

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

Caso Arbitral N° N° 390-2020-CCL

OLVA COURIER S.A.C.
vs.
SUSALUD

LAUDO

Tribunal Arbitro Unico

Cristian Dondero Cassano

Secretaría Arbitral

Melanie Villafuerte Adrianzen



Lima, 14 de abril 2021

Indice:

Cuestiones Preliminares

Cuerpo de la demanda

Cuerpo de la Contestacion

Puntos Controvertidos

Analisis

Costos y Costas de Proceso

Decisión



I.- Cuestiones Preliminares:

-Lugar y fecha de emisión: El presente Laudo se desarrolla en la Ciudad de Lima el 14 de abril de 2020

-Nombre de las Partes: en Autos, figura, por la Parte Demandante: **OLVA COURIER S.A.C.**, debidamente representada por su apoderado abogado **GUILLERMO JESÚS SANTIBÁÑEZ RAMOS**, así como por la Parte Demandada: **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – SUSALUD**, debidamente representado por su Procurador Público, **LOUIS KEN MATSUSAKA SHIMASAKI**, así como la participación de los abogados **Militza Giulliana Johnson Castañeda**, **Natali Milagros Bravo Celadita**, y de **Omar Joel Zeballos Cabanillas**.

-Nombre del Arbitro: Interviene, designado residualmente por el Centro de Arbitraje de la CCL el letrado Cristian Dondero Cassano, quien aceptó a la encomienda respectiva y cumplió con su deber de revelación, no registrándose pedidos de ampliación de deber de revelación ni cuestionamiento alguno a su designación.

-Nombre de Secretario Arbitral: Que la Secretaría Arbitral es institucional, a lo que el centro designó a Melanie Villafuerte Adrianzen para tal tarea.

-Convenio Arbitral: La Parte Pertinente del Contrato prevé la cláusula de solución de controversias, precisando que ambas partes estuvieron conformes en que el arbitraje se realizara en forma acelerada, conforme Orden Procesal N° 01.

CLÁUSULA DÉCIMO SEPTIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

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

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

El arbitraje será institucional y resuelto por Tribunal Arbitral conformado por tres (3) árbitros, LA ENTIDAD propone las siguientes instituciones arbitrales: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos y el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

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

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

-Contrato: Contrato N° 009-2018-SUSALUD/OGA, denominado: “**CONTRATO DE SERVICIO DE MENSAJERÍA A NIVEL LOCAL Y NACIONAL**”, el día 31 de octubre de 2018, cuya parte pertinente señala:

CLÁUSULA SEGUNDA: OBJETO

El presente contrato tiene por objeto **contratación del servicio de Mensajería a Nivel Local y Nacional.**

CLÁUSULA TERCERA: MONTO CONTRACTUAL

El monto total del presente contrato asciende a S/. 501,900.00 (Quinientos un mil novecientos con 00/100 soles), que incluye todos los impuestos de Ley.

-Monto del Contrato:

CLÁUSULA TERCERA: MONTO CONTRACTUAL

El monto total del presente contrato asciende a S/. 501,900.00 (Quinientos un mil novecientos con 00/100 soles), que incluye todos los impuestos de Ley.

ITEM	DESCRIPCIÓN	TIPO	CANTIDAD MENSUAL	CANTIDAD 24 MESES	VALOR REFERENCIAL	
					PRECIO UNITARIO	VALOR REFERENCIAL DEL ITEM S/.
1	Local Lima Metropolitana y Callao (anexo 01)	Urgente	95	2,280	S/ 15.00	S/ 34,200.00
	Local Lima Metropolitana y Callao R1 y R2 (anexo 01)	Normal	1265	30,360	S/ 3.50	S/ 105,260.00
	Lima Provincias R3 (anexo 02)	Normal	318	7,632	S/ 10.00	S/ 76,320.00
	Provincia R1 y R2 (anexo 03)	Normal	888	21,312	S/ 10.00	S/ 213,120.00
	Provincia R3 (anexo 03)	Normal	150	3,600	S/ 20.00	S/ 72,000.00
MONTO TOTAL						S/ 501,900.00

-Tipo de Arbitraje: El presente Arbitraje es Nacional y de derecho, siendo su sede la Ciudad de Lima

-Conformación del Arbitro: Que, conforme los antecedentes que custodia el Centro de Arbitraje, el suscrito fue designado por el Centro de Arbitraje, en calidad de árbitro único,

-Ley Aplicable:

1.1. BASE LEGAL

- Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, en adelante la Ley.
- Decreto Supremo N° 350-2015-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en adelante el Reglamento.
- Directivas del OSCE.
- Ley N° 27806, Ley de Transparencia y de Acceso a la Información Pública.
- Decreto Supremo N° 008-2008-TR, Reglamento de la Ley MYPE.
- Decreto Supremo N° 304-2012-EF, TUO de la Ley General del Sistema Nacional del Presupuesto.
- Decreto Supremo N° 013-2013-PRODUCE - Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso al Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial.
- Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, TUO de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.
- Código Civil.

-Reglas Procesales: Son las reglas establecidas en la Orden Procesal N° 01

-Puntos Controvertidos: Los que se encuentran desarrollados en la Orden Procesal N° 02, que transcribimos a continuación:

“(...)

Primer punto controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare la nulidad parcial y sin efecto legal alguno, la cláusula decimosegunda del Contrato N° 009-2018-SUSALUD/OGA denominada “Penalidades Especiales” en los siguientes extremos:

- a) Los puntos 12.3., 12.3.1. Otras Penalidades: No entregar la correspondencia en los plazos establecidos en los términos de la referencia;*
- b) Los puntos 12.3., 12.3.2. Otras penalidades: No devolver los cargos en los tiempos establecidos en los términos de referencia.*
- c) Cuando se apliquen las penalidades especiales, no se aplicarán penalidades por mora”.*

Segundo punto controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único deje sin efecto legal, la aplicación de penalidades, (según los numerales 12.3.1. y 12.3.2 “otras penalidades) incurridas en los periodos comprendidos del noviembre de 2018 al mes de noviembre de 2019 (13 meses), ascendente a la suma de S/ 50,883.00.

Tercer punto controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único establezca que la penalidad correspondiente según el artículo 134 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, asciende a la suma de S/ 2,930.25.

Cuarto punto controvertido:

Determinar si corresponde que el Árbitro Único ordene que la parte demandada reintegre a favor de la parte demandante la suma de S/ 47,952.75 más intereses, por indebida aplicación de penalidad.

Quinto punto controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único revoque y se deje sin efecto legal, la resolución de contrato N° 009-2018-SUSALUD/OGA, por no haber incurrido en la causal correspondiente, al no haber alcanzado el 10% en penalidad del monto contractual.

Sexto punto controvertido:

*Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único revoque y se deje sin efecto legal alguno, la resolución del contrato N° 009-2018-SUSALUD/OGA (suscrito el 31 de octubre de 2018) por la causal de haber superado el 10% del monto contractual - según carta N° 185-2020-SUSALUD/OGA de fecha 06 de agosto de 2020.
(...)"*

-Pagos al Arbitro: Se encuentran cancelados

-Sobre la presentación de la demanda, contestación y cierre de la estación probatoria

"(...)
CASO ARBITRAL N° 0390-2020-CCL

Orden Procesal N° 2

Lima, 4 de febrero de 2021.-

I. Antecedentes.-

1. Mediante Orden Procesal N° 1, emitida por el 15 de enero 2021, y notificada a las partes en la misma fecha, el Árbitro Único, entre otros aspectos, fijó las reglas definitivas para el presente arbitraje acelerado, y le otorgó un plazo de cinco (5) días hábiles a Olva Courier S.A.C. (en adelante, "Olva"), con la finalidad que presente su demanda arbitral.
2. Con fecha 22 de enero de 2021, Olva, dentro del plazo conferido para tales efectos, presentó vía correo electrónico su escrito de demanda arbitral, bajo la sumilla: "Demanda arbitral", junto a los medios probatorios que dicha parte considera que sustentan su posición.
3. El 28 de enero de 2021, la Superintendencia Nacional de Salud – SUSALUD (en adelante, "Susalud"), dentro del plazo conferido, presentó vía correo electrónico su escrito de contestación de demanda, bajo la sumilla: "Contesto demanda arbitral", junto a los medios probatorios que dicha parte considera que sustentan su posición.

(...)

III. Cierre de etapa probatoria y actuaciones arbitrales

13. El Árbitro Único considera que las partes han aportado los documentos necesarios para resolver la presente controversia, por lo que en el presente acto dispone el cierre de la etapa probatoria.
14. Por tanto, no existiendo actuaciones pendientes, el Árbitro Único considera que las partes han tenido una oportunidad razonable para presentar y probar sus posiciones sobre las materias que serán objeto de decisión en el laudo arbitral; por lo que estima pertinente declarar el cierre de las actuaciones, de conformidad con el artículo 32 del Reglamento de Arbitraje del Centro, y precisa que se dedicará a la labor de dictar el laudo arbitral dentro del plazo.
15. Asimismo, el Árbitro Único considera conveniente reiterar que el laudo arbitral será notificado a las partes a través de los correos electrónicos apersonados en el presente caso arbitral, de conformidad con los artículos 37(6) y 40(4) del Reglamento de Arbitraje 2017, así como el numeral 44 de las reglas del presente arbitraje acelerado, estipuladas en la Orden Procesal N° 1 de fecha 15 de enero de 2021.

(...)"

-Cantidad de Folios del Laudo: 45 folios

II.- Cuerpo de la demanda

El petitorio de la demanda

A. Se declare la nulidad parcial y sin efecto legal alguno, la cláusula decimosegunda del contrato N° 009-2018-SUSALUD/OGA denominada "Penalidades Especiales" en los siguientes extremos:

- a) Los puntos 12.3., 12.3.1. Otras Penalidades: No entregar la correspondencia en los plazos establecidos en los términos de la referencia;
- b) Los puntos 12.3., 12.3.2. Otras penalidades: No devolver los cargos en los tiempos establecidos en los términos de referencia.
- c) Cuando se apliquen las penalidades especiales, no se aplicarán penalidades por mora".

Por contravenir el texto expreso y claro de la ley, por cuanto, estas "otras penalidades", están contempladas en el artículo 133 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y no pueden ser calificados por mandato legal, como "otras penalidades".

A.1. Se deje sin efecto legal, la aplicación de penalidades, (según los numerales 12.3.1. y 12.3.2 "otras penalidades) incurridas en los periodos comprendidos del noviembre de 2018 al mes de noviembre de 2019 (13 meses), ascendente a la suma de S/ 50,883.00.

A.2. Se establezca que la penalidad correspondiente según el artículo 134 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, asciende a la suma de S/ 2,930.25.

A.3. Se nos reintegre la suma de S/ 47,952.75 más intereses, por indebida aplicación de penalidad.

A.4. Se revoque y se deje sin efecto legal, la resolución de contrato N° 009-2018-SUSALUD/OGA, por no haber incurrido en la causal correspondiente, al no haber alcanzado el 10% en penalidad del monto contractual.

A.5. Se revoque y se deje sin efecto legal alguno, la resolución del contrato N° 009-2018-SUSALUD/OGA (suscrito el 31 de octubre de 2018) por la causal de haber superado el 10% del monto contractual - según carta N° 185-2020-SUSALUD/OGA de fecha 06 de agosto de 2020 - en razón que dicha resolución contractual:

A.5.1. No obedece a un real ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 135 numeral 2 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo N° 350-2015-EF., vigente a la suscripción del contrato);

A.5.2. Sino a una apreciación especulativa de la Entidad, ante un “eventual y futuro” incumplimiento de nuestras obligaciones generadas por la pandemia del COVID-19.

Transgrede los principios de transparencia, equidad e integridad contenidos en los incisos c), i) y j) del artículo 2 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Vulnera además el principio del ejercicio de poder, por constituir un abuso de poder, al ejercer una facultad de manera indebida y extemporánea. Transgrediendo lo dispuesto en el artículo IV numeral 1.17 del Título Preliminar de la Ley de Procedimientos Administrativos General, de aplicación supletoria para los actuados.

Hechos:

b.1.) Suscribimos el Contrato N° 009-2018-SUSALUD/OGA denominado “Contrato de Servicio de Mensajería a Nivel Local y Nacional”, el día 31 de octubre de 2018. Como consecuencia de haber obtenido la buena pro en el Concurso Público N° 001-2018-SUSALUD, el 10 de octubre de 2018.

