

LAUDO ARBITRAL NACIONAL Y DE DERECHO

en el Arbitraje seguido entre

CONSORCIO METROPOLITANO
(Demandante)

y

SEGURO SOCIAL DE SALUD – RED ASISTENCIAL TACNA
(Demandado)

LAUDO

Arbitro Único

Abog. Juan Manuel Hurtado Falvy

Secretaría del Tribunal Arbitral Unipersonal

Abog. Jorge Luis Suazo Cavero

GLOSARIO DE TÉRMINOS

Ley	Ley de Contrataciones del Estado, aprobada mediante Decreto Legislativo N° 1017.
Reglamento:	Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 184-2008-EF.
Contrato:	Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011 “ <i>Contrato Ejecución de Obra Mejoramiento de los Servicios de Consulta Externa y Servicios de Laboratorio de Policlínico Metropolitano de la Red Asistencial Tacna</i> ”
Consorcio/ Demandante/ Contratista:	Consorcio Metropolitano
Seguro Social de Salud/ Demandado/ Entidad:	Seguro Social de Salud – Red Asistencial Tacna
OSCE:	Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado

Resolución N° 18

En Lima, al décimo cuarto día del mes de abril del año dos mil quince, el Arbitro Único, luego de haber analizado los actuados en el presente arbitraje, dicta el siguiente laudo:

I. ANTECEDENTES Y ACTUACIONES DEL ARBITRAJE:

- 1.1 Mediante Adjudicación Directa Selectiva N° 1121S00151, se requirió la ejecución de obra *Mejoramiento de los Servicios de Consulta Externa y Servicios de Laboratorio de Policlínico Metropolitano de la Red Asistencial Tacna*, sobre el cual, se adjudicó la Buena Pro al Consorcio Metropolitano integrado por Illa Constructores E.I.R.L, Ejecsur Consultores y Contratistas Generales del Sur S.A.C., Ingesur S.A.C., Tecnología en Diseño y Construcción en Obras S.A.C.

El 26 de julio de 2011, el Consorcio Metropolitano (en adelante: el “Consorcio”, el “Demandante” o el “Contratista”), y el Seguro Social de Salud – Red Asistencial Tacna (en adelante: el “Seguro Social de Salud”, el “Demandado” o “La Entidad”), suscribieron el Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011 “Contrato Ejecución de Obra Mejoramiento de los Servicios de Consulta Externa y Servicios de Laboratorio de Policlínico Metropolitano de la Red Asistencial Tacna” (en adelante el “Contrato”), por el monto ascendente a S/. 734,993.84 (Setecientos Treinta y Cuatro Mil Novecientos Noventa y Tres con 84/100 Nuevos Soles).

- 1.2 Mediante Carta N° 1213-GRATA-EsSalud-2012, el Seguro Social de Salud – Red Asistencial Tacna resuelve el Contrato, bajo el sustento de: a) acumulación del monto máximo de penalidad por mora; y, b) incumplimiento injustificado de obligaciones contractuales.

Sin embargo, el Consorcio Metropolitano manifiesta que la supuesta demora en la ejecución de la obra alegada por el Seguro Social de Salud – Red Asistencial Tacna, no se debe a causas imputables al Consorcio, sino a la Entidad, ya que ésta solicitó modificaciones en los acabados de la construcción, lo cual obviamente supone demora en la ejecución atribuible a la Entidad y ampliaciones de plazo, las mismas que simplemente cuando fueron solicitadas no fueron atendidas por la Entidad.

- 1.3 En consecuencia, el 10 de enero de 2011, mediante Carta N° 016-2011-CONSORCIO.METROPOLITANO/TACNA, el Contratista solicitó nombramiento de Árbitro Único al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, con el fin que se resuelva las controversias suscitadas en torno al Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011, sobre lo cual, mediante Resolución N° 056-2012-OSCE/PRE de fecha 07 de marzo de 2012, la Presidencia Ejecutiva del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, designa al abogado Juan Manuel Hurtado Falvy como Árbitro Único con el expediente de designación N° 012-2012.
- 1.4 En la Cláusula Vigésima Cuarto del Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011, se incluye el siguiente convenio arbitral:

"Por la presente cláusula, las partes acuerdan que todos los conflictos que se deriven de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refiere a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo

establecido en la normativa de contrataciones y adquisiciones del Estado.

En caso que el arbitraje sea iniciado por EL CONTRATISTA, la notificación de la solicitud de arbitraje será realizada a la Gerencia General de EL SEGURO, la misma que deberá presentarse en Trámite Documentario (ventanillas de la 1 a la 4), sito en Av. Domingo Cueto N° 120 – Jesús María, con copia a la Oficina Central de Asesoría Jurídica y al órgano con el cual se suscribió el contrato, conforme al procedimiento señalado en el artículo 218° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

El número de árbitros se determinará en consideración a lo dispuesto en los Artículos 220° y 222° del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

El laudo arbitral es vinculante para las partes y pondrá fin al procedimiento de manera definitiva, siendo inapelable ante el Poder Judicial o ante cualquier instancia administrativa”

- 1.5 El 17 de junio de 2014, se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral Unipersonal (Árbitro Único), según el Expediente de Instalación N° 1334-2014 con la participación del Seguro Social de Salud – Red Asistencial Tacna, debidamente representada el abogado José Ricardo Aranciba Garay, dejándose constancia de la inasistencia de los representantes del Consorcio Metropolitano, a pesar de encontrarse debidamente notificados. Se señala además, en base al convenio arbitral del Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011, que el arbitraje es Ad Hoc, Nacional y de Derecho; y que las normas aplicables al proceso: (i) las reglas establecidas en el Acta de Instalación; ii) la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Legislativo N° 1017, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N°184-2008-EF; iii) el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje (en adelante: la “Ley de Arbitraje”); y iv) en caso de insuficiencia de las

reglas que anteceden, el árbitro único queda facultado en todo momento para establecer las reglas procesales adicionales que sean necesarias, respetando el principio de legalidad y resguardando el derecho constitucional al debido proceso y al derecho de defensa de las partes, velando porque el procedimiento se desarrolle bajo los principios de celeridad, equidad, inmediación, privacidad, concentración, economía procesal y buena fe. Por otra parte, se designó como secretario arbitral al señor Jorge Luis Suazo Cavero.

Asimismo, se otorga a las partes los siguientes plazos: (1) al Demandante, Quince (15) días hábiles para la presentación de su demanda, para lo cual se encarga al Secretario Arbitral la notificación del Acta de Instalación al Consorcio; (2) al Demandado, quince (15) días hábiles para la presentación de su contestación; (3) a ambas partes, diez días hábiles para el pago de gastos arbitrales.

- 1.6 El 08 de julio de 2014, Consorcio Metropolitano presenta su Demanda en la sede del arbitraje establecida en el numeral 3 del Acta de Instalación, señalando las siguientes pretensiones:
- a) *Primera Pretensión Principal: Se declare la invalidez e ineficacia de la Carta Notarial N° 01213-GRATA-EsSalud-2012 de fecha 09 de agosto del año 2012 promovida por EL SEGURO SOCIAL DE SALUD RED ASISTENCIA TACNA, por el cual se Resuelve el Contrato N° 044-AO-GRATA-EsSalud-2011.*
 - b) *Segunda Pretensión Principal: Se declare nula la aplicación de la penalidad por retraso injustificado en la ejecución de la obra efectuada por la Entidad en vía de retención, ascendente a la suma de S/. 73,499.38 (Setenta y Tres Mil Cuatrocientos Noventa y Nueve y 38/100 Nuevos Soles), de fecha 05 de diciembre del 2011, la misma que fue aplicada en*

el pago de la valorización Nro. 003 por el monto de S/. 92, 619.62 (Noventa y Dos Mil Seiscientos Diecinueve y 62/100 Nuevos Soles), más el respectivo pago de intereses que se generen hasta la fecha real de pago.

- c) *Pretensión accesoria a la segunda pretensión principal: Una vez declarada fundada la segunda pretensión principal, se ordene el pago de la suma ascendente a S/. 73,499.38 (Setenta y Tres Mil Cuatrocientos Noventa y Nueve y 38/100 Nuevos Soles), correspondiente a la valorización Nro. 003 más el respectivo pago de los intereses que se generen hasta la fecha real de pago.*
- d) *Tercera Pretensión Principal: Se declare nula la Resolución de Gerencia Nro. 0392-GRATA-ESSALUD-2013, que resuelve aprobar la liquidación de la obra por un monto de S/. 181,386.25 (Ciento Ochenta y Un Mil Trescientos Ochenta y Seis y 25/100 Nuevos Soles), a favor de la Entidad.*
- e) *Cuarta Pretensión Principal: Se apruebe la liquidación de obra practicada por la demandante ascendente a la suma de S/. 169,045.90 (Ciento Sesenta y Nueve Mil Cuarenta y Cinco y 90/100 Nuevos Soles) a favor del Contratista, por haber quedado consentida la misma mediante Carta Nro. 032-2013-CONSORCIO METROPOLITANO/TACNA, notificada con fecha 24 de julio del 2013 a la Entidad, más el respectivo pago de los intereses que se generen hasta la fecha real de pago.*
- f) *Quinta Pretensión Principal: Como consecuencia de declararse fundadas nuestras cuatro pretensiones principales y accesorias, que, se ordene a la Entidad el pago a nuestro favor de una indemnización por daños y perjuicios ocasionados ascendente a la suma de S/. 100,000.00 (Cien Mil y 00/100 Nuevos Soles).*

- g) *Sexta Pretensión Principal: Como consecuencia de declararse fundadas nuestras pretensiones, condene a la Entidad al pago de los costos arbitrales compuestos por los honorarios pagados al Árbitro Único, Secretario Arbitral; y, Defensa Técnica del demandante.*
- 1.7 El 26 de agosto de 2014, la Entidad contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, sin formular reconvención.
- 1.8 Mediante Resolución N° 5, el Árbitro Único, conforme a la cláusula 20 del Acta de Instalación, decide convocar a Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, fijándose como fecha el 17 de noviembre de 2014.
- 1.9 La Audiencia tiene lugar en la fecha y lugar establecidos, con presencia de los representantes de ambas partes, y al cabo de ella se suscribe la correspondiente Acta de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.

En el Acta se deja constancia de: (1) el Saneamiento Procesal; (2) la invitación del Árbitro Único a las partes para arribar a un acuerdo conciliatorio, la cual no prosperó por expresa negativa de ellas; (3) la fijación de las cuestiones materia de arbitraje; (3) la admisión de los medios probatorios ofrecidos por las partes; y, (4) el cierre de la etapa probatoria. Asimismo, se otorgó a las partes un plazo de diez (10) días hábiles a fin que presenten sus alegatos escritos, conforme al numeral 43 del Acta de Instalación, sin embargo, ninguna de las partes los presentó.

Los puntos controvertidos se fijaron con el consentimiento de las partes, según el detalle siguiente: i) *Determinar si corresponde se declare la invalidez e ineficacia de la carta notarial N° 01213-GRATA-ESSALUD-2012*

de fecha 09 de agosto de 2012 promovida por ESSALUD – RED ASISTENCIA TACNA, por la cual resuelve totalmente el contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011 “Contrato de ejecución de obra de mejoramiento de los servicios de consulta externa y servicios de laboratorio del policlínico Metropolitano de la Red Asistencial de Tacna”; ii) Determinar si el contratista solicitó una ampliación de plazo o un adicional de obra dentro del plazo contractual; iii) Determinar si el contratista efectuó observaciones al expediente técnico dentro del plazo contractual; iv) Determinar si corresponde se declare nula la aplicación de penalidad por retraso injustificado en la ejecución de obra efectuada por la Entidad en vía de retención ascendente a la suma de S/. 73,499.38 (Setenta y Tres Mil Cuatrocientos Noventa y Nueve y 38/100 Nuevos Soles) de fecha 05 de diciembre de 2011, la misma que fue aplicada en el pago de la valorización N° 003 por el monto de S/. 92,619.62 (Noventa y Dos Mil Seiscientos Diecinueve y 62/100 Nuevos Soles), más el respectivo pago de los intereses que se generen hasta la fecha real de pago; v) Determinar si las penalidades aplicadas al contratista en vía de retención, por retraso injustificado en la ejecución de la obra, resulta indebidas; vi) Determinar si corresponde después de haber declarado nula la penalidad aplicada por la Entidad se ordene el pago de la suma de ascendente a S/. 73,499.38 (Setenta y Tres Mil Cuatrocientos Noventa y Nueve y 38/100 Nuevos Soles), más el pago de los intereses hasta la fecha de pago real; vii) Determinar si corresponde declarar nula la resolución N° 0392-GRATA-ESSALUD-2013, que resuelve aprobar la liquidación de obra “Contrato de Ejecución de Mejoramiento de los Servicios de Consulta Externa y Servicios de Laboratorio de Policlínico Metropolitano de la Red Asistencial Tacna”, por un monto de S/. 181,386.25 (Ciento Ochenta y Un Mil Trescientos Ochenta y Seis y 25/100) a favor de la Entidad; viii) Determinar si corresponde se apruebe la liquidación de obra practicada por el Demandante ascendente a la suma de S/. 169,045.90 (Ciento Sesenta y Nueve Mil Cuarenta y Cinco y 90/100), a favor de la contratista, por haber quedado consentida la misma mediante carta N° 032-

2013-CONSORCIO METROPOLITANO/TACNA, notificada el 24 de julio del 2013 a la Entidad, más el respectivo pago de los intereses que se generen hasta la fecha real del pago; ix) Determinar si la liquidación de la obra practicada por el contratista se ha elaborado de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del estado y si está ha quedado consentida; x)

Determinar si corresponde como consecuencia de declararse fundadas las cuatro pretensiones principales y accesorias que se ordene a la Entidad el pago de una indemnización por daños y perjuicios ocasionados ascendente a la suma de S/. 100,000.00 (Cien Mil y 00/100 Nuevos Soles); xi) Determinar si el contratista ha logrado acreditar objetivamente el daño y/o perjuicio alegado; xii) Determinar si corresponde ordenar a la Entidad se reconozca y ordene el pago de los costos y costas de los gastos arbitrales generados por la instauración del proceso arbitral.

- 
- 
- 1.10 El 19 de diciembre de 2013, se realiza la Audiencia de Informe Oral, a la que se dio inicio con el uso de la palabra a cada una de las partes por un lapso de diez (10) minutos. Asimismo, se concedió un tiempo adicional a ambas partes, para que puedan ejercer su derecho de réplica y dúplica, siendo que el Árbitro Único procedió a realizar preguntas de oficio a las mismas, a fin de esclarecer determinados puntos del caso.
 - 1.11 Mediante Resolución N° 16, notificada a las partes el 18 y 20 de febrero de 2015, se fija el plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, siendo que mediante Resolución N° 17 se amplía por veinte (20) días hábiles, venciendo el mismo el 06 de mayo de 2015, considerando que, de acuerdo al numeral 14 del Acta de Instalación, los plazos se computan en días hábiles.

