

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Demandante:

Hospital Nacional Cayetano Heredia

Demandado:

Administración de Servicios Complementarios S.A.C.

Árbitro Único:

Juan Alberto Quintana Sánchez

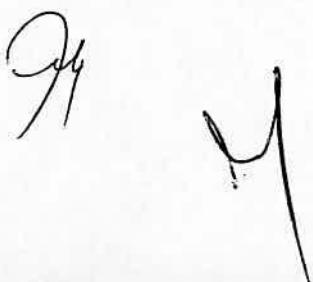
Secretaria Arbitral:

Diana Carolina Neyra Olivera

Lima, 04 de setiembre de 2014.

I. ANTECEDENTES

1. Con fecha 23 de noviembre de 2012, se otorgó la Buena Pro a la empresa ADMINISTRACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS S.A.C. (en adelante el Contratista), en el CONCURSO PÚBLICO N° 001-2012-HNCH, para la CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE LIMPIEZA DEL HOSPITAL NACIONAL CAYETANO HEREDIA.
2. Con fecha 12 de diciembre del 2012, el Hospital Nacional Cayetano Heredia (en adelante la Entidad) y el Contratista suscribieron el Contrato N° 158-2012-HNCH para el "Servicio de Limpieza del Hospital Nacional Cayetano Heredia" (en adelante, el Contrato) por el monto total de S/. 5'654,624.66 (Cinco millones seiscientos cincuenta y cuatro mil seiscientos veinticuatro con 66/100 Nuevos Soles), estableciéndose en la cláusula quinta del Contrato que el plazo de ejecución de la prestación es de dos (02) años.



II. EL PROCESO ARBITRAL

II.1 Instalación del Tribunal Arbitral

3. De acuerdo a Ley y al convenio arbitral celebrado entre las partes, una vez ratificada la designación del abogado Juan Alberto Quintana Sánchez como Árbitro Único, se procedió a su instalación con fecha 25 de noviembre de 2013, en la Sede Institucional del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, declarándose abierto el proceso arbitral y cumpliéndose con notificar a las partes en ese mismo acto.

II.2 Convenio Arbitral y Competencia del Tribunal

4. La Cláusula Décimo Sexta del Contrato contiene el convenio arbitral, habiéndose pactado un arbitraje nacional, Ad-Hoc y de derecho, en los siguientes términos:

"Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144, 170, 175, 176, 177 del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52º de la Ley.

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

El laudo arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia".

II.3 LEY APPLICABLE

5. Según lo estipulado en el numeral 6 del Acta de Instalación, la legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia sometida al procedimiento arbitral debe regirse por lo establecido en el artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado aprobado por el Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante la Ley) y su Reglamento aprobado por Decreto

Supremo N° 184-2008-EF (en adelante el Reglamento), sin perjuicio de otras normas pertinentes de derecho público o privado.

6. Asimismo, la aplicación del Decreto Legislativo N° 1071, se realizará de manera supletoria y siempre que no se oponga a lo establecido en la Ley o el Reglamento.

III. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

7. El presente laudo se expide de conformidad con lo estipulado en el Acta de Instalación de fecha 25 de noviembre de 2013, en la cual se hace referencia a la legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia sometida al presente proceso arbitral y las reglas procesales aplicables. El arbitraje pactado es de Derecho por lo que corresponde al Árbitro Único resolver la cuestión controvertida con arreglo al derecho aplicable y al contrato y no conforme a su leal saber y entender. El Árbitro Único señala 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.
8. En lo concerniente a la valoración de los medios probatorios aportados por las partes, el Árbitro Único deja expresa constancia que en el presente proceso arbitral se han actuado las pruebas de conformidad con lo dispuesto en el primer párrafo del Artículo 43º de la Ley de Arbitraje, que a la letra señala que: "*El Tribunal Arbitral tiene la facultad para determinar de manera exclusiva, la admisión, pertinencia, actuación y valor de las pruebas*".

IV. LA DEMANDA

9. Con fecha 16 de diciembre de 2013, el Contratista presentó su demanda, señalando las siguientes pretensiones:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Que, estando a la resolución contractual consentida, el Arbitro Único ordene la entrega de la conformidad y el pago del monto ascendente a S/. 471 218. 72 (Cuatrocientos Setenta y un Mil Doscientos Dieciocho con 72/100 Nuevos Soles) a favor del CONTRATISTA, por los servicios prestados

durante los meses de abril y mayo de 2013, más los intereses legales correspondientes; en vista que la Entidad se ha visto beneficiada con las actividades ejecutadas por el CONTRATISTA.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Que, el Arbitro Único ordene a la ENTIDAD la devolución de la Carta Fianza N° D000-01775936 por el monto de S/. 565,462.50 (Quinientos Sesenta y Cinco Mil Cuatrocientos Sesenta y Dos con 50/100 Nuevos Soles), correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Que, como consecuencia de la resolución contractual consentida, se declare a favor del CONTRATISTA el pago por concepto de indemnización de daños y perjuicios, cuyo monto asciende a la suma de S/. 185 318.15 (ciento ochenta y cinco mil trescientos dieciocho con 15/100 nuevos soles) y S/. 214 577.45 (doscientos catorce mil quinientos setenta y siete con 45/100 nuevos soles), más los intereses correspondientes, hasta su efectiva cancelación; derivado de los diferentes gastos para efectos de la instalación del servicio en el Hospital Nacional Cayetano Heredia, así como de la pérdida de la utilidad prevista.

CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL.- Que, el Arbitro Único declare que corresponde a la ENTIDAD asumir el pago del 100% de las costas y costos, incluyendo los honorarios de abogados, árbitros, gastos administrativos y cualesquiera otros a los que se ha visto obligada a incurrir mi representada por la actuación no ajustada a derecho de la ENTIDAD, suma que deberá ser liquidada en ejecución de laudo, más los intereses hasta la fecha de su cancelación.

IV.1 Fundamentos de la Primera Pretensión Principal

10. Que, conforme al primer párrafo del artículo 169º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, mediante Carta Notarial N° 438-06-13 de fecha el día 12 de junio de 2013, el Contratista requirió a la Entidad para que en un plazo no mayor a cinco (05) días emitiera la conformidad por los servicios prestados en los meses de abril y mayo, así como el pago de S/. 471,218.72 (cuatrocientos setenta y un mil doscientos dieciocho con

72/100 nuevos soles) respecto al servicio prestado en los meses señalados, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

11. Al respecto, el Contratista señala que al no haber la Entidad satisfecho el requerimiento efectuado, en base a la Cláusula Décimo Tercera del Contrato y al artículo 170° del Reglamento, mediante Carta Notarial N° 99562 de fecha 21 de junio de 2013 procedió a resolver el Contrato.
12. Que, en relación a ello, debe indicarse que de acuerdo al tercer párrafo del artículo 170° del Reglamento, cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato puede ser sometida por la parte interesada a conciliación o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución.
13. Sin embargo, el Contratista refiere que en respuesta a la Carta Notarial N° 99562, la Entidad señaló que el Contratista tenía la facultad de ejercer su derecho a reclamación a través del arbitraje o conciliación, como lo indica el artículo 170° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin cuestionar la resolución contractual efectuada.
14. Que, por tanto, al no haber la Entidad cuestionando mediante conciliación y/o arbitraje la decisión de resolver el Contrato, se debe considerar lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 170° del Reglamento que señala que cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.
15. De acuerdo a ello, el Contratista señala que al no haber cuestionado la Entidad la resolución contractual efectuada, la misma ha quedado consentida en todos sus extremos, no siendo posible el cuestionamiento de la misma. Añade que por ello se debe ordenar el otorgamiento de la conformidad del servicio de los meses señalados y proceder al pago del monto ascendente a S/. 471,218.72 (Cuatrocientos setenta y un mil doscientos dieciocho con 72/100 nuevos soles), más los intereses legales, conforme a lo establecido en el artículo 181° del Reglamento.

IV.2 Fundamentos de la Segunda Pretensión Principal

16. Al respecto, señala que el Árbitro Único debe tener en cuenta que corresponde la devolución de la Carta Fianza de la garantía de fiel cumplimiento, emitida por el Banco de Crédito, debido a que se ha demostrado que la resolución del Contrato, por incumplimiento de obligaciones por parte de la Entidad, ha quedado consentida

IV.3 Fundamentos de la Tercera Pretensión Principal

17. El Contratista refiere que la Entidad ha actuado de manera dolosa y malintencionada, debido a imputaciones, trabas y actos de hostigamiento que en forma conjunta con el incumplimiento de las obligaciones esenciales por parte de la Entidad, ha conllevado a que la relación contractual sostenida con ésta se hiciera insostenible y se decidiera por la resolución del contrato; ocasionándole con ello serios perjuicios económicos, por lo que corresponde que la Entidad asuma el pago de la respectiva indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.
18. En relación a ello el Contratista hace referencia a lo indicado en el artículo 170º del Reglamento que señala que si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad debe reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.
19. El Contratista señala que a fin de determinar cuáles son los daños y perjuicios a ser indemnizados, es preciso remitirse de manera supletoria a lo que sobre ello ha señalado en el artículo 1321º del Código Civil, dado que la Ley y su Reglamento no han establecido nada al respecto.
20. Sobre daño emergente, el Contratista señala que comprende únicamente lo relacionado a lo necesario para volver el bien dañado a su estado anterior a la ocurrencia del hecho que causó el daño. Siendo que en el presente caso se debe considerar como daño emergente los gastos asumidos por el Contratista para efectos de la instalación de la prestación del servicio.