Siendo las principales cláusulas, las siguientes:



CLÁUSULA UNDÉCIMO: PENALIDADES

Si **EL CONTRATISTA** incurre en retraso injustificado en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, **LA ENTIDAD** le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso, de acuerdo a la siguiente fórmula:

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

Donde:

F = 0.25 para plazos mayores a sesenta (60) días o;

F = 0.40 para plazos menores o iguales a sesenta (60) días.

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

Se considera justificado el retraso, cuando **EL CONTRATISTA** acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo, conforme el artículo 133 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

CLÁUSULA DECIMO SEGUNDA: PENALIDADES ESPECIALES

Las partes acuerdan que **LA ENTIDAD** aplicará a **EL CONTRATISTA** las siguientes penalidades especiales cuando se configuren los supuestos de hecho respectivos:

12.3 Otras Penalidades / Penalidades Especiales:

12.3.1 No entregar la correspondencia en los plazos establecidos en los Términos de Referencia.

DETALLE PENALIDAD:

De Uno (1) a Ocho (8) días * 0.5 % de UIT

De Nueve (9) a Quince (15) días* 1% de UIT

De Dieciséis (16) a más días* 1.5% de UIT

12.3.2 No devolver los cargos en el tiempo establecido en los Términos de Referencia.

DETALLE PENALIDAD:

De Uno (1) a Ocho (8) días * 0.5% de UIT

De Nueve (9) a Quince (15) días* 1% de UIT

De Dieciséis (16) días a más *1.5% de UIT

Nota: Cuando se apliquen las penalidades especiales no se aplicará la penalidad por mora.



b.2) Que, empezamos a brindar nuestros servicios, incurriendo en penalidades por retardo en la entrega de documento y devolución de cargo, conforme el siguiente detalle.

Nº	FACTURA	FECHA DE EMISIÓN	MES DE SERVICIO	AÑO	MONTO	DETRACCIÓN	PASA EL TOPE 10% FACTURADO	PENALIDAD	TOTAL, A COBRAR
1	4260001729	12/12/2018	NOVIEMBRE	2018	S/ 9,777.00	S/. 391.08	NO	S/. 954.00	S/. 8,431.92
2	4260001805	25/01/2019	DICIEMBRE	2018	S/ 12,850.00	S/. 514.00	SI	S/. 2,386.00	S/. 9,950.00
3	4260001835	22/02/2019	ENERO	2019	S/ 14,986.00	S/. 599.44	NO	S/. 336.00	S/. 14,050.56
4	4260001879	27/03/2019	FEBRERO	2019	S/ 14,936.50	S/. 597.46	SI	S/. 3,023.00	S/. 11,316.04
5	4260001926	3/05/2019	MARZO	2019	S/ 16,366.50	S/. 654.66	SI	S/. 4,347.00	S/. 11,364.84
6	4260001960	30/05/2019	ABRIL	2019	S/ 17,106.00	S/. 684.24	SI	S/. 4,410.00	S/. 12,011.76
7	4260001995	26/06/2019	MAYO	2019	S/ 18,593.00	S/. 743.72	SI	S/. 2,436.00	S/. 15,413.28
8	4260002046	31/07/2019	JUNIO	2019	S/ 13,984.50	S/. 559.38	SI	S/. 4,662.00	S/. 8,763.12
9	4260002104	29/08/2019	JULIO	2019	S/ 15,740.00	S/. 629.60	SI	S/. 4,599.00	S/. 10,511.40
10	4260002153	30/09/2019	AGOSTO	2019	S/ 15,792.00	S/. 631.68	SI	S/. 4,914.00	S/. 10,246.32
11	4260002200	25/10/2019	SEPTIEMBRE	2019	S/ 18,280.00	S/. 731.20	SI	S/. 5,019.00	S/. 12,529.80
12	4260002241	25/11/2019	OCTUBRE	2019	S/ 20,919.00	S/. 836.76	SI	S/. 5,460.00	S/. 14,622.24
13	4260002289	16/12/2019	NOVIEMBRE	2019	S/ 27,973.00	S/. 1,118.92	SI	S/. 8,337.00	S/. 18,517.08
					S/ 217,303.50		TOTAL, DESCONTADO:	S/ 50,883.00	S/. 157,728.36

b.3) El día 15 de enero de 2020, recibimos:

➤ **LA CARTA N° 00032-2020-SUSALUD/OGA** de fecha 13 de enero de 2020, mediante la cual nos notifican la penalidad correspondiente al mes de octubre de 2019, en los siguientes términos:

- Retraso en notificar en los plazos establecidos en los Términos de Referencia correspondiente a :

Total de documentos: 03 documento con un retraso de 01 a 08 días y equivalente a 0.5% de UIT por un valor de S/ 63.00 soles.

Total de documentos: 01 documento con un retraso de 09 a 15 días y equivalente a 1% de UIT por un valor de S/ 42.00 soles.

- No devolver los cargos en el tiempo establecido en los Términos de Referencia:
Total de documentos: 253 documentos con un retraso de 01 a 08 días y equivalente a 0.5% de UIT por un valor de S/ 5,313.00 soles.
Total de documentos: 01 documentos con un retraso de 09 a 15 días y equivalente a 1% de UIT por un valor de S/ 42.00 soles.

En referencia a lo antes mencionado y considerando el valor de ambas penalidades, el total asciende a **S/ 5,460.00 (Cinco Mil Cuatrocientos Sesenta con 00/100 soles)**.

➤ **LA CARTA N° 00033-2020-SUSALUD/OGA** de fecha 13 de enero de 2020, mediante la cual nos notifican la penalidad correspondiente al mes de noviembre de 2019, en los siguientes términos:

- Retraso en notificar en los plazos establecidos en los Términos de Referencia correspondiente a :
Total de documentos: 03 documento con un retraso de 01 a 08 días y equivalente a 0.5% de UIT por un valor de S/ 63.00 soles.
- No devolver los cargos en el tiempo establecido en los Términos de Referencia:
Total de documentos: 213 documentos con un retraso de 01 a 08 días y equivalente a 0.5% de UIT por un valor de S/ 8,274.00 soles.

En referencia a lo antes mencionado y considerando el valor de ambas penalidades, el total asciende a **S/ 8,337.00 (Ocho Mil Trescientos Treinta y Siete con 00/100 soles)**.

b.4) **CON LAS PENALIDADES APLICADAS Y DESCRITAS EN ESTAS DOS ÚLTIMAS CARTAS, TOMAMOS CONOCIMIENTO QUE HABÍAMOS ALCANZADO EL TOPE MÁXIMO (10% DEL MONTO CONTRACTUAL) DE PENALIDAD POR MORA, LO QUE FACULTAD A LA ENTIDAD, A RESOLVER EL CONTRATO.**

b.5) Sin embargo, a pesar de haber alcanzado en penalidades, el 10% del monto contractual, continuamos brindado el servicio durante los meses de diciembre de 2019, enero, febrero y marzo (dieciséis días) de 2020, sin que la entidad nos observe, nos indique o haga referencia alguna, sobre su decisión de resolver el contrato.

Más aún, las facturas correspondientes a dichos meses han sido abonadas oportunamente, excepto la que corresponde al mes de marzo de 2020.

Nº	FACTURA	FECHA DE EMISIÓN	MES DE SERVICIO	AÑO	MONTO
1	4260002362	28/01/2020	DICIEMBRE	2019	S/ 26,445.00
2	4260002388	12/02/2020	ENERO	2020	S/ 19,287.00
3	4260002459	22/04/2020	FEBRERO	2020	S/ 17,418.00
4	4260002499	31/07/2020	MARZO	2020	S/ 9,680.00

b.6) La pandemia hizo que por razones de fuerza mayor que es de público conocimiento, suspendiéramos el servicio a partir del 16 de marzo de 2020.

b.7) Posterior a dicha fecha, remitimos a la entidad las siguientes cartas, solicitando una ampliación de plazo contractual, ampliación de plazo de entrega y devolución de documentos, entre otros, según el siguiente detalle:

Nº	CARTA S/N FECHA	CONTENIDO
1	15.06.2020	Precisa fecha de reinicio de actividades
2	18.06.2020	Ampliación de plazo contractual, ampliación de los plazos de entrega de documentos y devolución de cargos y otras modificaciones al servicio.
3	22.06.2020	Ampliación de plazo contractual, ampliación de los plazos de entrega de documentos y devolución de cargos y otras modificaciones al servicio.

b.7.1) Mediante **CARTA N° 141-2020-SUSALUD/OGA**, la Entidad nos contesta indicando que:

a) La ampliación de plazo debe solicitarse dentro de los siete días posteriores a la finalización al hecho generador al retraso;

b) El reinicio del servicio debe operar a partir del 01 de julio de 2020.

b.8) Dentro del plazo establecido en la carta referida en el numeral anterior, es decir, con fecha 07 de julio de 2020, remitimos una carta a la Entidad, indicando de la manera más transparente, que no será posible brindar el servicio de mensajería en los términos contenidos en el contrato y bases integradas, por la declaratoria de emergencia, las limitaciones en los medios de transporte y los protocolos de salubridad exigidos por el Ministerio de Salud.

b.9). El día 08 de julio de 2020, la señorita Gladys Heredia, funcionaria de la Entidad, nos remite un correo electrónico institucional, solicitando le proporcionemos información sobre las entidades que han decidido a nuestra solicitud, a modificar las características del servicio y el sustento donde se demuestre que no se desvirtúa la finalidad pública.

Entendimos entonces, que la Entidad había comprendido la dramática realidad por la que atravesábamos todas las empresas de mensajería.

b.10) El día 09 de julio de 2020, contestamos el correo referido en el numeral precedente, indicamos a la funcionaria de la Entidad, cuáles eran las entidades que habían aceptado las modificaciones, acompañando a dicho correo, las cartas de las entidades respectivas.

Prueba de lo expuesto en el numeral precedente, son las cartas de AGROBANCO, FONCODES, OSCE y PROINVERSON, entre otras.

Quedando pues a la espera de ser notificados, para la suscripción de la adenda respectiva y el reinicio del servicio.

b.11) Sin embargo, mediante correo de fecha 27 de julio de 2020, la Entidad nos remite la **CARTA N° 175-2020-SUSALUD/OGA** de 24 de julio de 2020, por la cual declara improcedente todo lo solicitado en nuestras cartas anteriormente descritas.

Que, el Artículo 142º, del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, marco legal aplicable al contrato, señala que: *“Cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, las partes pueden acordar otras modificaciones al contrato siempre que las mismas deriven de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato que no sean imputables a alguna de las partes, **permitan alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del objeto del contrato.** Cuando la modificación implique la variación del precio, debe ser aprobada por el Titular de la Entidad el inciso ii) del literal a) del numeral 160.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado”*

Mediante el documento de referencia d), la Gerencia General, en su calidad de área usuaria del servicio, comunica que ha solicitado a las unidades orgánicas de la Superintendencia Nacional de Salud, que puedan evaluar la pertinencia de las modificaciones planteadas y si estas afectarían en sus plazos y/o procedimientos, considerando que el acto de notificación, comunicaciones, entrega de cargos, entre otros se encuentra a cargo de la empresa Olva Courier SAC. Del cual concluye que, **la propuesta presentada por la empresa OLVA Courier SAC, afecta y modifica la finalidad pública por la cual se contrató el servicio de mensajería.**

Por las razones expuestas, su petición resulta IMPROCEDENTE, instándose a su representada cumplir con los términos del contrato suscrito.

Sin otro en particular, me despido de Ud.

b.12) Las penalidades que nos han sido impuestas, se han realizado según el cuadro contenido en el numeral b.3) precedente, aplicando lo dispuesto en la cláusula decimosegunda del contrato, “otras penalidades” numerales 12.3.1. y 12.3.2., que indica lo siguiente:

12.3 Otras Penalidades / Penalidades Especiales:

12.3.1 No entregar la correspondencia en los plazos establecidos en los Términos de Referencia.

DETALLE PENALIDAD:

De Uno (1) a Ocho (8) días * 0.5 % de UIT
De Nueve (9) a Quince (15) días* 1% de UIT
De Dieciséis (16) a más días* 1.5% de UIT

12.3.2 No devolver los cargos en el tiempo establecido en los Términos de Referencia.

DETALLE PENALIDAD:

De Uno (1) a Ocho (8) días * 0.5% de UIT
De Nueve (9) a Quince (15) días* 1% de UIT
De Dieciséis (16) días a más *1.5% de UIT

Nota: Cuando se apliquen las penalidades especiales no se aplicará la penalidad por mora.

b.13) La resolución del contrato materia de la presente demanda arbitral, obedece a que se nos ha impuesto penalidades, contraviniendo el texto expreso y claro de la ley, lo que vicia de nulidad el extremo contractual de "otras penalidades", por cuanto la aplicación de estas penalidades, están contempladas en el artículo 133 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y no pueden ser calificadas por mandato legal, como "otras penalidades",

b.14) El artículo 134 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, señala que se pueden establecer otras penalidades DISTINTAS a la mencionadas en el artículo 133.

