

Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

DEMANDANTE: **MASEDI CONTRATISTAS GENERALES S.A.C. (en adelante, MASEDI o el demandante)**

DEMANDADO: **SEGURO SOCIAL DE SALUD (en adelante ESSALUD, o el demandado)**

MATERIA: Liquidación de Contrato

TIPO DE ARBITRAJE: Ad Hoc de Derecho

ARBITRO UNICO: Rafael Aysanoa Pasco

SECRETARIO ARBITRAL: Antonio Corrales Gonzales
Director de Arbitraje Administrativo

RESOLUCIÓN N° 13

En Lima, a los 24 días del mes de julio del 2013, el Árbitro Único, luego de haber realizado las actuaciones arbitrales de conformidad con la ley y con las normas establecidas por las partes, escuchados los argumentos sometidos a su consideración y deliberado en torno a las pretensiones planteadas en la demanda y contestación de la demanda, dicta el siguiente laudo para poner fin, por decisión de las partes, a la controversia planteada.

Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

VISTOS:

I. EXISTENCIA DE UN CONVENIO ARBITRAL

El día 21 de febrero del 2011, Masedi Contratistas Generales S.A.C. (en adelante, MASEDI) celebró el Contrato N° 001-Adjudicación Directa Pública N° 1007C00601 "Implementación para la Infraestructura del Equipo PET CT del Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins de la Red Asistencial Rebagliati" (en adelante, el Contrato) con el Seguro Social de Salud - Essalud (en adelante, ESSALUD).

En la cláusula Décimo Sexta del CONTRATO, se estipuló que las controversias que surjan durante la ejecución contractual entre MASEDI y ESSALUD serán resueltas mediante conciliación y/o arbitraje.

II. INSTALACIÓN DEL ARBITRAJE

El día 15 de enero del año 2013, se llevó a cabo la audiencia de Instalación de Árbitro Único Ad Hoc, en la cual el Árbitro ratificó su aceptación al cargo y reiteró que no estaba sujeto a incompatibilidad alguna ni a hechos o circunstancias que le obligaran a inhibirse, al no haber mantenido ni mantener relación alguna con las partes, sus representantes y sus respectivos abogados.

Se deja constancia que ninguna de las partes impugnó o reclamó contra el contenido de la referida Acta de Instalación, por el contrario la suscribieron en señal de conformidad.

III. DE LA DEMANDA PRESENTADA POR MASEDI

Mediante escrito ingresado el 29 de enero de 2013 MASEDI formula su demanda arbitral contra ESSALUD, en la que solicita lo siguiente:

Primera Pretensión Principal: Que se declare el consentimiento de la liquidación de obra elaborada por el contratista.



Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

Pretensión Subordinada: Que se declare aprobada la liquidación de obra elaborada por el contratista.

Pretensión Accesoria: Que se ordene pagar a favor de MASEDI CONTRATISTAS GENERALES SAC el monto de la liquidación, que asciende a S/. 363,739.11 nuevos soles, más los intereses legales generados hasta la fecha de cancelación total del saldo.

Tercera Pretensión Principal: Que el Seguro Social de Salud – EsSalud - Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins pague a favor de MASEDI CONTRATISTAS GENERALES SAC., las costas y costos del presente proceso.

3.1 FUNDAMENTOS DE LAS PRETENSIONES DE MASEDI

3.1.1 Primera Pretensión Principal

1. MASEDI señala que ESSALUD convocó al proceso de selección cuyo objeto era la ejecución de la obra “Implementación para la Infraestructura del Equipo PET CT del Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins de la Red Asistencial Rebagliati”.
2. Atendiendo a que se le adjudicó la buena pro, con fecha 21 de febrero del 2011, MASEDI y ESSALUD celebraron el Contrato N° 001-Adjudicación Directa Pública N° 1007C00601.
3. Mediante Resolución de Gerencia General de la Red Asistencial Rebagliati N° 788 GRAR-ESSALUD-2-2011, de fecha 24 de noviembre de 2011, ESSALUD designó al Comité de Recepción de la Obra “Implementación para la Infraestructura del Equipo PET CT del Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins de la Red Asistencial Rebagliati”. En dicha Resolución se consigna que, según lo registrado en el asiento N° 180 del cuaderno de obra de fecha 15 de setiembre del 2011, el residente de la obra manifestó que la obra materia del Contrato se encontraba concluida, solicitando por lo tanto la recepción de la misma. Del mismo modo, se registró que el supervisor de la obra había dejado constancia en el asiento N° 181, de fecha 15 de setiembre del 2011, que el contratista (MASEDI) había culminado con el levantamiento de todas las

Raf

Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

observaciones de campo, por lo que se aprobó la terminación de la obra. En ese sentido, ESSALUD debía proceder a designar al Comité Especial de Recepción de la obra.