II CUESTIONES PRELIMINARES

Antes de entrar a analizar la materia controvertida, resulta pertinente confirmar lo siguiente; i) que, el Tribunal Arbitral Unipersonal (Árbitro Único), se constituyó de conformidad con las disposiciones establecidas en el Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011, así como lo dispuesto en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento; ii) que, en ningún momento se interpuso recusación contra el Árbitro Único, o se efectuó reclamo contra las disposiciones establecidas en el Acta de Instalación; iii) que, Consorcio Metropolitano presentó su escrito de demanda dentro de los plazos dispuestos, ejerciendo plenamente su derecho al debido proceso; iv) que, a su vez, el Seguro Social de Salud – Red Asistencial Tacna fue debidamente emplazada, contestando la demanda dentro del plazo dispuesto por las partes para ello y ejerció plenamente su derecho de defensa; v) que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar sus medios probatorios dentro de los plazos establecidos en el Acta de Instalación, así como ejercer la facultad de presentar alegatos e inclusive de informar oralmente; vi) que, las partes no han expresado objeción alguna sobre algún supuesto incumplimiento de las disposiciones contenidas en el Acta de Instalación, la Ley de Contrataciones del Estado, su Reglamento, el Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje o del Árbitro Único; y vii) que, las partes otorgaron al Tribunal Arbitral Unipersonal facultad, para que, en caso de insuficiencia de las reglas, estableciera las reglas necesarias, según el numeral 9 del Acta de Instalación; ix) que, no se ha presentado Recurso de Reconsideración sobre pronunciamiento alguno efectuado por el Tribunal Arbitral Unipersonal, de conformidad con el numeral 36 del Acta de Instalación.

Asimismo, que siendo el presente arbitraje uno de derecho, corresponde al Árbitro Único pronunciarse respecto de cada uno de los puntos controvertidos teniendo en cuenta el mérito de la prueba aportada válidamente durante el proceso para determinar, en base a la valorización conjunta de ella, las consecuencias jurídicas que, de acuerdo a derecho, se derivan para las partes en función de lo que haya sido probado o no en el marco del proceso.

Efectivamente, los medios probatorios deben tener por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Tribunal Arbitral respecto a los puntos controvertidos y fundamentar las decisiones, conforme a los principios generales de la prueba; Necesidad, Originalidad, Pertinencia y Utilidad de la prueba.

Ello, ha sido resaltado por HINOJOSA SEGOVIA y por los tribunales españoles cuando se ha indicado que “*(...) la actividad probatoria en el arbitraje ofrece una serie de peculiaridades respecto del proceso civil; (...) Los árbitros han de pronunciarse sobre la pertinencia y admisibilidad de los medios probatorios, pero no vienen vinculados por las peticiones de las partes (...)*”. (Sentencia de fecha 30/11/87)¹

Siendo ello así, el Árbitro Único pasa a analizar los argumentos vertidos por las partes, para lo cual, se hará una sumaria referencia a las alegaciones y conclusiones de las partes (no obstante cabe señalar que se han tomado en cuenta en su totalidad), en la medida que han sido admitidos; así como la valorización de los medios probatorios admitidos en el proceso arbitral, que obran en el expediente.

III FUNDAMENTOS

III.1 INTRODUCCIÓN

En la Demanda presentada por Consorcio Metropolitano (páginas 1, 2 y 3), se formulan las siguientes pretensiones arbitrales:

- a) Primera Pretensión Principal: Se declare la invalidez e ineficacia de la Carta Notarial N^a 01213-GRATA-EsSalud-2012 de fecha 09 de agosto

¹ HINOJOSA SEGOVIA, Rafael. El Recurso de Anulación contra los Laudos Arbitrales (Estudio Jurisprudencial). Editorial Revista de Derecho Privado / Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid. 1991. Pag. 309

del año 2012, promovida por EL SEGURO SOCIAL DE SALUD RED - ASISTENCIA TACNA, por el cual se Resuelve el Contrato N° 044-AO-GRATA-EsSalud-2011.

- b) Segunda Pretensión Principal: Se declare nula la aplicación de la penalidad por retraso injustificado en la ejecución de la obra efectuada por la Entidad en vía de retención, ascendente a la suma de S/. 73,499.38 (Setenta y Tres Mil Cuatrocientos Noventa y Nueve y 38/100 Nuevos Soles), de fecha 05 de diciembre del 2011, la misma que fue aplicada en el pago de la valorización Nro. 003 por el monto de S/. 92, 619.62 (Noventa y Dos Mil Seiscientos Diecinueve y 62/100 Nuevos Soles), más el respectivo pago de intereses que se generen hasta la fecha real de pago.
- c) Pretensión accesoria a la segunda pretensión principal: Una vez declarada fundada la segunda pretensión principal, vuestro Despacho ordene como consecuencia lógica de haber declarado nula la aplicación de la penalidad, el pago de la suma ascendente a S/. 73,499.38 (Setenta y Tres Mil Cuatrocientos Noventa y Nueve y 38/100 Nuevos Soles), correspondiente a la valorización Nro. 003 más el respectivo pago de los intereses que se generen hasta la fecha real de pago.
- d) Tercera Pretensión Principal: Se declare nula la Resolución de Gerencia Nro. 0392-GRATA-ESSALUD-2013, que resuelve aprobar la liquidación de la obra “Contrato de ejecución de obra mejoramiento de los servicios de consulta externa y servicios de laboratorio del policlínico Metropolitano de la red asistencial Tacna” por un monto de S/. 181,386.25 (Ciento Ochenta y Un Mil Trescientos Ochenta y Seis y 25/100 Nuevos Soles), a favor de la Entidad.

- e) Cuarta Pretensión Principal: Se apruebe la liquidación de obra practicada por la demandante ascendente a la suma de S/. 169,045.90 (Ciento Sesenta y Nueve Mil Cuarenta y Cinco y 90/100 Nuevos Soles) a favor del Contratista, por haber quedado consentida la misma mediante Carta Nro. 032-2013-CONSORCIO METROPOLITANO/TACNA, notificada con fecha 24 de julio del 2013 a la Entidad, más el respectivo pago de los intereses que se generen hasta la fecha real de pago.
- f) Quinta Pretensión Principal: Como consecuencia de declararse fundadas nuestras cuatro pretensiones principales y accesorias, que vuestro Despacho ordene a la Entidad el pago a nuestro favor de una indemnización por daños y perjuicios ocasionados ascendente a la suma de S/. 100,000.00 (Cien Mil y 00/100 Nuevos Soles).
- g) Sexta Pretensión Principal: Como consecuencia de declararse fundadas nuestras pretensiones, condene a la Entidad al pago de los costos arbitrales compuestos por los honorarios pagados al Árbitro Único, Secretario Arbitral; y, Defensa Técnica del demandante.

Al respecto, la Entidad contestó la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, sin formular reconvención.

III.2 PUNTOS CONTROVERTIDOS

En la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios del 17 de noviembre de 2014, se establecieron los temas de pronunciamiento del Árbitro Único, según acta extendida en la misma fecha, que se indican a continuación:

1. Determinar si corresponde se declare la invalidez e ineficacia de la carta notarial N° 01213-GRATA-ESSALUD-2012 de fecha 09 de agosto de

2012 promovida por ESSALUD – RED ASISTENCIA TACNA, por la cual resuelve totalmente el contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011 “Contrato de ejecución de obra de mejoramiento de los servicios de consulta externa y servicios de laboratorio del policlínico Metropolitano de la Red Asistencial de Tacna”.

2. Determinar si el contratista solicitó una ampliación de plazo o un adicional de obra dentro del plazo contractual.
3. Determinar si el contratista efectuó observaciones al expediente técnico dentro del plazo contractual.
4. Determinar si corresponde se declare nula la aplicación de penalidad por retraso injustificado en la ejecución de obra efectuada por la Entidad en vía de retención ascendente a la suma de S/. 73,499.38 (Setenta y Tres Mil Cuatrocientos Noventa y Nueve y 38/100 Nuevos Soles) de fecha 05 de diciembre de 2011, la misma que fue aplicada en el pago de la valorización N° 003 por el monto de S/. 92,619.62 (Noventa y Dos Mil Seiscientos Diecinueve y 62/100 Nuevos Soles), más el respectivo pago de los intereses que se generen hasta la fecha real de pago.
5. Determinar si las penalidades aplicadas al contratista en vía de retención, por retraso injustificado en la ejecución de la obra, resulta indebidas.
6. Determinar si corresponde después de haber declarado nula la penalidad aplicada por la Entidad se ordene el pago de la suma de ascendente a S/. 73,499.38 (Setenta y Tres Mil Cuatrocientos Noventa y Nueve y 38/100 Nuevos Soles), más el pago de los intereses hasta la fecha de pago real.

7. Determinar si corresponde declarar nula la resolución N° 0392-GRATA-ESSALUD-2013, que resuelve aprobar la liquidación de obra "Contrato de Ejecución de Mejoramiento de los Servicios de Consulta Externa y Servicios de Laboratorio de Policlínico Metropolitano de la Red Asistencial Tacna", por un monto de S/. 181,386.25 (Ciento Ochenta y Un Mil Trescientos Ochenta y Seis y 25/100) a favor de la Entidad.
8. Determinar si corresponde se apruebe la liquidación de obra practicada por el Demandante ascendente a la suma de S/. 169,045.90 (Ciento Sesenta y Nueve Mil Cuarenta y Cinco y 90/100), a favor de la contratista, por haber quedado consentida la misma mediante carta N° 032-2013-CONSORCIO METROPOLITANO/TACNA, notificada el 24 de julio del 2013 a la Entidad, más el respectivo pago de los intereses que se generen hasta la fecha real del pago.
9. Determinar si la liquidación de la obra practicada por el contratista se ha elaborado de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del estado y si está ha quedado consentida.
10. Determinar si corresponde como consecuencia de declararse fundadas las cuatro pretensiones principales y accesorias que se ordene a la Entidad el pago de una indemnización por daños y perjuicios occasionados ascendente a la suma de S/. 100,000.00 (Cien Mil y 00/100 Nuevos Soles).
11. Determinar si el contratista ha logrado acreditar objetivamente el daño y/o perjuicio alegado.
12. Determinar si corresponde ordenar a la Entidad se reconozca y ordene el pago de los costos y costas de los gastos arbitrales generados por la instauración del proceso arbitral.

III.3 DESARROLLO DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Considerando la fijación de los puntos controvertidos contenidos en el acta de fecha 17 de noviembre de 2014, se analizan los puntos controvertidos, considerando que el numeral 6 del Acta de Instalación de fecha 17 de junio de 2014 estableció que “*la legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia sometida al presente proceso arbitral es la legislación peruana*”:

III.3.1 Primer Punto Controvertido: “Determinar si corresponde se declare la invalidez e ineficacia de la carta notarial N° 01213-GRATA-ESSALUD-2012 de fecha 09 de agosto de 2012 promovida por ESSALUD – RED ASISTENCIA TACNA, por la cual resuelve totalmente el contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011 “Contrato de ejecución de obra de mejoramiento de los servicios de consulta externa y servicios de laboratorio del polyclínico Metropolitano de la Red Asistencial de Tacna”.

III.3.1.1 Posición de Consorcio Metropolitano

El demandante alega, que “*la supuesta demora en la ejecución de la obra no se debe a causas imputables a la demandante, sino a la Entidad, ya que ésta solicitó modificaciones en los acabados de la construcción, lo cual obviamente supone una demora en la ejecución atribuible a la Entidad y ampliaciones de plazo, las mismas que simplemente cuando fueron solicitadas no fueron atendidas por la Entidad*”.

En torno a ello, señala que “*mediante Oficio N° 012-2011-CONSORCIO.METROPOLITANO/TACNA, de fecha 24 de noviembre*

del año 2011 (anterior a la resolución de contrato de fecha 09 de agosto de 2012), el demandante le comunica a la Entidad que se han realizado las coordinaciones correspondientes con el área usuaria del Policlínico Metropolitano, la Unidad de Ingeniería Hospitalaria y servicios, la oficina de relaciones institucionales y la supervisión de obra; y, con éstas se han definido los acabados posibles que deberá tener la infraestructura proyectada (...) NO PERMITIENDO A MI REPRESENTADA CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES EXISTENTES, AL DEFINIRSE OPCIONES DE ACABADOS FUERA DE LAS ESTABLECIDAS EN EL EXPEDIENTE TÉCNICO APROBADO", asimismo, afirma que en el mismo oficio se "SOLICITA a la Entidad con carácter de urgente la determinación de los acabados a implementar en la ejecución de la obra, puesto que la demora en su ejecución estaría ocasionando atrasos no atribuibles a mi representada, indicando además que de considerar la Entidad opciones de acabados diferentes a las plateadas (sic) en el expediente técnico aprobado, se agradecerá cumplir con los lineamientos establecidos en el artículo 174 (adicionales) y 175 (ampliación de plazo por aprobación de adicionales) del Reglamento de la Ley (sic) de Contrataciones del Estado" (nuestro subrayado)

A su vez, señala que "mediante Oficio Nro. 013-2011-CONSORCIO METROPOLITANO/TACNA de fecha 30 de noviembre de 2011 le reiteramos nuevamente a la Entidad nuestro pedido de determinación de acabados (...) // Sin embargo, a pesar de los retrasos imputables a la Entidad debido a que ésta a la fecha no ha determinado los acabados a implementar en la ejecución de la obra (expediente técnico incompleto), la Entidad nos estuvo requiriendo el cumplimiento del contrato de obra, mediante: Carta Nro. 515-UA-OA-GRATA-ESSALUD-2011 de fecha 21 de noviembre del 2011; y, Carta de

Gerencia Nro. 1537-GRATA-ESSALUD-2011 de fecha 07 de diciembre del 2011".

En base a ello, el Consorcio Metropolitano argumenta que "el expediente técnico se encontraba incompleto, debido a la falta de especificaciones técnicas por parte de la Entidad de los acabados en la ejecución de la obra, lo cual obviamente requería de la aprobación de una prestación adicional de obra de manera previa a la petición de ampliación de plazo por parte del Contratista", por lo cual expresa que se encontraba imposibilitada de continuar con la obra, tal como se aprecia en los asientos 121, 122 y 123, siendo incluso objeto del inicio del presente proceso arbitral.

En torno a ello, el Consorcio Metropolitano señala que "(...) recién con fecha 04 de enero de 2012 que se pone en conocimiento que la Entidad ha determinado la definición de los acabados para continuar con la ejecución de la obra, ello mediante Carta Nro. 0463-OA-GRATA-ESSALUD-2011, de fecha 21 de diciembre del 2011, ES DECIR RECIÉN A PARTIR DE LA FECHA CONTAMOS CON APROBACIÓN DE LA ENTIDAD PARA LA EJECUCIÓN DE ADICIONALES, con lo cual la Contratista a través de su residente de obra procedieron a elaborar el expediente deductivo, expediente adicional y expediente de ampliación de plazo (...)".

