



AD HOC CENTRO ESPECIALIZADO EN SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

EXPEDIENTE N° I112-2020

SEGUROC S.A.

(Demandante)

Vs.

SEGURO SOCIAL DE SALUD – ESSALUD

(Red Asistencia Almenara)

(Demandado)

LAUDO ARBITRAL PARCIAL DE DERECHO

TRIBUNAL UNIPERSONAL

José Alberto Retamozo Linares

SECRETARIO ARBITRAL

Esteban Stik Quezada Gonzales

Lima, 09 de febrero de 2022

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES	4
I.1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL.....	4
I.2. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL UNIPERSONAL.....	5
I.3. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE	5
I.4. LUGAR Y SEDE DEL ARBITRAJE	6
I.5. DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR EL CONTRATISTA.....	6
I.6. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL, PLANTEADA POR LA ENTIDAD	34
I.7. EXCEPCIÓN O CUESTIÓN PREVIA.....	38
I.8. ABSOLUCIÓN A LA EXCEPCIÓN	42
I.9. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL A LA EXCEPCIÓN	48
I.10. SOBRE LOS GASTOS ARBITRALES	49
I.11. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS	49
I.12. ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS	50
I.13. AUDIENCIA DE INFORMES ORALES	50
I.14. PLAZO PARA LAUDAR	51
II. CONSIDERANDOS: ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA	51
II.1. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO	51
II.2. SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO.....	57
III. RESUELVE	58

GLOSARIO DE TÉRMINOS

CONTRATO	: Contrato de Servicio N°4600045557 “Contratación del servicio de seguridad y vigilancia a nivel nacional de la Red Asistencial Almenara – Item N° 02 por un periodo de 36 meses”
DEMANDANTE CONTRATISTA (indistintamente)	: SEGUROC S.A.
DEMANDADO ENTIDAD (indistintamente)	: SEGURO SOCIAL DE SALUD (ESSALUD)
PARTES	: Conjuntamente, DEMANDANTE y DEMANDADO
TRIBUNAL UNIPERSONAL	: ALBERTO RETAMOZO LINARES
LEY	: Decreto Legislativo N° 1017 - Ley de Contrataciones del Estado, modificado por la Ley N° 29873.
REGLAMENTO	: Decreto Supremo N° 184-2008-EF - Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF y Decreto Supremo N° 080-2014-EF.
LEY DE ARBITRAJE	: Decreto Legislativo N° 1071, que norma el Arbitraje

RESOLUCIÓN N° 17-2021-TA

En Lima, a los nueve días del mes de febrero del año 2022, el **TRIBUNAL UNIPERSONAL**, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la **LEY**, su **REGLAMENTO**, la **LEY DE ARBITRAJE** y las normas establecidas por las **PARTES**, valorado las pruebas ofrecidas y actuadas en este arbitraje, escuchado los argumentos y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda, contestación de demanda, reconvención y contestación a la reconvención, de ser el caso, dicta el siguiente Laudo Arbitral para poner fin a la controversia planteada.

I. ANTECEDENTES

I.1. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

1. El presente arbitraje se inicia en amparo del convenio arbitral contenido en la Cláusula Décimo Séptima del **CONTRATO**, mediante la cual las **PARTES** pactaron la solución de sus controversias con el siguiente tenor:

"CLÁUSULA DÉCIMO SÉPTIMA: SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Facultativamente, cualquiera de las partes podrá someter a conciliación la referida controversia, sin perjuicio de recurrir al arbitraje en caso no se llegue a un acuerdo entre ambas, según lo señalado en el artículo 214°, 215° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1017 – Ley de Contrataciones del Estado, aprobado por el D.S. N° 184-2008-EF.

Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje administrativo (esto de conformidad con lo establecido en el artículo 215°) a fin de resolver las controversias que se presenten durante la etapa de ejecución contractual dentro del plazo de caducidad previsto en los artículos 144°, 170°, 175°, 176°, 181°, 177°, 199°, 201°, 209°, 210° y 211° del Reglamento o, en su defecto, en el artículo 52° de la Ley de Contrataciones del Estado.

Todos los conflictos que se derivan de la ejecución e interpretación del presente contrato, incluidos los que se refieran a su nulidad e invalidez, serán resueltos de manera definitiva e inapelable mediante arbitraje de derecho, de conformidad con lo establecido en la normativa de contrataciones del Estado.

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

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

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

I.2. INSTALACIÓN DEL TRIBUNAL UNIPERSONAL

2. Mediante Oficio N° D001207-2020-OSCE-SDAA de fecha 09 de noviembre del 2020, se comunicó al abogado José Alberto Retamozo Linares sobre la designación residual de árbitro único a través de la Resolución N° D000041-2020-OSCE3-DAR, de fecha 30 de octubre de 2020, a efectos de resolver las controversias surgidas entre el **CONTRATISTA** y la **ENTIDAD**.
3. En razón de ello, con fecha 11 de noviembre de 2020 el abogado José Alberto Retamozo Linares remitió su aceptación al cargo de árbitro único, a la vez, el Formato de Declaración Jurada, comunicando de manera formal su aceptación al cargo de **ÁRBITRO ÚNICO**.
4. Asimismo, en atención a la solicitud de ampliación del deber de revelación formulada por el **CONTRATISTA**, el abogado José Alberto Retamozo Linares, con fecha 21 de diciembre de 2020, remitió Carta, mediante la cual amplía su Deber de Revelación.
5. En tal sentido, con fecha 28 de diciembre de 2020, a través de la plataforma virtual Google Hangouts Meet, se reunieron el abogado José Alberto Retamozo Linares, en calidad de Árbitro Único, conjuntamente con las **PARTES** y el abogado Héctor Martín Inga Aliaga, profesional de la Subdirección de Asuntos Administrativos Arbitrales del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, con el propósito de instalar el **TRIBUNAL UNIPERSONAL** encargado de resolver el presente arbitraje.
6. Finalmente, en la misma audiencia, se aprobaron las reglas del proceso, incluyendo el sometimiento expreso a las normas procesales que señalan en dicha Acta.

I.3. NORMATIVIDAD APLICABLE AL ARBITRAJE

7. De acuerdo con lo señalado en la regla número 12 del Acta de Instalación, para el proceso arbitral, serán de aplicación las reglas procesales establecidas por las partes; la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por el Decreto Legislativo N° 1017 y modificada por la Ley N° 29873; el Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 184-2008-EF y modificado por el Decreto Supremo N° 138-2012-EF; y las Directivas que apruebe el OSCE para tal efecto. Supletoriamente, regirán las normas procesales contenidas en el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje.

1.4. LUGAR Y SEDE DEL ARBITRAJE

8. Según lo dispuesto en la regla número 3 del Acta de Instalación de Árbitro Único AD HOC, el **TRIBUNAL UNIPERSONAL** estableció como lugar del arbitraje la ciudad de Lima y como sede del **ÁRBITRO ÚNICO** las oficinas ubicadas en Calle Chinchón 410, distrito de San Isidro, provincia y departamento de Lima.

1.5. DEMANDA ARBITRAL PRESENTADA POR EL CONTRATISTA

9. Mediante escrito de fecha 8 de febrero de 2021, el **CONTRATISTA** presentó su demanda arbitral contra la **ENTIDAD**, la misma que, luego de ser observada mediante Resolución N° 01 de fecha 11 de febrero de 2021, fue admitida a trámite mediante Resolución N° 02 de fecha 04 de marzo de 2021.
10. El **CONSORCIO** planteó las siguientes pretensiones:

“II. PETITORIO

Primera Pretensión Principal: Que se dejen sin efecto las penalidades aplicadas de manera indebida y contraria a derecho en nuestro agravio, ascendientes a la suma de S/ 1'160,842.50 (Un Millón Ciento Sesenta mil Ochocientos Cuarenta y dos con 50/100 soles) y se nos restituya dicha cantidad más los intereses correspondientes.

Segunda Pretensión Principal: Que se ordene el pago en favor de SEGUROC por concepto de indemnización por daño emergente la suma de S/ 205,536.15 (Doscientos Cinco Mil Quinientos Treinta y Seis y 15/100 soles), derivada de los gastos financieros incurridos en mérito de las renovaciones de la carta fianza de fiel cumplimiento por la demora injustificada de ESSALUD en realizar los pagos pendientes y emitir la conformidad final de las prestaciones ejecutadas a su favor.

Tercera Pretensión Principal: Que se ordene el pago en favor de SEGUROC la suma de S/ 36,189.28 (Treinta y Seis Mil Ciento Ochenta y Nueve y 28/100 soles), la que corresponde a descuentos indebidos y aplicación duplicada de penalidades materializados a lo largo de la ejecución contractual.

Costos y Costas del Proceso: Que ESSALUD asuma el costo íntegro de los gastos legales incurridos, los cuales incluyen sin limitarse honorarios por defensa y patrocinio legal y honorarios arbitrales, gastos administrativos, intereses, tributos aplicables y cualquier otro costo incurrido, así como el pago de los intereses legales que se liquiden a este fin.

III. FUNDAMENTOS DE HECHO

(...)

3.2. ESSALUD APlicó PENALIDADES DE FORMA INDEBIDA

A. El procedimiento que debía seguir la entidad para la aplicación de penalidades

20. Los hechos que expondremos en la presente subsección demostrarán que SEGUROC cumplió con los servicios para los que fue contratado, por el periodo al cual se encontraba obligado y según los términos contractuales; sin embargo, a pesar de ello, fue indebidamente penalizado por la Entidad.

21. De acuerdo con el punto 15.1 de los Términos de Referencia, el presente Contrato tenía como esquema para la conformidad del servicio la evaluación mensual para la aprobación por cada uno de los establecimientos de la Red Almenara en los que debía operar el Contratista.

22. En efecto, el punto “**XV. Conformidad del Servicio**” de los Términos de Referencia señala lo siguiente:

“La conformidad del servicio será otorgada mensualmente por el Jefe de la Oficina de Administración de la Red Asistencial o Centro Especializado aplicando en cada caso los criterios de calidad, oportunidad y lugar de atención, de acuerdo a lo establecido en el Artículo N° 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (...)"

23. El procedimiento de aceptación del servicio se encuentra regulado en el numeral 2 de la Sección XV los Términos de Referencia.

24. Esta sección de las Bases Integradas debe complementarse con la Cláusula Novena del Contrato, donde se establece que deberá otorgarse un plazo no menor a dos (2) ni mayor a diez (10) días calendario para subsanar cualquier observación que se encuentre en el Acta de conformidad.

25. Por otro lado, las penalidades distintas a la de retraso injustificado se encuentran en el punto “**XVII. Tabla de penalidades**” y contempla 13 supuestos en el cumplimiento de la prestación del Contratista en los que podría aplicarse penalidades.

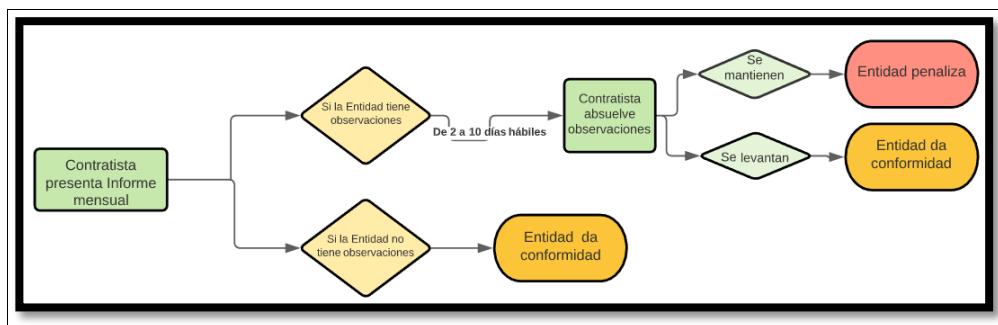
26. Asimismo, el procedimiento de aplicación de penalidades se encuentra regulado en la nota del mismo acápite de los Términos de Referencia y señala lo siguiente:

Nota:

1. El contratista será notificado por el Jefe de la Oficina de Administración de la Red Asistencial mediante carta, cada vez que incurra en las faltas descritas en la tabla de penalidades, indicándole que deberá subsanar la falta en la que ha incurrido.
2. El monto de las penalidades impuestas serán descontadas de la facturación mensual.
3. De no subsanar las faltas indicadas en la presente tabla, las penalidades se continuarán aplicando.
4. La contratación del servicio de vigilancia implica que el mismo sea brindado de manera ininterrumpida, siendo responsable de ello el contratista; quien deberá tomar las acciones y medidas para tal efecto.

Por lo que los permiso por atención médica, enfermedades, casos fortuitos, etc, tendrán que se coordinados entre el contratista y el personal que destaque para el servicio, sin que ello afecte la continuidad del servicio.

27. En síntesis, el resumen gráfico del procedimiento para la correcta aplicación de penalidades que establecen las normas citadas del Reglamento, el Contrato y los Términos de Referencia es el siguiente:



28. Señores miembros del Tribunal Arbitral, de los hechos que exponemos a continuación podrán advertir que, durante toda la ejecución contractual, ESSALUD aplicó sistemáticamente descuentos por penalidades sin seguir el procedimiento que la normativa de contratación pública, el Contrato y los Términos de Referencia establecieron. Veamos.

B. ESSALUD aplicó penalidades sin sustento y sin seguir el procedimiento contractual

29. En el acápite anterior expusimos el marco contractual y el procedimiento al que estaba obligado a seguir ESSALUD para una aplicación de penalidades ajustada a derecho.
30. Sin embargo, durante la ejecución del contrato, es decir entre julio del 2015 y julio del 2018, la Entidad descontó sistemáticamente de las valorizaciones de SEGUROC distintas sumas de dinero por concepto de aplicación de penalidades en los hospitales y Centros

de Atención pertenecientes a la Red Almenara, inclusive hasta por S/ 1'160,842.50.

31. El esquema de pagos se ajustaba a la conformidad mensual prevista en el subíndice “**XVII. FORMA DE PAGO**” de los Términos de Referencia, en el que se establecía que el pago se realizaba de forma mensual tras la presentación de documentos por el contratista y la subsecuente conformidad de la Entidad.
32. En efecto, ESSALUD utilizó el esquema de pagos con conformidad mensual que planteó el contrato para descontar mes a mes por concepto de aplicación de penalidades sin seguir el procedimiento contractual establecido para ello, es decir: **(i)** sin notificar de las observaciones encontradas para su subsanación; **(ii)** sin otorgar un plazo para que el Contratista realice sus descargos o absuelva la observación; **(iii)** sin adjuntar un sustento que demuestre que el Contratista incurrió en la falta que señala
33. Cuando señalamos que se trató de una aplicación sistemática de penalidades con vicios procedimentales (los tres señalados en el párrafo anterior) nos referimos a que ellas fueron aplicadas cada mes en varios de los establecimientos que comprenden la Red Almenara.
34. En efecto, fueron trece los establecimientos en los que se aplicó penalidades durante la ejecución contractual. En síntesis, este fue el monto total por establecimiento:

	Establecimiento	Penalidad total
1	Centro de Atención Primaria III Alfredo Piazza Roberts.	S/. 70,300.00
2	Centro de Atención Primaria III El Agustino	S/. 30,585.00
3	Hospital Voto Bernales	S/. 134,320.00
4	Hospital II Vitarte	S/. 132,235.00
5	Hospital de Emergencia Grau	S/. 176,430.00
6	Hospital Nacional Guillermo Almenara Irigoyen	S/. 259,065.00
7	Hospital Ramón Castilla II	S/. 158,245.00
8	Hospital Clínica Geriátrica San Isidro Labrador	S/. 75,415.00
9	Policlínico Pizarro	S/. 38,627.50
10	Centro Médico Ancíje	S/. 50,135.00
11	Independencia	S/. 4,940.00
12	Hospital A. Diaz Ufano	S/. 2,430.00
13	Centro de Atención Primaria Huaycán	S/. 21,250.00
14	Policlínico Chosica	S/. 6,075.00
TOTAL		S/. 1,160,842.50

35. Como indicamos, la Entidad no actuó conforme a los requerimientos legales y contractuales para aplicar las penalidades.
36. Para demostrarle al Tribunal Arbitral lo señalado, presentamos algunos ejemplos que demuestran claramente los vicios insubsanables en los que ESSALUD incurrió en para la aplicación de penalidades:

(i) Hospital II Vitarte

37. Conforme al esquema establecido en el punto XVIII. De los términos de Referencia, mediante Carta N° 259-GFT-GO-SEGUROC-2016, SEGUROC envió la descripción de las labores desarrolladas durante el periodo de abril y la relación de personal que efectuó la misma.
38. Mediante Carta N° 470-USG-OIHyS-OADM-G-RAA-ESSALUD-2017 del 9 de junio del 2016 la Entidad comunica su conformidad sobre el Servicio de Seguridad y Vigilancia del 01 al 30 de abril de 2016 respecto del Hospital II Vitarte.
39. Sin embargo, ESSALUD impuso a SEGUROC una penalidad de S/9,085.00 bajo el fundamento de que SEGUROC habría presentado 23 faltas de supervisor y/o agente de vigilancia durante el periodo de conformidad:

Con los documentos de la referencia (2) y (3) la administración de dicho centro asistencial y esta unidad dan su conformidad de acuerdo a las especificaciones técnicas, en el periodo evaluado la empresa ha incurrido en falta, por lo consiguiente se aplica penalidad de S/. 9,085.00.

