

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

EXPEDIENTE PUCP N° : 1410-122-17

DEMANDANTE : CONSORCIO HOSPITALARIO TRUJILLO (En adelante, el CONSORCIO, el DEMANDANTE, o la conjugación de éstas).

DEMANDADOS : ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES – OIM (En adelante, OIM, la ORGANIZACIÓN, el DEMANDADO o la conjugación de éstas).

SEGURO SOCIAL DE SALUD – ESSALUD, (En adelante, ESSALUD, el SEGURO, el DEMANDADO o la conjugación de éstas).

CONTRATO : N° 13-ESSALUD/OIM-2008
Para la Elaboración del Expediente Técnico y la Ejecución de la Obra: “Nuevo Hospital Regional de Alta Complejidad de la Libertad”.

MONTO DEL CONTRATO : S/ 116'175,040.81

MONTO DE LA CONTROVERSIAS :

TIPO Y NÚMERO DE PROCESO DE SELECCIÓN : Licitación Pública N° 013-ESSALUD/OIM-2008

(UNANIMIDAD/MAYORÍA) : UNANIMIDAD

FECHA DE EMISIÓN DEL LAUDO : 6 de noviembre de 2018

TIPO DE ARBITRAJE : NACIONAL Y DE DERECHO

TRIBUNAL ARBITRAL : JORGE VEGA SOYER
RICARDO ESPINOZA RIMACHI
GUSTAVO ADOLFO DE VINATEA
BELLATIN

SECRETARIA ARBITRAL : KARINA ULLOA ZEGARRA

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

Resolución N° 12

En Lima, a los seis días del mes de noviembre de 2018, el Tribunal Arbitral, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales, conforme a ley y las normas establecidas por las partes, actuados los medios probatorios, escuchado los argumentos sometidos y deliberados en torno a las pretensiones planteadas por las partes; y habiendo cumplido con los presupuestos procesales y no existiendo vicio alguno que afecte la validez del presente proceso arbitral, el cual se ha desarrollado cumpliendo todas sus etapas, el Tribunal Arbitral dicta el laudo siguiente:

I. CONVENIO ARBITRAL

El Convenio Arbitral está contenido en la Cláusula Décimo Octava del Contrato N° 13 ESSALUD/OIM-2008, para Elaboración del Expediente Técnico y la Ejecución de la Obra: "Nuevo Hospital Regional de Alta Complejidad de la Libertad" (en adelante, el CONTRATO), suscrito el 19 de enero de 2010, entre el CONSORCIO y OIM, la cual señala lo siguiente:

"DÉCIMA OCTAVA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

"Las partes acuerdan que harán lo posible por llegar a una solución amigable de cualquier litigio, controversia o reclamación resultante de este contrato o relativo a este contrato su interpretación, su incumplimiento, resolución o nulidad.

En el curso de las negociaciones directas, las partes procurarán arribar a una composición amistosa de la controversia mediante conciliación, la misma que se celebrará según el Reglamento de Conciliación de la OIM.

Si en la conciliación se llegara a un acuerdo parcial o no se arribara a un acuerdo, la controversia será solucionada mediante arbitraje, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la OIM. Las partes convienen en acatar el laudo arbitral, como fallo definitivo respecto de cualquier discrepancia.

Adicionalmente las partes acuerdan en relación al arbitraje al que se hace mención en el párrafo anterior, que éste deberá realizarse ante el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Nada de lo contenido en este contrato ni relativo al mismo será considerado como una renuncia a los privilegios e inmunidades de la ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES (OIM)"

En ese sentido, las partes se sometieron voluntariamente a un arbitraje, Nacional y de Derecho, a fin de resolver la controversia derivada del CONTRATO.

II. EL PROCESO ARBITRAL

INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL Y PROCEDIMIENTO ARBITRAL APLICABLE

Con fecha 10 de octubre de 2017, se realizó la audiencia de instalación de Tribunal Arbitral, con presencia y participación del representante del Consorcio Hospitalario Trujillo, la Organización Internacional para las Migraciones y el Seguro Social de Salud. Asimismo, en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral (En adelante El Acta) se señalaron las reglas del proceso y se fijaron los anticipos de honorarios del Tribunal Arbitral y la Secretaría Arbitral.

Cabe resaltar que las partes han aceptado plenamente la designación del Tribunal Arbitral, al no haber recusado a los mismos ni manifestado motivo alguno para dudar de su independencia e imparcialidad, dentro de los plazos y oportunidades establecidos en el Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que norma el arbitraje, en adelante la Ley de Arbitraje.

NORMATIVIDAD APLICABLE AL PROCESO ARBITRAL

La normatividad aplicable en el presente proceso arbitral se encuentra establecida en los numerales 10 y 11 del Acta de Instalación que determina lo siguiente:

10. Será de aplicación al presente proceso el Reglamento de Arbitraje de la Organización Internacional de las Migraciones (OIM) y en forma supletoria las reglas dispuestas en el Reglamento de Arbitraje de la PUCP y el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que Norma el Arbitraje. Adicionalmente, el Tribunal Arbitral podrá recurrir, según su criterio, a los principios arbitrales, así como a los usos y costumbres en materia arbitral.
11. En caso de discrepancias de interpretación o de insuficiencia de las reglas que anteceden, el Tribunal Arbitral resolverá en forma definitiva, del modo que considere apropiado.

III. ACTUACIONES ARBITRALES

1. Que, con fecha 15 de noviembre de 2017 el DEMANDANTE presenta su escrito de Demanda Arbitral. Mediante Resolución N° 02 de fecha 21 de noviembre de 2017, el Tribunal Arbitral resolvió admitir la demanda arbitral y correr traslado de la demanda a ESSALUD y OIM por un plazo de quince (15) días hábiles para que cumpla con contestarla y de considerarlo conveniente formule reconvención.

DEMANDA ARBITRAL:

2. El DEMANDANTE presentó su escrito de Demanda Arbitral, formulando las siguientes pretensiones:

- **PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que, el Tribunal Arbitral declare consentida la Liquidación Final de Obra presentada por el Contratista con fecha 30 de enero de 2017, y asimismo, ordene a ESSALUD pagar a favor del Contratista la suma de S/. 13'027,092.92 (Trece Millones Veintisiete Mil Noventa y Dos con 92/100 Nuevos Soles) más IGV e intereses, como saldo a favor del Contratista en la Liquidación Final de la Obra.
- **PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que, en caso se desestime la primera pretensión principal, solicitamos que el Tribunal Arbitral apruebe la Liquidación Final de la Obra presentada por el Contratista con fecha 30 de enero de 2017, y asimismo, ordene a ESSALUD pagar a favor del Contratista la suma de S/. 13'027,092.92 (Trece Millones Veintisiete Mil Noventa y Dos con 92/100 Nuevos Soles) más IGV e intereses, como saldo a favor del Contratista en la Liquidación Final de la Obra.
- **SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que, el Tribunal Arbitral determine que sea la Entidad quien asuma el mayor costo por renovación de las Cartas Fianza generado durante el presente arbitraje; en ese sentido, ordene a ESSALUD pagar a favor del Contratista el monto por la renovación de las Cartas Fianza durante el trámite del presente arbitraje desde el 30/01/2017 hasta la fecha en que se notifique el laudo.
- **TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que, el Tribunal Arbitral ordene a ESSALUD, se abstenga de exigir nuevas renovaciones de cartas fianzas y devuelva al Contratista, al día siguiente de emitido el laudo, el original de las Cartas Fianza que aún mantiene en su custodia.
- **CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:** Que, el Tribunal Arbitral determine que sea ESSALUD quien asuma las costas y costos del presente arbitraje.