En esta línea, el Contratista señala que, "mediante carta Nro. 018-2011-CONSORCIO.METROPOLITANO/TACNA, de fecha 03 de enero del 2012, dirigida al Ingeniero Supervisor de Obra (...); y, mediante carta de fecha 05 de enero de 2012 dirigida a la Gerente de la Red Asistencial Tacna – EsSalud, la contratista solicitó la ampliación de plazo Nro. 002 (...)" y que, mediante cartas 019-2011 y 020-2011, ambas de fecha 05 de enero del 2012; el Contratista hizo entrega del

Expediente Deductivo de Obra Nro. 01 y el Expediente Adicional de Obra respectivamente, para su revisión, trámite y aprobación; sin embargo, expone que como se puede apreciar del asiento Nro. 125, la Entidad no ha cumplido con otorgar la ampliación de plazo solicitada.

Al respecto, concluye el Consorcio Metropolitano que la resolución de contrato contenida en la Carta Nro. 01213-GRATA-EsSalud-2012, es inválida, siendo la demora imputable a la Entidad debido a que el expediente técnico estaba incompleto, reforzando su posición señalando que *"la contratista con fecha 17 de julio del 2012 solicitó la recepción de la obra, tal y como consta de la carta 010-2012-CONSORCIO.METROPOLITANO/TACNA; y, de igual manera con la carta reiterativa Nro. 021-2012CONSORCIO METROPOLITANO TACNA de fecha 15 de agosto de 2012, así como las conformidades requeridas por el ingeniero residente de obra como consta en el cuaderno de obra"*.

III.3.1.2 Posición de la Entidad

El demandado argumenta que, el día 15 de noviembre de 2011 era el plazo para la culminación de la obra, en base a lo cual, habiendo terminado el plazo y no habiéndose cumplido con la ejecución total de la obra, se exhorta a su cumplimiento (Carta N° 515-UA-OA-GRATA-ESSALUD-2011 y Carta N° 537-GRATA-ESSALUD-2011), bajo apercibimiento de resolver el contrato, consignándose el incumplimiento en el Cuaderno de Obra y es reconocido por el contratista en el "Acta de Reunión sobre Estado de la obra del Policlínico Metropolitano" de fecha 19 de setiembre de 2013; y por el Supervisor de Obra en el Acta de Constatación Física de fecha 11 de agosto de 2012.

Así, señala la Entidad que persistiendo el incumplimiento, se procede a resolver el contrato, por lo tanto, son válidos y eficaces los alcances de la resolución comunicada mediante Carta Notarial N° 01213-GRATA-EsSalud 2012.

En torno a ello, la demandada afirma que "*el Contratista justifica su incumplimiento, señalando que la demora en la ejecución de la obra se debe a causas atribuibles a la Entidad, debido a que la misma, solicitó modificaciones en los acabados, sin embargo, no señala ni presenta ningún documento mediante el cual la Entidad solicito la modificación de dichos acabados*".

Asimismo, señala que el Oficio N° 012-2011-CONSORCIO.METROPOLITANO/TACNA de fecha 24 de noviembre del 2011 fue presentado fuera del plazo contractual, siendo que, cualquier procedimiento posterior a esta fecha, referido a ampliaciones de plazo o adicionales no son admitidos.

Ello, lo sustenta en el artículo 201 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que señala que: "*En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo*". Situación, que alega la Entidad, no se ha cumplido, debido a que el requerimiento del Contratista, ha sido posterior a la vigencia del contrato, afirmando que opera el mismo criterio para los adicionales de obra, de conformidad con lo regulado en el quinto párrafo del artículo 207 del Reglamento, hecho que el contratista no demuestra haber efectuado, y por tanto no es válido su fundamento.

III.3.1.3 Posición del Árbitro Único

La materia controvertida expuesta en la presente pretensión se circumscribe sobre la resolución del Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011, “Contrato Ejecución de Obra Mejoramiento de los Servicios de Consulta Externa y Servicios de Laboratorio de Policlínico Metropolitano de la Red Asistencial Tacna”, efectuada por la Entidad, que el Contratista alega debe declararse inválida e ineficaz y es por lo tanto, sobre esta materia que el árbitro emitirá pronunciamiento.

En torno a ello, el Árbitro Único estima oportuno advertir la Naturaleza del Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011, a partir de lo cual se podrá determinar los alcances de las instituciones y su aplicación.

Para tal efecto, en primer lugar, resulta relevante considerar lo señalado por el Tribunal Constitucional respecto del carácter de la contratación pública: “La contratación estatal tiene un cariz singular que lo diferencia de cualquier acuerdo de voluntades entre particulares, ya que al estar comprometidos recursos y finalidades públicas, resulta necesaria una especial regulación que permita una adecuada transparencia en las operaciones.”² (nuestro resaltado y subrayado).

La misma línea es adoptada por la doctrina, así, para Juan Carlos Cassagne, “En el ámbito contractual, la idea de lo público se vincula, por una parte, con el Estado como sujeto contratante pero, fundamentalmente, su principal conexión es con el interés general o bien común que persiguen, de manera relevante e inmediata, los órganos estatales al ejercer la función administrativa.”³

² Sentencia recaída sobre el Expediente N° 020-2003-AI/TC, del 17.May.2004, Numeral 11

³ CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*, Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot, segunda edición, Pág. 13.

Siendo ello así, podemos advertir que nos encontramos frente a una categoría típica del Derecho Administrativo, el “contrato administrativo”, sobre el cual, Manuel María Diez, señala que es “(...) un acuerdo de voluntades entre un órgano del Estado y un particular que genera efectos jurídicos en materia administrativa, razón por la cual el órgano del Estado debe haber actuado en ejercicio de su función administrativa.”⁴

En el mismo sentido, señala DROMI que el contrato administrativo es “*toda declaración bilateral o de voluntad común, productora de efectos jurídicos, entre dos o más personas, de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa*”, siendo que el Derecho Administrativo versa sobre el régimen jurídico de la función administrativa⁵.

En consecuencia, los contratos formalizados bajo el ámbito de la Ley de Contrataciones del Estado tienen naturaleza administrativa formando parte del Derecho Administrativo.

Ahora bien, considerando que el Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011 ha sido formalizado el 26 de julio de 2011, le es de aplicación el Decreto Legislativo N° 1071, que aprueba la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF, ambos vigentes desde el 01 de febrero de 2009.

⁴ MARÍA DIEZ, Manuel. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1979, segunda edición, Tomo III, Pág. 33.

⁵ DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. Ciudad Argentina 10^a ed. Buenos Aires 2004. Pag. 262-263

Así, corresponde serle aplicado, las normas del Derecho Público, y solo de manera subsidiaria o supletoria, las normas del Derecho Privado, al amparo de lo establecido por el Artículo 142º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Siendo ello así, se debe tener presente que el artículo 201 establece el procedimiento de ampliación de plazo de acuerdo al detalle siguiente:

“Artículo 201.- Procedimiento de ampliación de plazo

Para que proceda una ampliación de plazo de conformidad con lo establecido en el artículo precedente, desde el inicio y durante la ocurrencia de la causal, el contratista, por intermedio de su residente, deberá anotar en el cuaderno de obra las circunstancias que a su criterio ameriten ampliación de plazo. Dentro de los quince (15) días siguientes de concluido el hecho invocado, el contratista o su representante legal solicitará, cuantificará y sustentará su solicitud de ampliación de plazo ante el inspector o supervisor, según corresponda, siempre que la demora afecte la ruta crítica del programa de ejecución de obra vigente y el plazo adicional resulte necesario para la culminación de la obra. En caso que el hecho invocado pudiera superar el plazo vigente de ejecución contractual, la solicitud se efectuará antes del vencimiento del mismo.

El inspector o supervisor emitirá un informe expresando opinión sobre la solicitud de ampliación de plazo y lo remitirá a la Entidad, en un plazo no mayor de siete (7) días, contados desde el día siguiente de presentada la solicitud. La Entidad emitirá resolución sobre dicha ampliación en un plazo máximo de diez (10) días, contados desde el día siguiente de la recepción del indicado informe. De no emitirse pronunciamiento alguno dentro del plazo señalado, se considerará ampliado el plazo, bajo responsabilidad de la Entidad.

Toda solicitud de ampliación de plazo debe efectuarse dentro del plazo vigente de ejecución de obra, fuera del cual no se admitirá las solicitudes de ampliaciones de plazo. (resaltado nuestro)

Siendo ello así, es claro advertir que el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado ha dispuesto que TODA solicitud de ampliación de plazo DEBE efectuarse durante el plazo VIGENTE de ejecución de obra.

Que, al respecto debe tenerse presente que la regla general en materia de interpretación de los negocios jurídicos es el canon hermenéutico objetivo, el cual está consagrado en el Artículo 168º del Código Civil, el cual señala que "*el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de buena fe*".

Sobre el particular, Manuel De la Puente y Lavalle señala que la obligatoriedad del contrato comprende determinadas características jurídicas y deriva de la fuerza obligatoria reconocida por la ley y recogida en el acuerdo de voluntades – plasmado por las partes -, mediante su voluntad común recogida en el contrato. Asimismo, precisa que la obligatoriedad del contrato también genera consecuencias para el juez y/o para el árbitro, de ser el caso. Esto, debido a que éstos deben aplicar el contrato de conformidad con lo expresado en él y esta aplicación no puede dejar de hacerse so pretexto de interpretación o por respecto a los principios de equidad⁶.

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional señala lo siguiente "*de acuerdo a la interpretación objetiva a que se refiere el artículo 168º del Código Civil, el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe. Consecuentemente, estimamos que EL OPERADOR JURISDICCIONAL NO PUEDE ASUMIR INTERPRETACIONES QUE*

⁶ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. "El Contrato en General", Tomo I, Editorial Palestra, Lima, pag. 315 – 317

NO ESTÉN EXPRESAMENTE ESTABLECIDAS, PUES LO MANIFESTADO ES, EN PRINCIPIO, LO QUE DETERMINA EL SENTIDO Y CONTENIDO DEL ACTO, lo que equivale a decir que las relaciones entre la voluntad y su manifestación se rigen por lo declarado⁷.

Asimismo, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República en las Casación N° 928-2004-Loreto del 11 de julio de 2005, en relación al artículo 1361º del Código Civil, ha establecido lo siguiente:

"(...) los contratos son obligatorios en cuanto a lo expresado en ellos, por lo que los pactos contenidos en el contrato son NORMAS dotadas de fuerza entre los contratantes y cuyo valor deriva principalmente de la voluntad de las partes, quienes tienen la libertad de contratar, establecer el contenido y los efectos del contrato, así como, para crear con plena eficacia figuras nuevas y distintas de las determinadas legislativamente, pero siempre con la debida observancia de los que establece nuestro ordenamiento jurídico"

Estando al marco legal expuesto, corresponde determinar si el Consorcio Metropolitano solicitó alguna ampliación de plazo durante el plazo de ejecución "vigente" de la obra, para considerar dicha solicitud válidamente emitida, por cuanto, al tenor expreso del tercer párrafo del artículo 201 del Reglamento, toda solicitud efectuada fuera de dicho plazo NO SERÁ ADMITIDA.

⁷ Sentencia del 12 de agosto de 2005, recaída en el Expediente N° 0462-2003-AAVTC

Al respecto, la Cláusula Décimo Primera “Período de Vigencia” del Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011 estableció que, “*El plazo total para la ejecución de la obra son 90 días calendarios*”, por lo tanto, siendo pacífico por las partes que el mismo se inició el 18 de agosto de 2011, el plazo original debía concluir el 16 de noviembre de 2011, siendo este el plazo “vigente” de ejecución del contrato original.

En base a ello, de la revisión de los medios probatorios aportados por las partes, se advierte que no obra en el expediente arbitral ningún documento que acredite fehacientemente que el Contratista solicitó entre el 18 de agosto de 2011 y el 16 de noviembre de 2011 alguna solicitud de ampliación de plazo.

Por lo tanto, ha quedado plenamente demostrado para el Tribunal Arbitral Unipersonal, que al no haberse presentado solicitud alguna de ampliación de plazo antes del 16 de noviembre de 2011, es en esta fecha cuando culmina el plazo de ejecución de la obra del *Mejoramiento de los Servicios de Consulta Externa y Servicios de Laboratorio de Policlínico Metropolitano de la Red Asistencial Tacna*, siendo por lo tanto, a partir de dicha fecha, la ejecución en mora por parte del Contratista⁸.

⁸ El Contratista ha señalado que mediante Oficio de fecha 24 de noviembre del año 2011 se “SOLICITA a la Entidad con carácter de urgente la determinación de los acabados a implementar en la ejecución de la obra, puesto que la demora en su ejecución estaría ocasionando atrasos no atribuibles a mi representada, indicando además que de considerar la Entidad opciones de acabados diferentes a las plateadas (sic) en el expediente técnico aprobado, se agradecerá cumplir con los lineamientos establecidos en el artículo 174 (adicionales) y 175 (ampliación de plazo por aprobación de adicionales) del Reglamento de la Ley (sic) de Contrataciones del Estado” (nuestro subrayado).

Sin perjuicio que dicha carta es de fecha posterior al 16 de noviembre de 2011 y por lo tanto irrelevante, al haberse establecido que per se no corresponde ser admitida, de la lectura del Oficio N° 012-2011-CONSORCIO.METROPOLITANO/TACNA, recibida el 24 de noviembre de 2011, se advierte que en ningún extremo se hace referencia al artículo 175 del Reglamento, como lo ha afirmado el Consorcio Metropolitano en la página 5 de su Escrito de Demanda Arbitral, por lo tanto, CORRESPONDE HACER UN LLAMADO DE ATENCIÓN AL DEMANDANTE, EN LA MEDIDA QUE SU ACTITUD PUDO AFECTAR LA BUENA FE PROCESAL.

Ahora bien, respecto a la mora, el artículo 165 del Reglamento, cuyo tenor es recogido en la Cláusula Décima Quinta del Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011, señala lo siguiente:

Artículo 165.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse. Esta penalidad será deducida 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 garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta.

En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente y se calculará de acuerdo con la siguiente fórmula:

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

Donde F tendrá los siguientes valores:

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

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

b.1) Para bienes y servicios: $F = 0.25$.

b.2) Para obras: $F = 0.15$.

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

En base a ello, siendo el monto máximo de la penalidad que se le puede aplicar a un Contratista bajo el citado dispositivo legal es del diez por ciento (10 %) del monto del contrato vigente, al Consorcio Metropolitano sólo se le podía haber aplicado una penalidad ascendente a S/. 73,499.38.

Asimismo, se debe tener presente que el quinto párrafo del artículo 165 del Reglamento dispone, que "Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad, la Entidad podrá resolver el contrato por incumplimiento". (nuestro resaltado)

En torno a ello, corresponde dilucidar cuándo llegó el Consorcio Metropolitano al monto máximo de penalidad por mora, es decir, a la cantidad de S/. 73,499.38. Al respecto, considerando que la fórmula para determinar la penalidad diaria es: $(0.10 \times \text{monto}) / (\text{F} \times \text{plazo en días})$, corresponde aplicar la siguiente operación: $(0.10 \times 734,993.84^9) / (0.15^{10} \times 90^{11})$, lo cual da un resultado de S/. 5,444.39.

