

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

CASO ARBITRAL N° 0135-2020-CCL

EMPRESA DE SERVICIOS KORY S.A.C

vs.

HOSPITAL SANTA ROSA
Ministerio de Salud

LAUDO

Arbitro Único

Jorge Masson Pazos

Secretaría Arbitral

Fiorella Casaverde Cotos

Lima, 24 de Agosto de 2021

ORDEN PROCESAL N° 7

En Lima, a los Veinticuatro días del mes de Agosto del año dos mil veintiuno, el suscrito Arbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la Ley de Arbitraje y el Reglamento del Centro, revisado y escuchado los argumentos esgrimidos y reflexionado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y los argumentos de la contestación, dicta el Laudo siguiente para poner fin a la controversia planteada, derivada del Contrato N° 001-2019-HSR de fecha 02 de enero de 2019, para el Servicio de Limpieza y Desinfección Hospitalaria del Hospital Santa Rosa y Local Anexo, suscrito entre **EMPRESA DE SERVICIOS KORY S.A.C.** (en Adelante “**KORY**”) y **HOSPITAL SANTA ROSA** (en Adelante “**HSR**”) (en adelante el “Contrato”).

VISTOS:

I. ANTECEDENTES Y CLAUSULA ARBITRAL

1. **KORY** ha iniciado este Arbitraje al amparo de la cláusula Vigésimo Séptima del referido Contrato N° 001-2019-HSR, suscrito entre ella y “**HSR**” con fecha 2 de enero del 2019, derivado de la Contratación Directa N° 19-2018-HSR (el “Contrato”) cuyo tenor literal es el siguiente:

“CLÁUSULA DECIMO SEPTIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS:

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

Cualquiera de las partes tiene derecho a iniciar el arbitraje a fin de resolver dichas controversias dentro del plazo de caducidad previsto en el artículo 122, 137, 140, 143, 146, 147 y 149 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado o, en su defecto, en el inciso 45.2 del artículo 45° de la Ley de Contrataciones del Estado.

El Arbitraje será institucional y resuelto por Arbitro único. las partes acuerdan que en caso de recurrir al Arbitraje, deberán acudir a las siguientes instituciones arbitrales: **CÁMARA DE COMERCIO DE LIMA** o al **ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS DE LIMA**.

Facultativamente, cualquiera de las partes tiene el derecho a solicitar una conciliación dentro del plazo de caducidad correspondiente. según lo señalado en el artículo 183 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de recurrir al arbitraje. en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas partes o se llegue a un acuerdo parcial. Las controversias sobre nulidad del contrato solo pueden ser sometidas a arbitraje.

El Laudo arbitral emitido es inapelable, definitivo y obligatorio para las partes desde el momento de su notificación, según lo previsto en el inciso 45.8 del 45 de la Ley de Contrataciones del Estado.”

II. EL PROCESO ARBITRAL

II.1 INSTALACIÓN, PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE Y SECUENCIA PROCESAL

2. Con fecha 16 de noviembre del 2020 se notificó al suscrito su designación por el Consejo Superior de Arbitraje del Centro como Arbitro Unico para este Proceso Arbitral, lo cual fue aceptado mediante comunicación del 26 de noviembre del mismo año, no siendo objetado por ninguna de las partes.
3. Mediante Orden Procesal N° 2 de fecha 28 de diciembre de 2020, quedaron fijadas las reglas definitivas aplicables al presente arbitraje.
4. El 26 de enero de 2021, “KORY”, presentó el escrito de demanda arbitral.
5. El 23 de febrero de 2021, “HSR”, presentó su escrito de contestación a la demanda, en el cual plantea la improcedencia de la demanda y en su defecto pide que la misma se declare infundada.
6. Con fecha 3 de marzo del 2021 se emitió la Orden Procesal N° 3 mediante la cual se fijaron las cuestiones que serían materia de pronunciamiento en el laudo arbitral definitivo, se resolvió sobre la admisibilidad de los medios probatorios ofrecidos y se citó a las partes a una Audiencia Única para el día 15 de abril del 2015, fecha que luego quedó en suspenso mediante la Orden Procesal N° 4 y fue finalmente fijada por la Orden Procesal N° 5 para el día 28 de mayo del 2021 en que se llevó a cabo.
7. Mediante Orden Procesal N° 4 del 12 de abril del 2021 se tuvo por cumplida la inscripción del Arbitro Único en el SEACE por parte de la demandada.
8. Con fecha 28 de mayo del 2021 se realizó la Audiencia Única de manera virtual.
9. Mediante sendos escritos ingresados el 3 de junio del 2021, tanto KORY como HSR presentaron sus alegatos o conclusiones finales.
10. Mediante Orden Procesal N° 6 de fecha 11 de junio del 2021, de conformidad con los artículos 32(1) y 39 (1) del Reglamento de Arbitraje del Centro, el Arbitro Unico declaró el cierre de las actuaciones y precisó que se dedicará a la labor de dictar el Laudo Arbitral dentro del plazo la Orden Procesal N° 2, es decir, hasta el miércoles 25 de Agosto de 2021.
11. Todos los escritos y Ordenes Procesales antes indicados se han puesto en conocimiento de las partes a través de las direcciones electrónicas consignadas para las notificaciones del presente caso.

II.2 CONSIDERACIONES PRELIMINARES

12. El presente laudo se expide de conformidad con lo señalado en la Ley de Arbitraje, por lo que estando a lo dispuesto en la mencionada Ley, el Arbitro Único advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente Laudo.
13. En lo correspondiente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Arbitro Único deja expresa constancia que en el presente proceso arbitral se ha actuado de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43° de la Ley de Arbitraje, en el que se señala que:

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

II.3 LA DEMANDA

14. Mediante escrito presentado el 26 de enero del 2021, **KORY** interpone su demanda con el siguiente **PETITORIO**:

PETITORIO

- 1) Se declare la nulidad, improcedencia y/o ineficacia de las penalidades que hayan sido dispuestas/ ordenadas por el HOSPITAL SANTA ROSA contra la EMPRESA DE SERVICIOS KORY S.A.C., relacionadas al Contrato N° 001-2019-HSR de fecha 02.01.2019.
- 2) Se proceda a la consecuente devolución y/o reintegro a favor de la EMPRESA SERVICIOS KORY S.A.C de las penalidades que hayan sido impuestas y/o efectivamente deducidas por el HOSPITAL SANTA ROSA, relacionadas al Contrato N° 001-2019-HSR de fecha 02.01.19.
- 3) Se ordene al HOSPITAL SANTA ROSA al pago en favor de la EMPRESA DE SERVICIOS KORY S.A.C. de los intereses legales devengados y por devengarse que pudieren configurarse hasta la fecha efectiva de la devolución / reintegro del importe total penalizado.

- 4) Que se ordene al HOSPITAL SANTA ROSA al pago del costo financiero que irrogue mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento dispuesta en el Contrato N° 001-2019- HSR de fecha 02.01.19, cuyo importe se liquidará en ejecución de laudo.
- 5) Se ordene al HOSPITAL SANTA ROSA al pago de los gastos, costas y costos respectivos.

MONTO DEL PETITORIO – CUANTIA:

15. Precisan que el monto del petitorio asciende al importe económico de **S/36,999.40 Soles (Treinta y Seis Mil Novecientos Noventa y Nueve y 40/100 Soles)**, más los intereses legales devengados y por devengarse, así como los gastos, costas y costos del presente proceso arbitral.

FUNDAMENTOS DE HECHO DE LA DEMANDA:

16. Señalan que es el caso que su empresa “KORY” participó en la Contratación Directa N° 19-2018-HSR, para la Contratación del Servicio de Limpieza y Desinfección Hospitalaria del Hospital Santa Rosa y Local Anexo, suscribiendo con fecha 02.01.2019 el Contrato N°001-2019-HSR, estableciéndose como monto contractual el importe de S/. 599,985.00 Soles, incluidos todos los impuestos de ley, pactándose un plazo de ejecución determinado, regulándose en la cláusula Cuarta del mismo la forma de pago respectiva, esto es en forma mensual luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente (según lo regulado por el artículo 149° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable), estableciéndose en la cláusula Novena del mismo que en caso de existir observaciones se comunicaría las mismas al contratista otorgándose un plazo para subsanar no menor de 02 ni mayor de 10 días, dependiendo de la complejidad, estableciéndose que la recepción y conformidad de la prestación se regula por lo dispuesto en el artículo 143° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable, señalándose que la conformidad la otorgaba la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento, previo informe de la Oficina de Epidemiología y Salud Ambiental y del Departamento de Farmacia.
17. Expresa que la Entidad convocante ha dispuesto la aplicación de penalidades en contra de nuestra empresa por un importe total acumulado de S/. 36,999.40 Soles, ello presuntamente por no haber cumplido con los Términos de Referencia de la Contratación Directa N° 19-2018-HSR, para la Contratación del Servicio de Limpieza y Desinfección Hospitalaria del Hospital Santa Rosa y Local Anexo, posición de la cual discrepamos, más aún cuando existía un procedimiento de formulación de observaciones estipulado en la cláusula Novena del Contrato N° 001-2019-HSR de

fecha 02.01.19, procedimiento el cual no se habría producido, menos aún la posibilidad de efectuar alguna averiguación al respecto, contraviniéndose lo pactado en el contrato.