40. **La Entidad no sustentó la aplicación de esta penalidad.** En efecto, lo único adjunto a la Carta de ESSALUD es el Informe de Conformidad de la propia Red Almenara (no del Hospital Vitarte) y realizan el descuento por supuestamente haber tenido 23 faltas por el servicio del mes de abril del 2016:

Informe de Conformidad - SEGURIDAD-SEGUROC		
01 al 30 abril 2016 - Hospital Vitarte		
Día	Mes	Año
8	6	2016
I DATOS DEL CONTRATO		
Servicio Contratado:	Servicio de Seguridad y vigilancia	
Empresa:	SEGUROC	
Tipo de Contratación:	Concurso Público N° 1599P00031	
Cobertura:	Hospital Vitarte	
Vigencia del Contrato:	01 agosto 2015 al 31 agosto 2018	Periodo de Evaluación: 01 al 30 abril 2016
II RESULTADOS DE LA EVALUACION		
Penalidad	Descuento	
Por puesto de supervisor y/o agente de vigilancia no cubierto, la penalidad se aplicará cada vez que se incurra en la falta, el empresa SEGUROC presentó un total de 23 faltas en el mes de abril	9,085.00	
(1) Total Descuento:	9,085.00	
(2) Costo Mensual Según Contrato:	72,081.95	
Importe final a pagar: (2)-(1)	62,996.95	

41. No encontramos más detalle para la aplicación de esta penalidad. Es decir, ESSALUD no indicó que día, hora, la identificación del agente en falta, ni si quiera el puesto en que se habría incurrido en

la falta. Lo único que presenta la Entidad es una cifra total de faltas sin justificación documental alguna.

42. La información de sustento de ESSALUD es inexistente.
43. No solo no justificó la aplicación de penalidades, ESSALUD tampoco le otorgó a SEGUROC un plazo para que subsane o presente sus descargos respecto de los descuentos, tal como lo requiere el procedimiento de aplicación de penalidades que describimos en el literal anterior.
44. Otro ejemplo de la reiterada conducta de la Entidad es el siguiente:
(ii) Centro de Atención Primaria III Alfredo Piazza Roberts.
45. Mediante Carta N° 243-MCP-GO-SEGUROC-2016, SEGUROC envía la descripción de las labores desarrolladas durante el periodo de marzo y la relación de personal que efectuó la misma.
46. Mediante Carta N° 464-USG-OIHyS-OADM-RAA-ESSALUD-2016 del 9 de junio de 2016, la Entidad comunica su conformidad sobre el Servicio de Seguridad y Vigilancia del 01 al 30 de marzo de 2016 respecto del Centro de Atención Primaria III Alfredo Piazza Roberts.
47. Sin embargo, ESSALUD impuso a SEGUROC una penalidad de S/7,505.00 bajo el fundamento de que SEGUROC no habría mantenido cubiertos 19 puestos de supervisor y/o agente de vigilancia durante el periodo de conformidad:

Con documentos de la referencia (2) y (3) la administración de dicho centro asistencial y esta unidad dan su conformidad de acuerdo a las especificaciones técnicas, en el periodo evaluado la empresa ha cometido falta, por lo consiguiente se le aplica penalidad de S/. 7,505.00.

48. Nuevamente, ESSALUD no indicó que día, hora, la identificación del agente en falta, ni si quiera el puesto en que se habría incurrido en la falta. La información de sustento de ESSALUD es inexistente. La Entidad se limita a realizar el cálculo en el Informe de Conformidad:

Informe de Conformidad - SEGURIDAD-SEGUROC		
01 al 31 marzo 2016 - CAP III Alfredo Píazza		
Día	Mes	Año
8	6	2016
I DATOS DEL CONTRATO		
Servicio Contratado:	Servicio de Seguridad y vigilancia	
Empresa:	Empresa de Seguridad, vigilancia y control S.A.C. (ESVICSAC)	
Tipo de Contratación:	Concurso Público N° 1599P00031	
Cobertura:	CAP III Alfredo Píazza	
Vigencia del Contrato:	01 agosto 2015 al 31 julio 2018	Periodo de Evaluación: 01 al 31 de marzo 2016
II RESULTADOS DE LA EVALUACIÓN		
Penalidad:	Descuento	7,505.00
Por puesto de supervisor y/o agente de vigilancia no cubierto; la penalidad se aplicará cada vez que se incurra en la falta, se aplicará 10 de la % UIT, 10 puestos no cubiertos en el periodo del 01 al 31 marzo 2016		7,505.00
(1) Total Descuentos	35,785.65	28,280.65
(2) Costo Mensual Seguro Contrato	Importe final a pagar ((2)-(1))	28,280.65

49. Nuevamente, la Entidad se limita a señalar un número de supuestas faltas sin explicar ni seguir ninguna de las etapas que exigen el Reglamento y el Contrato para que se apliquen válidamente las penalidades que estipula el contrato.
50. El Tribunal Arbitral podría repetir este ejercicio en cualquiera de las más de 200 penalidades impuestas por la Entidad - cuyo detalle resultaría muy extenso e innecesario de narrar - pero al que puede acceder fácilmente el Tribunal por medio de la Matriz de Penalidades Aplicadas que adjuntamos como **Anexo 8**.

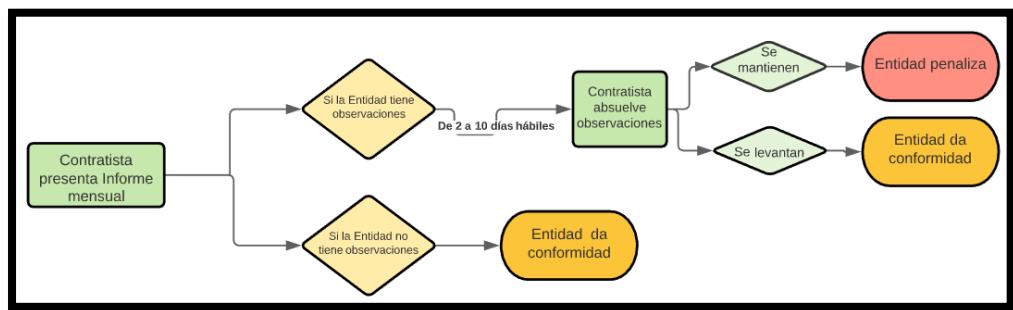
C. ESSALUD no sustentó las penalidades según el incumplimiento que imputaba

51. Las penalidades distintas a la penalidad por retraso injustificado en el cumplimiento se encuentran reguladas en el punto "XVII. Tabla de Penalidades" de los Términos de Referencia (Pág. 74 de los Términos de Referencia).
52. Del monto total de penalidades aplicadas que hemos detallado en el cuadro matriz "Tabla de Penalidades" (S/ 1'160,842.50), el concepto que abarca casi la totalidad es la penalidad por "Puestos no Cubiertos" prevista en el punto 6 de la Tabla de penalidades:

6	Por puesto de supervisor y/o agente de vigilancia no cubierto; la penalidad se aplicará cada vez que se incurra en la falta	10% de la UIT
	Por abandono de servicio del supervisor y/o agente de vigilancia	

53. La diferencia respecto de los demás conceptos de penalidades aplicado es abismal. La totalidad de penalidades aplicadas en todos los establecimientos de la Red Almenara por puestos no cubiertos alcanza la suma de S/ 965,912.50, es decir, el 83% del total de penalidades aplicadas.
54. En el literal A. de la presente subsección describimos el procedimiento que el Contrato, los Términos de Referencia y la normativa de contratación pública establecen para una válida aplicación de penalidades.
55. Asimismo, en el literal B. expusimos el procedimiento de aplicación de penalidades que – indebidamente – ESSALUD utilizó para la aplicación de penalidades.
56. Ahora, tomando en cuenta la relevancia de esta penalidad en particular, ahondaremos en los vicios del procedimiento que utilizó ESSALUD para aplicar las **penalidades por puesto no cubierto**.
57. Recordemos el procedimiento que debía seguir la Entidad:

58. Este procedimiento debía ser aplicado para todos los tipos de penalidades (distintas a la de retraso injustificado o penalidad moratoria).



59. Esta secuencia debe ser trasladada con sus particularidades a la penalidad por puestos no cubiertos; así, si es que la Entidad quiere observar el informe mensual del Contratista, debía comunicarlo al Contratista para que este realice sus descargos. Debemos entender que la Entidad debería comunicar cuando menos lo siguiente:
 - i. El puesto específico en que hubo ausencia;
 - ii. el periodo de tiempo en el que hubo ausencia;
 - iii. la identificación del agente o supervisor que no se encontraba en su puesto;
 - iv. el registro documental en el que se dejó constancia del evento (ausencia).

60. Sin embargo, ESSALUD no siguió este procedimiento. La Entidad lo que hizo fue lo siguiente:

- i. Emitió la Conformidad del servicio;
- ii. Comunicó la aplicación de la penalidad dentro de la conformidad del servicio (sin incluir sustento);
- iii. realizó el descuento a través de una nota débito sin permitirle al Contratista emitir sus descargos.

61. Prueba de ello fue el ejemplo que mostramos en el literal anterior. En efecto, mediante Carta N° 464-USG-OIHyS-OADM-RAA-ESSALUD-2016 del 9 de junio de 2016, la Entidad impuso a SEGUROC una penalidad de S/7,505.00 bajo el fundamento de que SEGUROC no habría mantenido cubiertos 19 puestos de supervisor y/o agente de vigilancia durante el periodo de conformidad:

Con documentos de la referencia (2) y (3) la administración de dicho centro asistencial y esta unidad dan su conformidad de acuerdo a las especificaciones técnicas, en el periodo evaluado la empresa ha cometido falta, por lo consiguiente se le aplica penalidad de S/. 7,505.00.

62. ESSALUD no indicó que día, hora, la identificación del agente en falta, ni si quiera el puesto en que se habría incurrido en la falta. La información de sustento de ESSALUD es inexistente. La Entidad se limita a realizar el cálculo en el Informe de Conformidad:

Informe de Conformidad - SEGURIDAD-SEGUROC		
01 al 31 marzo 2016 - CAP III Alfredo Plaza		
Día	Mes	Año
8	6	2016
I DATOS DEL CONTRATO		
Servicio Contratado:	Servicio de Seguridad y vigilancia	
Empresario:	Empresa de Seguridad, Vigilancia y control S.A.C. (ESVICSAC)	
Tipo de Contratación:	Concurso Público N° 1599P00031	
Cobertura:	CAP III Alfredo Plaza	
Vigencia del Contrato:	01 agosto 2015 al 31 julio 2018	Periodo de Evaluación: 01 al 31 de marzo 2016
II RESULTADOS DE LA EVALUACIÓN		
Penalidad:	Descuento	
Por puesto de supervisor y/o agente de vigilancia no cubierto; la penalidad se aplicará cada vez que se incurra en la falta, se aplicará 10 de la % UIT, <u>19 puestos no cubiertos en el periodo del 01 al 31 marzo 2016</u>	7,505.00	
(1) Total Descuentos	7,505.00	
(2) Costo Mensual Segundo Contrato	35,785.65	
Importe final a pagar ((2)-(1))	28,280.65	

63. Nuevamente, lo que la Entidad hizo fue lo siguiente: i) Emitió la Conformidad del servicio; ii) Comunicó la aplicación de la

penalidad dentro de la conformidad (sin incluir sustento); iii) realizó el descuento a través de una nota débito sin permitirle al Contratista emitir sus descargos.

64. Como es evidente, la actuación de la Entidad no permitió al Contratista demostrar que sí se cumplió con el servicio en los términos acordados; para el caso particular de la aplicación de esta penalidad, que SEGUROC si contaba con personal en sus puestos en todo momento.
65. En la misma línea, tomando en cuenta la cantidad de personal de SEGUROC distribuido en la Red Almenara (cientos de empleados), la forma de aplicación de penalidades de la Entidad no permitió que el Contratista pueda verificar la situación y, de ser necesario, tomar las medidas necesarias para subsanar la situación.
66. Finalmente, la Entidad afectó el flujo de caja de SEGUROC a través de los descuentos que realizaba por penalidades que no fueron notificadas, sustentadas, debidamente cuantificadas y mucho menos aceptadas.
67. Más adelante demostraremos que la actuación de la Entidad aquí descrita generó graves vicios de invalidez en las penalidades aplicadas, por lo que corresponde que se restituya el monto descontado.

3.3. ESSALUD DEMORÓ LA CONFORMIDAD DEL CONTRATO Y GENERÓ DAÑO EN PERJUICIO DE SEGUROC

A. La obligación de mantener vigente la carta fianza de fiel cumplimiento en el Contrato

68. Conforme a lo estipulado en la Cláusula Séptima del Contrato y el artículo 168º del Reglamento, SEGUROC entregó como garantía la carta fianza de fiel cumplimiento N° 1631884 por el 10% del monto contractual. De acuerdo con dicha cláusula, la garantía debía mantenerse vigente hasta la conformidad de la recepción de la prestación.
69. Asimismo, la Cláusula Octava faculta a la Entidad a ejecutar las garantías cuando el Contratista no cumpliera con renovarlas, conforme a lo dispuesto en el artículo 164º del Reglamento.
70. En ese sentido, SEGUROC S.A. tenía la obligación de mantener vigente la carta fianza de fiel cumplimiento hasta que la Entidad otorgue la conformidad de la prestación.

B. SEGUROC incurrió en costos por renovación de carta fianza por la demora de ESSALUD

71. Los hechos que exponemos a continuación demuestran que la Entidad demoró injustificadamente el procedimiento de

conformidad del servicio y generó en SEGUROC un perjuicio de S/ 205,536.15 por nueve meses de renovaciones de la carta fianza de fiel cumplimiento a pesar de haber cumplido con todas sus obligaciones.

72. Recordamos que la Cláusula Quinta del Contrato establece el plazo de 36 meses desde la suscripción del Contrato para la prestación del servicio.

73. Asimismo, debemos tener presente que el presente Contrato estableció que la conformidad del servicio se evaluaría de forma mensual. Al respecto, el punto XV. de los Términos de Referencia señalan lo siguiente:

XV. CONFORMIDAD DEL SERVICIO

15.1 La conformidad del servicio será otorgada mensualmente por el Jefe de la Oficina de Administración de la Red Asistencial o Centro Especializado aplicando en cada caso los criterios de calidad, oportunidad y lugar de atención, de acuerdo a lo establecido en el Artículo N° 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, como se indica a continuación:

74. Teniendo ello en consideración, SEGUROC cumplió con las prestaciones a su cargo hasta el último mes de servicio contratado, es decir, **julio de 2018**.
75. La Entidad dio su conformidad, sin observaciones pendientes de absolución, para los meses de julio en todos los Centros de Atención y Hospitales correspondientes a la Red Almenara.
76. En ese sentido, dado que la Entidad otorgó su conformidad sin observaciones a la prestación del servicio del último mes del plazo contractual, conforme a la Cláusula Novena y el artículo 176° del Reglamento, la Entidad dio su conformidad por la totalidad del servicio.
77. Ahora bien, como consecuencia del aumento de la Remuneración Mínima Vital (RMV) decretado por el Gobierno por medio del Decreto Supremo 004-2018-TR, SEGUROC y ESSALUD suscribieron la Adenda N° 2 con fecha 18 de julio, la cual recoge el aumento de la RMV e incrementa el monto contractual en S/ 609,213.00.
78. Sin embargo, ESSALUD no cumplió con efectuar el pago pendiente.
79. En efecto, SEGUROC envió la Orden de Compra 4503119713 correspondiente al saldo pendiente de cancelar por el aumento de la RMV y la Adenda N° 2.
80. Luego de ello, mediante Carta s/n del 16 de noviembre del 2018 solicitamos a ESSALUD que efectúe el pago que se encontraba

pendiente desde hacía cuatro meses. Sin embargo, dicha comunicación no tuvo respuesta.