Estando determinada la penalidad diaria aplicable al Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011, es posible colegir que el monto máximo, es decir S/. 73,499.38, se incurría cuando el Consorcio Metropolitano llegue a 14 días de penalidad, momento en el cual, se computaría una penalidad ascendente al diez por ciento (10 %) del monto del contrato vigente.

Por lo tanto, considerando que el plazo original para la ejecución de la obra de *Mejoramiento de los Servicios de Consulta Externa y Servicios de Laboratorio de Policlínico Metropolitano de la Red Asistencial*

⁹ Correspondiente al monto contractual

¹⁰ Correspondiente al objeto del contrato: "obra" por un plazo mayor a 60 días

¹¹ Correspondiente al plazo de ejecución de la obra

Tacna, debía concluir el 16 de noviembre de 2011, el monto máximo de penalidad por mora se incurrió el 30 de noviembre de 2011, fecha a partir de la cual, a mérito del citado quinto párrafo del artículo 165 del Reglamento, la Entidad podía optar por la facultad discrecional de resolver el Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011.

En este orden normativo, corresponde traer a colación el contenido de la Carta Notarial N° 1213-GRATA-EsSalud-2012 de fecha 08 de agosto de 2012, materia del presente punto controvertido, con la cual, la Entidad resuelve el Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011, la cual, textualmente señala: *"Los motivos que justifican la resolución del contrato son los siguientes: 1. Al 30/11/2011; ha llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora en la ejecución de la prestación a su cargo; según lo contemplado en el literal c) de la cláusula décima novena del contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011 y concordante con lo dispuesto en el numeral 2) del artículo 168º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por D.S. N° 184-2008-EF"*.

Cómo se puede advertir, la Entidad ha invocado la resolución del contrato por causa imputable al Contratista recogido en el citado artículo 165 del Reglamento, en concordancia con el artículo 168 del mismo, el cual señala lo siguiente:

Artículo 168.- Causales de resolución por incumplimiento

La Entidad podrá resolver el contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40 de la Ley, en los casos en que el contratista:

(...)

2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; (...)

En cuanto al procedimiento de resolución de un contrato, bajo la normativa de contratación Estatal, el mismo se encuentra regulado por el artículo 169 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, advirtiéndose que ha sido válidamente efectuado por la Entidad, al seguir las pautas establecidas en su tercer párrafo, es decir, el conducto notarial, al haberse acumulado el diez por ciento (10%) del monto máximo de la penalidad por mora:

Artículo 169.- Procedimiento de resolución de Contrato

Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada deberá requerirla mediante carta notarial para que las satisfaga en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días, plazo este último que se otorgará necesariamente en el caso de obras. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada resolverá el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato.

No será necesario efectuar un requerimiento previo cuando la resolución del contrato se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora, o por otras penalidades, o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En este caso, bastará comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. (nuestro resaltado)

Por lo expuesto, el Árbitro Único una vez evaluadas y analizadas las argumentaciones de las partes, así como el caudal probatorio anexado por ellas en sus escritos, y estando a que el presente es un ARBITRAJE DE DERECHO, concluye que la Resolución del Contrato

Administrativo efectuada por la Entidad mediante Carta Notarial N° 1213-GRATA-EsSalud-2012, se ha efectuado siguiendo las disposiciones expresas de los citados dispositivos, por lo tanto, no resulta amparable la primera pretensión del Contratista cuyo petitorio se circunscribía en la invalidez e ineficacia de esta.

III.3.2 Segundo Punto Controvertido: “Determinar si el contratista solicitó una ampliación de plazo o un adicional de obra dentro del plazo contractual”

III.3.2.1 Posición de Consorcio Metropolitano

El demandante alega, que mediante Oficio N° 012-2011-CONSORCIO.METROPOLITANO/TACNA, de fecha 24 de noviembre del año 2011 (anterior a la resolución de contrato de fecha 09 de agosto de 2012), le comunicó a la Entidad que, “de considerar la Entidad opciones de acabados diferentes a las plateadas (sic) en el expediente técnico aprobado, se agradecerá cumplir con los lineamientos establecidos en el artículo 174 (adicionales) y 175 (ampliación de plazo por aprobación de adicionales) del Reglamento de la Ley (sic) de Contrataciones del Estado” (nuestro subrayado)

Asimismo, el Consorcio Metropolitano señala que “(...) recién con fecha 04 de enero de 2012 que se pone en conocimiento que la Entidad ha determinado la definición de los acabados para continuar con la ejecución de la obra, ello mediante Carta Nro. 0463-OA-GRATA-ESSALUD-2011, de fecha 21 de diciembre del 2011, ES DECIR RECIÉN A PARTIR DE LA FECHA CONTAMOS CON APROBACIÓN DE LA ENTIDAD PARA LA EJECUCIÓN DE ADICIONALES, con lo cual la Contratista a través de su residente de obra procedieron a

elaborar el expediente deductivo, expediente adicional y expediente de ampliación de plazo (...).

A su vez, el Contratista señala que, “*mediante carta Nro. 018-2011-CONSORCIO.METROPOLITANO/TACNA, de fecha 03 de enero del 2012, dirigida al Ingeniero Supervisor de Obra (...); y, mediante carta de fecha 05 de enero de 2012 dirigida a la Gerente de la Red Asistencial Tacna – EsSalud, la contratista solicitó la ampliación de plazo Nro. 002 (...)*”.

III.3.2.2 Posición de la Entidad

La Entidad señala que, “*el Contratista (...) no señala ni presenta ningún documento mediante el cual la Entidad solicito la modificación de dichos acabados*” y argumenta que, “*el plazo es uno de los elementos esenciales de un contrato y su modificación se debe hacer a través de una Addenda motivada por un procedimiento de ampliación de plazo solicitado y aprobado por las partes, hechos que en el presente caso no se han producido*”.

III.3.2.3 Posición del Árbitro Único

Según lo desarrollado en el acápite precedente, el plazo de ejecución del Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011, a mérito de su Cláusula Décimo Primera “Período de Vigencia” fue de 90 días calendarios, entre el 18 de agosto de 2011 hasta el 16 de noviembre de 2011.

Ahora bien, se debe tener presente, en relación a las pruebas aportadas al arbitraje que en aplicación del Principio de “Comunidad o Adquisición de la Prueba”, las pruebas ofrecidas por las partes, desde

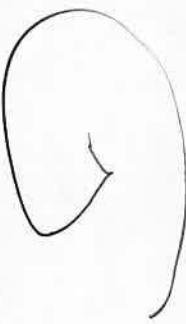
el momento que fueron presentadas y admitidas como medios probatorios, pasaron a pertenecer al presente arbitraje y, por consiguiente, pueden ser utilizadas para acreditar hechos que incluso vayan en contra de los intereses de la partes que la ofreció. Ello, en concordancia con la definición que es recogida de dicho principio, de acuerdo al detalle siguiente:



"(...) la actividad probatoria no pertenece a quien la realiza, sino, por el contrario, se considera propia del proceso, por lo que debe tenerse en cuenta para determinar la existencia o inexistencia del hecho a que se refiere independientemente de que beneficie o perjudique los intereses de la parte que suministró los medios de prueba o aún de la parte contraria. La prueba pertenece al proceso y no a la parte que lo propuso o lo proporcionó" ¹²



Por lo tanto, tiene amparo legal efectuar el análisis sobre los puntos controvertidos, no sólo a partir de los medios probatorios aportados por el demandante, sino, en base a la integridad de los medios probatorios admitidos, en la medida que todos forman parte del proceso arbitral.



En base a ello, de la revisión de los medios probatorios aportados por las partes, se advierte que no obra en el expediente arbitral ningún documento que acredite fehacientemente que el Contratista solicitó entre el 18 de agosto de 2011 y el 16 de noviembre de 2011 alguna solicitud de ampliación de plazo u adicional.

¹² TARAMONA HERNÁNDEZ, José Rubén. *Medios Probatorios en el Proceso Civil*. Rodhas, 1994. Pag.35

III.3.3 Tercer Punto Controvertido: “Determinar si el contratista efectuó observaciones al expediente técnico dentro del plazo contractual”

III.3.3.1 Posición de Consorcio Metropolitano

El demandante ha señalado que mediante Oficio N° 012-2011-CONSORCIO.METROPOLITANO/TACNA, de fecha 24 de noviembre del año 2011 (anterior a la resolución de contrato de fecha 09 de agosto de 2012), le comunicó a la Entidad que se han realizado las coordinaciones correspondientes con el área usuaria del Policlínico Metropolitano, la Unidad de Ingeniería Hospitalaria y servicios, la oficina de relaciones institucionales y la supervisión de obra; y, con éstas se han definido los acabados posibles que deberá tener la infraestructura proyectada, solicitando con carácter de urgente la determinación de los acabados a implementar en la ejecución de la obra.

A su vez, señala que “mediante Oficio Nro. 013-2011-CONSORCIO METROPOLITANO/TACNA de fecha 30 de noviembre de 2011 le reiteramos nuevamente a la Entidad nuestro pedido de determinación de acabados (...); y, además expresó que se encontraba imposibilitada de continuar con la obra, tal como se aprecia en los asientos 121, 122 y 123.

En torno a ello, el Consorcio Metropolitano señala que “(...) recién con fecha 04 de enero de 2012 que se pone en conocimiento que la Entidad ha determinado la definición de los acabados para continuar con la ejecución de la obra, ello mediante Carta Nro. 0463-OA-GRATA-ESSALUD-2011, de fecha 21 de diciembre del 2011.

III.3.3.2 Posición de la Entidad

El demandado argumenta que, “el Contratista, durante la vigencia del plazo contractual, no hace referencia de haber presentado documentación señalando que el expediente técnico se encontraba incompleto, conforme a lo establecido en el Art. 152 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado”.

III.3.3.3 Posición del Árbitro Único

Corresponde desarrollar en este punto controvertido si el contratista efectuó observaciones al expediente técnico dentro del plazo contractual, el cual, según lo desarrollado en los acápite precedente, fue de 90 días calendarios, entre el 18 de agosto de 2011 hasta el 16 de noviembre de 2011, a mérito la Cláusula Décimo Primera “Período de Vigencia” del Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011.

En torno a ello, se debe tener presente que obra como medio probatorio en el expediente, la denuncia Nro. 2764 del Cuaderno de Registro de Denuncias por Pérdida de Documentos Personales, Documentos Valorados Contables y otros de la Comisaría de la Policía Nacional del Perú, G. Vigil, Región Tacna, de fecha 07 de diciembre de 2011, en la cual se registra la denuncia efectuada por el representante legal del Consorcio Metropolitano, quien manifiesta haber extraviado el Cuaderno de la Obra Mejoramiento de los Servicios Consulta Externa y Servicios de Laboratorios del Policlínico Metropolitano de la Red Tacna, el día 28 de noviembre de 2011.

Al respecto, se debe advertir que el segundo párrafo del artículo 194 del Reglamento de la Ley de Contrataciones dispone que el original del cuaderno de obra debe permanecer en la obra, bajo custodia del

residente, siendo el residente el representante del Contratista en la obra, de acuerdo a lo señalado en el artículo 185 del Reglamento.

Siendo ello así, se colige que no ha sido posible aportar como medio probatorio algún asiento del Cuaderno de Obra anterior al 28 de noviembre de 2011, en la medida que el Cuaderno de Obra ha sido extraviado por el propio representante legal del Contratista, quien incumpliendo la disposición del artículo 185 del Reglamento, lo tenía en su poder fuera de la zona de obras.

Asimismo, de la revisión del expediente arbitral, se advierte que no hay documento alguno con fecha anterior al 17 de noviembre de 2011 cuyo contenido cuestione el contenido del expediente técnico.

Sobre ello, se debe tener presente que la carga de la prueba corresponde a quien alega un determinando hecho para sustentar justificar una determinada posición, de modo que logre crear certeza en el árbitro respecto de tales hechos¹³.

Por lo tanto, al no haberse presentado documentación alguna que acredite que el Contratista cuestionó el contenido del expediente técnico dentro del plazo de ejecución de la obra, corresponde al Tribunal Arbitral Unipersonal considerar que el mismo no se ha efectuado.

III.3.4 Cuarto Punto Controvertido: “Determinar si corresponde se declare nula la aplicación de penalidad por retraso injustificado en

¹³ Artículo 196.- Salvo disposición legal diferente, la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos.

la ejecución de obra efectuada por la Entidad en vía de retención ascendente a la suma de S/. 73,499.38 (Setenta y Tres Mil Cuatrocientos Noventa y Nueve y 38/100 Nuevos Soles) de fecha 05 de diciembre de 2011, la misma que fue aplicada en el pago de la valorización N° 003 por el monto de S/. 92,619.62 (Noventa y Dos Mil Seiscientos Diecinueve y 62/100 Nuevos Soles), más el respectivo pago de los intereses que se generen hasta la fecha real de pago”

III.3.4.1 Posición de Consorcio Metropolitano

El demandante sostiene que los considerandos expuestos para sustentar la invalidez de la resolución del contrato (expuestos en el primer punto controvertido), guardan relación con la aplicación de penalidad, siendo que se ha demostrado que jamás se produjo un retraso injustificado; y, de existir tal retraso, el mismo no es imputable a la Contratista.

En torno a ello, manifiesta que, “*mediante carta notarial Nro. 011-2011-CONSORCIO.METROPOLITANO/TACNA, de fecha 01 de diciembre solicitó a la Entidad el pago de la Valorización de Obra Nro. 003, en vista que a 30 de noviembre del 2011 no había cumplido con el pago de la misma*”.

Sin embargo, señala que “*con fecha 05 de diciembre del 2011, la Entidad realiza el pago de la Valorización Nro. 003 por el monto de S/. 92'619.62, efectuando la arbitaria retención de S/. 73'499.38, por concepto de penalidad por un supuesto retraso injustificado en la ejecución de la obra por parte de la contratista*”, por lo cual, mediante Carta Nro. 013-2011-CONSORCIO.METROPOLITANO/TACNA

requirió a la Entidad el pago de S/. 73'499.38, que alega se retuvo indebidamente.

Asimismo, alega que el 19 de septiembre del año 2013 tanto la Entidad como la Contratista suscribieron el “Acta de reunión sobre estado de la obra del Policlínico Metropolitano”, a través del cual está plenamente acreditado y reconocido por la Entidad que la penalidad fue indebidamente aplicada, en la medida que se consigna “4. *Está probado que no se ha concluido la obra del Policlínico Metropolitano, no se sabe técnicamente cuánto fue el avance y cuanto falta por concluir en dicha obra, ASÍ MISMO INDEBIDAMENTE SE LE HA APLICADO UNA PENALIDAD A LA CONTRATISTA*”; en consecuencia debe dejarse sin efecto la misma.