RESUMEN DE LOS FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA ARBITRAL:

A. RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN:

- El demandante señala que, de conformidad con el procedimiento dispuesto, mediante Carta N° 003-2017-CHT, recepcionada el 30 de enero de 2017, el Consorcio cumplió con presentar su Liquidación Final de la Obra.
- En ese sentido, de conformidad con las reglas dispuestas en las Bases del Contrato, la OIM tenía un máximo de treinta (30) días hábiles para emitir el pronunciamiento correspondiente, bajo apercibimiento de que la liquidación quede consentida para todos los efectos, dicho plazo vencía el 13 de marzo de 2017.
- El Consorcio señala que hasta el 13 de marzo de 2017, no existe pronunciamiento expreso de la OIM en relación a la Liquidación Final

de la Obra; con lo cual, la misma quedó consentida para todos los efectos.

B. RESPECTO A LA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

- El Consorcio establece en la pretensión subordinada que el Tribunal Arbitral, en caso desestime la primera pretensión principal, deberá determinar la aprobación de la Liquidación Final de la Obra sustentando cada concepto detallado en su Liquidación, el mismo que asciende a S/. 13'027,092.92 (Trece Millones Veintisiete Mil Noventa y Dos con 92/100 Nuevos Soles).

C. RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

- El Consorcio expresa que siendo el presente Contrato uno de Obra, en donde se entregan adelantos para la ejecución normal de la misma, las partes pactaron que el Consorcio debía entregar una Garantía de Fiel Cumplimiento, la cual debía permanecer vigente hasta la aprobación de la Liquidación Final de la Obra.
- En el presente caso, a pesar de que el Consorcio ya culminó con la ejecución de la obra, y además cuenta con una Liquidación Final de Obra debidamente consentida, la Entidad aún tiene la Garantía de Fiel Cumplimiento en su poder, lo cual nos viene perjudicando en las constantes renovaciones que viene realizando, a pesar del cumplimiento de sus obligaciones.

D. RESPECTO A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

- Respecto a la Tercera Pretensión Principal, el Consorcio demandante solicita que al estar la Liquidación de Obra consentida para todos los efectos, corresponde que se devuelva a su favor la Garantía de Fiel Cumplimiento otorgado, tal y como lo dispone el propio numeral 38) de las Bases del Contrato.

E. RESPECTO A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

- Respecto a la Cuarta Pretensión, el Consorcio demandante señala que no habiendo nada en específico pactado en el convenio arbitral, es claro manifestar que "A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida". Al respecto, si bien en la norma se le confiere a los árbitros la facultad de apartarse de tal disposición de condena, queda claro que ello corresponde una excepción a la regla, siendo por ende que la regla general sea ante la falta de acuerdo de las partes se opte porque la parte vencida asuma la totalidad de los costos del proceso.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA, POR ESSALUD:

Con fecha de recepción 14 de diciembre de 2017, SEGURO SOCIAL DE SALUD presenta su escrito de Contestación de Demanda manifestando lo siguiente:

A. CON RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

- La Entidad expresa que la O.I.M ha comunicado al Consorcio, la evaluación efectuada por ESSALUD de la Liquidación Final de la Obra dentro de los plazos establecidos en las Bases, comunicando que la documentación presentada por su representada ha sido OBSERVADA por la supervisión de obra, debido a que presenta errores de cálculo y en algunos casos no se ajusta a lo estipulado en los documentos contractuales y al Reglamento de la Ley que rige como norma supletoria.
- Además, de acuerdo a lo indicado en el último párrafo del Art. 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, aprobado mediante D.S. N° 184-2008-EF, que rige como norma supletoria, no es procedente dar inicio al trámite de la Liquidación de Obra, considerando que se encuentra pendiente de resolver una demanda de anulación parcial de Laudo Arbitral presentada por ESSALUD, referida a la invalidez del punto 2) del Acta de verificación de obra.
- El punto 37.3 de las Bases indica que la O.I.M. puede observar la liquidación o elaborar otra, lo que significa que puede optar por una de las dos alternativas. En el presente caso la O.I.M. ha observado la Liquidación, mediante Carta N° 0257/2017/OIM, de fecha 9 de marzo de 2017; por tanto, la Liquidación de Obra no ha quedado consentida.

B. CON RESPECTO A LA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

- La Entidad en su escrito de contestación de demanda procede a observar los conceptos presentados por el Consorcio en su Liquidación Final de la Obra solicitando se desestime dicha pretensión.

C. CON RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

- Sobre el particular, la Entidad señala que, de acuerdo a lo indicado en la Cláusula Décima Séptima del Contrato, la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento debe mantenerse vigente hasta la aprobación de la Liquidación Final. Asimismo, el artículo 158° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado menciona que la Carta Fianza debe tener vigencia hasta la conformidad de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras.
- En el presente caso, la liquidación final no ha sido consentida; por lo que corresponde al contratista asumir los gastos financieros por la renovación de las cartas fianzas.

D. CON RESPECTO A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL:

- De acuerdo a lo indicado en el Contrato y en el Reglamento, la Carta Fianza de fiel cumplimiento debe mantenerse vigente hasta el consentimiento de la liquidación final, por lo que Essalud deberá exigir su renovación hasta que la liquidación quede consentida.

E. CON RESPECTO A LA CUARTA PRETENSIÓN PRINCIPAL

- La Entidad señala que el Consorcio debe ser quien asuma los gastos del proceso, debido a que sus pretensiones deberán ser declaradas infundadas.
3. Que, mediante Resolución N° 04 de fecha 27 de diciembre de 2017, el Tribunal Arbitral resolvió admitir el escrito de contestación de demanda presentado el 14 de diciembre de 2017 por ESSALUD y citó a las partes a la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos para el día martes 16 de enero de 2018 a las 17:00 horas precisando que en dicha Audiencia se procederá a la admisión de medios probatorios.

**AUDIENCIA DE DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS Y
ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS**

4. En la audiencia realizada el 16 de enero de 2018, no se arribó a un acuerdo conciliatorio por decisión de ambas partes.

DETERMINACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS:

5. El Tribunal Arbitral establece los puntos controvertidos presentados por el Consorcio en su escrito de demanda arbitral presentado el 15 de noviembre de 2017, formulando lo siguiente:

Primer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no declarar consentida la Liquidación Final de Obra presentada por el CONSORCIO con fecha 30 de enero de 2017; asimismo, ordene a ESSALUD pagar a favor del Contratista la suma de S/. 13'027,092.92 (Trece Millones Veintisiete Mil Noventa y Dos con 92/100 Nuevos Soles) más IGV e intereses, como saldo a favor del Contratista en la Liquidación Final de la Obra.

Segundo Punto Controvertido: En caso se desestime la primera pretensión principal, determinar si corresponde o no declarar aprobar la Liquidación Final de la Obra presentada por el CONSORCIO con fecha 30 de enero de 2017; asimismo, se ordene a ESSALUD pagar a favor del CONSORCIO la suma de S/. 13'027,092.92 (Trece Millones Veintisiete Mil Noventa y Dos con 92/100 Nuevos Soles) más IGV e intereses, como saldo a favor del CONSORCIO en la Liquidación Final de la Obra.