81. Mediante correo electrónico del 22 de noviembre del 2018, el área de administración de SEGUROC solicitó a ESSALUD que acepte la OC 4503119713 ascendiente a S/ 269,100.00 y correspondientes al saldo pendiente de pago por la Adenda N° 2 y el aumento de la RMV. En dicho correo, resaltamos la importancia de que la Entidad efectúe el pago pues SEGUROC seguía cargando - innecesariamente - con los costos de renovación de la carta fianza a pesar de que su servicio había terminado meses atrás.
82. En efecto, SEGUROC continuaba renovando mes a mes la Carta fianza hasta que ESSALUD cumpla con acreditar el pago pendiente y emitir la conformidad total del servicio. Por ejemplo, la Carta Fianza N° 1631884-02 se mantuvo vigente por treinta (30) días calendario:

Por la presente, constituyemos fianza para nuestro cliente **SEGUROC S.A.**, hasta por la suma de **S/ 6'442,282.22 (SEIS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS CON 22/100 SOLES)**, siendo esta expresa, incondicional, irrevocable, solidaria, sin beneficio de exención ni división, y de ejecución automática a solo requerimiento de ustedes para garantizar **EL FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ADJUDICACIÓN CONCURSO PÚBLICO: 1599P00031 (CP-3-2015-ESSALUD/GCL-1) - (PRIMERA CONVOCATORIA) - CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE: "SEGURIDAD Y VIGILANCIA A NIVEL NACIONAL POR UN PERÍODO DE 36 MESES": ITEM 2 RED ASISTENCIAL ALMENARA.**

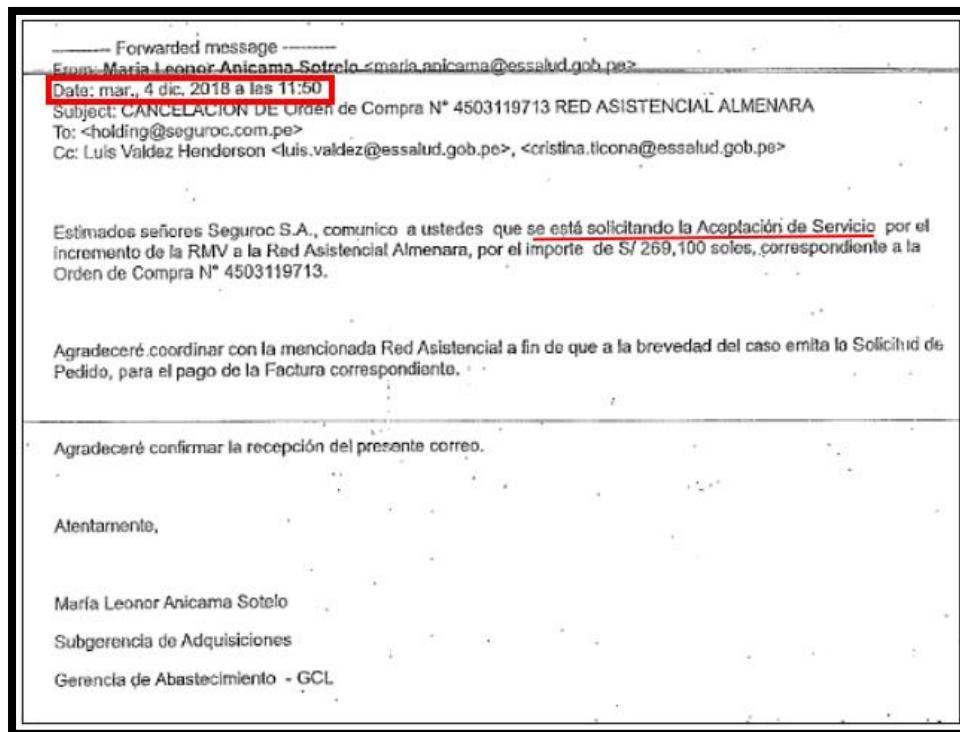
Esta fianza tiene una vigencia de 30 días calendario, contados a partir del **30/10/2018 hasta las 12:00 hrs. del 28/11/2018**, fecha de su vencimiento, pudiendo ser renovada a solicitud de la parte interesada y previa confirmación por escrito; quedando entendido que esta garantía no podrá exceder en ningún caso por ningún concepto la cantidad de **S/ 6'442,282.22**.

83. Desafortunadamente, la Entidad no atendió el pedido y SEGUROC tuvo que renovar la carta fianza por un mes adicional, como se observa en la Carta Fianza N° 1631884-03:

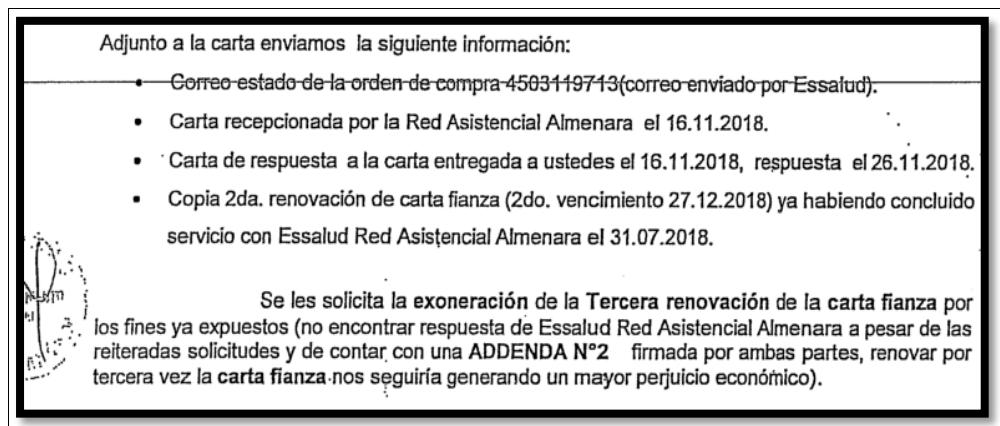
Por la presente, constituyemos fianza para nuestro cliente **SEGUROC S.A.**, hasta por la suma de **S/ 6'442,282.22 (SEIS MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS CON 22/100 SOLES)**, siendo esta expresa, incondicional, irrevocable, solidaria, sin beneficio de exención ni división, y de ejecución automática a solo requerimiento de ustedes para garantizar **EL FIEL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO ADJUDICACIÓN CONCURSO PÚBLICO: 1599P00031 (CP-3-2015-ESSALUD/GCL-1) - (PRIMERA CONVOCATORIA) - CONTRATACIÓN DEL SERVICIO DE: "SEGURIDAD Y VIGILANCIA A NIVEL NACIONAL POR UN PERÍODO DE 36 MESES": ITEM 2 RED ASISTENCIAL ALMENARA.**

Esta fianza tiene una vigencia de 30 días calendario, contados a partir del **28/11/2018 hasta las 12:00 hrs. del 27/12/2018**, fecha de su vencimiento, pudiendo ser renovada a solicitud de la parte interesada y previa confirmación por escrito; quedando entendido que esta garantía no podrá exceder en ningún caso por ningún concepto la cantidad de **S/ 6'442,282.22**.

84. No fue hasta el 4 de diciembre de 2018 que, mediante correo electrónico, tuvimos respuesta de la Entidad. Sin embargo, se limitaron a indicar que estarían solicitando la aceptación del servicio e iniciando el trámite de la Orden de Compra:



85. Posteriormente, mediante Carta s/n del 06 de diciembre de 2018, SEGUROC nuevamente reiteró el pedido de pago de la OC 4503119713 y solicitó que se le exonere de renovar la carta fianza porque el servicio ya había culminado. Asimismo, dejamos constancia del perjuicio en que estaba incurriendo SEGUROC por la demora de ESSALUD en cancelar la deuda reconocida por medio de la Adenda N° 2:



86. Desafortunadamente, ESSALUD no cumplió con acreditar el pago.

87. Por ello, mediante Carta Notarial N° 47524 del 28 de diciembre del 2018, comunicamos que renovaríamos una vez más la Carta fianza y reiteramos nuestra solicitud de pago pendiente y de exoneración de la renovación de la carta fianza.
88. No fue hasta el 30 de abril del 2019 que ESSALUD emitió la Constancia de prestación N° 382-GA-GCL-ESSALUD-2019, mediante la cual finalmente se finalizó el contrato y el Contratista pudo dejar de renovar las garantías.
89. En síntesis, desde la fecha de la última conformidad de servicio (julio del 2018) hasta la fecha de emisión de la conformidad (abril del 2019) se computa el periodo de demora injustificada de ESSALUD para emitir la conformidad de la prestación del servicio y finalizar el Contrato. En consecuencia, SEGUROC tuvo que renovar la garantía de fiel cumplimiento, incurriendo en los siguientes costos:

N°	Carta Fianza N°	Vigencia	Gastos
1	16311884-01	31/07/18 – 31/08/18	S/ 22,837.50
2		31/08/18 – 31/09/18	S/ 22,837.50
3		31/09/18 – 31/10/18	S/ 22,837.50
4	16311884-02	31/10/18 – 31/11/18	S/ 22,837.50
5	16311884-03	31/11/18 – 31/12/18	S/ 22,837.50
6	16311884-04	31/12/18 – 31/01/19	S/ 22,837.50
7	16311884-05	31/01/19 – 31/02/19	S/ 22,837.50
8	16311884-06	31/02/19 – 31/03/19	S/ 22,837.50
9	16311884-07	31/03/19 – 31/04/19	S/ 22,837.50
TOTAL			S/ 205,536.15

90. Como vemos, SEGUROC sufrió un perjuicio económico de S/ 205,536.15 por la demora injustificada de ESSALUD en cumplir con los pagos pendientes y emitir la Constancia de prestación que liberara a SEGUROC de la obligación de renovar la garantía de fiel cumplimiento.

91. De esta forma, sin perjuicio de los fundamentos de derecho que expondremos más adelante, el Tribunal Arbitral podrá haber comprobado que existió una conducta injustificada de parte de ESSALUD que tuvo como consecuencia directa un perjuicio económico en SEGUROC y que debe ser resarcido.

3.4. OTROS INDEBIDOS DESCUENTOS

92. Como hemos visto, la conducta de salud durante la ejecución contractual demostró una serie de ineficiencias administrativas que generaron perjuicio en SEGUROC.

93. Así, SEGUROC identificó una serie de descuentos sin sustento o mal aplicados, entre los cuales encontramos retenciones indebidas de facturas, una retención por canje judicial, duplicidad en penalidades aplicadas, y diferencia entre las órdenes de compra y lo efectivamente pagado, entre otros.

94. En resumen, ESSALUD aplicó indebidamente los siguientes descuentos:

RECLAMO DE DESCUENTOS	Reclamo retención F-1289 (22.04.16)	S/ 2,489.91
	Retención judicial Lima (Canje)	S/ 93.04
	Reclamo Piazza Agosto (Doble penalidad)	S/ 395
	Reclamo Almenara (Abr. 17')	S/ 12,150.00
	Diferencia en OC Piura Hosp Ajuste RMV	S/ 17,111.33
	TOTAL	S/ 36,189.28

IV. FUNDAMENTOS DE DERECHO

4.1. Fundamentos de Derecho de la Primera Pretensión

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se dejen sin efecto las penalidades aplicadas de manera indebida y contraria a derecho en nuestro agravio, ascendientes a la suma de S/ 1'160,842.50 (Un Millón Ciento Sesenta mil Ochocientos Cuarenta y dos con 50/100 soles) y se nos restituya dicha cantidad más los intereses correspondientes.

95. Durante la vigencia del plazo para la prestación de servicio de seguridad en los establecimientos de la Red Almenara, ESSALUD realizó descuentos hasta por S/ 1,160,842.50 por concepto de aplicación de penalidades.
96. En el literal A. del inciso 3.2 del presente escrito explicamos el procedimiento que la Ley y el contrato exigían que siga la Entidad para la correcta aplicación de penalidades, al que nos remitimos. Asimismo, demostramos que, tal como se dieron los hechos, ESSALUD no siguió este procedimiento y, por tanto, son ineficaces las penalidades aplicadas.
97. Sin perjuicio de ello, explicamos nuevamente el procedimiento que el marco legal y contractual establecen para la aplicación de penalidades y como ESSALUD incumplió con el mismo, teniendo como consecuencia la ineficacia de estas.

A. Regulación contractual y legal de las Penalidades:

98. Previamente para poder determinar la correcta aplicación de penalidades en la obra, corresponde realizar una revisión tanto al Contrato, como a los documentos que lo integran y ello contrastarlo con la regulación expresada en la Ley y el Reglamento.

- **En el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado**

99. El Reglamento es claro en señalar que existen dos tipos diferenciados de penalidad, aquellos relacionados con la mora en la ejecución de la prestación (art. 165°) y otras penalidades que se encuentren establecidas expresamente en las Bases y que sean objetivas, razonables y congruentes con el objeto del Contrato, conforme con el art. 166 del Reglamento.

100. El Tribunal Arbitral podrá observar que, respecto de la aplicación de penalidad por mora o retraso injustificado, el artículo 165 señala que "Esta penalidad será deducida de los pagos a cuenta, del pago final o en la liquidación final; o si fuese necesario se cobrará del monto resultante de la ejecución de las garantías de fiel cumplimiento o por el monto diferencial de propuesta. En todos los casos, la penalidad se aplicará automáticamente". Es decir, la

norma faculta para este tipo de penalidad que esta penalidad sea de aplicación **automática**.

101. Sin embargo, no existe tal disposición para las llamadas por la norma "otras penalidades" en el artículo 166°. Por el contrario, señala que "Estas penalidades se calcularán de forma independiente a la penalidad por mora.", según los criterios de razonabilidad, objetividad y congruencia (que requiere la norma) y el procedimiento que establezcan las bases para dichas penalidades.
102. Estos criterios no deben quedar como simples conceptos. Todo lo contrario, cada uno de ellos implica una cuestión fundamental para asegurar que las penalidades mantengan el equilibrio de las prestaciones en el contrato.
103. Respecto del criterio de objetividad, la Dirección Técnico Normativa del OSCE ha señalado en la Opinión 023-2017/DTN lo siguiente:

"(i) La objetividad implicaba que la Entidad establezca de manera clara y precisa los tipos de incumplimiento que serían penalizados, los montos o porcentajes de la penalidad para cada tipo de incumplimiento, y la forma o procedimiento mediante el que se verificaría la ocurrencia de tales incumplimientos, según la naturaleza y características particulares de cada contratación:" (El resaltado es agregado)

104. Como vemos, el criterio de objetividad debe guiar la aplicación de penalidades, las cuales deben ajustarse a un procedimiento de verificación de ocurrencia, establecido de manera clara y precisa por la Entidad en las Bases del procedimiento de selección.

- **En el contrato**

105. El Contrato establece dos tipos de penalidades. La primera está prevista en la cláusula Duodécima del contrato y se refiere a la penalidad por retraso injustificado. Por otro lado, la cláusula Décimo Tercera regula las penalidades por incumplimientos de alguno de los términos del servicio.

- **En las Bases Integradas y Términos de Referencia**

106. Las Bases Integradas son parte integrante del contrato, conforme a la cláusula Sexta del mismo.
107. Para la comprensión integral de la aplicación de penalidades, debemos tomar en cuenta el procedimiento de conformidad del servicio según los documentos contractuales.
108. De acuerdo con el punto XV.1 de los Términos de Referencia, la conformidad del servicio se otorgaba mensualmente por cada uno

de los establecimientos de la Red Almenara en los que debía prestar el servicio el Contratista.

109. En efecto, el punto “**XV. Conformidad del Servicio**” de los Términos de Referencia señala lo siguiente:

“**La conformidad del servicio será otorgada mensualmente** por el Jefe de la Oficina de Administración de la Red Asistencial o Centro Especializado aplicando en cada caso los criterios de calidad, oportunidad y lugar de atención, de acuerdo a lo establecido en el Artículo N° 176 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (...)"

110. El procedimiento de aceptación del servicio se encuentra regulado en el inciso 2 de la Sección XV los Términos de Referencia, y establece que el Contratista enviaría al Administrador de cada establecimiento una **Conformidad del Servicio**, quien tenía el plazo de 10 días para comunicar sus observaciones o emitir la **Aceptación del servicio**.