18. Argumentan que en efecto, la Entidad no ha adjuntado prueba objetiva alguna que demuestre la presunta infracción, menos aún algún informe del Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento y/o de la Oficina de Epidemiología y Salud Ambiental y del Departamento de Farmacia que señalen ello, a fin de, en todo caso, poder formular los correspondientes descargos, aspecto que consideramos vulnera crasamente los PRINCIPIOS DE TRANSPARENCIA y de EQUIDAD previstos en el artículo 4 incisos “c” e “i” de la Ley N° 30225 – Ley de Contrataciones del Estado, existiendo subjetividad en el tratamiento del contratista recurrente, debiendo todos los actos que se dicten ser objeto de una adecuada y suficiente comunicación, siendo que la ausencia de información y/o prueba no permite además ejercer a cabalidad nuestro derecho de defensa, generándonos indefensión frente a un acto que lesiona nuestro legítimo interés, restringiendo nuestra facultad de contradicción administrativa que pudo haberse ejercido en su momento, aspectos que consideramos vulneran lo expresamente regulado por el artículo 143° del D.S. N°350-2015-EF- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado mediante D.S. N°053-2017-EF, debiendo por ende declararse la nulidad, improcedencia y/o ineficacia de la(s) penalidad(es) imputada(s) por S/.36,999.40 soles impuesta por el HOSPITAL SANTA ROSA.
19. Agrega que a lo anterior se suma que la Entidad convocante ni siquiera ha contestado de manera objetiva y/o concreta alguna nuestra solicitud de arbitraje respectiva, no pudiendo en su momento identificar nuestra parte si dicha penalidad fue, efectiva y objetivamente, una penalidad objetiva, y, que provenía de una obligación contractual presuntamente, incumplida, para en todo caso posibilitar al contratista recurrente un descargo concreto, existiendo subjetividad en el tratamiento del contratista al momento de los pagos de ley, constituyendo una práctica poco objetiva y clara, sin brindarle mayor información al respecto, frente a una súbita deducción económica, habiendo la empresa recurrente prestado el servicio objeto de contrato cumpliendo – consideramos – los requerimientos técnicos mínimos (Términos de Referencia) previstos expresamente en las Bases Administrativas Integradas del proceso de selección.
20. Considera que consecuentemente, y acorde a lo expresamente previsto por la normativa sobre contratación pública aplicable al proceso de selección materia de grado, consideran que resulta totalmente contrario a derecho la(s) penalidad(es) aplicada(s) por la Entidad convocante, toda vez que la(s) misma(s) no se encontraría(n) si quiera debidamente probadas, deviniendo por ende en NULA, IMPROCEDENTE y/o INEFICAZ la(s) penalidad(es) aplicada(s) por el total de S/. 36,999.40 Soles, debiendo por ende procederse a su devolución / reintegro en caso de haber sido efectivamente deducida(s), e, incluso, reconocerse los intereses legales generados y por generarse hasta la fecha efectiva de su devolución.

21. Destacan además que ha existido subjetividad en el tratamiento del contratista recurrente al momento de la(s) penalización(es), debiendo todos los actos que se dicten ser objeto de una adecuada y suficiente transparencia, habiéndose incluso con ello restringido su derecho de defensa, aspecto que consideramos vulnera lo expresamente regulado por el artículo 132° y siguientes del D.S. N° 350-2015-EF-Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, debiendo por ende declararse la nulidad, improcedencia y/o eficacia de las penalidades imputadas, debiendo además la Entidad asumir el costo financiero que irrogue mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento dispuesta en el Contrato N° 001-2019-HSR de fecha 02.01.19 cuyo importe se liquidara en ejecución de laudo (ya que el presente arbitraje obligará a mantenerla vigente por un tiempo adicional al contractualmente previsto), debiendo condenarse a la Entidad al pago de los gastos, costas y costos respectivos, ya que su actuar nos ha obligado a tener que acudir al mecanismo de solución de controversias que prevé la normativa especial, en este caso, el mecanismo del arbitraje previsto en el artículo 184° del D.S. N°350-2015-EF- Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, concordante con el artículo 45° de la Ley N° 30225- Ley de Contrataciones del Estado (normas aplicables por temporalidad), no habiendo sido posible arribar a ningún acuerdo en la conciliación previamente desarrollada, aspecto que solicitamos expresamente al Árbitro Único tenga estrictamente en cuenta al momento de laudar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO DE LA DEMANDA:

22. Amparan la demanda arbitral en los siguientes dispositivos legales:
- **Ley N°30225-Ley de Contrataciones del Estado, modificada mediante Decreto Legislativo N°1341:** Artículos 1°, 2° incisos “b”, “c”, “f”, “i”; 9°, 21°, 27°, 32°, 33°, 36°, 39°, 40°, 45°.
 - **Decreto Supremo N° 350-2015-EF-Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado mediante D.S. N°056-2017-EF:** Artículos 1°, 2°, 5°, 8°, 11°, 12°, 21°, 27°, 28°, 30°, 85°, 86°, 87°, 114°, 116°, 120°, 121°, 132°, 134°, 143°, 183°, 184°, 185°, 189°, 197°.
 - **Decreto Legislativo N°1071- Ley de Arbitraje:** artículos 1°, 3°, 12°, 13°, 42°, 43°, 53°, 54°, 56°, 59°.
 - **Los Términos de Referencia de la Contratación Directa N° 19-2018-HSR, para la Contratación del Servicio de Limpieza y Desinfección Hospitalaria del Hospital Santa Rosa y Local Anexo, efectuada por el Hospital Santa Rosa.**
 - **El Contrato N° 001-2019-HSR de fecha 02.01.19, suscrito por ambas partes contratantes.**

MEDIOS PROBATORIOS DE KORY

23. Ofrecen en calidad de prueba instrumental los siguientes documentos:

- 1) Copia legible del Contrato N° 001-2019-HSR de fecha 02.01.19 suscrito con la Entidad convocante (Anexo A-3).
- 2) Copia del detalle de la Constancia de Cumplimiento de la Prestación N° 097-2019 de fecha 26.05.2019, emitida por la Oficina de Logística de la Entidad, en donde figura la imposición de la penalidad de S/.36,999.40 Soles (Anexo A-4).
- 3) Copia del Acta de Conciliación N° 056-2020 de fecha 24.02.2020, extendida por el Centro de Conciliación PROJUS (Anexo A-5).
- 4) La exhibición por parte del HOSPITAL SANTA ROSA que deberá efectuar ante el Árbitro Único de los Términos de Referencia de la Contratación Directa N°19-2018-HSR, para la Contracción del Servicio de Limpieza y Desinfección Hospitalaria del Hospital Santa Rosa y Local Anexo, contratación llevada a cabo por dicha institución. Finalidad de la exhibición: verificar y analizar el alcance y detalle técnico del servicio de limpieza contemplado en dichos Términos de Referencia, las penalidades aplicables, así como la forma de acreditación de las mismas e importes a imponerse.
- 5) El Informe Técnico – Legal que deberá remitir al Árbitro Único el HOSPITAL SANTA ROSA respecto de los motivos que generaron la imposición de cada de la(s) penalidad(es) imputada(s) en contra de la empresa recurrente ascendente a S/.36,999.40 Soles, en donde conste la metodología de cálculo de la(s) misma(s), la línea de tiempo de la ejecución de la prestación principal, así como la forma de acreditación y comprobación objetiva del presunto incumplimiento contractual advertido que haya originado la imposición de la(s) misma(s). Finalidad: verificar la legitimidad de la(s) penalidad(es) imputada(s).

II.4 CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

24. Mediante escrito presentado el 23 de febrero del 2021, **HSR** debidamente representado por Procurador Público del Ministerio de Salud (e) contesta la demanda en los siguientes términos:

LA DEMANDA ES IMPROCEDENTE:

25. En relación a la procedencia de las pretensiones solicitadas, se debe tener presente que se está solicitando de manera conjunta y a la vez excluyente tres figuras procesales para cuestionar la decisión de la Entidad de aplicar penalidades, como son la nulidad, invalidez, e ineficacia.

26. Advierten que al respecto, se debe tener presente que la Primera Disposición Complementaria y Final de la Ley de Contrataciones aprobadas por Ley N° 30225 y modificada por Decreto Legislativo N° 1341 (vigente al momento de la Contratación), establece un orden de prelación normativa a aplicarse para resolver las controversias que es: i) Ley y Reglamento, ii) Normas de Derecho Público y, iii) Normas de Derecho Privado.

“La presente Ley y su Reglamento prevalecen sobre las normas del procedimiento administrativo general, de derecho público y sobre aquellas de derecho privado que le sean aplicables”.

27. Indican que en relación a la nulidad, la Ley sólo ha regulado los supuestos de nulidad dentro del proceso de selección y después de celebrados los contratos conforme a lo establecido en el Artículo 44°, habiendo indicado **que después de celebrados los contratos sólo se puede declarar la nulidad de los contratos en los siguientes supuestos:**

- a) Por haberse suscrito en contravención con el artículo 11° de la presente norma;
- b) Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el proceso de selección para la suscripción del contrato;
- c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación; o,
- d) Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la
- e) configuración de alguno de los supuestos que habilitan a la contratación directa.
- f) Cuando por sentencia consentida, ejecutoriada o reconocimiento del contratista ante la autoridad competente nacional o extranjera se evidencia que durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, éste, sus accionistas, socios o empresas vinculadas, o cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes, ha pagado, recibido, ofrecido, intentado pagar o recibir u ofrecer en el futuro algún pago, beneficio o dádiva o comisión.

Esta nulidad es sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil a que hubiera lugar.

