

LAUDO DE DERECHO

Laudo arbitral ad hoc, nacional y de derecho dictado por el Árbitro Único Christian Mauricio Alván Silva, en el arbitraje seguido por Consorcio Ejecutor Arequipa contra el Seguro Social de Salud - ESSALUD.

Resolución N° 18

Lima, 21 de mayo del 2018

A. ANTECEDENTES

I. CONVENIO ARBITRAL

En la cláusula décimo octava del Contrato Manual N° 014-GRAAR-ESSALUD-2016; ADJUDICACIÓN DIRECTA PÚBLICA N° 001-2015-ESSALUD-RAAR (PROCESO N° 1518C00011) OBRA "AMPLIACIÓN DEL SERVICIO DE HOSPITALIZACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE MEDICINA DEL HOSPITAL NACIONAL CARLOS ALBERTO SEGUIN ESCOBEDO" (en adelante **EL CONTRATO**) celebrado entre Consorcio Ejecutor Arequipa (en adelante **EL CONTRATISTA**) y el Seguro Social de Salud - EsSalud (en adelante **LA ENTIDAD**), se advierte el siguiente Convenio Arbitral:

CLÁUSULA VIGÉSIMO PRIMERA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

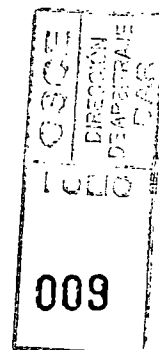
Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 184°, 199°, 201°, 209°, 210° y 212° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado.

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

El Laudo Arbitral emitido es definitivo e inapelable, tiene el valor de cosa juzgada y se ejecuta como una sentencia.

II. SEDE DEL ARBITRAJE

Según lo señalado en el numeral 3 del Acta de Instalación de fecha 23 de febrero del 2017 se ha establecido como sede del Arbitraje ad hoc (en adelante **EL ARBITRAJE** o

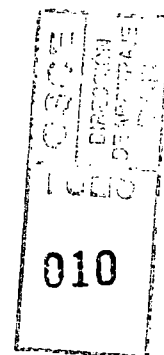


PROCESO ARBITRAL) las oficinas ubicadas en calle Ramón Ribeyro N° 672, Oficina 101, distrito de Miraflores, provincia y región Lima.

III. HECHOS RELEVANTES DEL ARBITRAJE

1. El 23 de febrero del 2017, con presencia del Árbitro Único y el representante de la Dirección de Arbitraje Administrativo del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE (en adelante el **OSCE**) se llevó a cabo la audiencia de instalación con la presencia de los representantes de ambas partes.
2. En la mencionada audiencia se estableció la competencia del Árbitro Único y se fijaron las reglas aplicables al presente **PROCESO ARBITRAL**. Luego de lo cual, el Árbitro Único otorgó a **EL CONTRATISTA** el plazo establecido para que presente su demanda.
3. Mediante escrito recibido el 16 de marzo del 2017, **EL CONTRATISTA** presentó su demanda, exponiendo sus pretensiones y los fundamentos de hecho y de derecho que los sustentan. Asimismo ofreció los medios probatorios correspondientes.
4. Mediante escrito recibido el 28 de abril del 2017, **EL CONTRATISTA** solicitó la acumulación de nuevas pretensiones vinculadas al mismo contrato celebrado con **LA ENTIDAD**.
5. Mediante escrito recibido el 21 de julio del 2017, **LA ENTIDAD** presentó oposición a la acumulación de pretensiones solicitada por **EL CONTRATISTA**.
6. Mediante escrito recibido el 01 de agosto del 2017, **LA ENTIDAD** presentó su contestación de demanda ofreciendo los medios probatorios correspondientes.
7. Con fecha 3 de noviembre del 2017 se expidió la resolución N° 10 que determinó los siguientes puntos controvertidos:
 - a. Primer Punto Controvertido. - Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare otorgada la Ampliación de Plazo Parcial N° 02 por 58 días calendarios solicitada por **EL CONSORCIO**, mediante Carta N° 023-2016-CEA con el reconocimiento de los mayores gastos generales derivados, los que ascienden a S/ 59,208.28, más los intereses que se devengan a la fecha efectiva de cancelación.
 - b. Segundo Punto Controvertido. - En caso se ampare el Primer Punto Controvertido, determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare la nulidad e ineficacia de la Resolución de Gerencia de Red N° 558 GRAAR – ESSALUD – 2016, que declaró improcedente la aprobación de la Ampliación de Plazo parcial N° 02.