III.3.4.2 Posición de la Entidad

El demandado argumenta que, la cláusula Décima Primera del contrato se establece en 90 días el plazo para la ejecución de la obra, el cual, al iniciarse el 18 de Agosto del 2011, vencía el día 15 de noviembre del 2011; redundando que no se aprobó ninguna ampliación de plazo al referido contrato.

Asimismo, señala que en el “Acta de reunión sobre estado de la obra del Policlínico Metropolitano” se precisa que “*está probado que no se ha concluido la obra del Policlínico Metropolitano, no se sabe técnicamente cuánto fue el avance y cuanto falta por concluir en dicha obra...*”, lo cual prueba nuevamente el incumplimiento del contratista y en consecuencia la aplicación de penalidades”.

Asimismo, la Entidad precisa que, los representantes de la Entidad que suscribieron el Acta, cuando se refieren a la aplicación indebida de la

penalidad, es porque la penalidad se aplicó en la valorización de obra N° 003, correspondiente al mes de octubre, siendo esta la última valorización pendiente de pago, a pesar de estar retraso en la ejecución de la obra y cuando el plazo aún estaba vigente.

III.3.4.3 Posición del Árbitro Único

La materia controvertida expuesta se circumscribe en determinar si corresponde se declare nula la aplicación de penalidad por retraso injustificado en la ejecución de obra efectuada por la Entidad en vía de retención ascendente a la suma de S/. 73,499.38.

Al respecto, según lo desarrollado en los acápite precedentes, el plazo contractual de 90 días calendarios, estuvo comprendido entre el 18 de agosto de 2011 hasta el 16 de noviembre de 2011, a mérito la Cláusula Décimo Primera “Período de Vigencia” del Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011, fecha esta última a partir de la cual, se inicia el cómputo de la penalidad por mora al Consorcio Metropolitano, cuya aplicación es AUTOMÁTICA, según lo dispuesto por el artículo 165 del Reglamento¹⁴, el cual dispone a su vez que, la penalidad máxima que le puede aplicar la Entidad al contratista por cada día de atraso es “hasta un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente”.

En torno a ello, ha quedado establecido que al aplicar la fórmula para determinar la penalidad diaria: $(0.10 \times \text{monto}) / (\text{F} \times \text{plazo en días})$, bajo

¹⁴ Artículo 165 “(...) En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente (...)”

la siguiente operación: $(0.10 \times 734,993.84^{15}) / (0.15^{16} \times 90^{17})$, da un resultado de S/. 5,444.39, por lo cual, el monto máximo de penalidad por mora, es decir, el diez por ciento (10%) del monto contrato vigente (S/. 73,499.38), se incurre al décimo cuarto (14) día.

Por lo tanto, considerando que el plazo original para la ejecución de la obra de *Mejoramiento de los Servicios de Consulta Externa y Servicios de Laboratorio de Policlínico Metropolitano de la Red Asistencial Tacna*, debía concluir el 16 de noviembre de 2011, el monto máximo de penalidad por mora se incurrió luego de catorce días, es decir, el 30 de noviembre de 2011.

En base a ello, se ha creado certeza en el Tribunal Arbitral Unipersonal, que al 30 de noviembre de 2011, la obra objeto del Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011 no había concluido, por lo tanto, le correspondía el derecho y la obligación legal de la Entidad Pública, de cobrar dicha penalidad al Contratista, cautelando así los recursos públicos, en el marco de este Contrato Administrativo.

Efectivamente, la propia declaración de parte del Consorcio Metropolitano contenida en la página ocho (8) de su Demanda Arbitral al señalar que “*la contratista con fecha 17 de julio de 2012 solicitó la recepción de la obra (...)*”; y, a mayor fundamento el contenido del “*Acta de Reunión Sobre Estado de la Obra del Policlínico Metropolitano*” del 19 de septiembre de 2013, suscrito por el Representante Legal del Consorcio Metropolitano, al consignar en su numeral 4 que “*Está probado que no se ha concluido la obra (...)*”; ha otorgado la debida certeza al Árbitro Único para colegir que al 30 de

¹⁵ Correspondiente al monto contractual

¹⁶ Correspondiente al objeto del contrato: “obra” por un plazo mayor a 60 días

¹⁷ Correspondiente al plazo de ejecución de la obra

noviembre de 2011, la obra *Mejoramiento de los Servicios de Consulta Externa y Servicios de Laboratorio de Policlínico Metropolitano de la Red Asistencial Tacna, no había concluido*, por lo cual, el Contratista incurrió en el monto máximo de penalidad por mora, ascendente a S/. 73,499.38 (Setenta y Tres Mil Cuatrocientos Noventa y Nueve con 38/100 Nuevos Soles), al no haber concluido la obra dentro del plazo de ejecución contractual.

Siendo ello así, se debe tener presente que el artículo 165 del Reglamento dispone que “*Esta penalidad¹⁸ será deducida 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 garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta*”, por lo cual, era factible que la Entidad impute este monto en la valorización del Contratista, en la medida que tiene naturaleza de pago a cuenta¹⁹.

Por otro lado, el Contratista ha alegado que en base al mismo numeral 4 de la referida “*Acta de Reunión Sobre Estado de la Obra del Policlínico Metropolitano*”, se habría acreditado un cobro indebido de penalidad, en la medida que en el mismo se señala que “*(...) asimismo indebidamente se le ha aplicado una penalidad*”.

En torno a ello, sin perjuicio que se ha demostrado en líneas previas que la penalidad imputada al Contratista, ascendente a S/. 73,499.38 (Setenta y Tres Mil Cuatrocientos Noventa y Nueve con 38/100 Nuevos Soles), encuentra total amparo legal, el árbitro único comparte la posición de la Entidad, en la medida que se señala que dicha afirmación se origina por cuanto, la valorización N° 003 materia de la

¹⁸ En referencia a la penalidad por mora en la ejecución de la prestación

¹⁹ De conformidad con el artículo 197 del Reglamento : “*Las valorizaciones tienen el carácter de pagos a cuenta (...)*”

retención, correspondía al mes de octubre (entendiéndose que en el monto máximo de la penalidad por mora se incurrió el 30 de noviembre de 2011), sin embargo, el artículo 165 del Reglamento no limita el descuento a la valorización correspondiente al mes donde se incurrió en mora, sino que en forma general hace referencia a “*los pagos a cuenta*”, por lo cual, siendo la valorización N° 003 un pago a cuenta, que se efectuó en diciembre²⁰, era posible establecer a diciembre que el contratista ya había incurrido en el monto máximo de penalidad por mora y por consiguiente, correspondía efectuar la respectiva retención.

III.3.5 Quinto Punto Controvertido: “Determinar si las penalidades aplicadas al contratista en vía de retención, por retraso injustificado en la ejecución de la obra, resulta indebidas”

III.3.5.1 Posición de Consorcio Metropolitano

El demandante ha expuesto a lo largo del arbitraje, que es falso que se haya producido un retraso en la ejecución de la obra imputable al contratista y que el “Acta de reunión sobre estado de la obra del Policlínico Metropolitano” recoge la aplicación indebida de la penalidad al Contratista.

III.3.5.2 Posición de la Entidad

El demandado ha sostenido la tesis del incumplimiento y/o retraso injustificado de parte del Consorcio Metropolitano, señalando que el mismo se evidencia además en la medida que el Contratista manifiesta haber concluido la obra recién el día 06 de julio del año 2012, tal como lo consigna en el asiento N° 127 del cuaderno de obra.

²⁰ Según lo señalado en la página 09 de la Demanda Arbitral, la retención fue efectuada el 05 de diciembre de 2011, en la valorización N° 003.

III.3.5.3 Posición del Árbitro Único

La materia controvertida se enmarca en determinar si las penalidades aplicadas al contratista en vía de retención, por retraso injustificado en la ejecución de la obra, resulta indebidas, lo cual encuentra correlación con el acápite previo.

Al respecto, el Tribunal Arbitral Unipersonal hace extensivo los fundamentos de hecho y derecho que sustentan su posición planteada previamente, por lo cual, sostiene que las penalidades aplicadas al contratista se encuentran amparadas legalmente, máxime cuando el Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011 tiene naturaleza administrativa, a mérito de lo cual, el funcionario público tiene el deber de cautelar los recursos públicos involucrados.

III.3.6 Sexto Punto Controvertido: *“Determinar si corresponde después de haber declarado nula la penalidad aplicada por la Entidad se ordene el pago de la suma de ascendente a S/. 73,499.38 (Setenta y Tres Mil Cuatrocientos Noventa y Nueve y 38/100 Nuevos Soles), más el pago de los intereses hasta la fecha de pago real”*

III.3.6.1 Posición de Consorcio Metropolitano

El demandante solicita el pago de la suma de ascendente a S/. 73,499.38 (Setenta y Tres Mil Cuatrocientos Noventa y Nueve y 38/100 Nuevos Soles), más el pago de los intereses hasta la fecha de pago real, retenido en su Valorización N° 003, en la medida que estaría demostrado la indebida aplicación de penalidad en la ejecución del contrato.

III.3.6.2 Posición de la Entidad

El demandado argumenta que, la penalidad ha sido aplicado en base al artículo 165 del Reglamento, el cual señala que, en caso de retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, “*la Entidad le aplicará al contratista una penalidad por cada día de atraso, hasta por un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente o, de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse*”

III.3.6.3 Posición del Árbitro Único

La materia controvertida versa en pronunciarse sobre si corresponde después de haber declarado nula la penalidad aplicada por la Entidad se ordene el pago de la suma de ascendente a S/. 73,499.38 (Setenta y Tres Mil Cuatrocientos Noventa y Nueve y 38/100 Nuevos Soles), más el pago de los intereses hasta la fecha de pago real

Al respecto, el Tribunal Arbitral Unipersonal hace extensivo los fundamentos de hecho y derecho que sustentan su posición planteada previamente, por lo cual, sostiene que las penalidades aplicadas al contratista se encuentran amparadas legalmente, no siendo su aplicación causal de nulidad, por lo tanto, no resulta procedente que se ordene el pago de dicho monto al Contratista.

III.3.7 Séptimo Punto Controvertido: “*Determinar si corresponde declarar nula la resolución N° 0392-GRATA-ESSALUD-2013, que resuelve aprobar la liquidación de obra “Contrato de Ejecución de Mejoramiento de los Servicios de Consulta Externa y Servicios de Laboratorio de Policlínico Metropolitano de la Red Asistencial*

*Tacna", por un monto de S/. 181,386.25 (Ciento Ochenta y Un Mil
Trescientos Ochenta y Seis y 25/100) a favor de la Entidad'*

III.3.7.1 Posición de Consorcio Metropolitano

El demandante solicita declarar nula la resolución N° 0392-GRATA-ESSALUD-2013, que resuelve aprobar la liquidación de obra por un monto de S/. 181,386.25 a favor de la Entidad, alegando que con fecha 29 de mayo del año 2013 efectuaron observaciones a la Liquidación de Obra elaborada por la Entidad, contenida en la Carta de Gerencia Nro. 680-GRATA-ESSALUD-2013, recaídas sobre: a) que la notificación sólo adjunta copias de los informes generados por los funcionarios señalados en los documentos de la referencia; b) en el contenido de la carta se hace referencia al Informe Nro. 029-LATR-SUPINT-GRyLOP-GCI-ESSALUD-2013, el cual sólo consta de dos folios, sin embargo no se remitió las referencias de dicho documento; c) en el Informe Nro. 029-LATR-SUPINT-GRyLOP-GCI-ESSALUD-2013 se consigna como monto de liquidación de la obra S/. 181,386.25 a favor de la Entidad; d) no se consideran las operaciones de retenciones que realiza la Red Asistencial Tacna, antes de los pagos realizados; e) Es necesario precisar que todas las valorizaciones tramitadas por mi representada cuentan con la aprobación del supervisor de obra, ingeniero Sandro Esquivel Caballero, el cual dio conformidad a los trabajos ejecutados mediante los controles de calidad correspondientes, por lo cual no se acepta la deducción de partidas no ejecutadas por el importe de S/. 104,126.58.

En este sentido, afirma el Contratista que la liquidación elaborada por la Entidad no cumplía con los requisitos establecidos en el primer párrafo del artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, por lo cual, remitió con la Carta de Gerencia Nro. 680-

GRATA-ESSALUD-2013 la liquidación de contrato practicada por el Contratista, donde se concluye que EsSalud – Red Asistencial Tacna debe cumplir con el pago de S/. 169,045.90.

Al respecto, expresa el Consorcio Metropolitano que, mediante Carta Nro. 032-2013-CONSORCIO METROPOLITANO/TACNA de fecha 24 de julio del 2013, solicitaron el consentimiento de la liquidación de obra practicada por el contratista, sin embargo, el 02 de agosto del año 2013 la Entidad hace llegar la Resolución de Gerencia Nro. 0392-GRATA-ESSALUD-2013, que resuelve aprobar la liquidación de obra por un monto de S/. 181,386.25, a favor de la Entidad.

Sobre ello, argumenta el contratista que *"la Entidad al no hacer participé de dicha liquidación de contrato de obra a la Contratista, a infringido (sic) los requisitos y procedimientos para la aprobación de su propia liquidación, conforme el primer y segundo párrafo del artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado"*.

Lo expuesto lo sustenta el demandante en el "Acta de reunión sobre estado de la obra del Policlínico Metropolitano", suscrita por ambas partes con fecha 19 de setiembre del año 2013, en el cual se acordó lo siguiente: *"Luego del debate, opiniones, análisis y comentarios de los participantes y atendiendo a la citación de la Gerencia de Red y evaluados los hechos acontecidos tanto de fondo como de forma LOS PARTICIPANTES DECIDIERON Y SE PRECISO LO SIGUIENTES: (sic) 1.- Está probado que el Nivel Central realizó una liquidación de obra en el mes de abril del presente año, SIN HABERSE INVITADO QUE PARTICIPE EL CONSORCIO METROPOLITANO Y ARRIBARON A LA CONCLUSIÓN QUE DICHO CONSORCIO ADEUDA LA SUMA DE S/. 181,386.25"*.

III.3.7.2 Posición de la Entidad

El demandado argumenta que, “en cumplimiento del procedimiento establecido en el Art. 211, la Entidad procedió a efectuar la liquidación del contrato, dado que el contratista incumplió en presentar la misma, determinando como costo total del contrato la suma de S/. 623,312.93 Inc. IGV. y como saldo en contra del contratista la suma de S/. 181,386.25 Inc. IGV; considerando dentro de los conceptos la aplicación de la penalidad por incumplimiento de parte del contratista (S/. 73,499.38 con IGC), así como la deducción por partidas no ejecutadas en la obra por el contratista, o que en su ejecución se han empleado materiales que no cumplen con los requisitos de calidad indicados en los planos y las especificaciones técnicas del expediente aprobado, así como el incumplimiento de los procedimientos constructivos, los cuales asciende a la suma de S/. 104,126.58 sin IGV. (16.72%), tal como se detalla en el Informe N° 034-MLCHS-GRyLOP-GCI-ESSALUD-2013, que sustenta la referida liquidación, la cual fue notificada al contratista mediante Carta de Gerencia N° 680-GRATA-ESSALUD-2013”.