Tercer Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar a ESSALUD asumir el mayor costo por renovación de las Cartas Fianza generado durante el presente arbitraje; en ese sentido, se ordene a ESSALUD pagar a favor del CONSORCIO el monto por la renovación de

las Cartas Fianza durante el trámite del presente arbitraje desde el 30/01/2017 hasta la fecha en que se notifique el laudo.

Cuarto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no ordenar a ESSALUD, se abstenga de exigir nuevas renovaciones de cartas fianzas y devuelvan al CONSORCIO, al día siguiente de emitido el laudo, el original de las Cartas Fianza que aún mantiene en su custodia.

Quinto Punto Controvertido: Determinar si corresponde o no que se ordene a ESSALUD asumir las costas y costos del presente arbitraje.

ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS:

- Se admitieron los documentos ofrecidos por EL CONSORCIO en su escrito de demanda, los cuales se encuentran identificados desde el Anexo 1 al 14.
 - Se admitieron los documentos ofrecidos por ESSALUD en el acápite VI. ANEXOS del escrito de contestación de demanda, los cuales se encuentran identificados desde el numeral 1-A al 1-U.
6. Que, mediante Resolución N° 06 de fecha 27 de abril de 2018, el Tribunal Arbitral declaró finalizada la etapa probatoria y otorgó a las partes el plazo de cinco (05) días hábiles, a fin de que presenten sus conclusiones o alegatos escritos.

ALEGATOS

7. Con fechas 08 y 09 de mayo de 2018, el CONSORCIO y ESSALUD presentan sus alegatos escritos, respectivamente. Mediante Resolución N° 07 de fecha 24 de mayo de 2018, el Tribunal Arbitral tuvo por presentados los alegatos presentados y citó a las partes a la Audiencia de Informe Orales, la que se llevó a cabo el día jueves 07 de junio de 2018 a las 15:00 horas.
8. Que, mediante Resolución N° 08 de fecha 06 de junio de 2018, el Tribunal Arbitral reprogramó la Audiencia de Informes Orales para el día 20 de junio de 2018, a las 16:00 horas.

AUDIENCIA INFORME ORAL

9. Estando a la fecha y hora pactada, se realizó la Audiencia de Informes Orales con la asistencia del Consorcio Hospitalario Trujillo y el Seguro Social del Salud dejando constancia de la inasistencia de la Organización Internacional para las Migraciones.
10. En dicho acto, se otorga el plazo de diez (10) días hábiles a las partes a los efectos de que ratifiquen, a través de sus respectivos representantes debidamente facultados y acreditados, para la ampliación de plazo para

laudar a cuarenta y cinco (45) días hábiles, prorrogables por cuarenta y cinco (45) días adicionales. Asimismo, en el mismo plazo, deberán presentar copia simple del laudo referido en sus exposiciones, además de los recursos contra laudo y de la resolución.

11. Con fecha 05 de julio de 2018 el Seguro Social de Salud cumple el requerimiento efectuado por el Tribunal Arbitral en la Audiencia de Informes Orales.
12. Con fecha 05 de julio de 2018, el Consorcio Hospitalario Trujillo cumple con el requerimiento efectuado por el Tribunal Arbitral en la Audiencia de Informes Orales.

PLAZO PARA LAUDAR

13. Mediante Resolución N° 10 de fecha 17 de agosto de 2018, se fijó el plazo para laudar de cuarenta y cinco (45) días hábiles, el que fue prorrogado hasta el 6 de noviembre de 2018, según Resolución N° 11 de fecha 18 de octubre de 2018.

CONSIDERANDO:

A) CUESTIONES PRELIMINARES:

En principio, el Tribunal Arbitral verifica el cumplimiento de los principios y garantías del arbitraje, es especial:

- (i) Que, este Colegiado Arbitral se constituyó de acuerdo al convenio arbitral suscrito por las partes;
- (ii) Que, los miembros del Tribunal Arbitral no han sido recusados. Del mismo modo, tampoco se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral;
- (iii) Que, el CONSORCIO presentó su demanda dentro del plazo establecido;
- (iv) Que, LA ENTIDAD fue debidamente emplazada con la demanda y, por ello, contestó la demanda;
- (v) Que, las partes tuvieron plena oportunidad para ofrecer y actuar todos sus medios probatorios;
- (vi) Que, las partes han tenido la facultad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente;
- (vii) Que, este Tribunal Arbitral procede a emitir el presente Laudo dentro del plazo establecido;
- (viii) Que, para emitir el presente laudo, el Tribunal Arbitral ha analizado los argumentos expuestos por ambas partes, y ha examinado las pruebas presentadas y admitidas, de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, recogido en el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje;
- (ix) Que, el sentido de la decisión es el resultado del análisis de la controversia en los términos planteados por ambas partes, así como, el análisis de la doctrina nacional y los pronunciamientos del Organismo Superior de las Contrataciones del Estado;

B) POSICIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL SOBRE LAS MATERIAS CONTROVERTIDAS:

1. Antes de analizar la cuestión controvertida, este Tribunal considera conveniente determinar el marco legal aplicable.

La presente controversia se genera producto de la Licitación Pública N° 013-ESSALUD/OIM-2008 que derivó en la suscripción del Contrato de Elaboración de Expediente Técnico y Ejecución de la Obra: "Nuevo Hospital Regional de Alta Complejidad de la Libertad".

La Cláusula Vigésima Segunda del Contrato establece el Régimen Legal aplicable para interpretación del Contrato, estableciéndose el siguiente orden de prelación:

- El Contrato.
 - Bases de Licitación.
 - Términos de Referencia.
 - Especificaciones Técnicas.
 - Programa Médico Funcional y Programa de Áreas.
 - Memoria Descriptiva.
 - Criterios de Evaluación.
 - Formularios.
 - Propuesta Técnica y Económica de EL CONTRATISTA.
2. Que, constituyen principios esenciales que rigen todo arbitraje, sea éste de derecho o de conciencia, los principios de audiencia, contradicción y trato igualitario a las partes, los mismos que han sido recogidos expresamente en el Acta de Instalación del Tribunal Arbitral. En ejercicio del principio de contradicción, las partes han podido alegar y contradecir las argumentaciones y pruebas aportadas al proceso, lo que de hecho ha sucedido en el curso de este arbitraje.

Que, asimismo, los medios probatorios en general tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el Juzgador respecto a los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones cuando se trata de un arbitraje de derecho; siendo sin embargo facultad de los árbitros en cualquier tipo de arbitraje decidir de manera exclusiva sobre admisibilidad, pertinencia y valor de las pruebas.

Al respecto, debe decirse que, desde un punto de vista general y aplicable a todo tipo de proceso, la doctrina comparada ha señalado en tema de valoración de pruebas que:

"...en el análisis de la prueba ofrecida y producida, los jueces no están obligados a ponderar una por una y exhaustivamente todas las pruebas agregadas a la causa, sino aquellas que estimen conducentes para fundar sus conclusiones.