- c. Tercer Punto Controvertido. - Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a LA ENTIDAD pagar a favor del CONSORCIO, los mayores gastos generales variables iguales al número de días correspondientes a la ampliación de plazo parcial N° 01 multiplicados por el gasto general variable diario, que asciende a la cantidad de S/ 27,112.69, más los intereses generados hasta la fecha efectiva de pago.
- d. Cuarto Punto Controvertido. - En caso se desestime el Tercer Punto Controvertido, determinar si corresponde o no que el Árbitro Único sea quien establezca el monto a pagar por concepto de mayores gastos generales variables.
- e. Quinto Punto Controvertido. - Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a LA ENTIDAD pagar a favor del CONSORCIO, el importe resultante de las valorizaciones de los mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo parcial N° 03 por el monto de S/ 34,704.17 y N° 04 por el monto S/ 29,120.00, más los intereses generados hasta la fecha efectiva de pago.
- f. Sexto Punto Controvertido. - Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a LA ENTIDAD pagar a favor del CONSORCIO, el saldo de la valorización mensual N° 09, correspondiente al mes de noviembre del 2016, que asciende a la suma de S/ 70,179.27, más los intereses generados hasta la fecha efectiva de pago.
- g. Séptimo Punto Controvertido. - En caso se ampare el Sexto Punto Controvertido, determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare que no corresponde deducir ninguna penalidad en contra del CONSORCIO.
- h. Octavo Punto Controvertido. - Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare como fecha de término de obra el 10 de noviembre del 2016, conforme al registro que obra en el asiento del cuaderno de obra de la misma fecha.
- i. Noveno Punto Controvertido. - Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene a LA ENTIDAD pagar a favor del CONSORCIO, los mayores gastos financieros generados por las renovaciones de la carta fianza de Fiel Cumplimiento por un mayor plazo al previsto contractualmente, asumiendo dichos costos, hasta efectiva su devolución de la cita carta fianza.



- j. Décimo Punto Controvertido. - Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único apruebe la Liquidación Final de EL CONTRATO elaborada por el CONSORCIO.
- k. Undécimo Punto Controvertido. - En caso se ampare el Décimo Punto Controvertido, determinar si corresponde o no que el Árbitro Único ordene el pago resultante de la liquidación a favor del CONSORCIO, más los intereses generados hasta la fecha efectiva de su pago.
- l. Duodécimo Punto Controvertido. - Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare nula e ineficaz la resolución del CONTRATO, efectuada por ESSALUD, mediante Resolución de Gerencia de la Red N° 200-GRAAR-ESSALUD-2017, comunicada al CONSORCIO mediante Carta Notarial N° 1317-GRAAR-ESSALUD-2017, de fecha 05 de abril del 2017.
- m. Décimo Tercer Punto Controvertido. - En caso se ampare el Duodécimo Punto Controvertido, determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare nula y/o ineficaz la constatación física e inventario efectuada por ESSALUD, con fecha 11 de abril de 2017.
- n. Décimo Cuarto Punto Controvertido. - En caso se ampare el Duodécimo Punto Controvertido, determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare nulo e ineficaz el pliego de observaciones, remitido por ESSALUD, con Carta N° 716-GRAAR-ESSALUD-2017 de fecha 23 de febrero del 2017.
- o. Décimo Quinto Punto Controvertido. - Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare la validez y eficacia de la resolución del CONTRATO, efectuada por el CONSORCIO mediante Carta Notarial N° 074-2016-CEA, de fecha 19 de diciembre de 2016.
- p. Décimo Sexto Punto Controvertido. - En caso se ampare el Décimo Quinto Punto Controvertido, determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare efectuada y válida la constatación física e inventario de la obra realizada por el CONSORCIO ante Notario Público con fecha 3 de enero del 2017.
- q. Décimo Séptimo Punto Controvertido. - En caso se ampare el Décimo Quinto Punto Controvertido, determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare que la obra a partir del 3 de enero del 2017, quedó en poder de ESSALUD.
- r. Décimo Octavo Punto Controvertido. - En caso se ampare el Décimo Quinto Punto Controvertido, determinar si corresponde o no que el Árbitro Único

ordene a LA ENTIDAD pagar a favor del CONSORCIO los gastos incurridos por éste, en la tramitación de la resolución del CONTRATO, la Constatación Física e Inventarios, más los intereses generados hasta la fecha efectiva de la cancelación.

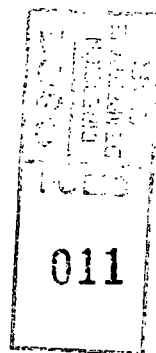
- s. Décimo Noveno Punto Controvertido. - En caso se desestime el Décimo Quinto Punto Controvertido, determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare resuelto el CONTRATO por causas imputables a ESSALUD.

8. Asimismo, se admitieron los medios probatorios ofrecidos por ambas partes y se citó a las partes a una audiencia especial de sustentación de los hechos y aspectos técnicos para el 21 de noviembre del 2017 la misma que fue reprogramada para el miércoles 13 de diciembre del 2017.
9. Con fecha 13 de diciembre del 2017 se realizó la audiencia especial de sustentación de los hechos y aspectos técnicos conforme se desprende del acta respectiva contando con la presencia de los representantes de las partes.
10. Con fecha 3 de marzo del 2018 se realizó la audiencia de informes orales conforme se desprende del acta respectiva contando con la presencia de los representantes de las partes. En dicho acto se expidió la resolución N° 15 que ordenó traer los autos para expedir el laudo dando inicio al plazo para laudar.

B. ANÁLISIS DE LAS MATERIAS CONTROVERTIDAS.

1. MARCO LEGAL APLICABLE PARA RESOLVER LA CONTROVERSIA

11. El nombramiento del Árbitro Único y la instalación del proceso arbitral se han realizado conforme al marco legal vigente y en su momento asumió competencia para resolver la presente controversia como arbitraje nacional de derecho conforme se ha expresado en el acta de instalación.
12. La presente controversia ha surgido a propósito de la celebración de **EL CONTRATO** entre **EL CONTRATISTA** y **LA ENTIDAD**. Por tal consideración, el marco legal aplicable al fondo de la controversia será aquel que estuvo vigente a la celebración del contrato.
13. De otro lado, considerando lo señalado en el acta de instalación del presente proceso arbitral se establece que la legislación aplicable para resolver el fondo de la presente controversia será, respetando el orden de prelación establecido, la siguiente:
- a. La Constitución Política del Perú
 - b. El Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones con el Estado, modificada por Ley N° 29873, en adelante La Ley.