Asimismo, señala que ambas partes tienen la oportunidad de elaborar la liquidación del contrato de manera indistinta, no existiendo ninguna obligación legal ni contractual de participar en forma conjunta en dicha liquidación, concluyendo que, “la Entidad procedió a la elaboración de la liquidación, radicando el desacuerdo del contratista por la consideración del concepto de aplicación de penalidad y la deducción por las partidas no ejecutadas en la obra, lo cual se ha demostrado con el incumplimiento del contratista en los plazos de ejecución de la obra, así como al no haber concluido totalmente la obra”.

III.3.7.3 Posición del Árbitro Único

La materia controvertida expuesta se delimita en determinar si corresponde declarar nula la resolución N° 0392-GRATA-ESSALUD-2013, que resuelve aprobar la liquidación de obra “*Contrato de Ejecución de Mejoramiento de los Servicios de Consulta Externa y Servicios de Laboratorio de Policlínico Metropolitano de la Red Asistencial Tacna*”, por un monto de S/. 181,386.25, a favor de la Entidad”

Al respecto, se debe tener presente que el Artículo 209 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado dispone que resuelto el Contrato se procede a la Constatación Física de la obra y “*Culminado este acto, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el artículo 211*”.

Efectivamente de acuerdo con lo establecido en el artículo 209 del Reglamento, en caso que se resuelva el contrato, la obra debe paralizarse en el estado en que se encuentre su ejecución, reuniéndose las partes, en presencia de notario público o juez de paz, a fin de levantar un acta que refleje la constatación física e inventario en el lugar de la obra²¹, en forma previa a iniciar el procedimiento de liquidación.

En este sentido, el artículo 211 del Reglamento regula el procedimiento de liquidación de un contrato de obra, el mismo que ha sido definido

²¹ El OSCE, como Órgano Rector de las Contrataciones Pùblicas, ha señalado que el acta que se levanta no debe confundirse ni entenderse como un acta de recepción de obra, en tanto su finalidad no es la de dejar constancia de la recepción de la obra concluida a conformidad de la Entidad; sino más bien este documento es consecuencia de una resolución del contrato de obra (Opinión N° 088-2011-DTN del 09 de noviembre de 2011, del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE).

doctrinalmente²² como un proceso de cálculo técnico, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al contrato, que tiene por finalidad determinar, principalmente, el costo total de la obra y el saldo económico, que puede ser a favor o en contra del contratista o de la Entidad.

Así, el procedimiento de liquidación de un contrato obra regulado por el referido dispositivo legal está conformado por requisitos de forma y fondo para que sea considerado válido.

En el primero de los casos se hace referencia al momento en el cual se puede iniciar el mismo, que comprende una previa constatación física de la obra (al amparo del artículo 209 del Reglamento) y la inexistencia de controversias pendientes de resolver, conforme se ha señalado en el último párrafo del artículo 211 del Reglamento. A partir de dicho momento se procederá con el desarrollo contemplado en su primer párrafo el cual establece que, *"El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes. // Si el contratista no presenta la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la Entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista."*

²² SALINAS SEMINARIO, Miguel. *Costos, Presupuestos, Valorizaciones y Liquidaciones de Obra*, Lima: Instituto de la Construcción y Gerencia (ICG), 2003, 2^o edición, pág. 44.

La Entidad notificará la liquidación al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes". (nuestro subrayado).

En relación a los requisitos de fondo, estos se encuentran establecidos en la medida que la normativa dispone que "la liquidación debe presentarse *"debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados"*, lo cual significa que la misma debe contener todas las valorizaciones, los reajustes, los mayores gastos generales, la utilidad y los impuestos que afectan la prestación, así como las penalidades aplicables al contratista, los adelantos otorgados y sus amortizaciones, entre otros conceptos, los cuales deben estar debidamente sustentados con la documentación y cálculos detallados que correspondan²³.

Estando al marco legal expuesto, corresponde analizar si la Resolución de Gerencia N° 392-GRATA-ESSALUD-2013 del 15 de julio de 2013, que resuelve "APROBAR la Liquidación de la Obra Mejoramiento de los Servicios de Consulta Externa y Servicios de Laboratorio de Policlínico Metropolitano de la Red Asistencial Tacna, ha cumplido con dichas pautas.

Así, en primer lugar se debe tener presente, en la medida que el Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011 fue resuelto mediante Carta Notarial N° 01213-GRATA-EsSalud-2012²⁴, que para iniciar el procedimiento de la liquidación del Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011, era necesario que dicha resolución haya quedado consentida, por cuanto, no es posible realizar la liquidación

²³ Lo cual se condice con la Opinión N° 104-2013/DTN de fecha 09 de diciembre de 2013, del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE

²⁴ Según los fundamentos expuestos en los acápite III.3.1, III.3.2 y III.3.3

mientras existan controversias pendientes de resolver, de conformidad con el último párrafo del artículo 211 del Reglamento²⁵.

Efectivamente, es con el consentimiento de la resolución que podrá determinarse las causas de la misma, a qué parte es imputable y, en esa medida, a quien corresponde asumir las consecuencias de dicha resolución.

En torno a ello, el Tribunal Arbitral Unipersonal comparte el criterio del Órgano Rector, cuando expone que la resolución de un contrato de obra queda consentida en dos supuestos: (i) cuando no fue sometida a conciliación y/o arbitraje por la parte afectada con la resolución, dentro del plazo de caducidad establecido para ello²⁶; o (ii) cuando el acto (laudo o acta de conciliación) que resuelve la controversia sobre la resolución del contrato quede consentido.

Bajo lo expuesto, corresponde advertir que a la fecha de emisión de la Resolución de Gerencia N° 392-GRATA-ESSALUD-2013 (15 de julio de 2013), existía una controversia respecto a qué parte le era imputable el retraso en la ejecución contractual, por cuanto, mediante Carta N° 023-2012-CONSORCIO.METROPOLITANO/TACNA recibida por la Entidad el 22 de agosto de 2012, el Contratista había sometido la resolución del Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011 y por

²⁵ En el mismo sentido, Opinión N° 101-2013/DTN del 05 de diciembre de 2013, Opinión N° 104-2013/DTN del 9 de diciembre de 2013, Opinión N° 053-2014/DTN del 25 de julio de 2014

²⁶ Ello se desprende del penúltimo párrafo del artículo 209 del Reglamento, el mismo que expresa que "En caso de que surgiese alguna controversia sobre la resolución del contrato, cualquiera de las partes podrá recurrir a los mecanismos de solución establecidos en la Ley, el Reglamento o en el contrato, dentro del plazo de quince (15) días hábiles siguientes de la notificación de la resolución, vencido el cual la resolución del contrato habrá quedado consentida". (El subrayado es agregado).

coniguiente, las causales de las mismas (entre las cuales se encuentra el monto correspondiente a la penalidad), a un arbitraje²⁷, por ello, no era posible definir, determinar o cuantificar todos los conceptos que debían incluirse en su liquidación.

En este sentido, es recién una vez cumplidos los requisitos de forma para iniciar la liquidación de un contrato de obra resuelto (es decir, que la resolución haya quedado consentida, que no existan controversias pendientes de resolver y que se haya realizado el acto de constatación física e inventario en el lugar de la obra), es que procede efectuar el procedimiento establecido en el referido artículo 211 del Reglamento para liquidarlo.

Por lo tanto, considerando que al 15 de julio de 2013, fecha en la cual se emitió la Resolución de Gerencia N° 392-GRATA-ESSALUD-2013, la resolución del Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011 no se encontraba consentida, en consecuencia, no se había cumplido con el requisito contemplado en el último párrafo del artículo 211 del Reglamento para proceder a liquidarlo, por lo tanto, la Entidad no estaba habilitada para efectuar la liquidación del contrato de obra, al existir controversias pendientes de solución.

- III.3.8 Octavo Punto Controvertido: *“Determinar si corresponde se apruebe la liquidación de obra practicada por el Demandante ascendente a la suma de S/. 169,045.90 (Ciento Sesenta y Nueve Mil Cuarenta y Cinco y 90/100), a favor de la contratista, por haber quedado consentida la misma mediante carta N° 032-2013-CONSORCIO METROPOLITANO/TACNA, notificada el 24 de julio*

²⁷ Sobre ello, el artículo 218 del Reglamento estipula que el arbitraje se inicia con la solicitud de arbitraje dirigida a la otra parte

del 2013 a la Entidad, más el respectivo pago de los intereses que se generen hasta la fecha real del pago”

III.3.8.1 Posición de Consorcio Metropolitano

El demandante alega, que cumplió con remitir la carta Nro. 030-2013-CONSORCIO.METROPOLITANO/TACNA, donde se indica claramente que los documentos existentes enviados por la Entidad no corresponden a una liquidación de contrato de obra, sino más bien a informes incompletos de funcionarios que trabajan en ESSALUD CENTRAL, por lo que la ÚNICA LIQUIDACIÓN DE CONTRATO DE OBRA EXISTENTE ES LA PRACTICADA POR EL CONSORCIO METROPOLITANO, tal y como la propia Entidad lo ha reconocido en el “Acta de reunión sobre estado de la obra del Policlínico Metropolitano”, suscritas por ambas partes, con fecha 19 de septiembre del año 2013, en el que se acordó (...) 1.- Está probado que el Nivel Central realizó una liquidación de obra en el mes de abril del presente año, SIN HABERSE INVITADO QUE PARTICIPE EL CONSORCIO METROPOLITANO Y ARRIBARON AL CONCLUSIÓN (sic) QUE DICHO CONSORCIO ADEUDA LA SUMA DE S/. 181,386.25 (...”).

En base a ello, concluye que la liquidación elaborada por el Contratista es la única que se ha practicado; y, que la misma no ha sido objeto de observaciones por parte de la Entidad.

III.3.8.2 Posición de la Entidad

El demandado argumenta que, mediante Carta N° 030-2013-CONSORCIO METROPOLITANO, de fecha 29 de mayo del 2013, el Contratista observó y a la vez elaboró otra liquidación, haciendo uso

indebidamente de los 02 procedimientos que establece la normativa; debiéndose tener en cuenta que si el contratista comunica sus observaciones a la Entidad dentro del plazo de 15 días, mantiene activo el procedimiento establecido en el referido Art. 2011 del Reglamento que señala “*Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de recibido la observación*”.

Al respecto, la Entidad señala que, a través de la Carta de Gerencia N° 814-GRATA-ESSALUD-2013, de fecha 11 de junio de 2013, (dentro del plazo establecido en la norma), comunica al contratista su pronunciamiento respecto a las observaciones a la liquidación, ratificando sus alcances comunicados inicialmente, por lo cual, sustenta que la Carta N° 032-2013-CONSORIO METROPOLITANO no tuvo en cuenta el pronunciamiento de la Entidad a sus observaciones a la liquidación.

Asimismo, señala la Entidad que, “*el procedimiento de Resolución de contrato, establece que una vez culminado el acto de Constatación Física, la obra queda bajo responsabilidad de la Entidad y se procede a la liquidación, conforme a lo establecido en el artículo 211 del Reglamento, es decir uno es consecuencia del otro. Se sabe que en la Constatación Física efectuada, no participó el contratista a pesar de haber sido notificado para ello, por lo que en tal sentido no contaba con los alcances de la misma y por consiguiente se entiende que no contaba con todos los elementos, documentos e información para proceder a la liquidación del contrato*, más aún cuando en la referida constatación se consigna en el Acta, que la obra no se encontraba concluida faltando ejecutar varias partidas del expediente técnico, lo cual demuestra incumplimiento del contratista en la ejecución de la obra así como falta de ejecución de partidas”. (nuestro subrayado)

Sobre ello, señala la Entidad que en la liquidación que elaboró, "se ha considerado las referidas partidas faltantes, las cuales determinan la suma de S/. 104,126.58 sin IGV. que debe ser deducida al contratista (por no haber ejecutado dichas partidas), concepto que no considera el contratista en la liquidación de parte, teniendo en cuenta que al no participar en la constatación física, no contaba con los elementos para determinar el referido monto".

Así, alega la Entidad que es en la consideración de los conceptos de deducciones y penalidad, que radica la diferencia entre los montos determinados por las partes en las respectivas liquidaciones, concluyendo que "el contratista no contaba con la documentación para efectuar la liquidación derivada de la Resolución del Contrato y asimismo no aplica el consentimiento de la liquidación, ya que la Entidad emitió su pronunciamiento y notificación al contratista, dentro de los plazos establecidos en la normativa vigente".

III.3.8.3 Posición del Árbitro Único

La materia controvertida versa en pronunciarse sobre si corresponde aprobar la liquidación de obra practicada por el Consorcio Metropolitano con un saldo a su favor de S/. 169,045.90, por haber quedado consentida mediante carta N° 032-2013-CONSORCIO METROPOLITANO/TACNA, más el respectivo pago de los intereses que se generen hasta la fecha real del pago

Al respecto, el Tribunal Arbitral Unipersonal hace extensivo los fundamentos de hecho y derecho que sustentan su posición planteada previamente. Por lo tanto, al existir controversias pendientes de resolver a la fecha de emisión de la Carta N° 032-2013-

CONSORCIO.METROPOLITANO/TACNA (22 de julio de 2013), no se ha cumplido con el requisito contemplado en el último párrafo del artículo 211 del Reglamento para proceder a la liquidación del Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011, por lo tanto, el Contratista no estaba habilitado para efectuar la liquidación del contrato de obra y por consiguiente, no ha quedado consentida.

- III.3.9 Noveno Punto Controvertido: *“Determinar si la liquidación de la obra practicada por el contratista se ha elaborado de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del estado y si esta ha quedado consentida.*

III.3.9.1 Posición de las partes

Bajo los mismos argumentos expuestos en el acápite precedente, las partes presentan posiciones encontradas respecto al estado de la liquidación practicada por el Contratista, específicamente, si esta se ha elaborado bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del estado y si ha quedado consentida.

III.3.9.2 Posición del Árbitro Único

La materia controvertida versa en determinar si la liquidación de la obra practicada por el contratista se ha elaborado de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del estado y si esta ha quedado consentida.

Al respecto, al haberse delimitado la controversia a analizar, conviene recordar que el derecho al debido proceso garantiza que la actuación de los órganos jurisdiccionales y de auxilio judicial sea correcta, de

modo que ninguna de sus actuaciones dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos previamente establecidos.

Sobre ello, se debe tener presente que el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil, en concordancia con los artículos 50 inciso 6 y 122 inciso 3 del mismo cuerpo normativo reconocen el principio de congruencia. Conforme se señala doctrinariamente²⁸, este principio tiene extraordinaria importancia, pues se encuentra íntimamente ligado con el derecho constitucional a la defensa, asegurando que quien es parte en cualquier clase de proceso conozca las pretensiones o imputaciones esgrimidas en su contra, de tal manera que la actividad probatoria, las excepciones o simples defensas y demás alegaciones se orienten por ellas.