En igual sentido, se ha decidido que es facultad del juzgador preferir unas pruebas sobre otras, haciendo referencia expresa a las que han servido más decididamente a las conclusiones a que se arriba, sin que ello autorice a afirmar que las otras no han sido computadas...”¹

En sede arbitral, lo dicho precedentemente encuentra una explicación aún más libre, pues a diferencia del proceso judicial en donde la valoración de las pruebas debe ser conjunta, el árbitro se encuentra facultado a resolver libremente sobre la pertinencia, admisibilidad y valor de las pruebas, conforme lo señala el artículo 43º del D.L. 1071 – Ley de Arbitraje, aplicable al presente caso:

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

La norma antedicha faculta al árbitro para determinar el valor de los medios probatorios que según su apreciación sean pertinentes para fundar sus conclusiones. En este sentido, el principio es el de libre valoración, el cual debe ejercitarse sobre la base de una apreciación razonada y razonable de los medios probatorios aportados. Ello ha sido bien 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...”²

3. Previo al análisis de los puntos controvertidos y, una vez expuesto el marco normativo aplicable al presente arbitraje, se debe analizar la naturaleza del Contrato. Al respecto, se aprecia que el referido Contrato es uno de naturaleza administrativa, toda vez que una de las partes es una Entidad Estatal; razón por la cual, se estima menester de este Tribunal Arbitral explorar la evolución y demás doctrina del “contrato administrativo”; estudio que nos guiará en el camino que este laudo arbitral busca seguir.
- 3.1. Los orígenes del “contrato administrativo” según la explicación de Ramón Parada proviene de la sustracción de competencia de la jurisdicción común o privada que hiciera primero Francia y posteriormente Bélgica y España en el siglo XIX respecto de los contratos celebrados por la administración, reservándolos estos a la jurisdicción administrativa, jurisdicción exclusiva y excluyente ejercidas por los Consejos de Prefectura y el Consejo de Estado Francés³.

¹ VARELA, Casimiro A, “Valoración de la Prueba”, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L. Buenos Aires, Argentina. 1990. Pág. 52.

² HINOJOSA SEGOVIA, Rafael, “El Recurso de Anulación contra los Laudo Arbitrales (Estudio Jurisprudencial)”. Editorial Revista de Derecho Privado/ Editoriales de Derecho Reunidas S.A. Madrid, España. 1991. Pág. 309.

³ PARADA, Ramón, Derecho Administrativo, 6º ed., Marcial Pons Ediciones Jurídicas, Madrid, 1994, T.I, p. 264.

Eduardo García de Enterria y Tomás Ramón Fernández sostienen que la distinción entre contratos administrativos y privados comenzó siendo únicamente de carácter procesal, careciendo de trascendencia material o sustantiva, surgiendo esta diferencia como una excepción al esquema estructural del derecho administrativo de la época basada en los actos de autoridad y actos de gestión, dictados los primeros imperativamente sometiéndose al derecho privado⁴.

- 3.2. Que, de la evolución del contrato administrativo corresponde exponer la sustantividad y la clasificación o determinación del mismo.

En ese sentido, según el Criterio Subjetivo establece que un contrato es administrativo si una de las partes es la administración pública. Por otro lado, el Criterio de la Jurisdicción desarrolla el concepto de que el contrato será administrativo si se encuentra en el ámbito de la jurisdicción administrativa. Asimismo, el Criterio Formal se refiere al hecho que el contrato administrativo está ligado a una formalidad específica para su celebración (sistemas o procedimientos de selección). Finalmente, tenemos el Criterio de la definición legal, el cual establece que son contratos administrativos los que así sean señalados por la ley; no obstante, ninguno de los criterios mencionados configura una definición uniforme o completa de lo que es el contrato administrativo.

Juan Carlos Cassagne expresa: "Así, la sustantividad del contrato administrativo se revela cuando el acuerdo es celebrado por un órgano del Estado en ejercicio de la función administrativa⁵".

Ante la insuficiencia de los criterios antes expuestos, se opta por analizar si en el contrato se verifican de modo paralelo varios de éstos. Cuantos más criterios se hallen, más certeza se tendrá respecto de la existencia de un contrato administrativo.

- 3.3. En referencia a la denominación del contrato administrativo, Manuel María Diez señala que el contrato administrativo 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.⁶" Por su parte Juan Carlos Cassagne indica que "En el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo (ius variandi, interpretación, equilibrio financiero, etc.)."

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás, *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1989, p. 655.

⁵ CASSAGNE, Juan Carlos, "La sustantividad del contrato administrativo y sus principales consecuencias jurídicas", en *Revista de Derecho Público*, N° 9, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1996, p. 2.

⁶ MARÍA DIEZ, Manuel. *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Editorial Plus Ultra, 1979, segunda edición, Tomo III, Pág. 33.

Alberto Retamozo Linares define al contrato administrativo como "la declaración bilateral o de voluntad común productora de efectos jurídicos entre dos personas de las cuales una está en ejercicio de la función administrativa ejerciendo sus prerrogativas en cuanto a su interpretación, ejecución y extinción cuidando de no alterar la ecuación financiera del mismo"⁷.

4. Que habiendo desarrollado la naturaleza del Contrato bajo análisis y, previo al análisis de la cuestión controvertida, el Tribunal Arbitral fijará el orden en que se analizarán los puntos controvertidos, a efectos de que haya mejor orden entre los considerados y lo que finalmente se resuelva.

RESPECTO AL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR CONSENTIDA LA LIQUIDACIÓN FINAL DE OBRA PRESENTADA POR EL CONSORCIO CON FECHA 30 DE ENERO DE 2017; ASIMISMO, ORDENE A ESSALUD PAGAR A FAVOR DEL CONTRATISTA LA SUMA DE S/. 13'027,092.92 (TRECE MILLONES VEINTISIETE MIL NOVENTA Y DOS CON 92/100 NUEVOS SOLES) MÁS IGV E INTERESES, COMO SALDO A FAVOR DEL CONTRATISTA EN LA LIQUIDACIÓN FINAL DE LA OBRA.

1. La pretensión planteada por el Consorcio Hospitalario Trujillo tiene por objeto que se declare consentida la Liquidación Final de la Obra a favor del Contratista por la suma de S/. 13'027,092.92 (Trece Millones Veintisiete Mil Noventa y Dos con 92/100 Soles).
2. Como bien se ha manifestado en el presente laudo arbitral, el Contratista ha expresado que mediante Carta N° 003-2017-CHT de fecha 30 de enero de 2017 procedió a presentar la Liquidación Final de la Obra de acuerdo a lo establecido en el Contrato materia de controversia.
3. Al respecto, este Tribunal Arbitral considera necesario y conveniente analizar qué es lo que establece el referido contrato en lo que respecta a la Liquidación del Contrato. En ese sentido, la Cláusula Vigésima señala lo siguiente:

"CLÁUSULA VIGÉSIMA: TÉRMINO DE LA OBRA Y LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

Una vez terminada la ejecución de la obra **EL CONTRATISTA** deberá comunicar de tal hecho a OIM y ésta, a su vez, designará al Comité de Recepción, el cual seguirá de manera estricta los procedimientos y plazos establecidos en las Bases.

EL CONTRATISTA entregará a OIM la Liquidación Final de Obra debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, la misma que será revisada dentro de los plazos establecidos para tales efectos, todo esto cumpliendo con las formalidades señaladas en las Bases. De igual manera, **EL CONTRATISTA** deberá entregar la Memoria

⁷ Alberto Retamozo Linares, Contrataciones adquisiciones del Estado y normas de control 9° edición T. I EDIT Gaceta Jurídica pág. 826.

Descriptiva Valorizada correspondiente a la obra materia del presente contrato."