Más aún, la norma indica que, para estos efectos, deben incluirse los supuestos de aplicación de penalidad DISTINTA al retraso o mora.

b.15) La Entidad ha ido contra el texto expreso y claro del artículo 134 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, al regular como - "otras penalidades", el no entregar la correspondencia y/o no devolver los cargos en los plazos establecidos - cuanto estos supuestos ya se encuentran regulados en el artículo 133 del mencionado Reglamento.

La Entidad puede establecer otras penalidades, pero lo que no puede hacer, es regular como "otras penalidades", la penalidad por mora o retraso establecida ya en el artículo 133 del Reglamento.

b.16) La Entidad ha tenido conocimiento de esta irregularidad, pues en la etapa del proceso de selección, un postor formuló una observación en tal sentido (que no aplica como otras penalidades, la penalidad de retraso o mora, pues esta se encuentra regulada por el artículo 133 del Reglamento), sin embargo, lejos de acoger dicha observación, la rechazan sin invocación de causa. Lo que genera responsabilidad en los funcionarios responsables.

b.17) Estas "otras penalidades", no solamente contravienen lo dispuesto en el texto expreso y claro del artículo 134 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, sino que además no son ni objetivas, razonables, congruentes y proporcionada con el objeto de contratación.

De aplicarse las penalidades conforme el artículo 133 del Reglamento de la Ley de Contrataciones, estas ascenderían a S/ 2,930.25 y no la suma de S/ 50,883.00, según se desprende del siguiente cuadro.

FACTURA	FECHA DE EMISIÓN	MES DE SERVICIO	AÑO	MONTO	DETRACCIÓN	PASA EL TOPE 10% FACTURADO	PENALIDAD S/	PENALIDAD POR FORMULA S/	MES EN COBRO	AÑO EN COBRO
4260001729	12/12/2018	NOVIEMBRE	2018	S/ 9,777.00	S/. 391.08	NO	954.00	74.84	DICIEMBRE	2018
4260001805	25/01/2019	DICIEMBRE	2018	S/ 12,850.00	S/. 514.00	SI	2,386.00	150.50	ABRIL	2019
4260001835	22/02/2019	ENERO	2019	S/ 14,986.00	S/. 599.44	NO	336.00	190.00	MARZO	2019
4260001879	27/03/2019	FEBRERO	2019	S/ 14,936.50	S/. 597.46	SI	3,023.00	169.75	ABRIL	2019
4260001926	3/05/2019	MARZO	2019	S/ 16,366.50	S/. 654.66	SI	4,347.00	262.50	JUNIO	2019
4260001960	30/05/2019	ABRIL	2019	S/ 17,106.00	S/. 684.24	SI	4,410.00	226.63	JUNIO	2019
4260001995	26/06/2019	MAYO	2019	S/ 18,593.00	S/. 743.72	SI	2,436.00	53.81	JULIO	2019
4260002046	31/07/2019	JUNIO	2019	S/ 13,984.50	S/. 559.38	SI	4,662.00	174.13	AGOSTO	2019
4260002104	29/08/2019	JULIO	2019	S/ 15,740.00	S/. 629.60	SI	4,599.00	213.06	SETIEMBRE	2019
4260002153	30/09/2019	AGOSTO	2019	S/ 15,792.00	S/. 631.68	SI	4,914.00	259.44	OCTUBRE	2019
4260002200	25/10/2019	SETIEMBRE	2019	S/ 18,280.00	S/. 731.20	SI	5,019.00	270.00	NOVIEMBRE	2019
4260002241	25/11/2019	OCTUBRE	2019	S/ 20,919.00	S/. 836.76	SI	5,460.00	390.50	DICIEMBRE	2019
4260002289	16/12/2019	NOVIEMBRE	2019	S/ 27,973.00	S/. 1,118.92	SI	8,337.00	495.10	ENERO	2020
				S/ 217,303.50			TOTAL, S/ 50,883.00	S/ 2,930.25		

b.18) Finalmente cabe indicar, que la integración de las bases, así como la suscripción del contrato, no pueden otorgar validez ni legalidad, a las cláusulas cuestionadas, que por su naturaleza son nulas, al contravenir el texto expreso de la Ley.

b.19) En ese sentido y consecuencia de ellos, se debe dejar sin efecto legal, la aplicación de penalidades, (según los numerales 12.3.1. y 12.3.2 "otras penalidades) incurridas en los periodos comprendidos del noviembre de 2018 al mes de noviembre de 2019 (13 meses), ascendente a la suma de S/ 50,883.00. Se establezca que la penalidad correspondiente según el artículo 134 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, asciende a la suma de S/ 2,930.25. Y se nos reintegre la suma de S/ 47,952.75 más intereses, por indebida aplicación de penalidad.


b.20) Mediante correo de fecha 27 de julio de 2020, la Entidad nos remite la carta N° 175-2020-SUSALUD/OGA de 24 de julio de 2020, por la cual declara improcedente todo lo solicitado en nuestras cartas anteriormente descritas.

Que, el Artículo 142º, del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado mediante Decreto Supremo N° 350-2015-EF, marco legal aplicable al contrato, señala que: “*Cuando no resulten aplicables los adicionales, reducciones y ampliaciones, las partes pueden acordar otras modificaciones al contrato siempre que las mismas deriven de hechos sobrevinientes al perfeccionamiento del contrato que no sean imputables a alguna de las partes, **permitan alcanzar la finalidad del contrato de manera oportuna y eficiente, y no cambien los elementos determinantes del objeto del contrato.** Cuando la modificación implique la variación del precio, debe ser aprobada por el Titular de la Entidad el inciso ii) del literal a) del numeral 160.1 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado”*

Mediante el documento de referencia d), la Gerencia General, en su calidad de área usuaria del servicio, comunica que ha solicitado a las unidades orgánicas de la Superintendencia Nacional de Salud, que puedan evaluar la pertinencia de las modificaciones planteadas y si estas afectarían en sus plazos y/o procedimientos, considerando que el acto de notificación, comunicaciones, entrega de cargos, entre otros se encuentra a cargo de la empresa Olva Courier SAC. Del cual concluye que, **la propuesta presentada por la empresa OLVA Courier SAC, afecta y modifica la finalidad pública por la cual se contrató el servicio de mensajería.**

Por las razones expuestas, su petición resulta IMPROCEDENTE, instándose a su representada cumplir con los términos del contrato suscrito.

Sin otro en particular, me despido de Ud.

 b.21) Consideramos esta actitud, como un ejercicio abusivo de poder, al tomar una decisión sin criterios realmente objetivos, a diferencia de otras entidades con quienes mantenemos vínculos contractuales y habían accedido a modificar las condiciones del servicio.

b.22) No obstante ello, estábamos a la espera del requerimiento de la Entidad para el reinicio de nuestro servicio, con cargo de demostrarle, en caso sea observado el mismo, que cualquier retraso en la entrega del documento o la devolución del cargo, las razones de dicha demora. (ver numerales precedentes).

b.23) La Entidad demandada, mediante carta notarial de fecha 06 de agosto de 2020 (recibida el 10 de agosto de 2020) resuelve el contrato, indicando que hemos superado el monto máximo de la penalidad, superando el 10% del monto contractual.

b.24) Del contenido epistolar, se desprende que la verdadera causa de la resolución no obedece a un real ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 135 numeral 2 del Reglamento de la Ley de Contrataciones (exceder en penalidad el 10% del monto contractual), sino una apreciación especulativa, ante un eventual y futuro incumplimiento de nuestras obligaciones, lo que constituye un abuso de poder y la transgresión a los principios de transparencia, equidad e integridad contenidos en la Ley de Contrataciones del Estado.


b.25) Por estas consideraciones, se deberá de declarar fundada la demanda en todos sus extremos.

III.- Cuerpo de la Contestacion de la demanda

Petitorio

Mediante comunicación electrónica, notificada con fecha 22 de enero de 2021, la empresa demandante pone a conocimiento de las partes intervinientes en el presente arbitraje, la demanda arbitral formulada por **OLVA COURIER SAC** contra **SUSALUD**; por lo que, dentro del plazo establecido cumplimos con absolver la demanda incoada, **NEGÁNDOLA Y CONTRADICIÉNDOLA EN TODOS LOS EXTREMOS**, por carecer de veracidad y de toda lógica jurídica que sustente las pretensiones demandadas; solicitando al Tribunal Arbitral Unipersonal que oportunamente la **DECLARE INFUNDADA** en todos sus extremos, con expresa condena de todos los gastos arbitrales que irroga la defensa de la misma, procediendo a desarrollar nuestra posición de defensa con los fundamentos de hecho y derecho que a continuación se exponen:

Hechos:



- Con fecha 31.10.2018, SUSALUD – en adelante la Entidad – y la empresa OLVA COURIER SAC – en adelante el Contratista – suscribieron el Contrato N° 009-2018-SUSALUD/OGA, derivado del Concurso Público N° 001-2018-SUSALUD, para la contratación del Servicio de Mensajería a Nivel Local y Nacional, **por el plazo de ejecución de 730 días calendario (24 meses) o hasta que se agote el monto contractual, lo que ocurra primero**, y por el monto de S/ 501,900.00 (Quinientos un mil novecientos con 00/100 soles), incluidos los impuestos de Ley.

- Mediante Informe N° 0144-2020/OGA del 30.01.2020, Jefe de Gestión de Logística (e) de la OGA, informó que la empresa antes señalada **acumuló más del 10% en penalidades por mora u penalidades especiales**, indicando que la Entidad podía resolver el contrato suscrito; lo cual fue informado a la Gerencia General en el mes de febrero y para lo cual requirió opinión de la Oficina General de Asesoría Jurídica, **sobre la factibilidad de la resolución contractual**; hecho que fue comunicado a la OGA en su oportunidad. Sin embargo, con la declaración del estado de emergencia nacional y la inmovilización social obligatoria, durante los meses de marzo a julio del presente año, no se adoptaron las decisiones en relación a la continuidad de prestación de los servicios de mensajería a nivel local y nacional, con la empresa OLVA COURIER SAC.

- Posteriormente, con **MEMORÁNDUM N° 0050-2020-SUSALUD/GG**, el Gerente General de la Entidad – en su calidad de representante de área usuaria – **COMUNICA LA DECISIÓN DE PROCEDER A RESOLVER EL CONTRATO, POR HABER ALCANZADO EL MÁXIMO DE PENALIDAD PERMITIDO, SOLICITANDO INICIAR LAS ACCIONES ADMINISTRATIVAS RESPECTIVAS PARA CONCRETAR DICHA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL**, en observancia de las formalidades establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

- Asimismo, a través de la Carta N° 00185-2020-SUSALUD/OGA, notificada notarialmente al Contratista con fecha 10 de agosto 2020, la Entidad comunica al Contratista su decisión de **RESOLVER PARCIALMENTE** el Contrato N° 009-2018-SUSALUD/OGA, por la causal de acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades; de conformidad con lo establecido en el numeral 2 del artículo 135° y el artículo 136° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF.

- Estando a ello, con fecha 11.09.2020, SUSALUD es notificada con la Primera Invitación a Conciliar de la empresa OLVA COURIER SAC, a celebrarse el día 18.09.2020. Siendo que, en mérito a la opinión técnica emitida por el Jefe de Gestión de Logística (e) de la OGA, a través del Informe N° 01230-2020/OGA de fecha 16.09.2020, en concordancia con lo expuesto en el Informe N° 0070-2020/PP SUSALUD, la Entidad adoptó la decisión de no conciliar con la citada empresa, al encontrarse tanto la resolución contractual efectuada, así como las penalidades aplicadas dentro del marco de la normativa de contrataciones del Estado vigente.



- Asimismo, con fecha 24.09.2020, esta Procuraduría Pública ha sido notificada con la Solicitud de Arbitraje presentada por la empresa OLVA COURIER SAC; concediéndonos el plazo de diez (10) días hábiles para contestarla; la misma que fue contestada con fecha 07 de octubre de 2020.

- Finalmente, mediante correo electrónico de fecha 22 de enero de 2021 la empresa demandante presenta su DEMANDA ARBITRAL. Siendo que, la Secretaría Arbitral señala que la Entidad cuenta con un plazo de veinte (05) días hábiles, computados desde el 22 de enero de 2021 para contestar la demanda arbitral.

Fundamentación:

3.1.