- c. El Decreto Supremo N° 184-2008-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones el Estado, en adelante el Reglamento.
- d. Las Normas de Derecho Público y sus interpretaciones vinculantes.
- e. Las Normas de Derecho Privado.
- f. Las Leyes Especiales sobre arbitraje como el Decreto Legislativo N° 1017, de forma supletoria y en tanto no se oponga a lo establecido por la Ley y el Reglamento.

II. RESPECTO DE LA SOLICITUD DE ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES

- 14. Respecto de la solicitud de acumulación de pretensiones se debe señalar que tanto el artículo 229° del Reglamento así como el punto 41 del Acta de Instalación contempla la posibilidad de que se acumulen nuevas pretensiones al presente proceso arbitral siempre que las mismas se realicen dentro del plazo de caducidad de la ley y no haya concluido la etapa probatoria de **EL PROCESO**.
- 15. En ese sentido, puede apreciarse que la solicitud de acumulación fue presentada oportunamente y que las pretensiones cuya acumulación se solicitó guardan conexidad con las pretensiones incluidas en la demanda.
- 16. Asimismo, se debe advertir que en el escrito de oposición a la acumulación de pretensiones presentada por **LA ENTIDAD** no se presentaron argumentos de derecho que desvirtúen el cumplimiento de estos requisitos. Por el contrario, los argumentos presentados por **LA ENTIDAD** no cuestionaban la acumulación sino que, más bien, contestaban los fundamentos de hecho y de derecho que sustentaron las pretensiones cuya acumulación se solicitó.
- 17. Por estos fundamentos, este árbitro único decide declarar fundada la solicitud de acumulación de pretensiones solicitada por **EL CONTRATISTA**, declarando que los mismos se encuentran dentro de su competencia y jurisdicción por derivar de **EL CONTRATO** y guardar íntima relación con los hechos que han sido materia de la demanda.

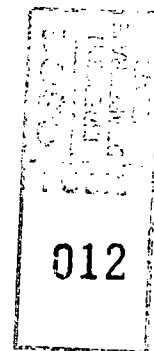
III. ANÁLISIS DEL PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO.

- 18. De los escritos presentados por ambas partes se tiene como un hecho acreditado la existencia de vicios en el expediente técnico de la obra que ocasionó la imposibilidad de la ejecución contractual conforme a lo establecido originalmente. En base a ello, **LA ENTIDAD** asumió la obligación de elaborar un expediente adicional de obra para lo que se estableció inicialmente un plazo de 28 días. Durante ese plazo **EL CONTRATISTA** continuó ejecutando las partidas no afectadas por los vicios en el expediente técnico. Con motivo de esta situación, **EL CONTRATISTA** solicitó y **LA ENTIDAD** otorgó la ampliación de plazo parcial N° 01.

19. Asimismo, es un hecho acreditado que una vez transcurrido el plazo de 28 días, **LA ENTIDAD** no entregó el expediente adicional de obra por lo que la situación de irregularidad se extendió. En ese escenario es que **EL CONTRATISTA** solicita la ampliación de plazo parcial N° 02 que se sustenta en los mismos fundamentos de hecho y de derecho que incluyó en su solicitud de ampliación de plazo parcial N° 01 y que motivaron el otorgamiento de la misma por parte de **LA ENTIDAD**.
20. En ese sentido, se puede observar del texto de la resolución que declara improcedente la solicitud de ampliación de plazo parcial N° 02 que el motivo que sustenta dicha decisión es que la causal de ampliación se encontraba aún abierta. No obstante que esta situación también se encontraba presente al momento en que se solicitó la ampliación de plazo parcial N° 01 sin que ello motivara el rechazo de aquella. De esta forma se estaría generando una situación en la que a dos solicitudes basadas en la misma norma y que cuentan con un mismo sustento se le están aplicando dos respuestas no sólo distintas sino claramente contradictorias.
21. Es cierto que **LA ENTIDAD** introduce en el presente proceso una fundamentación adicional respecto a las razones por las que dicha solicitud debería ser rechazada. Sin embargo debe hacerse notar que dicha fundamentación se ha presentado recién dentro del presente proceso y no es una argumentación que se desprenda del texto de la resolución que rechazó la solicitud. Ello en virtud que la decisión a tomar en el presente proceso debe hacerse no respecto de los argumentos nuevos que las partes introduzcan recién en el presente proceso sino en virtud de la interpretación de lo expresado en las cartas y resoluciones que generaron el litigio.
22. Ante ello, en virtud de que el principio de seguridad jurídica resulta esencial dentro de un estado de derecho es que este Árbitro Único considera que la solicitud de ampliación de plazo N° 02 debe ser amparada y otorgarse la ampliación por 58 días con el reconocimiento de mayores gastos generales derivados más los intereses que se devenguen a la fecha efectiva de cancelación.