4. Como puede observarse, el Contrato materia de controversia establece la obligación del Contratista de presentar ante la OIM la Liquidación Final de la Obra con el sustento y conceptos correspondientes dentro de los plazos establecidos y con las formalidades indicadas en las Bases.
5. Atendiendo a que las formalidades establecidas para la presentación de la Liquidación Final de la Obra se encuentran en las Bases del Proceso que derivó el Contrato materia de controversia, consideramos necesario verificar qué es lo que establecen las Bases sobre la Liquidación Final de la Obra, pues dichas formalidades se encuentran en el numeral 37.0 que indica:

"37.0 LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO

37.1 El Contratista presentará a la Supervisión la liquidación del contrato, debidamente sustentada, con la documentación y cálculos detallados, suscrita por el representante legal del Contratista, la misma que hará llegar a OIM dentro de los sesenta (60) días calendarios, contados desde el día siguiente a la Recepción de la Obra, la misma que estará compuesta de acuerdo a lo indicado en el ítem 6.5.8 de los Términos de Referencia.

37.2 Con la liquidación, el Contratista entregará a OIM la Memoria Descriptiva valorizada y Minuta de Declaratoria de Fábrica, así como los pagos efectuados por este concepto, las actas de recepción, instalación y prueba operativa de los equipos correspondiente.

37.3 La OIM emitirá su pronunciamiento dentro de los 30 días hábiles de presentada la liquidación por el Contratista, quien podrá observarla de considerarlo pertinente o elaborando otra.

37.4 Si en caso OIM no estuviera conforme con la liquidación de El Contratista, practicará otra con toda la documentación sustentatoria y con los cálculos detallados, la misma que será notificada al Contratista.

37.5 Si el Contratista no entrega la liquidación del contrato en el plazo indicado, la OIM la elaborará en idéntico plazo, siendo de cargo del CONTRATISTA los gastos en que se incurra para su elaboración, los cuales serán deducidos de cualquier suma adeudada al CONTRATISTA o en su defecto de la garantía de fiel cumplimiento del Contrato. La OIM remitirá la liquidación al CONTRATISTA para que pueda observarla dentro de los quince (15) días naturales de recibida.

37.6 La liquidación quedará consentida cuando practicada por una de las partes, no sea observada por la otra, dentro del plazo establecido.

En el caso que una de las partes no acoga las observaciones formuladas por la otra, aquella deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los siete (07) días naturales siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el

sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje según corresponda.

Una vez que la Liquidación haya quedado consentida, el Contrato quedará concluido debiendo cerrarse el expediente de la Liquidación Final de la Obra.

Previo el pago del saldo de Liquidación, la OIM descontará del importe del mismo, los siguientes conceptos:

- a) Sumas anteriores ya pagadas en las planillas o Valorizaciones Mensuales de Avance de Obra, consignados como saldo en contra del CONTRATISTA.
- b) Reposición por daños atribuidos al CONTRATISTA, si hubiera.
- c) El porcentaje correspondiente a la recuperación de anticipos, si hubiera saldos pendientes.
- d) Las multas y penalidades, si hubieran.

En caso que los montos a deducir superasen los pagos a efectuar de acuerdo con la Liquidación Final, la OIM comunicará de inmediato al CONTRATISTA para que en un plazo de diez (10) días calendario efectúe el pago del saldo correspondiente, de no cumplir con ello se procederá a la ejecución de la Fianza de Cumplimiento del Contrato y retener los monto no percibidos.

37.7 Toda discrepancia respecto a la Liquidación, se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias en las presentes Bases según corresponda, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

37.8 Una vez que la Liquidación haya quedado consentida, el Contrato quedará concluido debiendo cerrarse el expediente de la contratación.”

6. Las Bases establecen el plazo de sesenta (60) días calendarios para que el Contratista cumpla con presentar la Liquidación Final de la Obra así como establece el plazo de treinta (30) días hábiles para que la OIM cumpla con emitir el pronunciamiento correspondiente a la Liquidación de la Obra ya sea observándola o elaborando otra.
7. Las Bases establecen específicamente que si en caso la OIM (en ningún caso señalan ESSALUD) no estuviera conforme con la liquidación presentada por el Contratista practicará otra Liquidación con toda la documentación sustentatoria y con los cálculos debidamente detallados.
8. Ello quiere decir que, la OIM al momento de evaluar la Liquidación Final de la Obra tiene dos opciones, observar la Liquidación presentada por el Contratista o, en su defecto, elaborar una nueva Liquidación Final de la Obra.

9. Teniendo en cuenta ello, pasaremos a analizar los actos realizados por EL CONTRATISTA y los actos realizados por la OIM en el procedimiento de liquidación del contrato, objeto del presente proceso; así, mediante Carta N° 003-2017-CHT de fecha 30 de enero de 2017, el Contratista presenta la Liquidación Final de la Obra; por su parte, la OIM mediante Carta N° 0257/2017/OIM de fecha 09 de marzo de 2017, la OIM comunica al Contratista que ESSALUD habría formulado observaciones a la liquidación de la Obra.
10. De los actos de las partes, se advierte que el Contratista cumplió con presentar la Liquidación Final del Contrato y que OIM no formuló observación alguna ni mucho menos elaboró una nueva Liquidación Final del Contrato en aplicación de lo dispuesto por el artículo 37.3 de las Bases del Contrato

37.3 La OIM emitirá su pronunciamiento dentro de los 30 días hábiles de presentada la liquidación por el Contratista, quien podrá observarla de considerarlo pertinente o elaborando otra.

11. Asimismo, este Colegiado advierte que aparentemente la OIM no emitió observación o elaboró una nueva Liquidación de Contrato por considerar que en aplicación del último párrafo del artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones aprobado por D.S. N° 184-2008-EF que rige como norma supletoria para el contrato de la referencia a), no era procedente dar inicio al trámite de la Liquidación de Obra, considerando que se encuentra pendiente de resolver una demanda de anulación parcial de Laudo Arbitral presentado por ESSALUD referida a la invalidez del punto 2) del Acta de Verificación de Obra.
12. Sobre el particular, el artículo 52º de la Ley de Contrataciones del Estado dispone: Artículo 52.- Solución de Controversias. “Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. La conciliación debe realizarse en un centro de conciliación público o acreditado por el Ministerio de Justicia ...”
13. Conforme se advierte del citado artículo las controversias derivadas de la ejecución de un contrato suscrito dentro del marco de la Ley de Contrataciones del Estado, norma de aplicación al presente proceso, solo pueden ser sometidas a CONCILIACION o ARBITRAJE, esto es, para que exista una controversia pendiente de resolver tiene que haber en trámite una CONCILIACION o un ARBITRAJE, situación que no ha ocurrido en el presente caso, por cuanto, el ordenamiento legal aplicable a las contrataciones con el Estado no le otorga a la presentación del recurso de anulación la calidad de controversia por ser de naturaleza procesal jurisdiccional.

