han cumplido con los requisitos mínimos para la entrega de la Valorización N° 03, pues los documentos solicitados por el Supervisor deben ser originales y firmados por los especialistas responsables.
- Que, mediante la Carta N° 388-2016-OL-HCH de fecha 22 de noviembre, pero notificada el día 02 de diciembre de 2016, se les requirió presentar los documentos originales y levantar las observaciones formuladas.
- Que, es por ello que por medio de la Carta S/N° de fecha 05 de diciembre de 2016 dieron respuesta a la Carta N° 388-2016-OL-HCH haciendo la indicación de que no se está cumpliendo EL CONTRATO, las bases administrativas de la Torre UCI y el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (RLCE), debido a que no se indica cuáles son esos requisitos mínimos para el Servicio que deben cumplir, siendo por tanto que los referidos por los ingenieros supervisores e inspectores son muy subjetivos. Por otro lado, por medio de la Carta S/N° de fecha 05 de diciembre de 2016, realizaron el levantamiento de las observaciones de arquitectura
- Que, a través de la Carta S/N° de fecha 07 de diciembre de 2016 solicitaron nuevamente el pago de la Valorización N° 03 con un avance acumulado del 99.37% por un importe de S/. 2'384,756.91 Soles. Que, no obstante, con la Carta N° 305-2016-OEA/HCH de fecha 19 de diciembre de 2016 y del Informe N° 941-2016-OSGM/HCH de fecha 06 de diciembre de 2016, les comunicaron la existencia de una duplicidad de partidas en las planillas de metrados y el presupuesto en las

especialidades de arquitectura e instalaciones sanitarias, las mismas que comprenden las partidas Aparatos Sanitarios y Accesorios Sanitarios, que corren el riesgo de ser observadas al momento de la recepción del servicio.

- Que, EL HOSPITAL dando respuesta al levantamiento de las observaciones de arquitectura, por medio de la Carta N° 304-2016-OEA/HCH de fecha 19 de diciembre de 2016 mediante el cual se adjuntó el Informe N° 962-2016-OSGM-OEA/HCH y el Informe Técnico N° 064-2016-MGC/OSGM-HCH, señaló que falta levantar algunas de las observaciones formuladas, requiriéndoles por medio de la Carta N° 403-2016-OL-HCH de fecha 27 de diciembre de 2016 que levanten las observaciones faltantes.
- Que, en virtud a ello, mediante la Carta S/N° de fecha 13 de febrero de 2017, solicitaron al HOSPITAL que les otorgue la conformidad del servicio, debido a que han pasado las pruebas de todos los especialistas del servicio y han entregado la documentación técnica solicitada
- Que, a través de la Resolución Administrativa N° 009-2017-OEA-HCH de fecha 22 de febrero de 2017 y de la Resolución Administrativa N° 010-2017-OEA-HCH de fecha 27 de febrero de 2017, se conformó el Comité de Recepción del servicio. Asimismo, se levantó un Acta de Observaciones de Obra.
- Que, mediante Carta S/N° de fecha 13 de marzo de 2017, comunicaron al HOSPITAL el levantamiento de las observaciones formuladas a través del Acta de Observaciones de Obra, y se solicitó la conformidad del servicio.
- Que, por medio de la Carta N° 081-2017-OEA/HCH de fecha 20 de abril de 2017 les remitieron el Informe N° 001-2017-ICGQ de fecha 21 de marzo de 2017 mediante los cuales se les comunicó que la documentación presentada por COFABSER no justifica el levantamiento total de las observaciones, sino que las mismas han sido levantadas de manera parcial, sin embargo, se sugirió que se realice el trámite respectivo para la emisión de la conformidad parcial de la

prestación del servicio al 22 de marzo de 2017 aplicando las penalidades correspondientes.

- Efectuada estas precisiones, el Contratista indica que no proceden las penalidades que pretende aplicarles EL HOSPITAL, por las siguientes razones:
- Que las penalidades se aplican al contratista solo ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales. Así, en el caso que nos ocupa, son enfáticos en destacar que sí bien existieron atrasos, estos no fueron injustificados, ni menos imputables a COFABSER, pues a lo largo de la ejecución de la prestación del servicio como bien han relatado, EL HOSPITAL fue dando respuestas tardías a sus requerimientos y consultas planteadas oportunamente, razones por las cuales se solicitó diversas ampliaciones de plazo a fin de no verse perjudicados por los atrasos que se pudieran generar.
- Que, efectivamente, para demostrar que ello fue así, es primordial remitirse al artículo 133° del RLCE que señala lo siguiente:

“Artículo 133.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula:

Penalidad diaria = 0.10 x monto

F x plazo en días

Donde F tiene los siguientes valores:

a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios en general, consultorías y ejecución de obras: F = 0.40.

b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:

b.1) Para bienes, servicios en general y consultorías:

F = 0.25.

b.2) Para obras: F = 0.15.

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.

Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considera el monto del contrato vigente.



Para los supuestos que, por la naturaleza de la contratación, la fórmula indicada en el presente artículo no cumpla con su finalidad, el Ministerio de Economía y Finanzas mediante Resolución Ministerial puede establecer fórmulas especiales para el cálculo de la penalidad por mora.

Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable.

Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo.”

- Que, asimismo, respecto de lo señalado por EL HOSPITAL en cuanto a la aplicación de las penalidades, se debe tener en consideración además de la norma antes citada, la **OPINIÓN N° 151-2017/DTN** que indica en su parte pertinente lo siguiente:

“(…) el referido artículo regula la aplicación de la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación”, disponiendo que ésta se aplica de manera automática y se calcula de acuerdo a la fórmula prevista en dicho dispositivo; para lo cual la Entidad debe verificar, previamente, el retraso injustificado por parte del contratista en la ejecución de la prestación objeto del contrato.

De esta manera, puede colegirse que la aplicación de dicha penalidad se realiza automáticamente, siempre y cuando la Entidad haya verificado que el contratista no hubiera solicitado una ampliación de plazo, o habiéndolo solicitado esta no fuera aprobada. Asimismo, cabe precisar que la Entidad debe resolver tal solicitud y notificar su decisión al contratista conforme a lo establecido en el artículo 140 del Reglamento, antes de determinar la aplicación de la “penalidad por mora en la prestación”.

En ese orden de ideas, debe indicarse que, si la Entidad determina la aplicación de la referida penalidad, ésta se deduce: i) de los pagos a cuenta; ii) de las valorizaciones; iii) el pago final; o, iv) en la liquidación final, según corresponda; o si fuera necesario, vi) se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento; de conformidad con lo establecido en el último párrafo del artículo 132 del Reglamento.

En este punto, resulta pertinente precisar que la Entidad es la responsable de determinar si, de acuerdo a la naturaleza de la prestación objeto del contrato, corresponde la aplicación de la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación” a determinados supuestos, en concordancia, con los criterios contenidos en el primer párrafo del artículo 132 del Reglamento.” (El subrayado es nuestro).

- Que, igualmente, se deberá considerar lo establecido por la **OPINIÓN N° 195-2017/DTN** que señala lo siguiente:

“El referido artículo regula la aplicación de la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación”, disponiendo que ésta se aplica de manera automática y se calcula de acuerdo a la fórmula prevista en dicho dispositivo; para lo cual, la Entidad debe verificar -previamente- el retraso injustificado por parte del contratista en la ejecución de la prestación objeto del contrato.

Sin perjuicio de ello, resulta oportuno indicar que de acuerdo a lo previsto en el numeral 34.5 del artículo 34 de la Ley “El contratista puede solicitar la ampliación de plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a su voluntad debidamente comprobados y que modifiquen el plazo contractual de acuerdo a lo que establezca el reglamento.”. (El subrayado es agregado)

De esta manera, puede colegirse que la aplicación de dicha penalidad se realiza automáticamente, siempre y cuando la Entidad haya verificado que el contratista no hubiera solicitado una ampliación de plazo, o habiéndolo solicitado esta no fuera aprobada por la Entidad.

Sobre el particular, en el marco de lo establecido en el Reglamento respecto de la solicitud de ampliación del plazo pactado por atrasos y paralizaciones ajenas a la voluntad del contratista, debe tomarse en cuenta si -para su procedencia- se configura alguna de las causales previstas en dicho dispositivo: artículo 140 para el caso de bienes y servicios³, y artículo 169 para el caso de obras.

Así, conforme a lo establecido en el artículo 140 del Reglamento, la ampliación de plazo procede, en contratos de bienes y servicios: i) cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo⁴; y, ii) por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista.” (Los subrayados son nuestros).

- Que, de las opiniones que en forma previa se han citado, se puede colegir que antes de la aplicación de penalidades al contratista, LA ENTIDAD debe verificar que los atrasos incurridos por aquél sean **INJUSTIFICADOS**, lo cual como han venido señalando no resulta ser cierto, sino que muy por el contrario es EL HOSPITAL quién ha dado respuestas tardías y en otros casos no ha respondido a las diversas

³ Al respecto, debe indicarse que de acuerdo a la definición de “**Servicio**” contemplada en el Anexo Único del Reglamento, Anexo de Definiciones: “(...) Los servicios pueden clasificarse en servicios en general, consultoría en general y consultoría de obra.” (El subrayado es agregado).

⁴ En este caso, el contratista amplía el plazo de las garantías que hubiera otorgado.

consultas, las cuales eran de vital importancia para proceder con la ejecución del servicio.

- Que, siendo así, se puede concluir entonces, que los invocados atrasos ante la ejecución de la prestación del servicio que servirían de sustento para la aplicación de penalidades no pueden ser de ningún modo imputables a COFABSER. Es más, son también prueba de que estos atrasos resultan por el contrario totalmente justificados, las diversas ampliaciones de plazo que solicitaron a lo largo de la ejecución del CONTRATO, las cuales en su oportunidad fueron debidamente sustentadas.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

- La Entidad no contestó la demanda; sin embargo, en su escrito de alegatos ha indicado que el contrato suscrito con el Contratista, corresponde a una contratación directa por la causal de situación de emergencia o situación de desabastecimiento; en ese sentido, por la naturaleza estrictamente temporal del contrato no podría aplicarse una figura que directa o indirectamente suponga la extensión del plazo, toda vez que desnaturalizaría la temporalidad en la cual se basan los supuestos que la habilitaron.
- Que, no obstante a ello la Entidad ha determinado ampliaciones de plazo que por la naturaleza del Contrato no son aplicables, en consecuencia, el plazo del contrato era del 02/02/16 al 01/05/2016, es decir, existió un retraso de 325 días que desnaturalizó el objeto de la contratación, debido a que el Contratista no superó las observaciones imputadas en su totalidad.
- Que, pese a que por la naturaleza del Contrato no es posible aprobar las ampliaciones de plazo en la medida que la Entidad aprobó la ampliación de plazo por 44 días, la penalidad que correspondía legalmente por 325 días fue reducida a 281 días, determinándose una penalidad por el importe de S/. 606,673.14, monto que representó la penalidad máxima del 10% del monto contractual, aún cuando le correspondía una penalidad mayor.

- Que, la pretensión del Contratista debe desestimarse y declararse infundada en la medida que por la naturaleza del contrato, no procedía el otorgamiento de ampliaciones de plazo, por lo que la penalidad impuesta por retraso injustificado es correcta.
- Que, por otro lado en su escrito de fecha 07/02/19, la Entidad indica que para el cálculo de días justificados se consideró 104 días calendario.
- Que, teniendo en cuenta que el plazo contractual venció el 01/05/16 y que con fecha 22/03/17 se le hace entrega del Acta de Conformidad Parcial, lo cual contabilizó 325 días de retraso injustificado y si a dicho plazo se le resta los 104 días justificados, lo que resulta es un retraso de 221 días injustificados, la misma que se ha utilizado para el cálculo de la penalidad por demora injustificada, la misma que asciende a la suma de S/. 605,673.14 soles.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Según lo expuesto por las partes, la controversia se centra en establecer, si corresponde o no declarar la improcedencia de la aplicación de penalidades ascendente a S/. 605,673.14 Soles, por carecer de fundamentos fácticos y legales

1. Al respecto se debe señalar que el Contrato No. 003-2016-HCH para la contratación del “Saldo de Servicio del Mantenimiento de las Unidades de Cuidados Intensivos de Medicina, Cuidados Intensivos de Neonatología y Cuidados Intensivos Quirúrgicos del Hospital Cayetano Heredia”, mediante el cual se origina la relación jurídica existente entre los partes en conflicto, tiene como base legal la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Ley No. 30225 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 350-2015-EF; así mismo supletoriamente se rige por el Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, a los cuales debemos remitirnos como norma especial sustantiva.



2. Bajo esta premisa, corresponde mencionar lo dispuesto en el numeral 45.3 del artículo 45° de la Ley de Contrataciones del Estado, que señala puntualmente lo siguiente:

"45.3 Las controversias se resuelven mediante la aplicación de la Constitución Política del Perú, de la presente ley y su reglamento, así como de las normas de derecho público y las de derecho privado; manteniendo obligatoriamente este orden de preferencia en la aplicación del derecho. Esta disposición es de orden público".