IV. ANÁLISIS DEL SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO.

23. La nulidad de los actos administrativos se sancionan sólo en los supuestos establecidos por ley. En el presente caso la resolución que declaró improcedente la solicitud de ampliación de plazo parcial N° 02 no se encuentra inmersa en ninguna de las causales de nulidad establecidas en la ley.
24. En consecuencia, sin perjuicio de que en el análisis correspondiente al primer punto controvertido se concluyó dejar sin efecto lo resuelto en dicha resolución, no corresponde declarar la nulidad de dicho acto administrativo sin perjuicio de que devenga en ineficaz en virtud de lo resuelto en el presente laudo.



V. ANÁLISIS DEL TERCER PUNTO CONTROVERTIDO.

25. De los medios ofrecidos por ambas partes se tiene en claro que **LA ENTIDAD** otorgó la ampliación de plazo parcial N° 01 y que este hecho, según las normas reglamentarias que regulan la contratación pública, otorga a **EL CONTRATISTA** el derecho a que se le paguen los mayores gastos generales.
26. En ese sentido, se puede apreciar que **EL CONTRATISTA** presentó una solicitud de pago de dichos mayores gastos conforme a lo establecido en el Reglamento y ambas partes reconocen que esta solicitud fue rechazada debido a que **LA ENTIDAD** consideró que los mayores gastos generales que se debían pagar no se debían calcular en función del valor del gasto general diario sino en función de los gastos debidamente acreditados por cuanto la solicitud de ampliación de plazo mencionó que iba a producirse una paralización total de la obra.
27. En efecto, del texto de la mencionada solicitud, se puede apreciar que **EL CONTRATISTA** señala que su solicitud se debe a la paralización total de la obra. No obstante, de los demás medios probatorios que obran en autos (asientos del cuaderno de obra y pago de valorizaciones) se acredita que dicha paralización total no se generó y que **EL CONTRATISTA** continuó trabajando aquellos frentes de la obra no afectados por la causal que motivó la solicitud de ampliación de plazo parcial. Estos trabajos se realizaron, además, con total conocimiento y aquiescencia de parte de **LA ENTIDAD**, la misma que no acreditó haberse negado a dicha acción.
28. En consecuencia, se tiene que concluir que más allá de lo consignado en las cartas, la realidad muestra que la obra no estuvo paralizada de manera total, tal como lo hemos señalado anteriormente, y que en consecuencia de ello el pago de los mayores gastos generales debe hacerse de conformidad con lo establecido en el artículo pertinente del Reglamento, es decir, tomando como base de cálculo del gasto general diario conforme lo solicitó **EL CONTRATISTA** oportunamente y que asciende al monto de S/ 27,112.69, más los intereses generados hasta la fecha efectiva de pago.

VI. ANÁLISIS DEL CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO.

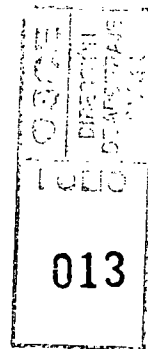
29. Toda vez que el cuarto punto controvertido se estableció en el supuesto que el tercer punto controvertido no sea amparado, carece de objeto pronunciarse sobre el mismo.

VII. ANÁLISIS DEL QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO.

30. Que, es un hecho reconocido por ambas partes que **LA ENTIDAD** otorgó las ampliaciones de plazo parcial N° 03 y N° 04 por 34 y 30 días respectivamente. Tal como señalamos anteriormente, estas ampliaciones de plazo generan el derecho de **EL CONTRATISTA** de que se le paguen los mayores gastos generales conforme a las

normas que regulan la contratación pública. Dentro de ese marco, EL CONTRATISTA presentó sus solicitudes de pago por montos ascendentes a S/ 34,704.17 por la ampliación N° 03 y S/ 29,120.00 por la ampliación N° 04, además de los intereses generados hasta la fecha efectiva de pago.

31. Respecto de estos dos puntos, LA ENTIDAD reconoce en gran parte la pretensión de pago correspondiente a la ampliación N° 03, señala que la misma ascendería a S/ 32,978.45. No obstante no justifica el cálculo de dicho monto ni presenta argumento alguno para cuestionar el cálculo realizado por EL CONTRATISTA. Con relación al monto correspondiente a la ampliación N° 04 señala que existe un periodo de 9 días de los 30 reconocidos en los que hubo paralización total de la obra. Cita como prueba de ello el asiento 185 del cuaderno de obra.
32. Al respecto, se debe señalar que en su contestación de demanda, LA ENTIDAD no ofreció ningún medio probatorio de parte sino que se remitió en su integridad a los medios probatorios ofrecidos por la parte demandante. En esa idea, el asiento 185 que LA ENTIDAD menciona como sustento de su negativa de pago no fue ofrecido como medio probatorio por la parte demandante por lo que no forma parte del acervo probatorio que obra en autos.
33. El derecho a probar las alegaciones constituye no sólo un derecho sino también una carga procesal entendiendo la misma como un imperativo del propio interés de la parte que realiza una alegación y se ve en la conveniencia de acreditarla. Es expresión pura del derecho de defensa y no existe, por ello, ninguna exigencia de corrección para su ejercicio. Aquella parte que se defiende está en plena libertad de hacerlo de mejor o peor manera sin que corresponda a su contraparte o al juzgador exigirles una mejor defensa ni mucho menos subrogarse en su lugar y ejercer dicho derecho en su reemplazo.
34. En ese sentido, al no existir en autos el medio probatorio en el que LA ENTIDAD se basa, no se puede otorgar a su dicho mayor peso que el que corresponde a una afirmación no acreditada. Se reitera además, que en un proceso arbitral es una carga de las partes el brindar al Árbitro todos los elementos para que éste pueda tomar una decisión correcta sobre todo considerando que el origen de su jurisdicción de orden privado y carece de la facultad de imperio público al momento de exigir la incorporación de medios probatorios al acervo que existe en el expediente.
35. Ante ello, este árbitro único entiende que la afirmación realizada por LA ENTIDAD respecto de los nueve días de paralización es un supuesto no acreditado y que no desvirtúa ni condiciona el derecho legítimo de EL CONTRATISTA al pago de los mayores gastos generales.