RESPECTO A LA NORMATIVA Y FORMALIDAD CONTRACTUAL APLICABLES AL ARBITRAJE Y LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO EN LA PRESENTE CONTROVERSIA

Previo a ingresar al análisis de los hechos que sustentan nuestra posición, resulta menester señalar la normativa de contrataciones aplicable al presente caso, la cual regula el supuesto deseado de cumplimiento oportuno de las prestaciones, en el marco de un contrato de ejecución y/o supervisión de obra y/o servicios, tanto de aquellas que están a cargo del Contratista como de las que están a cargo de la Entidad.

Sin embargo, cuando alguna de las partes (llámese Entidad o Contratista) incumplen con las obligaciones a su cargo, la parte perjudicada debe cursarle una carta notarial requiriendo su cumplimiento dentro del plazo legal previsto, bajo apercibimiento de resolver el contrato. En el supuesto que la parte requerida no cumpla con ejecutar las prestaciones a su cargo pese a habérselo solicitado, la parte perjudicada quedará facultada para resolver total o parcialmente, con el envío y entrega de una segunda carta notarial. A este tipo de resolución se le denomina “*resolución por intimación*” y procede, por ejemplo, cuando una de las partes incumple injustificadamente con sus obligaciones, pese a haber sido requerida para ello.

Por otro lado, se encuentra la **“RESOLUCIÓN SIN REQUERIMIENTO PREVIO”, QUE OPERA DE MANERA AUTOMÁTICA CUANDO LA ENTIDAD VERIFICA ALGUNA DE LAS CAUSALES ESTABLECIDAS POR LA LEY N° 30225 – LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO (EN ADELANTE, LA LEY) PARA TAL EFECTO. EN ESTA FIGURA, NO ES NECESARIO QUE LA PARTE AFECTADA REQUIERA, BAJO APERCIBIMIENTO, EL CUMPLIMIENTO DE ALGUNA PRESTACIÓN A CARGO DEL CONTRATISTA, PUES EL SUPUESTO DE HECHO PARA QUE OPERE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO YA SE ENCUENTRA CUMPLIDO. DESDE NUESTRO PUNTO DE VISTA, ESTE TIPO DE RESOLUCIÓN OPERÓ CUANDO EL Contratista ACUMULÓ EL MONTO MÁXIMO DE**

PENALIDAD.

Ahora bien, respecto de la formalidad para la resolución del contrato, la cláusula Décimo Tercera del contrato celebrado entre las partes establece lo siguiente:

"CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA: RESOLUCIÓN DE CONTRATO

Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, de conformidad con el literal d) del inciso 32.3 del artículo 32 y artículo 36 de la Ley de contrataciones del Estado, y el artículo 135 de su Reglamento. De darse el caso, la Entidad procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado."

En tal sentido, los artículos 32°, inciso c) y 36° de La Ley N° 30225, establecen lo siguiente sobre la resolución contractual:



"Artículo 32.- El contrato

El contrato debe celebrarse por escrito y se ajusta a la proforma incluida en los documentos del procedimiento de selección con las modificaciones aprobadas por la Entidad durante el mismo.

Los contratos regulados por la presente norma incluyen necesariamente y bajo responsabilidad las cláusulas referidas a: a) Garantías, b) Anticorrupción, c) Solución de controversias, y d) Resolución de contrato por incumplimiento, conforme a lo previsto en el Reglamento.

Artículo 36.- Resolución de los contratos

Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, o por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el Reglamento (...). Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados."

Por su parte, y conforme ya habíamos adelantado, los artículos 135° y 136° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF (en adelante, El Reglamento), regulan la llamada "resolución por intimación" en los siguientes términos:

"Artículo 135.- Causales de resolución

La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos que el contratista:

1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.

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

3. Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

(...)

Artículo 136.- Procedimiento de resolución de contrato

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

(...)

Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación. (Subrayado agregado)

DE LA PRIMERA PRETENSIÓN: "Se declare la **NULIDAD PARCIAL** y sin efecto legal alguno, la cláusula décimo segunda del Contrato N° 009-2018-SUSALUD/OGA, denominada "Penalidades Especiales" en los siguientes extremos: (a) Los puntos 12.3., 12.3.1. Otras Penalidades: No entregar la correspondencia en los plazos establecidos en los términos de referencia. (b) Los puntos 12.3., 12.3.2. Otras Penalidades: No devolver los cargos en los tiempos establecidos en los términos de referencia. (c) Cuando se apliquen las penalidades especiales, no se aplicarán penalidades por mora."

Conforme a los argumentos expuestos en su demanda arbitral, la empresa demandante sustenta esta primera pretensión alegando que se estaría contraviniendo el texto expreso y claro de la ley, por cuanto éstas "otras penalidades", ya estarían contempladas en el Artículo 133° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y no podrían ser calificados por mandato legal, como "otras penalidades".

Sobre el particular, debemos señalar señor Árbitro Único que el Anexo de Definiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 350-2015-EF, denominado "Anexo Único" define a las **BASES INTEGRADAS** como el **"Documento del procedimiento de Licitación Pública, Concurso Público y Adjudicación Simplificada que contiene las reglas**

definitivas del procedimiento de selección” cuyo texto incorpora las modificaciones que se hayan producido como consecuencia de las consultas, observaciones, la implementación del pronunciamiento emitido por el OSCE, así como las modificaciones requeridas por el OSCE en el marco de sus acciones de supervisión, según sea el caso” (El subrayado es nuestro).

No obstante al marco normativo que acabamos de señalar, el demandante pretende ahora someter a controversia la Cláusula Décimo Segunda del Contrato N° 009-2018-SUSALUD/OGA denominada “Penalidades Especiales” numerales 12.3.1 y 12.3.2; pese a que es plenamente consciente que estas cláusulas forman parte del contrato, las cuales además fueron incluidas en los términos de referencia de las Bases Integradas del Concurso Público 001-2018-SUSALUD, y las que **NO FUERON MATERIA DE OBSERVACIÓN POR PARTE DEL DEMANDANTE EN NINGÚN ESTADÍO DEL CONCURSO PÚBLICO.**

Dicho esto, resulta más que evidente señor Árbitro Único, que si la empresa accionante, advirtió alguna contravención a la Ley de Contrataciones del Estado, debió entonces presentar sus observaciones a los numerales 12.3.1 y 12.3.2. sobre las Penalidades Especiales, contenidas en los términos de referencia de las Bases Integradas, materia de cuestionamiento, en la etapa correspondiente; de conformidad a lo previsto en el Artículo 51° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, el cual expresamente dispone que:



“Artículo 51.- Consultas y observaciones

51.1. *Todo participante puede formular consultas y observaciones respecto de las Bases. Las consultas son solicitudes de aclaración u otros pedidos de cualquier extremo de las Bases. Se presentan en un plazo no menor a diez (10) días hábiles contados desde el día siguiente de la convocatoria.*

51.2. En el mismo plazo, el participante puede formular observaciones a las bases, de manera fundamentada, por supuestas vulneraciones a la normativa de contrataciones u otra normativa que tenga relación con el objeto de contratación.

51.3. *Si como resultado de una consulta u observación debe modificarse el requerimiento, debe solicitarse la autorización del área usuaria y remitir dicha autorización a la dependencia que aprobó el expediente de contratación para su aprobación.*

51.4. *El plazo para la absolución simultánea de las consultas y observaciones por parte del comité de selección y su respectiva notificación a través del SEACE no puede exceder de cinco (5) días hábiles contados desde el vencimiento del plazo para recibir consultas y observaciones señaladas en las bases.*

51.5. *La absolución se realiza de manera motivada mediante pliego absolutorio de consultas y observaciones que se elabora conforme a lo que establece el OSCE; en el caso de las*

observaciones se debe indicar si estas se acogen, se acogen parcialmente o no se acogen.

51.6. En el plazo de tres (3) días hábiles siguientes a la notificación del pliego absolutorio a través del SEACE, **los participantes pueden solicitar la elevación de los cuestionamientos al pliego de absolución de consultas y observaciones conforme a lo establecido por el OSCE, a fin de que este emita el pronunciamiento correspondiente, debiendo la Entidad remitirle el expediente completo al día hábil siguiente de recibida la solicitud de elevación.** El OSCE no puede solicitar a la Entidad la información que se encuentre registrada en el SEACE.

51.7. El pronunciamiento que emite el OSCE debe estar motivado e incluye la revisión de oficio sobre cualquier aspecto de las bases. El plazo para emitir y notificar el pronunciamiento a través del SEACE es de siete (7) días hábiles, es improrrogable y se computa desde el día siguiente de la recepción del expediente completo por el OSCE.

51.8. *Contra el pronunciamiento emitido por el OSCE no cabe interposición de recurso administrativo alguno, siendo de obligatorio cumplimiento para la Entidad y los proveedores que participan en el procedimiento de selección.” (Énfasis y subrayado agregados).*

En ese sentido, y muy por el contrario a lo que ahora pretende cuestionar la parte actora, de los actuados que obran en los medios probatorios ofrecidos por el propio demandante, se desprende que **LA EMPRESA OLVA COURIER S.A.C. NO FORMULÓ NINGUNA OBSERVACIÓN A LAS BASES EN RELACIÓN A LOS NUMERALES 12.3.1. Y 12.3.2 OTRAS PENALIDADES/PENALIDADES ESPECIALES DE LOS TÉRMINOS DE REFERENCIA;** siendo que conforme se advierte del Acta de Absolución de Consultas de fecha 10 de setiembre de 2018, las únicas empresas que formularon consultas y observaciones destinadas a que se precise y/o modifique la información contenida en las Bases – información que podría estar referida a los conceptos contenidos en los términos de referencia ya definidos por el Comité del Proceso de selección – fueron las siguientes:

1. CA & PE CARGO S.A.C.
2. HERMES TRANSPORTES BLINDADOS S.A.
3. AFE TRANSPORTATION S.A.C.

En este punto, debemos precisar que mediante las observaciones efectuadas por los postores antes señalados, se cuestionaron las Bases en lo relativo al incumplimiento de las condiciones mínimas o de cualquier disposición en materia de contrataciones del Estado u otras normas complementarias o conexas que tuvieran relación con el proceso de selección. Siendo que, el Comité Especial dio respuesta a cada una de las consultas y observaciones formuladas, indicando las absoluciones a cada una de las observaciones, a través del pliego absolutorio comprendido en el Acta de

Absolución de Consultas de fecha 10 de setiembre de 2018, el cual fue notificado a través del SEACE; a partir de dicha notificación, los participantes tenían la posibilidad de solicitar la elevación de las observaciones al OSCE para que este emitiera su pronunciamiento, **SITUACIÓN QUE NO SE DIO POR NINGUNA DE LAS EMPRESAS QUE HABÍA FORMULADO LAS CONSULTAS Y OBSERVACIONES.**

De esta manera, y al amparo de lo establecido en el Artículo 52° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, **UNA VEZ ABSUELTAS TODAS LAS CONSULTAS Y/U OBSERVACIONES, LAS BASES QUEDARON INTEGRADAS COMO REGLAS DEFINITIVAS Y NO PODÍAN SER CUESTIONADAS EN NINGUNA OTRA VÍA NI MODIFICADAS POR AUTORIDAD ADMINISTRATIVA ALGUNA, BAJO RESPONSABILIDAD DEL TITULAR DE LA ENTIDAD.**

Así, las Bases integradas debían incorporar, obligatoriamente, las modificaciones que se hubieran producido como consecuencia de las consultas, observaciones, pronunciamientos, así como las modificaciones requeridas por el OSCE en el marco de sus acciones de supervisión; así se señala expresamente en la normativa que venimos invocando:

“Artículo 52.- Integración de bases

Una vez absueltas todas las consultas y/u observaciones, y con el pronunciamiento de OSCE cuando corresponda, o si las mismas no se han presentado, el comité de selección debe integrar las bases como reglas definitivas del procedimiento de selección.

Las bases integradas deben incorporar, obligatoriamente, las modificaciones que se hayan producido como consecuencia de las consultas, observaciones, la implementación del pronunciamiento emitido por el OSCE, así como las modificaciones requeridas por el OSCE en el marco de sus acciones de supervisión,

y deben ser publicadas en el SEACE en la fecha establecida en el calendario del procedimiento. La publicación de las bases integradas es obligatoria.

Las bases integradas no pueden ser cuestionadas en ninguna otra vía ni modificadas por autoridad administrativa alguna, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad, salvo las acciones de supervisión a cargo del OSCE. Esta restricción no afecta la competencia del Tribunal para declarar la nulidad del procedimiento por deficiencias en las bases.