28. Observan que las normas de contrataciones no regulan supuestos de nulidad, invalidez o ineficacia de las decisiones de la Entidad.
29. Agregan que por otro lado, si aplicamos de manera supletoria los cuerpos normativos de segundo y tercer orden de prelación normativa, las figuras de la nulidad e invalidez se encuentran regulados en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444 (artículo 30°, 9° y 10°) y el Código Civil (artículo 219°).
30. Señalan que el artículo 3° establece que los Requisitos de validez de los actos administrativos, son los siguientes:

1. **Competencia.** - Ser emitido por el órgano facultado en razón de la materia, territorio, grado, tiempo o cuantía, a través de la autoridad regularmente nominada al momento del dictado y en caso de órganos colegiados, cumpliendo los requisitos de sesión, quórum y deliberación indispensables para su emisión.
 2. **Objeto o contenido.** - Los actos administrativos deben expresar su respectivo objeto, de tal modo que pueda determinarse inequívocamente sus efectos jurídicos. Su contenido se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico, debiendo ser lícito, preciso, posible física y jurídicamente, y comprender las cuestiones surgidas de la motivación.
 3. **Finalidad Pública.** - Adecuarse a las finalidades de interés público asumidas por las normas que otorgan las facultades al órgano emisor, sin que pueda habilitarse a perseguir mediante el acto, aun encubiertamente, alguna finalidad sea personal de la propia autoridad, a favor de un tercero, u otra finalidad pública distinta a la prevista en la ley. La ausencia de normas que indique los fines de una facultad no genera discrecionalidad.
 4. **Motivación.** - El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico.
 5. **Procedimiento regular.** - Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación.
31. Manifiestan que los artículos 9° y 10° de la Ley N°27444 establecen que todo acto administrativo se considera válido siempre y cuando no haya sido declarado nulo por autoridad competente, y las causales para que se declare su nulidad de pleno derecho son las siguientes:
- a) La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.
 - b) El defecto o la omisión de alguno de sus requisitos de validez, salvo que se presente alguno de los supuestos de conservación del acto a que se refiere el Artículo 14°.
 - c) Los actos expresos o los que resulten como consecuencia de la aprobación automática o por silencio administrativo positivo, por los que se adquiere facultades, o derechos, cuando son contrarios al ordenamiento jurídico, o cuando no se cumplen con los requisitos, documentación o tramites esenciales para su adquisición.
 - d) Los actos administrativos que sean constitutivos de infracción penal, o que se dicten como consecuencia de la misma.

32. Observan que en el presente caso, se puede advertir claramente que el demandante no ha desarrollado ni sustentado ninguno de los supuestos descritos en la norma a fin de acreditar la invalidez ni la existencia de causales de nulidad de alguna decisión de la Entidad, asimismo, el demandante no ha acreditado que mi representada haya emitido decisión que se encuentre viciada con nulidad en su perjuicio, ni que se ha omitido realizar alguna actuación administrativa que sea de carácter obligatorio, por lo que, la presente demanda deberá ser declarada INFUNDADA, más aún cuando se advierte que la Entidad ha cumplido estrictamente con el procedimiento para la aplicación de penalidades y que éstas se encuentran debidamente sustentadas en los informes correspondientes.
33. Añaden que en cuanto al extremo de la pretensión, en el que se solicita que se declare la ineficacia de la decisión de la Entidad, el demandante tampoco ha desarrollado ningún sustento que la cuestione, por tanto, ésta al encontrarse debidamente motivada, emitida por autoridad competente y correctamente notificada, surte todos sus efectos jurídicos, debiendo por tanto desestimarse dicha pretensión.
34. Consideran que en el supuesto negado que el Arbitro Único decida modificar y/o alterar las pretensiones del Contratista analizando la decisión de la Entidad dentro de otra figura jurídica, implicaría una subrogación en su defensa, y por tanto una vulneración al debido proceso y al derecho a la defensa de la Entidad.
35. Expresan que dicho supuesto -en que el Arbitro Único analice las pretensiones dentro de otra figura jurídica-generaría una vulneración a nuestro derecho a la defensa, puesto que el demandante no ha desarrollado ni sustentado que causal de nulidad, ineficacia o invalidez ha vulnerado la Entidad al aplicarle la penalidad, por lo que, no nos ha permitido ejercer debidamente nuestra defensa ni presentar los medios probatorios pertinentes para cada caso.

LA DEMANDA ES INFUNDADA:

36. Advierten que en la demanda se argumenta que la Entidad no habría cumplido con el procedimiento para la formulación de observaciones ni acreditado la presunta infracción que determine la aplicación de penalidades, asimismo, argumenta que las penalidades serían presuntamente por no haber cumplido con los Términos de Referencia. Sin embargo, no se advierte ningún fundamento que desarrolle que cumplió efectivamente con todas sus obligaciones contractuales, por el contrario, se desarrollan argumentos genéricos en los que argumenta falta de procedimiento y afectación al principio de transparencia y equidad.
37. Precisan que la normativa de contrataciones del Estado ha previsto las penalidades que las Entidades pueden aplicar al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus

obligaciones contractuales; las cuales pueden ser de dos tipos: (i) la “**penalidad por mora**” en la ejecución de la prestación; y (ii) las “**otras penalidades**”.

38. Agregan que respecto a la “**penalidad por mora**” el artículo 133 del Reglamento ha previsto que: “*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.* Asimismo, respecto a las “**otras penalidades**”, el artículo 134 del Reglamento establece que la Entidad puede establecer otras penalidades en las Bases, distintas a la penalidad por mora, para tales efectos, debe incluirse los supuestos de aplicación de la penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad por cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.
39. Apuntan que en el presente caso, las penalidades aplicadas derivan del incumplimiento del demandante de los Términos de Referencia, es decir, **se trata de penalidades distintas a la penalidad por mora**, cuyo supuesto de aplicación, cálculo y verificación está debidamente regulado en el punto 4.12 de los términos de referencia, los mismos que se encuentran contenidos cláusula segunda del contrato (página 45 y siguiente).

4.12. PENALIDADES APLICABLES

Nº	CONCEPTO (en lo referido a los operarios de limpieza, jefes de grupo y supervisor)	MONTO PENALIDAD		
		TURNO	POR CADA INCIDENCIA	OBSERVACIÓN
1	Por ausencia de operarios en su puesto de trabajo en un turno	Sr. 1,000.00 por cada falta de un operario		Se acredita con informes y/o actas de supervisión de la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento y/o Oficina de Epidemiología y Salud Ambiental. Si se sobrepasa del 10% del monto de facturación mensual implica resolución del contrato.
2	No traer uno de los insumos, uno de los materiales, uno de los equipos, accesorios y/o maquinarias o implementos completos según lo solicitado en las presentes especificaciones técnicas, en el plazo previsto, y/o en la cantidad y calidad solicitada.		1% de la facturación mensual por cada uno de los materiales, uno de los equipos, accesorios y/o maquinarias o implementos	Se acredita con informes y/o actas de supervisión de la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento y/o Oficina de Epidemiología y Salud Ambiental y El Departamento de Farmacia. Si se sobrepasa del 10% del monto de facturación mensual implica resolución del contrato.
3	No hacer y/o aplicar las diluciones de los desinfectantes de acuerdo a norma, no aplicar los procedimientos de limpieza y desinfección y/o no aplicar los procedimientos del manejo de residuos sólidos según norma.		1% de la facturación mensual por cada operación	Se acredita con informes y/o actas de supervisión de la OSGYM y/o OEYSA y/o Dep. Farmacia. Si se sobrepasa del 10% del monto de facturación mensual implica resolución del contrato.

*Continúa en la página 46 del Contrato.

40. Explican que en ese sentido, se debe tener presente que respecto al procedimiento en la aplicación de penalidades en los casos de “penalidad por mora” y “otras penalidades”, el artículo 143 del Reglamento, diferencia los procedimientos, estableciendo que la calificación de la prestación para efectos de su recepción y conformidad se realiza por el responsable del área usuaria, quien las verifica y de existir observaciones las comunica al contratista otorgándole un plazo para subsanar. Sin embargo, también establece que **este procedimiento no es aplicable cuando los bienes, servicios y/o consultoría no cumplan manifiestamente con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo**

caso la Entidad no recepciona u otorga conformidad, considerando no cumplida la prestación y aplicando la penalidad correspondiente. Es decir, tratándose de penalidades distintas a las penalidades por mora, el incumplimiento de las mismas no determina el otorgamiento de un plazo para subsanar porque son insubsanables, sino que la penalidad se aplica de manera automática.

41. Sostienen que estando a lo expuesto, advirtiéndose que la penalidad aplicada a la empresa demandante deriva de un incumplimiento de los términos de referencia, y que no se trata de una penalidad por mora sino de “otras penalidades”, mi representada cumplió con aplicar la penalidad correspondiente. En ese sentido, considerando que la demanda interpuesta no sustenta ni acredita las pretensiones demandadas, la misma deberá declararse Infundada en todos sus extremos.
42. Destacan que en relación al pago del costo financiero que sustenta el mantenimiento de la garantía de fiel cumplimiento, no se expone ningún argumento, por lo que, la pretensión deviene en infundada, más aún cuando en la demanda no se desarrolla los argumentos que determinen que cumplió efectivamente con la totalidad de sus prestaciones.
43. Concluyen finalmente, **en el extremo del pago de costos y costas del proceso arbitral,** solicitamos que sea la **Empresa de Servicios Kory S.A.C.** quien asuma el íntegro de los costos y gastos del presente proceso arbitral, ya que conforme a los artículos 70° y 73° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, el Tribunal Unipersonal deberá tener en cuenta, a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes, mientras que, a falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida, sin perjuicio que el Arbitro Único distribuya y prorratee estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
44. Sobre ello, habiéndose comprobado que lo pretendido por la empresa demandante no goza de mayor asidero fáctico legal, **corresponde que sea ésta quien asuma la totalidad de los costos y costas del presente arbitraje.**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

- Ley N°30225, modificada por el Decreto Legislativo N°1341
- Reglamento de la Ley N°30225, aprobado por el Decreto Supremo N°350-2015-EF, modificado mediante Decreto Supremo N°056-2017-EF.
- Decreto Legislativo N°1071 – Ley de Arbitraje
- Contrato N°005-2020-CENARES/MINSA.
- Código Civil

MEDIOS PROBATORIOS DE HSR

No ofrecen ni presentan medios probatorios, reservándose el derecho de ofrecerlos posteriormente.