3. La norma mencionada es clara al señalar que, el orden de prioridad de las normas a aplicar es el siguiente: primero, la Constitución Política del Estado, segundo, la Ley de contrataciones del Estado y su Reglamento; tercero, las normas de derecho público; y cuarto las normas de derecho privado.
4. Por su parte la cláusula Décimo Quinta del Contrato, precisa que sólo en lo no previsto en el Contrato, en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, en las directivas que emita el OSCE y demás normativa especial que resulte aplicable serán de aplicación supletoria las disposiciones pertinentes del Código Civil vigente, cuando corresponda, y demás normas de derecho privado.
5. Que, la pretensión del Contratista está referida a que se declare la improcedencia de la aplicación de penalidades ascendente a la suma de S/. 605,673.14, bajo el argumento que si bien existieron atrasos en la ejecución de la prestación estos no fueron injustificados ni mucho menos imputables a COFABSER, pues a lo largo de la ejecución del servicio la Entidad fue dando respuestas tardías a los requerimientos y consultas, lo que originaron diversas ampliaciones de plazo, las cuales fueron debidamente sustentadas. Refiere el Contratista que para la aplicación de las penalidades, la Entidad debió verificar previamente si los atrasos incurridos eran injustificados, lo cual no ha ocurrido, y que por el contrario, los atrasos se han debido a razones imputables a la Entidad al responder en forma tardía las diversas consultas formuladas en la ejecución del servicio.
6. La Entidad indica por su parte, que la aplicación de las penalidades se encuentran debidamente sustentadas en el atraso en el cumplimiento de la prestación por parte del Contratista, al no haber levantado las observaciones y haber incumplido con la



ejecución del 100% de las partidas, ya que haciendo los cálculos pertinentes desde la fecha de la culminación del plazo contractual ocurrido el 01/05/16 hasta que se hace entrega de la conformidad parcial del servicio efectuado el 22/03/17, han transcurrido 325 días calendario de retraso, que restándole los 104 días de ampliación de plazo otorgados, dan como resultado un retraso injustificado de 221; habiendo acumulado el monto máximo de penalidad por mora, ascendente a la suma de S/. 605,673.14 Soles. (ver escrito de la Entidad del 07/02/19)

7. Que, no es materia de controversia en el presente arbitraje que el Árbitro Único emita pronunciamiento respecto al avance real del servicio o establecer el porcentaje del servicio ejecutado por el Contratista, ya que conforme fluye de autos, ambas partes han coincidido que la prestación ha concluido con una ejecución del 99.37% del servicio, quedando un saldo de 0.63%; lo que se cuestiona es si existía o no justificación para la aplicación de las penalidades por parte de la Entidad, por lo que el Árbitro Único se avocará a verificar si existían razones fundadas para que la Entidad aplique el monto máximo de penalidad por mora y/o si el Contratista tenía razones fundadas para el retraso de la prestación.
8. Al respecto, del Contrato se desprende que el plazo de ejecución establecido por las partes era de 90 días calendarios. Que el plazo de ejecución contractual se inició el 02/02/16, por lo tanto, el plazo inicial debió concluir el 01/05/16.
9. Que, de los medios probatorios que fluyen en el expediente, se ha podido verificar que la Entidad otorgó al Contratista ampliaciones de Plazo por 21 y 23 días calendarios, respectivamente, que hacen un total de 44 días calendario de ampliación de plazo, es decir, el retraso por éste periodo de tiempo se encuentra justificado con las ampliaciones de plazo reconocidas por la propia Entidad.
10. Ahora bien, si consideramos los 44 días de ampliación de plazo antes mencionado, la culminación del plazo de ejecución contractual se traslada del 01/05/16 hasta el 14/06/16. Así está reconocido por la propia Entidad en el informe Nro. 001-2017-JCGQ, de fecha 21/03/17 elaborado por el Arquitecto JULIO CESAR GUTIERREZ QUINTANA, Informe Técnico No. 038-2016-RJDV/OSGM-HCH,



de fecha 08/08/16, elaborado por el Ingeniero de la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento, RICARDO JOEL DIESTRA VASQUEZ y por el Supervisor del Servicio Ing. MARCELINO SALGUERO CARRILLO en el Informe No. 059-2016-MSA/HCH, de fecha 03/08/16.

11. Que, de acuerdo con lo indicado por la propia Entidad (numeral 17 del escrito de fecha 07/02/19) el Contratista entregó el Servicio el 28/06/16, así lo ha precisado también el Supervisor del Servicio en su Informe No. 059-2016-MSA/HCH (numeral 1.5), de fecha 03/08/16. De lo señalado se concluye que el Contratista hasta el 28/06/16, había acumulado 14 días de penalidad por mora.

Al respecto, el Contratista ha argumentado que la penalidad no es de aplicación porque se encontraba pendiente que la Entidad apruebe el adicional y deductivo de obra; sin embargo, dicha argumentación no se justifica, porque de ser cierto ello, debió solicitar la ampliación de plazo correspondiente por demora en la aprobación del adicional de obra, de tal forma que se amplíe el plazo contractual, el mismo que ya había culminado el 14/06/16.

12. Por otro lado, fluye de autos la Carta S/N de fecha 28/06/16, mediante el cual el Contratista comunica a la Entidad que ha culminado los trabajos correspondientes al Contrato No. 003-2016-HCH y solicita la conformación del Comité de Recepción del Servicio con la finalidad de dar cumplimiento y formalizar el traspaso de los servicios ejecutados.
13. Que, dicho pedido fue atendido por el Supervisor del Servicio mediante Carta No. 038-2016-MSA/HCH, de fecha 07/07/16, comunicando que con el Informe No. 037-2016-MSA/HCH del 05/07/16 se ha solicitado a la oficina de servicios generales y mantenimiento del Hospital Cayetano Heredia la conformación del Comité de Recepción.



14. Que, al respecto, el Director Ejecutivo de la Oficina Ejecutiva de Administración, remite copia del Memorandum No.135-2016-SCIG/HCH, del Jefe de Servicio de Cuidados Intensivos Generales y la Carta No. 034-2016-MSA/HCH del Ingeniero

Supervisor en los que se dá cuenta de las observaciones efectuadas por el Jefe de Servicio de Cuidados Intensivos Generales en los ambientes del primer y segundo piso del area de la prestación del servicio. Asimismo, con Carta No. 58-OSGM-2015-HCH, de fecha 24/10/16 la Jefa de la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento hace llegar al Contratista las observaciones vertidas por los profesionales de la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento, para que sean levantadas. Finalmente, con Carta No. 121-2016-MSA/HCH de fecha 31/10/16, recepcionada el 02/11/16, el Ing. Marcelino Salguero Carrillo, Supervisor del Servicio, hace recordar al Contratista que con fecha 15/08/16, se le hizo entrega de copia de la Carta No. 040-OSGM-2015-HCH que contenía las observaciones formuladas por el personal profesional de la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento, de lo cual no se tuvo respuesta; asimismo, el Supervisor adjunta la Carta No. 057-OSGM-2016-HCH del 24/10/16, con las observaciones finales remitidas por los mencionados profesionales, indicando que las mismas deben ser subsanadas dentro del plazo reglamentario, sin perjuicio de aplicar las penalidades contempladas en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por el retraso en el cumplimiento de lo solicitado.

15. De lo señalado precedentemente, se puede advertir que luego que el Contratista solicitara la conformidad de la prestación ocurrida el 28/06/16, las diferentes áreas de la Entidad formularon observaciones a la prestación, pero ninguna de ellas estableció un plazo perentorio para su levantamiento, salvo las observaciones remitidas con Carta No. 057-OSGM-2016-HCH del 24/10/16, en la que se precisa que las observaciones deberán ser subsanadas en el plazo reglamentario.

16. Al respecto, el artículo 143° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado precisa lo siguiente:

“Artículo 143.- Recepción y conformidad

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



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

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

De existir observaciones, la Entidad debe comunicarlas al contratista, indicando claramente el sentido de estas, otorgándole un plazo para subsanar no menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días, dependiendo de la complejidad. Tratándose de consultorías el plazo para subsanar no puede ser menor de cinco (5) ni mayor de veinte (20) días. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliera a cabalidad con la subsanación, la Entidad puede resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan, desde el vencimiento del plazo para subsanar. Este procedimiento no resulta aplicable cuando los bienes, servicios en general y/o consultorías manifestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectúa la recepción o no otorga la conformidad, según corresponda, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades respectivas.

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

(el resaltado es agregado)

17. Por su parte la Cláusula NOVENA del Contrato, respecto a la Conformidad de la prestación del Servicio, ha establecido lo siguiente:

“CLAUSULA NOVENA: CONFORMIDAD DE LA PRESTACION DEL SERVICIO

La conformidad de la prestación del servicio se regula por lo dispuesto en el artículo 143° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. La conformidad será otorgada por el Jefe del Area Usuaría, el Jefe de la Unidad de Mantenimiento y el Jefe de la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento del Hospital Cayetano Heredia.

De existir observaciones, la ENTIDAD debe comunicar las mismas a EL CONTRATISTA, indicando claramente el sentido de estas, otorgándoles un plazo para subsanar no menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días, dependiendo de la complejidad. Si pese al plazo otorgado EL CONTRATISTA no cumpliera a cabalidad con la subsanación, LA ENTIDAD puede resolver el contrato, sin



perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan, desde el vencimiento del plazo para subsanar.

Este procedimiento no resulta aplicable cuando los servicios manifiestamente no cumplen con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso LA ENTIDAD no otorga la conformidad, según corresponda, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades respectivas.”

(el resaltado es agregado)

18. De la norma legal y contractual mencionadas precedentemente se desprende lo siguiente:
 - a. Que, la conformidad de la prestación será otorgada por el jefe del Area Usuaría, el Jefe de la Unidad de Mantenimiento y el Jefe de la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento del Hospital Cayetano Heredia.
 - b. Que, en caso de existir observaciones la Entidad deberá comunicar las mismas al Contratista y otorgarle un plazo para subsanarlas no menor de 2, ni mayor de 10 días dependiendo de la complejidad.
19. Que, en el presente caso durante el periodo comprendido desde el 29/06/16 hasta el 02/11/16, fecha de la recepción de la Carta No. 121-2016-MSC/HCH con las observaciones finales, se realizaron diversas observaciones a la prestación, habiéndose precisado en la carta antes mencionada que se otorgaba al Contratista el plazo reglamentario para subsanar las observaciones finales; dicho plazo de acuerdo al artículo 143° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y a la cláusula NOVENA del Contrato es de 10 días como máximo; por lo tanto, el Contratista tenía hasta el 12/11/16 para cumplir con el levantamiento de las observaciones finales.
20. Que, al respecto fluye de autos la Carta S/N remitida por el Contratista al Hospital Cayetano Heredia, con fecha 14/02/17 en la que solicita se le otorgue la conformidad del servicio, en virtud a que han pasado todas las pruebas de todos los especialistas del servicio respecto al Contrato No. 003-2006-HCH y que se ha entregado toda la documentación técnica solicitada.
21. Que, en respuesta al pedido del Contratista con fecha 22/02/17, se emite la Resolución Administrativa No. 009-2017-OEA/HCH, designando al Comité de

Recepción para que se encargue de recepcionar los servicios materia del Contrato No. 003-2016-HCH, acto administrativo que fue aclarado con Resolución Administrativa No. 010-2017-OEA/HCH, de fecha 27/02/17.

22. Que, fluye de autos la Carta S/N de fecha 13/03/17, mediante la cual el Contratista comunica a la Entidad que las observaciones correspondientes al Informe Técnico No. 002-2017-OSGM-HCH elaborado por el Comité de Recepción y los profesionales especialistas del Hospital Cayetano Heredia, han sido levantadas con fecha 08/03/17, por lo que solicita se emita la conformidad del servicio.
23. Asimismo corre en el expediente arbitral la Carta No. 081-2017-OEA/HCH, de fecha 20/04/17, mediante el cual el Gerente General del Hospital Cayetano Heredia, comunica que de la documentación presentada no justifica el levantamiento de observaciones técnicas y que la documentación adicional presentada con la Carta de sustentación adicional al acta de compromiso de fecha 12/04/17, que sustentan los descargos respecto a la aplicación de penalidades, descuentos y ampliaciones de plazo, no presentan los elementos de sustento que debe cumplir para subsanar debidamente las observaciones en el plazo otorgado por la Entidad, por lo cual la ejecución de la prestación del servicio contratado no cumple con las características y condiciones establecidas en el Término de Referencia y Bases del Proceso de Selección, por lo cual la Entidad considera como no absueltas las observaciones realizadas y debidamente comunicadas, así como la justificación técnica presentada para dejar sin efecto el descuento de partidas no ejecutadas, las cuales están detalladas en el acta de conformidad de la prestación del servicio.
24. De lo señalado precedentemente se desprende que el Comité de Recepción efectuó observaciones al servicio, otorgando un plazo determinado para que el Contratista levante las observaciones, y que el Contratista cumplió con dicho levantamiento con fecha 08/03/17; sin embargo a decir de la Entidad dichas observaciones no fueron levantadas concluyendo que la ejecución de la prestación del servicio contratado no cumple con las características y condiciones establecidas en el

Término de Referencia y Bases del Proceso de Selección, por lo cual se consideró como no absueltas las observaciones realizadas.