21. Por lucro cesante el Contratista refiere que el lucro cesante se define como la ganancia en dinero dejada de obtener o la pérdida de ingresos, como consecuencia directa e inmediata de un hecho lesivo. Es decir es una manifestación concreta del daño patrimonial, a diferencia del daño emergente, y tiene un sentido económico ya que trata de obtener la reparación de la pérdida de las ganancias dejadas de percibir, concepto por lo tanto distinto de los daños materiales.
22. Por tanto, el Contratista señala que a fin de determinar los montos correspondientes a ambos conceptos, deberá tomarse en consideración, en primer lugar, los gastos incurridos para efectos de la prestación del servicio o gastos de instalación. Estos gastos deben ser reembolsados por la Entidad por concepto de daño emergente, suma que asciende a S/. 185,318.15 (ciento ochenta y cinco mil trescientos dieciocho con 15/100 nuevos soles).
23. En segundo lugar refiere que la Entidad debe efectuar también el pago de la utilidad dejada de percibir a partir de la resolución de contrato, lo que constituye el lucro cesante, siendo esta equivalente a S/. 214,577.45 (doscientos catorce mil quinientos setenta y siete con 45/100 nuevos soles).
24. Este último monto señala el Contratista es sustentado en base a la **Hoja de Estructura de Costos** presentada al momento de la suscripción del Contrato ante el Hospital Nacional Cayetano Heredia, en donde consta que la utilidad a percibir en los dos (02) años de duración del Contrato sería de S/. 271,045.20, monto que restado a los cinco meses de prestación del servicio realizado, es decir de Enero a Mayo, resultaría la suma de S/. 214,577.45 (doscientos catorce mil quinientos setenta y siete con 45/100 nuevos soles).

IV.4 Fundamentos de la Cuarta Pretensión Principal

25. El Contratista señala que por los fundamentos expuestos, se puede apreciar que la resolución del contrato se encuentra consentida, a causa de que transcurrieron los quince (15) hábiles con los que la Entidad contaba para cuestionar su decisión de resolver el contrato en la vía de conciliación y/o arbitraje.
- H*
M

26. Asimismo, señala que la resolución contractual fue a causa de la actuación dolosa y malintencionada de la Entidad, al hacer imputaciones, trabas y actos de hostigamiento que en forma conjunta con el incumplimiento de sus obligaciones esenciales como es el pago por la prestación efectuada.

V. CONTESTACION DE LA DEMANDA

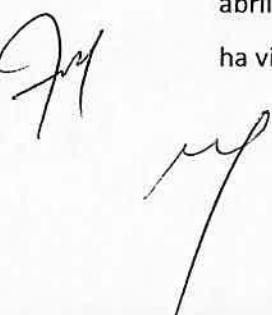
27. Mediante Resolución N° 02 de fecha 17 de diciembre de 2013, el Árbitro Único admitió a trámite el escrito de demanda presentado por el Contratista con fecha 16 de diciembre de 2013, en los términos que se expresa; asimismo, se tuvo por ofrecidos los medios probatorios que se señalaron y a los autos los anexos que se acompañaron, corriéndose traslado a la Entidad para que en un plazo de quince (15) días hábiles de notificada con la presente resolución cumpla con manifestar lo conveniente a su derecho, plazo que fue ampliado, mediante Resolución N° 03 de fecha 15 de enero de 2014, por cinco (5) días hábiles adicionales, a solicitud de la Entidad mediante escrito de fecha 15 de enero de 2013.

28. Con fecha 23 de enero del 2013, dentro del plazo concedido por el Árbitro Único, la Entidad cumplió con presentar su escrito de contestación de demanda, sentando su posición respecto de cada una de las pretensiones formuladas por el Contratista, en los términos que figuran en dicho documento, ofreciendo los medios probatorios que a su derecho corresponden.

V.1 Fundamentos de la Contestación

V.1.1 Posición de la Entidad respecto a la Primera Pretensión Principal.

29. La Primera Pretensión Principal, sostiene que, estando a la resolución contractual consentida, el Árbitro Único ordene la entrega de la conformidad y el pago del monto ascendente a S/. 471,218.72 a su favor por los servicios prestados durante los meses de abril y mayo de 2013, más los intereses legales correspondientes en vista que la entidad se ha visto beneficiada con las actividades ejecutadas por el Contratista.



30. La Entidad señala que es cierto que, con fecha 12 de diciembre de 2012, se suscribió el Contrato N° 158-2012-HNCH, "Contratación del Servicio de Limpieza del Hospital Nacional Cayetano Heredia", con la Empresa ADMINISTRACIÓN DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS S.A.C. – ADSERCO, por el monto de S/. 5'654,624.66 (Cinco Millones Seiscientos Cincuenta y Cuatro Mil Seiscientos Veinticuatro con 66/100 Nuevos Soles).
31. Que, mediante el Informe N° 117-OESA-HNCH-2013, la Oficina de Epidemiología y Salud Ambiental de la Entidad, señaló que en los meses de abril y mayo de 2013, como parte de la supervisión de la ejecución del Contrato, se acentuó la realización de diversas supervisiones e inspecciones a las áreas críticas de esta Entidad, motivadas por la presencia de roedores (ratas), y la advertencia de inconformidad por parte de los usuarios con relación al servicio de limpieza en general.
32. Que, mediante la Carta N° 473-06-2013, de fecha 21 de Junio de 2013, remitida por el Contratista a la Entidad, expresamente reconoce que su personal operario se encuentra trabajando con una vestimenta inadecuada, que para cumplir con implementar el vestuario para sus operarios está coordinando con su proveedor y que para el 01 de julio de 2013 recién estaría cumpliendo con lo solicitado.
33. Que, con fecha 21 de junio de 2013, el Director General de la Entidad, remitió la Carta N° 32-2013-DG.HNCH, vía notarial a el Contratista, dando respuesta a la Carta Notarial N° 99243 remitida por la Contratista, manifestándole principalmente que de cumplirse las condiciones para la procedencia del pago de las prestaciones reclamadas, se procederá a la contraprestación dentro del plazo de cinco (05) días hábiles a partir del día siguiente de recibida la presente comunicación.
34. Que, ese mismo día, el 21 de junio de 2013, el Contratista cursó a la Entidad la Carta Notarial N° 99562, comunicándole en forma intempestiva la resolución del CONTRATO N° 158-2012-HNCH.
35. Que, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 176º del Reglamento de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° N° 184-2008-EF, que señala lo siguiente:

"La recepción y conformidad es responsable del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad.

La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias.

De existir observaciones en bienes y/o servicios la Entidad no efectuará la recepción, debiéndose considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan".

36. Que, de acuerdo al Contrato, la Cláusula Novena – Conformidad de Recepción de la Prestación establece lo siguiente: "La conformidad de recepción de la prestación estará a cargo de la Oficina de Epidemiología y Salud Ambiental, de la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento y un representante del área usuaria, quienes deberá emitir un informe sobre el cumplimiento del servicio materia de contratación y las condiciones reguladas en las Bases Integradas y propuesta del Contratista".
37. La Entidad sostiene que la Oficina de Epidemiología y Salud Ambiental del Hospital Nacional Cayetano Heredia en los meses de abril y mayo de 2013 señaló que de las supervisiones e inspecciones a las áreas críticas y no críticas de este Nosocomio y a los efectos producidos en la prestación del servicio de limpieza por parte de el Contratista, se obtuvo un resultado adverso, formulándose serias observaciones desde la parte operativa que comprometen la calidad del servicio hasta la forma como éstos se prestan con directa vinculación a la vestimenta de seguridad que debe tener todo operario de limpieza hospitalaria con alcance a su escasa o casi nula experiencia y capacitación, estas últimas deficiencias como consecuencia de posibles cambios de personal no autorizados por la Entidad, aspectos que fueron dados a conocer al contratista para su subsanación respectiva.
38. Asimismo, la Entidad refiere que la Contratista en su demanda señala que en el mes de mayo empezó un plan de desratización estableciéndose un cuadro de fechas en las cuales se habría realizado la desratización en los diferentes servicios del Hospital, sin embargo en los términos de referencia y en el Contrato, se señala que se deberá presentar un plan de desinfección y desratización, mensualmente, por lo que si la Contratista hubiera

presentado dicho plan de forma adecuada, no habría existido una plaga de roedores, tal como lo señala la Oficina de Epidemiología en el Informe N° 117-2013-HNCH.

39. Que, si bien el Contratista aduce que combatió esa plaga; sin embargo, fue con posterioridad afectando la salud del personal y pacientes de la Entidad, al no tener un sistema “preventivo” como lo señala el Contrato, por tal motivo no se dio la Conformidad del servicio deficiente que presentó en los meses de abril y mayo.
40. Que, es menester precisar que, tanto en el citado Reglamento de la Ley de Contrataciones como en el referido contrato, está establecido expresamente que: *“Este procedimiento no será aplicable cuando el servicio manifiestamente no cumplan con las características y condiciones ofrecidas en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación. Aplicándose las penalidades que corresponden”*. Que, por consiguiente la Entidad solicita se declare INFUNDADA la Primera Pretensión Principal.

V.1.2 Posición de la Entidad respecto a la Segunda Pretensión Principal.

41. La Entidad señala que el Contratista pretende que el Árbitro Único ordene a la entidad la devolución de la Carta Fianza N° D000-01775936 por el monto de S/. 565,462.50 correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento.
42. Al respecto, en tanto que la Contratista no cumplió con lo establecido en las Bases integradas, en su propuesta técnica y en el Contrato suscrito con la Entidad, no se le otorgó la conformidad al servicio en los meses de abril y mayo de 2013, por lo que no procede la devolución de la mencionada carta fianza. En ese sentido, la Segunda Pretensión Principal debe declararse INFUNDADA.

V.1.3 Posición de la Entidad respecto a la Tercera Pretensión Principal.

43. La Entidad señala la Contratista pretende que se declare a su favor el pago por concepto de indemnización de daños y perjuicios, por el monto de S/. 185,318.15 por daño emergente que corresponden a los gastos incurridos en la prestación del servicio o gastos de

instalación y el monto de S/. 214,577.45 por lucro cesante que corresponde a la utilidad dejada de percibir desde la resolución del contrato según la Hoja de Estructuras de Costos presentada a la suscripción del contrato.