II.5 CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO

45. Mediante Orden Procesal N° 3 de fecha 8 de marzo del 2021 el Arbitro Único fijó las materias o puntos controvertidos que serán objeto de pronunciamiento en el Laudo Arbitral. Así, teniendo en cuenta las pretensiones planteadas por KORY estableció que resolverá sobre las siguientes materias, dejándose constancia que las mismas eran referenciales:

DETERMINACIÓN DE CUESTIONES MATERIA DE PRONUNCIAMIENTO DEL ÁRBITRO ÚNICO

46. El Árbitro Único precisa que las siguientes materias o puntos controvertidos que serán objeto de su pronunciamiento en el presente arbitraje, se derivan de la demanda presentada el 26 de enero de 2021 y del escrito de la contestación a la demanda de fecha 23 de febrero de 2021.
47. El Árbitro Único deja claramente establecido que los puntos controvertidos sobre los que se pronunciará son referenciales, reservándose el derecho de modificar, ajustar o reformular, a su entera discreción, con conocimiento de las partes, dichos puntos controvertidos, según el desarrollo de las actuaciones arbitrales o con el fin de facilitar la resolución de la controversia.
48. Teniendo en cuenta estas consideraciones, el Árbitro Único precisa que las siguientes materias o puntos controvertidos serán objeto de su pronunciamiento en el presente arbitraje:

Con respecto a la Primera Pretensión Principal de la Demanda:

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare la nulidad improcedencia y/o ineficacia de las penalidades que haya sido impuestas ordenadas por el Hospital Santa Rosa contra la Empresa de Servicios Kory S.A.C. relacionadas al contrato N° 001-2019-HSR de fecha 2 de enero de 2019.

Con respecto a la Segunda Pretensión Principal de la Demanda:

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único se proceda a la consecuente devolución y/o reintegro a favor de la Empresa de Servicios Kory S.A.C. de las penalidades que hayan sido impuestas y/o efectivamente deducidas por el Hospital Santa Rosa relacionadas al contrato N° 001-2019-HSR de fecha 2 de enero de 2019.

Con respecto a la Tercera Pretensión Principal de la Demanda:

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene al Hospital Santa Rosa el pago en favor de la Empresa de Servicios Kory S.A.C. de los intereses legales devengados y por devengarse que pudieran configurar sé hasta la fecha efectiva de devolución y/o reintegro del importe total penalizado.

Con respecto a la Cuarta Pretensión Principal de la Demanda:

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene al Hospital Santa Rosa el pago del costo financiero que irrogue mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento dispuesta por el contrato N° 001-2019-HSR de fecha 2 de enero de 2019.cuyo importe se liquidará en ejecución del laudo.

Con respecto a la Quinta Pretensión Principal de la Demanda:

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene al Hospital Santa Rosa el pago de los gastos, costas y costos respectivos.

II. 6 ADMISION Y PRESENTACION DE MEDIOS PROBATORIOS
--

ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

49. De conformidad con lo establecido por el artículo 24(7) del Reglamento de Arbitraje del Centro de 2017 (en adelante, “el Reglamento”), se tienen por admitidas las siguientes pruebas ofrecidas:

PRUEBAS OFRECIDAS CON LA DEMANDA:

Documentales:

- Las pruebas documentales ofrecidas por la parte demandante, descritas del punto 1 al 3 en el acápite “V). MEDIOS PROBATORIOS” de su escrito de demanda, de fecha 26 enero de 2021.

Exhibición:

- La exhibición ofrecida por la parte demandante, descrita en el punto 4 del acápite “V). MEDIOS PROBATORIOS” de su escrito de demanda de fecha 26 enero de 2021 consistente en los Términos de Referencia de la Contratación Directa N° 019-2018-HSR. Al respecto, el Árbitro Único dispone otorgar un plazo de veinte (20) días hábiles a la parte demandada a fin de que presente dicha exhibición.

Informe:

- El informe ofrecido por la parte demandante, descrito en el punto 5 del acápite “V). MEDIOS PROBATORIOS” de su escrito de demanda de fecha 26 enero de 2021.

- Al respecto, el Árbitro Único precisa que esta solicitud se entiende como la exhibición de los informes técnicos legales que pudieran existir que hayan sustentado en su momento la aplicación de las penalidades, por lo que, se dispone otorgar un plazo de veinte (20) días hábiles a la parte demandada a fin de que presente dicha exhibición.

PRUEBAS OFRECIDAS CON LA CONTESTACIÓN:

La demandada no ofreció ni acompañó medio probatorio alguno en su escrito de contestación a la demanda.

EN RELACION CON LAS EXHIBICIONES DISPUESTAS:

- Mediante escrito del 5 de abril del 2021 HSR cumplió con la Exhibición de los Términos de Referencia de la Contratación Directa N° 19-2018-HSR, y ello se tuvo por cumplido en la Orden Procesal N° 4;
- Mediante escrito del 6 de abril del 2021 HSR solicitó un plazo adicional de 10 días hábiles para cumplir con la presentación de cumplió con la Exhibición del Informe a que se refiere el punto 5 del acápite “V) Medios Probatorios” del escrito de demanda de fecha 26 enero de 2021, a lo que este Arbitro Unico accedió mediante la Orden Procesal N° 4.
- Vencido el plazo referido en el acápite anterior, sin que la demandada hubiera cumplido con la exhibición dispuesta – y a la cual no se había opuesto -este Arbitro Único, mediante la Orden Procesal N° 5 de fecha 12 de mayo del 2021, tuvo por no presentada dicha prueba por la Entidad.

II.7 AUDIENCIA UNICA
--

50. Con fecha 28 de mayo del 2021 se realizó la Audiencia Única de manera virtual, con la presencia de ambas partes, quienes expusieron ampliamente sus posiciones y respondieron las preguntas del suscrito Arbitro Único, tal como quedó registrada la audiencia en video.

II.8 OTROS ESCRITOS Y ALEGATOS
--

51. Mediante escrito ingresado el 3 de junio del 2021 KORY presentó su alegato indicando simplemente que proponía los mismos fundamentos expuestos en su escrito de demanda arbitral y demás escritos presentados en autos, fundamentación que solicita sea debidamente merituada en conjunto al momento de laudarse.

52. Mediante escrito ingresado el mismo 3 de junio del 2021 HSR también presentó su escrito de alegatos, resumidamente en los siguientes términos:

a) SOBRE EL INCUMPLIMIENTO DE KORY:

- Menciona que el Contrato N° 001-2019-HSR, en su cláusula Quinta establece: “El plazo de ejecución del presente contrato es de noventa días calendario” y que “El Contrato entrará en vigencia anticipada desde las 00:00 horas del día 14 de diciembre del 2018 hasta las 00:00 horas del día 14 de marzo del 2019 (90 días calendario).
- Detalla que en cumplimiento al Contrato N° 001-2019-HSR, el Hospital giró a nombre de El Contratista las siguientes Ordenes de Servicio:
 - OS N° 009-2019 S/ 199,995.00 Del 14/12/2018 al 13/01/2019
 - OS N° 164-2019 S/ 199,995.00 Del 14/01/2019 al 13/02/2019
 - OS N° 636-2019 S/ 199,995.00 Del 14/02/2019 al 13/03/2019
- Apunta que mediante Memorándum N° 290-2019-MINSA-HSR/OL, de fecha 21.FEB.2019, la Oficina de Logística, comunica a la Oficina de Economía la APLICACIÓN DE PENALIDAD –EMPRESA ESCORY S.A.C., por un total de S/ 19,999.50, de acuerdo al siguiente detalle.

NOTA INFORMATIVA N° 15-2018-MINSA-HSR-OEySA, detalla las siguientes faltas al cumplimiento de los términos de referencia del Contrato N° 001-2019-HSR

ORDEN DE SERVICIO N° 09-2019 (Pago correspondiente del 14.12.2018 al 13.01.2019)				S/ 199,995.00
N°	CONCEPTO (En lo referido a los operarios de limpieza, jefes de grupo y supervisión)	PENALIDADES APLICABLES		Monto calculado a penalizar
		Porcentaje a Aplicar	DETALLE	
3	No hacer y/o aplicar las diluciones de los desinfectantes de acuerdo a norma, no aplicar los procedimientos de limpieza, etc	1	1% de la Facturación mensual por cada observación	S/ 1,999.55
8	Por presentación incorrecta del personal de limpieza para el desarrollo de sus actividades	30	1% de la Facturación mensual por cada observación	S/ 59,998.50
TOTAL PENALIZADO				S/ 61,998.45
EN CUMPLIMIENTO DEL ART. 132 DEL RLC, SE PROCEDE A APLICAR EL MONTO MAXIMO EQUIVALENTE AL 10% DEL MONTO DE LA ORDEN DE SERVICIO.				S/ 19,999.50

- Explica que de igual manera, mediante Memorándum N° 071-2019-U.PROC-OL-OEA-HSR-MINSA, de fecha 20.MAR.2019, la Unidad de Procesos de Selección y Contratos comunica a la Unidad de Adquisiciones la APLICACIÓN DE PENALIDAD a la Orden de Servicio N° 636-2019 correspondiente a la EMPRESA ESCORY S.A.C., de acuerdo a lo informado por la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento, mediante MEMORANDUM N° 165-2019-OSGyM-HS, y Nota Informativa N° 033-2019-MINSA-HSR-OEySA de la Oficina de Epidemiología y Salud Ambiental, por un total de S/ 11,999.95, de acuerdo al detalle siguiente:

NOTA INFORMATIVA N° 165-2019-OSGyM-HS, detalla las siguientes faltas al cumplimiento de los términos de referencia del Contrato N° 001-2019-HSR

ORDEN DE SERVICIO N° 164-2019 (Pago correspondiente del 14.01.2019 al 13.02.2019) S/. 199,995.00

N°	CONCEPTO (En lo referido a los operarios de limpieza, jefes de grupo y supervisión)	PENALIDADES APLICABLES		Monto calculado a penalizar
		Porcentaje a Aplicar	DETALLE	
1	Por ausencia de operarios en su puesto de trabajo en un turno	s/ 1,000.00 por cada falta de un operario	Según Memorando N° 020-2019-MS-HSR-OSGyM-UVI, en el periodo del 14.01.2019 al 13.02.2019, se registraron 10 faltas de operarios de la Empresa de Servicios KORY S.A.C.	S/. 10,000.00
3	No hacer y/o aplicar las diluciones de los desinfectantes de acuerdo a norma, no aplicar los procedimientos de limpieza, etc	1	1% de la Facturación mensual por cada observación	S/. 1,999.95
TOTAL PENALIZADO				S/. 11,999.95

NOTA:

- Sostiene que por último, mediante Memorandum N° 114-2019-U.PROC-OL-OEA-HSR-MINSA, de fecha 30.ABR.2019, la Unidad de Procesos de Selección y Contratos comunica a la Unidad de Adquisiciones la APLICACIÓN DE PENALIDAD a la Orden de Servicio N° 164-2019 correspondiente a la EMPRESA ESCORY S.A.C., de acuerdo a lo informado por la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento, mediante MEMORANDUM N° 214- 2019-OSGyM-HS, por un total de S/ 4,999.95, de acuerdo al detalle siguiente:

NOTA INFORMATIVA N° 214-2019-OSGyM-HS, detalla las siguientes faltas al cumplimiento de los términos de referencia del Contrato N° 001-2019-HSR.