El comité de selección no puede continuar con la tramitación del procedimiento de selección si no ha publicado las bases integradas en el SEACE, bajo sanción de nulidad de todo lo actuado posteriormente y sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiere lugar.” (Énfasis agregado)

En efecto, y conforme se desprende de los preceptos normativos que acabamos de citar, en el supuesto negado que las Bases hubieran contemplado alguna información técnica imprecisa, incongruente o defectuosa; ante ello la ahora demandante, en su calidad de participante o postor, se encontraba plenamente habilitado para solicitar su aclaración mediante consultas o, incluso, cuestionarlas mediante observaciones. Sin embargo, esto no ocurrió, razón por la cual, **LAS BASES QUEDARON INTEGRADAS COMO REGLAS DEFINITIVAS Y NO PUEDEN SER CUESTIONADAS EN NINGUNA OTRA VÍA NI MODIFICADAS POR AUTORIDAD ADMINISTRATIVA ALGUNA**, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

Aunado a ello, conviene señalar que de conformidad con lo establecido en el numeral 41.1 del Artículo 41° de la Ley N° 30225 - Ley de Contrataciones del Estado (en adelante, La Ley): *“Las discrepancias que surjan entre la Entidad y los participantes o postores en un procedimiento de selección y las que surjan en los procedimientos para implementar o mantener Catálogos Electrónicos de Acuerdo marco, solamente pueden dar lugar a la interposición del recurso de apelación. A través de dicho recurso se pueden impugnar los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento hasta antes del perfeccionamiento del contrato, conforme a lo que establezca el reglamento. No se pueden impugnar las contrataciones directas y las actuaciones que establece el reglamento”*.

- Aunado a ello, el Artículo 96° del Reglamento detalla los actos que no son materia de impugnación, siendo estos:

1. *Las actuaciones materiales relativas a la planificación de las contrataciones.*
2. *Las actuaciones preparatorias de la Entidad convocante, destinadas a organizar la realización de procedimientos de selección.*
3. **Los documentos del procedimiento de selección y/o su integración.**
(Lo subrayado es nuestro)
4. *Las actuaciones materiales referidas al registro de participantes.*
5. *Las contrataciones directas.*

De otro lado, el Artículo 97° del citado Reglamento regula el plazo en que puede interponerse un recurso de apelación, señalando en el numeral 97.1 lo siguiente:

“La apelación contra el otorgamiento de la buena pro o contra los actos dictados con anterioridad a ella debe interponerse dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento de la buena pro. En el caso de Adjudicaciones Simplificadas, Selección de Consultores Individuales y Comparación de Precios, la apelación se presenta dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes de haberse notificado el otorgamiento de la buena pro. En el caso de la Subasta Inversa Electrónica, el plazo para la interposición del recurso es de cinco (5)

días hábiles, salvo que su valor referencial corresponda al de una licitación pública o concurso público, en cuyo caso el plazo es de ocho (8) días hábiles.

En virtud de lo expuesto, para que un recurso de apelación sea procedente, este debió ser interpuesto por la empresa actora, contra los actos dictados durante el desarrollo del procedimiento, sean estos con anterioridad o posterioridad al otorgamiento de la buena pro y hasta antes de celebrarse el contrato; siendo también impugnables los actos emitidos por el Titular de la Entidad que afecten la continuación del procedimiento de selección, como son la nulidad o la cancelación,

 **SITUACIÓN QUE NO SE DIO.**

Conforme a lo anterior, puede concluirse que la normativa de contrataciones del Estado, al regular el recurso de apelación, otorga a los participantes y postores la posibilidad de presentar este recurso contra algún acto emitido por el Comité de Selección o por el órgano encargado de las contrataciones, así como por el Titular de la Entidad, cuando corresponda, conforme a los plazos, requisitos y procedimientos descritos en la referida normativa. Siendo que **EL DEMANDANTE EN NINGÚN MOMENTO CUESTIONÓ LAS PENALIDADES ESPECÍFICAS QUE FORMAN PARTE DE LAS BASES INTEGRADAS QUE FINALMENTE FUERON CONSIDERADOS EN LA CLÁUSULA DÉCIMO SEGUNDA DEL CONTRATO N° 009-2018-SUSALUD/OGA.**

Cabe precisar, que en el marco de la normativa de contrataciones del Estado, una vez que se perfecciona el contrato, el cual está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas y la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes, **TANTO EL CONTRATISTA COMO LA ENTIDAD SE OBLIGAN A EJECUTAR LAS PRESTACIONES PACTADAS EN VIRTUD DE DICHA CONTRATACIÓN; SIENDO EL CUMPLIMIENTO DE TALES PRESTACIONES, EN LA FORMA Y OPORTUNIDAD ESTABLECIDAS, LA SITUACIÓN ESPERADA EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA.**

En este contexto, conviene agregar que el cumplimiento de las obligaciones contractuales no siempre es la situación que se verifica durante la ejecución del contrato, pues alguna de las partes por distintas circunstancias podría incumplir con ejecutar las prestaciones a su cargo conforme a los términos y condiciones establecidas; razón por la cual, la normativa de contrataciones del Estado ha previsto entre otras figuras las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales. Estando a ello, la Entidad debe prever en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la *penalidad por mora*; asimismo, puede prever *otras penalidades* (distintas a la penalidad por mora).

De lo expuesto, se advierte que las penalidades que prevé la normativa de contrataciones del Estado, son: i) la “**penalidad por mora en la ejecución de la prestación**”; y, ii) “**otras penalidades**”, las cuales se encuentran reguladas

conforme a lo establecido en los Artículos 133° y 134° del Reglamento, respectivamente. En ese sentido, conviene traer a colación lo establecido en las Cláusulas Undécimo y Décimo Segunda del Contrato N° 009-2018- SUSALUD/OGA, en donde expresamente se indica que:

Bajo tal contexto fáctico y normativo, resulta por demás evidente que desde su participación en el proceso de selección, pasando por la integración de Bases, así como por la suscripción del Contrato, **EL CONTRATISTA EXPRESÓ SU CONFORMIDAD CON LAS PENALIDADES ESPECIALES RECONOCIDAS EN LAS BASES Y EL CONTRATO**, razón por la cual su cuestionamiento de las penalidades establecidas en la Cláusula Décimo Segunda del Contrato, resulta completamente ilógico e incoherente; pues durante todo el proceso de selección y la suscripción del contrato, estuvo de acuerdo con las penalidades especiales reconocidas, al no haber cuestionado su legalidad en el momento en el que tuvo derecho a formular observaciones durante el proceso de selección, no pudiendo por ello cuestionar luego la validez de las penalidades por contradecir la conducta anterior; máxime si como ya habíamos adelantado, de conformidad con el Artículo 52° del Reglamento, **EL CONTRATISTA NO PUEDE CUESTIONAR LAS PENALIDADES ESPECIALES MENCIONADAS LUEGO DE HABERSE INTEGRADO LAS BASES, NI MUCHO MENOS LUEGO DE HABER SUSCRITO EL CONTRATO**. Por lo cual, la primera pretensión principal que viene reclamando el Contratista deviene en **INFUNDADA** en todos sus extremos.

DE LA SEGUNDA PRETENSIÓN: *“Se deje sin efecto legal, la aplicación de penalidades, (según los numerales 12.3.1. y 12.3.2. “Otras Penalidades”) incurridas en los periodos comprendidos de noviembre de 2018 al mes de noviembre de 2019 (13 meses), ascendente a la suma de S/. 50,883.00.”*

Conforme se desprende de la demanda arbitral presentada, el contratista no desarrolla mayor sustento a su segunda pretensión, limitándose tan solo a enunciarla, sin aportar un verdadero análisis y/o argumento al respecto. No obstante a ello, inferimos del texto de la demanda arbitral, que en buena cuenta se trataría de una pretensión accesoria a la primera pretensión principal, la cual hemos logrado desvirtuar fehacientemente en el acápite anterior.

Sin perjuicio de ello, nos remitimos al **Informe 144-2020-SUSALUD/OGA** de fecha **30 de enero de 2020**, por el cual el Jefe de Gestión Logística (e) remite el **SUSTENTO TÉCNICO DE APLICACIÓN DE TODAS LAS PENALIDADES QUE ORIGINARON LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO**.

Así pues, y conforme hemos acreditado tanto fáctica como jurídicamente en el acápite anterior, dentro de las “otras penalidades” se establecieron las penalidades aplicadas en el marco de lo establecido en la Cláusula Décimo Segunda del Contrato N° 009-2018-SUSALUD/OGA, como penalidades especiales.

En ese sentido, y como ya hemos sustentado previamente respecto de las “Otras

penalidades”, el Artículo 134° del Reglamento dispone que “Los documentos del procedimiento de selección pueden establecer penalidades distintas a la mencionada en el artículo 133 [es decir, a la penalidad por mora], siempre y cuando sean objetivas, razonables, congruentes y proporcionales con el objeto de la contratación. Para estos efectos, deben incluir los supuestos de aplicación de penalidad, distintas al retraso o mora, la forma de cálculo de la penalidad para cada supuesto y el procedimiento mediante el cual se verifica el supuesto a penalizar. Estas penalidades se calculan de forma independiente a la penalidad por mora”, **PENALIDADES QUE TAL Y COMO HEMOS ACREDITADO ANTERIORMENTE, NO FUERON OBJETO DE CUESTIONAMIENTO POR PARTE DEL CONTRATISTA.**

A lo expuesto anteriormente, conviene agregar lo sostenido por el propio demandante, quien **EN SU ESCRITO DE DEMANDA ARBITRAL RECONOCE EXPRESAMENTE QUE OLVA COURIER NO HABÍA FORMULADO OBSERVACIÓN ALGUNA A LAS PENALIDADES ESPECIALES**; tal y como se advierte del punto b.16) de su escrito de demanda: “b.16) La Entidad ha tenido conocimiento de esta irregularidad, pues en la etapa del proceso de selección, un postor formuló una observación en tal sentido (que no aplica como otras penalidades, la penalidad de retraso o mora, pues esta se encuentra regulada por el artículo 133 del Reglamento), sin embargo, lejos de acoger dicha observación, la rechazan sin invocación de causa. Lo que genera responsabilidad en los funcionarios responsables.” (Subrayado agregado)

En virtud a lo señalado, deviene en irrefutable que las penalidades aplicadas, materia de la presente controversia, han sido aplicadas en el marco de lo establecido en la Cláusula Décimo Segunda del Contrato N° 009-2018- SUSALUD/OGA como penalidades especiales, y de lo establecido en el Artículo 134° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado; tanto más si conforme acabamos de acreditar, **SUSALUD HA DEMOSTRADO A TRAVÉS DE UN MINUCIOSO ANÁLISIS, LA CORRELACIÓN DE DOCUMENTACIÓN Y CONTABILIZACIÓN DE PENALIDADES ESPECIALES**; por lo que la presente pretensión debe declararse **INFUNDADA** en todos sus extremos, al carecer de todo asidero fáctico y jurídico.

DE LA TERCERA Y CUARTA PRETENSIÓN: “(III) Se establezca que la penalidad correspondiente según el artículo 134° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, asciende a la suma de S/. 2,930.25. (IV) Se nos reintegre la suma de S/. 47,952.75 más intereses, por indebida aplicación de penalidad.”

Al igual que en punto anterior, advertimos del escrito de demanda – al no encontrar mayor fundamento que las sustente – que las presentes pretensiones se tratan también de pretensiones accesorias a la primera, las cuales giran también en torno al cuestionamiento de las penalidades especiales aplicadas.

En ese sentido, y conforme se desprende de nuestra argumentación previamente sustentada tanto fáctica como normativamente, **LAS PENALIDADES APLICADAS**

MATERIA DE LA PRESENTE CONTROVERSIA HAN SIDO APLICADAS EN EL MARCO DE LO ESTABLECIDO EN LA CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA DEL CONTRATO N° 009-2018-SUSALUD/OGA COMO PENALIDADES ESPECIALES Y DE LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 134 DEL REGLAMENTO DE LA LEY **DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**. Por lo que, resulta más que evidente que tanto la tercera como la cuarta pretensión deben declararse **INFUNDADAS** en todos sus extremos.

DE LA QUINTA Y SEXTA PRETENSIÓN PRINCIPAL: “(V) Se revoque y se deje sin efecto legal, la resolución de Contrato N° 009-2018-SUSALUD/OGA, por no haber incurrido en la causal correspondiente, al no haber alcanzado el 10% en penalidad del monto contractual. (VI) Se revoque y se deje sin efecto legal la resolución de contrato N° 009-2018- SUSALUD/OGA (suscrito el 31 de octubre de 2018) por la causal de haber superado el 10% del monto contractual *según carta N° 185-20200-SUSALUD*OGA de fecha 6 de agosto de 2020*”.