111. Esta sección de las Bases Integradas debe complementarse con la Cláusula Novena del Contrato, donde se establece que deberá otorgarse un plazo no menor a dos (2) ni mayor a diez (10) días calendario para subsanar cualquier observación que se encuentre en el Acta de conformidad.

112. Resaltamos la importancia de este plazo pues es una obligación de la Entidad darle al Contratista un plazo razonable para que se pronuncie respecto de las observaciones que tenga la entidad.

113. Tomando ello en cuenta, los Términos de Referencia desarrollan las penalidades distintas a la de retraso injustificado en el punto “**XVII. Tabla de penalidades**” y contempla 13 supuestos en el cumplimiento de la prestación de SEGUROC en los que podría aplicarse penalidades al Contratista.

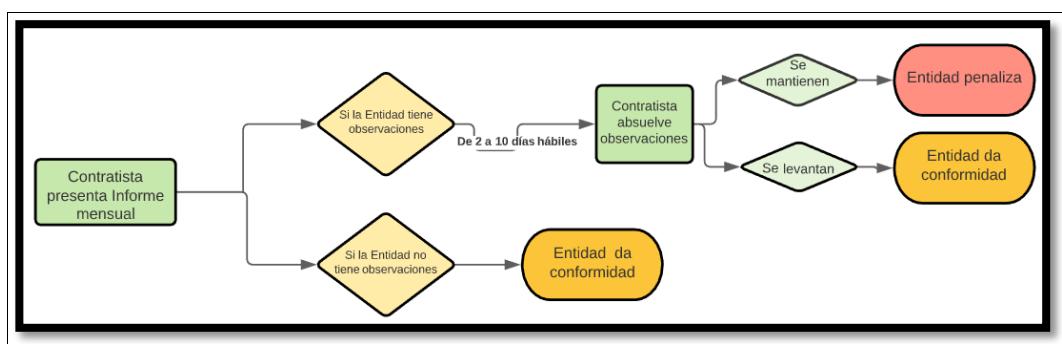
114. Asimismo, el procedimiento de aplicación de penalidades se encuentra regulado en la nota del mismo acápite de los Términos de Referencia y señala lo siguiente:

Nota:

1. El contratista será notificado por el Jefe de la Oficina de Administración de la Red Asistencial mediante carta, cada vez que incurra en las faltas descritas en la tabla de penalidades, indicándole que deberá subsanar la falta en la que ha incurrido.
2. El monto de las penalidades impuestas serán descontadas de la facturación mensual.
3. De no subsanar las faltas indicadas en la presente tabla, las penalidades se continuarán aplicando.
4. La contratación del servicio de vigilancia implica que el mismo sea brindado de manera ininterrumpida, siendo responsable de ello el contratista; quien deberá tomar las acciones y medidas para tal efecto.

Por lo que los permiso por atención médica, enfermedades, casos fortuitos, etc, tendrán que se coordinados entre el contratista y el personal que destaque para el servicio, sin que ello afecte la continuidad del servicio.

115. En síntesis, el resumen gráfico del procedimiento para la correcta aplicación de penalidades que establecen las normas citadas del Reglamento, el Contrato y los Términos de Referencia es el siguiente:



116. A continuación, desarrollamos porque la consecuencia de no haber seguido el procedimiento es que las penalidades sean ineficaces.

B. Las penalidades descontadas son ineficaces por no haber seguido el procedimiento contractual y no haberse probado el hecho penalizable

117. Como premisa esencial para que sea aplicable esta penalidad **es fundamental que haya observaciones que sean eficaces, es decir, que hayan seguido el procedimiento legal y contractual acordado por las partes.**

118. En efecto, sería un **ejercicio abusivo** de la cláusula penal pretender que se apliquen penalidades sin que se siga el procedimiento que el marco legal y contractual han previsto para la aplicación de penalidades.

119. Respecto del derecho del acreedor de aplicar penalidades, la doctrina señala que es necesario que se produzca la lesión del crédito prevista por las partes en la cláusula penal. Como señala DÍEZ-PICAZO: **“La prestación contenida en la cláusula penal deviene exigible en los casos para los que la propia cláusula lo establezca**. Como las hipótesis son incumplimiento, cumplimiento defectuoso o cumplimiento retrasado de la obligación hay que decir que las partes son lógicamente libres para unir la pena convencional a todos y cada uno de los eventos mencionados o a uno o varios de ellos”.
120. Sintetizando, ARANA DE LA FUENTE señala que la prestación penal **“deberá ser aplicada cuando el deudor incurra en el concreto tipo de incumplimiento en ella previsto”**.
121. Una vez esclarecido el panorama de aplicación de penalidades en el marco contractual y legal del presente caso, procederemos a demostrar que ESSALUD aplicó indebidamente la penalidad por atraso.
122. El Tribunal Arbitral estará de acuerdo con nosotros en que la aplicación de penalidades prevista en la Cláusula Décimo Tercera del contrato tiene como requisito fundamental para su exigibilidad que esta se adecúe a los términos que fueron establecidos en el contrato.
123. Por ello, insistimos en que la aplicación de penalidades por ausencia de personal o puestos no cubiertos (o cualquier otra) tiene como requisito fundamental previo que las observaciones hayan sido planteadas conforme a los términos establecidos en el contrato.
124. Como expusimos en el inciso 3.2. del presente escrito, en la ejecución del proyecto, **ESSALUD no siguió este procedimiento** y aplicó directamente el descuento por penalidades, quitándole la oportunidad (que el contrato exigía) para que el Contratista pueda subsanar el incumplimiento atribuido.
125. Por ser la penalidad más aplicada, evaluamos el concepto de puestos no cubiertos (Ítem 6 de las “Otras penalidades” de la cláusula Décimo Tercera); así, el procedimiento que debía seguir la Entidad para observar el informe mensual del Contratista debía incluir una notificación con observaciones enviada dentro del plazo de 10 días y que contenga lo siguiente:
- i. El puesto específico en que hubo ausencia;
 - ii. el periodo de tiempo en el que hubo ausencia;
 - iii. la identificación del agente o supervisor que no se encontraba en su puesto;

iv. el registro documental en el que se dejó constancia del evento (ausencia).

126. Sin embargo, ESSALUD no siguió este procedimiento. Lo que la Entidad hizo fue lo siguiente:

- iv Emitió la Conformidad del servicio;
- v Comunicó la aplicación de la penalidad dentro de la conformidad del servicio (sin incluir sustento);
- vi realizó el descuento a través de una nota débito sin permitirle al Contratista emitir sus descargos.

127. El supuesto de hecho habilitante para la aplicación de penalidades no se cumple en el presente caso porque las observaciones no fueron planteadas conforme al procedimiento contractual.

128. En efecto, nunca se dio sustento de la supuesta falta cometida, nunca se le otorgó plazo al Contratista para que subsane y nunca se permitió al Contratista remediar la situación. Ello, en definitiva, implica un vicio en el procedimiento establecido para la aplicación de penalidades.

129. Por todo lo expuesto, las penalidades aplicadas por ESSALUD son ineficaces y, por tanto, corresponde que el Tribunal Arbitral declare **FUNDADA** la Primera Pretensión Principal.

Fundamentos de Derecho de la Segunda Pretensión

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se ordene el pago en favor de SEGUROC por concepto de indemnización por daño emergente la suma de S/ 205,536.15 (Doscientos cinco mil quinientos treinta y seis y 15/100 soles), derivada de los gastos financieros incurridos en mérito de las renovaciones de la carta fianza de fiel cumplimiento por la demora injustificada de ESSALUD en realizar los pagos pendientes y emitir la conformidad final de las prestaciones ejecutadas a su favor.

130. En la subsección 3.3. de los Fundamentos de Hecho del Memorial de demanda expusimos los eventos según los cuales demostramos que ESSALUD demoró injustificadamente la emisión de la conformidad de la prestación, causando un daño directo en SEGUROC producto de las innecesarias renovaciones de la garantía de fiel cumplimiento.

131. Veamos:

A. La obligación de mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento

132. Conforme a lo estipulado en la Cláusula Séptima del Contrato y el artículo 168º del Reglamento, SEGUROC entregó como garantía la carta fianza de fiel cumplimiento N° 1631884 por el 10% del monto contractual. De acuerdo con dicha cláusula, la garantía debía mantenerse vigente **hasta la conformidad de la recepción de la prestación.**

133. Asimismo, la Cláusula Octava faculta a la Entidad a ejecutar las garantías cuando el Contratista no cumpliera con renovarlas, conforme a lo dispuesto en el artículo 164º del Reglamento.

134. Asimismo, respecto de la vigencia del contrato, en el artículo 149º señala lo siguiente:

Artículo 149.- Vigencia del Contrato

El contrato tiene vigencia desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene o, en su caso, desde la recepción de la orden de compra o de servicio.

Tratándose de la adquisición de bienes y servicios, el contrato rige hasta que el funcionario competente dé la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista y se efectúe el pago. (...)” (Resaltado es agregado)

135. A partir del enunciado normativo citado, queda claro que **es una obligación de la Entidad emitir la conformidad de la prestación,** pues solo así se entenderá que el Contratista se encuentra liberado de toda prestación a su cargo, entre ellas, la de mantener vigente la carta fianza.

136. Como vemos, SEGUROC tenía que mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento hasta que la Entidad no haya emitido la conformidad de la prestación; caso contrario, ESSALUD estaría facultado para la ejecución de la carta fianza.

B. SEGUROC tiene derecho a ser resarcido por daño emergente

137. En el literal B. del subíndice 3.3. del presente Memorial de demanda demostramos que ESSALUD demoró injustificadamente el pago pendiente de la OC 4503119713 correspondiente al saldo pendiente de cancelar por el aumento de la RMV y la Adenda N° 2.

138. Debido a ello, a pesar de haber cumplido con la ejecución del servicio y recibido la conformidad de ESSALUD por el mismo en julio del 2018, la Entidad no emitió la constancia de prestación hasta abril del 2019. Como demostramos, ello generó que SEGUROC incurra en S/ 205,536.15 por costos financieros de renovación de la garantía de fiel cumplimiento.

139. En definitiva, este daño económico debe ser resarcido por ESSALUD. A continuación, desarrollaremos que la conducta de la Entidad se

ajusta con los elementos de la responsabilidad civil que acreditan que SEGUROC tiene derecho a la retribución por daño emergente:

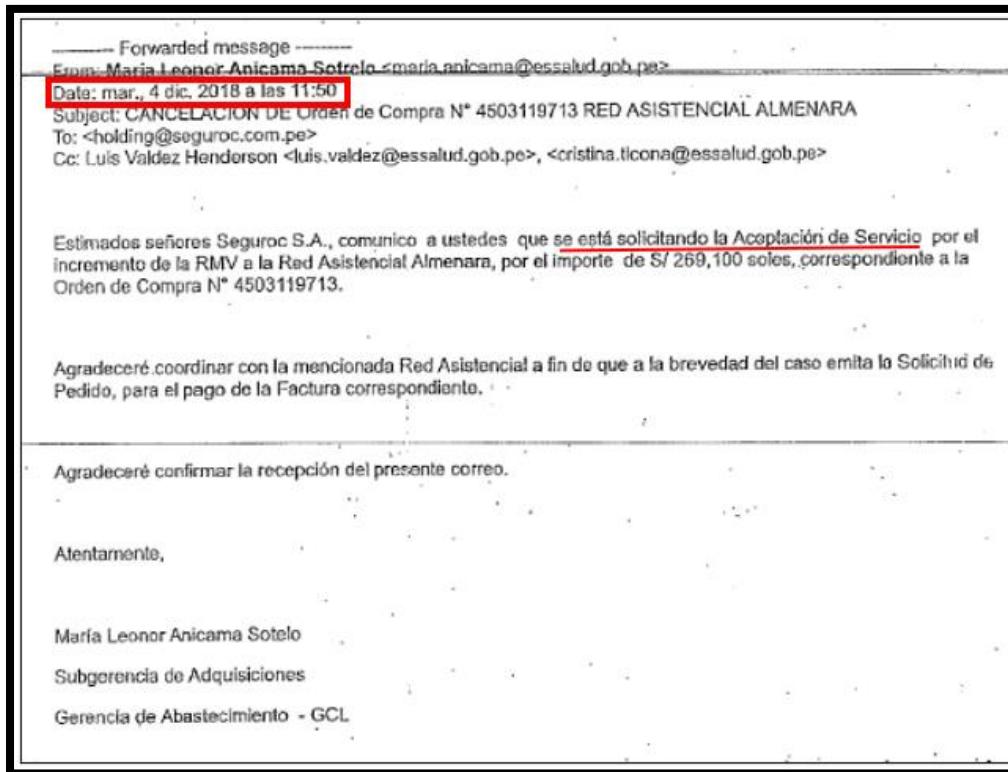
i. Conducta antijurídica

140. Nuevamente, reiteramos que ESSALUD demoró injustificadamente 9 meses en emitir la constancia de la conformidad de la prestación.
141. Como hemos demostrado, el servicio de seguridad brindado por SEGUROC se ajustó al plazo contractual (36 meses) y continuó ininterrumpidamente hasta julio del 2018. Sin embargo, no fue hasta el 30 de abril del 2019 que ESSALUD emitió la constancia de conformidad de la prestación.
142. En ese sentido, la conducta antijurídica de ESSALUD fue la demora injustificada (9 meses) en emitir la constancia de conformidad de la prestación, a la que se encuentra obligado por mandato del artículo 149º del RLCE.
143. Reiteramos que, conforme a la Ley y el Contrato, el Contratista tiene la obligación de mantener vigente la garantía de fiel cumplimiento por lo que dure la vigencia del contrato.
144. En contraposición, el acreedor (la Entidad) tenía la obligación de, una vez verificadas las condiciones particulares que el Contrato señale, emitir la conformidad de la prestación y así liberar al Contratista de su obligación de renovación de garantías.
145. Sin embargo, la demora injustificada generó que SEGUROC tenga que renovar mes a mes la garantía de fiel cumplimiento, incurriendo en el costo de S/ 205,536.15. En ese sentido, queda acreditado que la conducta de ESSALUD fue contraria a sus obligaciones, es decir, contraria a derecho.

ii. Factor de atribución

146. En el subíndice 3.3. demostramos que SEGUROC solicitó en reiteradas oportunidades a ESSALUD que culmine los trámites internos para emitir la constancia de conformidad y dar por finalizado el Contrato; asimismo, informamos que la demora en este procedimiento estaba generando un daño en SEGUROC por tener que continuar renovando la garantía de fiel cumplimiento.

147. Sin embargo, ESSALUD tardó hasta diciembre de 2018 (7 meses después de finalizada la prestación del servicio) para indicar que recién estarían iniciando el trámite para el pago pendiente y la posterior conformidad del servicio:



148. Aun así, no fue hasta el 30 de abril del 2019 que fuimos notificados con la constancia de conformidad de la prestación.

149. En los nueve meses de demora que le tomó para emitir esta constancia, la Entidad no comunicó que tuviera alguna dificultad particular o problema alguno para cumplir con este procedimiento; mucho menos solicitó a SEGUROC que cumpla con algún deber u obligación a su cargo.

150. En ese sentido, la conducta de la entidad fue manifiestamente negligente, pues generó una demora en la emisión de la conformidad que excedió con creces lo razonable (9 meses). Por tanto, de acuerdo con el artículo 1321º del Código Civil, corresponde que la Entidad indemnice los daños y perjuicios por haber cumplido tardíamente con la obligación de emitir la constancia de conformidad de la prestación con grado de culpa inexcusable.

iii. Nexo causal

151. Respecto a este elemento de la responsabilidad contractual, hemos demostrado que la demora en emitir la constancia de conformidad de la prestación (incumplimiento de la entidad) tuvo como consecuencia directa e inmediata las sucesivas e

innecesarias renovaciones de la garantía de fiel cumplimiento que tuvo que efectuar SEGUROC (daño acreditado).

152. Como es evidente, si es que ESSALUD no se hubiera demorado nueve (9) meses en emitir la constancia de conformidad de la prestación y dado por terminada la vigencia contractual, SEGUROC no hubiera tenido que incurrir en el costo de renovación de la garantía de fiel cumplimiento que ahora reclama. Por tanto, queda acreditada la relación de causalidad entre la conducta antijurídica de ESSALUD y el daño sufrido por SEGUROC.

iv. Daño

153. Las nueve innecesarias renovaciones de carta fianza de fiel cumplimiento que tuvo que efectuar SEGUROC fueron entregadas cada una a ESSALUD. Como señalamos anteriormente, cada una de ellas costó S/ 22,837.35.