Con Memorando N° 141-2019-MINSA-HSR-OSGyM, precisa "(...) como responsable de conceder la información recibida, y de la emisión del Acta de Conformidad con observaciones N° 63 responde estrictamente a la realidad, y es así como debe entenderse."

ORDEN DE SERVICIO N° 636-2019 (Pago correspondiente del 14.02.2019 al 13.03.2019) S/. 199,995.00

N°	CONCEPTO (En lo referido a los operarios de limpieza, jefes de grupo y supervisión)	PENALIDADES APLICABLES		Monto calculado a penalizar
		Porcentaje a Aplicar	DETALLE	
1	Por ausencia de operarios en su puesto de trabajo en un turno	s/ 1,000.00 por cada falta de un operario	* Según Nota Informativa N° 049-2019-MS-HSR-OSGyM-UVI, en el periodo del 14.02.2019 al 13.03.2019, durante la supervisión en el turno de la mañana se verificó la inasistencia de 03 operarios de limpieza de la Empresa de Servicios KORY S.A.C. * Memorando N° 028-2019-MS-HSR-OSGyM-UVI, reporta del periodo del 14.02.2019 al 13.03.2019 la asistencia de los operarios, adjunta 64 hojas de formato de asistencia turno: mañana, tarde y noche.	S/. 3,000.00
3	No hacer y/o aplicar las diluciones de los desinfectantes de acuerdo a norma, no aplicar los procedimientos de limpieza, etc	1	1% de la Facturación mensual por cada observación	S/. 1,999.95
TOTAL PENALIZADO				S/. 4,999.95

NOTA:

Concluye que según lo descrito, en los tres (3) cuadros de cálculos de penalidades, correspondiente a los servicios brindados del 14.12.2018 al 13.03.2019, la penalidad total a aplicar sería de S/ 36,999.40 (Treinta y seis mil novecientos noventa y nueve con 40/100 soles).

Destaca que con fecha 12.FEB.2021, se recibe el OFICIO N° 1102-2021-PP-MINSA, de la Procuraduría Pública del MINSA, mediante el cual comunican la DEMANDA ARBITRAL interpuesta por la Empresa de Servicios KORY S.A.C., por lo cual solicitan un Informe Técnico Legal, siendo derivado para tal efecto; de la Oficina de Asesoría Jurídica a la Oficina de Logística.

b) SOBRE EL PACTO CONTRACTUAL Y LAS PENALIDADES APLICADAS:

- Manifiesta que los Términos de Referencia del Contrato N° 001-2019-HSR, derivado del Procedimiento de Selección Contratación Directa N° 019-2018-HSR, para la Contratación del “Servicio de Limpieza y Desinfección Hospitalaria del Hospital Santa Rosa y Local Anexo”, en su numeral 4.12 determinan los motivos por los cuales el Contratista será penalizado.
- Menciona que la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento, Oficina de Epidemiología y el Departamento de Farmacia del HSR, en su calidad de áreas usuarias, mediante sendos documentos descritos en los cuadros precedentes, comunica a la Oficina de Logística, las Actas en las que se verifica las faltas en las que ha incurrido El Contratista, por lo cuales debe ser penalizado, encuadrándolo dentro de lo establecido en el numeral 4.12 de los TDR.
- Apunta que la Oficina de Logística, a través de la Unidad de Procesos de Selección y Contratos realiza el cálculo de las penalidades correspondientes utilizando las fórmulas que establecen los Artículos 133° y 134° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, luego lo deriva a la oficina de Economía para su ejecución.
- Detalla que de la verificación de los cuadros de cálculos de penalidades aplicadas al contrato N° 001-2019-HSR, tenemos lo siguiente resumen:

O/S N°	Reg. SIAF	Fecha	Total O/S	Monto Penalizado
009	176	11.02.2019	S/ 199,995.00	S/ 19,999.50
164	489	28.02.2019	S/ 199,995.00	S/ 11,999.95
636	1420	16.04.2019	S/ 199,995.00	S/ 4,999.95
TOTAL MONTO PENALIZADO				S/ 36,999.40

- Pone de relieve que el Artículo 132 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado 30225 (El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales, las mismas que deben ser objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria... "Estos dos tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al 10% del monto del contrato vigente.
- Concluye que habiéndose comprobado que lo pretendido por la empresa demandante no goza de mayor asidero fáctico legal, corresponde que sea ésta quien asuma la totalidad de los costos y costas del presente arbitraje.

III. ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

III.1 CONSIDERACIONES PRELIMINARES

53. A continuación, corresponde emitir el pronunciamiento del suscrito Arbitro sobre las pretensiones formuladas en el presente proceso arbitral, evaluando cada una de las Cuestiones Materia de Pronunciamiento fijados en la Orden Procesal N° 3, de fecha 8 de marzo del 2021, dejando constancia que se tendrá en especial consideración el Principio de Congruencia Procesal.
54. Antes de entrar a analizar la materia controvertida, corresponde efectuar la siguiente Declaración Previa para confirmar lo siguiente: (i) que este Arbitraje se constituyó de conformidad con el convenio arbitral suscrito por las partes; (ii) que en ningún momento se impugnó o reclamó contra las disposiciones de procedimiento; (iii) que la demandante presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de acción y de defensa; (iv) que la demandada fue debidamente emplazada con la demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa contestando la demanda; (v) que las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios, así como ejercieron la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente; y, (vi) que, este Arbitro único ha procedido a laudar dentro de los plazos legales y acordados con las partes durante el proceso arbitral.
55. Como ha sido antes señalado, el presente Laudo se expide de conformidad con lo señalado en la Ley de Arbitraje, y estando a lo dispuesto en la mencionada Ley, este Arbitro advierte a las partes que la valoración de las pruebas en que se sustenta la decisión y los fundamentos de hecho y de derecho para admitir o rechazar las respectivas pretensiones y defensas de las partes, se van a desarrollar en forma conjunta en los considerandos del presente laudo.
56. Además, el Arbitro señala que constituye un criterio unánimemente aceptado que los jueces (extensible a los árbitros) no están obligados a exponer y refutar en sus sentencias todos y cada uno de los argumentos de las partes ni a reseñar el modo en que han ponderado todas y cada una de las pruebas producidas.¹ La eventual ausencia de

¹ Palacio, Lino E. y Alvarado Velloso, Adolfo: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires–Santa Fe, 1992, tomo 5, comentario al artículo 163, p. 406.

El Tribunal Constitucional ha confirmado este criterio, al señalar: “En primer lugar, expedida por los emplazados, obrante a fojas veintitrés, según se desprende de la sentencia el Tribunal Constitucional considera que no se ha violado el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. En efecto, como antes se ha expresado, dicho atributo no garantiza que el juzgador tenga que pronunciarse pormenorizadamente sobre cada uno de los extremos en los que el actor apoyó parte de su defensa procesal. Es suficiente que exista una referencia explícita a que no se compartan los criterios de defensa o que los cargos imputados al acusado no hayan sido enervados con los diversos medios de prueba actuados a lo largo del proceso, lo que cumple con

mención en este laudo de algún argumento, pieza o fundamento indicado por las partes no implica, empero, que el Arbitro haya dejado de sopesar y merituar todos los elementos de juicio relevantes que le han sido aportados.

57. Asimismo, por la fecha de celebración del Contrato sub materia resulta de aplicación, en cuanto corresponda a la normativa de contrataciones con el Estado, la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, modificada por Decreto Legislativo N° 1341, en concordancia con el Decreto Supremo N° 350-2015-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por Decreto Supremo N° 056-2017-EF, en adelante, el Reglamento. Adicionalmente, aplican las normas del Código Civil y demás del ordenamiento jurídico peruano que puedan resultar aplicables.
58. En consecuencia, habiéndose cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno al respecto que afecte la validez del proceso, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, este Arbitro pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, así como la valoración de los medios probatorios que obran en el expediente, procediendo con el análisis de los puntos controvertidos, y a emitir el Laudo correspondiente conforme a los siguientes términos.

III.2 <u>ANALISIS Y PRONUNCIAMIENTO SOBRE LA OBJECION DE IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA PLANTEADA POR HSR:</u>

59. Resumidamente HSR señala que la demanda de KORY resulta improcedente por las siguientes razones:
- a) Que se está solicitando de manera conjunta y a la vez excluyente tres figuras procesales para cuestionar la decisión de la Entidad de aplicar penalidades, como son la nulidad, invalidez, e ineficacia;
 - b) Que la Primera Disposición Complementaria y Final de la Ley de Contrataciones aprobadas por Ley N° 30225 y modificada por Decreto Legislativo N° 1341 (vigente al momento de la Contratación), establece un orden de prelación normativa a aplicarse para resolver las controversias que es: i) Ley y Reglamento, ii) Normas de Derecho Público y, iii) Normas de Derecho Privado.
 - c) Que después de celebrados los contratos conforme a lo establecido en el Artículo 44°, **sólo se puede declarar la nulidad de los contratos en los supuestos taxativos**

efectuarlo la sentencia cuestionada, especialmente en el tercer considerando.”(Expte. Nro. 1230-2002-HC/TC, FJ. 13).

En igual sentido: “Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuesta a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, solo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la "insuficiencia" de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.” (Expte. nro. 03864-2014-PA/TC, FJ. 27).

que describe; Observan que las normas de contrataciones no regulan supuestos de nulidad, invalidez o ineficacia de las decisiones de la Entidad.