25. Que, no obstante a ello, con fecha 22/03/17, el Comité de Recepción mediante Formato No. 01, otorga al Contratista la Conformidad Parcial del Servicio, indicando en el numeral 5 “OBSERVACIONES”, lo siguiente:

“Para el otorgamiento de la conformidad parcial de la prestación de servicio se ha considerado lo siguiente:

- *Aplicar la penalidad por el monto de seiscientos cinco mil seiscientos setenta y tres con 14/100 soles (S/. 605,673.14) por el atraso descrito en el anexo No. 01, adjunto a este documento.*
- *Aplicar un descuento por las partidas no ejecutadas ascendente a la suma de doscientos diecinueve mil ochocientos veintinueve con 05/100 soles (S/. 219,821.05), que representa el 3.6% del monto total del contrato, los mismos que se describen dentro del anexo No. 02, adjunto a este documento.*
- *Determinando un total de ochocientos veinticinco mil cuatrocientos noventa y cuatro con 19/100 soles (S/. 825,494.19)”*

26. Asimismo, en el numeral 5 del Formato No. 01, antes comentado, se otorga la conformidad de la prestación, indicándose lo siguiente:

“Los que suscriben, Abog. Ricardo Francisco Ramirez Moreno en calidad de Jefe encargado de la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento -Area Técnica y el Dr. Manuel Alberto Diaz de los Santos en calidad de Jefe del Departamento de Emergencia de Cuidados Críticos -Area Usuaria, con el visto bueno del Supervisor del Servicio Arq. Julio Cesar Gutierrez Quintana, dan conformidad parcial al 96.4% del Servicio descrito líneas arriba, según informe No. 291-2017-OSGM/OEA-HCH prestado por el Contratista: Comercialización, Fabricación y Servicios Sociedad Comercial de Responsabilidad Limitada C. General, la misma que cuenta con el Registro Unico de Contribuyente (RUC) 20137703875”.

27. De lo señalado precedentemente se debe indicar que, los anexos 01 y 02, que se hacen referencia no fluyen en el expediente arbitral; sin embargo, teniendo en cuenta que la conformidad otorgada por el Comité de recepción es parcial, por haberse ejecutado el 96.4% del servicio, queda claro para el Árbitro Único - y así lo han reconocido las partes - que no se culminó con el 100% de la prestación, por lo que existe mora en el cumplimiento del Contrato.

28. Que, al respecto fluye el Acta de Compromiso de Depósito suscrito con fecha 23/03/17 por el representante del Contratista, Sr. José María Santisteban Zurita y los representantes del Hospital Cayetano Heredia mediante el cual el Contratista se compromete a depositar el monto ascendente a S/. 219,821.05 correspondiente a las partidas no ejecutadas detallados en el acta de conformidad de la prestación del servicio, con lo cual, se evidencia que ha sido el propio Contratista quién ha aceptado que la prestación no se ha ejecutado en un 100%.

Determinación del Monto de la penalidad por mora

29. De los hechos expuestos en los puntos que anteceden se puede advertir, que existen 2 momentos en los que la Entidad realiza observaciones a la prestación efectuada por el Contratista.
30. Un primer momento son las observaciones efectuadas en el periodo comprendido desde el 28/06/16 (fecha a partir del cual el Contratista comunica la finalización de los servicios y solicita la conformación del Comité de Recepción del Servicio) hasta el 02/11/16, fecha de recepción de la Carta No. 121-2016-MSC/HCH mediante el cual la Entidad comunica al Contratista las observaciones finales efectuadas por el personal profesional de la oficina de Servicios Generales y Mantenimiento y le otorga el plazo establecido en el Reglamento para que levante las mismas, sin perjuicio de aplicar las penalidades contempladas en el Reglamento por el retraso en el cumplimiento de lo solicitado; plazo que se venció el 12/11/16.

Que, desde el 12/11/16 (fecha máxima para cumplir con el levantamiento de observaciones) hasta el 14/02/17 (fecha en que el Contratista solicitó nuevamente la conformidad de la prestación), **transcurrieron 94 días calendario.**

31. El segundo momento en que la Entidad formula observaciones a la prestación, se dá con posterioridad a la designación del Comité de Recepción del Servicio, luego de lo cual se realizan observaciones a la prestación, la misma que es levantada por el Contratista con fecha 08/03/17, sin embargo, la Entidad con Carta No. 081-2017-OEA/HCH, de fecha 20/04/17, considera como no absueltas las observaciones

realizadas, procediéndose a otorgar la conformidad de la prestación en forma parcial, sólo respecto al **96.4% del servicio**.

En éste periodo no se evidencia retraso por parte del Contratista en torno al levantamiento de observaciones, habiéndolo efectuado dentro de los 10 días establecido en la cláusula Novena del Contrato y artículo 143° del Reglamento.

32. Que, si tenemos en cuenta, que con los 44 días de ampliación de plazo otorgadas por la Entidad, el plazo de culminación de la ejecución contractual se extendió desde el 01/05/16 hasta el 14/06/16 y que de acuerdo a lo señalado por la propia Entidad el Contratista culminó el servicio el 28/06/16, tendríamos una demora de 14 días calendario.
33. Que, luego de las observaciones efectuadas en un primer momento por la Entidad, el Contratista demoró 90 días calendario en levantar las observaciones.
34. Que, sumados ambos retrasos (demora en la culminación de la prestación + demora en el levantamiento de las observaciones) tenemos un retraso de 114 días calendario.
35. Que, la propia Entidad en su escrito de fecha 07/02/19, numeral 16 ha reconocido que los días de ampliación de plazo otorgadas al Contratista suman en total 104, días calendario, y habiéndose ya considerado 44 días calendario hasta el 14/06/16, correspondería descontar 60 días calendarios adicionales de ampliación de plazo, que según propia versión de la Entidad se encontrarían debidamente justificados.
36. Que, efectuada la resta correspondiente, tendríamos que el retraso en la prestación del servicio que no se encuentra justificado es de **54 días** calendario (114 – 60); por lo que el cálculo de la penalidad por mora se deberá efectuar sobre dicha base.
37. Que, la cláusula Décimo Segunda del Contrato, sobre penalidades señala: *“Si el Contratista incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, LA ENTIDAD le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso, de acuerdo a la siguiente fórmula:*



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

Donde:

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

Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o en caso de que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica a la prestación parcial que fuera materia de retraso.

Se considera justificado el retraso, cuando EL CONTRATISTA acredite de modo objetivamente sustentado que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo, conforme al artículo 133° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Estas penalidades se deducen 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.

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.

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, de ser el caso, LA ENTIDAD puede resolver el contrato por incumplimiento."

38. Esta disposición pactada en el Contrato, tiene concordancia con lo establecido en el artículo 133° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por tanto se realizará el cálculo correspondiente para verificar si el Contratista ha acumulado el monto máximo de penalidad por mora.

Monto del Contrato: S/. 6'056,731.37

Plazo del Contrato : 90 días calendario

Aplicando la fórmula:

$$\begin{aligned} \text{Penalidad diaria} &= \frac{0.10 \times \text{S/ } 6'056,731.37}{0.25 \times 90} = \frac{605,673.14}{22.5} \\ \text{Penalidad diaria} &= \text{S/ } 26,918.81 \end{aligned}$$

Penalidad total = S/ 26,918.81 x 54 días = 1'453,615.40

Máximo de penalidad por mora 10% del Contrato:

Penalidad por Mora = S/ 605,673.14

39. Habiendo quedado demostrado, por los días de retraso injustificado, que el Contratista ha acumulado el máximo de penalidad por mora, se puede concluir que la penalidad aplicada por la Entidad se encuentra debidamente justificada y arreglada a Ley; en tal virtud, el Árbitro Único es de la opinión que la pretensión del Contratista para que se declare la improcedencia de la aplicación de penalidades ascendente a la suma de S/. 605,673.14 no puede ser amparada, deviniendo dicha pretensión en infundada.

Respecto a las alegaciones del Contratista

40. El Contratista en su escrito de demanda alegó inicialmente que las penalidades impuestas por la Entidad son improcedentes por cuanto el retraso en la ejecución no pueden ser imputables a COFABSER y que la Entidad debió verificar que los atrasos incurridos sean injustificados lo cual no resulta ser cierto, ya que ha sido la Entidad quien ha dado respuestas tardías y en otros casos no ha respondido a las diversas consultas, la cual era de vital importancia para proceder con la ejecución del servicio.

41. Al respecto, el artículo 140° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, ha establecido los supuestos en los que el Contratista puede solicitar una ampliación de plazo, estableciendo el procedimiento que se debe seguir para dicho efecto. Es decir, que cuando se presenten situaciones que impidan o retrasen el avance del servicio (como los alegados por el Contratista) y en los cuales no tenga responsabilidad, el Reglamento le otorga facultades para que pueda solicitar la ampliación de plazo correspondiente y así poder justificar cualquier retraso no imputable a su responsabilidad.



42. En el presente caso, como se ha analizado precedentemente, el Contratista ha justificado vía las ampliaciones de plazo otorgadas por la Entidad 104 días calendario de retraso justificado, habiéndose determinado que ha incurrido en demora en la ejecución de la prestación por un total de 54 días calendario, en razón del cual se le ha impuesto el máximo de la penalidad por mora en la suma de S/. 605,673.14
43. Por otro lado, el Contratista en su escrito presentado con fecha 21/02/19 (con posterioridad a su escrito de demanda), invoca las conclusiones arribadas en la OPINION No. 148-2018-DTN de fecha 13/09/18, referidas a que un retraso justificado puede generar la solicitud de ampliación de plazo contractual y la solicitud de no aplicación de penalidades por mora en la prestación del servicio. Que, en el caso de la no aplicación de penalidades por mora, refiere que el demandado, en este caso el Hospital Cayetano Heredia debe verificar que no exista una causa objetiva justificante que conlleve a descartar la aplicación automática de las penalidades.
44. Al respecto se debe indicar que la OPINION comentada precedentemente precisa literalmente lo siguiente:

*2.1.2 Por otro lado, es preciso mencionar que ante un **retraso justificado**, es decir una demora por situación **no** imputable al contratista, este puede solicitar la ampliación del plazo contractual, para lo cual la Entidad debe tomar en cuenta si -para su procedencia- se configura alguna de las causales previstas en el artículo 140 del Reglamento para el caso de bienes y servicios⁵, y en el artículo 169 del Reglamento para el caso de obras.*

*Así, conforme a lo establecido en el artículo 140 del Reglamento, la ampliación de plazo procede, **en contratos de bienes y servicios**: i) cuando se aprueba el adicional, siempre y cuando afecte el plazo⁶; y, ii) por atrasos y/o paralizaciones no imputables al contratista.*



⁵ Al respecto, debe indicarse que de acuerdo a la definición de "**Servicio**" contemplada en el Anexo Único del Reglamento, Anexo de Definiciones: "(...) Los servicios pueden clasificarse en **servicios en general, consultoría en general y consultoría de obra**." (El subrayado es agregado).

⁶ En este caso, el contratista amplía el plazo de las garantías que hubiera otorgado.

(...)

De las disposiciones citadas, se aprecia que la normativa de contrataciones del Estado prevé la posibilidad de que el contratista pueda solicitar la ampliación del plazo pactado por atrasos y/o paralizaciones no imputables a este, correspondiendo a la Entidad evaluar la solicitud y decidir si la aprueba o no. Cuando la Entidad resuelva en el sentido de aprobar la ampliación del plazo contractual y siempre que la ejecución de la prestación se haya cumplido dentro de dicho plazo, no aplicará la penalidad por mora; de lo contrario, deberá deducir el monto de la penalidad por mora de los pagos a cuenta, o de las valorizaciones, o del pago final, o en la liquidación final, según corresponda, o de ser necesario del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

- 2.1.3 *En relación con lo anterior, debe señalarse que, si bien el artículo 133 del Reglamento dispone que la penalidad por mora se aplica automáticamente, la Entidad, con ocasión de la documentación presentada por el contratista, debe verificar si éste se ha retrasado injustificadamente en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato o no, ya que si el retraso fuera justificado no correspondería aplicar la penalidad por mora.*

Sobre el particular, el último párrafo del artículo 133 del Reglamento dispone que “Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo”.

En ese sentido, ante un retraso en la ejecución de las prestaciones le corresponde al contratista acreditar de manera objetiva que el retraso en la ejecución de la prestación obedece a una situación que no le resulta imputable, y la Entidad evaluará si dicha situación configura un retraso justificado, a efectos de no aplicar la penalidad por mora. De considerarse el retraso como justificado el contratista no tiene derecho al pago de gastos generales de ningún tipo.

- 2.1.4 *Conforme a lo expuesto en los numerales anteriores, un retraso justificado puede generar la solicitud de ampliación de plazo contractual y la no aplicación de penalidades por mora. En relación con la ampliación de plazo, ella debe ajustarse al procedimiento previsto en el Reglamento, por otro lado respecto a la solicitud de no aplicación de penalidades por mora, es necesario que el contratista acredite de manera objetiva que el retraso es consecuencia directa de un evento que no le resulta imputable, aspecto que es evaluado por la Entidad, (de acuerdo a sus normas de organización interna), debiendo precisarse que en este último caso la calificación del retraso como justificado –prevista en el último párrafo del artículo 133 del Reglamento- no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo.*

En consecuencia, un retraso será injustificado –en adición a lo indicado en la Opinión N° 151-2017/DTN-, cuando: i) el contratista no hubiera solicitado ampliación de plazo; ii) habiéndola solicitado esta no fue aprobada por la Entidad; o, iii) no se acredite objetivamente que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable.

Ahora bien, en atención a la consulta planteada, debe indicarse que la normativa de contrataciones del Estado no ha previsto un procedimiento para acreditar como justificado un retraso en el marco de la solicitud de no aplicación de penalidades por mora. Sobre el particular, para dicho fin, es necesario que se presente el sustento objetivo que permita demostrar que la demora obedece a una situación no atribuible al contratista frente a su actuar diligente en la ejecución del contrato. Adicionalmente, la Entidad puede establecer la autoridad responsable de su evaluación y aprobación, conforme a su organización interna”.