44. Que, al respecto, debe tenerse en cuenta, que no basta que la demandante haya resuelto el contrato con mi representada para que se le otorgue una indemnización por los supuestos daños y perjuicios ocasionados, sino que, en todo caso, debe acreditar los daños irrogados; sin embargo, de los anexos que obran en la demanda, no consta medio probatorio alguno que corrobore los daños que se alega, ni su cuantificación; por lo que al no cumplirse con lo dispuesto en el artículo 1321 y siguientes del Código Civil, corresponde declarar INFUNDADA la Tercera Pretensión Principal.

V.1.4 Posición de la Entidad respecto a la Cuarta Pretensión Principal.

45. Al respecto, la Entidad señala el Contratista pretende que la Entidad asuma el 100% de las costas y costos incluyendo los honorarios de abogados, árbitros, gastos administrativos y cualquiera que haya tenido que incurrir por la actuación no ajustada a derecho de la Entidad.

46. Que, sobre el particular, solicitamos tener en cuenta que, como ya se señaló, la Entidad no ha efectuado el pago del servicio de los meses de abril y mayo de 2013, al no haberse otorgado la conformidad del mismo por el área usuaria ante el incumplimiento de los términos del contrato por parte de la Contratista, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; por lo que la actuación de mi representada ha sido ajustada a derecho. En tal sentido, no corresponde a la Entidad asumir el 100% de los costos y costas del presente proceso, debiéndose declarar INFUNDADA la Cuarta Pretensión Principal.

VI. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

47. Mediante Resolución N° 05 de fecha 28 de enero de 2014, se tuvo por contestada la demanda y se citó a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos para el 12 de febrero de 2014. Asimismo, el Árbitro Único otorgó un plazo

de tres (3) días hábiles, contados a partir de la notificación, para que las partes formulen sus propuestas de puntos controvertidos.

48. Con fecha 12 de febrero de 2014, se realizó la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, con la asistencia del Árbitro Único y los representantes de las partes. En esta Audiencia se realizaron los siguientes actos:

48.1 **Saneamiento Procesal:** Al no haberse presentado excepciones o defensas previas, el Árbitro Único estimó que podía continuarse con la tramitación del proceso arbitral, dándose por válida la relación jurídico procesal existente entre las partes. Asimismo, habiéndose analizado las pretensiones de las partes, el Árbitro Único establece que dichas pretensiones no se encuentran incursas en ninguna de las exclusiones establecidas en el artículo 2º del Decreto Legislativo Nº 1071, por lo que se declara el saneamiento arbitral.

48.2 **Conciliación:** El Árbitro Único invitó a las partes con la finalidad de propiciar un acuerdo conciliatorio que pusiera fin al proceso; estas expresaron que de momento no resulta posible arribar a una conciliación. No obstante se dejó abierta la posibilidad de que las mismas lo hagan en cualquier estado del proceso arbitral.

48.3 **Puntos Controvertidos:** El Árbitro Único, teniendo en cuenta la propuesta presentada por la Entidad, procedió a fijar los siguientes puntos controvertidos.

48.3.1 **Primer Punto Controvertido respecto de la Primera Pretensión Principal:** Si corresponde ordenar la entrega de la conformidad y el pago del monto ascendente a S/. 471,218.72 (Cuatrocientos setenta y un mil doscientos dieciocho con 72/100 Nuevos Soles) a favor del CONTRATISTA, por los servicios prestados durante los meses abril y mayo de 2013, más los intereses legales correspondientes.

Para que el Árbitro Único pueda pronunciarse sobre este punto, deberá analizar lo siguiente:

- a) ¿Corresponde ordenar la entrega de la conformidad del servicio y el pago del monto ascendente a S/. 471,218.72 (Cuatrocientos setenta y un mil doscientos dieciocho con 72/100 Nuevos Soles) a favor del CONTRATISTA, por los servicios



prestados durante los meses abril y mayo de 2013, más los intereses legales correspondientes?

- b) ¿Los servicios prestados durante los meses abril y mayo de 2013, se realizaron conforme a las bases integradas y al contrato de servicio suscrito por las partes?
- c) En caso que la respuesta a la pregunta b) precedente fuera negativa ¿Las observaciones planteadas por la ENTIDAD fueron oportunas y justificadas?

48.3.2 Segundo Punto Controvertido respecto de la Segunda Pretensión Principal: Si corresponde ordenar a la ENTIDAD la devolución de la Carta Fianza Nº D000-01775936 correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento, por el monto de S/. 565,462.50 (Quinientos sesenta y cinco mil cuatrocientos sesenta y dos con 50/100 Nuevos Soles).

Para que el Árbitro Único pueda pronunciarse sobre este punto, deberá analizarse lo siguiente:

- a) ¿Corresponde de acuerdo al contrato y a la Ley de Contrataciones del Estado que la ENTIDAD mantenga en su poder la Carta Fianza correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento?

48.3.3 Tercer Punto Controvertido respecto de la Tercera Pretensión Principal: Si corresponde ordenar el pago a favor del CONTRATISTA por concepto de indemnización de daños o perjuicios la suma de S/. 185,318.15 (Ciento ochenta y cinco mil trescientos dieciocho con 15/100 Nuevos Soles) y la suma de S/. 214,577.45 (Doscientos catorce mil quinientos setenta y siete con 45/100 Nuevos Soles), más intereses correspondientes, derivado de los diferentes gastos para efectos de la instalación del servicio en el Hospital Nacional Cayetano Heredia, así como de la pérdida de la utilidad prevista.

Para que el Árbitro Único pueda pronunciarse sobre este punto, deberá analizarse lo siguiente:

- a) ¿Se han configurado en este caso los criterios de la responsabilidad contractual?
- b) ¿La ENTIDAD ha causado daños y perjuicios resarcibles al CONTRATISTA?
- c) En caso que la respuesta a la pregunta a) fuera afirmativa ¿Cuál es el monto cuantificable que representa los daños y perjuicios soportados por el CONTRATISTA?

- 48.3.4 Cuarto Punto Controvertido respecto la Cuarta Pretensión Principal: Si corresponde declarar que la ENTIDAD asuma el pago del 100% de las costas y costos, incluyendo los honorarios de abogado, árbitros, gastos administrativos y cualesquiera otros en los que habría incurrido el CONTRATISTA, suma que deberá ser liquidada en ejecución de laudo, más los intereses hasta la fecha de su cancelación.
- 48.4 Saneamiento Probatorio: El Árbitro Único, atendiendo a los puntos controvertidos establecidos y a los escritos presentados por las partes en la etapa postulatoria, procedió a admitir los medios probatorios ofrecidos.

VII. AUDIENCIA DE ILUSTRACIÓN

49. Por Resolución Nº 06 de fecha 25 de febrero de 2014, el Árbitro Único citó a la Audiencia de Ilustración para el 17 de marzo de 2014. La Entidad mediante escrito de fecha 14 de marzo de 2014, solicitó la reprogramación de la referida Audiencia.
50. Por Resolución Nº 07 de fecha 14 de marzo de 2014, el Árbitro Único, considerando atendible lo solicitado por la Entidad, dispuso la reprogramación de la Audiencia de Ilustración para el 02 de abril de 2014 en que se llevó a cabo dicha actuación con la asistencia de los representantes de ambas partes.
51. En primer lugar, se otorgó el uso de la palabra a los representantes del Contratista para que expongan los hechos que sustentan su demanda. Posteriormente se le otorgó uso de la palabra a los representantes de la Entidad, a fin de que expongan los hechos que sustentan su contestación. Realizada la réplica y duplica correspondiente y absueltas las preguntas formuladas por el Árbitro Único, se dio por concluida la Audiencia de Ilustración.

VIII. CIERRE DE ETAPA PROBATORIA, INFORMES ORALES Y PLAZO PARA LAUDAR

52. Por Resolución Nº 09 de fecha 14 de mayo de 2014, el Árbitro resolvió declarar concluida la etapa de actuación de medios probatorios y otorgar a las partes el plazo de cinco (05)



días hábiles para que presenten sus alegatos escritos de conformidad con el numeral 36., del Acta de Instalación.

53. Por Resolución Nº 11 de fecha 04 de junio de 2014 se citó a la Audiencia de Informe Oral para el 23 de junio de 2014, la que se llevó a cabo en dicha fecha en la sede del arbitraje. En este acto el Árbitro Único fijó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, prorrogables por el mismo plazo.
54. Mediante Resolución Nº 12 de fecha 30 de julio de 2014 el Árbitro Único prorrogó el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles adicionales, procediendo a emitir el presente laudo dentro del referido plazo, de conformidad con el numeral 37 del Acta de Instalación.

IX. SUBROGACIÓN DEL PAGO DE HONORARIOS Y GASTOS ADMINISTRATIVOS

55. Conforme a lo dispuesto en el numeral 46 del Acta de Instalación de fecha 25 de noviembre de 2013, se fijaron los honorarios del Árbitro Único. Cada parte debía pagar el cincuenta por ciento (50%) de dichos honorarios dentro de los diez (10) días siguientes de notificadas con la referida acta.
56. Asimismo, en el numeral antes señalado se fijaron los honorarios de la Secretaría Arbitral. Cada parte debía pagar el cincuenta por ciento (50%) de dichos honorarios monto dentro de los diez (10) días siguientes de notificadas con el acta.
57. Dentro del plazo otorgado el Contratista canceló los honorarios arbitrales, en la parte que le correspondía. Mediante Resolución Nº 05 de fecha 28 de enero de 2014, el Árbitro Único otorgó a la Entidad un plazo de cinco (5) días hábiles adicionales para que efectúe el pago respectivo, sin perjuicio de que el Contratista, en el mismo plazo y de estimarlo pertinente, asuma el pago que correspondía a su contraparte. Mediante escrito de fecha 12 de febrero de 2014 el Contratista efectuó el pago del cincuenta por ciento (50%) de los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral correspondiente a la Entidad.