154. Sin perjuicio de ello, el Tribunal Arbitral puede revisar el detalle de estas transacciones en el Anexo 9. Este daño es cierto y subsistente, siendo que, a la fecha, la Entidad no ha cumplido con reconocer los efectos económicos de su incumplimiento.

155. Por tanto, se encuentra acreditado que SEGUROC sufrió un perjuicio financiero (daño emergente) por S/ 205,526.15.

156. A partir de todo lo expuesto, consideramos haber demostrado que, en el presente caso, se cumplen todos los elementos para que ESSALUD indemnice a SEGUROC los daños producidos por haber demorado el cumplimiento de su obligación de emitir la constancia de conformidad de la prestación. En consecuencia, corresponde que el Tribunal Arbitral declare FUNDADA la Segunda Pretensión Principal del presente Memorial de demanda.

4.3. Fundamentos de la Tercera Pretensión: Otros descuentos

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se ordene el pago en favor de SEGUROC la suma de S/ 36,189.28 (Treinta y seis mil ciento ochenta y nueve y 28/100 soles), la que corresponde a descuentos indebidos y aplicación duplicada de penalidades materializados a lo largo de la ejecución contractual.

157. SEGUROC identificó una serie de descuentos sin sustento o mal aplicados, entre los cuales encontramos retenciones indebidas de facturas, una retención por canje judicial, duplicidad en penalidades aplicadas, y diferencia entre las órdenes de compra y lo efectivamente pagado, entre otros.

158. En resumen, ESSALUD aplicó indebidamente los siguientes descuentos:

RECOLAMO DE DESCUENTOS	Reclamo retención F-1289 (22.04.16)	S/ 2,489.91
	Retención judicial Lima (Canje)	S/ 93.04
	Reclamo Piazza Agosto (Doble penalidad)	S/ 395
	Reclamo Almenara (Abr. 17')	S/ 12,150.00
	Diferencia en OC Piura Hosp Ajuste RMV	S/ 17,111.33
	TOTAL	S/ 36,189.28

160. Como el Tribunal Arbitral tiene presente, en nuestro ordenamiento no se admite el enriquecimiento sin causa, tal como lo establece el art. 1954º del Código Civil.
161. Asimismo, el OSCE ha desarrollado a través de distintas opiniones, entre ellas la Opinión N° 024-2019/DTN los elementos que deben concurrir para que se configure un enriquecimiento sin causa, los que a saber son: (i) que la Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial (como puede ser la nulidad del contrato); y (iv) que las prestaciones hayan sido ejecutadas de buena fe por el proveedor.
162. En el presente caso, se configuran todos los elementos, pues se trata de (i) un enriquecimiento de la entidad a través de descuentos mal aplicados a costa del empobrecimiento de SEGUROC; (ii) La conexión es el descuento en el pago que efectuó ESSALUD a partir del pago de la contraprestación por el servicio de seguridad; (iii) no existía causa jurídica, pues se trata de descuentos mal aplicados o sin un derecho de crédito que se encuentre vigente y; (iv) SEGUROC en todo momento cumplió con la ejecución de sus prestaciones en buena fe, como se demuestra en las continuas aceptaciones de servicio y conformidad final.

163. Por tanto, corresponde que ESSALUD restituya los descuentos aplicados indebidamente por concepto de enriquecimiento sin causa, y, en consecuencia, se declare **FUNDADA** la Tercera Pretensión Principal.

4.4. Costos y Costas del proceso

163. La cláusula arbitral del contrato no hace referencia alguna a los costos y costas del arbitraje, por lo que corresponde aplicar lo en el Art. 73º del Decreto Legislativo N° 1071, que precisan que el Tribunal Arbitral se pronunciará en el laudo sobre la asunción o distribución de los costos del arbitraje.

164. Asimismo, estos dispositivos señalan que, de no existir acuerdo en el convenio arbitral, los costos serán de cargo de la parte que haya sido vencida en el arbitraje.

165. Adicionalmente, el Tribunal Arbitral deberá tomar en consideración la actitud de ESSALUD en la ejecución del presente contrato, parte que perjudicó financieramente a SEGUROC aplicando descuentos por penalidades sin el procedimiento adecuado y causando daños por demora en la emisión de la constancia de conformidad.

166. Por ello, tras declararse fundadas las pretensiones del Contratista corresponde a ESSALUD hacerse cargo de los costos y costas en los que haya incurrido el Consorcio al término del presente arbitraje.

V. MEDIOS PROBATORIOS

Anexo A-1 : Documento de Identidad el señor Rafael José Rocca Ramos

Anexo A-2 : Poderes de representación legal.

Anexo A-3 : Bases de la Licitación y Términos de Referencia.

Anexo A-4 : Contrato de prestación de servicios de seguridad y vigilancia a nivel nacional de la Red Asistencial Almenara – Item N° 02 por un periodo de treinta y seis meses.

Anexo A-5 : Términos de Referencia de las Bases Integradas.

Anexo A-6 : Carta N° 470-USG-OIHyS-OADM-G-RAA-ESSALUD-2017 del 9 de junio del 2016.

Anexo A-7 : Carta N° 464-USG-OIHyS-OADM-RAA-ESSALUD-2016 del 9 de junio de 2016.

Anexo A-8 : Matriz de penalidades impuestas por ESSALUD

Anexo A-9 : Documentación relacionada a la carta fianza de fiel cumplimiento:

- Carta fianza de fiel cumplimiento N°1631884 t subsecuentes renovaciones.
- Comprobantes de pago de la renovación de la carta fianza que acredita el costo financiero en el que incurrió el consorcio.

- Anexo A-10 : Carta s/n del 16 de noviembre del 2018 solicitamos a ESSALUD que efectúe el pago (Adenda 2).
- Anexo A-11 : Correo electrónico del 22 de noviembre del 2018, el área de administración de SEGUROC solicitó a ESSALUD que acepte la OC 4503119713.
- Anexo A-12 : Correo electrónico de ESSALUD del 4 de diciembre de 2018
- Anexo A-13 : Carta s/n del 06 de diciembre de 2018, SEGUROC (pago adenda 2).
- Anexo A-14 : Carta Notarial N° 46524 del 28 de diciembre del 2018 SEGUROC (reiteramos nuestra solicitud de pago pendiente y de exoneración de la renovación de la carta fianza).
- Anexo A-15 : Constancia de prestación N° 382-GA-GCL-ESSALUD-2019 del 30 de abril del 2019.
- Anexo A-16 : Opinión OSCE 023-2017/DTN
- Anexo A-17 : Opinión OSCE 024-2019/DTN

11. Mediante escrito de fecha 19 de febrero de 2021, el **CONTRATISTA** subsana su escrito de demanda, por lo que adjunta los medios probatorios ofrecidos.

I.6. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA ARBITRAL, PLANTEADA POR LA ENTIDAD

12. Mediante escrito presentado el 19 de abril del 2021, la **ENTIDAD** presentó su escrito de contestación a la demanda, la misma que fue admitida mediante Resolución N° 04 de fecha 29 de abril del 2021, negando cada uno de los extremos de la demanda y solicitando que las pretensiones en ella contenidas sean declaradas infundadas o improcedentes, según se aprecia de la transcripción de la parte pertinente de la misma:

“III. FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO

III.1. RESPECTO A LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

Sobre el particular, el demandante manifiesta que ESSALUD ha aplicado indebidamente penalidades en su contra y específicamente sobre algunos centros de la Red Prestacional Almenara, conforme al detalle del punto 34 de su demanda arbitral (página 10).

Al respecto, puntualmente las penalidades aplicadas por la Entidad se encuentran reguladas en la cláusula décimo tercera del Contrato como “Otras Penalidades”, siendo que la penalidad específica aplicada es el número 6 (la sexta penalidad), conforme al siguiente detalle:

6	Por puesto de supervisor y/o agente de vigilancia no cubierto; la penalidad se aplicará cada vez que se incurra en la falta	10% de la UIT
	Por abandono de servicio del empleado	

Por tanto, sin perjuicio de que la carga de probar el cumplimiento de las obligaciones penalizadas recae en SEGUROC, manifestamos las mismas fueron correctamente aplicadas y no han vulnerado la voluntad de las partes.

En efecto, de acuerdo a la propia regulación de la sexta penalidad, ESSALUD debía aplicarla “cada vez que se incurra en la falta”, por lo que, era necesario que al momento en que se incurra en dicho incumplimiento se sancione con la penalidad de forma inmediata, tal y como hizo la Entidad.

Además, el incumplimiento de la obligación de que el Contratista tenga cubierto a un supervisor y/o a un agente de vigilancia para sus labores en las instalaciones de ESSALUD, no era subsanable, ya que una vez producida, se materializaba la imposición de la penalidad.

El Árbitro Único debe tomar en cuenta que, dicha circunstancia (la aplicación de penalidades) fue una constante en la relación contractual de las partes, ante las recurrentes faltas del Contratista, las referidas penalidades jamás fueron controvertidas durante la relación contractual de las partes, con lo que el Contratista convalidó con su comportamiento la aplicación de dichos descuentos, es recién con el presente arbitraje, esto es casi dos años después, que se pretende controvertirlas.

Sin embargo, el Contratista no puede “borrar con una mano, lo que hizo con la otra”, es decir, aceptar las penalizaciones que se hicieron oportunamente y posterior a ello, desconocerlas, ello contraviene el principio rector de la buena y la ampliamente aceptada doctrina de los actos propios.

Así, nuestro sistema jurídico sanciona aquel comportamiento contradictorio que una parte puede desplegar con la finalidad de evitar las consecuencias naturales de dichos actos, por lo que, para la aplicación de la doctrina de los actos propios se debe cerciorar los siguientes presupuestos:

- i. Una conducta vinculante: En el presente caso, la aceptación de la conducta infractora, pasible de penalidad y no haber controvertido oportunamente la aplicación de las penalidades.
- ii. Una pretensión contradictoria: En el presente caso, la aceptación previa del Contratista (mediante su conducta) sobre la aplicación de penalidades y su posterior desacuerdo.
- iii. Identidad de Sujetos: En el presente caso, es SEGUROC quien incurre en dichas conductas contradictorias.

En consecuencia, como advertirá el Árbitro Único, todos los presupuestos para la aplicación de la doctrina de los actos propios se cumplen.

En ese orden de ideas, la aplicación de las penalidades no solo fue correcta, sino que fue convalidada por los actos de SEGUROC, razón por la cual, no corresponde amparar la primera pretensión principal de la demanda, debiendo declararla **INFUNDADA**.

III.2. RESPECTO A LA SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

El Contratista pretende responsabilizar a ESSALUD de las constantes renovaciones a las cartas fianzas por una supuesta demora en la emisión de la Constancia de Conformidad de la Prestación, por lo que demanda se le pague la suma de S/ 205, 536.15 (Doscientos Cinco Mil Quinientos Treinta y Seis con 15/100 Soles) por concepto de indemnización por daño emergente.

Al respecto, ESSALUD rechaza totalmente estar en la obligación de pagar una indemnización por las renovaciones de la carta fianza efectuada por el Contratista, ya que ello era una obligación contractual de dicha parte.

En efecto, de acuerdo a lo establecido en la cláusula séptima del Contrato suscrito, el Contratista debía de mantener renovada la carta fianza expedida a la Entidad, hasta que la misma emitía la conformidad de la recepción de la prestación, en caso contrario ESSALUD estaba facultado por la voluntad de las partes y el imperio de la ley a su ejecución.

Así, el Árbitro Único debe considerar que, ni en los Términos de Referencia ni en el Contrato, se dispuso plazo para que ESSALUD emita el documento que acredite la conformidad de la prestación, por lo que su actuar es acorde a derecho.

Por lo que, si el Contratista consideraba que dicha circunstancia debía ser regulada, pudo proponer o consultar dicha situación, tanto en la etapa de consultas y observaciones del Concurso Público o antes de la suscripción del contrato; de otro lado tuvo la oportunidad de controvertir el asunto en su debida oportunidad, pero tampoco lo hizo, en consecuencia, queda claro que ESSALUD no estaba obligado a ceñirse a un plazo específico para la emisión de dicho documento.

Esta regulación tiene una razón de ser y es que, por la complejidad de la prestación global de los servicios que brindó SEGUROC, sumado a la cantidad de contratistas diferentes al demandante que requieren el mismo documento y/u otros de distinta índole, ello genera que la Entidad – que dispone de escaso recurso humano – aumente su carga administrativa, sumado al detalle que el personal debe efectuar al constatar que los diversos contratistas han efectuado de forma correcta sus prestaciones.

Sin perjuicio de lo anteriormente mencionado, el hecho indiscutible es que, ESSALUD no disponía de un plazo específico (contractual ni

legal) para la emisión del documento que requería el Contratista, por lo que su conducta se sujeta a derecho, además el Contratista era consciente que, al margen de su apreciación subjetiva, era una obligación renovar la carta fianza hasta la emisión de la conformidad de la prestación, no pudiendo en esta sede manifestar lo contrario.

Ahora bien, el Contratista tampoco cumple con acreditar los elementos de la responsabilidad civil que sustentan una pretensión por indemnización de daños, tal y como demostramos a continuación:

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL			
ANTIJURIDICIDAD	RELACIÓN DE CAUSALIDAD o NEXO CAUSAL	DAÑO CAUSADO	FACTOR DE ATRIBUCIÓN
Como fue sustentado, ESSALUD no incumplió obligación alguna en relación a un plazo determinado para la emisión de la <u>conformidad de la recepción de la prestación</u> , por lo que no existe conducta antijurídica.	Si bien es cierto existe un Contrato suscrito entre las partes, no se muestra ninguna relación de causalidad entre la renovación de la carta fianza a cargo del contratista con el hecho de que ESSALUD debía emitir la <u>conformidad de la recepción de la prestación</u> .	Como fue demostrado, de acuerdo a la cláusula séptima del contrato suscrito se reguló la <u>obligación de SEGUROC de mantener vigente la carta fianza hasta la emisión de la conformidad de la recepción de la prestación</u> , por lo que no existe daño alguno.	Tampoco existe una forma de atribuir la responsabilidad por la obligación del Contratista a ESSALUD , ya que al ser una situación acordada por ambas partes la misma debe ser respetada.

Como vemos, el demandante no cumple con acreditar los requisitos copulativos de la responsabilidad civil a efectos de evaluar una indemnización, razón por la cual debe desestimarse totalmente su pretensión.

Por dichas consideraciones, solicitamos al Árbitro Único declare **INFUNDADA** la segunda pretensión de la demanda.

III.3. RESPECTO A LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL DE LA DEMANDA

Sobre ello, el Contratista requiere el pago de la suma de S/ 36, 189.28 (Treinta y Seis Mil Ciento Ochenta y Nueve con 28/100 Soles) por concepto de supuestos descuentos efectuados durante toda la ejecución contractual de las partes.

Para ello, **SEGUROC** ensaya una argumentación tendiente a poner a cobro dicho monto bajo un supuesto “enriquecimiento indebido” de parte de la Entidad; el Contratista se ve en la necesidad de hurgar en alguna institución jurídica que pueda soportar su falta de reclamación oportuna al pago, ello ante una manifiesta caducidad de una pretensión por dicho concepto, sin embargo, inclusive en ese supuesto, manifestamos que **ESSALUD** no se ha enriquecido indebidamente a costa del demandante.

En ese orden de ideas, ante la escueta argumentación (¿cómo se produjo el descuento?, ¿cuál fue la razón por la que se practicó?, ¿qué manifestó el contratista ante ello?, etc.) y la nula probanza de la tercera pretensión principal, ESSALUD deja constancia que se encuentra impedido de ejercer de forma idónea su derecho de defensa, por lo que se reserva el derecho de contestar oportunamente dicha aseveración fáctica. Asimismo, considerando la inexistencia de pruebas que acrediten lo pretendido por el Contratista se debe declarar **INFUNDADA** la tercera pretensión principal.

III.4. RESPECTO A LA ASUNCIÓN DE LOS GASTOS ARBITRALES

SEGUROC solicita que, ESSALUD asuma los gastos generados por su defensa en el presente arbitraje, sin embargo, ello debe ser desestimado solicitamos que el Árbitro Único tenga en consideración que ninguna de las pretensiones formuladas en el presente arbitraje tiene asidero fáctico ni legal, habiéndose forzado a ESSALUD a recurrir a un arbitraje sin sustento alguno.

En consecuencia, se deberá condenar a la contraparte a la asunción total de los costos y costas que se irroguen producto del presente arbitraje.