(El resaltado es agregado)

45. De lo señalado precedentemente, se puede advertir que el retraso en la ejecución de un servicio se puede justificar bajo 2 aspectos:
- a. Con el otorgamiento de ampliaciones de plazo, cuyo procedimiento debe sujetarse a lo dispuesto en el artículo 140° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.
 - b. Con el pedido de no aplicación de penalidades por mora, para lo cual es necesario que el contratista acredite de manera objetiva que el retraso es consecuencia directa de un evento que no le resulta imputable, aspecto que debe ser evaluado por la Entidad, (de acuerdo a sus normas de organización interna), debiendo precisarse que en este último caso la calificación del retraso como justificado –prevista en el último párrafo del artículo 133 del Reglamento- no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo.
46. Que, en lo concerniente al segundo aspecto “no aplicación de penalidades por mora”, la opinión mencionada establece claramente que, es necesario que se presente el sustento objetivo que permita demostrar que la demora obedece a una situación no atribuible al contratista frente a su actuar diligente en la ejecución del contrato, el mismo que deberá ser evaluado por la Entidad.

47. En el presente caso, de lo señalado precedentemente, se puede advertir que no existe el pedido del Contratista formulado a la Entidad en el que se haya acreditado de manera objetiva que el retraso en la ejecución de la prestación, es consecuencia directa de un evento que no le resulta imputable; ello en virtud a que la Opinión señala claramente que dicho sustento deberá ser evaluado por la Entidad (de acuerdo a sus normas de organización interna), es decir, es una facultad inherente a la Entidad; ello se puede advertir de las Conclusiones referidas en la OPINION bajo comentario, que en el numeral 3.3 precisa:

*“3.3 Si bien la normativa de contrataciones del Estado no ha establecido un procedimiento específico para acreditar como justificado un retraso, es necesario que cuando se ejecute la prestación de manera tardía **el contratista acredite de manera objetiva** que dicha demora es consecuencia directa de un evento que no le es imputable, **para lo cual adjuntará el material de sustento que justifique dicha situación y que será evaluado por la Entidad.**”*

(El resaltado es agregado)

48. Que, en ese sentido para que el Árbitro Único pueda evaluar si le asiste al Contratista el derecho a que se justifique la aplicación de penalidades por mora, previamente correspondería verificar la pre-xistencia del sustento objetivo efectuado por el Contratista y la consiguiente evaluación de la Entidad, lo cual no ha ocurrido en el presente caso, por lo que tampoco corresponde amparar las alegaciones del Contratista en éste extremo.

Respecto a las alegaciones del Hospital Cayetano Heredia

49. El Hospital Cayetano Heredia en su escrito presentado con fecha 04/01/19, ha indicado que en los contratos por contratación directa por la causal de situación de emergencia o situación de desabastecimiento, no son de aplicación las ampliaciones de plazo, ya que ello desnaturalizaría la temporalidad en la cual se basan los



supuestos que la habilitaron, para ello recurre a la interpretación contenida en una Opinión del OSCE.

50. Al respecto, se debe indicar que la Dirección Técnica Normativa del OSCE con la OPINION No. 144-2015/DTN, se aparta de dicho criterio, precisando que las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regulan la ampliación de plazo de ejecución contractual, en la medida que están referidas a la fase de ejecución contractual, también son de aplicación a los contratos derivados de una exoneración por causal de emergencia, pues la exoneración solo habilita a la Entidad la realización del proceso de selección que correspondería, pero no a inaplicar las disposiciones de la normativa de contrataciones del Estado que regulan las fases de actos preparatorios y ejecución contractual, debiendo observarse los requisitos, condiciones y demás formalidades propias de estas fases.
51. A tenor de lo expuesto, las alegaciones de la Entidad en este extremo no tienen asidero legal que lo ampare, ya que las ampliaciones de plazo otorgadas por la Entidad corresponden a la etapa de ejecución contractual y en ese sentido, han sido debidamente valoradas al momento de analizar la pretensión sometida a controversia.

2. ANÁLISIS DEL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO

“Determinar si corresponde o no, la aplicación de descuento por la ejecución del “Saldo del Servicio del Mantenimiento de las Unidades de Cuidados Intensivos de Medicina, Cuidados Intensivos de Neonatología y Cuidados Intensivos Quirúrgicos del Hospital Cayetano Heredia” por el monto de s/. 219,821.05 soles”.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

- Manifiesta el Contratista que mediante el Informe N° 001-2017-JCGQ de fecha 21 de marzo de 2017, EL HOSPITAL a través del arquitecto Julio Cesar Gutiérrez Quintana determinó los descuentos del saldo de la ejecución de la prestación del servicio conforme al siguiente detalle:



MONTO TOTAL – CONTRATO	PARTIDAS	SALDO	% CONTRATO
S/. 6'056,731.37	ARQUITECTURA	S/. 201,790.48	3.3%
	SANITARIO	S/. 18,030.57	0.3%
	TOTAL, DESCUENTO	S/. 219,821.05	3.6%

- Que, al respecto, el artículo 139° del RLCE establece lo siguiente:

Artículo 139- Adicionales y Reducciones

Mediante Resolución previa, el Titular de la Entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que estas sean necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, para lo cual debe contar con la asignación presupuestal necesaria.

El costo de los adicionales se determina sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o términos de referencia del servicio en general o de consultoría y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de estos se determina por acuerdo entre las partes.

Igualmente, puede disponerse la reducción de las prestaciones hasta el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original.

En caso de adicionales, el contratista debe aumentar de forma proporcional las garantías que hubiese otorgado.

En caso de reducciones puede solicitar la disminución en la misma proporción.

(...)

Los adicionales o reducciones que se dispongan durante la ejecución de proyectos de inversión pública deben ser comunicados por la Entidad a la autoridad competente del Sistema Nacional de Inversión Pública.” (El subrayado es nuestro).

- Que, en relación con el citado artículo, corresponde señalar que, para la aplicación de descuentos por reducciones de las prestaciones del servicio, es necesario una resolución previa por parte de la entidad declarando su aprobación. En ese sentido, se puede apreciar al respecto que, en este caso concreto, EL HOSPITAL pretende ejecutar la Carta Fianza por el monto correspondiente a los descuentos por las



partidas no ejecutadas por la suma de S/. 219,281.05 Soles ofrecida bajo el argumento de no haber cancelado COFABSER los descuentos por las partidas no ejecutadas, lo cual hizo a través de la Carta N° 081-2017-OEA/HCH y no con la formalidad que EL RLCE claramente lo establece en su artículo 139°, esto es, a través de una RESOLUCIÓN.

- Que, en ese sentido, la comunicación de ejecución de la Carta Fianza no es más que una mera amenaza, siendo que dicha comunicación no es válida puesto que no hay evidencia de una resolución del HOSPITAL que apruebe la reducción de las prestaciones en la ejecución del servicio, por tanto, esta debe entenderse como no dada.
- Que, corresponderá al Árbitro Único declare también FUNDADA la segunda pretensión arbitral.

POSICION DE LA ENTIDAD

- La Entidad no contestó la demanda; sin embargo, en su escrito de alegatos ha indicado que en la medida que se otorgó la conformidad parcial del servicio al 96.4% correspondía que el 3.6% equivalente a S/. 219,821.05 sea descontado al Contratista en la medida que pese a los 328 días calendario que incurrió en incumplimientos, no pudo levantar totalmente las observaciones realizadas por la Entidad, razón por la cual, dicho extremo debe ser declarado infundado.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Según lo expuesto por las partes, la controversia se centra en establecer, si corresponde o no la aplicación del descuento por la ejecución del saldo de servicio de mantenimiento de las unidades de cuidados intensivos de Medicina, cuidados intensivos de Neonatología y Cuidados Intensivos Quirúrgicos del Hospital Cayetano Heredia por el monto de S/. 219,821.05 Soles.



1. Al respecto fluye del Informe No. 001-2017-JCGQ, de fecha 21/03/17, elaborado por el Arquitecto JULIO CESAR GUTIERREZ QUINTANA en el cual se establece

las partidas que han quedado como saldo del servicio, los mismos que deben ser descontados y que se detallan a continuación:

MONTO TOTAL CONTRATO	PARTIDAS	SALDO	% CONTRATO
S/. 6,056,731.37	ARQUITECTURA	S/. 201,790.48	3.3%
	SANITARIO	S/. 18,030.57	0.3%
	TOTAL DESCUENTO	S/. 219,821.05	3.6%

2. Que, el artículo 139° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sobre adicionales y reducciones establece lo siguiente:

“Artículo 139- Adicionales y Reducciones

*Mediante **Resolución previa**, el Titular de la Entidad puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales hasta por el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original, siempre que estas sean necesarias para alcanzar la finalidad del contrato, para lo cual debe contar con la asignación presupuestal necesaria. El costo de los adicionales se determina sobre la base de las especificaciones técnicas del bien o términos de referencia del servicio en general o de consultoría y de las condiciones y precios pactados en el contrato; en defecto de estos se determina por acuerdo entre las partes.*

*Igualmente, **puede disponerse la reducción** de las prestaciones hasta el límite del veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original.*

En caso de adicionales, el contratista debe aumentar de forma proporcional las garantías que hubiese otorgado. En caso de reducciones puede solicitar la disminución en la misma proporción.

Tratándose de adicionales de supervisión de obra, para el calculo del límite establecido en el primer párrafo del artículo 34.4 de Ley solo debe tomarse en consideración todas las prestaciones adicionales de supervisión que se produzcan por variaciones en el plazo de la obra o variaciones en el ritmo de trabajo de la obra, distintos a los adicionales de obra.

Los adicionales o reducciones que se dispongan durante la ejecución de proyectos de inversión pública deben ser comunicados por la Entidad a la autoridad competente del Sistema Nacional de Inversión Pública.”

3. De la norma señalada precedentemente, se puede concluir que es el Titular de la Entidad quien mediante **resolución previa** puede disponer la ejecución de prestaciones adicionales o disponer la **reducción de la prestación** hasta un máximo



del 25% del monto del contrato, los mismos que deberán ser comunicados por la Entidad a la autoridad competente del Sistema Nacional de Inversión Pública.

4. Por otro lado, el numeral 1 del artículo 14° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, precisa que las Contrataciones a suma alzada, son aplicables cuando las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra, respectivas. Que, el postor formula su oferta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución.
5. En el presente caso, estamos frente a un Contrato de Servicio cuya modalidad de Contratación es a Suma Alzada por tanto las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estuvieron definidas en las especificaciones técnicas o términos de referencia, habiendo el Contratista formulado su oferta por un monto fijo y por un determinado plazo de ejecución.
6. Que, al respecto la Dirección Técnica Normativa del OSCE respecto a las reducciones del monto contractual en un contrato a suma alzada, ha precisado en la **OPINIÓN N° 067-2017/DTN**, lo siguiente:

2.1 “En un contrato de prestación de servicios, contratado bajo la modalidad de suma alzada, cómo se definen las reducciones a las que se refería el artículo 41 del Decreto Legislativo 1017 y el artículo 174 de su Reglamento”

2.1.1 En primer lugar, debe señalarse que el artículo 40 del anterior Reglamento había previsto los sistemas de contratación a través de los cuales las Entidades podían contratar bienes, servicios y obras; estos eran: (i) el sistema a suma alzada, (ii) el sistema de precios unitarios, tarifas o porcentajes, y (iii) el sistema mixto de suma alzada y precios unitarios.

Ahora bien, de conformidad con el primer párrafo del numeral 1) del mencionado artículo, el sistema de contratación a suma alzada resultaba aplicable cuando “(...) las cantidades, magnitudes y calidades de la prestación estén totalmente definidas en las especificaciones técnicas, en los términos de referencia o, en el caso de obras, en los planos y especificaciones técnicas respectivas.”



Así, una Entidad solo podía contratar un servicio bajo el sistema de contratación a suma alzada, cuando era posible determinar con exactitud su magnitud, calidad y cantidad, información que debía establecerse en los términos de referencia⁷.

Por otro lado, el primer párrafo del numeral 1) del artículo 40 del anterior Reglamento establecía que, en el sistema de contratación a suma alzada el postor debía formular su propuesta "(...) por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución." (El subrayado es agregado).

De las disposiciones citadas, se desprendía que, cuando el sistema de contratación elegido por una Entidad para contratar un servicio era el de suma alzada, al presentar su propuesta durante el proceso de selección, el postor se obligaba a realizar el íntegro de los trabajos necesarios para la prestación de los servicios requeridos por la Entidad, en el plazo y por el monto ofertados en sus propuestas técnica y económica, respectivamente. A su vez, la Entidad se obligaba a pagar al contratista el monto o precio ofertado en su propuesta económica.

En tal medida, los servicios contratados bajo el sistema a suma alzada implicaban, como regla general, la invariabilidad del precio pactado, por lo que el contratista se obligaba a realizar el íntegro de las prestaciones necesarias para cumplir con el servicio por el precio ofertado en su propuesta económica⁸.

- 2.1.2 *Excepcionalmente, de conformidad con lo señalado por el artículo 41 de la anterior Ley, una Entidad podía modificar el precio o monto de un contrato, independientemente de su sistema de contratación, como consecuencia de la potestad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales o reducciones, siempre que estas resultaran necesarias para alcanzar la finalidad del contrato.*

Al respecto, es importante precisar que la potestad de aprobar prestaciones adicionales o reducciones respondía al ejercicio de las prerrogativas especiales del Estado, pues se enmarcaba dentro de lo que la doctrina denomina "cláusulas exorbitantes" que caracterizan a los regímenes jurídicos especiales de derecho público –como es el régimen de contrataciones del Estado–, en los que la Administración Pública representa al interés general, el servicio público, y su contraparte representa al interés privado⁹.



⁷ El numeral 50 del Anexo Único del Reglamento, "Anexo de Definiciones", definía a los "términos de referencia" como la "Descripción, elaborada por la Entidad, de las características técnicas y de las condiciones en que se ejecutará la prestación de servicios y de consultoría."

⁸ Dicho criterio ha sido plasmado en diversas opiniones como la Opinión N° 061-2014/DTN y la Opinión N° 140-2015/DTN, entre otras.