Así, por el principio de congruencia el juzgador debe respetar el thema decidendum propuesto por las partes, limitando su pronunciamiento a aquellas alegaciones introducidas en los escritos constitutivos (demanda, contestación, reconvención y contestación de ésta), pues cualquier desvío en esta base del raciocinio conculcaría las reglas de juego que los mismos justiciables establecieron²⁹.

²⁸ Davis Echandía Citado por: Borthwick, Adolfo E. *Principios Procesales*, Mario A Viera Editor, Buenos Aires, 2003, p. 45-46.

²⁹ Gozalini, Osvaldo A. *Elementos de Derecho Procesal Civil*, primera edición, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 385

Siendo ello así, el Tribunal Arbitral Unipersonal hace extensivo los fundamentos de hecho y derecho que sustentan su posición planteada previamente, y sobre los puntos sometidos a pronunciamiento, sostiene que la liquidación de la obra objeto del Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011, formulada por el Contratista, no se ha efectuado de conformidad con lo establecido en la normativa de contratación estatal, al contener vicios de forma, por haberse efectuado existiendo controversias pendientes de resolver, por lo cual, se vulneró el último párrafo del artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado³⁰, por consiguiente, no ha quedado consentida.


III.3.10 Décimo Punto Controvertido: *“Determinar si corresponde como consecuencia de declararse fundadas las cuatro pretensiones principales y accesorias que se ordene a la Entidad el pago de una indemnización por daños y perjuicios ocasionados ascendente a la suma de S/. 100,000.00 (Cien Mil y 00/100 Nuevos Soles)”*


III.3.10.1 Posición del Consorcio Metropolitano

El demandante alega que, “está acreditado que: (i) Se ha producido una indebida resolución de Contrato de ejecución de obra de mejoramiento de los servicios de consulta externa y servicios de laboratorio del policlínico Metropolitano de la red asistencial Tacna; (ii) Se ha aplicado indebidamente una penalidad al Contratista cuando no correspondía y como consecuencia de ello a la fecha se le adeuda la

³⁰ “Artículo 211.- Liquidación del Contrato de Obra (...) No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver”.

suma de S/. 73,499.38 (...); (iii) Se aprobó indebidamente la liquidación de contrato de la Entidad, cuando la correcta y consentida es la practicada por la Contratista; y, como consecuencia de ello a la fecha se le adeuda S/. 169,045.90".

En base a ello, el contratista alega que dichos sucesos constituyen un daño en el patrimonio de la Contratista, el mismo que debe ser resarcido en la suma de S/. 100,000.00.

III.3.10.2 Posición de la Entidad

El demandado argumenta que, "el Contratista no ha determinado cual es el hecho antijurídico realizado por la Entidad ni ha probado cual es el daño que se le ha generado con la probanza que determina la Ley para que proceda cualquier concepto indemnizatorio". Asimismo, señala que "para solicitar el resarcimiento por daños y perjuicios, este debe estar debidamente acreditado".

III.3.10.3 Posición del Árbitro Único

La materia controvertida expuesta en la presente pretensión se circumscribe en determinar si le corresponde al Consorcio Metropolitano la suma de S/. 100,000.00, por concepto de daños y perjuicios.

Al respecto, corresponde señalar que lo que pretende el demandante es imputar una responsabilidad a la Entidad derivada del supuesto incumplimiento de sus obligaciones originadas en el Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011, sobre lo cual, es preciso advertir que todo análisis de responsabilidad supone la verificación de dos momentos o etapas: i) el primero de análisis material, en donde se

evalúa el daño mismo a fin de verificar si éste cumple con los requisitos o presupuestos para calificar como daño resarcible, debiendo identificarse luego el hecho generador que lo provocó, para posteriormente efectuar un análisis dirigido a verificar si existe relación de causalidad entre ambos eventos. Así, como resultado de este primer razonamiento, se logra individualizar al causante del daño; ii) En el segundo momento es un análisis de imputabilidad, con el cual se individualiza al sujeto que deberá asumir el coste del daño y, por lo tanto, la calidad de responsable del mismo³¹.

Ahora bien, en primer lugar corresponde delimitar el ámbito de la solicitud formulada por el demandante. Así, los daños y perjuicios se configuran a través de los conceptos “daño emergente”, “lucro cesante” y “daño moral”.

Asimismo, el daño, dependiendo del interés afectado, puede ser calificado como patrimonial o no patrimonial, refiriéndose esta última a la afectación a la integridad de todo sujeto de derechos, sobre lo cual, igualmente, al haberse solicitado expresamente daños y perjuicios en el “patrimonio”³², queda fuera del ámbito del petitorio y por ende de análisis, en base al principio de congruencia, el “daño no patrimonial”.

Enmarcada la pretensión del demandante corresponde advertir que el daño debe reunir conjuntivamente características para que el mismo pueda ser posible de resarcimiento, así, debe ser: i) cierto; ii) subsistente; iii) afectar el interés de una persona que haya merecido juridicidad (especialidad); y, iv) debe ser injusto.

³¹ Si bien la noción de causante se identifica con aquel que materialmente provocó daño a la víctima, y la figura del responsable alude a la persona que debe soportar la carga económica, pueden presentarse supuestos en que ambos sujetos coincidan en una misma persona.

³² Página 22 de la Demanda Arbitral de Consorcio Metropolitano: “(...) constituyen un daño en el patrimonio de la Contratista (...”

A efectos de realizar los análisis presentados en los párrafos precedentes, es oportuno disagregar el petitorio de daños y perjuicios, en la medida que el pedido indemnizatorio contiene este concepto.

Sobre ello, es posición pacífica en la doctrina reconocer que el daño al patrimonio abarca los conceptos de daño emergente y lucro cesante. Así, por daño emergente se reconoce al empobrecimiento que sufre el damnificado como consecuencia directa y súbita del daño, es decir, en el evento en cuestión se “(...) *sustrae una entidad que ya tenía el damnificado (...)*”³³, o lo que es lo mismo decir “(...) *al momento del siniestro, el damnificado sufre una pérdida de valores que ya tenía y que bien está representada en los gastos afrontados (...)*”³⁴. Por otro lado, lucro cesante hace referencia a “(...) *todo aquello que ha sido o será dejado de ganar a causa del acto dañino (...)*”³⁵; esto es, que dicho evento “(...) *impide que nuevos elementos o nuevas utilidades sean adquiridas y gozadas por el damnificado (...)*”³⁶.

Estando a lo expuesto, el daño emergente representa la pérdida de una utilidad que el damnificado ya tenía al momento de acontecer el daño, mientras que el lucro cesante se refiere a una utilidad que el damnificado presumiblemente hubiera adquirido en el futuro de no haber acaecido el evento dañoso.

Así, trayendo a colación lo señalado en los primeros párrafos, para la procedencia de la indemnización del daño resarcible, en sus manifestaciones alegadas por el demandante (daño emergente y lucro

³³ FRANZONI, Massimo. El Daño al Patrimonio. Giuffré Editore . Milano. 1996, Pag. 179

³⁴ Idem. Pag 181

³⁵ DE TRAZEGNIES, Fernando. La Responsabilidad Extracontractual. Fondo PUCP. Lima. Pag. 37

³⁶ FRANZONI, Massimo. Ob. Cit. Pag. 181

cesante), es de especial relevancia la probanza de la certeza del daño, lo que significa decir, que los únicos daños resarcibles serán los daños que tengan certeza fáctica y lógica³⁷, y además, que hayan sido probados en su existencia.

En este sentido, como requisito de daño resarcible corresponde analizar la certeza de daño (el quid)³⁸, en base a la prueba de certeza del daño aportado por el demandante.

Así, para la certeza del daño emergente, toda vez que se trata de un evento que sustrae una entidad (materia) o utilidad que ya tenía el damnificado antes de la comisión del daño, corresponde presentar justamente la existencia de dicha entidad o utilidad al momento del daño y su consecuente pérdida. Por otro lado, la probanza del lucro cesante se debe basar en la acreditación de los presupuestos y requisitos necesarios a fin que el mismo se produzca.

De conformidad con lo antes indicado, el objeto de la prueba a que queda sometido la demandante como “victima” en el daño emergente, es decir, “en la hipótesis de pérdidas sufridas ya producidas al momento del juicio”, es que “la prueba del damnificado asumirá normalmente las formas de la prueba directa e histórica, Esto es, tenderá a demostrar exactamente el quantum del empobrecimiento (...)”³⁹. Mientras que, en el lucro cesante, “el hecho constitutivo necesario para hacer nacer el derecho al resarcimiento, no es el hecho de la falta de ganancia en sí, que no tiene existencia como tal, sino,

³⁷ Fáctico, como suceso que provocará la privación efectiva de un bien jurídico y lógico, referido a que el daño (como hecho consecuencia), sea una derivación necesaria del hecho que lo produjo (hecho causal). Al respecto, ZANNONI, Eduardo. El Daño en la Responsabilidad Civil. Astrea. Buenos Aires, 1997. Pag.51

³⁸ La probanza de la cuantía (el quantum), corresponde a un estado posterior, vinculado a la extensión del daño resarcible

³⁹ FRANZONI, Massimo. El Daño al Patrimonio. Ob. Cit. Pag 426

son los hechos constitutivos del derecho al resarcimiento, los hechos constitutivos del lucro. Estos son solamente los que deben ser probados por el actor (...)"⁴⁰.

Por lo tanto, una vez delimitado en daño en función a las pruebas aportadas, será posible delimitar el contenido y alcances de la relación de causalidad, como elemento de la responsabilidad civil contenido en el Artículo 1985 del Código Civil, que dispone lo siguiente:

"La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño"

Como se puede advertir, el legislador ha optado que la determinación de la causalidad entre el evento dañoso y el daño se encuentra determinada por la regularidad o normalidad de la ocurrencia del daño, en caso se produzca el hecho que lo habría causado.

No obstante ello, todo análisis sobre la causalidad y acción, deben partir de la premisa desarrollada en los párrafos precedentes, en relación a la probanza de la existencia del daño.

Siendo ello así, corresponde remitirnos una vez más al argumento prestando por el Consorcio Metropolitano a fin de justificar la indemnización por daños y perjuicios económicos, textualmente "*los sucesos antes descritos constituyen un daño en el patrimonio de la Contratista, el mismo que debe ser resarcido en la suma de S/. 100,*

⁴⁰ GRAZIANI, Alessandro. Apuntes sobre el Lucro Cesante. En Revista del Instituto Jurídico de la Universidad de Perugia. Guerra. Perugia. 1924. Pag.179

000.00", sobre el cual, se advierte que no se ha aportado elemento alguno que acredite los alcances del mismo.

Por lo expuesto, al no haber aportado el Contratista elementos que permitan crear convicción de que los daños y perjuicios cumplan con los elementos característicos para su identificación y efectiva cuantía, por los argumentos expuestos en el presente acápite, la presente pretensión debe ser declarada infundada.

Sin perjuicio de ello, se debe tener presente que no existe a su vez la relación de causalidad invocada por el Consorcio Metropolitano, al haberse determinado que (i) La resolución de Contrato de ejecución de obra de mejoramiento de los servicios de consulta externa y servicios de laboratorio del policlínico Metropolitano de la Red Asistencial Tacna, ha sido válidamente efectuada por la Entidad; (ii) La penalidad al Contratista es consecuencia de la aplicación obligatoria que al funcionario público le corresponde efectuar al constatar el incumplimiento de una obligación por parte del Contratista; (iii) El Contratista no se encontraba habilitado para presentar la liquidación del Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011.

III.3.11 Undécimo Punto Controvertido: "Determinar si el contratista ha logrado acreditar objetivamente el daño y/o perjuicio alegado.

III.3.11.1 Posición de las partes

Bajo los mismos argumentos expuestos en el acápite precedente, las partes presentan posiciones encontradas respecto a la acreditación objetiva del daño y perjuicio alegado en la indemnización solicitada por el Contratista.

III.3.11.2 Posición del Árbitro Único

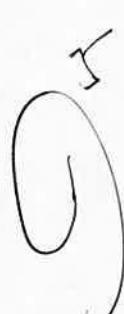
Estando que las pretensiones solicitadas en el presente punto controvertido se encuentran contenidas en el desarrollo del previo punto controvertido, el árbitro único se remite a los fundamentos expuestos por las partes en dichos acápite y a la posición del Árbitro Único, careciendo de objeto pronunciarse nuevamente sobre lo ya desarrollado en el mencionado punto controvertido.

- 
III.3.12 Décimo Segundo Punto Controvertido: “*Determinar si corresponde ordenar a la Entidad se reconozca y ordene el pago de los costos y costas de los gastos arbitrales generados por la instauración del proceso arbitral*”

III.3.12.1 Posición de las partes

En la presente pretensión ambas partes han solicitado que los costos y costas sean asumidos por la parte contraria, en la medida que el proceso arbitral ha sido promovido por la inejecución de las obligaciones contenidas en el Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011, por la contraparte.

Posición del Árbitro Único


Que, el Artículo 73º del Decreto legislativo N° 1071 que Norma el Arbitraje señala que “*El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso*”.

Estando a la inexistencia del acuerdo de las partes sobre la distribución de los costos arbitrales, según se colige de la Cláusula Vigésima Cuarta del Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011, se debe tener presente que bajo los fundamentos expuestos en los acápite precedentes, se acredita que no existe una parte vencida, sino, por el contrario, ambas partes tuvieron razones suficientes para defender válidamente sus posiciones en el proceso arbitral, por lo cual, corresponde a cada uno asumir los costos incurridos en el proceso.

El Árbitro Único deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y de que ha examinado las pruebas válidamente presentadas por éstas de acuerdo al criterio de libre valorización consagrado en la Ley de Arbitraje, aplicable a todas las actuaciones del procedimiento.

Por consiguiente, el sentido de la decisión del Árbitro Único es el resultado de su análisis y convicción en torno de la controversia, aun cuando algunos de los documentos aportados o registrados en el expediente correspondiente no hayan sido citados de manera expresa en el Laudo Arbitral.

Por lo que el Árbitro Único, atendiendo a la fundamentación expuesta en los acápite precedentes:

LAUDA

En la ciudad de Lima, el 14 de abril de 2015:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la primera pretensión de Consorcio Metropolitano, en la medida que el Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011 ha sido válidamente resuelto por la Entidad mediante Carta Notarial N° 1213-

GRATA-EsSalud-2012, por los fundamentos expuestos en los acápiteS III.3.1, III.3.2 y III.3.3 del Laudo Arbitral.

SEGUNDO: Declarar **INFUNDADA** la segunda pretensión de Consorcio Metropolitano, en la medida que la aplicación de la penalidad por retraso injustificado en la ejecución de la obra, ascendente a S/. 73,499.38, ha sido válidamente efectuada por la Entidad, por los fundamentos expuestos en los acápiteS III.3.4, III.3.5 y III.3.6 del Laudo Arbitral.