36. Asimismo, toda vez que no obra en el expediente carta o alegación de parte de LA ENTIDAD que cuestione el cálculo realizado por EL CONTRATISTA para determinar los montos que le corresponden por concepto de mayores gastos generales derivados de las ampliaciones de plazo N° 03 y 04, más allá de lo mencionado al inicio del presente análisis, corresponde dar dichos montos por consentidos.
37. En consecuencia, corresponde ordenar a LA ENTIDAD que cumpla con pagar el importe resultante de las valorizaciones de los mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo parcial N° 03 por el monto de S/ 34,704.17 y N° 04 por el monto S/ 29,120.00, más los intereses generados hasta la fecha efectiva de pago.

VIII. ANÁLISIS DEL SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO.

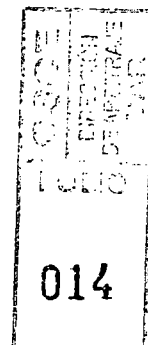
38. Respecto del pago de la valorización mensual N° 09, de los medios probatorios ofrecidos por las partes se desprende que la misma ascendía a un monto total de S/ 70,179.27 de los que sólo fueron pagados la suma de S/ 28,706.85. Ello por cuanto LA ENTIDAD retuvo de la suma de S/ 41,472.42 por concepto de penalidades.
39. Sin embargo, del texto de la cláusula décimo cuarta del contrato se establece que las penalidades por retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones serán deducidas en la liquidación final o del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento. Es decir, el contrato no contempla la posibilidad de que LA ENTIDAD unilateralmente proceda a retener penalidades del pago de una valorización por lo que, sin analizar si las penalidades son adecuadas o no, el proceder de LA ENTIDAD no se ajusta a derecho.
40. En la misma lógica, la penalidad por no permitir el acceso al cuaderno de obra regulada por el artículo 194° del Reglamento no ordena que la misma tenga que ser descontada de la valorización del periodo correspondiente. Por el contrario, la mención a dicho periodo contenida en la norma citada hace relación a que la penalidad se calcula en función de la valorización pero no establece que se deba retener de ella. En consecuencia, al no establecerse un régimen especial, la aplicación y cobro de esa penalidad debe realizarse conforme al régimen general contenido en el contrato: deducirla de la liquidación final o del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento. Ello, se reitera, sin analizar si la penalidad aplicable es adecuada o no.
41. Se debe mencionar además que en una situación como el presente caso en el que existe en discusión la procedencia de ampliaciones de plazo (lo que es de conocimiento de LA ENTIDAD que precisamente menciona la existencia de estas en las cartas que dirige a EL CONTRATISTA contestado su requerimiento de pago de los montos materia de este punto controvertido) la aplicación de penalidades por demoras están sujetas a los resultados de lo que el proceso arbitral puede decidir sobre

dichas ampliaciones de plazo. Aplicar dichas penalidades de manera anticipada a la resolución que resuelva dichas controversias genera un daño Innecesario a EL CONTRATISTA y no tutela de mejor manera el interés público.

42. En ese sentido, atendiendo a que el proceder de LA ENTIDAD no fue arreglado a derecho y que la misma no tenía ninguna potestad para retener el pago de la valorización, corresponde ordenar a LA ENTIDAD que pague a favor del CONSORCIO el saldo de la valorización mensual N° 09 que asciende a la suma de S/ 41,472.42, más los intereses generados hasta la fecha efectiva de pago.