ANEXOS:

- i. Documento Nacional de Identidad de nuestra apoderada.
- ii. Documento que acredita el poder de nuestra apoderada."

I.7. EXCEPCIÓN O CUESTIÓN PREVIA

13. Mediante escrito de fecha 19 de abril de 2021, la **ENTIDAD** junto con su escrito de contestación a la demanda dedujo excepción o cuestión previa, manifestando lo siguiente:

"II. CUESTIÓN PREVIA: FORMULA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD

En virtud a lo establecido en el punto 34 del Acta de Instalación del Árbitro Único, formulamos excepción de caducidad sobre las pretensiones principales de la demanda, de conformidad con lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado - Decreto Legislativo N° 1017 (en adelante LCE) y su Reglamento – Decreto Supremo N° 184-2008-EF (en adelante RLCE).

Al respecto, SEGUROC solicita las siguientes pretensiones principales:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se dejen sin efecto las penalidades aplicadas de manera indebida y contraria a derecho en nuestro agravio, ascendentes a la suma de S/ 1'160,842.50 (Un Millón Ciento Sesenta mil Ochocientos Cuarenta y dos con 50/100 soles) y se nos restituya dicha cantidad más los intereses correspondientes.

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se ordene el pago en favor de SEGUROC por concepto de indemnización por daño emergente la suma de S/ 205,536.15 (Doscientos Cinco Mil Quinientos Treinta y Seis y 15/100 soles), derivada de los gastos financieros incurridos en mérito de las renovaciones de la carta fianza de fiel cumplimiento por la demora injustificada de ESSALUD en realizar los pagos pendientes y emitir la conformidad final de las prestaciones ejecutadas a su favor.

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se ordene el pago en favor de SEGUROC la suma de S/ 36,189.28 (Treinta y Seis Mil Ciento Ochenta y Nueve y 28/100 soles), la que corresponde a descuentos indebidos y aplicación duplicada de penalidades materializados a lo largo de la ejecución contractual.

Como puede advertirse, las pretensiones del demandante versan exclusivamente sobre (i) inaplicación de penalidades y su pago, (ii) pago de una indemnización y (iii) pago de la prestación por descuentos.

Sobre el particular, es importante mencionar que, de acuerdo al artículo 52 de LCE, se establece lo siguiente:

“Artículo 52. Solución de controversias

52.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato, se resuelven mediante conciliación o arbitraje, según el acuerdo de las partes. La conciliación debe realizarse en un centro de conciliación público o acreditado por el Ministerio de Justicia.

52.2. Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento. La parte que solicita la conciliación y/o el arbitraje debe ponerla en conocimiento del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) en el plazo establecido en el reglamento, salvo cuando se trate de un arbitraje administrado por dicho organismo o cuando éste designe a los árbitros.

(...) Todos los plazos previstos son de caducidad.” [Énfasis Nuestro]

En tal virtud, la norma es clara en desarrollar dos supuestos de caducidad: (i) el supuesto general y (ii) el supuesto específico; en relación al supuesto general, el artículo 52.2 regula la posibilidad de que la parte interesada inicie un arbitraje (sobre las materias arbitrables establecidas en el artículo 52.1 de la LCE) en cualquier momento antes a la culminación del contrato.

Al respecto, de conformidad con el artículo 42 de la LCE el contrato de servicios culmina con la recepción de la última prestación y el pago correspondiente, conforme al siguiente detalle:

“Artículo 42.- Culminación del contrato

Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente (...”)

En ese mismo sentido, el artículo 177 del RLCE dispone lo siguiente:

“Artículo 177.- Efectos de la conformidad

Luego de haberse dado la conformidad a la prestación se genera el derecho al pago del contratista. Efectuado el pago culmina el contrato y se cierra el expediente de contratación respectivo.”

En consecuencia, el “supuesto general” establece que las controversias vinculadas a la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato deberán ser promovidas hasta antes de que se produzca la conformidad y pago por parte de la Entidad.

De otro lado, en relación al “supuesto específico”, el artículo 52.2 de la LCE señala que, si la parte interesada promueve un arbitraje vinculado a la nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, el mismo deberá ser iniciado dentro de los quince (15) días hábiles.

Por tanto, cabe preguntarnos: ¿Cómo se materializa la caducidad en la que incurre SEGUROC con su demanda arbitral?

Como punto de partida, se advierte que el contratista inicio el arbitraje con las mismas pretensiones de la demanda, con su petición de arbitraje, la misma que fue promovida con fecha 09 de setiembre de 2020.

Por tanto, en relación a la primera pretensión principal de la demanda, que versa sobre la no aplicación de penalidades, controversia derivada de la ejecución del contrato, el Señor Árbitro Único debe tener en cuenta que esta pretensión encasilla en el

“supuesto general”, por lo que tuvo que ser pretendida hasta el momento previo al pago y la conformidad de la prestación.

En consecuencia, tal y como fue mencionado por el propio demandante, el contrato culminó con la emisión de la Constancia de Prestación N° 382-GA-GCL-ESSALUD-2019 de fecha 30 de abril de 2019 (Anexo A-15 de la demanda arbitral), por lo que, con dicho acto el contrato culminó, sin embargo, como mencionáramos el contratista inició el arbitraje con posterioridad a dicha fecha, esto es el 9 de setiembre de 2020, por lo que dicha pretensión devino en caduca.

De igual forma, en relación a la segunda pretensión principal, referida al pago de una indemnización por daño emergente derivado de gastos financieros de renovación de la carta fianza, al ser esta pretensión derivada de la ejecución del contrato, encasilla en el “supuesto general” de caducidad establecido en el artículo 52.2 de la LCE.

Por lo que, si el Contratista – si así lo hubiese considerado pertinente – podría haber demandado la no pertinencia de la renovación de la carta fianza hasta antes de la culminación del contrato, hecho que como reiteramos sucedió con fecha 30 de abril de 2019 (con la emisión de la constancia de la prestación), sin embargo, ello no ocurrió, ya que dicha pretensión fue demandada posteriormente a través de la petición de arbitraje de fecha 09 de setiembre de 2020.

En ese orden de ideas, la segunda pretensión principal de la demanda también deviene en manifiesta caducidad.

Finalmente, en relación a la tercera pretensión principal de la demanda, relacionada al supuesto pago incompleto de la prestación (“materializados a lo largo de la ejecución contractual”), la misma tuvo que ser controvertida dentro de los quince (15) días hábiles posteriores a cada uno de efectuado dichos pagos.

No obstante, si bien es cierto, de la demanda arbitral no se advierte una descripción específica de cuando se produjeron dichos descuentos (a excepción del “reclamo retención F-1289), inclusive en dicho supuesto se habría excedido el plazo de caducidad de quince días establecido en la LCE para que el Contratista promueve acciones sobre el particular. En resumidas cuentas, la tercera pretensión también devino en caducidad.

Adicionalmente a ello, si el Árbitro Único considera que la tercera pretensión principal no está contemplada dentro del “supuesto específico” de la LCE, deberá considerar entonces, que en la medida que la pretensión versa sobre pago de prestaciones y que el demandante ha esbozado argumentación vinculada a un supuesto “enriquecimiento sin causa” para la mencionada pretensión principal, se debe tomar en cuenta que dicha circunstancia está

comprendida dentro del “supuesto general”, al ser una controversia derivada de la ejecución contractual, por lo tanto, la misma debió ser demandada hasta antes de la culminación del contrato (30 de abril de 2019), situación que no ocurrió, materializándose la caducidad de la pretensión.

En consecuencia, por las razones expuestas, solicitamos que nuestra excepción de caducidad sea declarada FUNDADA, en su debida oportunidad.”

I.8. ABSOLUCIÓN A LA EXCEPCIÓN

14. Mediante escrito de fecha 14 de mayo de 2021, el **CONTRATISTA** presentó su escrito bajo la sumilla “**ABSUELVO EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD**”, la misma que fue admitida mediante Resolución N° 06 de fecha 28 de mayo de 2021.
15. La **ENTIDAD** absolvió el traslado de la siguiente manera, según se aprecia de la transcripción de la parte pertinente de la misma:

“EL CONTRATO NO HA CONCLUIDO: LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD SOBRE LA PRIMERA Y SEGUNDA PRETENSIONES DEBE DECLARARSE INFUNDADA

Por un lado, la primera pretensión principal de SEGUROC en el presente arbitraje es la siguiente:

PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se dejen sin efecto las penalidades aplicadas de manera indebida y contraria a derecho en nuestro agravio, ascendientes a la suma de S/ 1'160,842.50 (Un Millón Ciento Sesenta mil Ochocientos Cuarenta y dos con 50/100 soles) y se nos restituya dicha cantidad más los intereses correspondientes.

Como desarrolló SEGUROC en su memorial de Demanda 1, ESSALUD realizó una serie de descuentos indebidos por la aplicación de penalidades. Dichos descuentos fueron realizados sin sustento y sin seguir el procedimiento establecido para ello en los Términos de Referencia.

Por tal motivo, SEGUROC solicitó que se dejen sin efecto las penalidades indebidamente impuestas, lo que implica que ESSALUD debe pagar a SEGUROC, S/1,160,842.50 (Un Millón Ciento Sesenta mil Ochocientos Cuarenta y dos con 50/100 Soles).

Por otro lado, la segunda pretensión principal de SEGUROC es la siguiente:

SEGUNDA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se ordene el pago en favor de SEGUROC por concepto de indemnización por daño emergente la suma de S/ 205,536.15 (Doscientos Cinco Mil Quinientos Treinta y Seis y 15/100 soles), derivada de los gastos financieros incurridos en mérito de las renovaciones de la carta fianza de fiel cumplimiento por la demora injustificada de ESSALUD en realizar los pagos pendientes y emitir la conformidad final de las prestaciones ejecutadas a su favor.

Como se desarrolló en el memorial de Demanda2, ESSALUD demoró injustificadamente la conformidad de la prestación, lo que forzó a SEGUROC a continuar renovando la garantía de fiel cumplimiento.

Naturalmente, SEGUROC tuvo que asumir los gastos financieros que implicó la renovación de las cartas fianza. Dado que dichos gastos se debieron a la conducta de ESSALUD, SEGUROC solicitó una indemnización por daño emergente por la suma de S/205,536.15 (Doscientos Cinco Mil Quinientos Treinta y Seis y 15/100 soles).

Según ESSALUD, dado que las pretensiones citadas de SEGUROC están vinculadas a la ejecución del Contrato, éstas se encuentran dentro del supuesto general de caducidad establecido en el artículo 52.2 de la LCE.

Este supuesto señala lo siguiente:

“Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato. (...) Todos los plazos previstos son de caducidad”.

En ese sentido – según la posición de ESSALUD – el Contrato culminó con la emisión de la Constancia de Prestación N°382-GA-GCL-ESSALUD-2019 de fecha 30 de abril de 2019. Dado que SEGUROC presentó su petición de arbitraje el 09 de setiembre de 2020, el plazo de caducidad habría transcurrido y los derechos de SEGUROC solicitados a través de su primera y segunda pretensiones habrían caducado.

Sin embargo, dicha excepción de caducidad no tiene sustento, ya que el contrato no ha concluido.

ESSALUD parece asimilar la conclusión del Contrato con la constancia de prestación. Aparentemente para ESSALUD, el Contrato culmina cuando ESSALUD decide que culmina. No obstante, en las normas pertinentes se establece una regla distinta.

Así, en el artículo 42 de la LCE se dispone lo siguiente:

“Artículo 42.- Culminación del contrato

Expediente N° 1112-2020, seguido entre el SEGUROC S.A., en calidad de demandante, y el SEGURO SOCIAL DE SALUD (ESSALUD), en calidad de demandado.

Los contratos de bienes y servicios culminan con la conformidad de recepción de la última prestación pactada y el pago correspondiente".

En el mismo sentido, en el artículo 49 del D.S. 184-2008-EF (en adelante, el "RLCE"), se establece lo siguiente:

"El contrato tiene vigencia desde el día siguiente de la suscripción del documento que lo contiene o, en su caso, desde la recepción de la orden de compra o de servicio. Tratándose de la adquisición de bienes y servicios, el contrato rige hasta que el funcionario competente dé la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista y se efectúe el pago" (el énfasis es nuestro).

Como habrá podido advertir el Tribunal Arbitral, la conclusión de un contrato no requiere solo de la conformidad de la prestación por parte de la entidad, como pretende hacer creer ESSALUD. Por el contrario, para la conclusión del Contrato se requiere también que la entidad efectúe el pago correspondiente.

Esto ha sido reconocido en la Opinión OSCE N°055-2016/DTN, en la cual se señala que:

"(...) una vez emitida la conformidad y efectuado el pago correspondiente culmina el contrato de servicios y, por tanto, a partir de ese momento opera la caducidad para someter a conciliación o arbitraje cualquier controversia relacionada a la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia, nulidad o invalidez del contrato".

En el presente caso, ESSALUD no ha realizado todos los pagos que se encontraban pendientes a favor de SEGUROC, razón por la cual no puede entenderse que el Contrato ha concluido.

De hecho, se encuentra pendiente que ESSALUD realice el pago del íntegro de la contraprestación de SEGUROC. Esto debido a que, de forma injustificada y unilateral, realizó descuentos indebidos y aplicó penalidades duplicadas. Esto es objeto de la tercera pretensión de SEGUROC.

En efecto, como se indicó en el numeral 157 de la Demanda, ESSALUD realizó retenciones indebidas de facturas, una retención por canje judicial, duplicidad de penalidades aplicadas, existen diferencias entre las órdenes de compra y lo efectivamente pagado a SEGUROC, entre otros, todo por el monto de S/36,189.28 (treinta y seis mil cientos ochenta y nueve y 28/100 Soles).

En ese contexto, resulta evidente que, ante la existencia de un pago pendiente, el Contrato no puede entenderse como concluido.

Debemos precisar que, si se considerara que un Contrato concluye con la conformidad de la prestación de una entidad, se estaría amparando un abuso por parte de esta última.

Por ejemplo, para evitar pagar un monto que se encuentre en discusión, una entidad podría simplemente emitir la conformidad de prestación, para así considerar que el contrato concluyó y generar la caducidad del derecho discutido con el contratista. Evidentemente, este no es el resultado que fue pensado por el legislador al momento de promulgar las normas de caducidad.

Ahora bien, en el supuesto que el Árbitro Único considere que ESSALUD realizó el pago respectivo, por lo que ya no habría lugar a reclamaciones posteriores, solicitamos que se tenga en consideración lo señalado en la Opinión OSCE N°137-2017/DTN, según la cual:

“No obstante, podía ocurrir que, al momento de efectuar el pago final, la Entidad haya aplicado y deducido determinadas penalidades al contratista, pudiendo generarse a partir de ello una controversia entre las partes.

(...) si bien el artículo 42 de la anterior Ley disponía que los contratos de servicios culminaban con el pago respectivo, lo cual podía dar a entender que luego de efectuado éste no había lugar a reclamación; debe considerarse que en el escenario planteado la contraprestación a cargo de la Entidad (el pago) no había sido efectuada a **entera satisfacción** del contratista, por lo que **no se podría hablar de un cumplimiento total de sus obligaciones**”
(el énfasis es nuestro).

En ese contexto, en tanto ESSALUD no realizó el pago a entera conformidad de SEGUROC, no puede entenderse que el primero haya cumplido totalmente con sus obligaciones. Por ello, tampoco podría entenderse que el Contrato había concluido.

Cabe precisar también que, de conformidad con lo resuelto en el Expediente N°003-2016/MARCPERU/ADM/MSCV:

“(...) si bien el cuestionamiento de las penalidades, no obstante estar vinculadas al pago de la contraprestación, no es el pago en sí mismo, razón por la cual tampoco debe aplicar en este caso la caducidad de 15 días previsto en el artículo 52 de la Ley de Contrataciones del Estado” (el énfasis es nuestro).

Por tales consideraciones, la excepción de caducidad planteada por ESSALUD contra la primera y segunda pretensiones de SEGUROC, debe declararse **INFUNDADA**.

LA EXCEPCIÓN DE CADUCIDAD SOBRE LA TERCERA PRETENSIÓN DEBE DECLARARSE INFUNDADA

La tercera pretensión principal de SEGUROC en el presente arbitraje es la siguiente:

TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL: Que se ordene el pago en favor de SEGUROC la suma de S/ 36,189.28 (Treinta y seis mil ciento ochenta y nueve y 28/100 soles), la que corresponde a descuentos indebidos y aplicación duplicada de penalidades materializadas a lo largo de la ejecución contractual.