X. CONSIDERACIONES INICIALES DEL ÁRBITRO ÚNICO

58. El Árbitro Único estima necesario precisar que de acuerdo al Convenio Arbitral y al Acta de Instalación, las partes establecieron que el arbitraje será de Derecho y que se resolverá de acuerdo a la reglas pactadas en la referida Acta, a lo dispuesto en las normas contenidas en la Ley de Contrataciones del Estado aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por Ley N° 29873, y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por Decreto Supremo N° 138-2012-EF, así como las normas de derecho público y las de derecho privado que resultasen pertinentes.

XI. CUESTIONES PRELIMINARES A TENER EN CUENTA

59. Antes de entrar a considerar la materia controvertida, corresponde confirmar lo siguiente:

- a) El arbitraje se constituyó de conformidad con lo establecido en el Convenio Arbitral suscrito entre las partes, así como al amparo de la normativa vigente al tiempo de las relaciones contractuales.
- b) La designación del Árbitro Único se efectuó por la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismos Supervisor de las Contrataciones del Estado. La designación y aceptación del Árbitro Único se ajustó a las exigencias previstas en la Ley de la materia.
- c) El Contratista y La Entidad aceptaron la designación del Árbitro Único. Ni el Contratista ni La Entidad recusaron al Árbitro Único, ni impugnaron o reclamaron contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación de Árbitro Único Ad Hoc. Tampoco se planteó durante el curso del proceso reconsideración alguna contra las decisiones del Árbitro Único por ninguna de las partes.
- d) El Contratista presentó su demanda dentro del plazo convenido por las partes. Asimismo, La Entidad fue debidamente emplazada con dicha demanda y ejerció plenamente su derecho de defensa, contestando la misma. La Entidad no formuló reconvención.

- e) Ambas partes tuvieron plena libertad para ofrecer y actuar todos los medios probatorios que consideraron pertinentes, sin limitación alguna, así como para expresar sus posiciones de hecho y de derecho, habiendo tenido amplia oportunidad de presentar sus alegatos escritos y de informar oralmente, con la participación de sus abogados, respetando en todo momento el Árbitro Único el irrestricto ejercicio del derecho de defensa de las partes.
- f) Que la decisión del Árbitro Único está basada estricta y exclusivamente en el ordenamiento jurídico y en el contrato suscrito por las partes, al haber las partes establecido un arbitraje de Derecho y no de conciencia.
- g) Que el Árbitro Único deja constancia que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por estas de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba recogido en la Ley de Arbitraje y que el sentido de su decisión es el resultado de ese análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las partes pudieran no haber sido expresamente citados en el presente laudo.

XII. ANÁLISIS DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

XII.1 PUNTO CONTROVERTIDO N° 1:

“Si corresponde ordenar la entrega de la conformidad y el pago del monto ascendente a S/. 471,218.72 (Cuatrocientos setenta y un mil doscientos dieciocho con 72/100 Nuevos Soles) a favor del CONTRATISTA, por los servicios prestados durante los meses abril y mayo de 2013, más los intereses legales correspondientes.”

Posición del CONTRATISTA

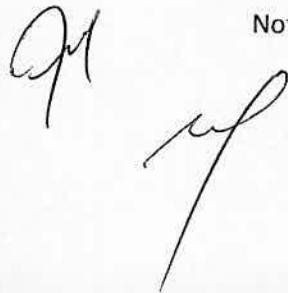
60. Que, conforme al primer párrafo del artículo 169º del Reglamento, el día 12 de junio de 2013, mediante Carta Notarial N° 438-06-13, el Contratista procedió a requerirle a la Entidad que dentro de un plazo no mayor a cinco (05) días, cumpla con emitir la conformidad por los servicios prestados en los meses de abril y mayo, así como el pago de S/. 471,218.72 (cuatrocientos setenta y un mil doscientos dieciocho con 72/100 nuevos

soles) respecto al servicio prestado en los meses señalados, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

61. Al respecto, el Contratista señala que al no haber la Entidad satisfecho el requerimiento efectuado, mediante Carta Notarial N° 99562 de fecha 21 de junio de 2013, en base a la Cláusula Décimo Tercera del Contrato y el artículo 170° del Reglamento, procedió a resolver el Contrato.

Posición de la ENTIDAD

62. Que, mediante el Informe N° 117-OESA-HNCH-2013, la Oficina de Epidemiología y Salud Ambiental de la Entidad señaló que en los meses de abril y mayo de 2013, como parte de la supervisión de la ejecución del Contrato, se acentuó la realización de diversas supervisiones e inspecciones a las áreas críticas de esta Entidad, motivadas por la presencia de roedores (ratas), y la advertencia de inconformidad por parte de los usuarios con relación al servicio de limpieza en general.
63. Que, a través de la Carta N° 473-06-2013, de fecha 21 de Junio de 2013, remitida por el Contratista a la Entidad, expresamente reconoce que su personal operario se encontraba trabajando con una vestimenta inadecuada, que para cumplir con implementar el vestuario para sus operarios estaba coordinando con su proveedor y que para el 01 de julio de 2013 recién estaría cumpliendo con lo solicitado.
64. Que, con fecha 21 de junio de 2013, el Director General de la Entidad remitió la Carta N° 32-2013-DG.HNCH, por vía notarial, al Contratista, dando respuesta a la Carta Notarial N° 99243 remitida por la Contratista, manifestándole principalmente que de cumplirse las condiciones para la procedencia del pago de las prestaciones reclamadas, se procedería al pago de la contraprestación dentro del plazo de cinco (05) días hábiles a partir del día siguiente de recibida la presente comunicación.
65. Que, ese mismo día, el 21 de junio de 2013, el Contratista cursó a la Entidad la Carta Notarial N° 99562, comunicándole en forma intempestiva la resolución del Contrato.



66. Que, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 176° del Reglamento que dice: "*La recepción y conformidad es responsable del órgano de administración o, en su caso, del órgano establecido en las Bases, sin perjuicio de lo que se disponga en las normas de organización interna de la Entidad. La conformidad requiere del informe del funcionario responsable del área usuaria, quien deberá verificar, dependiendo de la naturaleza de la prestación, la calidad, cantidad y cumplimiento de las condiciones contractuales, debiendo realizar las pruebas que fueran necesarias. De existir observaciones en bienes y/o servicios la Entidad no efectuará la recepción, debiéndose considerarse como no ejecutada la prestación, aplicándose las penalidades que correspondan*".
67. Que, de acuerdo a la cláusula novena del Contrato – Conformidad de Recepción de la Prestación - establece lo siguiente: "*La conformidad de recepción de la prestación estará a cargo de la Oficina de Epidemiología y Salud Ambiental, de la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento y un representante del área usuaria, quienes deberá emitir un informe sobre el cumplimiento del servicio materia de contratación y las condiciones reguladas en las Bases Integradas y propuesta del Contratista*".
68. La Entidad sostiene que la Oficina de Epidemiología y Salud Ambiental del Hospital Nacional Cayetano Heredia, en los meses de abril y mayo de 2013, señaló que de las supervisiones e inspecciones a las áreas críticas y no críticas de este Nosocomio y a los efectos producidos en la prestación del servicio de limpieza por parte del Contratista, se obtuvo un resultado adverso, formulándose serias observaciones desde la parte operativa que comprometían desde la calidad del servicio hasta la forma como estos se prestaban, con directa vinculación a la vestimenta de seguridad que debe tener todo operario de limpieza hospitalaria, con alcance a su escasa o casi nula experiencia y capacitación, estas últimas deficiencias como consecuencia de posibles cambios de personal no autorizados por la Entidad, aspectos que fueron dados a conocer al contratista para su subsanación respectiva.
69. Asimismo, la Entidad refiere que la Contratista en su demanda señala que en el mes de mayo empezó un plan de desratización estableciéndose un cuadro de fechas en las cuales se habría realizado la desratización en los diferentes servicios del Hospital, sin embargo en los términos de referencia y en el Contrato, se señaló que se debía presentar un plan de

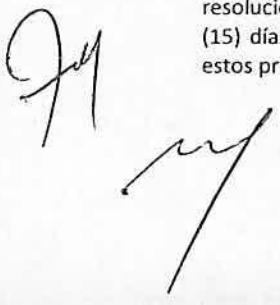
desinfección y desratización mensualmente, por lo que si la Contratista hubiera presentado dicho plan de forma adecuada, no habría existido una plaga de roedores, tal como lo señala la Oficina de Epidemiología en el Informe N° 117-2013-HNCH.

70. Que, si bien el Contratista aduce que combatió esa plaga, ello fue con posterioridad, afectando la salud del personal y pacientes de la Entidad, al no tener un sistema "preventivo" como lo señala el Contrato, por tal motivo no se dio la Conformidad del servicio deficiente que presentó en los meses de abril y mayo.
71. Que, es menester precisar que, tanto en el Reglamento como en el contrato, estaba establecido expresamente que: "*Este procedimiento no será aplicable cuando el servicio manifiestamente no cumpla con las características y condiciones ofrecidas en cuyo caso la Entidad no efectuará la recepción, debiendo considerarse como no ejecutada la prestación. Aplicándose las penalidades que corresponden*".

Posición del Árbitro Único

72. Se aprecia de lo expresado por las partes y acreditado en el proceso que el Contratista ha resuelto el contrato argumentando incumplimientos de las obligaciones contractuales de la Entidad. Se aprecia igualmente que dicha resolución de contrato ha sido consentida por la Entidad, al no haber recurrido a la vía de la conciliación o del arbitraje para cuestionarla¹.
73. La consecuencia legal de consentir una decisión resolutoria de un contrato basada en un incumplimiento contractual, esto es no recurrir contra esta a través de la vía legal que el ordenamiento jurídico faculta, es tener por aceptados por parte del imputado los incumplimientos contractuales que se le atribuyen. En otras palabras, quien no se encuentra de acuerdo con la resolución de un contrato por no aceptar los incumplimientos

¹De conformidad con lo dispuesto por el artículo 170º del Reglamento, cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida.



que la sustentan, debe rechazarlos. No hacerlo supone aceptar tal imputación, es decir aceptar que en efecto incumplió sus obligaciones.