⁹ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Las cláusulas exorbitantes*, en: THEMIS, Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 39, Pág. 7

Como se advierte, la potestad de aprobar la ejecución de prestaciones adicionales, así como su reducción, había sido conferida a la Entidad en reconocimiento de su calidad de garante del interés público en los contratos que celebra para abastecerse de los bienes, servicios u obras necesarios para cumplir con las funciones que le ha asignado la ley.

En ese sentido, y teniendo en consideración el carácter excepcional de la potestad de ordenar la reducción de prestaciones, el área usuaria de la contratación debía sustentar, previamente, las razones por las que resultaba necesario ordenar la reducción de prestaciones, para alcanzar la finalidad del contrato.

Asimismo, sustentada la necesidad de ordenar la reducción de prestaciones, correspondía al Titular de la Entidad aprobarla, mediante resolución previa, hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original; tal como lo precisaba el artículo 174 del anterior Reglamento.

2.1.3 *En virtud de lo expuesto, en los servicios contratados bajo el sistema a suma alzada, debía pagarse el monto total del contrato vigente, el mismo que correspondía a la oferta económica a la cual se le adjudicó la buena pro, o al monto resultante de la modificación realizada, de conformidad con el artículo 41 del anterior Reglamento. Excepcionalmente, el monto originalmente contratado podía modificarse si la Entidad ejercía la potestad de ordenar la reducción de prestaciones, con el objeto de alcanzar la finalidad del contrato, siempre que se verificaban las condiciones previstas para ello en la normativa de contrataciones del Estado aplicable, tal como se ha descrito en los párrafos precedentes.*

(...)"

7. De la interpretación mencionada precedentemente, se concluye lo siguiente:

- a. Que, los servicios contratados bajo el sistema a suma alzada implican, como regla general, la invariabilidad del precio pactado, por lo que el contratista se obliga a realizar el íntegro de las prestaciones necesarias para cumplir con el servicio por el precio ofertado en su propuesta económica
- b. Que, excepcionalmente, una Entidad puede modificar el precio o el monto de un contrato, independientemente de su sistema de contratación, como consecuencia de la potestad de ordenar la ejecución de prestaciones adicionales o reducciones, siempre que estas resulten necesarias para alcanzar la finalidad del contrato.

- c. Que, la potestad de aprobar la ejecución de prestaciones adicionales, así como su reducción, ha sido conferida a la Entidad en reconocimiento de su calidad de garante del interés público en los contratos que celebra para abastecerse de los bienes, servicios u obras necesarios para cumplir con las funciones que le ha asignado la ley.
- d. Que, el área usuaria de la contratación debe sustentar, previamente, las razones por las que resulta necesario ordenar la reducción de prestaciones, para alcanzar la finalidad del contrato.
- e. Que, sustentada la necesidad de ordenar la reducción de prestaciones, corresponde al Titular de la Entidad aprobarla, mediante **resolución previa**, hasta por el veinticinco por ciento (25%) del monto del contrato original; tal como lo precisa el Reglamento.
8. Que, no obstante a que la interpretación efectuada por el OSCE, corresponde a normas anteriores a las aplicables al presente proceso; sin embargo dichos criterios no han sido modificados y se encuentran vigentes hasta la fecha, razones por las que el Árbitro Único considera pertinente sean valorados y aplicados en el presente caso.
9. Como ya se ha indicado el Contrato de Servicios suscrito por las partes y materia del presente arbitraje, es un contrato a Suma Alzada, cuya prestación, cantidad magnitud y calidad estuvo definida previamente y por cuya razón el Contratista formuló su oferta económica, por un monto fijo. En ese sentido el Contratista se obligó a realizar el íntegro de los trabajos necesarios para la prestación de los servicios requeridos por la Entidad, en el plazo y por el monto ofertados en sus propuestas. A su vez, la Entidad se obligó a pagar al contratista el monto o precio ofertado en su propuesta económica.
10. Ahora bien, las partes han indicado que respecto a las partidas no ejecutadas se dispuso el descuento del monto del Contrato en una suma ascendente a S/. 219,821.05, habiéndose suscrito incluso un Acta de Compromiso de Depósito de



fecha 23/03/17, en el cual el Contratista se comprometía a realizar el depósito correspondiente por las partidas no ejecutadas detalladas en el acta de conformidad de la prestación del servicio.

11. Que, el descuento mencionado, implica una reducción de la prestación y modificación del Contrato, lo cual no está prohibido, ya que el numeral 34.2 del artículo 34 de la Ley de Contrataciones del Estado prevé de manera excepcional la reducción de los servicios hasta por el 25% del monto del contrato original, siempre que sean indispensables para alcanzar su finalidad; sin embargo y como lo ha establecido la Dirección Técnica Normativa del OSCE, dicha reducción debe estar sustentada por el área usuaria de la Contratación y aprobada mediante resolución emitida por el Titular de la Entidad.
12. En el presente caso, no existe la resolución autoritativa de parte del Titular de la Entidad, que haya aprobado la reducción (descuento) del monto original del Contrato por las partidas no ejecutadas, sin embargo, el descuento por la suma de S/. 219,821.05 se ha hecho efectiva en la valorización No. 03, lo cual contraviene lo dispuesto en el artículo 34° de la Ley de Contrataciones del Estado y artículo 139° de su Reglamento; así como desatiende la interpretación y alcances de la Opinión emitida por la Dirección Técnica Normativa del OSCE, que es la responsable de establecer los criterios técnicos legales sobre el sentido y alcance de la normativa de contrataciones del Estado.
13. Que, respecto al Acta de compromiso suscrito por el Contratista, con el cual se compromete a depositar el monto correspondiente a las partidas no ejecutadas en la suma de S/. 219,821.05, teniendo en cuenta que no se puede asumir obligaciones o pactar situaciones en contravención a la Ley; dicho documento, no es relevante en la decisión de la presente pretensión.
14. Que, teniendo en cuenta que el Hospital Cayetano Heredia, no ha cumplido con disponer la reducción del monto del Contrato mediante resolución emitida por el Titular de la Entidad, tal y conforme lo establece la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, el Árbitro Único considera que no corresponde el

descuento efectuado en la suma de S/. 219,821.05, por no haber cumplido con las exigencias dispuestas en las normas antes mencionadas; en consecuencia, corresponde amparar la pretensión del Contratista en este extremo.

3. ANÁLISIS DEL TERCER PUNTO CONTOVERTIDO

“Determinar si corresponde o no, que el Hospital Cayetano Heredia pague a COFABSER S.R.L el monto pendiente de pago de la Valorización No. 03, ascendente a la suma de S/ 825,494.19 (Ochocientos veinticinco mil cuatrocientos noventa y cuatro con 19/100 soles), solicitada a través de la Factura 002- N° 0001056, más los intereses legales correspondientes, hasta la fecha de su total cancelación”.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

- Sostiene el Contratista que habiéndose demostrado al fundamentar las dos (02) primeras pretensiones arbitrales que no puede ni debe efectuarse descuento alguno por deducción de partidas, ni menos sumas que respondan a la aplicación de penalidades por demoras que están debidamente justificadas; se deberá ordenar al HOSPITAL que se les pague el monto faltante de su Valorización N° 03.
- Que, si bien la suma total de la Valorización N° 03 asciende a la suma de S/. 2'384,756.92 (dos millones trescientos ochenta y cuatro mil setecientos cincuenta y seis y 92/100 soles), conforme se verifica de la factura 002- N° 0001056, también es cierto que previo al inicio del presente arbitraje, LA ENTIDAD cumplió con pagar parcialmente la suma de S/ 1'559,262.73 (Un Millón Quinientos Cincuenta y Nueve Mil Doscientos Sesenta y dos con 73/100 Soles); quedando aún pendiente el monto de **S/ 825,494.19 (OCHOCIENTOS VEINTICINCO MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y CUATRO CON 19/100 SOLES)**, correspondiente a la sumatoria de los conceptos de penalidades y descuentos aplicadas –conforme han expuesto en los fundamentos de las dos pretensiones anteriores– **INDEBIDAMENTE** por parte del HOSPITAL.

- Que, adicionalmente al pago restante de la Valorización N° 03, el Tribunal Unipersonal deberá ordenar a LA ENTIDAD cumpla con pagar los intereses legales correspondientes, hasta la fecha de su total cancelación.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

- La Entidad no contestó la demanda, sin embargo en su escrito de alegatos ha precisado que el monto de S/ 825,494.19, según lo afirmado por el Contratista está conformado por la sumatoria de los conceptos de penalidades y los descuentos aplicados.
- Que, en virtud a lo ratificado por el propio contratista la pretensión es subordinada a la principal pues lo que está solicitando es la devolución de lo descontado por penalidades, no precisando que otros descuentos conforman dicho monto.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Según lo expuesto por las partes, la controversia se centra en establecer, si corresponde disponer que el Hospital Cayetano Heredia pague a COFABSER S.R.L el monto pendiente de pago de la Valorización No. 03, ascendente a la suma de S/ 825,494.19

1. Que, el Contratista solicita que se disponga el monto pendiente de pago de la valorización No. 03, ascendente a la suma de S/. 825,494.14.
2. Que, dicho monto resulta de sumar las penalidades aplicadas por la Entidad en la suma de S/. 605,673.14, por haber alcanzado el monto máximo de la penalidad por mora y la suma de S/. 219,821.05 Soles, correspondiente al descuento efectuado por la Entidad por las partidas no ejecutadas en la prestación del servicio, cuya procedencia han sido examinadas al analizar el primer y segundo puntos controvertidos.
3. Que, en efecto, la Entidad al momento de efectuar el pago de la valorización No. 03, ha realizado el cobro de la suma total de S/. 825,494.14; habiendo cancelado por dicha valorización, únicamente la suma de S/ 1'559,262.7; por lo que teniendo



en cuenta que el Árbitro Único al analizar los puntos controvertidos precedentes ha determinado la validez de la aplicación de la penalidad por mora por la suma de S/. 605,673.14 y ha determinado asimismo que no corresponde el descuento efectuado en la suma de S/. 219,821.05 por las partidas no ejecutadas, considera pertinente que el Hospital Cayetano Heredia pague al Contratista lo correspondiente al descuento efectuado por las partidas no ejecutadas en la suma de S/. 219,821.05 Soles.

4. Respecto a los intereses legales solicitados por el Contratista, el Árbitro Único considera que estos deben ser calculados desde el momento en que se origina la obligación del pago de la valorización No. 03 (29/06/16) y se deberá extender hasta el momento en que se produzca la cancelación de la obligación.

4. ANÁLISIS DEL CUARTO PUNTO CONTOVERTIDO

“Determinar si corresponde o no, que el Hospital Cayetano Heredia pague a COFABSER S.R.L una indemnización por los daños y perjuicios irrogados por responsabilidad contractual ascendente a la suma de S/ 1’500,000 (Un millón quinientos mil y 00/100 soles)”.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

- Refiere el Contratista, que conforme se verifica de la Carta N° 081-2017-OEA/HCH de fecha 20 de abril de 2017, EL HOSPITAL les comunica que se procederá a ejecutar la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento, a efectos de realizar la ejecución del monto de S/. 219,281.05 Soles por el supuesto incumplimiento injustificado de las obligaciones contractuales de COFABSER.
- Que, al no estar conformes con lo decidido por LA ENTIDAD, en la medida que la empresa no incumplió con las obligaciones contractuales, conforme han expuesto en los fundamentos precedentes, por medio de la Carta Notarial S/N° de fecha 21 de abril de 2017, comunicaron a la ahora demandada su decisión de someter a arbitraje la presente controversia



- Que, no obstante, a que EL HOSPITAL tomó conocimiento de la intención de someter a arbitraje la presente controversia con la carta notarial antes descrita, LA ENTIDAD ejecutó la Carta Fianza N° 0111009-2017/FG de manera manifiestamente indebida, lo cual les ha causado un enorme perjuicio económico, toda vez que para iniciar el presente arbitraje han tenido que presentar una nueva Carta Fianza y, al haberse ejecutado la Carta Fianza anterior, la imagen crediticia como empresa se ha visto severamente afectada.
- Que, se reservan el derecho para ampliar los fundamentos de la presente pretensión y, a fin de cuantificar adecuadamente el monto a indemnizar, ofrecen un informe elaborado por un Perito.
- Que, con fecha 04/09/18 el Contratista presenta como sustento de su pretensión indemnizatoria, la pericia contable elaborada por la C.P.C.C. Elena López Quinteros de Mires, en el cual se determina que la indemnización por daños y perjuicios asciende a la suma de S/. 1'644,281.23, el mismo que está compuesto por los siguientes conceptos:

a. Lucro Cesante	S/. 407,924.21
b. Daño Emergente	S/. 642,001.20
c. Daño Financiera y Proyecto de Vida útil como persona jurídica	S/. 594,355.82

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

- La Entidad no contestó la demanda, sin embargo en su escrito de alegatos ha precisado que de acuerdo a lo fundamentado por el Contratista el daño estaría constituido por la ejecución de la carta fianza, en consecuencia, todos sus argumentos y los requisitos que sustentan la indemnización deben estar enmarcados en dicho hecho alegado.
- Que, el Contratista no ha desarrollado ninguno de los elementos constitutivos de la responsabilidad contractual, por lo cual la Entidad se encuentra en indefensión toda

vez que no puede ejercer su defensa sobre la presunta existencia de responsabilidad contractual y la respectiva indemnización, si previamente el contratista no ha desarrollado los elementos concurrentes de dicha responsabilidad.