Como se desarrolló en el memorial de Demanda3 y en la sección anterior, a SEGUROC se le realizaron una serie de descuentos injustificados durante la ejecución del Contrato.

Según ESSALUD, dado que SEGUROC estaría reclamando el pago incompleto de la prestación, sería aplicable el supuesto especial de caducidad establecido en el artículo 52.2 de la LCE:

“Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato y pago, se debe iniciar el respectivo procedimiento dentro del plazo de quince (15) días hábiles conforme lo señalado en el reglamento.

(...)

Todos los plazos previstos son de caducidad”.

A continuación, demostraremos que la excepción de caducidad de ESSALUD deberá declararse INFUNDADA, en tanto (i) SEGUROC solicita la restitución de los descuentos realizados por ESSALUD vía enriquecimiento sin causa y no solicita el pago en sí; y (ii) el contrato no ha concluido.

SEGUROC solicita la restitución de lo descontado vía enriquecimiento sin causa

La pretensión de SEGUROC – en estricto – no es una pretensión de cumplimiento de pago dirigida contra ESSALUD. SEGUROC no está solicitando que ESSALUD realice el pago íntegro de la contraprestación y así ha sido establecido de manera expresa en la Demanda.

La pretensión de SEGUROC, conforme se desarrolló en la página 34 de la Demanda, se sustenta en el enriquecimiento indebido de la Entidad producto de los injustificados descuentos que esta realizó.

En efecto, SEGUROC demostró que (i) la Entidad se enriqueció a través de los descuentos mal aplicados a costa del empobrecimiento de SEGUROC; (ii) la conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento de SEGUROC es el hecho de que ESSALUD descontó la contraprestación por el servicio de seguridad; (iii) no existe causa jurídica que sustente los descuentos; y (iv) SEGUROC en todo momento cumplió con ejecutar sus prestaciones de buena fe.

Como podrá advertir el Árbitro Único, la acción restitutoria que ejerce SEGUROC es distinta a la acción de la exigencia del pago, como ESSALUD pretende señalar.

Esto ha sido reconocido en la Opinión OSCE N°037-2017/DTN en la cual se señala lo siguiente:

"Cabe precisar que el monto reconocido [vía enriquecimiento sin causa] no podría ser considerado como pago en términos contractuales, en la medida que el pago es la consecuencia directa de una obligación válidamente contraída; ni tampoco en términos presupuestales, pues en materia presupuestal el pago constituye la etapa final de la ejecución de un gasto que ha sido válidamente devengado" (énfasis agregado).

Dado que la pretensión de SEGUROC no es una de pago, sino de restitución vía enriquecimiento sin causa⁴, no le es aplicable el plazo de caducidad de 15 días establecido en el artículo 52.2 de la LCE.

En el supuesto negado se considere que la pretensión de pago de SEGUROC hubiera caducado, ello no tendría repercusión sobre la pretensión de enriquecimiento sin causa planteada en la Demanda.

Al respecto, debemos traer a colación lo señalado en el artículo 1955 del Código Civil, en el cual se establece lo siguiente:

"Artículo 1955.- La acción a que se refiere el artículo 1954 no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización" (énfasis agregado).

Si se considerara que el derecho a exigir el pago por parte de SEGUROC habría caducado, la vía adecuada para exigir dicho monto sería el enriquecimiento sin causa, en tanto – dada la caducidad – no sería posible ejercitar otra acción para obtener la restitución respectiva.

A manera de referencia, tenemos lo regulado en el artículo 20 de la Ley N°27287 – Ley de Títulos Valores, a través del cual se establece que:

“Extinguidas las acciones derivadas de los títulos valores, sin tener acción causal contra el emisor o los otros obligados, el tenedor podrá accionar contra los que se hubieren enriquecido sin causa en detrimento suyo, por la vía procesal respectiva”.

Como podrá advertir el Árbitro Único, nuestra legislación reconoce al enriquecimiento sin causa como una figura para exigir la restitución de derechos que habrían caducado.

Por tales consideraciones, la excepción de caducidad de ESSALUD debe declararse **INFUNDADA**.

El Contrato no ha concluido

ESSALUD señala adicionalmente que el supuesto general de caducidad establecido en el artículo 52.2 de la LCE establece que:

“Los procedimientos de conciliación y/o arbitraje deben solicitarse en cualquier momento anterior a la fecha de culminación del contrato.

(...) Todos los plazos previstos son de caducidad”.

Según ESSALUD, dado que SEGUROC presentó la petición luego de la supuesta conclusión del Contrato, su derecho habría caducado.

No obstante, como demostramos en las secciones anteriores, el Contrato no ha concluido porque:

- a. En los artículos 42 de la LCE y 49 del RLCE se establece que – para que un contrato concluya – es necesario que exista (i) conformidad y (ii) pago.
- b. Existían pagos pendientes por parte de ESSALUD. En este caso, la existencia de la tercera pretensión demuestra que ESSALUD no había pagado la totalidad de la contraprestación de SEGUROC.
- c. Incluso si se entendiera que ESSALUD realizó los pagos que le correspondían, este pago no se realizó a conformidad de SEGUROC, por lo que – de acuerdo con la Opinión OSCE N°137-2017/DTN – no puede entenderse que ESSALUD cumplió con la totalidad de sus obligaciones.

Por estas consideraciones, la excepción de caducidad formulada por ESSALUD deberá declararse **INFUNDADA**.

I.9. DECISIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL A LA EXCEPCIÓN

16. Mediante Resolución N° 11 de fecha 21 de septiembre de 2021, el **ÁRBITRO ÚNICO** se pronunció sobre la excepción de caducidad deducida por la **ENTIDAD**, para lo cual resolvió, entre otros, lo siguiente:

"SEGUNDO.- DECLÁRESE FUNDADA EN PARTE la excepción de caducidad deducida por **SEGURO SOCIAL DE SALUD – ESSALUD**; en consecuencia, extinta la Primera y Segunda Pretensión Principal; e, **INFUNDADA** respecto de la Tercera Pretensión Principal".

I.10. SOBRE LOS GASTOS ARBITRALES

17. De conformidad con el numeral 62 y 63 del Acta de Instalación de fecha 28 de diciembre de 2020, se precisó los honorarios profesionales del **ÁRBITRO ÚNICO** y de la Secretaría Arbitral conforme lo siguiente:

Concepto	Monto
Honorarios del Tribunal Unipersonal	S/ 17,171.00 sin incluir IGV.
Honorarios de la Secretaría Arbitral	S/ 10,067.00 sin incluir IGV.

18. Dichos montos debían ser cancelados en partes iguales por cada una de las **PARTES**.
19. Al respecto, se tiene que el **CONTRATISTA** cumplió con acreditar el pago a su cargo de los honorarios del **TRIBUNAL UNIPERSONAL**, así como de la Secretaría Arbitral.
20. Asimismo, mediante Resolución N° 03 de fecha 19 de abril de 2021 se autorizó al **CONTRATISTA** para cumplir con acreditar el pago a su cargo de los honorarios del **TRIBUNAL UNIPERSONAL**, así como de la Secretaría Arbitral, en subrogación de la **ENTIDAD**. Al respecto, tenemos que, mediante escrito de fecha 27 de abril de 2021, el **CONSORCIO** cumplió con acreditar el pago en subrogación.

I.11. FIJACIÓN DE PUNTOS CONTROVERTIDOS

21. Mediante Resolución N° 11 de fecha 21 de septiembre de 2021, el **TRIBUNAL UNIPERSONAL** citar a las **PARTES** a la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos a celebrarse el día lunes 11 de octubre de 2021, a las 12:30 del mediodía, mediante la plataforma virtual ZOOM. Sin embargo, mediante Resolución N° 12, de fecha 04 de octubre de 2021, y Resolución N° 13, de fecha 11 de octubre de 2021, dicha audiencia fue reprogramada para el día miércoles 20 de octubre de 2021 a las 09:00 am., mediante la plataforma virtual ZOOM.
22. **En tal sentido, con fecha** 20 de octubre de 2021 a las 09:00 am., se llevó a cabo la celebración de la referida audiencia, dejándose constancia de la misma con el Acta de Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios.
23. En ese sentido, este **TRIBUNAL ARBITRAL** resolvió que se pronunciaría sobre lo siguiente:

1. **Primer punto controvertido:** Determinar si corresponde o no que el Tribunal Unipersonal ordene el pago de la suma de S/ 36,189.28 (treinta y seis mil ciento ochenta y nueve con 28/100 soles), la que corresponde a descuentos indebidos y aplicación duplicada de penalidades materializados a lo largo de la ejecución contractual.
2. **Segundo punto controvertido:** Determinar a quién y en qué proporción debe ser asumido el costo íntegro de los gastos legales incurridos, los cuales incluyen sin limitarse honorarios por defensa y patrocinio legal y honorarios arbitrales, gastos administrativos, intereses, tributos aplicables y cualquier otro costo incurrido, así como el pago de los intereses legales que se liquiden a este fin.

I.12. ADMISIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

24. Mediante el Acta de Audiencia de Conciliación, Determinación de Puntos Controvertidos y Admisión de Medios Probatorios de fecha 20 de octubre de 2021, el **TRIBUNAL UNIPERSONAL** resolvió admitir los medios probatorios presentados por las **PARTES** en sus respectivos escritos, de la siguiente manera:

A. Medios Probatorios ofrecidos por SEGUROC S.A

Se admiten por parte de SEGUROC S.A., como medios probatorios los ofrecidos mediante escrito N° 01 de demanda arbitral de fecha 08 de febrero de 2021, detallados en el acápite “V. MEDIOS PROBATORIOS”, signados desde el A-1 al A-17.

B. Medios probatorios ofrecidos por el SEGURO SOCIAL - ESSALUD

Se admiten por parte del SEGURO SOCIAL DE SALUD –ESSALUD., como medios probatorios los ofrecidos mediante escrito de contestación a la demanda arbitral de fecha 19 de abril de 2021, señalados en el acápite “ANEXOS”.

I.13. AUDIENCIA DE INFORMESORALES

25. Mediante Resolución N° 15 emitida en fecha 18 de noviembre de 2021, se citó a las **PARTES** a la Audiencia de Informes Orales para el día martes 30 de noviembre de 2021 a las 11:00 a.m.
26. En la indicada fecha anterior, se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la asistencia de ambas partes, donde se expuso lo que estimaron conveniente a su derecho. Cabe precisar que se dejó constancia de la celebración de dicha audiencia mediante el Acta de Audiencia de Informes Orales de fecha 30 de noviembre de 2021.

I.14. PLAZO PARA LAUDAR

27. Mediante Resolución N° 16 emitida en fecha 01 de febrero de 2022, el **TRIBUNAL ARBITRAL** fijó plazo para laudar en treinta (30) días hábiles, computados desde el día siguiente de notificada las partes con la mencionada resolución, el mismo que podrá ser ampliado por un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles adicionales.

II. CONSIDERANDOS: ANÁLISIS DE LA MATERIA CONTROVERTIDA

28. El análisis de cada punto controvertido, han sido realizado teniendo en cuenta las posiciones de las **PARTES** invocadas en sus escritos postulatorios, alegatos, audiencias y demás escritos presentados estas.
29. En tal sentido, de conformidad con la fijación de los puntos controvertidos, materia de pronunciamiento, el **TRIBUNAL UNIPERSONAL** pasará a desarrollar el análisis de cada uno de ellos. Cabe precisar que el **ÁRBITRO ÚNICO**, se reservó el derecho de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere más conveniente para los fines de resolver las controversias y no necesariamente en el orden establecido

II.1. PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO

DETERMINAR SI CORRESPONDE O NO QUE EL TRIBUNAL UNIPERSONAL ORDENE EL PAGO DE LA SUMA DE S/ 36,189.28 (TREINTA Y SEIS MIL CIENTO OCHENTA Y NUEVE CON 28/100 SOLES), LA QUE CORRESPONDE A DESCUENTOS INDEBIDOS Y APLICACIÓN DUPLICADA DE PENALIDADES MATERIALIZADOS A LO LARGO DE LA EJECUCIÓN CONTRACTUAL.

POSICIÓN DEL CONTRATISTA

30. **SEGUROC** precisó que identificó una serie de descuentos sin sustento o mal aplicados, entre los cuales encontró retenciones indebidas de facturas, una retención por canje judicial, duplicidad en penalidades aplicadas, y diferencia entre las órdenes de compra y lo efectivamente pagado, entre otros. En tal sentido, a consideración de **SEGUROC, ESSALUD** aplicó indebidamente los siguientes descuentos:

RECOLAMO DE DESCUENTOS	Reclamo retención F-1289 (22.04.16)	S/ 2,489.91
	Retención judicial Lima (Canje)	S/ 93.04
	Reclamo Piazza Agosto (Doble penalidad)	S/ 395
	Reclamo Almenara (Abr. 17')	S/ 12,150.00
	Diferencia en OC Piura Hosp Ajuste RMV	S/ 17,111.33
	TOTAL	S/ 36,189.28

31. Señala **SEGUROC** que nuestro ordenamiento jurídico no admite el enriquecimiento sin causa, tal como lo establece el artículo 1954 del Código Civil. Asimismo, refiere que el OSCE ha desarrollado a través de sus distintas opiniones, entre ellas la Opinión N° 024-2019/DTN los elementos que deben concurrir para que se configure un enriquecimiento sin causa, las cuales son: (i) que la Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial (como puede ser la nulidad del contrato) y (iv) que las prestaciones hayan sido ejecutadas de buena fe por el proveedor.
32. En ese orden de ideas, **SEGUROC** estima que en el presente caso se configura todos los elementos, pues se trata de (i) un enriquecimiento de la entidad a través de descuentos mal aplicados a costa del empobrecimiento de **SEGUROC**; (ii) La conexión es el descuento en el pago que efectuó **ESSALUD** a partir del pago de la contraprestación por el servicio de seguridad; (iii) no existía causa jurídica, pues se trata de descuentos mal aplicados o sin un derecho de crédito que se encuentre vigente y; (iv) SEGUROC en todo momento cumplió con la ejecución de sus prestaciones en buena fe, como se demuestra en las continuas aceptaciones de servicio y conformidad final.

POSICIÓN DE LA ENTIDAD

33. La **ENTIDAD**, por su parte, precisó que **SEGUROC** ensaya una argumentación tendiente a poner a cobro dicho monto bajo un supuesto "enriquecimiento indebido" toda vez que se ve en la necesidad de hurgar en alguna institución jurídica que pueda soportar su falta de reclamación oportuna al pago, ello ante una manifiesta caducidad de una pretensión por dicho concepto.
34. En ese sentido, enfatizó **ESSALUD** que ante la escueta argumentación de **SEGUROC** (¿cómo se produjo el descuento? ¿cuál fue la razón por la que se practicó? ¿qué manifestó el contratista ante ello? etc.) y la nula probanza de la tercera pretensión principal, **ESSALUD** deja constancia que se encuentra impedido de ejercer de forma idónea su derecho de defensa; asimismo, considerando la inexistencia de pruebas que acrediten lo pretendido por SEGUROC se debe declarar infundada la tercera pretensión principal.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL UNIPERSONAL

35. Como se puede advertir de lo manifestado por las **PARTES** en este arbitraje, la discusión en torno al primer punto controvertido bajo análisis se circumscribe en determinar si corresponde que el **TRIBUNAL UNIPERSONAL** ordene el pago de S/ 36,189.28 (treinta y seis mil ciento ochenta y nueve con 28/100 soles) por concepto de enriquecimiento sin causa, en atención

a los supuestos descuentos indebidos y aplicación duplicada de penalidades materializados a lo largo de la ejecución contractual, referida por **SEGUROC**.

SOBRE EL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

36. Al respecto, el enriquecimiento sin causa es aquella situación en donde un sujeto se enriquece a expensas de otro sin que exista algún motivo que autorice tal desbalance patrimonial, naciendo así la obligación de restituir lo enriquecido¹, por lo que el mencionado escenario es contrario a los principios de la moral, equidad, la justicia y la eficiencia.
37. De ahí que, con acierto, el jurista alemán VON TUHR², sobre el particular, señaló que el enriquecimiento como fuente de obligaciones otorga al empobrecido la acción y el derecho a reclamar la restitución del enriquecimiento.
38. Asimismo, destacados juristas, como por ejemplo LLAMBIAS³, han sostenido que el enriquecimiento sin causa es fuente la obligación de restitución, denominada *rem verso*, que no es otra cosa que aquella acción que la ley confiere a toda persona que ha experimentado (sin justa causa) una disminución patrimonial contra quien se ha beneficiado injustamente por ello.
39. Otro destacado jurista, PLANIOL, precisa que el enriquecimiento sin causa es un enriquecimiento ilícito, porque no tiene causa y no sería permisible que quien se haya enriquecido sin causa, pretenda conservarlo, generando una obligación de devolver el monto del enriquecimiento, en tanto la causa de tal enriquecimiento es un hecho ilícito.
40. Ahora bien, el enriquecimiento sin causa no es ajeno a nuestro escenario jurídico nacional, en tanto que mediante los artículos 1954 y 1955 del Código Civil, dicha institución se encuentra regulada:

Artículo 1954.- Definición

Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo.