74. La vía legal para rechazar una imputación de incumplimiento es la vía arbitral, por lo que aquel que considere que se le ha resuelto un contrato de manera indebida debe argumentar su rechazo a las imputaciones de incumplimiento contractual, planteando una solicitud de arbitraje dentro del plazo de caducidad que prevé la ley y, en su momento, la demanda arbitral correspondiente.
75. En este caso la Entidad no solo no presentó la solicitud de arbitraje sino que una vez emplazada en este proceso arbitral tampoco ha planteado alguna pretensión en vía de reconvenCIÓN.
76. De lo anterior surge que desde el punto de vista legal, la Entidad en efecto ha aceptado los incumplimientos contractuales que le imputó el Contratista, al no haber cuestionado la resolución del contrato que este efectuó ni las razones en que la fundó. Como consecuencia de ello, al no haber cuestionado en sede arbitral la resolución del contrato, esta ha quedado consentida.
77. ¿Cuáles fueron los incumplimientos contractuales que le imputó el Contratista a la Entidad y que sustentaron la resolución del contrato? El Contratista le requirió a la Entidad que cumpla con dos obligaciones contractuales: i) que emita la conformidad por los servicios prestados en los meses de abril y mayo de 2013, ii) que le pague la contraprestación pactada ascendente a la suma de S/. 471,218.72 (cuatrocientos setenta y un mil doscientos dieciocho con 72/100 nuevos soles) por los servicios prestados durante los dos meses antes señalados. Tal requerimiento fue efectuado, como prevé la ley, bajo apercibimiento de resolver el contrato, otorgándose el plazo correspondiente.
78. Existió como se puede apreciar un aviso del Contratista a la Entidad previo a la resolución, el cual tenía por finalidad alertar a esta última de la imputación de incumplimientos contractuales.



79. Cabe indicar que el preaviso de resolución está orientado a que el contratante emplazado no solo cuente con la oportunidad de subsanar su incumplimiento, en caso este fuera cierto, sino también de rechazarlo si tal imputación fuera falsa o incorrecta.
80. En este caso, frente al preaviso de resolución la Entidad ni subsanó ni rechazó las imputaciones de incumplimiento que le efectuó el Contratista; simplemente guardó silencio, entendiéndose que por tanto dio su consentimiento y aceptación a los incumplimientos imputados. Una vez producida la resolución, luego del vencimiento del plazo otorgado, la Entidad tampoco la cuestionó en la vía arbitral dentro del plazo de caducidad correspondiente.
81. Ahora bien, el consentimiento de la resolución del Contrato por parte de la Entidad no es materia controvertida en este proceso. Así lo han manifestado expresamente ambas partes en el decurso del mismo². Siendo ello así, sería contradictorio que si fuera un punto controvertido el cuestionamiento a las razones en las que se sustentó tal resolución contractual. Evidentemente, si la resolución ha quedado consentida, los incumplimientos contractuales que le dieron sustento también han quedado consentidos.
82. La consecuencia de lo anterior es que los dos incumplimientos contractuales imputados a la Entidad se tienen por admitidos como tales por esta, al no haber sido contradichos, como ha quedado señalado, ni en sede contractual ni en sede arbitral.
83. Ahora bien, el Contratista refiere que la Entidad debe brindar conformidad y pago por los servicios prestados durante los meses de abril y mayo de 2013. La Entidad señala, por su parte, que por ambos meses se presentaron observaciones al servicio que no fueron subsanadas por el Contratista. Resulta que esta posición de la Entidad, expuesta ahora como parte de su contestación de la demanda, no ha sido planteada como pretensión reconvencional y a su vez contradice palmariamente su actitud anterior de no cuestionar de manera oportuna la resolución contractual efectuada por el Contratista, en base

²Preguntadas las partes en la audiencia de informes orales sobre este aspecto, ambas expresaron que el consentimiento de la resolución del contrato no era un punto en el cual estuvieran en desacuerdo.

justamente a los mismos hechos, dejándola consentir al no haber recurrido oportunamente a la vía arbitral para dejarla sin efecto.

84. En este sentido, la pretensión de la demanda vinculada a este punto controvertido, tal cual ha sido formulada, está destinada a que el Árbitro Único ordene a la Entidad que entregue la conformidad de los servicios prestados durante los meses de abril y mayo de 2013, así como el pago de la contraprestación correspondiente a dichos periodos, más los intereses legales correspondientes.
85. Que, si bien ha quedado ratificado en este proceso aquello que no es controvertido entre las partes, esto es el consentimiento de la Entidad respecto de la resolución contractual efectuada por el Contratista, el Árbitro Único estima conveniente, dado que así ha sido expuesto en autos, analizar los argumentos de la Entidad a efectos de establecer si de acuerdo a los hechos probados correspondía o no otorgar la conformidad de los periodos señalados por el Contratista.
86. Al respecto, se tiene que la Cláusula Tercera del Contrato modificada por la Adenda Nº 001-2013-HNCH, señalaba como monto contractual total la suma de "S/. 5'654,624.66 (*Cinco millones seiscientos cincuenta y cuatro mil seiscientos veinticuatro con 66/100 Nuevos Soles), todo costo incluido IGV.(...)"*
87. Que, se estableció de igual forma en la Cláusula Cuarta del Contrato, modificada por la referida Adenda, la forma de pago, señalando lo siguiente:

"CLÁUSULA CUARTA: FORMA DE PAGO

LA ENTIDAD se obliga a pagar la contraprestación a EL CONTRATISTA en nuevos soles en el plazo de 10 días calendario luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente, según lo establecido en el artículo 181º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, para tal efecto, el responsable de dar la conformidad de la prestación deberá hacerlo en un plazo que no exceda de los diez (10) días de ser estos recibidos.

Para que los pagos puedan hacerse efectivos LA ENTIDAD deberá contar con la siguiente documentación:

- a) *Copia Simple de Boletas de Pago en el mes facturado, debidamente suscritos por cada trabajador. Las boletas de pago correspondientes al personal están referidos al mes anterior.*

- b) Copia de la planilla electrónica de las remuneraciones con sus respectiva totalidad de pago efectuado al banco, correspondiente al mes anterior.
- c) Aportaciones al sistema AFP o SNP, correspondientes al mes anterior.
- d) Depósitos por concepto de CTS de acuerdo a Ley.
- e) Factura
- f) Los pagos se realizará en forma mensual, previa conformidad otorgada por la Oficina de Epidemiología y Salud Ambiental y la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento.

En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48º de la Ley, contado desde la oportunidad en el que el pago debió efectuarse.”

88. Que, por su parte, la Cláusula Quinta del Contrato establecía que el plazo de ejecución de la prestación era de dos (02) años.
89. Que, respecto de la conformidad del servicio, la Cláusula Novena del Contrato modificada por la citada Adenda, precisaba que “*(...) estará a cargo de la Oficina de Servicios Generales y Mantenimiento y un representante del área usuaria, quienes deberán emitir un informe sobre el cumplimiento del servicio materia de contratación y las condiciones reguladas en las Bases Integradas y propuesta de EL CONTRATISTA. (...)*”
90. Por lo antes expuesto, cabe indicar que si bien el servicio de limpieza contratado tenía un plazo determinado de ejecución de dos (02) años, los pagos debían realizarse de forma mensual, por lo que el monto total contratado debía ser prorrateado en los meses de servicio y pagado previa conformidad, para lo cual la Entidad tenía el plazo máximo de diez (10) días calendario, luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente³.
91. Sobre la conformidad del servicio, debe señalarse que el artículo 181º del Reglamento señala textualmente lo siguiente:

«Artículo 181º.- Plazos para los pagos

La Entidad deberá pagar las contraprestaciones pactadas a favor del contratista en la oportunidad establecida en las Bases o en el contrato. Para tal efecto, el responsable de otorgar la conformidad de recepción

³Numeral 2.11 del Capítulo II de las Bases Integradas del Concurso Público N° 001-2012-HNCH

de los bienes o servicios, deberá hacerlo en un plazo que no excederá de los diez (10) días calendario de ser estos recibidos...».

92. Obsérvese que la norma citada está referida a plazos para los pagos al Contratista y que en ella se establece un plazo de 10 días calendario para emitir la conformidad. No se establece sin embargo la consecuencia de no cumplir con dicho plazo, siendo que su vencimiento no puede entenderse, si es que la norma así no lo ha establecido de manera expresa, como una conformidad tácita.
93. En ese sentido, no se puede deducir que por el retraso por parte de la Entidad en brindar la conformidad u observaciones del servicio prestado, el servicio deba ser entendido conforme a lo establecido en las bases y el contrato.
94. En ese orden de ideas, conforme al artículo 176º del Reglamento “*(...) De existir observaciones se consignarán en el acta respectiva, indicándose claramente el sentido de estas, dándose al contratista un plazo prudencial para su subsanación, en función a la complejidad del bien o servicio. Dicho plazo no podrá ser menor de dos (2) ni mayor de diez (10) días calendario. Si pese al plazo otorgado, el contratista no cumpliese a cabalidad con la subsanación, la Entidad podrá resolver el contrato, sin perjuicio de aplicar las penalidades que correspondan.*”
95. Ahora bien, dado lo anterior, resulta conveniente para efectos del análisis realizar un breve recuento de las principales comunicaciones cursadas entre las partes:

- Carta N° 066-2013-DG-N° 046-2013-OEA/HNCH, de fecha 06 de mayo de 2013, recibida por el Contratista el 16 de mayo de 2013, con asunto “Solicito levantar observaciones sobre presencia de roedores en ambientes del HNCH”, adjuntándose el Informe N° 022-SA-HNCH-2013 de fecha 06 de mayo de 2013, en la que se concluye con una serie de recomendaciones dirigidas al Contratista para que corrija la limpieza en un plazo de 48 horas, precisando que la limpieza debía darse en todos los ambientes y debía ser adecuada y diaria, debiéndose colocar trampas y bocados en las áreas donde se identificó la existencia de madrigueras, llamando la atención por falta de capacitación no sólo en el tema de limpieza sino también en el de desratización.