14. Concordante con lo expuesto y de manera precisa la opinión N° 101-2013/DTN en el numeral 3.3 de las CONCLUSIONES, expresamente señala que “No es posible efectuar la liquidación de un contrato de obra mientras estén vigentes procesos de conciliación y/o arbitraje relativos a dicho contrato. En ningún extremo de la opinión del OSCE se hace referencia a la presentación de un recurso de anulación que tenga la calidad de controversias pendiente de resolver.
15. Sobre el particular, se advierte que OIM habría determinado la imposibilidad de resolver la Liquidación Final del Contrato en base a la existencia de un proceso de anulación de laudo arbitral pendiente de resolver, limitándose a señalar que ESSALUD habría determinado i) la existencia de una demanda de anulación de laudo y ii) la existencia de errores de cálculo en dicha liquidación.
16. En lo que respecta a la presentación de una demanda de anulación de laudo pendiente de resolver, este Colegiado considera debe determinar la naturaleza del recurso de anulación de laudo arbitral manifestando que dicho recurso es de carácter excepcional, restrictivo y extraordinario, sin que constituya una instancia más dentro del correspondiente proceso.
17. El recurso de anulación de laudo arbitral se orienta a cuestionar el laudo por errores in procedendo, esto es, por violación estricta a las leyes procesales que comprometen la forma de las actuaciones arbitrales por violar normas reguladoras de la actividad procesal, desviar el juicio o vulnerar las garantías del derecho de defensa y del debido proceso.
18. A través del recurso extraordinario de anulación de laudo arbitral es imposible efectuar la revisión del laudo por cuestiones de mérito o de fondo, errores en la motivación de leyes sustantivas, en otras palabras, es imposible verificar si el Tribunal Arbitral o Árbitro Único obró o no conforme al derecho sustancial (falta de aplicación de la ley sustantiva, indebida aplicación o interpretación errónea), ni plantear o revivir un nuevo debate probatorio o considerar si hubo o no un yerro en la valoración de las pruebas o en las conclusiones a las cuales arribó el correspondiente Tribunal Arbitral o Árbitro Único puesto que la Sala encargada de analizar el recurso de anulación no es superior jerárquico en un proceso arbitral o segunda instancia y, en consecuencia, no podrá intervenir en el juzgamiento del asunto de fondo para modificar sus decisiones, por no compartir sus razonamientos o criterios.
19. En ese sentido, el recurso de anulación de laudo arbitral no puede resolver por ningún motivo respecto a criterios sobre el fondo de la controversia siendo de manera excepcional, que la Sala encargada de analizar el recurso de anulación pueda corregir o adicionar el laudo si prospera la causal de incongruencia, al no haberse decidido sobre cuestiones sometidas al conocimiento de los árbitros o por haberse pronunciado sobre

aspectos no sujetos a la decisión de los mismos o por haberse concedido más de lo pedido.

20. Dicho ello, a mayor abundamiento, es preciso y necesario tener en cuenta lo establecido en la Opinión N° 161-2016/DTN que señala:

“(...) ¿La causal de anulación de Laudo prevista en el numeral 52.3) del Artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado faculta la revisión del fondo del Laudo Arbitral?” (sic).

2.2.1 Sobre el particular, debe señalarse que el numeral 2 del artículo 62 del Decreto Legislativo N° 1071 indica que el recurso de anulación de laudo, “(...) se resuelve declarando la validez o la nulidad del laudo. Está prohibido bajo responsabilidad, pronunciarse sobre el fondo de la controversia o sobre el contenido de la decisión o calificar los criterios, motivaciones o interpretaciones expuestas por el tribunal arbitral.”

Por tanto, de conformidad con el Decreto Legislativo N° 1071, cuando los órganos judiciales declaren la nulidad del laudo por la inobservancia del orden de preferencia previsto en el numeral 52.3 del artículo 52 de la anterior Ley, estos no podrán efectuar la revisión de fondo del laudo arbitral.

21. Teniendo en cuenta la posición del OSCE, es preciso manifestar a las partes que el laudo arbitral emitido en ninguna medida puede pronunciarse respecto al fondo de la controversia pues el recurso de anulación de laudo arbitral es el único mecanismo por el cual la parte afectada puede acudir ante la jurisdicción ordinaria con la finalidad de cuestionar la decisión arbitral por causales expresamente previstas en la ley, siendo restringido a los jueces el entrar a conocer el fondo de lo resuelto.
22. En ese sentido, pretender no dar trámite a una liquidación final de contrato por la interposición de un recurso de anulación resulta incorrecto puesto que, dicho recurso no determina la existencia de controversias pendientes de resolver en la ejecución de un contrato ni establece las razones por las que la Liquidación Final de la Obra no debe ser amparada.
23. La Liquidación Final de la Obra es el procedimiento final que se efectúa en la ejecución de un contrato pues con dicha Liquidación se cierra el expediente de contratación como bien lo indica el numeral 37.0 de las Bases. Esto quiere decir que, para que se inicie el procedimiento de Liquidación Final de la Obra no debe existir controversias pendientes en la ejecución del contrato, siendo estas únicamente LA CONCILIACION y EL ARBITRAJE.
24. Dicha disposición guarda relación con lo establecido en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado que en el último párrafo de su artículo 211° expresa: “No se procederá a la liquidación mientras existan controversias pendientes de resolver”.

25. Lo establecido en la norma referida no deja de tener sentido por cuanto para que exista una Liquidación Final de la Obra debidamente sustentada no debe existir controversias pendientes en la ejecución del contrato. Dicho análisis en la ejecución del contrato no establece en ninguna medida el supuesto de la interposición de un recurso de anulación de laudo por lo que otorgarle la categoría de CONTROVERSIA a la interposición del recurso de anulación de laudo resulta equivocado por ser un proceso en sede judicial y no en sede arbitral o conciliación.
26. En lo que respecta a los errores de cálculo indicados por ESSALUD, corresponde precisar que en la comunicación remitida no se ha establecido el monto observado ni la existencia de un saldo a favor o en contra del Consorcio, esto es, no ha justificado correctamente las presuntas observaciones que como se ha señalado en párrafos precedentes no han sido emitidas por OIM por lo que este Tribunal Arbitral considera que la Liquidación del Contrato no ha sido observada conforme el procedimiento establecido en las Bases.
27. Respecto al procedimiento de liquidación de obra, a pesar de los pronunciamientos establecidos por las partes en sus alegaciones, este Tribunal Arbitral considera oportuno tener en cuenta lo expresado en la Opinión N° 104-2013/DTN de fecha 21 de agosto de 2013 que señala:

“¿Cuál es la condición contractual de la liquidación del contrato de obra presentada por el contratista en el supuesto que la Entidad formule una nueva liquidación?”

De conformidad con lo indicado al absolver las consultas anteriores, debe reiterarse que el artículo 211 del Reglamento señala que una vez presentada la liquidación por el contratista, la Entidad tiene un plazo máximo de sesenta (60) días, contados desde la mencionada presentación, para emitir su pronunciamiento –ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra– y notificarlo al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

Sobre el particular, cabe precisar que, si una de las partes observa la liquidación presentada por la otra, ésta debe pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tiene por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas.

Asimismo, en caso que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquella debe manifestarlo por escrito; en tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje. En este mismo sentido, el sexto párrafo del artículo 211 del Reglamento indica que toda discrepancia respecto a la liquidación de obra se resuelve según las disposiciones previstas para la solución de controversias establecidas en la normativa de contrataciones del Estado, sin perjuicio del cobro de la parte no controvertida.

Adicionalmente, es importante indicar que la normativa de contrataciones del Estado le ha otorgado la posibilidad a la Entidad de elaborar su propia liquidación de obra cuando la liquidación presentada por el contratista tiene defectos que no pueden subsanarse a través de observaciones; situación que traería como consecuencia que la liquidación de obra elaborada por la Entidad reemplace o deje sin efecto a la liquidación presentada por el contratista.