Artículo 1955.- Improcedencia de la acción

La acción a que se refiere el artículo 1954⁴ no es procedente cuando la persona que ha sufrido el perjuicio puede ejercitar otra acción para obtener la respectiva indemnización.

¹ LÓPEZ ZALDÍVAR, Halley. *El reconocimiento del enriquecimiento sin causa como efecto de la nulidad del contrato administrativo*. En Revista de Derecho “Ius et Ratio”, p. 109.

² VON TUHR, Andreas. *Tratado de las Obligaciones*. Tomo I, traducido del alemán y concordado por W. Roces. Madrid: Editorial Reus, 1934, p. 299.

³ LLAMBIAS, Jorge. *Tratado de las Obligaciones*. Tomo IV-B. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1964, p. 375.

41. Asimismo, dicha figura jurídica tampoco ha sido ajena a las contrataciones del Estado, pues como bien se precisa en la Opinión N° 083-2012/DTN⁴, para que en el marco de las contrataciones del Estado se verifique un enriquecimiento sin causa es necesario que:

“Así, para que en el marco de las contrataciones del Estado se verifique un enriquecimiento sin causa es necesario que: **(i) la Entidad se haya enriquecido y el proveedor se haya empobrecido; (ii) que exista conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del proveedor, la cual estará dada por el desplazamiento de la prestación patrimonial del proveedor a la Entidad; y (iii) que no exista una causa jurídica para esta transferencia patrimonial**, como puede ser la ausencia de contrato, contrato complementario, o la ejecución de prestaciones adicionales sin mediar respectiva autorización”

[El agregado es nuestro]

42. Por tanto, bajo el orden lógico precisado anteriormente, para este **TRIBUNAL UNIPERSONAL**, para que se configure un enriquecimiento sin causa, en consecuencia, ejercitarse la respectiva acción por el interesado, es necesario que se verifiquen las siguientes condiciones:

- (i) El enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del Contratista;
- (ii) La existencia de un nexo de conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del Contratista; y,
- (iii) La ausencia de causa jurídica para la transferencia de patrimonial.
- (iv) No exista otra acción donde el interesado pueda obtener la respectiva indemnización.

Cabe precisar que, dichas condiciones deben verificarse de manera conjunta, por lo que de no observarse tan solo uno de ellos configurará la imposibilidad de accionar la vía del enriquecimiento sin causa.

43. En ese sentido el **ÁRBITRO ÚNICO** se reserva el derecho de analizar los elementos que constituye la acción de enriquecimiento sin causa, en el orden que considere.

- (i) **Sobre la ausencia de causa jurídica para la transferencia de patrimonial**

44. En este punto, el **TRIBUNAL UNIPERSONAL** evaluará si **ESSALUD** se ha beneficiado a expensas de **SEGUROC**. Pues bien, sobre el desplazamiento patrimonial sin mediar causa justa, DÍEZ-PICAZO⁵ refiere:

“Todo desplazamiento patrimonial, todo enriquecimiento y, en general, toda atribución, para ser lícitos, deben fundarse en aquellas causas o razones de ser que el ordenamiento jurídico considera

⁴ Opinión N° 083-2012/DTN, de fecha 08 de agosto de 2012.

⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*. Vol. I. Op. Cit., pp. 89-90.

como justas. Cuando una atribución patrimonial no está fundada en una justa causa, el beneficiario de la atribución debe restituir al atribuyente el valor del enriquecimiento y, correlativamente, surge una acción o una pretensión, en favor de este último, para obtener o reclamar dicha restitución”

[El agregado es nuestro]

45. **SEGUROC** sostiene que el enriquecimiento sin causa se evidencia en tanto que **ESSALUD** aplicó una serie de descuentos sin sustento o mal aplicados, resumiendo lo dicho en el siguiente cuadro:

RECOLAMO DE DESCUENTOS	Reclamo retención F-1289 (22.04.16)	S/ 2,489.91
	Retención judicial Lima (Canje)	S/ 93.04
	Reclamo Piazza Agosto (Doble penalidad)	S/ 395
	Reclamo Almenara (Abr. 17')	S/ 12,150.00
	Diferencia en OC Piura Hosp Ajuste RMV	S/ 17,111.33
TOTAL		S/ 36,189.28

46. Asimismo, respecto de este primer elemento constitutivo para la acción de enriquecimiento sin causa, mediante escrito de demanda, **SEGUROC** precisó que no existe causa jurídica, pues se trató de descuentos mal aplicados o sin un derecho de crédito que se encuentre vigente.

161. En el presente caso, se configuran todos los elementos, pues se trata de (i) un enriquecimiento de la entidad a través de descuentos mal aplicados a costa del empobrecimiento de **SEGUROC**; (ii) La conexión es el descuento en el pago que efectuó **ESSALUD** a partir del pago de la contraprestación por el servicio de seguridad; (iii) no existía causa jurídica, pues se trata de descuentos mal aplicados o sin un derecho de crédito que se encuentre vigente y; (iv) **SEGUROC** en todo momento cumplió con la ejecución de sus prestaciones en buena fe, como se demuestra en las continuas aceptaciones de servicio y conformidad final.

47. Sobre el particular, el **ÁRBITRO ÚNICO** advierte, de lo actuado en el presente proceso, que el **CONTRATISTA** no ha acreditado que la **ENTIDAD** haya aplicado los supuestos descuentos de manera errada o sin derecho que lo asista.
48. De hecho, mediante su escrito de informes orales, haciendo alusión a la carga dinámica de la prueba, **SEGUROC** precisó que es **ESSALUD** quien se

encuentra en mejor condición de probar que los descuentos que habría efectuado se realizaron debidamente.

18. En efecto, **es ESSALUD quien se encuentra en mejores condiciones de probar que estos descuentos se realizaron debidamente**. Por ello, en aplicación de la carga dinámica de la prueba, corresponde que ESSALUD demuestre que estos descuentos tuvieron un adecuado sustento, de ser el caso. Sin embargo, hasta la fecha, ESSALUD, a pesar de ser el más capacitado para brindar la información en cuestión, ha decidido no pronunciarse y no cuestionar el fondo de lo solicitado por SEGUROC. ESSALUD no ha negado expresamente la existencia de los descuentos a la contraprestación de SEGUROC.

49. No obstante, para la fecha de presentación del escrito de informes orales –03 de noviembre de 2021–, mediante Resolución N° 14 de fecha 25 de octubre de 2021, notificada con fecha 26 de octubre de 2021, este **TRIBUNAL UNIPERSONAL** ordenó el cierre de la etapa probatorio, por lo cual, la invocación a la carga dinámica de la prueba, en una etapa distinta a la de actuación de medios probatorios no resulta atendible.
- (ii) **Sobre el enriquecimiento de ESSALUD y el empobrecimiento de SEGUROC**
(iii) **Sobre la existencia de un nexo de conexión entre el enriquecimiento de la Entidad y el empobrecimiento del Contratista**
(iv) **Sobre la no exista otra acción donde el interesado pueda obtener la respectiva indemnización**
50. Sobre los particulares, como se advirtió, para que se configure la acción de enriquecimiento sin causa, deberán verificarse los elementos que la constituyen de manera conjunta, por lo que de no observarse tan solo uno de ellos configurará la imposibilidad de accionar la vía del enriquecimiento sin causa.
51. En el presente caso, como se ha señalado, **SEGUROC** no ha acreditado que la **ENTIDAD** haya aplicado los supuestos descuentos de manera errada o sin derecho que lo asista, vale decir, que el supuesto desplazamiento patrimonial se haya generado sin causa justa; en consecuencia, carece de objeto analizar los demás elementos de la acción de enriquecimiento sin causa.
52. En ese orden de ideas, no habiéndose configurado los requisitos de la acción de enriquecimiento sin causa, no corresponde amparar la presente pretensión.
53. Por tanto, corresponde que este **TRIBUNAL ARBITRAL** declare **INFUNDADA** la **TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL** contenida en el **PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO**.

II.2. **SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO**

DETERMINAR A QUIÉN Y EN QUÉ PROPORCIÓN DEBE SER ASUMIDO EL COSTO ÍNTEGRO DE LOS GASTOS LEGALES INCURRIDOS, LOS CUALES INCLUYEN SIN LIMITARSE HONORARIOS POR DEFENSA Y PATROCINIO LEGAL Y HONORARIOS ARBITRALES, GASTOS ADMINISTRATIVOS, INTERESES, TRIBUTOS APLICABLES Y CUALQUIER OTRO COSTO INCURRIDO, ASÍ COMO EL PAGO DE LOS INTERESES LEGALES QUE SE LIQUIDEN A ESTE FIN.

COSTOS Y COSTAS DEL PROCESO

54. Corresponde en este punto determinar a quién corresponde asumir y en qué proporción el pago de las costas y costos generados o derivados del presente proceso arbitral.
55. Por lo que después de analizar los argumentos de ambas **PARTES**, así como las pruebas actuadas a lo largo del proceso, el **TRIBUNAL UNIPERSONAL** realiza el estudio respecto del punto controvertido referido a determinar a quién y en qué proporción corresponde el pago de los costos, costas y gastos arbitrales, honorarios incurridos en la defensa y todos los gastos previstos en el artículo 70° de la **LEY DE ARBITRAJE**, Decreto Legislativo N° 1071, que genere el presente proceso arbitral.
56. Sobre el particular, el artículo 70° de la **LEY DE ARBITRAJE**, dispone que el tribunal arbitral se debe pronunciar en el Laudo Arbitral sobre los costos del arbitraje comprendidos en dicho artículo. Asimismo, el artículo 73° del citado cuerpo normativo señala que los árbitros deben tener presente, de ser el caso, a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes, mientras que, a falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida; sin embargo, el tribunal arbitral puede distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.
57. En ese sentido, se advierte que en el presente caso no existe acuerdo entre las **PARTES** sobre la distribución de los costos del arbitraje, por lo que corresponde al **TRIBUNAL UNIPERSONAL** se pronuncie sobre este tema.
58. Así, si bien es cierto el principal factor a tener en cuenta en la atribución y distribución de los costos del arbitraje, lo constituye el alcance de lo decidido en el proceso arbitral, también lo es que el **TRIBUNAL UNIPERSONAL** puede distribuir y prorratear estos costos entre las **PARTES**, si estima que el prorrateo es razonable.
59. Sobre el particular, EZCURRA RIVERO⁶ refiere que:

"Es claro que la Ley manda que los árbitros evalúen la razonabilidad del prorrateo. El principio rector en ese sentido debe ser el principio

⁶ EZCURRA RIVERO, Huáscar. Comentarios al artículo 73° de la Ley de Arbitraje". En: Comentario a la Ley Peruana de Arbitraje. Tomo I, Lima: Instituto Peruano de Arbitraje Comercial y Arbitraje de Inversiones, 2011, p.812.

de razonabilidad. Y si a criterio de los árbitros, dadas las circunstancias del caso, el prorrato es razonable, no nos cabe la menor duda que ellos tienen plenas facultades para apartarse de la regla general (según la cual los cotos siguen el evento y deben ser asumidos por la parte vencida)"

[El agregado es nuestro]

60. Por tanto, en el presente arbitraje, el **TRIBUNAL UNIPERSONAL** estima que las partes han tenido motivos suficientes y atendibles para litigar, en razón a la incertidumbre jurídica que existía entre ellas, que –precisamente– motivó el presente arbitraje, habida cuenta que debían defender sus pretensiones en vía arbitral; en consecuencia, considera que los gastos del presente arbitraje, consistentes específicamente en los honorarios profesionales del Árbitro Único, ascendentes al monto de S/. 17,171.00 (diecisiete mil ciento setenta y uno con 00/100) soles sin incluir IGV y, los gastos se la Secretaría Arbitral, ascendentes a la suma de S/. 10,067.00 (diez mil sesenta y siete con 00/100) soles sin incluir IGV, sean asumidos por cada parte procesal.
61. Ahora bien, este **TRIBUNAL UNIPERSONAL** atendiendo a que el **CONTRATISTA** asumió en subrogación el pago de parte de la **ENTIDAD**, esta deberá reembolsar la suma ascendente a S/ 13,619.00 (trece mil seiscientos con 00/100 soles) sin incluir IGV al **CONTRISTA**, al haber sido este último el que realizó tales desembolsos de manera íntegra al inicio del arbitraje, en calidad de honorarios profesionales.
62. Respecto a los costos en los que cada una de las partes incurrió, para efectos de su defensa a lo largo del presente arbitraje, el **TRIBUNAL ARBITRAL** considera que cada parte, de forma independiente, deberá asumir dichos costos.

III. RESUELVE

El **TRIBUNAL ARBITRAL** deja constancia de que ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado todas las pruebas presentadas por estas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y al principio de la libre valoración de la prueba recogido en el artículo 43 del Decreto Legislativo N° 1071; y que el sentido de su decisión es el resultado de este análisis y de su convicción sobre la controversia, al margen de que algunas de las pruebas presentadas o actuadas y algunos de los argumentos esgrimidos por las **PARTES** no hayan sido expresamente citados en el presente Laudo.

Que, en atención a ello y siendo que el **TRIBUNAL ARBITRAL** no representa los intereses de ninguna de las **PARTES** y ejercen el cargo con estricta imparcialidad y absoluta discreción, así como que en el desempeño de sus funciones ha tenido plena independencia y no ha estado sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones, gozando del secreto profesional; por lo que habiéndose agotado todas las etapas del proceso y no existiendo pretensión por analizar, y estando a los considerandos precedentemente glosados de conformidad con lo dispuesto la Ley de Arbitraje y demás normas

antes invocadas, el **TRIBUNAL UNIPERSONAL**, respecto de las pretensiones, en DERECHO.

LAUDA:

PRIMERO.- DECLARE INFUNDADA la TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL contenida en el **PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO**.

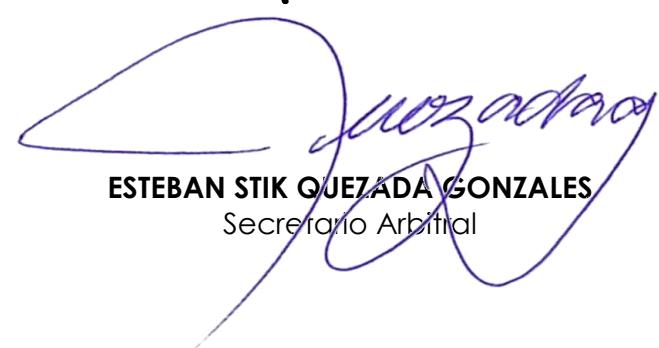
SEGUNDO.- DISPONER que los gastos del presente arbitraje, consistentes específicamente en los honorarios profesionales del **TRIBUNAL UNIPERSONAL**, ascendentes al monto de S/. 17,171.00 (diecisiete mil ciento setenta y uno con 00/100) soles sin incluir IGV y, la **Secretaría Arbitral**, ascendentes a la suma de S/. 10,067.00 (diez mil sesenta y siete con 00/100) soles sin incluir IGV, sean asumidos por ambas **PARTES**; por lo que la **ENTIDAD** deberá reembolsar la suma ascendente a S/ 13,619.00 (trece mil seiscientos con 00/100 soles) sin incluir IGV al **CONTRATISTA**, al haber sido este último el que realizó tales desembolsos de manera íntegra al inicio del arbitraje, en calidad de honorarios profesionales.

Los demás gastos procesales en los que haya incurrido cada parte serán asumidos por cada una de ellas.

El presente laudo es inapelable y tiene carácter imperativo para las partes, en consecuencia, notifíquese para su cumplimiento, con arreglo a la ley que norma el arbitraje el Decreto Legislativo N° 1071, notificándose a las partes que se han sometido al presente arbitraje.



JOSÉ ALBERTO RETAMOZO LINARES
Presidente del Tribunal Arbitral



ESTEBAN STIK QUEZADA GONZALES
Secretario Arbitral