- Carta de fecha 18 de mayo de 2013, enviada por el Contratista con asunto "Levantamiento de Observaciones", en la cual principalmente refiere que no existen incumplimientos de su parte y sobre la población de roedores señala haber cumplido con el servicio de desratización en el mes de marzo, abril y mayo, adjuntando además el plan de desratización solicitado por la Entidad.
- Se notifica el 03 de junio de 2013 al Contratista el Informe N° 207-2013-USI-HNCH de fecha 29 de mayo de 2013, adjuntando el Acta de Sesión N° 08 de fecha 24 de mayo del 2013, en la cual se señala que "*NO SE DA CONFORMIDAD al servicio de limpieza representada por la EPS de limpieza ADSERCO S.A.C. por incurrir en faltas graves que nos ha llevado a afrontar una plaga de ratas y por reincidir en las faltas que ya habían sido observadas.*"
- Ante ello, el 04 de junio de 2013 el Contratista se acerca a las instalaciones de la Entidad con la Notaria Gisella Patricia Jara Briceño con la finalidad de verificar el estado de diversas áreas del hospital para levantar las observaciones realizadas por la Entidad, no autorizándosele el ingreso.
- El 07 de junio de 2013 el Contratista presenta sus descargos respecto a las observaciones efectuadas durante el mes de abril, señalando que el Acta de Sesión N° 08 que data del 24 de mayo de 2013 genera duda si se procedió de manera oportuna en verificar el servicio brindado el mes de abril, además que dichas observaciones no se han puesto en conocimiento oportunamente y ha sobrepasado en demasía el plazo otorgado al responsable de dar la conformidad de la prestación y finalmente que no se ha otorgado un plazo para subsanar, aclarar o informar de los factores ajenos al servicio que afectan la correcta prestación del mismo.
- Mediante Carta N° 93-2013-OEA/HNCH de fecha 05 de junio, recibida por el Contratista el 10 de junio de 2013, la Entidad pone a su conocimiento la Inspección N° 01 al personal de limpieza de fecha 20 de mayo de 2013, requiriendo que subsane las observaciones advertidas en el plazo de 48 horas.
- El Contratista en respuesta a la carta antes detallada, envía Carta N° 430-06-2013 de fecha 12 de junio de 2013 a fin de subsanar las observaciones, solicitando a la Entidad que cualquier documento en el que se observe de alguna manera la prestación del servicio sea comunicada oportunamente, a la brevedad de su emisión.
- Mediante Carta Notarial N° 438-06-13 de fecha 12 de junio de 2013 y recibida por la Entidad en la misma fecha, el Contratista requiere la conformidad y pago de los meses



de abril y mayo de 2013, en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Esta carta no tuvo respuesta por parte de la Entidad.

- Mediante Carta Notarial N° 476-06-13 de fecha 21 de junio de 2013, el Contratista procede a comunicar a la Entidad la resolución del Contrato. La resolución no fue sometida a arbitraje dentro del plazo legal de caducidad.

96. Visto el recuento de los documentos citados, referidos a las principales observaciones de la Entidad sobre el servicio de limpieza, cabe ahora analizar si la Entidad actuó de acuerdo a lo establecido en la Ley, su Reglamento y el Contrato, al negarse a dar conformidad a los servicios prestados por el Contratista por los meses de abril y mayo de 2013.

97. Cabe preguntarse al respecto, ¿qué hizo la Entidad en el presente caso frente a las observaciones que adujo?, ¿otorgó un plazo prudencial para que el Contratista subsanara tales observaciones?, dadas las observaciones aducidas, ¿la Entidad procedió a imponer penalidades?, ¿la Entidad conminó al Contratista a cumplir con sus obligaciones contractuales bajo apercibimiento de resolver el contrato?, ¿la Entidad resolvió el contrato?

98. Se observa de la documentación listada que la Entidad no realizó la comunicación de sus verificaciones sobre el servicio recibido en tiempo razonable. Así por ejemplo, el servicio del mes de abril resulta observado a través de una comunicación recibida por el Contratista recién el 16 de mayo de 2013. Se verifica igualmente que no se otorgó al Contratista un plazo adecuado para subsanar las observaciones planteadas por la Entidad. De las comunicaciones mencionadas se comprueba a su vez que la Entidad no consideró lo expuesto por el Contratista, tanto en el caso de levantamiento de las observaciones planteadas como en los descargos ofrecidos ante la negativa de la conformidad. Tampoco impuso penalidad alguna al Contratista, según consta en autos y tal como ha sido admitido por la Entidad en la Audiencia de Informes Orales ante una pregunta específica formulada por el Árbitro.



99. El Contratista ha demostrado por su parte que la Entidad no le permitió el ingreso a la Dra. Gisella Patricia Jara Briceño, Notaria Pública a la que se le solicitó la verificación del estado de diversas áreas del Hospital Nacional Cayetano Heredia⁴. Ha demostrado igualmente con fotografías⁵ el estado en que se encontraban diversas zonas del Hospital Nacional Cayetano Heredia.

100. Se verifica de lo expuesto y de los medios probatorios actuados en el presente proceso, que la no expedición de la conformidad del servicio no se ajustó a lo previsto en la Ley y el Reglamento.

101. Ahora bien, corresponde preguntarse entonces si ¿los servicios prestados durante los meses abril y mayo de 2013 se realizaron conforme a las Bases Integradas y al Contrato? Las Bases Integradas, en el Capítulo III de los Términos de Referencia señalaban, entre otros aspectos, lo siguiente:

"2. RESULTADOS ESPERADOS Y UNIDADES DE MEDICIÓN:

- 2.1 Mantener en buenas condiciones de higiene los ambientes y mobiliario de las áreas administrativas y asistenciales del Hospital.*
- 2.2 Eliminar los materiales nocivos del medio ambiente.*
- 2.3 Eliminar olores desagradables.*
- 2.4 Mantener libre de polvo y residuos los ambientes, muebles y otros bienes.*
- 2.5 Eliminar y controlar la propagación de vectores y roedores.*
- 2.6 Evacuar los residuos, producto de las operaciones de limpieza, al ambiente del almacenamiento final.*
- 2.7 Constituyen unidades de medición, para el servicio de aseo y limpieza los puestos asignados por planta física, materiales, las maquinarias, y equipos a utilizar por el contratista."*

102. De acuerdo a lo anteriormente glosado, la prestación del servicio de limpieza debía haber sido evaluada de acuerdo a los criterios arriba detallados.

⁴ Acta Protocolar de fecha 04 de junio de 2013.

⁵ Copia de las fotografías tomadas el 03 de junio de 2013, fueron presentadas con el escrito de fecha 28 de abril de 2014.

103. Por su parte, en los Términos de Referencia se establecía también el requerimiento y frecuencia de la prestación del servicio, refiriéndose específicamente en el literal g) del punto 3., que “-desinfección, desinsectización y desratización (de acuerdo al grado de infestación y a las necesidades de cada servicio asistencial) máximo cada tres (03) meses. (...)"

104. Sobre la desratización, la Entidad ha señalado que el Contratista no habría cumplido con el plan de desratización solicitado, el mismo que fue presentado por este en el mes de mayo de 2013 y no de manera mensual, por lo que aduce que no se presentó de forma adecuada, afectando según manifiesta la salud del personal y pacientes de la Entidad.

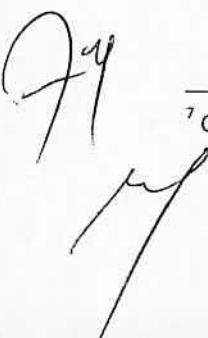
105. Sin embargo, de la Carta Notarial Nº 15295 de fecha 18 de mayo de 2013, presentada por el Contratista, se verifica que este dio respuesta a lo señalado por la Entidad, presentando un cuadro que detallaba los trabajos de desratización realizados durante los meses de marzo abril y mayo de 2013, así como el plan de desratización requerido.

106. Que, conforme a las Bases Integradas, el servicio de desratización era una actividad especial que tenía una frecuencia, de acuerdo al grado y necesidades, máxima de cada tres (03) meses⁶. En el presente caso, conforme se verifica de la citada Carta Notarial Nº 15295, el Contratista afirma haber brindado el servicio de desratización en distintos ambientes de la Entidad en los meses ya mencionados.

107. Por otro lado, mediante Carta Nº 93-2013-OEA/HNCH de fecha 05 de junio de 2013, la Entidad adjuntó el Acta de Inspección Nº 01, la misma que se llevó a cabo el 20 de mayo de 2013, en la cual reportó tres hallazgos: (i) Sobre el uniforme: observó el color del mismo, señalando que no es el adecuado, debiendo ser un color claro y no azul; se observa además la falta de empleo de guantes y los zapatos del personal, (ii) Mal acondicionamiento del servicio de estabilización al no haberse colocado contenedores rígidos para punzocortantes y (iii) Contenedores llenos que sobrepasan su capacidad y los 2/3 que establece la norma. La Entidad otorgó el plazo de 48 horas parar subsanar tales observaciones.

⁶ Literal g) del punto 3., Actividades especiales de los Términos de Referencia.