- Que, posteriormente el Contratista ha solicitado que se remitan al Peritaje, sin embargo, de la revisión del mismo no se observa que se hayan desarrollado la concurrencia de los 4 elementos antes detallados que acrediten la existencia de un daño y que esta sea atribuible a la Entidad.
- Que, la Perito contratada para elaborar la pericia contable ha denotado su parcialidad al Contratista al punto que se desistió de varios términos usados en su informe en desmedro de la Entidad.
- Que, ante los cuestionamientos de la Entidad, en diversas oportunidades procedió a rectificarse sobre los errores evidenciados.
- Que, el peritaje no guarda congruencia con la pretensión de la demanda, ya que en la demanda la indemnización estuvo sustentada en el perjuicio causado por la ejecución de la carta fianza, sin embargo el peritaje sostiene que son otras las causas del daño
- Que, existen conceptos repetitivos que se han solicitado como pretensiones independientes y como parte de los conceptos por lucro cesante, tal es el caso, del Pago de intereses por falta de pago de la valorización No. 03; pago de gastos judiciales y administrativos; Carta fianza.
- Que, en el peritaje existen conceptos duplicados como por ejemplo el pago de abogados, honorarios arbitrales, lo cual se está solicitando en la cuarta pretensión de la demadna como costas y costos.



- Que, al existir esta evidente duplicidad se ha alterado el monto del millón y medio de soles solicitado por el contratista, pues no puede requerir dos veces el mismo concepto.

- Que, la modificación del monto del peritaje lo convierte en inútil para cuantificar un monto determinado, pues se estaría exigiendo que mutile, desconozca parcialmente el peritaje en determinados extremos, cuando este tiene por finalidad sustentar un monto total.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

Según lo expuesto por las partes, la controversia se centra en establecer, si corresponde disponer que el Hospital Cayetano Heredia pague al Contratista la suma de S/. 1'500,000.00 soles como indemnización por los daños y perjuicios irrogados.

Sobre los elementos de la relación jurídica indemnizatoria

1. En materia de indemnización por incumplimiento contractual, el artículo 1321° del Código Civil señala que “Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve. El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución. Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída.”
2. De acuerdo con la norma legal antes citada, el responsable debe indemnizar tanto el daño emergente como el lucro cesante, pero únicamente si son una consecuencia directa e inmediata de su inejecución.
3. Doctrinariamente los elementos constitutivos de la responsabilidad civil, tanto la derivada del incumplimiento de las obligaciones como la denominada extra-contractual o aquiliana, son:



- a) **La ilicitud o antijuridicidad**, vale decir, la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.

- b) **Factores de atribución**, o sea, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto (dolo o culpa)
 - c) **El nexa causal**, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.
 - d) **El daño**, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado.
4. Que, para que se configure un supuesto de responsabilidad civil, es necesario que concurren conjuntamente los elementos mencionados; en caso dichos elementos no coexistan simultáneamente, no se configuraría un supuesto de responsabilidad civil, y por lo tanto no será atendible la solicitud indemnizatoria.
5. Con respecto a la **ANTI JURICIDAD**, la doctrina argentina distingue la antijuricidad formal de la material. La primera se identifica con la ilegalidad y la segunda con la contrariedad a las prohibiciones que surgen de “los principios que sostiene el orden público: político, social y económico, las buenas costumbres, etcétera”¹⁰. La antijuricidad del hecho imputado es entendida esta como la conducta o comportamiento que sirve de génesis para causar el daño, es decir esta conducta o comportamiento se deriva de la contravención o incumplimiento de:
(i) Los principios que conforman el orden público; (ii) Una norma jurídica imperativa; (iii) Las reglas generales de convivencia que constituyen las buenas costumbres; y (iv) la obligación derivada de un contrato.
6. Sobre los **FACTORES DE ATRIBUCIÓN**, este elemento contesta la pregunta ¿a título de qué se es responsable?, vale decir, constituye “el fundamento del deber



¹⁰ **MOSSET ITURRASPE**, *Responsabilidad por Daños*, Tomo I, *Parte General*, EDIAR, Buenos Aires, 1982, 24. En este sentido, quien afirma, siguiendo a **GALVAN**, que “la antijuricidad es el carácter de contrario a derecho que tiene todo hecho humano, con trascendencia jurídica negativa, voluntario o involuntario, externalizado a través de una acción, acción por omisión u omisión, y que nace de la relación de contradicción entre el supuesto de hecho objetivamente considerado y el ordenamiento jurídico considerado en su integridad” (**ANDRADA**, *Responsabilidad civil de los medios de comunicación. El factor de atribución*, Editorial Juris, Rosario, 1998, 141)

de indemnizar”. Existen factores de atribución subjetivos (culpa y dolo), objetivos (realizar actividades o ser titular de determinadas situaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico considera –si se quiere ser redundante- objetivamente¹¹ o –si se quiere optar por una definición residual- prescindiendo del criterio de la culpa). También forman parte de los factores de atribución el abuso del derecho y la equidad. La doctrina trata a estos dos últimos como sub-tipos de factores de atribución objetivos (porque no se basan en la culpa); pero prefiero considerarlos de manera independiente, dadas sus particulares notas características.

- a) **LA CULPA** debe ser entendida como una ruptura o contravención a un *standard* de conducta. Para un sector de la doctrina italiana, la culpa “no debe ser entendida como un juicio de reproche subjetivo del comportamiento (y por consiguiente del examen del comportamiento psicológico del agente y de sus dotes personales de inteligencia y prudencia), sino como la relación entre el comportamiento dañino y aquel requerido por el ordenamiento, en las mismas circunstancias concretas, con el fin de evitar la lesión de intereses ajenos”. En efecto, debemos abandonar la concepción psicológica y moralista de la culpa, heredera de la noción religiosa del pecado y abordar un concepto que no se limite a “la trasgresión de una norma o de un deber jurídico”, sino que sea el fiel reflejo de la “conciencia social”.
- b) La noción de **DOLO** coincide “con la voluntad del sujeto de causar el daño”, la cual coincide con el art. 1318 c.c., a propósito del incumplimiento de la obligación (al referirse al gerundio “deliberadamente”). Estas precisiones, en muchos casos, de difícil delimitación en la práctica, no varían la solución



¹¹ Así, en materia de la denominada responsabilidad contractual: el art. 1325 c.c. (por el hecho de cumplir la obligación a través de la actividad de un tercero). En el campo de la responsabilidad extra-contractual: el art. 1970 c.c. (por ser titular de un bien o por ejercer una actividad, riesgosos o peligrosos), 1975 c.c. (por ser representante legal del denominado incapaz con discernimiento), 1976 c.c. (por ser representante del denominado incapaz sin discernimiento), 1979 c.c. (por ser dueño de un animal), 1980 c.c. (por ser dueño de un edificio), 1981 c.c. (por tener a una persona en calidad de subordinado), entre otros.

establecida por el Código Civil, vale decir, que se le atribuye responsabilidad subjetiva al que actúa con dolo o culpa.

Respecto de la graduación de la responsabilidad por los factores de atribución subjetivos se advierte que “basta reflexionar que, también en las hipótesis de actos y hechos dolosos y culposos, la medida del resarcimiento no depende, de ninguna manera, del grado de reprobación de la conducta, o si se quiere y más genéricamente, de la gravedad de la ofensa ocasionada, sino se mide de acuerdo a la cantidad del daño jurídicamente relevante

7. Sobre **EL DAÑO** debe de precisarse que incide en las consecuencias, aquellos efectos (negativos) que derivan de la lesión del interés protegido. En sustancia, interés lesionado y consecuencias negativas de la lesión son momentos vinculados entre sí, pero “autónomos conceptualmente, cuanto al contenido y a la naturaleza”. Es por ello que de una lesión patrimonial pueden resultar consecuencias (al lado de aquellas patrimoniales) no patrimoniales y viceversa. Así tenemos que se habla de un *daño-evento* (lesión del interés tutelado) y de un *daño consecuencia* (daño emergente, lucro cesante y daño moral)

8. Ahora bien, el daño puede ser clasificado en las siguientes categorías:

(i) **Daño patrimonial:** Consiste en la lesión de derechos de naturaleza económica, que debe ser reparada. Este, a su vez, se clasifica en:

1.1. Daño emergente: Es la pérdida que sobreviene en el patrimonio del sujeto afectado por el incumplimiento de un contrato o por haber sido perjudicado por un acto ilícito, o como sostiene un sector autorizado de la doctrina italiana, “la disminución de la esfera patrimonial” del dañado

 **1.2. Lucro cesante:** Se manifiesta por el no incremento en el patrimonio del dañado (sea por el incumplimiento de un contrato o por un acto ilícito). Es “la ganancia patrimonial neta dejada de percibir

(ii) **Daño extrapatrimonial:** Tradicionalmente, esta voz de daño era entendida como aquella en la que se “lesiona a la persona en sí misma, estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial”¹² entendiéndose como sinónimo de daño moral. Dentro de la actual sistemática de nuestro Código Civil, la categoría de daño extrapatrimonial o subjetivo (concebido como daño no patrimonial a los sujetos de derecho) comprende el **daño a la persona**, entendido como aquel que se produce a consecuencia de una lesión psicológica y espiritual; y al **daño moral**, definido como “el ansia, la angustia, los sufrimientos físicos o psíquicos, etc.”, padecidos por la víctima, que tienen el carácter de “efímeros y no duraderos”. Dentro de la categoría de daño moral, se distingue el **daño moral subjetivo**, que lo sufre de manera directa el propio sujeto, del **daño moral afectivo**, entendido como la lesión a la relación afectiva respecto de sujetos, animales o bienes.

9. Al respecto, De Trazegnies Granda, señala lo siguiente:

“(.....) es importante destacar una característica en general de todo daño susceptible de reparación: el daño, cualquiera sea su naturaleza, debe ser cierto si quiere aspirar a una reparación; presente o futuro, pero cierto. No puede ser eventual o hipotético: el simple peligro no da lugar a la indemnización, tiene que materializarse en daño”

“Una condición que aparentemente se deriva de la anterior –pero que puede presentar algunas particularidades- es que el daño se encuentre probado. (...) salvo intervenga una presunción (...), rige respecto del daño el principio enunciado por Paulo que prescribe que el incumbit probatio, qui dicit, non qui negat. Por consiguiente, el actor debe probar que el daño se produjo. En ese sentido, los tribunales han negado indemnización cuando el daño no se ha acreditado”¹³



¹² FERNANDEZ SESSAREGO, *Derecho de las Personas. Exposición de motivos y comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*, Librería Studium Editores, Lima, 1986, 67.

¹³ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Tomo II. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú 2003. Págs.: 17 y 21.

10. Conforme se podrá apreciar, la doctrina reconoce que para que un daño sea reparable no sólo debe ser alegado por la parte que se considere agraviada, sino que el mismo debe ser cierto y debidamente probado, cuestiones que están íntimamente ligadas, y sin lo cual el juzgador no podrá estar convencido que lo alegado, constituye el supuesto de hecho (daño), a la cual se le aplicará la consecuencia jurídica correspondiente, en éste caso la indemnización.
11. Que, en el presente caso, el Contratista en su escrito de demanda solicita el pago de una indemnización por daños y perjuicios en la suma de S/. 1'500,000.00 Soles, sustentando su pretensión en la ejecución de la Carta Fianza No. 0111009-2017/FG, lo cual les ha causado un enorme perjuicio económico, toda vez que para iniciar el presente arbitraje han tenido que presentar una nueva carta fianza y con ello su imagen crediticia como empresa se ha visto severamente afectada.
12. Asimismo, indicó en su demanda que sus fundamentos serían ampliados y cuantificados adecuadamente, ofreciendo presentar un informe elaborado por un Perito.
13. Que, con escrito presentado con fecha 04/09/18, el Contratista presenta una Pericia Contable de parte elaborada por la C.P.C.C. Elena López Quinteros de Mires, indicando en sus conclusiones lo siguiente:

“La Indemnización por Daños y Perjuicios, asciende a la suma total de S/. 1'644,281.23 soles, - UN MILLON SEISCIENTOS CUARENTICUATRO MIL DOSCIENTOS OCHENTIUN SOLES Y 23/100, por los siguientes conceptos:

- A. *Por lo expuesto se determina como LUCRO CESANTE, a favor de COFABSER S.C.L. la suma de S/. 407,924.21 soles.*
- B. *Por lo expuesto se determina como DAÑO EMERGENTE a favor de COFABSER S.C.L. la suma de S/. 642,001.20 soles.*
- C. *Por lo expuesto se determina como DAÑO FINANCIERO Y PROYECTO DE VIDA UTIL COMO PERSONA JURIDICA a favor de COFABSER S.C.L. la suma de S/. 594,355.82 Soles”*

RESPECTO A LA INDEMNIZACION POR LUCRO CESANTE

14. Que, al respecto en la pericia de parte ofrecida por el Contratista se indica que la indemnización por lucro cesante asciende a la suma de S/. 407,924.21, por el perjuicio económico que sufrió el Contratista al haberse pagado la valorización No. 03, en forma parcial sólo en la suma de S/. 1'559,262.73 y por haberse ejecutado la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento No. 0128012-2016/FG por 605,673.74 soles el 23-08-2017, lo cual ha originado que la IMAGEN CREDITICIA de la empresa se vea severamente afectada, por cuanto dejó de acceder a las licitaciones públicas - Convocatorias Nacionales, que a manera de ejemplo se enumera:

- Gobierno Regional de Lima Sur. Unidad Ejecutora: Lima Sur – LP-SM-1-2017-GRLA/UEL/CS-1 – Proyecto: Construcción de Pistas en el Circuito de Quilmaná, Los Ángeles, Buenos Aires, La Huerta del Distrito de Quilmaná-Cañete Lima, Publicado el 26/04/17 por un monto de S/. 5'777,963.31 Soles.
- Municipalidad Distrital de Crucero: Puno – LP-SM-1-2017-MDC/CS-1- Proyecto: Mejoramiento de la Infraestructura Vial Urbana de los Jirones de la Ciudad de Crucero del Distrito de Crucero – Carabaya – Puno-2da. Etapa, Publicada el 24-04-17 por S/. 4'962,328.90 Soles

15. Al respecto, sostiene la perito que el Contratista podría haber concursado en ambas licitaciones con la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento No. 0128012-2016/FG por S/. 605,673.74 soles, que tenía en su poder la Entidad, con lo cual se determina el siguiente lucro cesante:

**DETERMINACION DE LUCRO CESANTE
EXPRESADO EN SOLES**

Capacidad de Contratación	Utilidad según Presupuesto	%
Hospital Nacional Cayetano Heredia		
6,056,737.40	427,735.69	7.06%
Gobierno Regional de Lima Sur - Cañete		
5,777,963.31	407,924.21	7.06%



16. Indica finalmente la perito que la empresa sufrió un daño económico al haber dejado de obtener las ganancias de haber podido participar en la Licitación Pública: LP-SM-1-2017-GRLA/UEL/CS-1 – Proyecto: Construcción de Pistas en el Circuito de Quilmaná, Los Ángeles, Buenos Aires, La Huerta del Distrito de Quilmaná-Cañete Lima, Publicado el 26/04/17 por un monto de S/. 5'777,963.31 Soles, que de acuerdo al porcentaje de utilidad (7.06%), ha dejado de percibir un monto ascendente a S/. 407,924.21 Soles.
17. Que, respecto a la indemnización solicitada por el Contratista, se desprende que la perito asume como hecho generador el pago incompleto de la valorización No. 03 y la ejecución de la carta fianza de fiel cumplimiento por la suma de S/. 605,673.74 soles, que impidió a su entender que el Contratista pudiera percibir utilidades en otros procesos de selección a los que hubiera podido concurrir de contar con dicho monto, es decir, la pretensión tiene su sustento en lo que hubiera percibido si hubiera contado con dichos recursos al momento de la convocatoria de los nuevos procesos de selección, lo cual corresponde al lucro cesante, el mismo que está referido "... a todo aquello que ha sido o será dejado de ganar, a causa del acto dañino..."¹⁴, es decir, que dicho acto "...impide que nuevos elementos o nuevas utilidades sean adquiridas y gozadas por el damnificado..."¹⁵
18. Al respecto, la Doctrina es uniforme cuando se trata de definir al lucro cesante, precisando que se trata de "una utilidad que el damnificado presumiblemente hubiera adquirido en el futuro de no haber ocurrido el evento dañoso".
19. En este sentido para que se establezca la procedencia de la indemnización por lucro cesante resulta relevante la probanza de la certeza del daño, **por lo que el único daño resarcible en el caso del lucro cesante, será el daño que tenga certeza lógica**, habida cuenta que lo que se trata de determinar es el perjuicio


¹⁴ DE TRAZEGNIES, Fernando. "La responsabilidad extracontractual". Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Perú. 1988. Pág. 37.

¹⁵ FRANZONI, Massimo. "Il Danno al Patrimonio". Giuffré Editore S.p.A. Milano. Italia. 1996. Pág. 181.

ocasionado como consecuencia de utilidades dejadas de percibir que **presumiblemente hubiera obtenido el damnificado** de no haberse producido el acto dañoso.

20. En ese orden de ideas y teniendo en cuenta que en el presente caso, se trata de determinar el resarcimiento del daño **por lucro cesante**, la probanza de la certeza del daño no puede estar referida a acreditar la existencia de utilidades perdidas, que no se tenían al momento del siniestro, sino a acreditar los presupuestos necesarios para que se produzcan en el futuro.

Al respecto, FRANZONI, ha señalado “... en el lucro cesante, la prueba que va dada a los fines de la certeza del daño, no se refiere al lucro en sí, sino a los presupuestos y requisitos necesarios a fin que el mismo se produzca. La certeza de la falta de ganancia no puede jamás ser obtenida del mismo modo que para las pérdidas sufridas, dado que estas últimas existen ya al momento del siniestro en el patrimonio del damnificado, mientras que el lucro cesante no ha entrado ni entrará en su patrimonio, sino en la forma de resarcimiento. Certeza del daño con relación al lucro cesante significa, pues, garantía acerca de la subsistencia de los presupuestos para su producción a futuro....”¹⁶

21. Por otro, lado respecto al objeto de la prueba a que queda sometido el damnificado para probar el lucro cesante, FRANZONI, ha señalado lo siguiente

“...cuando el daño se presente bajo la forma de falta de ganancia y permanezca por el tiempo sucesivo al juicio, la prueba es indirecta y de naturaleza tal que le suministre los elementos necesarios al Juez que le permita sacar sus propias conclusiones....”¹⁷

 Por su parte GRAZIANI, refiere lo siguiente:

¹⁶ FRANZONI, Massimo. “Fatti Illeciti”. Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca a cura di Francesco Galgano. Libro cuarto: Obbligazioni art. 2043° - 2059°. Zanichelli Editore – Bologna e Il Foro Italiano – Roma. Italia. 1993. Pág. 823. .

¹⁷ FRANZONI, Massimo. “Il Danno al Patrimonio”. Giuffré Editore S.p.A. Milano. Italia. 1996. Pág. 426 y 427

“...el hecho constitutivo necesario para hacer nacer el derecho al resarcimiento, no es el hecho de la falta de ganancia en sí, que no tiene existencia como tal, sino, son los hechos constitutivos del derecho al resarcimiento, los hechos constitutivos del lucro. Estos son solamente los que deben ser probados por el actor; al demandado, cuando intenta sustraerse a la obligación del resarcimiento, incumbe la prueba de los hechos impeditivos...”¹⁸

22. De los fundamentos expuestos, se puede concluir que la probanza del lucro cesante queda limitado a la probanza de los hechos constitutivos de lucro, es decir, a las circunstancias que motivaron la falta de ganancia.
23. Que, delimitado el fundamento jurídico y doctrinario por el que corresponde indemnizar, es pertinente determinar la responsabilidad del demandado, para ello se debe analizar si concurren los cuatro elementos esenciales que son: i) La antijuricidad o acto antijurídico, ii) el daño, iii) la relación causal y iv) el factor de atribución o culpabilidad
24. **En lo que respecta al acto antijurídico**, del cual el demandado debe responder, siendo éste la causa que ha producido el daño; éste tiene su fundamento, según los argumentos de la Perito en la ejecución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento por la suma de S/. 605,673.74 soles, lo cual ha imposibilitado que el Contratista pudiera concurrir a otros procesos de selección similares al efectuado con el Hospital Cayetano Heredia, lo cual le hubiera generado utilidades por un monto ascendente a S/. 407,924.21.
25. Al respecto, se puede advertir que el Contratista a través de la pericia ha fundamentado el daño y perjuicio en un hecho subjetivo, cuya probabilidad de que ocurra o no, es relativa. La posibilidad de participar en un proceso de selección, adjudicarse la buena pro y obtener utilidades, no depende únicamente de contar con una Carta Fianza o el monto contenido en ella; depende de otros factores,

¹⁸ GRAZIANI, Alessandro. “Apunti sul Lucro Cessante”. En: Annali Istituto Giuridico Universita Di Perugia. Tipografia Guerra. Perugia. Italia. Anni 1923-1924. VII, VIII. Pág. 179.

requisitos y procedimientos, que los postores deben cumplir para hacerse de una adjudicación o la obtención de la buena pro en determinado servicio; por tanto la Entidad no podría tener la certeza del perjuicio ocasionado, por el sólo hecho de ejecutar una Carta Fianza, cuya posibilidad de ejecución incluso había sido autorizada por el Contratista con el Acta de Compromiso de Depósito, suscrito con fecha 23/03/17; independientemente de si lo pactado en dicha ocasión era legal o no.

De lo expuesto, se concluye que no se cumple con éste presupuesto.

26. **En torno al Daño**, entendido como el menoscabo o deterioro sufrido como consecuencia del comportamiento dañoso del demandado, éste se fundamenta en la imposibilidad del Contratista de obtener ingresos por S/. 407,924.21, si hubiera podido participar en otros procesos de selección, de haber contado con el monto contenido en la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento.
27. Al respecto, el artículo 1321° del Código Civil precisa que “Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve”.

Por su parte los artículos 1318°, 1319° y 1320° del Código Civil establecen lo siguiente:

“Dolo

Artículo 1318.- Procede con dolo quien deliberadamente no ejecuta la obligación.

Culpa inexcusable

Artículo 1319.- Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación.

Culpa leve

Artículo 1320.- Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

28. Que, el Contratista no ha demostrado idóneamente el daño ocasionado por el Hospital Cayetano Heredia; porque si bien es cierto, en caso de no haberse producido la ejecución de la Carta Fianza, el Contratista hubiera podido contar con dicho monto y podría haber participado en otros procesos de selección y obtener ingresos por la adjudicación de un nuevo contrato, también existía la posibilidad de no obtenerlos; es más los montos liquidados por la Perito y ofrecido como medio probatorio de parte del Contratista son montos que entran en el terreno de la posibilidad de que pudieran haber ocurrido o no; por tanto para el Árbitro Único no ha quedado acreditado fehacientemente el daño alegado por el Contratista.
29. **Respecto al nexo causal;** El Contratista a través de la pericia, ha señalado que la ejecución de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento; ha originado que éste, no pueda percibir ingresos por S/. 407,924.21, sin embargo el Árbitro Único no ha formado convicción ni ha podido establecer a ciencia cierta si dichos ingresos le hubieran podido corresponder y mucho menos en el monto propuesto.
30. **Respecto al factor de atribución o culpabilidad,** de lo expuesto por las partes y medios probatorios que fluyen en autos, se ha podido advertir que el demandado ha actuado en virtud a su propia interpretación del Contrato y a la solución de las controversias sometidas en el presente arbitraje, circunstancias que no configuran el animo de dañar patrimonialmente al Contratista.
31. Que, de los medios probatorios aportados por el Contratista, si bien es cierto establecen la cuantía de los supuestos daños y perjuicios por LUCRO CESANTE ocasionados por el demandado, sin embargo, su pretensión está basada en un monto probabilístico y circunstancial, que pudieron haberse producido o no y que no han sido debidamente acreditados, razones por las que el Tribunal Unipersonal no puede amparar este extremo de su pretensión, además porque conforme se ha señalado precedentemente no concurren los cuatro elementos esenciales para determinar la procedencia del pago de la indemnización por LUCRO CESANTE, que son: i) La antijuricidad o acto antijurídico, ii) el daño, iii) la relación causal y iv) el factor de atribución o culpabilidad.



32. Finalmente, sin perjuicio de los argumentos expuestos precedentemente, el Árbitro Único considera conveniente precisar además, que la cuantía del supuesto daño se basa en la hipótesis de una supuesta utilidad obtenida por la participación y adjudicación de la buena pro en otros procesos de selección, sin embargo, no puede ampararse como daño un monto sustentado en un hecho hipotético, cuya posibilidad de éxito no dependía únicamente del monto contenido en la Carta Fianza.

33. Por los fundamentos expuestos el pago de la indemnización por LUCRO CESANTE debe ser desestimada.

RESPECTO A LA INDEMNIZACION POR DAÑO EMERGENTE

34. Que, al respecto en la pericia de parte ofrecida por el Contratista se indica que la indemnización por daño emergente asciende a la suma de S/. 642,001.20 Soles, monto que se encuentra integrado por los siguientes conceptos:

- Intereses y Comisiones de Carta Fianza	S/. 44,674.38
- Demanda por cobro de proveedores	S/. 413,795.54
- Intereses Legales por valorización No. 03	S/. 77,932.36
- Gastos del Tribunal Arbitral y Asesoría Legal	<u>S/. 105,598.92</u>
TOTAL,	S/. 642,001.20

Intereses y Comisiones de la Carta Fianza.

35. Que, el monto indemnizatorio reclamado en este extremo considera los gastos de comisión de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento y sus respectivas renovaciones desde la fecha en que fue otorgada (28/01/16) hasta el 18/04/17.

36. Que, el Artículo 126° del REGLAMENTO, indica que existe la obligación de mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento, en el caso de bienes y servicios hasta la conformidad de la prestación; por lo que de acuerdo a lo dispuesto en ésta norma legal el Contratista estaba en la obligación de mantener vigente la Carta

Fianza de Fiel Cumplimiento hasta la conformidad de la prestación, incluso durante el plazo extendido del Contrato, en caso de haberse otorgado ampliaciones de plazo.

37. Que, los gastos ocurridos como consecuencia del mantenimiento y renovaciones de la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento no pueden ser imputados como daño al Hospital Cayetano Heredia, porque ello constituye una obligación del Contratista, el mismo que se extiende hasta la finalización del arbitraje, en caso existiesen controversias pendientes de ser resueltas, como en el presente caso.
38. Por otro lado, la documentación que sustenta el informe pericial y que se acompañan al mismo, no acredita los gastos supuestamente incurridos en la renovación de la Carta Fianza, ni el perjuicio ocasionado.
39. Por los fundamentos expuestos el pago de la indemnización por DAÑO EMERGENTE en este extremo debe ser desestimada.