- d) Que además supletoriamente las figuras de la nulidad e invalidez se encuentran regulados en el TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444 (artículo 30°, 9° y 10°) y el Código Civil (artículo 219°).
 - e) El artículo 3° establece que los Requisitos de validez de los actos administrativos, son los siguientes: i) **Competencia;** ii) **Objeto o contenido,** iii) **Finalidad Pública;** iv) **Motivación;** (El acto administrativo debe estar debidamente motivado en proporción al contenido y conforme al ordenamiento jurídico; vi) **Procedimiento regular** (Antes de su emisión, el acto debe ser conformado mediante el cumplimiento del procedimiento administrativo previsto para su generación).
 - f) Los artículos 9° y 10° de la Ley N° 27444 establecen que todo acto administrativo se considera válido siempre y cuando no haya sido declarado nulo por autoridad competente, y establecen las causales taxativas para que se declare su nulidad de pleno;
 - g) Que en el presente caso, el demandante no ha desarrollado ni sustentado ninguno de los supuestos descritos en la norma a fin de acreditar la invalidez ni la existencia de causales de nulidad de alguna decisión de la Entidad, ni que se ha omitido realizar alguna actuación administrativa que sea de carácter obligatorio, por lo que, la presente demanda deberá ser declarada INFUNDADA, más aún cuando se advierte que la Entidad ha cumplido estrictamente con el procedimiento para la aplicación de penalidades y que éstas se encuentran debidamente sustentadas en los informes correspondientes.
 - h) Consideran que en el supuesto negado que el Arbitro Único decida modificar y/o alterar las pretensiones del Contratista analizando la decisión de la Entidad dentro de otra figura jurídica, implicaría una subrogación en su defensa, y por tanto una vulneración al debido proceso y al derecho a la defensa de la Entidad, puesto que el demandante no ha desarrollado ni sustentado que causal de nulidad, ineficacia o invalidez ha vulnerado la Entidad al aplicarle la penalidad, por lo que, no nos ha permitido ejercer debidamente nuestra defensa ni presentar los medios probatorios pertinentes para cada caso.
60. Sin embargo, al respecto debe tenerse en cuenta que la **improcedencia** de una demanda es una calificación negativa por la que se rechaza la demanda al carecer de requisitos de fondo mínimos que tienen que ver con los presupuestos procesales y las condiciones de la acción. Mientras que los **presupuestos procesales** son requisitos indispensables para el nacimiento y desarrollo de la relación **procesal** válida (competencia, capacidad procesal y requisitos de la demanda), las **condiciones de la acción** (legitimidad e interés

para obrar) son requisitos para que el Juez expida sentencia sobre el fondo.

61. Como señala la Dra Yilissa Yamani Fernández² “(...) lo que permite entonces el saneamiento del proceso es descubrir a tiempo si se encuentran ausentes los presupuestos procesales y/o las condiciones de la acción, situación que, de ser detectada en la etapa decisoria del proceso, imposibilitaría la emisión de un pronunciamiento de fondo, por lo que el juzgador se vería forzado a expedir una sentencia de carácter inhibitorio. Precisamente, uno de los objetivos de la etapa de saneamiento es evitar la emisión de dicho tipo de sentencias”.
62. Que en el caso de autos no se advierte la ausencia de ninguna de dichos elementos, y por el contrario más bien se aprecia que los pedidos de nulidad, ineficacia e improcedencia no afectan ninguno de los mismos y además han sido planteados en forma disyuntiva por la actora como se desprende del empleo de la expresión “y/o”, lo cual es congruente con el principio jurídico de que es el Juzgador quien “dice” o aplica el derecho que corresponde, lo cual dista mucho de subrogarse en el demandante.
63. Que más bien resulta evidente que lo que la parte demandada estaría cuestionando tiene que ver más con aspectos de fondo que de procedibilidad, como se desprende del hecho de que ella misma haya empleado la expresión “que se declare Infundada la demanda” en su escrito de contestación, como ha quedado glosado en el literal g) del numeral 59 precedente.
64. Por estas consideraciones, este Arbitro Unico **considera desestimar la objeción de Improcedencia de la demanda** planteada por la parte demandada, considerando dar por saneado el proceso y pasar a pronunciarse sobre los temas de fondo.

<p><u>III.3 ANALISIS Y PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO CORRESPONDIENTE A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare la nulidad, improcedencia y/o ineficacia de las penalidades que hayan sido impuestas/ordenadas por el Hospital Santa Rosa contra la Empresa de Servicios Kory S.A.C. relacionadas al contrato N° 001-2019-HSR de fecha 2 de enero de 2019.</u></p>

65. Tal como se desprende de los fundamentos de su demanda que se han glosado en el punto II.3 precedente del presente Laudo, resumidamente KORY señala lo siguiente:

² Artículo, “La Declaración de Improcedencia de la Demanda”, MuñizLaw.

- a) Que en la cláusula Cuarta del Contrato se regulaba que la forma de pago era en forma mensual luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente (según lo regulado por el artículo 149° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado aplicable), pero que sin embargo la Entidad les ha aplicado penalidades por un importe total acumulado de S/. 36,999.40 Soles, presuntamente por no haber cumplido con los Términos de Referencia de la Contratación Directa N° 19-2018-HSR, sin observar el procedimiento de formulación de observaciones estipulado en la cláusula Novena del Contrato N° 001-2019-HSR de fecha 02.01.19, el cual no se habría producido, ni menos aún la posibilidad de efectuar alguna averiguación al respecto, contraviniéndose lo pactado en el contrato, señalándose que la conformidad la otorgaba la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento, previo informe de la Oficina de Epidemiología y Salud Ambiental y del Departamento de Farmacia.
- b) Argumentan que la Entidad no les efectuó comunicación alguna sobre las infracciones u observaciones que dan lugar a la aplicación de las penalidades, ni presentaron entonces ni posteriormente prueba objetiva alguna que demuestre la presunta infracción, menos aún algún informe de la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento y/o de la Oficina de Epidemiología y Salud Ambiental y del Departamento de Farmacia que señalen ello, a fin de, en todo caso, poder formular los correspondientes descargos.
- c) Agregan que a lo anterior se suma que la Entidad ni siquiera ha contestado de manera objetiva y/o concreta alguna la solicitud de arbitraje, no pudiendo en su momento identificar nuestra parte si dicha penalidad fue una penalidad objetiva, y que provenía de una obligación contractual presuntamente incumplida, para en todo caso posibilitar al contratista recurrente un descargo concreto. debiendo todos los actos que se dicten ser objeto de una adecuada y suficiente comunicación, siendo que la ausencia de información y/o prueba no permite además ejercer a cabalidad su derecho de defensa, generándoles indefensión frente a un acto que lesiona su legítimo interés, restringiendo su facultad de contradicción administrativa que pudo ejercer en su momento.
- d) Concluyen que en tal virtud la aplicación de dichas penalidades por la Entidad, contraviene el propio Contrato, los principios de transparencia y de equidad previstos en el artículo 4° incisos “c” e “i” de la Ley N° 30225 – LCE, vulneran lo expresamente regulado por el artículo 143° del D.S. N°350-2015-EF- Reglamento de la LCE, modificado mediante D.S. N°053-2017-EF, debiendo por ende declararse la nulidad, improcedencia y/o ineficacia de la(s) penalidad(es) imputada(s) por S/.36,999.40 soles impuesta por el HOSPITAL SANTA ROSA.
- e) Postulan que por ende debe procederse a la devolución / reintegro de dicho importe, e incluso, reconocerse los intereses legales generados y por generarse hasta la fecha

efectiva de su devolución, debiendo además la Entidad asumir el costo financiero que irrogue mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento dispuesta en el Contrato N° 001-2019-HSR de fecha 02.01.19 cuyo importe se liquidara en ejecución de laudo (ya que el presente arbitraje obligará a mantenerla vigente por un tiempo adicional al contractualmente previsto), debiendo condenarse a la Entidad al pago de los gastos, costas y costos respectivos, ya que su actuar nos ha obligado a tener que acudir al mecanismo de solución de controversias que prevé la normativa especial, no habiéndose siquiera podido arriar a ningún acuerdo conciliatorio.

66. Por su parte la demandada postula resumidamente en su contestación a la demanda lo siguiente:
- a) Afirman que no se advierte en la demanda ningún fundamento que desarrolle que KORY cumplió efectivamente con todas sus obligaciones contractuales, por el contrario, se desarrollan argumentos genéricos en los que argumenta falta de procedimiento y afectación al principio de transparencia y equidad.
 - b) Precisan que la normativa de contrataciones del Estado ha previsto que las penalidades que las Entidades pueden aplicar al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales pueden ser (i) la “**penalidad por mora**” en la ejecución de la prestación; y (ii) las “**otras penalidades**”.
 - c) Que respecto a las “**otras penalidades**”, el artículo 134 del Reglamento establece que la Entidad puede establecer otras penalidades en las Bases, distintas a la penalidad por mora, para tales efectos, debe incluirse **los supuestos de aplicación de la penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad por cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar.** (subrayado nuestro).
 - d) Apuntan que las “**otras penalidades**” aplicadas al contratista derivan de su incumplimiento de los Términos de Referencia, cuyo supuesto de aplicación, cálculo y verificación está debidamente regulado en el punto 4.12 de los mismos, que a su vez se encuentran contenidos cláusula Segunda del contrato (página 45 y siguiente).