IX. ANÁLISIS DEL SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO.

43. Habiendo amparado el sexto punto controvertido, corresponde analizar si las penalidades aplicadas por LA ENTIDAD se arreglan o no a derecho. En ese sentido, se debe señalar que la decisión del Árbitro se deberá ajustar a las normas legales vigentes al momento de la aplicación de penalidades pero también dependerán directamente de los medios probatorios ofrecidos por las partes y de las conclusiones que, de ellos, se puede extraer con relación a lo que fue el accionar y la intención de las partes así como la realidad de los hechos.
44. En ese sentido, respecto de la penalidad por atraso en la ejecución de prestaciones, se tiene en autos el Informe N° 02-PJVC-SGO-GEP-GCPI-ESSALUD-2017 que hace referencia a el "Informe Mensual N° 09", emitido por la Inspectora de obra, en el que se señala que la obra se culminó el 24 de noviembre del 2016 y no el 10 de noviembre del 2016, fecha de término del plazo de ejecución contractual.
45. Debemos dejar en claro que el referido "Informe Mensual N° 09" no obra en autos en tanto no fue ofrecido como medio probatorio del demandante y habida cuenta que LA ENTIDAD no ejerció su derecho de ofrecer pruebas propias limitándose a las que fueron ofrecidas por su contraparte. En ese sentido, con miras a tomar una decisión en el presente punto controvertido, se prescindirá de dicho documento toda vez que no le corresponde al Árbitro ejercer el derecho de las partes de defenderse y ofrecer pruebas que acrediten sus alegaciones o sustenten sus posiciones.
46. En el presente laudo se ha decidido que la solicitud de ampliación de plazo parcial N° 02 debe ser amparada y por tanto el plazo del contrato debe ampliarse en 58 días, por lo que, se tiene que la fecha de término contractual no es el 10 de noviembre del 2016, como se consigna en el referido Informe N° 02-PJVC-SGO-GEP-GCPI-ESSALUD-2017, sino que sería el día 22 de diciembre del 2016. En ese orden de ideas, la culminación de la obra no pudo culminar ni el 10 de noviembre ni el 24 de dicho mes, conforme a lo señalado el asiento N° 277 del cuaderno de obra realizado por la Inspectora, pues como hemos señalado éste culminó días después.



47. Por otro lado, es el mismo asiento N° 277 ya referido el que consigna que la inspectora de obra no tuvo acceso al cuaderno de obra el día 10 de noviembre del 2016. Esta afirmación, posteriormente, se vería reforzada con el ofrecimiento de una constatación policial que señala que el cuaderno de obra, en efecto, no se encontraba en la oficina del área técnica. Ante estos hechos, EL CONTRATISTA alega que la inspectora se encontraba en un viaje de servicio sin lograr acreditar fehacientemente dicha situación. Por el contrario, llama la atención a este Árbitro único que EL CONTRATISTA no hubiera contestado dicha anotación de manera inmediata si es que la misma resultaba tan reñida a la realidad como afirman.

48. En consecuencia, de lo expuesto se determina que en el presente caso no corresponde aplicar penalidad por demora en la ejecución de las prestaciones derivadas del contrato pero sí corresponde la aplicación de la penalidad por impedir el acceso al cuaderno de obra.

X. ANÁLISIS DEL OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO.

49. Que, habida cuenta que el fin del plazo contractual es posterior a las fechas que se señalan como término de la obra, deviene en irrelevante determinar la fecha exacta de dicho suceso por lo que carece de objeto pronunciarse sobre el mismo.

XI. ANÁLISIS DEL NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO.

50. El artículo 158° del Reglamento señala que es obligación de EL CONTRATISTA mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento hasta el consentimiento de la liquidación final, lo que no se ha generado hasta la fecha. En ese sentido, al no haberse cumplido la condición establecida reglamentariamente para que cese la obligación de EL CONTRATISTA, no puede atribuirse dicho costo a LA ENTIDAD habida cuenta que no existe ningún factor de atribución legítimo para ello.

51. En consecuencia, no corresponde ordenar a LA ENTIDAD pagar a EL CONTRATISTA los mayores gastos generados por las renovaciones de la carta fianza de fiel cumplimiento.

XII. ANÁLISIS DEL DÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO.

52. Que, respecto a la solicitud del demandante de que se apruebe la liquidación final del contrato se debe tener en cuenta que tanto en función de la remisión que realizan las bases como de lo señalado por el artículo 211° del Reglamento, no puede procederse a la liquidación del contrato de obra mientras existan controversias pendientes de resolver.

53. En ese sentido, éste Árbitro Único actuaría de forma contraria a derecho si aprobara la liquidación presentada por EL CONTRATISTA siendo que lo correcto es que, resueltas

las controversias y consentido o ejecutoriado que sea el presente laudo, se continúe según el trámite establecido legalmente.

54. Por ello se concluye que no corresponde aprobar la Liquidación Final del CONTRATO elaborada por el CONSORCIO.

XIII. ANÁLISIS DEL DÉCIMO PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO.

55. Toda vez que el undécimo punto controvertido se estableció para el supuesto en que el tercer punto controvertido no sea amparado, carece de objeto pronunciarse sobre el mismo.

XIV. ANÁLISIS DEL DUODÉCIMO PUNTO CONTROVERTIDO.

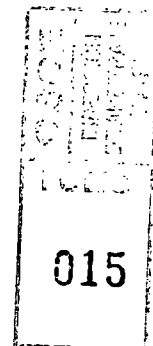
56. Es un hecho reconocido por ambas partes que en el mes de diciembre del 2016 EL CONTRATISTA remitió una comunicación informando su decisión de resolver el contrato por causa atribuible a LA ENTIDAD.

57. Según lo establecido en el artículo 170° del Reglamento, las controversias que pueden existir respecto de esta resolución debieron ser sometidas por LA ENTIDAD a los mecanismos establecidos de solución de controversias. Es decir, en este caso correspondía a LA ENTIDAD solicitar el inicio del procedimiento respectivo conforme a lo señalado en el contrato y el Reglamento.