No obstante, puede ocurrir que, luego de presentada la nueva liquidación de obra por la Entidad, el contratista se pronuncie señalando la validez de su liquidación y, por tanto, la invalidez de la liquidación presentada por la Entidad; supuesto en el que correspondería que en arbitraje se defina cuál es la liquidación válida.

De conformidad con lo expuesto, si bien la liquidación de obra elaborada por la Entidad reemplaza, en principio, a la liquidación de obra elaborada por el contratista, puede suceder que, frente a las observaciones presentadas por las partes, la definición de la validez de las liquidaciones corresponda al árbitro o tribunal arbitral.

“¿Cuál es el efecto legal de la liquidación de contrato de obra consentida por falta de pronunciamiento por alguna de las partes?” (sic).

El tercer párrafo del artículo 211 del Reglamento señala que “La liquidación quedará consentida cuando, practicada por una de las partes, no sea observada por la otra dentro del plazo establecido.”

Al respecto, debe indicarse que el hecho que una liquidación de obra quede consentida genera efectos jurídicos y económicos. Los primeros, implican que la liquidación del contrato de obra quede firme y, en ese sentido, no pueda ser cuestionada por las partes posteriormente, en tanto se presume que su no observación dentro del plazo establecido implica su aceptación. Los segundos efectos, consecuencia directa de los primeros, implican que, al determinarse el costo total de la obra y el saldo económico a favor de alguna de las partes, se origine el derecho al pago del saldo a favor del contratista o de la Entidad, según corresponda.

En esa medida, los efectos jurídicos del consentimiento de la liquidación de obra implican que esta quede firme; es decir, no pueda ser cuestionada por las partes posteriormente, en tanto se presume que su no observación dentro del plazo establecido presupone su aceptación; asimismo, se genera el derecho al pago del saldo económico a favor de alguna de las partes, de corresponder.”

28. En ese sentido al momento de observarse una Liquidación Final de Contrato debe contener el sustento y cálculo técnico con los documentos que acrediten su posición por lo que es preciso concluir que la OIM no ha cumplido con formular observación alguna ni mucho menos con elaborar una nueva Liquidación Final de Contrato, esto es, no ha cumplido con

observar debidamente la Liquidación Final de la Obra, así como, tampoco ha presentado una nueva liquidación, razón por la cual corresponde declarar el consentimiento de la Liquidación Final de la Obra presentada por el Contratista mediante Carta N° 003-2017-CHT de fecha 30 de enero de 2017.

29. Por las consideraciones expuestas, este Tribunal Arbitral declara fundado el primer punto controvertido y, en consecuencia, corresponde declarar consentida la Liquidación Final de Obra presentada por el consorcio con fecha 30 de enero de 2017; en consecuencia ordenar al Seguro Social de Salud pagar a favor del contratista la suma de S/. 13'027,092.92 (Trece Millones Veintisiete Mil Noventa y Dos con 92/100 Soles) más IGV e intereses, como saldo a favor del contratista en la liquidación final de la obra.

RESPECTO AL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO: EN CASO SE DESESTIME LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL, DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO DECLARAR APROBAR LA LIQUIDACIÓN FINAL DE LA OBRA PRESENTADA POR EL CONSORCIO CON FECHA 30 DE ENERO DE 2017; ASIMISMO, SE ORDENE A ESSALUD PAGAR A FAVOR DEL CONSORCIO LA SUMA DE S/. 13'027,092.92 (TRECE MILLONES VEINTISIETE MIL NOVENTA Y DOS CON 92/100 NUEVOS SOLES) MÁS IGV E INTERESES, COMO SALDO A FAVOR DEL CONSORCIO EN LA LIQUIDACIÓN FINAL DE LA OBRA.

30. Respecto al segundo punto controvertido, la referida pretensión se interpone en caso no se ampare el primer punto controvertido. Sobre ello, es preciso indicar que de acuerdo al análisis efectuado en el primer punto controvertido, no corresponde que este Tribunal Arbitral efectúe pronunciamiento sobre el segundo punto controvertido debido a que se ha declarado fundado el primer punto controvertido.
31. En ese sentido, el Tribunal Arbitral declara que carece de objeto pronunciarse sobre el segundo punto controvertido, por las razones expuestas en el numeral precedente.

RESPECTO AL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A ESSALUD ASUMIR EL MAYOR COSTO POR RENOVACIÓN DE LAS CARTAS FIANZA GENERADO DURANTE EL PRESENTE ARBITRAJE; EN ESE SENTIDO, SE ORDENE A ESSALUD PAGAR A FAVOR DEL CONSORCIO EL MONTO POR LA RENOVACIÓN DE LAS CARTAS FIANZA DURANTE EL TRÁMITE DEL PRESENTE ARBITRAJE DESDE EL 30/01/2017 HASTA LA FECHA EN QUE SE NOTIFIQUE EL LAUDO.

32. El presente punto controvertido se dirige a verificar si corresponde que ESSALUD deba asumir el mayor costo por renovación de las cartas fianza generado en el curso del presente arbitraje. Al respecto, y para mayor ilustración al momento de resolver el presente punto controvertido, es preciso tener en cuenta lo que establece la Cláusula Décima Séptima del Contrato que señala:

DÉCIMA SÉTIMA: GARANTÍAS

Mediante la presente Cláusula se deja constancia que EL CONTRATISTA ha cumplido con presentar como Garantía de Fiel Cumplimiento del Contrato, las siguientes cartas fianza cuya suma total equivale al diez por ciento (10%) del monto del contrato.

1. Carta Fianza N° D193-912963, emitida por el BANCO DE CRÉDITO, la misma que es solidaria, irrevocable, incondicionada, de realización automática y sin beneficio de excusión, cuyo importe asciende a S/. 4'066,126.43 (Cuatro Millones Sesenta y Seis Mil Ciento Veintiséis con 43/100 Soles).
2. Carta Fianza N° 4410020448.00, emitida por el BANCO INTERAMERICANO DE FINANZAS, la misma que es solidaria, irrevocable, incondicionada, de realización automática y sin beneficio de excusión, cuyo importe asciende a S/. 4'320,000.00 (Cuatro Millones Trescientos Veinte Mil y 00/100 Nuevos Soles).
3. Carta Fianza N° 4813-0, emitida por el HSBC BANK PERÚ, la misma que es solidaria, irrevocable, incondicionada, de realización automática y sin beneficio de excusión, cuyo importe asciende a S/. 2'069,627.24 (Dos Millones Sesenta y Nueve Mil Seiscientos Veintisiete y 24/100 Nuevos Soles).
4. Carta Fianza N° 0011-0384-9800110188-54, emitida por el BANCO CONTINENTAL, la misma que es solidaria, irrevocable, incondicionada, de realización automática y sin beneficio de excusión, cuyo importe asciende a S/. 1'161,750.41 (Un Millón Ciento Sesenta y Un Mil Setecientos Cincuenta y 41/100 Nuevos Soles).

Cabe resaltar, que estas garantías deberán estar vigentes hasta la aprobación de la liquidación final del contrato, bajo sanción de ser ejecutadas a su fecha de vencimiento.