Demandas por cobro de Proveedores

40. Que, el monto indemnizatorio reclamado en este extremo por la suma de S/. 413,795.54 considera las deudas que se mantienen con 2 de los principales proveedores del Contratista, conforme al siguiente detalle:

- DATASUM S.R.L.	Según cálculos efectuados por el Proveedor. Incluye mora	S/. 122,838.00
- DRAEGER PERU SAC	Pago de 10 columnas de gases DRAEGER	S/. 280,000.00
- DRAEGER PERU SAC	Nota de débito por retardo en el Pago.	<u>S/. 10,957.54</u>
TOTAL ADEUDO		S/. 413,795.54



41. Sostiene la perito, que ante el incumplimiento de pago de parte de la Entidad el Contratista hizo promesas de pago a dos de sus principales clientes, girando

cheques por falta de fondos y aceptando notas de débito, obligaciones que han originado diversas invitaciones a conciliar y un proceso judicial por obligación de dar suma de dinero ante el 9º Juzgado Comercial de Lima interpuesta por DRAEGER PERU SAC.

42. Que, de los medios probatorios acompañados a la Pericia, si bien es cierto acreditan la pre-existencia de obligaciones económicas con los proveedores DATASUM S.R.L y DRAEGER PERU SAC., sin embargo de ellos no se desprende que dicha obligación tenga como origen el Contrato de Servicios, materia del presente proceso o que estén relacionadas con las controversias sometidas a arbitraje, por tanto ni los argumentos expuestos en la pericia ni la documentación acompañada resultan suficientes para crear convicción en el Árbitro Único, respecto a la responsabilidad por parte del Hospital Cayetano Heredia, que tenga que indemnizar en la forma y monto solicitado por el Contratista.
43. Por los fundamentos expuestos el pago de la indemnización por DAÑO EMERGENTE en este extremo debe ser desestimada.

Intereses Legales sobre el Importe de la Valorización No. 03

44. Que, el monto indemnizatorio reclamado en este extremo que asciende a la suma de S/. 77,932.36 considera los intereses legales generados por el pago de la valorización No. 03 en forma tardía, es decir, respecto al monto cancelado en la suma de S/. 1'559,282.73, considera un interés legal de S/. 31,064.22 por el periodo comprendido desde el 29/06/16 (fecha en que se debió cancelar la obligación), hasta el 23/09/17 (fecha en que se efectuó la cancelación) y respecto al monto no cancelado en la suma de S/. 825,494.19, considera un interés legal de S/. 46,868.14 por el periodo comprendido desde el 29/06/16 (fecha en que se debió cancelar la obligación), hasta el 28/08/18 (fecha en que se efectua la liquidación del perito).

45. Al respecto, el Árbitro Único considera que la pretensión indemnizatoria en éste extremo carece de sustento jurídico, ya que la demora en el pago de las valorizaciones, está contemplado y tiene su amparo legal en el artículo 166° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; habiéndose dispuesto en dicha norma “que el Contratista tiene derecho al reconocimiento de los intereses legales efectivos, de conformidad con los artículos 1244, 1245 y 1246 del Código Civil”, a partir del vencimiento del plazo establecido por la norma; por tanto, el Contratista debió recurrir a solicitar dicho reconocimiento, vía el proceso arbitral, en aplicación a lo dispuesto en la norma antes mencionada y no vía la indemnización, ya que la demora en el pago es una situación contemplada en la Ley (por tanto no es antijurídico) y no constituye daño o perjuicio que deba resarcirse.

46. Por los fundamentos expuestos el pago de la indemnización por DAÑO EMERGENTE en este extremo debe ser desestimada.

Gastos del Tribunal Arbitral y Asesoría Legal

47. Que, el monto indemnizatorio reclamado en este extremo por la suma de S/. 105,598.92 considera los gastos de honorarios por Asesoría y Arbitraje efectuados por el Contratista, conforme al siguiente detalle:

- Designación e Instalación del Tribunal Arbitral	S/. 610.00
- Honorarios Asesor Legal en Procedimiento Arbitral	S/. 43,435.00
- Honorarios Asesor Legal – Abogados	S/. 60,273.92
- Proceso Centro de Conciliación Ext. Haciendo Justicia	S/. 80.00
- Honorarios Peritaje Contable	<u>S/. 1,200.00</u>
TOTAL HONORARIOS	S/. 105,598.92

 48. Que, los conceptos mencionados y reclamados vía indemnización son conceptos considerados por el artículo 70° de la Ley de Arbitraje, como “COSTOS

ARBITRALES”. Estos costos serán fijados por el Tribunal Arbitral (en este caso por el Árbitro Único), al momento de emitir el laudo arbitral, así lo dispone la norma citada.

49. Por otro lado, el artículo 73 de la Ley de Arbitraje antes comentada, precisa que el Tribunal Arbitral, en éste caso el Árbitro Único para los efectos de fijar y distribuir los costos del arbitraje tendrá en cuenta el acuerdo de las partes, y en caso de no existir acuerdo, los costos serán de cargo de la parte vencida, sin embargo el Tribunal Arbitral, en este caso el Árbitro Único podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes.
50. De lo expuesto, se puede concluir que los gastos solicitados por el Contratista vía indemnización, no pueden ser considerados de responsabilidad de la Entidad ni su pago puede ser imputado como un resarcimiento por daños y perjuicios por que son gastos que nacen de la relación contractual y que son asumidos por cada una de las partes para la defensa de sus derechos. Son las reglas que las partes han asumido respetar y cumplir y que no genera daño ni responsabilidad, pasible de indemnización.
51. Por otro lado, el Contratista dentro de sus pretensiones arbitrales ha solicitado que se disponga que el Hospital Cauyetano Heredia asuma los costos y costas incurridos en el presente arbitraje, por tanto no se puede pretender reclamar vía indemnización, lo que ya se ha solicitado como pretensión arbitral, por lo que la pretensión del Contratista en éste extremo, también debe ser desestimada.
52. Por los fundamentos expuestos y estando a que cada uno de los conceptos que integran la indemnización por DAÑO EMERGENTE, han sido analizados y desestimados su pago, conforme a las consideraciones antes expuestas, el Árbitro Único concluye que la pretensión del Contratista en este extremo no puede ser amparada, deviniendo en infundada su pretensión.



**RESPECTO A LA INDEMNIZACION POR DAÑO FINANCIERO Y
PROYECTO DE VIDA UTIL COMO PERSONA JURIDICA**

53. Que, al respecto en la pericia de parte ofrecida por el Contratista se indica que la indemnización por daño financiero y proyecto de vida util como persona jurídica asciende a la suma de S/. 594,355.82 Soles.
54. Que, el monto reclamado, resulta de aplicar el 72% de la utilidad neta alcanzada en el año 2017, sobre el monto ascendente a S/. 825,494.19, que corresponde al saldo de la valorización No. 03, descontada por la Entidad.
55. Se indica en la pericia que el proyecto empresarial de COFABSER que se venía desarrollando normalmente se ha visto paralizada abruptamente a partir de las penalidades aplicadas en forma unilateral y que en un futuro deberá afrontar los requerimientos de la cartas notariales por pagos pendientes a proveedores como consecuencia directa de la pérdida de su patrimonio, compromisos que iban a ser cubiertos con los ingresos de la valorización No. 03, que fue abonada parcialmente el 23/03/17 (con un retraso de 791 días). Agregar que, por la falta de liquidez la empresa tuvo que rescindir dos servicios celebrados, lo que ha ocasionado pérdidas en forma directa, por haber asumido todos los gastos en detrimento de su patrimonio, lo que se refleja en el ejercicio económico del año 2017.
56. Que, los argumentos y medios probatorios que sustentan la indemnización reclamada en este extremo, no crean en el árbitro único la convicción de su procedencia, por cuanto no se ha demostrado idóneamente que la falta de pago, o los pagos pendiente de los proveedores, sean una consecuencia, de la pérdida del patrimonio del Contratista, relacionada a la ejecución del contrato de servicios materia del presente arbitraje, tampoco se ha demostrado que el resultado negativo de la gestión administrativa y financiera del año 2017 o la falta de liquidez alegada, sea producto del monto dejado de cobrar por el Contratista, máxime si la legalidad y procedencia de los descuentos realizados por la Entidad en la valorización No. 03, es materia del presente arbitraje y se decidirá con la emisión



del presente laudo arbitral. Que, en ese sentido la indemnización por daño financiero reclamado en el presente proceso, no resulta amparable.

57. Finalmente, teniendo en cuenta que de acuerdo al artículo 1331° del Código Civil, la carga de la prueba de los daños y perjuicios y de su cuantía corresponden al perjudicado, y no habiendo logrado tal cometido el Contratista ya que no se ha acreditado la existencia de los supuestos daños, el Árbitro Único considera que no corresponde el pago de indemnización por Daños y Perjuicios por lucro cesante, daño emergente y daño financiero solicitados por el Contratista.

5. ANÁLISIS DEL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO

“Determinar que parte debe asumir los costos del presente proceso arbitral”

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

- El Contratista solicita que se ordene al HOSPITAL el pago de las costas y costos que se deriven del presente arbitraje, en base a al artículo 73° de la Ley de Arbitraje, aprobada por Decreto Legislativo N° 1071¹⁹.

POSICIÓN DEL ÁRBITRO ÚNICO

1. De acuerdo con el Artículo 70° del Dec. Leg. No. 1071, Ley que norma el Arbitraje, el Tribunal Arbitral (en este caso el árbitro único) fijará en el laudo los costos del arbitraje.
2. Según ésta norma legal, los costos del arbitraje comprenden:
 - a) Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.



¹⁹ Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

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. (...).”

- b) Los honorarios y gastos del secretario.
 - c) Los gastos administrativos de la institución arbitral.
 - d) Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
 - e) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
 - f) Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.
3. Que, el Artículo 73° de la Ley de Arbitraje, en su numeral 1, señala que, el tribunal arbitral (en éste caso el Árbitro Único) 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.
4. Que, el Contratista en su escrito de demanda, modificado con escrito de fecha 05/12/17 ha solicitado que la Entidad asuma los gastos arbitrales que se generen en el presente proceso, incluidos los honorarios del abogado.
5. Que, los gastos pretendidos, por el Contratista, están considerados dentro de los **Costos del Arbitraje**, precisados en el Artículo 70° del D. Leg. No. 1071, Ley de Arbitraje.
6. Que, en ese sentido, merituando el buen comportamiento procesal de las partes y la incertidumbre jurídica que existía entre ellas y que motivó el presente arbitraje, al margen del hecho de que en concepto del árbitro único ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta de que debían defender sus pretensiones en vía arbitral, el Árbitro Único estima que cada parte debe asumir los Honorarios Arbitrales del Árbitro Único y Secretaria Arbitral, en forma proporcional, es decir, 50% cada una.
7. Que, los costos arbitrales netos en el presente proceso arbitral están constituidos por:

Honorarios y Gastos arbitrales del Arbitro Unico	=	S/. 27,703.00
Honorarios de la Secretaría arbitral	=	S/. 15,732.00.
TOTAL		S/. 43,435.00

8. Que, los costos arbitrales precisados en el punto anterior han sido cubiertos íntegramente por el Contratista, por lo que corresponde que el Hospital Cayetano Heredia le reintegre el 50%, de dicho monto, es decir la suma de **S/. 21,717.50 Soles**, más los impuestos de Ley e intereses legales hasta la fecha de su cancelación.

Por las razones expuestas, el Árbitro Único, en DERECHO,

LAUDA:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA**, la primera pretensión principal del demandante contenida en el primer punto controvertido, referido a que el Árbitro Único declare la improcedencia de la aplicación de penalidades ascendentes a la suma de S/. 605,673.14 soles, por los fundamentos expuestos en los considerandos.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA**, la segunda pretensión principal del demandante contenida en el segundo punto controvertido, en consecuencia, declarar que no corresponde, la aplicación de descuento por la ejecución del “Saldo del Servicio del Mantenimiento de las Unidades de Cuidados Intensivos de Medicina, Cuidados Intensivos de Neonatología y Cuidados Intensivos Quirúrgicos del Hospital Cayetano Heredia” por el monto de s/. 219,821.05 soles, por los fundamentos expuestos en los considerandos.

TERCERO: Declarar **FUNDADA EN PARTE**, la tercera pretensión principal del demandante contenida en el tercer punto controvertido, en consecuencia disponer que el HOSPITAL CAYETANO HEREDIA pague a COMERCIALIZACION, FABRICACION Y SERVICIOS S.R.L. el pago pendiente de la valorización No. 03,



en la suma de S/. 219,821.05 soles, por los fundamentos expuestos en los considerandos.

CUARTO: Declarar **INFUNDADA**, la cuarta pretensión principal del demandante contenida en el cuarto punto controvertido, referido a que el Árbitro Único ordene al Hospital Cayetano Heredia pague a COMERCIALIZACION, FABRICACION Y SERVICIOS S.R.L. una indemnización por los daños y perjuicios irrogados por responsabilidad contractual ascendente a la suma de S/. 1'500,00.00 Sole, por los fundamentos expuestos en los considerandos.

QUINTO: Respecto a los costos arbitrales, el Árbitro Único, determina que cada parte debe asumir los costos arbitrales del presente proceso en forma proporcional (50% cada una); por lo que teniendo en cuenta que, COMERCIALIZACION, FABRICACION Y SERVICIOS S.R.L., asumió el íntegro de los honorarios arbitrales y de la Secretaría Arbitral, que correspondían al demandado, se **ORDENA** al HOSPITAL CAYETANO HEREDIA, reintegre al demandante, los costos arbitrales pagados en su nombre en la suma de S/. **21,717.50 Soles** más los impuestos de Ley e intereses legales correspondientes hasta la fecha efectiva del pago, por los fundamentos expuestos en los considerandos.

SEXTO: Remítase al Organismo Superior de las Contrataciones del Estado OSCE, copia del presente laudo arbitral.

Notifíquese a las partes.


Ramiro Rivera Reyes
Árbitro Único