58. Sin embargo, de los medios probatorios ofrecidos por las partes se aprecia que LA ENTIDAD no siguió dicha línea de acción sino que, ya en el año 2017, informó a EL CONTRATISTA la existencia de observaciones a la obra y requirió su subsanación. Esta situación es lo que generó la posterior resolución del contrato realizado por parte de LA ENTIDAD.

59. La resolución de un contrato implica el cese de los efectos que emanan del mismo. En esa idea, es jurídicamente imposible resolver dos veces un mismo contrato siendo que la segunda resolución - la que es actuada luego de que el contrato ya había sido resuelto - es un acto nulo por cuanto su objeto es jurídicamente imposible.

60. En el presente caso, se puede apreciar que LA ENTIDAD no cuestionó ni impugnó la resolución realizada por EL CONTRATISTA con lo que la misma quedó consentida. En efecto, si bien existe la alegación de LA ENTIDAD de que se envió a EL CONTRATISTA una comunicación en la que se menciona el inicio de un procedimiento arbitral, LA ENTIDAD no ha acreditado que en efecto exista tal proceso ni tampoco ha cuestionado dicha resolución en el presente proceso mediante una pretensión reconvencional.



61. En consecuencia, se debe determinar que procede declarar la nulidad de la resolución del CONTRATO efectuada por LA ENTIDAD mediante Resolución de Gerencia de la Red N° 200-GRAAR-ESSALUD-2017.

XV. ANÁLISIS DEL DÉCIMO TERCER PUNTO CONTROVERTIDO.

62. Atendiendo a que la resolución de LA ENTIDAD es nula conforme a lo expuesto en el análisis del décimo segundo punto controvertido, se debe concluir que los actos realizados como consecuencia del mismo tampoco pueden tener validez dentro del ordenamiento jurídico, sobre todo respecto de aquello que contienen y está dirigido a ejecutar o perfeccionar los supuestos efectos del acto declarado nulo.

63. En consecuencia, corresponde declarar nulos tanto la constatación física como el acto de inventario que fueron realizados por LA ENTIDAD el 11 de abril de 2017.

XVI. ANÁLISIS DEL DÉCIMO CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO.

64. Atendiendo a que la resolución de LA ENTIDAD es nula conforme a lo expuesto en el análisis del décimo segundo punto controvertido, se debe concluir que los actos realizados como consecuencia del mismo tampoco pueden tener validez dentro del ordenamiento jurídico, sobre todo respecto de aquello que contienen y está dirigido a ejecutar o perfeccionar los supuestos efectos del acto declarado nulo.

65. En consecuencia, corresponde declarar nulo el pliego de observaciones, remitido por LA ENTIDAD, con Carta N° 716-GRAAR-ESSALUD-2017 de fecha 23 de febrero del 2017.

XVII. ANÁLISIS DEL DÉCIMO QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO.

66. Tal como se señaló anteriormente, debido a que la resolución del contrato realizada por EL CONSORCIO no fue cuestionada por LA ENTIDAD en un proceso arbitral, el mismo ha quedado consentido por lo que cualquier pronunciamiento de éste Árbitro único implicaría el desconocimiento de dicha calidad que la resolución obtuvo por imperio de la ley. Sobre todo considerando que en el presente proceso tampoco se ha planteado por parte de LA ENTIDAD algún cuestionamiento ha dicho acto.

67. En consecuencia, corresponde pronunciarse declarando la existencia de dicha situación jurídica y señalando que la resolución del CONTRATO efectuada por el CONSORCIO es válida toda vez que la misma ya ha quedado consentida.

XVIII. ANÁLISIS DEL DÉCIMO SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO.

68. En consecuencia de lo expuesto, toda vez que la resolución tiene la calidad de consentida, los actos de ejecución de la misma mantienen su total validez. Por ello

corresponde declarar válida la constatación física e inventario de la obra realizada por el CONSORCIO ante Notario Público con fecha 3 de enero del 2017.

XIX. ANÁLISIS DEL DÉCIMO SÉPTIMO PUNTO CONTROVERTIDO.

69. En consecuencia de lo expuesto, toda vez que la resolución tiene la calidad de consentida, los actos de ejecución de la misma mantienen su total validez. Por ello, atendiendo a lo señalado en el artículo 209° del Reglamento, corresponde declarar que, a partir del 3 de enero del 2017, la obra quedó en poder de ESSALUD.

XX. ANÁLISIS DEL DÉCIMO OCTAVO PUNTO CONTROVERTIDO.

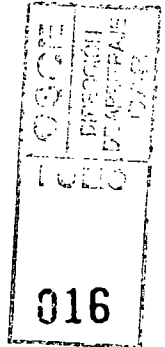
70. En consecuencia de lo expuesto, toda vez que la resolución tiene la calidad de consentida, los actos de ejecución de la misma mantienen su total validez. En consecuencia, atendiendo a lo señalado en el artículo 209° del Reglamento, corresponde ordenar a ESSALUD pagar a favor del CONSORCIO los gastos incurridos por éste, en la tramitación de la resolución del CONTRATO, la constatación física e inventarios, más los intereses generados hasta la fecha efectiva de la cancelación.

XXI. ANÁLISIS DEL DÉCIMO NOVENO PUNTO CONTROVERTIDO.

71. Toda vez que el décimo noveno punto controvertido se estableció para el supuesto en que el décimo quinto punto controvertido no sea amparado, carece de objeto pronunciarse sobre el mismo.