108. El Contratista responde lo anterior mediante Carta Nº 430-06-2013 de fecha 12 de junio de 2013 que tiene como asunto “subsanación de observaciones”⁷, por la cual señala que la Entidad no estaba comunicando oportunamente las observaciones a fin de ser levantadas en un plazo prudencial. En la mencionada carta dio respuesta a todos los puntos observados, contradiciendo lo expuesto por la Entidad, excepto en lo referido al uniforme, señalando que parte del mismo es de color azul (pantalón, gorro y tapaboca) y no claro como señala el anexo 5 de los términos de referencia de las Bases Integradas.
109. Sobre el particular se tiene que el Contrato, en su cláusula duodécima, establecía como incumplimiento pasible de ser penalizado, la no presentación adecuada de los operarios de aseo y limpieza (uniforme incompleto o deteriorado). En el caso en concreto se trataba del color del uniforme, siendo así que la Entidad estaba facultada para imponer como sanción económica la suma de S/. 50.00 y el retiro del operario (sanción por operario). En el presente caso no se aplicó penalidad alguna por este concepto ni se procedió con el retiro del operario de las instalaciones de la Entidad.
110. De lo expuesto el Árbitro advierte que los medios probatorios ofrecidos por la Entidad para acreditar las observaciones formuladas no constituyen otra cosa que sus propios informes internos, los que fueron contestados en su oportunidad por el Contratista, no encontrándose acreditado que este haya prestado sus servicios sin observar las Bases Integradas y el Contrato.
111. En base a estas últimas consideraciones y reiterando que la resolución del contrato efectuada por el Contratista ha quedado consentida por la Entidad, el Árbitro Único concluye que se debe otorgar la conformidad de los servicios prestados por el Contratista en los meses de abril y mayo de 2013, debiendo a su vez la Entidad cumplir con realizar el pago de la contraprestación correspondientes por dichos meses, ascendente a la suma de S/. 471,218.72 (Cuatrocientos setenta y un mil doscientos dieciocho con 72/100 Nuevos Soles).


⁷ Carta Nº 430-06-2013 de fecha 12 de junio de 2013

112. Ahora bien, respecto a los intereses legales solicitados por el Contratista, debe señalarse que conforme al Contrato suscrito entre las partes, en el último párrafo de la cláusula cuarta se señala que "*En caso de retraso en el pago, el contratista tendrá derecho al pago de intereses conforme a lo establecido en el artículo 48º de la Ley, contando desde la oportunidad en el que el pago debió efectuarse*".
113. El citado artículo 48º de la Ley⁸ refiere que "*En caso de atraso en el pago por parte de la Entidad, salvo que se deba a caso fortuito o fuerza mayor, ésta reconocerá al contratista los intereses legales correspondientes. Igual derecho corresponde a la Entidad en caso sea la acreedora. (...)*".
114. Que, en este caso se ha determinado que la Entidad debe pagar la contraprestación establecida por los servicios brindados durante los meses de abril y mayo de 2013, siendo que como consecuencia del incumplimiento de la Entidad en efectuar dicho pago, corresponde ordenar, de acuerdo a lo establecido en la Ley y a lo pactado en el Contrato, el pago de los intereses legales correspondientes en calidad de moratorios. En ese sentido, debe tenerse en consideración que los intereses legales solicitados por el Contratista, originados en el retraso en el pago de la contraprestación debida, deben ser determinados aplicando la tasa del interés legal.
115. Que, a fin de determinar desde que momento debe aplicarse el interés legal, debe considerarse la fecha pactada entre las partes en el Contrato, esto es "*desde la oportunidad en el que el pago debió efectuarse*".
116. Que, siendo así, los intereses legales en calidad de moratorios deben liquidarse en vía de ejecución de laudo arbitral, observando lo establecido y desarrollado en la cláusula cuarta del contrato, en el cual se especifica que la Entidad se obliga a pagar la contraprestación en el plazo de 10 días calendario luego de la recepción formal y completa de la documentación correspondiente.

⁸ Ley de Contrataciones del Estado

117. Que, como consecuencia de lo expuesto, el Árbitro Único considera procedente estimar la Primera Pretensión Principal del Contratista, declarándola FUNDADA.

XII.2 PUNTO CONTROVERTIDO N° 2

"Si corresponde ordenar a la ENTIDAD la devolución de la Carta Fianza Nº D000-01775936 correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento, por el monto de S/. 565,462.50 (Quinientos sesenta y cinco mil cuatrocientos sesenta y dos con 50/100 Nuevos Soles)."

Posición del CONTRATISTA

118. Al respecto, señala el Contratista que el Árbitro Único debe tener en cuenta que corresponde la devolución de la Carta Fianza de la garantía de fiel cumplimiento, emitida por el Banco de Crédito, debido a que se ha demostrado que la resolución del Contrato, por incumplimiento de obligación por parte de la Entidad, ha quedado consentida.

Posición de la ENTIDAD

119. Señala la Entidad que en tanto que el Contratista no cumplió con lo establecido en las Bases integradas, en su propuesta técnica y en el Contrato, no se le otorgó la conformidad al servicio en los meses de abril y mayo de 2013, por lo que no procede la devolución de la mencionada carta fianza. En ese sentido, la Segunda Pretensión Principal debe declararse INFUNDADA.

Posición del Árbitro Único

120. La carta Fianza que fue entregada a la Entidad es la de Fiel Cumplimiento del Contrato. La cláusula Séptima del Contrato prevé la entrega de esta garantía por parte del Contratista.

121. En ese sentido, el Árbitro Único pasa a analizar si corresponde de acuerdo al contrato y a la Ley que la ENTIDAD mantenga en su poder la Carta Fianza correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento.

122. En el caso materia de análisis es el Contratista quien decidió resolver el contrato, sin que exista cuestionamiento por parte de la Entidad, por lo que tal resolución ha quedado consentida, conforme al artículo 170°, tercer párrafo, del Reglamento, el mismo que como ha sido visto establece que *"cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podrá ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entenderá que la resolución del contrato ha quedado consentida."* El mismo artículo añade que *"Si la parte perjudicada es la Entidad, ésta ejecutará las garantías que el contratista hubiera otorgado, sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños y perjuicios irrogados. Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad."*

123. Conforme al Contrato suscrito entre las partes, la Entidad se encuentra facultada a ejecutar la garantía de fiel cumplimiento cuando el Contratista no cumpliera con renovarlas⁹; así también se menciona que de existir penalidades, estas podrán ser deducidas de los pagos a cuenta, del pago final, o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantía de fiel cumplimiento¹⁰.

124. Que, en consecuencia, se verifica que el caso no encaja en ninguno de los supuestos establecidos en las normas de Contrataciones del Estado ni en las cláusulas previstas en el Contrato, que facultan a la Entidad a mantener en su poder la Garantía de Fiel Cumplimiento.

125. Que, siendo así, el Árbitro Único concluye que corresponde que la Entidad proceda a la devolución de la Carta Fianza N° D000-01775936 por el monto de S/. 565,462.50 correspondiente a la garantía de fiel cumplimiento, por lo que se estima declarar fundada la Segunda Pretensión del Contratista.

⁹ Cláusula octava del Contrato del Contrato N° 158-2012-HNCH.

¹⁰ Tercer párrafo de la cláusula duodécima del Contrato N° 158-2012-HNCH.

XII.3 PUNTO CONTROVERTIDO N° 3

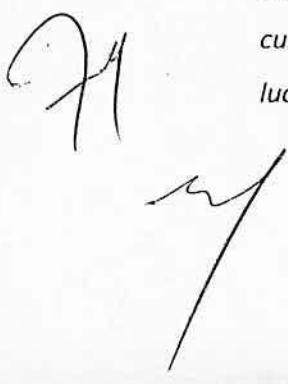
"Si corresponde ordenar el pago a favor del CONTRATISTA por concepto de indemnización de daños o perjuicios la suma de S/. 185,318.15 (Ciento ochenta y cinco mil trescientos dieciocho con 15/100 Nuevos Soles) y la suma de S/. 214,577.45 (Doscientos catorce mil quinientos setenta y siete con 45/100 Nuevos Soles), más intereses correspondientes, derivado de los diferentes gastos para efectos de la instalación del servicio en el Hospital Nacional Cayetano Heredia, así como de la pérdida de la utilidad prevista".

Posición del CONTRATISTA

126. El Contratista refiere que la Entidad ha actuado de manera dolosa y malintencionada, debido a imputaciones, trabas y actos de hostigamiento que en forma conjunta con el incumplimiento de las obligaciones esenciales por parte de la Entidad, ha llevado que la relación contractual sostenida con esta se hiciera insostenible y se decidiera por la resolución del Contrato; ocasionándole con ello perjuicios económicos, por lo que estima que corresponde que la Entidad asuma el pago de la respectiva indemnización por los daños y perjuicios ocasionados.

127. En relación a ello, el Contratista hace referencia a lo indicado en el artículo 170º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que a la letra dice: "*Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.*"

128. El Contratista señala que a fin de determinar cuáles son los daños y perjuicios a ser indemnizados, es preciso remitirse de manera supletoria a lo que sobre ello señala el Código Civil, dado que la Ley y su Reglamento no han establecido nada al respecto. Así, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1321º del Código Civil: "*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. (...)*".



129. Sobre el daño emergente, el Contratista señala que comprende únicamente lo relacionado a lo necesario para volver el bien dañado a su estado anterior a la ocurrencia del hecho que causó el daño. Debiendo en el presente caso considerar como daño emergente a los gastos asumidos por el Contratista para efectos de la instalación de la prestación del servicio.

130. Por lucro cesante, el Contratista refiere que se define como la ganancia en dinero dejada de obtener o la pérdida de ingresos, como consecuencia directa e inmediata de un hecho lesivo. Es decir es una manifestación concreta del daño patrimonial, a diferencia del daño emergente, y tiene un sentido económico ya que trata de obtener la reparación de la pérdida de las ganancias dejadas de percibir, concepto por lo tanto distinto de los daños materiales.

131. Por tanto, el Contratista señala que a fin de determinar los montos correspondientes a ambos conceptos, deberá tomarse en consideración, en primer lugar, los gastos incurridos para efectos de la prestación del servicio o gastos de instalación, los que deberían ser reembolsados por la Entidad por concepto de daño emergente, cuya suma asciende a S/. 185,318.15 (ciento ochenta y cinco mil trescientos dieciocho con 15/100 nuevos soles).

132. En segundo lugar, el Contratista manifiesta que la Entidad debe efectuar también el pago del monto correspondiente a la utilidad dejada de percibir a partir de la resolución de contrato, lo que constituye el lucro cesante, siendo éste equivalente a S/. 214,577.45 (doscientos catorce mil quinientos setenta y siete con 45/100 nuevos soles).