33. El contrato materia de controversia ha determinado la necesidad de la vigencia de las cartas fianzas hasta que se apruebe la Liquidación Final del Contrato, esto es, el Contratista debe cumplir con renovar las cartas fianzas hasta la aprobación de la Liquidación.
34. No obstante la obligación establecida en el contrato materia de controversia, este Colegiado considera oportuno referir que las renovaciones efectuadas en el contrato materia de controversia se dirigen a que la misma no sea ejecutada hasta que exista un pronunciamiento final sobre la Liquidación Final del Contrato en el presente arbitraje.
35. Así, en el presente arbitraje, al momento de resolver las controversias derivadas de la Liquidación Final de la Obra, este Colegiado ha determinado el consentimiento de la Liquidación Final de la Obra presentada por el Contratista por lo que, atendiendo a dicho análisis, se aprecia que los costos derivados de las renovaciones se generan producto del presente arbitraje por lo que, atendiendo a que se ha demostrado que

la Liquidación Final de la Obra presentada por el Contratista se encuentra consentida, consideramos que la Entidad debe hacerse responsable por dichos costos pues en el presente arbitraje se ha determinado que el Contratista es el que ha cumplido con las formalidades de la Liquidación Final de la Obra.

36. En otras palabras, se ha determinado que ESSALUD es responsable del inicio del presente proceso arbitral por lo que corresponde que dicha Entidad asuma los costos de renovación efectuadas por el Contratista en el curso del presente arbitraje.
37. Por estas consideraciones, este Tribunal Arbitral declara fundado el tercer punto controvertido y, en consecuencia, ordena a ESSALUD asumir el mayor costo por renovación de las cartas fianza generado durante el presente arbitraje y pague a favor del Consorcio el monto por la renovación de las cartas fianza durante el trámite del presente arbitraje desde el 30/01/2017 hasta la fecha en que se notifique el laudo.

RESPECTO AL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO ORDENAR A ESSALUD, SE ABTENGA DE EXIGIR NUEVAS RENOVACIONES DE CARTAS FIANZAS Y DEVUELVA AL CONSORCIO, AL DÍA SIGUIENTE DE EMITIDO EL LAUDO, EL ORIGINAL DE LAS CARTAS FIANZA QUE AÚN MANTIENE EN SU CUSTODIA.

38. Respecto al presente punto controvertido, pasaremos a verificar qué es lo que establecen las Bases respecto a la devolución de la garantía de fiel cumplimiento. Al respecto, el numeral 38.0 de las Bases establece lo siguiente:

"38.0 DEVOLUCIÓN DE LA GARANTÍA DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

38.1 Para que OIM proceda a la devolución de la garantía DE FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, el Contratista debe haber cumplido lo siguiente:

40.1.1 Que haya entregado la Memoria Descriptiva Valorizada y los Planos Post Construcción.

40.1.2 Que se haya suscrito el Acta de Recepción Final de las Obras.

38.2 Cumplido con lo indicado en el Numeral anterior, las garantías serán devueltas una vez que se haya aprobado la Liquidación Final del Contrato."

39. En el caso que nos ocupa, hemos resuelto el consentimiento de la Liquidación Final del Contrato presentada por el Consorcio Hospitalario Trujillo por lo que se tiene aprobada la Liquidación del Contrato. En ese sentido, siendo que se ha cumplido con lo establecido en el numeral 38.2 precedente, corresponde devolver las garantías entregadas por el Contratista.
40. De la misma manera, en lo que respecta a que la Entidad se abstenga de exigir renovaciones a las cartas fianzas, debemos tener en cuenta el

numeral 37.8 de las Bases⁸ pues con la Liquidación Final de la Obra aprobada se cierra el expediente técnico del Contrato con lo que no tendría sentido que el Contratista continúe renovando las cartas fianzas ya que el contrato queda concluido con la aprobación de la Liquidación.

41. En ese sentido, este Tribunal Arbitral declara fundado el cuarto punto controvertido y, en consecuencia, corresponde ordenar a ESSALUD, se abstenga de exigir nuevas renovaciones de cartas fianzas y devuelvan al Consorcio, al día siguiente de emitido el laudo, el original de las cartas fianza que aún mantiene en su custodia.

RESPECTO AL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO: DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE SE ORDENE A ESSALUD ASUMIR LAS COSTAS Y COSTOS DEL PRESENTE ARBITRAJE.

42. El numeral 1) del artículo 72° del Decreto Legislativo N° 1071 dispone que los árbitros se pronunciarán en el laudo arbitral sobre los costos indicados en el artículo 70° del citado cuerpo legal. Asimismo, el numeral 1) del artículo 73° señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, lo pactado en el convenio arbitral; además, tal norma legal establece que, si el convenio arbitral no contiene pacto alguno sobre los gastos, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, los árbitros podrán distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estiman que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
43. En el presente caso de la revisión del convenio arbitral celebrado entre las partes, se advierte que las partes no convinieron nada en relación a los costos del arbitraje, por lo que corresponde que la distribución de los mismos sea determinada por el Tribunal Arbitral de manera discrecional y apelando a su debida prudencia.
44. Considerando el resultado del arbitraje, desde el punto de vista del Tribunal Arbitral, se advierte que ambas partes tuvieron motivos suficientes y atendibles para litigar, habida cuenta que sus posiciones resultan atendibles en la vía arbitral y atendiendo al comportamiento procesal que las partes han demostrado, corresponde disponer que ambas asuman la totalidad de los costos del presente arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

POR TANTO, SE RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR FUNDADO el primer punto controvertido y, en consecuencia, DECLÁRESE consentida la Liquidación Final de Obra presentada por el CONSORCIO con fecha 30 de enero de 2017; por ende ORDÉNESE a ESSALUD pagar a favor del Contratista la suma de S/. 13'027,092.92 (Trece

⁸ 37.8 Una vez que la Liquidación haya quedado consentida, el Contrato quedará concluido debiendo cerrarse el expediente de la contratación."

Millones Veintisiete Mil Noventa y Dos con 92/100 Nuevos Soles) más IGV e intereses, como saldo a favor del Contratista en la Liquidación Final de la Obra.

SEGUNDO: DECLARAR QUE CARECE DE OBJETO pronunciarse sobre el segundo punto controvertido por las consideraciones expuestas en el presente laudo arbitral.

TERCERO: DECLARAR FUNDADO el tercer punto controvertido y, en consecuencia, ORDÉNESE a ESSALUD asumir el mayor costo por renovación de las Cartas Fianza generado durante el presente arbitraje; por ende ORDÉNESE a ESSALUD pagar a favor del CONSORCIO el monto por la renovación de las Cartas Fianza durante el trámite del presente arbitraje desde el 30/01/2017 hasta la fecha en que se notifique el laudo.

CUARTO: DECLARAR FUNDADO el cuarto punto controvertido y, en consecuencia, ORDÉNESE a ESSALUD, se abstenga de exigir nuevas renovaciones de cartas fianzas y DEVOLVER al CONSORCIO, al día siguiente de emitido el laudo, el original de las Cartas Fianza que aún mantiene en su custodia.

QUINTO: DISPÓNGASE que ambas partes asuman la totalidad de los costos del presente arbitraje (entiéndase los honorarios del Tribunal Arbitral y de la Secretaría Arbitral); así como los costos y costas en que incurrieron o debieron de incurrir como consecuencia del presente arbitraje.

SEXTO: DISPÓNGASE la notificación a las partes del presente Laudo Arbitral.



JORGE VEGA SOYER
Presidente del Tribunal Arbitral



RICARDO ESPINOZA RIMACHI
Árbitro



GUSTAVO DE VINATEA BELLATIN
Árbitro