TERCERO: Declarar **INFUNDADA** la pretensión accesoria a la segunda pretensión principal del Consorcio Metropolitano, por los fundamentos expuestos en los acápteS III.3.4, III.3.5 y III.3.6 del Laudo Arbitral, por lo que no corresponde ordenar a la Entidad el pago de la suma de S/. 73,499.38 al contratista por la valorización N° 003.

CUARTO: Declarar **FUNDADA** la tercera pretensión principal del Consorcio Metropolitano, por los fundamentos expuestos en los acápteS III.3.8 y III.3.9 del Laudo Arbitral, por consiguiente, la Resolución de Gerencia Nro. 392-GRATA-ESSALUD-2013, no surte efectos.

QUINTO: Declarar **INFUNDADA** la cuarta pretensión principal del Consorcio Metropolitano, por los fundamentos expuestos en los acápteS III.3.8 y III.3.9 del Laudo Arbitral, en consecuencia, la liquidación practicada por el Consorcio Metropolitano no se encuentra aprobada ni ha quedado consentida.

SEXTO: Declarar **INFUNDADA** la quinta pretensión principal del Consorcio Metropolitano, por los fundamentos expuestos en los acápteS III.3.10 y III.3.11 del Laudo Arbitral, por lo que no corresponde el pago a favor del Consorcio Metropolitano de una indemnización por daños y perjuicios.

SÉPTIMO: En cuanto a la sexta pretensión principal del Consorcio Metropolitano, **DISPÓNGANSE** que los costos del arbitraje sean asumidos por ambas partes, por los fundamentos expuestos en el acápite III.3.12 del Laudo Arbitral.

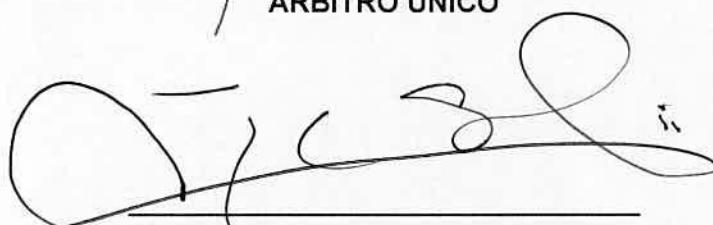
OCTAVO: FIJAR los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral, en los montos previamente cancelados

NOVENO: DISPONER que la Secretaría Arbitral notifique el presente Laudo a las partes, dentro de los diez (10) días de haberlo recibido, de conformidad con el numeral 45 del Acta de Instalación.

DÉCIMO: DISPONER que la Secretaría Arbitral remita copia del presente Laudo al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado.



JUAN MANUEL HURTADO FALVY
ÁRBITRO ÚNICO



JORGE LUIS SUAZO CAVERO
SECRETARÍA ARBITRAL

Resolución N° 22

I. VISTOS:

El Laudo Arbitral Nacional y de Derecho contenida en la Resolución N° 18 de fecha 14 de abril de 2015; y, su pedido de integración formulado por el Seguro Social de Salud mediante Escrito N° 08 del 23 de abril de 2015; y, su pedido de rectificación presentado por el Consorcio Metropolitano mediante escrito s/n del 29 de abril de 2015; y:

II. CONSIDERANDO:

- 2.1 Que, mediante Laudo Arbitral Nacional y de Derecho del 14 de abril de 2015, notificado a las partes mediante Cédula de Notificación N° 038-2015 del 15 de abril de 2015, el Tribunal Arbitral Unipersonal resolvió los temas de pronunciamiento establecidos en la Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios del 17 de noviembre de 2014.

- 2.2 Que, el 29 de abril de 2015, mediante Escrito N° 08 del 23 de abril de 2015, el Seguro Social de Salud, señala solicitar integración, respecto a: i) (...) *En el laudo arbitral emitido con fecha 14 de abril de 2015, el Árbitro Único resuelve: "SÉPTIMO: En cuanto a la sexta pretensión principal del Consorcio Metropolitano, DISPÓNGASE que los costos del arbitraje sean asumidos por ambas partes, por los fundamentos expuestos en el acápite III.3.12 del Laudo Arbitral".// No obstante lo resuelto, es preciso advertir que en dicho pronunciamiento no se precisa en qué forma EsSalud y el Consorcio Metropolitanos debemos asumir los costos del presente arbitraje".*

- 2.3 Que, el 30 de abril de 2015, mediante Escrito s/n del 29 de abril de 2015, el Consorcio Metropolitano solicita la rectificación de los extremos siguientes del Laudo Arbitral: i) “*Sin embargo el Laudo Arbitral en su parte considerativa señala: “ ... y a mayor fundamento el contenido del acta de reunión sobre estado de la obra del Policlínico Metropolitano del 19 de septiembre del año 2013 suscrito por el representante legal del Consorcio Metropolitano al consignar en su numeral 4 que está probado que no se ha concluido la obra ... ha otorgado la debida certeza al árbitro único para colegir que al 30 de noviembre del 2011 la obra ... no había concluido, por lo cual el Contratista incurrió en el monto máximo de penalidad por mora ascendente a S/. 73499.38...”; ii) (...) debiendo de pronunciarse para absolver la siguientes interrogantes: Si se ha establecido que el Contrato queda resuelto; ¿Se debe considerar el Acta de Constatación efectuada por la Entidad como el Acta de Observaciones para el proceso de recepción de obra? // De ser el caso y de considerarse dicha Acta como el Acta de Observaciones. ¿Debe la Entidad otorgar el plazo que corresponde para la subsanación de observaciones que se consignaron en dicha Acta? // Toda vez que se debe establecer al tratarse de un Contrato de ejecución bajo la Modalidad de Suma Alzada la Entidad no debe dar por no ejecutado metrados de partidas del presupuesto de Obra que consideró observadas en el Acta de Constatación. Teniendo en cuenta que el Supervisor de Obras las aprobó entendiéndose por correctamente ejecutadas mucho tiempo antes de la fecha de constatación. // Asimismo también se debe tener en cuenta el Informe Técnico profesional efectuado por el Perito contratado por la misma Entidad para la Evaluación de las Liquidaciones de Contrato de Obra presentadas por ambas partes. // Al haber quedado resueltas las controversias según el Laudo del Árbitro Único y debiendo entonces continuar con el procedimiento establecido en el Artículo N° 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, para la liquidación del Contrato de Obra y al haberse cobrado la penalidad máxima aplicable al Contratista. Debe la Entidad devolver la Garantía de Fiel*

Cumplimiento retenida en las dos primeras valorizaciones de Obra, luego de culminado el proceso de Liquidación.

- 2.4 Que, el 20 de mayo y el 03 de junio, mediante Resolución N° 19, se corrió traslado a ESSALUD y Consorcio Metropolitano de las solicitudes descritas en los acápite precedentes, respectivamente.
- 2.5 Que, el 30 y 21 de setiembre de 2015, mediante Resolución N° 20 de fecha 11 de setiembre de 2015, se notificó a Consorcio Metropolitano y ESSALUD, la Resolución N° 20, de trágase para resolver las solicitudes formuladas, señalándose el plazo de quince (15) días hábiles para resolver, plazo que se inicia con la fecha de la última notificación.
- 2.6 Que, en relación a la solicitud de integración formulado por el Seguro Social de Salud - ESSALUD, corresponde señalar que, el numeral 51 del Acta de Instalación de Árbitro Único Ad Hoc de fecha 17 de junio de 2014 dispone que (...) *Dentro del plazo de diez (10) días hábiles de notificado el laudo, las partes podrán pedir al árbitro único la rectificación, interpretación, integración y exclusión del laudo en lo que consideren conveniente*; sobre lo cual, el literal c) del numeral 1) del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1071 que Norma el Arbitraje, dispone que *“cualquiera de las partes puede solicitar la integración del laudo por haberse omitido resolver cualquier extremo de la controversia sometida a conocimiento y decisión del tribunal arbitral”*.

Al respecto, el Seguro Social de Salud – ESSALUD solicita integrar la decisión contenida en el séptimo extremo resolutivo del Laudo Arbitral emitido con fecha 14 de abril de 2015 y se pronuncie sobre la distribución y prorrateo de los costos en los que han incurrido las partes en el presente proceso, toda vez que al no existir una parte vencida, conforme se señala al motivar la decisión, correspondería que ambas asumamos dichos costos en proporciones iguales. Ello, lo sustentan en la medida que han asumido los

montos netos correspondientes a los gastos arbitrales ascendentes a S/. 12,000.00 (Doce Mil y 00/100 Nuevos Soles), mientras que el Consorcio Metropolitano asumió por S/. 11,000.00 (Once Mil y 00/100 Nuevos Soles).

Al respecto, Mantilla – Serrano, refiere que esta solicitud: “*solo se aplica a peticiones concretas hechas oportunamente por las partes dentro del procedimiento arbitral y que hayan sido ignoradas en el laudo*”¹

Sin embargo, en la solicitud de ESSALUD se ha omitido señalar que en el resolutivo siguiente (octavo), se dispuso que los montos se fijaban en los previamente cancelados, de acuerdo al detalle siguiente:

“SÉPTIMO: En cuanto a la sexta pretensión principal del Consorcio Metropolitano, **DISPÓNGANSE** que los costos del arbitraje sean asumidos por ambas partes, por los fundamentos expuestos en el acápite III.3.12 del Laudo Arbitral.

OCTAVO: FIJAR los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral, en los montos previamente cancelados”

Que, al respecto, se debe recordar que el 17 de junio de 2014, mediante el Acta de Instalación de Árbitro Único Ad Hoc extendida en la misma fecha, se dispuso en los numerales 52, 53, 54 y 55, el primer anticipo por honorarios arbitrales correspondientes a S/. 7,000.00 al Tribunal Arbitral Unipersonal y S/. 4,000.00 por la Secretaría Arbitral; siendo que los mismos fueron asumidos íntegramente por el Consorcio Metropolitano, por cuanto, al 15 de octubre de 2015 ESSALUD no había cumplido con su obligación.

¹ MANTILLA – SERRANO, Fernando. Ley de Arbitraje. IUSTEL. Madrid. 2005. Pp. 225

Que, siendo ello así, resulta concordante a los mayores gastos financieros que ha tenido que asumir el Consorcio Metropolitano, por haber tenido que asumir en una primera oportunidad el íntegro de los costos arbitrales, que los honorarios del Árbitro Único y de la Secretaría Arbitral, sean fijados en los montos previamente asumidos y cancelados por cada parte, por lo que habiéndose emitido pronunciamiento en el Laudo sobre la distribución de los costos del arbitraje, deviene en INFUNDADA la solicitud de integración formulada por ESSALUD.

- 2.7 Que, en relación a las solicitudes de rectificación formulada por el Consorcio Metropolitano, la demandante alega, que “*(...) Por lo tanto encontramos contradicción y hasta discriminación en dicho extremo al reconocer como válido un solo extremo de dicha acta de reunión (parte que favorece a la Entidad) y desconocer la propia manifestación de un funcionario de la Entidad que reconoce la indebida aplicación de la penalidad*”. Asimismo, respecto al segundo extremo del Laudo que solicita rectificación, señala que “*(...) la liquidación de contrato de obra efectuada por la Contratista ascendente a la suma de S/. 169'045.90 (Ciento Sesenta y Nueve Mil Cuarenta y Cinco y 90/100 Nuevos Soles) a favor del Contratista, por haber quedado consentida la misma mediante Carta Nro. 032-2013-CONSORCIO.METROPOLITANO/TACNA, ES LA ÚNICA QUE SE HA PRACTICADO; y, que la misma no ha sido objeto de observaciones por parte de la Entidad*”.

Que, la Ley de Arbitraje (Decreto Legislativo N° 1071) identifica la solicitud de rectificación en el literal a) del numeral 1) del artículo 58 del Decreto Legislativo N° 1071 que Norma el Arbitraje, en el cual se dispone que “*cualquiera de las partes puede solicitar la rectificación de cualquier error de cálculo, de trascipción, tipográfico o informático o de naturaleza similar*”.

Que, en el marco legal expuesto, se colige que la solicitud de "rectificación" de Consorcio Metropolitano no recae sobre errores de cálculo, de transcripción, tipográfico o informáticos o de naturaleza similar, sino que se encuentra referida sobre los fundamentos, la evaluación de las pruebas y al razonamiento del Laudo, encubriendo en realidad un cuestionamiento al fondo de lo decidido, naturaleza análoga a la de una pretensión impugnatoria, por lo tanto, corresponde ser declarada IMPROCEDENTE.

Sin perjuicio de ello, corresponde recoger lo señalado en el Laudo contenido en la Resolución N° 28, respecto a la resolución de contrato formulada por la Entidad:

"Por lo expuesto, el Árbitro Único una vez evaluadas y analizadas las argumentaciones de las partes, así como el caudal probatorio anexado por ellas en sus escritos, y estando a que el presente es un ARBITRAJE DE DERECHO, concluye que la Resolución del Contrato Administrativo efectuada por la Entidad mediante Carta Notarial N° 1213-GRATA-EsSalud-2012, se ha efectuado siguiendo las disposiciones expresas de los citados dispositivos"

Que, por lo tanto, el Tribunal Arbitral Unipersonal se ha pronunciado sobre todas las materias puestas en controversia en el proceso arbitral, siendo sus consecuencias de aplicación la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, norma bajo cuyo ámbito se suscribió el Contrato N° 044-OA-GRATA-ESSALUD-2011 "Contrato Ejecución de Obra Mejoramiento de los Servicios de Consulta Externa y Servicios de Laboratorio de Policlínico Metropolitano de la Red Asistencial Tacna".

Por lo que el Tribunal Arbitral, atendiendo a la fundamentación expuesta en los acápite precedentes:

III RESUELVE:

En la ciudad de Lima, el 07 de octubre de 2015:

PRIMERO: Declarar **INFUNDADA** la solicitud de ESSALUD de integración del Laudo Arbitral.

SEGUNDO: Declarar **IMPROCEDENTE** las solicitudes del Consorcio Metropolitano de rectificación del Laudo Arbitral.

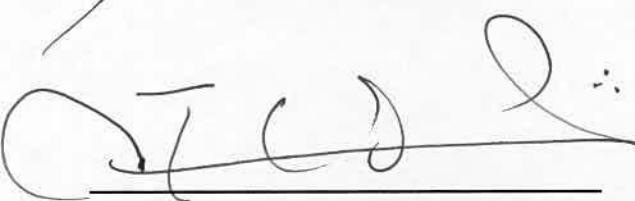
TERCERO: DISPONER que la Secretaría Arbitral remita la presente resolución a las partes en el plazo de diez (10) días hábiles de haber sido emitido, en equidad al plazo de notificación del Laudo dispuesto en el numeral 45 del Acta de Instalación del 17 de junio de 2014.

QUINTO: DISPONER que la Secretaría Arbitral remita copia de la presente resolución al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE.



JUAN MANUEL HURTADO FALVY

ÁRBITRO ÚNICO



JORGE LUIS SUAZO CAVERO

SECRETARÍA ARBITRAL