133. Este último monto señala el Contratista estaría sustentado en base a su Hoja de Estructura de Costos presentado a la suscripción del Contrato, en donde constaría que la utilidad a percibir en los dos (02) años de duración del Contrato sería la suma ascendiente de S/. 271,045.20, monto que restado a los cinco meses de prestación del servicio realizado, es decir de Enero a Mayo de 2013, resultaría la suma de S/. 214,577.45 (doscientos catorce mil quinientos setenta y siete con 45/100 nuevos soles).

Posición de la ENTIDAD

134. La Entidad señala que el Contratista pretende que se declare a su favor el pago por concepto de indemnización de daños y perjuicios, por el monto de S/. 185,318.15 por daño emergente que corresponden a los gastos incurridos en la prestación del servicio o gastos de instalación y el monto de S/. 214,577.45 por lucro cesante que corresponde a la utilidad dejada de percibir desde la resolución del contrato según la Hoja de Estructuras de Costos presentada a la suscripción del contrato.

135. Que, al respecto, la Entidad solicita tener en cuenta que no basta que el Contratista haya resuelto el contrato para que se le otorgue una indemnización por los supuestos daños y perjuicios ocasionados, sino que, en todo caso, debe acreditar los daños irrogados; sin embargo, de los anexos que obran en la demanda, no consta medio probatorio alguno que corrobore los daños que se alega, ni su cuantificación; por lo que al no cumplirse con lo dispuesto en el artículo 1321 y siguientes del Código Civil, pide que se declare infundada esta pretensión.

Posición del Árbitro Único

136. Para reconocer una pretensión indemnizatoria se debe partir por analizar si en el caso concreto se han configurado los criterios que informan la responsabilidad contractual.

137. Como reconoce la doctrina, existen determinados elementos que han de cumplirse de forma necesaria para que corresponda otorgar cualquier tipo de indemnización por responsabilidad civil dentro de un proceso judicial o arbitral. Precisamente, por el carácter constitutivo de dichos elementos, basta con que no pueda acreditarse la existencia de uno de ellos, para que no resulte viable la pretensión indemnizatoria.

138. Por ello, para determinar si existe responsabilidad civil por parte de la Entidad, el Contratista ha debido cumplir con acreditar los siguientes requisitos de su imputación:

- i. La **imputabilidad**, entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona.

- ii. La **ilicitud o antijuridicidad**, vale decir, la constatación de que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.
- iii. El **factor de atribución**, o sea, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto.
- iv. El **nexo causal**, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.
- v. El **daño**, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado.

139. Siendo necesario acreditar todos estos elementos de la responsabilidad civil, se debe partir por verificar aquellos relativos a la imputabilidad, la ilicitud, el factor de atribución y el nexo causal. Sólo luego de efectuado y verificado lo anterior, puede pasarse a analizar y determinar la existencia del daño y su cuantificación.

140. Sobre el particular, el Contratista se ha limitada a señalar como sustento de su pretensión lo siguiente:

"(...) a fin de determinar los montos correspondientes a ambos conceptos, deberá tomarse en consideración, en primer lugar, los gastos incurridos para efectos de la prestación del servicio o gastos de instalación. Estos gastos deben ser reembolsados por la Entidad por concepto de daño emergente, suma que asciende a S/. 185,318.15..."

"En segundo lugar, la Entidad debe efectuar también el pago del monto correspondiente a la utilidad dejada de percibir a partir de la resolución de contrato, lo que constituye el lucro cesante, siendo éste equivalente a S/. 214,577.45...."

141. Que si bien, en el primer punto controvertido se ha determinado que es procedente otorgar la conformidad de los servicios de los meses abril y mayo 2013 y por consecuencia el pago de la contraprestación por el mismo periodo, no se ha desarrollado en el presente proceso como es que los criterios de atribución de responsabilidad se han plasmado en el caso concreto y mucho menos se ha probado el daño y su cuantificación.



142. A lo largo del proceso arbitral no ha existido controversia respecto a la resolución del contrato ni mucho menos a su consentimiento; sin embargo, el Contratista no ha aportado ninguna prueba sobre la existencia del daño alegado.
143. En efecto, sobre el daño emergente alegado, relativo al resarcimiento de "*los gastos incurridos para efectos de la prestación del servicio o gastos de instalación*", no existe en autos prueba alguna ofrecida por el Contratista que acredite tal daño y menos aún su cuantificación.
144. Lo mismo debe decirse del lucro cesante peticionado, esto es el "*pago del monto correspondiente a la utilidad dejada de percibir a partir de la resolución de contrato...*", el cual según refiere el Contratista estaría acreditado con la "*Hoja de Estructura de Costos presentado a la suscripción del Contrato*", la cual no ha sido ofrecida como medio probatorio y por ende no obra en autos.
145. De manera tal que aún cuando los criterios de atribución de responsabilidad antes aludidos estuviesen acreditados en el proceso, lo cierto del caso es que el daño alegado y su cuantía no han sido abordados por el Contratista desde el punto de vista probatorio, lo cual exime al Árbitro Único de mayor análisis sobre el particular.
146. Cabe indicar al respecto que el hecho de que el Reglamento señale en su artículo 170º que "*Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad deberá reconocerle la respectiva indemnización por los daños y perjuicios irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.*", ello no exime a quien demanda tal indemnización a acreditar los supuestos de atribución de la responsabilidad y sobre todo la existencia del daño alegado.
147. En tal orden de ideas, el Árbitro Único considera que se debe desestimar la pretensión indemnizatoria planteada por el Contratista.



XII.4 PUNTO CONTROVERTIDO N° 4

"Si corresponde declarar que la ENTIDAD asuma el pago del 100% de las costas y costos, incluyendo los honorarios de abogado, árbitros, gastos administrativos y cualesquier otros en los que habría incurrido el CONTRATISTA, suma que deberá ser liquidada en ejecución de laudo, más los intereses hasta la fecha de su cancelación".

148. Que, en cuanto a los costos del arbitraje, el artículo 70º del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que el árbitro 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 árbitro podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

149. Que los costos incluyen (i) los honorarios y gastos del tribunal arbitral; (ii) los honorarios y gastos del secretario; (iii) los gastos administrativos de la institución arbitral; (iv) los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral; (v) los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje; (vi) los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

150. Que atendiendo a la ausencia de pacto entre las partes, considerando el resultado del presente laudo y en razón a que el Árbitro Único considera que las partes han demostrado un comportamiento procesal adecuado y que existían razones para litigar, se estima razonable regular el pago de los referidos conceptos de la forma siguiente:

- (i) Cada una de las partes asumirá los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubiera incurrido o se hubiera comprometido a pagar; y
- (ii) Cada parte asumirá el cincuenta por ciento de los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral.



151. Que, para el efecto, en el presente caso el Contratista se subrogó en el pago de los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral que correspondían a la Entidad, por lo que es necesario ordenarle la devolución al Contratista del cincuenta por ciento de los honorarios antes referidos.
152. Que, de conformidad con el numeral 47 del Acta de Instalación de fecha 25 de noviembre de 2013, “(...) En caso de que una de las partes asumiera el pago de los anticipos de honorarios ante la renuencia o demora de la otra, la que ha pagado tendrá derecho a repetir, exigiendo en vía de ejecución del laudo, el reembolso con los intereses legales respectivos (...)”
153. Considerando lo antes expuesto, corresponde ordenar a la Entidad que reconozca y pague adicionalmente los intereses legales correspondientes, desde la fecha en la que el Contratista se subrogó en el pago de su contraparte, esto es desde el 12 de febrero de 2014, hasta la fecha efectiva del pago.

XIII. DECISIÓN

El Árbitro Único, en atención a las consideraciones y conclusiones expuestas en el presente laudo, resuelve:

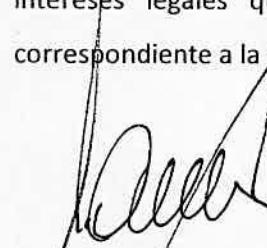
PRIMERO: Declarar **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal, en consecuencia se ordena a la Entidad otorgar la conformidad al Contratista por los servicios prestados durante los meses de abril y mayo de 2013, así como efectuar a su favor el pago de la contraprestación pactada por la suma de S/. 471 218. 72 (Cuatrocientos Setenta y un Mil Doscientos Dieciocho con 72/100 Nuevos Soles), más los intereses legales que se liquidarán en vía de ejecución del presente laudo arbitral desde la fecha en que se generó la obligación hasta la fecha efectiva de pago.

SEGUNDO: Declarar **FUNDADA** la Segunda Pretensión Principal, en consecuencia se ordena a la Entidad que proceda con la devolución a favor del Contratista de la Carta Fianza N° D000-01775936 por el monto de S/. 565,462.50 expedida por el Banco de Crédito, correspondiente a la Garantía de Fiel Cumplimiento.

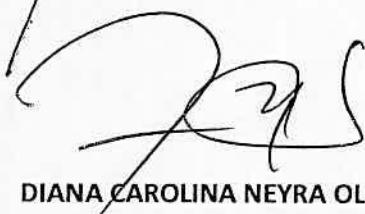


TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la Tercera Pretensión Principal

CUARTA: DISPONER que cada una de las partes asuma los honorarios por concepto de defensa legal en los que hubieran incurrido o se hubiera comprometido a pagar, así como en partes iguales los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral, debiendo como consecuencia de ello pagar la Entidad al Contratista el cincuenta por ciento de los costos arbitrales respecto a los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral, más los intereses legales que se devenguen desde la fecha en que el Contratista pagó lo correspondiente a la Entidad, hasta la fecha efectiva de pago.



JUAN ALBERTO QUINTANA SÁNCHEZ
Árbitro Único Ad Hoc



DIANA CAROLINA NEYRA OLIVERA
Secretario Arbitral