XXII. RESPECTO DE LAS COSTAS Y COSTOS DEL PRESENTE PROCESO.

72. El artículo 56° del Decreto Legislativo N° 1071 – Decreto Legislativo que regula el arbitraje – señala que el laudo debe pronunciarse respecto de la distribución de los costos del arbitraje. En esa misma idea, el artículo 73° señala que es facultad del Árbitro Único distribuir los costos entre las partes tomando en cuenta las circunstancias del caso.
73. En el presente caso, atendiendo a la naturaleza del proceso y a la conducta procesal de las partes, éste Árbitro Único considera que corresponde a cada parte asumir sus propios costos.
74. No obstante, toda vez que EL CONTRATISTA pagó el monto que correspondía a LA ENTIDAD, se debe ordenar a ésta que reembolse a EL CONTRATISTA la suma de S/ 4,747.58 (Cuatro mil setecientos cuarenta y siete soles y 58/100) por concepto de honorarios del árbitro y de la secretaría arbitral.



75. En consecuencia, de conformidad con lo expuesto, éste Árbitro Único decide emitir el presente laudo en el siguiente sentido:

C. PARTE RESOLUTIVA

1. Declarando **FUNDADA** la solicitud de acumulación de pretensiones solicitada por EL CONTRATISTA.
2. Declarando **FUNDADA** la primera pretensión principal de la demanda y, en consecuencia, otorgar la ampliación de plazo parcial N° 02 por 58 días calendarios y, asimismo, declarar ineficaz el acto administrativo contenido en la Resolución de Gerencia de Red N° 558-GRAAR-ESSALUD-2016.
3. Declarando **FUNDADA** la segunda pretensión principal de la demanda y, en consecuencia, ordenar a LA ENTIDAD que cumpla con realizar el pago de mayores gastos generales variables ascendientes a la suma de S/ 27,112.69 más los intereses generados hasta la fecha efectiva de pago.
4. Declarando que **CARECE DE OBJETO** pronunciarse sobre la pretensión subordinada a la segunda pretensión principal.
5. Declarando **FUNDADA** la tercera pretensión principal y, en consecuencia, ordenar a LA ENTIDAD que cumpla con realizar el pago de mayores gastos generales de las ampliaciones de plazo parcial N° 03 y 04 que ascienden a S/ 34,704.17 y S/ 29,120.00 respectivamente más los intereses generados hasta la fecha efectiva de pago.
6. Declarando **FUNDADA** la cuarta pretensión principal y, en consecuencia, ordenar a LA ENTIDAD que cumpla con realizar el pago del saldo de la valorización N° 09 ascendiente a S/ 41,472.42, más los intereses generados hasta la fecha efectiva de pago.
7. Declarando que **CARECE DE OBJETO** pronunciarse sobre la quinta pretensión principal de la demanda.
8. Declarando **INFUNDADA** la sexta pretensión principal de la demanda.
9. Declarando **INFUNDADA** la séptima pretensión principal de la demanda.
10. Declarando **INFUNDADA** la octava pretensión principal de la demanda y, en consecuencia, disponer que cada parte asuma sus propios costos derivados del arbitraje. Sin perjuicio de ello, y atendiendo que EL CONTRATISTA pagó el íntegro de dichos costos, se ordena a LA ENTIDAD que cumpla con reembolsar

a EL CONTRATISTA dicho monto ascendiente a S/ 4,747.58 más los intereses generados hasta la fecha efectiva de pago.


11. Declarando **FUNDADA** la primera pretensión principal del escrito de acumulación de pretensiones y, en consecuencia, declarando nula la resolución de contrato efectuada por LA ENTIDAD mediante Resolución de Gerencia de la Red N° 200-GRAAR-ESSALUD-2017 y comunicada mediante Carta Notarial N° 1317-GRAAR-ESSALUD-2017 del 05 de abril del 2017. Asimismo:

- a. Declarar nula la constatación física e inventario efectuado por LA ENTIDAD con fecha 11 de abril del 2017; y
- b. Declarar nulo el pliego de observaciones remitido mediante Carta N° 716-GRAAR-ESSALUD-2017 de fecha 23 de febrero del 2017.

12. Declarando **FUNDADA** la segunda pretensión principal del escrito de acumulación de pretensiones y, en consecuencia, declarando la validez de la Resolución del CONTRATO realizada por EL CONTRATISTA mediante Carta Notarial N° 074-2016-CEA de fecha 19 de diciembre del 2016. Asimismo:

- a. Declarando efectuada y válida la constatación física e inventario de la obra realizada por EL CONTRATISTA con fecha 03 de enero del 2017.
- b. Declarando que a partir del 03 de enero del 2017 la obra quedó en poder de LA ENTIDAD.
- c. Declarando que corresponde ordenar a LA ENTIDAD el pago a favor de EL CONTRATISTA de los gastos incurridos por éste en la tramitación de la resolución del contrato, constatación física e inventarios más los intereses generados hasta la fecha efectiva de pago.

13. Declarando que **CARECE DE OBJETO** pronunciarse sobre la pretensión subordinada a la segunda pretensión del escrito de acumulación de pretensiones.


CHRISTIAN ALVAN SILVA
ÁRBITRO ÚNICO