4.12 PENALIDADES APLICABLES

Nº	CONCEPTO (en lo referido a los operarios de limpieza, jefes de grupo y supervisor)	MONTO PENALIDAD		
		TURNO	POR CADA INCIDENCIA	OBSERVACIÓN
1	Por ausencia de operarios en su puesto de trabajo en un turno	S/. 1,000.00 por cada falta de un operario		Se acredita con informes y/o actas de supervisión de la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento y/o Oficina de Epidemiología y Salud Ambiental. Si se sobrepasa del 10% del monto de facturación mensual implica resolución del contrato.
2	No traer uno de los insumos, uno de los materiales, uno de los equipos, accesorios y/o maquinarias o implementos completos según lo solicitado en las presentes especificaciones técnicas, en el plazo previsto, y/o en la cantidad y calidad solicitada.		1% de la facturación mensual por cada uno de los materiales, uno de los equipos, accesorios y/o maquinarias o implementos	Se acredita con informes y/o actas de supervisión de la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento y/o Oficina de Epidemiología y Salud Ambiental y El Departamento de Farmacia. Si se sobrepasa del 10% del monto de facturación mensual implica resolución del contrato.
3	No hacer y/o aplicar las diluciones de los desinfectantes de acuerdo a norma, no aplicar los procedimientos de limpieza y desinfección y/o no aplicar los procedimientos del manejo de residuos sólidos según norma.		1% de la facturación mensual por cada observación	Se acredita con informes y/o actas de supervisión de la OSGYM y/o OEYSA y/o Depto Farmacia. Si se sobrepasa del 10% del monto de facturación mensual implica resolución del contrato.

*Continúa en la página 46 del Contrato.

e) Sostienen que respecto al procedimiento en la aplicación de “**otras penalidades**”, el artículo 143 del Reglamento, diferencia los procedimientos, estableciendo que la calificación de la prestación para efectos de su recepción y conformidad se realiza por el responsable del área usuaria, quien las verifica y de existir observaciones las comunica al contratista otorgándole un plazo para subsanar. Sin embargo, también establece que **este procedimiento no es aplicable cuando los bienes, servicios y/o consultoría no cumplan manifiestamente con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no recepciona u otorga conformidad, considerando no cumplida la prestación y aplicando la penalidad correspondiente.** Es decir, - dice - tratándose de penalidades distintas a las penalidades por mora, el incumplimiento de las mismas **no determina el otorgamiento de un plazo para subsanar porque son insubsanables, sino que la penalidad se aplica de manera automática,** motivo por el cual su representada cumplió con aplicar la penalidad correspondiente.

67. Analizando los argumentos de una y otra parte, lo primero que debe aclararse es que el contratista demandante afirma haber sufrido descuentos en el pago de su contraprestación por concepto de penalidades, cuya naturaleza, ocurrencia y demás características desconoce porque salvo por el **Formulario 27 “Constancia de Cumplimiento de la Prestación N° 097-2019”** de fecha 26.05.2019, emitida por la Oficina de Logística de la Entidad, en donde figura la imposición de la penalidad de S/.36,999.40 Soles (Anexo A-4 de su demanda) no recibió ninguna comunicación, observación, ni carta que le brindara información sobre en qué supuestos de infracción penalizable había incurrido, ni cuándo, ni cuántas veces, ni cómo se habían verificado, **razón por la cual es evidente que la carga de la prueba sobre la existencia de dichas comunicaciones y/o de la justificación de las penalidades corresponde a la parte que las impuso y aplicó, esto es a la Entidad y no a la demandante quien solo ha demostrado que las sufrió.**

68. La probanza de las alegaciones es indispensable para acreditar la ocurrencia cierta de un hecho y sus características, así como para generar convicción en el Juzgador, y el principio es que **quien alega algo debe probarlo, recayendo en su ámbito la obligación de probar**. La Doctrina denomina a la “carga de la prueba”, al principio jurídico derivado de la expresión latina “*onus probandi*” o también “*affirmanti incumbit probatio*”.
69. Por la posición de KORY en su demanda, que señala que desconoce la naturaleza, ocurrencia y demás características de las penalidades impuestas - es lógico que no adjunte medios probatorios que acrediten la no recepción de documentos u oficios, lo que se contrapone con la situación de la demandada a la que se traslada la carga de la prueba, pudiendo consentir con lo afirmado por KORY o contradecirlo señalando lo contrario, en cuyo caso debe probar lo que sostiene al contestar la demanda.
70. En este sentido, si bien HSR al contestar la demanda la ha negado, no obstante no ha ofrecido ni menos aún presentado prueba alguna para desvirtuar lo afirmado por el demandante, como podría ser alguna carta, informe o notificación que acredite haberle informado sustentadamente sobre las infracciones cometidas y sobre las otras penalidades que le pretendía aplicar, habiendo así otorgado a aquel el derecho a la defensa y contradicción antes de la efectivizar la penalización.
71. Nótese que incluso como mencionamos en la parte de Exhibiciones Ordenadas del numeral 49 precedente del presente Laudo, HSR nunca cumplió con la exhibición solicitada por la actora de los Informes técnico- jurídicos que sustentan la aplicación de las otras penalidades, de lo que quedó constancia en la Orden Procesal N° 5.
72. Incluso conviene señalar que tal como consta de los numerales 44 y 49 precedentes, HSR ni siquiera ofreció ni menos presentó medio probatorio alguno en su contestación de la demanda.
73. Y es que precisamente **el meollo de la controversia** estriba en determinar si estas “**otras penalidades**” que aplicó la Entidad a Kory y cuyo descuento efectivamente realizó por el importe de S/. 36,999.40, **estuvieron aplicadas conforme al contrato, los términos de referencia, la normativa de contrataciones del Estado y del derecho administrativo, o si por el contrario se realizaron en contravención de dichas disposiciones contractuales y legales.**
74. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que la aplicación, supuestos, cálculo y verificación de “otras penalidades” está debidamente regulado en el punto 4.12 de los Términos de Referencia de la Contratación Directa N° 19-2020-HSR, los mismos que a su vez se encuentran expresamente contenidos cláusula Segunda del Contrato (página 45 y siguiente) y que hemos glosado en los numerales 39 y 66 d) precedentes del

presente Laudo, pero que sin embargo es de notarse de su texto que los mismos establecen con claridad: i) tres casos distintos o tipificaciones de las infracciones penalizables; ii) su cuantificación por ocurrencia (lo que supone establecer cuantas veces se produjeron); y finalmente, iii) la forma o procedimiento de su acreditación o verificación mediante “informes y/o actas de supervisión” emitidas por ciertas dependencias u órganos de la entidad.

75. Sin embargo, como ya mencionamos, en su contestación a la demanda HSR no ofreció ni presentó prueba alguna que acredite las afirmaciones de su contradicción y ni siquiera mencionó que existieran informes sustentatorios. Con posterioridad, tal como consta del numeral 52 precedente, en su escrito de alegatos HSR sí esbozó la existencia de informes y documentos sustentatorios de la aplicación de las otras penalidades, pero no solo no mencionó que los mismos hubieran sido notificados a KORY previa y oportunamente, sino que **NO LOS PRESENTO, por lo que las afirmaciones vertidas carecen de todo sustento probatorio y no pueden ser meritadas.**
76. Más bien traemos a colación en relación con el Artículo 134 del Reglamento³, la **OPINIÓN N° 120-2019/DTN de la Dirección Técnico Normativa del OSCE** que señala que pueden establecerse penalidades distintas a la “penalidad por mora en la ejecución de la prestación”, y que estas deben incluir: *(i) los supuestos de aplicación de penalidad; (ii) la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto; y, (iii) el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar, siendo tales requisitos necesarios para la aplicación de dicha penalidad. Sin el cumplimiento de estos tres requisitos la aplicación de las penalidades deviene en indebida.*
77. Esos Informes de Supervisión que se mencionan en el numeral 4.12 de los Términos de Referencia de la Contratación Directa N° 19-2020-HSR, son o eran precisamente los llamados a iniciar o activar el procedimiento requerido para la aplicación de las “Otras Penalidades” según los supuestos de aplicación establecidos, debiendo cumplir el requisito de debida motivación y contener los medios probatorios que lo sustenten, para que la Entidad – previa notificación al contratista con las imputaciones – pueda adoptar válidamente la decisión de aplicar las penalidades y descontar los importes correspondientes, de lo contrario se incurre en una arbitrariedad intolerable para el derecho.

³ **Artículo 134.- Otras penalidades:** Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 133, siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, deben incluir los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar. Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora.

78. Nótese que nuestro Tribunal Constitucional ha consagrado en reiteradas Sentencias el derecho al debido procedimiento en cualquier tipo de procedimiento, incluyendo los administrativos e incluso privados.⁴
79. De otro lado, en opinión de este Arbitro Único, no resulta atendible ni correcta la interpretación que pretende efectuar la demandada del artículo 143.4 del Reglamento⁵,

⁴ Sentencias dictadas en los Expedientes 06389- 2015- AA. Expediente 04289-2004-AA/TC, Expediente 0023-2005-AI/TC, ha expresado lo siguiente:

(...) el debido proceso, como principio constitucional, está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deben aplicarse a todos los casos y procedimientos, incluidos los administrativos, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos.

*[...] los derechos fundamentales que componen el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva son exigibles a todo órgano que tenga naturaleza jurisdiccional (jurisdicción ordinaria, constitucional, electoral y militar) y que pueden ser extendidos, en lo que fuere aplicable, a todo acto de otros órganos estatales o de particulares (**procedimiento administrativo**, procedimiento legislativo, arbitraje y relaciones entre particulares, entre otros), y que, [...] el contenido constitucional del derecho al debido proceso [...] presenta dos expresiones: la formal y la sustantiva. En la de carácter formal, los principios y reglas que lo integran tienen que ver con las formalidades estatuidas, tales como las que establecen el juez natural, el procedimiento preestablecido, **el derecho de defensa y la motivación**; y en su expresión sustantiva, están relacionados los estándares de razonabilidad y proporcionalidad que toda decisión judicial debe suponer (énfasis agregado).*

⁵ "Artículo 143.- Recepción y conformidad

143.1. 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.

143.2. 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.

(..)

143.4. 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 y de contratos bajo modalidad mixta el plazo para subsanar no puede ser menor de cinco (5) ni mayor de veinte (20) 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 bienes, servicios en general y/o consultorías manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no efectúa la recepción o no otorga la conformidad, según corresponda, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades respectivas.”

cuando señala que en cuanto al procedimiento de aplicación de “**otras penalidades**”, el referido artículo establece que no es aplicable cuando los bienes, servicios y/o consultoría no cumplan **manifiestamente** con las características y condiciones ofrecidas, en cuyo caso la Entidad no recepciona u otorga conformidad, considerando no cumplida la prestación y aplicando la penalidad correspondiente, lo que según ella significaría que “ *tratándose de penalidades distintas a las penalidades por mora, el incumplimiento de las mismas no determina el otorgamiento de un plazo para subsanar porque son insubsanables, sino que la penalidad se aplica de manera automática*”, motivo por el cual su representada habría aplicado correctamente las penalidades correspondientes.