Continuando con el análisis de la demanda planteada, advertimos que las dos (02) últimas pretensiones – que en buena cuenta quieren decir exactamente lo mismo – tienen como sustento las siguientes aseveraciones:

No obedece a un real ejercicio de la facultad contemplada en el artículo 135 numeral 2 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Supremo N° 350-2015-EF, vigente a la suscripción del contrato); sino a una apreciación especulativa de la Entidad, ante un “eventual y futuro” incumplimiento de nuestras obligaciones generadas por la pandemia del COVID-19.

Transgrede los principios de transparencia, equidad e integridad contenidos en los incisos s),i) y j) del artículo 2 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Vulnera además el principio del ejercicio de poder, por constituir un abuso de poder, al ejercer una facultad de manera indebida y extemporánea. Transgrediendo lo dispuesto en el artículo IV numeral 1.17 del Título Preliminar de la Ley de Procedimientos Administrativos General de aplicación supletoria para los actuados.

Sobre el particular, resulta evidente que el Contratista lo que realmente pretende es confundir al Tribunal Arbitral Unipersonal, al señalar en su demanda que no habría alcanzado el 10% en penalidad de monto contractual; toda vez que, conforme pasaremos a detallar, **LOS HECHOS DEMUESTRAN IRREFUTABLEMENTE QUE LA RESOLUCIÓN EFECTUADA POR LA ENTIDAD SE PRODUJO ANTE LA ACUMULACIÓN DEL MONTO MÁXIMO DE OTRAS PENALIDADES.**

En efecto, y como bien veníamos anticipando al inicio de nuestra presente contestación de demanda, el numeral 135.1 del Artículo 135°, del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (vigente a dicha fecha, aprobado por el Decreto Supremo N° 350-2015-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 056-2017-EF)

señala que: "La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista: (...) 2. Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo (...)"

Por su parte, el Artículo 132° del citado reglamento, establece que:

"La Entidad debe prever en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora: asimismo, puede prever otras penalidades. Estos dos tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse".

De igual modo, el Artículo 136° del citado reglamento establece que:

"La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato".

Tomando en consideración el contexto normativo antes señalado, SUSALUD resolvió el contrato cuando se estableció que el contratista había incurrido en una de las causales previstas en el Artículo 135° del Reglamento de La Ley, habiendo cumplido en todo momento con el procedimiento regulado en el Artículo 136° de la citada norma; actuando en estricta observancia de lo establecido en la Cláusula Décimo Tercera del Contrato N° 009-2018- SUSALUD/OGA, suscrito por las partes, en la cual se estableció que:

"CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA: RESOLUCIÓN DE CONTRATO

Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, de conformidad con el literal d) del inciso 32.3 del artículo 32 y artículo 36 de la Ley de contrataciones del Estado, y el artículo 135 de su Reglamento. De darse el caso, la Entidad procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado."

No debe perder de vista el Tribunal, que el Contrato N° 009-2018-SUSALUD/OGA fue suscrito por el monto de S/. 501,900.00 (Quinientos un mil novecientos y 00/100 Soles), siendo por lo tanto el 10% de dicho monto S/. 50,190.00 (Cincuenta mil ciento noventa y 001100 soles), que es el monto máximo para aplicar penalidades por Mora o por otras penalidades.

En ese sentido, conforme se desprende del Informe 144-2020-SUSALUD/OGA de

fecha 30 de enero de 2020, la Oficina General de Administración y Finanzas, a través de su Jefe de Gestión de Logística (e), informó al área usuaria "Gerencia General", que **LA SUMATORIA DE APLICACIÓN DE PENALIDADES HABÍA SUPERADO EL DIEZ POR CIENTO (10%) DEL MONTO TOTAL DEL CONTRATO VIGENTE S/. 50.884.75 (CINCUENTA MIL OCHOCIENTOS OCHENTA Y CUATRO CON 75/100 SOLES)**, por lo que no se puede continuar con la aplicación de penalidad ante algún incumplimiento del proveedor Olva Courier S.A.C.; con lo cual se verifica que concurre la causal de resolución contractual contenida en la norma.

En efecto, y conforme se desprende del mencionado Informe 144-2020-SUSALUD/OGA la configuración de las "otras penalidades" por parte del contratista, se encuentra en el hecho de **HABER PRESENTADO DE MANERA REITERADA RETRASOS EN NOTIFICAR, PÉRDIDA DE DOCUMENTOS Y RETRASOS EN DEVOLUCIÓN DE CARGOS**, siendo que la cuantificación de las llamadas "Otras Penalidades / Penalidades Especiales" se efectuó de acuerdo a lo establecido en la cláusula Décimo Segunda del contrato, lo cual era de pleno conocimiento y aceptación del demandante, conforme se advierte de la firma suscrita que a



continuación lo acredita:

J.R. GUILLERMO SANTIABANZ PARRA
ABOGADO REG. C.A.L. N° 24396
APODERADO OLVA COURIER S.A.C.
PODERE INSCRITO
PARTIDA ELECTRONICA N° 0053 1862
REGISTRO MERCANTIL DE LIMA

12.3 Otras Penalidades / Penalidades Especiales:

12.3.1 No entregar la correspondencia en los plazos establecidos en los Términos de Referencia.
DETALLE PENALIDAD:
De Uno (1) a Ocho (8) días * 0.5 % de UIT
De Nueve (9) a Quince (15) días* 1% de UIT
De Dieciséis (16) a más días* 1.5% de UIT

12.3.2 No devolver los cargos en el tiempo establecido en los Términos de Referencia.
DETALLE PENALIDAD:
De Uno (1) a Ocho (8) días * 0.5% de UIT
De Nueve (9) a Quince (15) días* 1% de UIT
De Dieciséis (16) días a más *1.5% de UIT

12.3.3 No recoger la correspondencia de la mesa de partes en el horario establecido.
DETALLE PENALIDAD
Por cada día* 1.5% de UIT

12.3.4 Pérdida de Documentos / Pérdida de Cargo (extravío, robo, destrucción) u obra
DETALLE PENALIDAD
Por cada documento: 1.5% de UIT

12.3.5 Por cada vez que no entregue el Acta de Notificación a la Entidad cuando el administrado no se encuentra en su domicilio o se haya negado a recibir la documentación
DETALLE PENALIDAD
Por cada documento: 0.5% de UIT

12.3.6 Por cada devolución de sobre y/o cargo incompleta o deficiente (sin consignar los datos completos de recepción exigidos en el TUO de la Ley 27444)
DETALLE PENALIDAD
Por cada documento: 1% de UIT

* Las penalidades, en cada una de los casos 1), 2), 3), 4), 5) y 6), serán aplicadas a la sumatoria total de ocurrencias al cierre de cada mes, las cuales serán debidamente notificadas al contratista y descontadas de la factura del mes siguiente o serán deducidas de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento.



En caso de extravío, robo, destrucción robo de la correspondencia, el proveedor debe comunicar este hecho en un plazo no mayor de dos (02) días hábiles tratándose de Lima y tres (03) días hábiles tratándose de provincia, debiendo remitir copia de la denuncia policial al responsable de trámite documentario de SUSALUD, a fin de emitir duplicados del mismo, cuyo costo de reenvío será asumido por la empresa courier y cuyo cobro se efectuará directamente del pago que se le deba efectuar a la empresa contratista.

Nota: Cuando se apliquen las penalidades especiales no se aplicará la penalidad por mora.

Estas penalidades se deducen de los pagos a cuenta o del pago final, según corresponda; o si fuera necesario, se cobra del monto resultante de la ejecución de la garantía de fiel cumplimiento.

Estos dos tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

Cuando se llegue a cubrir el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, de ser el caso, LA ENTIDAD puede resolver el contrato por incumplimiento.




Posteriormente, con Memorandum N° 00050-2020-SUSALUD/GG, la Gerencia General de SUSALUD, en su calidad de área usuaria, comunica a la Oficina General de Administración, la decisión de proceder a resolver el contrato por haber alcanzado el máximo de penalidad permitido, solicitando iniciar las acciones administrativas para concretar dicha resolución bajo las formalidades y formas establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Es así que con el Informe N° 00979-2020/OGA, la Gestión de Logística **recomendó la resolución PARCIAL del Contrato N° 009-2018-SUSALUD/OGA, por la causal de acumulación del monto máximo de la penalidad por mora u otras penalidades**, la cual fue comunicada a la citada empresa con la Carta Notarial N°

185-2020- SUSALUD/OGA.

Por lo expuesto, **SE ENCUENTRA PLENAMENTE ACREDITADO QUE LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL SE EFECTUÓ EN ESTRICTA OBSERVANCIA DE LA NORMATIVA APLICABLE EN CONTRATACIONES DEL ESTADO, VALE DECIR DEL PROCEDIMIENTO REGULADO EN EL ARTÍCULO 136° DEL REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO**; máxime si tal situación fáctica de acumulación del 10% del monto contractual ha sido expresamente reconocida por la propia parte actora en su escrito de demanda arbitral, conforme se desprende de los puntos de su demanda que a continuación procedemos a citar:



“b.4) Con las penalidades aplicadas y descritas en estas dos últimas cartas, tomamos conocimiento que habíamos alcanzado el tope máximo (10% de monto contractual) de penalidad por mora, lo que faculta a la Entidad a resolver el contrato.

b.5) Sin embargo, a pesar de haber alcanzado en penalidades el 10% del monto contractual, continuamos brindando el servicio durante los meses de diciembre de 2019 (...)” (Subrayado agregado)

Asimismo, y conforme se ha detallado en párrafos anteriores, **LAS PENALIDADES ESPECIALES APLICADAS AL CONTRATISTA EN LA EJECUCIÓN DEL SERVICIO DE MENSAJERÍA A NIVEL LOCAL Y NACIONAL DATAN DESDE EL MES DE NOVIEMBRE DE 2018 HASTA NOVIEMBRE DE 2019**; con lo cual queda desvirtuado categóricamente la presunta apreciación especulativa de la Entidad, ante un eventual y futuro incumplimiento de las obligaciones de la ahora demandante generadas por la pandemia del COVID- 19; toda vez que **LA PANDEMIA TUVO LUGAR A PARTIR DE MARZO DE 2020; FECHA PARA LA CUAL LA EMPRESA OLVA COURIER SAC YA HABÍA SUPERADO EL 10% DEL MONTO CONTRACTUAL POR ACUMULACIÓN DE PENALIDADES ESPECIALES**, por lo cual la Entidad ya no podía aplicar más penalidades al demandante.

En ese mismo sentido, consideramos necesario pronunciarnos también respecto al argumento esbozado por la actora – por el cual sostiene *“b.5) Sin embargo, a pesar de haber alcanzado en penalidades el 10% del monto contractual, continuamos brindando el servicio durante los meses de diciembre de 2019, enero, febrero y marzo (dieciséis días) de 2020, sin que la entidad nos observe, nos indique o haga referencia alguna, sobre su decisión de resolver el contrato.”* – a través del cual lo que pretendería deslizar es una supuesta demora por parte de la entidad en resolver el contrato.


Al respecto, debemos señalar que tal y como hemos argumentado previamente, **LA NORMATIVA DE CONTRATACIONES DEL ESTADO HA PREVISTO EXPRESAMENTE EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR PARA LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO**; el mismo que como reiteramos, se encuentra regulado por el Artículo 136° del Reglamento de la Ley de Contrataciones, conforme a lo siguiente:

“Artículo 136.- Procedimiento de resolución de Contrato

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

Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días. En caso de ejecución de obras se otorga un plazo de quince (15) días.

Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.



LA ENTIDAD PUEDE RESOLVER EL CONTRATO SIN REQUERIR PREVIAMENTE EL CUMPLIMIENTO AL CONTRATISTA, CUANDO SE DEBA A LA ACUMULACIÓN DEL MONTO MÁXIMO DE PENALIDAD POR MORA U OTRAS PENALIDADES O CUANDO LA SITUACIÓN DE INCUMPLIMIENTO NO PUEDA SER REVERTIDA. EN ESTOS CASOS, BASTA COMUNICAR AL CONTRATISTA MEDIANTE CARTA NOTARIAL LA DECISIÓN DE RESOLVER EL CONTRATO.

La resolución parcial solo involucra a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, siempre que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe debe precisar con claridad qué parte del contrato queda resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entiende que la resolución es total.”
(El resaltado es nuestro).

Conforme se advierte del precepto normativo que acabamos de citar, la norma no establece un plazo perentorio para efectuar la resolución del contrato, exigiéndose como único requisito la comunicación de la acumulación del monto máximo de penalidad a través de una Carta Notarial dirigida al contratista; PROCEDIMIENTO QUE SE HA SEGUIDO A CABALIDAD POR PARTE DE SUSALUD, CON LA CARTA NOTARIAL N° 185-2020- SUSALUD/OGA, RECEPCIONADA POR EL CONTRATISTA EL 10 DE AGOSTO DE 2020.

De esta manera queda acreditado que, **AL NO ESTABLECERSE EN LA NORMATIVA DE CONTRATACIONES PLAZO ALGUNO PARA EFECUTAR LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO UNA VEZ VERIFICADA LA ACUMULACIÓN DEL MONTO MÁXIMO DE LA PENALIDAD, ERGO SUSALUD NO HA INFRINGIDO NORMA ALGUNA;** actuación que además se encuentra refrendada por el mandato constitucional dispuesto en el literal a) del numeral 24. del Artículo 2°

de nuestra Constitución, el cual dispone que: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”; lo cual se condice también con el Principio de Legalidad, por el cual se rigen todas las entidades públicas.

A lo expuesto, deberá tener presente además el Tribunal Arbitral Unipersonal que, al ser SUSALUD una entidad estatal, se encuentra ceñida a diversos procedimientos administrativos internos, por los cuales se requiere la opinión y pronunciamiento por parte de cada área involucrada para la toma de cualquier decisión como institución del Estado. Así pues, y como bien hemos señalado en párrafos anteriores, mediante Informe N° 0144-2020/OGA, del 30 de enero de 2020, la Oficina General de Administración y Finanzas – a través de su Jefe de Gestión de Logística (e) – informó que la empresa OLVA COURIER SAC, había acumulado más del 10% en penalidades, indicando que la entidad se encontraba facultada para resolver el contrato, lo cual fue informado a la Gerencia General en el mes de febrero y para lo cual se requirió opinión de la Oficina General de Asesoría Jurídica, sobre la factibilidad de la resolución contractual; lo cual fue informado a su vez a la Oficina General de Administración en su oportunidad.


Sin embargo, y como es de conocimiento público señor Árbitro Único, ante la Declaración del Estado de Emergencia Nacional producto del brote COVID-19, se dispuso la inmovilización social obligatoria, durante los meses de marzo a julio del año 2020; razón por la cual durante ese periodo no se adoptaron las decisiones pertinentes en relación a la continuidad de prestación de los servicios de mensajería a nivel local y nacional, con la empresa OLVA COURRIER SAC. Siendo que, habiéndose retomado de manera progresiva el reinicio de actividades en el sector público, es con el Informe N° 00979-2020/OGA de fecha 03 de agosto de 2020, que se determina la resolución parcial del Contrato N° 009-2018-SUSALUD/OGA, por la causal de acumulación del monto máximo de la penalidad por mora u otras penalidades, la misma que fue comunicada a la citada empresa con la Carta Notarial N° 185-2020- SUSALUD/OGA del 06 de agosto de 2020; hechos con los cuales se desvirtúa plenamente la supuesta demora en la resolución de contrato, maliciosamente alegada por la demandante.

Finalmente, respecto a la alegación referida a la supuesta Vulneración de lo dispuesto en el Artículo IV numeral 1.17 del Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General; consideramos que la aplicación de esta última norma resulta improcedente, puesto que en toda relación jurídica contractual con el Estado, la norma aplicable es la Ley de Contrataciones con el Estado y su Reglamento. A lo expuesto, debemos agregar que el Artículo 76° de la Constitución Política del Perú establece que *"Las obras y la adquisición de suministros con utilización de fondos o recursos públicos se ejecutan obligatoriamente por contrato y licitación pública (...) La ley establece el procedimiento, las excepciones y las respectivas responsabilidades"*.

Bajo dicho contexto, podemos reiterar que **LA RELACIÓN CONTRACTUAL ENTRE LA ENTIDAD Y EL CONTRATISTA ESTÁ REGULADA ÚNICAMENTE POR LA LEY**

N° 30225, LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO, Y SU REGLAMENTO APROBADO POR DECRETO SUPREMO N° 350-2015-EF Y MODIFICADO POR DECRETO SUPREMO N° 056-2017-EF, como consecuencia de la convocatoria del Concurso Público N° 001-2018-SUSALUD.

De lo anteriormente expuesto, podemos colegir que resultan inaplicables los preceptos normativos contenidos en la Ley N° 27444, para cuestionar la resolución de contrato efectuada por nuestra representada. Dicho razonamiento se encuentra refrendado por la Dirección Técnico Normativa del OSCE en su Opinión N° 130-2018/DTN, al referirse a la Consulta Jurídica N° 17-2018-JUS/DGDNCR, por el cual la Dirección General de Desarrollo Normativo y Calidad Regulatoria del Ministerio de Justicia ha precisado que:



*"56. Durante la etapa de ejecución contractual la relación jurídica se desarrolla entre los proveedores del Estado y la entidad pública contratante. Estos proveedores del Estado ya no son considerados como administrados, sino que existe entre ellos y la entidad contratante una relación contractual, que se rige ya no por las normas del Procedimiento Administrativo General, sino por lo dispuesto, en primer lugar, en el contrato, luego, en las bases y términos de referencia y finalmente en las normas de contrataciones del Estado. **Los proveedores del Estado no tienen la calidad de administrados ante la entidad contratante, por lo que las normas sustantivas aplicables a la relación jurídica contractual que se ha generado no son las normas de la Ley del Procedimiento Administrativo General.** (...)." (El subrayado y resaltado son agregados)*

IV.- Puntos Controvertidos:

Los puntos controvertidos señalados en la Orden Procesal N° 02 son:

"(...)

Primer punto controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único declare la nulidad parcial y sin efecto legal alguno, la cláusula decimosegunda del Contrato N° 009-2018-SUSALUD/OGA denominada "Penalidades Especiales" en los siguientes extremos:

a) Los puntos 12.3., 12.3.1. Otras Penalidades: No entregar la correspondencia en los plazos establecidos en los términos de la referencia;

b) Los puntos 12.3., 12.3.2. Otras penalidades: No devolver los cargos en los tiempos establecidos en los términos de referencia.

c) Cuando se apliquen las penalidades especiales, no se aplicarán penalidades por mora”.

Segundo punto controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único deje sin efecto legal, la aplicación de penalidades, (según los numerales 12.3.1. y 12.3.2 “otras penalidades) incurridas en los periodos comprendidos del noviembre de 2018 al mes de noviembre de 2019 (13 meses), ascendente a la suma de S/ 50,883.00.

Tercer punto controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único establezca que la penalidad correspondiente según el artículo 134 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, asciende a la suma de S/2,930.25.

Cuarto punto controvertido:

Determinar si corresponde que el Árbitro Único ordene que la parte demandada reintegre a favor de la parte demandante la suma de S/ 47,952.75 más intereses, por indebida aplicación de penalidad.

Quinto punto controvertido:

Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único revoque y se deje sin efecto legal, la resolución de contrato N° 009-2018-SUSALUD/OGA, por no haber incurrido en la causal correspondiente, al no haber alcanzado el 10% en penalidad del monto contractual.

Sexto punto controvertido:

*Determinar si corresponde o no que el Árbitro Único revoque y se deje sin efecto legal alguno, la resolución del contrato N° 009-2018-SUSALUD/OGA (suscrito el 31 de octubre de 2018) por la causal de haber superado el 10% del monto contractual - según carta N° 185-2020-SUSALUD/OGA de fecha 06 de agosto de 2020.
(...)”*

V.- Análisis:

Acerca del Primer Punto Controvertido:

Que la parte demandante no ha demostrado en autos, que haya cuestionado las bases en las cuales se consignó los términos de referencia y el contrato, en la medida que conforme a la Ley, las bases integradas son parte integrante del contrato y por ende de obligatorio cumplimiento, conforme las bases integradas detallan a continuación:

RESPECTO A LAS CONSULTAS Y OBSERVACIONES A LAS BASES

De acuerdo a la absolución de consultas y observaciones a las bases, se implementaron las consultas y observaciones a los Términos de Referencia - numeral 1, numeral 2 inciso a), numeral 3 (tipos de envío y plazos máximos), numeral 8 (8.2 y 8.4), numeral 9 (9.1), numeral 10 (10.1 - Persona Jurídica), numeral 11 (11.7), numeral 12 (12.3.4), numeral 13 (13.8), numeral 14 (14.2), numeral 16 (16.2), numeral 17, Generalidades (numeral 1.8), Capítulo II (Procedimiento de Selección, numeral 2.4, inciso h)

En efecto, el órgano de defensa de la entidad ha señalado que los distintos cuestionamientos a las bases han sido en otras materias y ninguna en el tema de las penalidades.

Ahora, el accionante busca que se declare la nulidad de la cláusula décimo segunda, argumentando que:

“(...)

b.13) *La resolución del contrato materia de la presente demanda arbitral, obedece a que se nos ha impuesto penalidades, contraviniendo el texto expreso y claro de la ley, lo que vicia de nulidad el extremo contractual de “otras penalidades”, por cuanto la aplicación de estas penalidades, están contempladas en el artículo 133 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado y no pueden ser calificados por mandato legal, como “otras penalidades”.*

b.14) *El artículo 134 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, señala que se pueden establecer otras penalidades DISTINTAS a la mencionadas en el artículo 133.*

*Más aún, la norma indica que, para estos efectos, **deben incluirse los supuestos de aplicación de penalidad DISTINTA al retraso o mora.***

b.15) **La Entidad ha ido contra el texto expreso y claro del artículo 134 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, al regular como - “otras penalidades”, el no entregar la correspondencia y/o no devolver los cargos en los plazos establecidos** - cuanto estos supuestos ya se encuentran regulados en el artículo 133 del mencionado Reglamento.

La Entidad puede establecer otras penalidades, pero lo que no puede hacer, es regular como “otras penalidades”, la penalidad por mora o retraso establecida ya en el artículo 133 del Reglamento.

(...)”

A tal efecto, tenemos que el reglamento de la ley señala:

Artículo 133.- Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

En caso de retraso injustificado del contratista en la ejecución de las prestaciones objeto del contrato, la Entidad le aplica automáticamente una penalidad por mora por cada día de atraso. La penalidad se aplica automáticamente y se calcula de acuerdo a la siguiente fórmula: Penalidad diaria = 0.10 x monto F x plazo en días Donde F tiene los siguientes valores: a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios en general, consultorías y ejecución de obras: F = 0.40. b) Para plazos mayores a sesenta (60) días: b.1) Para bienes, servicios en general y consultorías: F = 0.25. b.2) Para obras: F = 0.15. Tanto el monto como el plazo se refieren, según corresponda, al contrato o ítem que debió ejecutarse o, en caso que estos involucraran obligaciones de ejecución periódica, a la prestación parcial que fuera materia de retraso. Para efectos del cálculo de la penalidad diaria se considera el monto del contrato vigente. Para los supuestos que por la naturaleza de la contratación, la fórmula indicada en el presente artículo no cumpla con su finalidad, el Ministerio de Economía y Finanzas mediante Resolución Ministerial puede establecer fórmulas especiales para el cálculo de la penalidad por mora. Se considera justificado el retraso, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. Esta calificación del retraso como justificado no da lugar al pago de gastos generales de ningún tipo.

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

A ello, encontramos que la actividad objeto de la contratación es la mensajería, por ende la prestación es la entrega de correspondencia, a lo que si no se entrega la correspondencia hay una penalidad y si no se devuelven los cargos existe otra penalidad, en tanto que –a modo de ejemplo- bien se pudo haber hecho entrega de la correspondencia, pero –quizás- no se devolvieron los cargos, lo cual constituye – para el suscrito- una razón objetiva diferenciadora, a la luz de lo establecido en el reglamento que supone –precisamente- objetividad en la “otra penalidad”, por ende, no encontramos razón para declarar la Nulidad Parcial de dicha clausula.

Adicionalmente, encontramos que la cláusula en cuestión señala –en la parte final- que cuando se apliquen las penalidades especiales, no se aplicaran las penalidades por mora, lo cual no ha sido discutido en el presente arbitraje, es decir, acerca de una diferenciación entre penalidades a aplicarse y la prueba documental que las diferencie, en consecuencia no existiría incongruencia con la ley vs. El contrato.

Finalmente y sin perjuicio de lo anterior, encontramos que el propio contrato señala que si se aplica una penalidad por mora ya no se aplicaran otras penalidades, por lo que no encontramos –nuevamente- incongruencia entre la ley y el contrato.