80. En efecto, en primer lugar estimamos que no nos encontramos ante el supuesto del segundo párrafo del artículo 143.4 del Reglamento, toda vez que tal como consta del **Formato N° 27 “Constancia de Cumplimiento de la Prestación N° 097-2019** de fecha 26.05.2019, emitida por la Oficina de Logística de la Entidad, en la que figura la imposición de la penalidad de S/.36,999.40 Soles (Anexo A-4 de la demanda), **la conformidad fue otorgada**, sin perjuicio de lo cual se realizó el descuento de las penalidades, lo que no resulta incompatible.
81. De otro lado, cabe indicar que aun en el caso del artículo 143.4 antes referido, que reiteramos no consideramos aplicable, la OPINIÓN N° 074-2019/DTN, efectúa algunas precisiones respecto de la facultad de la Entidad de no aplicar el procedimiento previsto en el segundo párrafo del numeral 143.4 del artículo 143 del Reglamento, cuando ésta verifique que la prestación a cargo del contratista no cumple, **manifiestamente**, con las características y condiciones establecidas en el contrato, según la cual en atención a los principios de “*Transparencia*” y “*Equidad*”⁶ –*aplicables durante la conducción de la ejecución contractual, según lo dispuesto por el numeral 9.1 del artículo 9 de la Ley-* las Entidades proporcionan información coherente y clara a fin de desarrollar el proceso de contratación bajo condiciones de **objetividad**, debiendo cautelar que las prestaciones y derechos de las partes guarden una razonable relación de equivalencia y proporcionalidad, sin perjuicio de las facultades que corresponden al Estado en la gestión del interés general. Es decir, que la Entidad debe **fundamentar** las razones por las cuales determinó que la prestación a cargo del contratista no fue ejecutada conforme a las características y condiciones establecidas en el contrato; a efectos de no aplicar el procedimiento previsto en el numeral 143.4 del artículo 143 del Reglamento para la subsanación de observaciones.
82. De lo expuesto y de la revisión de todos los medios probatorios aportados en este arbitraje, se advierte que la Entidad HSR no ha acreditado ni la existencia ni menos aún la notificación de los referidos “*Informes de la Supervisión*”.

⁶ Contemplados en el artículo 2 de la Ley.

83. Asimismo, de la lectura del denominado **Formato 27 “Constancia de Cumplimiento de la Prestación N° 097-2019** de fecha 26.05.2019, emitida por la Oficina de Logística de la Entidad, en la que figura la imposición de la penalidad de S/.36,999.40 Soles (Anexo A-4 de la demanda), no figura ningún tipo de descripción de los supuestos de Penalidad aplicados, ni la fechas de su ocurrencia, su cuantificación diferenciada, ni sustento alguno.
84. De lo expuesto se infiere que la Entidad ha incumplido con el procedimiento establecido en la cláusula Segunda del Contrato y numeral 4.12 de los Términos de Referencia, habiéndose incumplido en consecuencia con los requisitos del artículo 134 del Reglamento de la LCE, corroborados por la ya mencionada Opinión N° 120-2019/DTN de la Dirección Técnico Normativa del OSCE, por lo que la aplicación de “Otras Penalidades” ejecutada por la Entidad por la suma de S/. 36,999.40 **resulta indebida, y en tal sentido es improcedente y no genera efectos, por lo que se decide declarar Fundada la Primera Pretensión de la demanda.**
85. Nótese que aún cuando el efecto jurídico es el mismo, nos inclinamos por declarar la improcedencia de la imposición de penalidades y no su nulidad, precisamente porque las mismas no están contenidas en una Resolución, oficio o informe, que hayan sido el corolario de un procedimiento, sino tan solo mencionadas en **Formato 27 “Constancia de Cumplimiento de la Prestación N° 097-2019** de fecha 26.05.2019 y de hecho descontadas.
86. No obstante es evidente que aún en el caso se considerara que el Formato N° 27 constituye el acto de imposición de las penalidades, el mismo carecería también de los requisitos de validez del acto administrativo e incurriría en los supuestos de nulidad previstos por los artículos 3° 9° y 10° de la Ley N°27444.

III.4 ANALISIS Y PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO CORRESPONDIENTE A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único se proceda a la consecuente devolución y/o reintegro a favor de la Empresa de Servicios Kory S.A.C. de las penalidades que hayan sido impuestas y/o efectivamente deducidas por el Hospital Santa Rosa relacionadas al contrato N° 001-2019-HSR de fecha 2 de enero de 2019.

87. Como consecuencia de declararse fundada la Primera Pretensión precedente, siendo esta pretensión consecuencia jurídica de la Primera y al no existir asidero legal ni contractual para la aplicación de las “Otras Penalidades”, **procede declarar Fundada esta**

Segunda Pretensión y disponer que se reintegre a KORY el íntegro de la suma retenida por dichos conceptos, la misma que asciende a S/. 36,399.40.

III.5 ANALISIS Y PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO CORRESPONDIENTE A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene al Hospital Santa Rosa el pago en favor de la Empresa de Servicios Kory S.A.C. de los intereses legales devengados y por devengarse que pudieran configurar sé hasta la fecha efectiva de devolución y/o reintegro del importe total penalizado.

88. De conformidad con el artículo 149.1 del Reglamento de la LCE⁷”, **procede declarar Fundada esta Tercera Pretensión** y disponer el pago de intereses legales devengados a favor de KORY, así como los que se devenguen, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse hasta la fecha efectiva de pago.

III.6 ANALISIS Y PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO CORRESPONDIENTE A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA: Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene al Hospital Santa Rosa el pago del costo financiero que irrogue mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento dispuesta por el contrato N° 001-2019-HSR de fecha 2 de enero de 2019.cuyo importe se liquidará en ejecución del laudo.

89. Como consecuencia también de declararse fundada la Primera Pretensión precedente, siendo que el mantenimiento de la Carta Fianza es una consecuencia de la controversia arbitral existente, **procede declarar Fundada esta Cuarta Pretensión y disponer que se ordene al HSR el reconocimiento y pago del costo financiero de haber mantenido vigente la carta fianza por garantía de fiel cumplimiento.**

⁷ “Artículo 149.- Del pago

149.1. La Entidad debe pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la conformidad de los bienes, servicios en general y consultorías, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello.

En caso de retraso en el pago, el contratista tiene derecho al pago de intereses legales, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

149.2. Las controversias en relación a los pagos a cuenta o pago final pueden ser sometidas a conciliación y/o arbitraje.

**III.7 ANALISIS Y PRONUNCIAMIENTO SOBRE EL QUINTO PUNTO
CONTROVERTIDO CORRESPONDIENTE A LA QUINTA PRETENSIÓN
PRINCIPAL DE LA DEMANDA:** Determinar si corresponde o no que el Árbitro
Único ordene al Hospital Santa Rosa el pago de los gastos, costas y costos respectivos.

90. No habiendo accedido HSR a llegar a un acuerdo conciliatorio previo al presente arbitraje y no habiendo ofrecido ni presentado pruebas de descargo en el presente proceso arbitral, y de conformidad con los artículos 70° y 73° del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje, este Arbitro Nico considera que **debe ser HSR quien asuma el íntegro de los costos y gastos del presente proceso arbitral.**

IV. DE LA PRUEBA ACTUADA Y LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS

91. El suscrito Arbitro Unico deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes no hayan sido expresamente citados en el presente laudo.

DECISIÓN

Por las razones expuestas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41° de la Ley de Arbitraje, y estando a lo prescrito por las normas legales invocadas, este Arbitro Unico **LAUDA EN DERECHO:**

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la objeción de Improcedencia de la demanda planteada por la parte demandada.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA LA PRIMERA PRETENSION DE LA DEMANDA Y EN CONSECUENCIA DECLARAR la IMPROCEDENCIA de las penalidades por S/. 36,999.40 que fueron dispuestas por el HOSPITAL SANTA ROSA contra la EMPRESA DE SERVICIOS KORY S.A.C., relacionadas al Contrato N° 001-2019-HSR de fecha 02.01.2019.

TERCERO: DECLARAR FUNDADA LA SEGUNDA PRETENSION DE LA DEMANDA Y EN CONSECUENCIA ORDENAR QUE EL HOSPITAL SANTA ROSA proceda a la devolución y/o reintegro a favor de la EMPRESA SERVICIOS KORY S.A.C de la totalidad de las penalidades por S/. 36,999.40 impuestas y efectivamente descontadas relacionadas al Contrato N° 001-2019-HSR de fecha 02.01.19.

CUARTO: DECLARAR FUNDADA LA TERCERA PRETENSION DE LA DEMANDA Y EN CONSECUENCIA ORDENAR QUE EL HOSPITAL SANTA ROSA proceda al pago en favor de la EMPRESA DE SERVICIOS KORY S.A.C. de los intereses legales devengados y por devengarse los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse hasta la fecha efectiva de pago.

QUINTO: DECLARAR FUNDADA LA CUARTA PRETENSION DE LA DEMANDA Y EN CONSECUENCIA ORDENAR QUE EL HOSPITAL SANTA ROSA proceda al pago del costo financiero que haya irrogado mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento dispuesta en el Contrato N° 001-2019- HSR de fecha 02.01.19, cuyo importe se liquidará en ejecución de laudo.

SEXTO: DECLARAR FUNDADA LA QUINTA PRETENSION DE LA DEMANDA Y EN CONSECUENCIA ORDENAR QUE EL HOSPITAL SANTA ROSA proceda al pago de la totalidad de las costas y costos que el presente proceso arbitral haya irrogada a la parte demandante.

El presente laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes. En consecuencia, firmado, notifíquese para su cumplimiento a las partes.


JORGE MASSON PAZOS
ARBITRO UNICO