Por tales razones es **INFUNDADO** el primer punto controvertido.

Acerca del Segundo Punto Controvertido:

Advertimos que la parte demandante ha señalado que –bajo su propio análisis- la Entidad ha podido resolver el contrato por haber computado el monto de penalidades equivalente al 10% del valor del Contrato, pero esta no lo hizo.

A ello, el suscrito considera, a la luz de la Ley, que el resolver el contrato constituye la última ratio, considerando que el objetivo es el cumplimiento del contrato, puesto que estos satisfacen una necesidad pública.

Por tal motivo, la responsabilidad en decidir si se resuelve un contrato –en el presente caso- es una opción que asiste a las partes, en consecuencia, el hecho que no sea invocada la resolución, no significa que haya renunciado a ello la parte que la invoque.

Es más, la Entidad ha realizado dicha actuación en merito a que en el Informe: 144-2020/OGA, cuya parte pertinente señala:

“(…)

INFORME N° 00144-2020/OGA	
A	: ROSALBA NICOLLE ALJOVÍN MATHEY Directora General de la Oficina General de Administración (e)
ASUNTO	: SE LE INFORMA EL MONTO DE PENALIDADES CORRESPONDIENTES AL SERVICIO DE MENSAJERIA A NIVEL LOCAL Y NACIONAL
REF.	: CONTRATO N. 009-2018-SUSALUD/OGA
FECHA	: Santiago de Surco, 30 de Enero del 2020

FEB. 2020
Hora: 9:38 AM
Firma: [Firma]
Registro:

(…)

3.2 Como se puede apreciar en el numeral 2.1 de los antecedentes del presente informe, la sumatoria de aplicación de penalidades ha superado el diez por ciento (10%) del monto total del contrato vigente S/ 50,884.75 (cincuenta mil ochocientos ochenta y cuatro con 75/100 soles), por lo que no se puede continuar con la aplicación de penalidad ante algún incumplimiento del proveedor Olva Courier S.A.C.

(…)”

Ahora, el demandante solicita que se declare la invalidez de las penalidades aplicadas entre noviembre 2018 a noviembre 2019, no obstante, el fundamento es básicamente el mismo por el cual invocó la nulidad parcial del contrato, por lo que no acredita una incorrecta aplicación de penalidad, más aún cuando el demandante ha reconocido estar incurso en penalidades.

Por tales razones es **INFUNDADO** el segundo punto controvertido.

Acerca del Tercer y Cuarto Puntos Controvertidos:

Es de advertir que son **INFUNDADOS** por las consideraciones expuestas en los puntos precedentes.

Acerca del Quinto Punto Controvertido:

Corresponde analizar si la resolución del contrato se ha ejecutado bajo el marco de la ley, a ello, tenemos que la Entidad señaló, en el Informe que se transcribe a continuación lo siguiente:

“(…)



SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

EXPEDIENTE N° 00627-2019
INFORME N° 00979-2020/OGA

A : **Silvia Nelly Chumbe Abreu**
Directora General de la Oficina General de Administración

ASUNTO : Resolución de Contrato N°009-2018-SUSALUD/OGA

REF. : Informe N° 0144-2020/OGA

FECHA : Santiago de Surco, 3 de Agosto del 2020

(…)

1.4. La Unidad de Gestión de Logística informa que a la fecha se tiene una ejecución del contrato por el importe de S/. 290,144.00, quedando un saldo por ejecutar de S/. 211,756.00 Doscientos Once Mil Setecientos Cincuenta y Seis con 00/100 Soles habiendo superado monto máximo de la penalidad superando el 10% del monto contractual por el importe de S/ 50,884.75.

2. ANALISIS

2.1. El numeral 165.4 del artículo 165 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece el procedimiento para resolución e contrato.

(…)

La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de la penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. (...)

2.2. En el caso que nos ocupa, el Contrato W 009.2018.SUSALUDI OGA, fue suscrito por el monto de S/. 501,900.00 (quinientos un mil novecientos y 00/100 soles) siendo por lo tanto el 10% de dicho monto S/. 50,190.00 (cincuenta mil ciento noventa y 00/100 soles), que sería el monto máximo para aplicar penalidades por Mora.

(…)

A ello, tenemos que el Contrato estableció lo siguiente:

“(...)

CLÁUSULA DÉCIMO TERCERA: RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, de conformidad con el literal d) del inciso 32.3 del artículo 32 y artículo 36 de la Ley de Contrataciones del Estado, y el artículo 135 de su Reglamento. De darse el caso, **LA ENTIDAD** procederá de acuerdo a lo establecido en el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

(...)”

A tal efecto, el Reglamento de la Ley, señala lo siguiente:



Artículo 135.- Causales de resolución

La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:

(...)

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

Artículo 136.- Procedimiento de resolución de Contrato

*Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada debe requerir mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días. En caso de ejecución de obras se otorga un plazo de quince (15) días. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. **El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación. LA ENTIDAD PUEDE RESOLVER EL CONTRATO SIN REQUERIR PREVIAMENTE EL CUMPLIMIENTO AL CONTRATISTA, CUANDO SE DEBA A LA ACUMULACIÓN DEL MONTO MÁXIMO DE PENALIDAD POR MORA U OTRAS PENALIDADES O CUANDO LA SITUACIÓN DE INCUMPLIMIENTO NO PUEDA SER REVERTIDA. EN ESTOS CASOS, BASTA COMUNICAR AL CONTRATISTA MEDIANTE CARTA NOTARIAL LA DECISIÓN DE RESOLVER EL CONTRATO.** La resolución parcial solo involucra a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, siempre que la resolución total del contrato pudiera afectar los*

intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe debe precisar con claridad qué parte del contrato queda resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entiende que la resolución es total.

En efecto, la Entidad evaluò que se trata de una resolución del contrato por el monto máximo de la penalidad –como se ha indicado línea arriba, en consecuencia cursó la comunicación transcrita líneas abajo, señalando lo siguiente:

“(…)

EXPEDIENTE N° 00627-2019
CARTA N° 00185-2020-SUSALUD/OGA

Señor
GUILLERMO JESUS SANTIBAÑES RAMOS
APODERADO
OLVA COURIER SAC
Av. Argentina N° 4458
CALLAO
Presente

Asunto : Resolución parcial del Contrato
Referencia : Contrato N° 009-2018-SUSALUD/OGA

De mi consideración:

Mediante Contrato N° 009-2018-SUSALUD/OGA, de fecha 31 de octubre de 2018, se suscribió el contrato de servicio de mensajería a nivel local y nacional con la empresa OLVA COURIER SAC por un plazo de ejecución de 730 días calendario (24 meses) o hasta que se agote el monto contractual, lo que ocurra primero, por un monto ascendente a la suma de S/. 501,900.00 (Quinientos un mil Novecientos con 00/100 Soles)

Mediante Memorandum N° 00050-2020-SUSALUD/OGA, el Gerente General en su calidad de área usuaria comunica la decisión de proceder a resolver el contrato por haber alcanzado el máximo de penalidad permitido, solicitando iniciar las acciones administrativas para concretar dicha resolución bajo las formalidades y formas establecidas en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento

Con el informe N° 00979-2020/OGA la Unidad de Gestión de Logística informa que a la fecha se tiene una ejecución del contrato por el importe de S/. 290,144.00, quedando un saldo por ejecutar de S/. 211,756.00 (Doscientos Once Mil Setecientos Cincuenta y Seis con 00/100 Soles habiendo superado monto máximo de la penalidad superando el 10% del monto contractual por el importe de S/ 50,884.75.

Con el MEMORANDUM N° 00175-2020-SUSALUD/OGA la Gerencia General informa que el contratista ha emitido sendas comunicaciones en las cuales manifiesta que no podrá cumplir con sus obligaciones en los términos pactados, lo cual significa que podría acumular más penalidades, las cuales no podrán aplicarse al haber acumulado el máximo legal permitido, además de no recibir el servicio requerido por la entidad.

Al respecto, el artículo 136 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado establece el procedimiento para resolución e contrato.

(...)
La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la

10 AGO 2020
Not. Mariana Valdez
00185-2020
SUSALUD

DOCUMENTO NO

NOTARIA GALVEZ
RECIBIDO
F: 86153

LUD

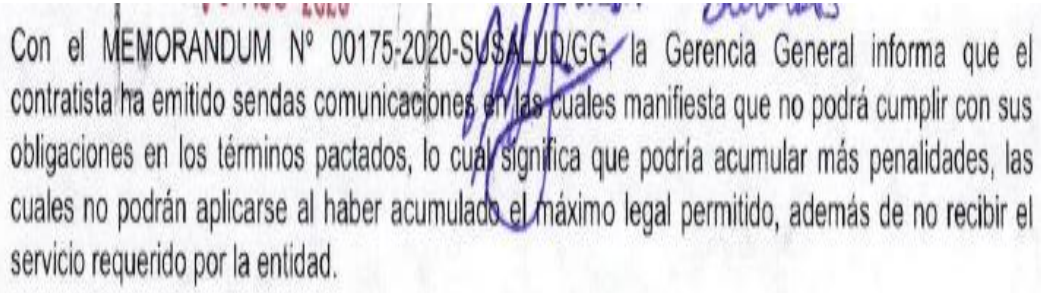

(…)

A ello, encontramos que la Entidad ha indicado que ya se había computado el monto máximo de penalidad y ya **NO ERA POSIBLE SEGUIR APLICANDO MAS PENALIDADES**, aunado a que la demandante manifestó que no podía continuar con las condiciones del contrato, a lo que corresponde señalar que de la

documentación aportada al proceso, la acumulación de penalidades corresponden a un periodo anterior al de la pandemia (2018 – 2019), por lo que el haber llegado a la acumulación de penalidad, es ajeno a la pandemia, por ende la Resolución Parcial del contrato se ha realizado conforme a la ley mas aun que la situación se ha tornado en irreversible –en lo que respecta al equilibrio del contrato.

Asi las cosas, la Carta 185-2020 – SUSALUD/OGA –señalada líneas arriba, indica:

“(...)



Con el MEMORANDUM N° 00175-2020-SUSALUD/GG, la Gerencia General informa que el contratista ha emitido sendas comunicaciones en las cuales manifiesta que no podrá cumplir con sus obligaciones en los términos pactados, lo cual significa que podría acumular más penalidades, las cuales no podrán aplicarse al haber acumulado el máximo legal permitido, además de no recibir el servicio requerido por la entidad.

(...)”

Por tales razones es **INFUNDADO** el Quinto punto controvertido.

Acerca del Sexto Punto Controvertido:

Es de advertir que es **INFUNDADO** por las consideraciones expuestas en los puntos precedentes.

VI.- Costos y Costas de Proceso

Que, de conformidad con el Reglamento del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, el suscrito arbitro señala que cada una de las partes laudantes deberá asumir los costos del arbitraje en partes iguales, en tanto que han cumplido con las actuaciones que les correspondía efectuar en el decurso del presente proceso arbitral.

VII,. Decisión.

El suscrito arbitro, resuelve el presente proceso, señalando lo siguiente:

PRIMERO: El Primer Punto Controvertido es **INFUNDADO**

SEGUNDO: Segundo Punto Controvertido **INFUNDADO**

TERCERO: Tercer y Cuarto Punto Controvertido son **INFUNDADOS.**

CUARTO: Quinto Punto Controvertido es **INFUNDADO.**

QUINTO: Sexto Punto Controvertido es **INFUNDADO**.

SEXTO: Que, ambas partes asumirán en partes iguales los costos y costas del proceso.

SETIMO: **DISPONER** que el Arbitro registre en el sistema del SEACE el presente Laudo Arbitral. En caso existan limitaciones tecnológicas u otras para la publicación del presente Laudo en el SEACE, se deberá solicitar al Director del SEACE la publicación del presente Laudo en el SEACE.

OCTAVO: **DISPONER** que la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – SUSALUD**, en el plazo de treinta (30) días de emitido el presente laudo, cumpla con remitir copia del mismo al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), conforme a lo establecido en el artículo 51.3 y Quinta Disposición Final de la Ley de Arbitraje, incorporada mediante Decreto Legislativo 1231.

NOVENO: **DEJAR** constancia que el arbitro presentó la Declaración Jurada de Intereses (DJI) en la Plataforma Única de Declaración Jurada de Intereses (<https://dji.pide.gob.pe>).

DECIMO: El presente laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes. En consecuencia, firmado, **DISPONER** que la Secretaría Arbitral cumpla con notificarlo a las partes para su cumplimiento.

UNDECIMO: El presente Laudo tiene 45 folios



Cristian Dondero Cassano

Arbitro