4. ESSALUD comunicó a MASEDI, mediante Carta N° 2479-OIHyS-OARAR-GRAR-ESSALUD-2011 de fecha 1 de diciembre del 2011, que el acto de recepción de la obra se efectuaría el 2 de diciembre del 2011, para lo cual requería la presencia de los representantes de las partes.
5. Seguidamente, con fecha 2 de diciembre de 2011, MASEDI y ESSALUD celebraron el Acta de Recepción de obra con observaciones, precisándose, naturalmente, las observaciones que deberían ser subsanadas.
6. Luego, el 14 de diciembre del 2011, las partes celebraron el Acta de Recepción Final de Obra, en la cual se indicó que las observaciones fueron subsanadas y la obra fue recepcionada de acuerdo a las especificaciones técnicas y documentos autorizados.
7. Posteriormente, y en consecuencia de lo anterior, mediante Carta N° MAS 604-2011, MASEDI remitió a ESSALUD la Liquidación Técnica Financiera de la Obra "Implementación para la Infraestructura del Equipo PET CT del Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins de la Red Asistencial Rebagliati". El documento referido anteriormente estaba conformado por la memoria descriptiva, la liquidación financiera de la obra, los metrados ejecutados, los planos de la especialidad de arquitectura y la copia del cuaderno de obra.
8. ESSALUD, mediante Carta N° 234-OIHyS-OARAR-GRAR-ESSALUD-2012 de fecha 3 de febrero del 2012, dentro del plazo de 60 días establecido en el artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, notificó a MASEDI el escrito por el que observaba la liquidación en tres extremos, sin efectuar cuestionamiento alguno sobre la oportunidad de la presentación de la

Raf

Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

misma. Así, hace referencia a tres puntos: 1) que no se ha consignado la fecha real de culminación de la obra, 2) que se ha omitido la penalidad por atraso y 3) que no se ha sustentado oportunamente el pago del interés por la demora en la entrega del expediente técnico. A través de la misma carta, ESSALUD consigna que hace devolución del expediente original de la liquidación de obra para las correcciones necesarias.

9. MASEDI advierte que las tres observaciones formuladas por ESSALUD solo fueron declarativas, esto es, si bien ESSALUD señaló que no se había consignado la fecha real de culminación de la obra, que no se había consignado la penalidad y que no se había sustentado adecuadamente el pago de intereses por la demora en el expediente técnico, las referidas observaciones no determinaron estimación cuantitativa, no establecieron el quantum final de las prestaciones dinerarias pendientes.
10. Al respecto, MASEDI hace referencia al Manual de Contrataciones de Obras Públicas – OSCE, el cual, en congruencia con lo determinado en el artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que una vez presentada la liquidación por el Contratista, la Entidad dentro de los 60 días calendario siguientes deberá pronunciarse, para lo cual señalan dos maneras:
 - a. Observando la Liquidación del Contratista, observaciones que deben ser notificadas al Contratista por escrito (carta u oficio) y con sustentos y/o cálculos detallados.
 - b. Elaborando otra, es decir, la Entidad hace su propia Liquidación Final (de acuerdo con el artículo 42° del Decreto Legislativo N° 1017, la Entidad debe emitir Resolución o Acuerdo fundamentado y notificar al Contratista).

RAP

Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

11. En ese sentido, MASEDI señala que, conforme se advierte de la Carta N° 234-OIHYS-OARAR-GRAR-ESSALUD-2012, ESSALUD optó por manifestar observación por escrito a la liquidación que le fue remitida por éste, sin embargo, no presentó sustento y/o cálculo detallado que permita conocer el cálculo técnico de los extremos observados.

Estando a lo anterior, MASEDI señala que el Manual de Contrataciones de Obras Públicas – OSCE señala que la Entidad (en este caso ESSALUD) no puede devolver físicamente la Liquidación Final presentada argumentando su mala formulación o su formulación incompleta, ya que en ese caso la Entidad se encuentra premunida de las facultades suficientes para formular su propia Liquidación.

En consecuencia, al haber devuelto ESSALUD el expediente original de liquidación de obra sin observarla con sustentos y/o cálculos detallados o elaborados en su propia liquidación –según el entender de MASEDI- debe considerarse que la liquidación primigenia quedó consentida.

12. No obstante lo expuesto, MASEDI sostiene que, actuando de buena fe, consideró necesario acoger las observaciones formuladas por ESSALUD, aun cuando eran declarativas. En consecuencia, con Carta N° MAS-51-2012, notificada a ESSALUD el 20 de febrero del 2012, remitió nuevamente la liquidación, esta vez, considerando la fecha real de culminación de la obra, la penalidad incurrida y habiendo justificado el pago de intereses por la demora en la entrega del expediente técnico, por un monto de S/. 363,739.11, a su favor.

13. En cuanto a la fecha de notificación de la Liquidación que contenía la subsanación de las observaciones formuladas por ESSALUD, MASEDI puntualiza que el día 18 de febrero del 2012, fecha en que concluía el plazo de



Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

15 días calendario previsto en el artículo 211° antes mencionado, que tenía para pronunciarse, era sábado, esto es, un día inhábil.

Al respecto MASEDI señala que debe atenderse al numeral 5) del artículo 183° del Código Civil el cual establece que “El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente”.

En tal sentido, si el último día del plazo con el que contaba MASEDI para pronunciarse sobre las observaciones formuladas por ESSALUD era un día inhábil (sábado), dicho plazo vencía el primer día hábil siguiente, esto es, el lunes 20 de febrero del 2012.

De este modo, MASEDI señala que debe tenerse por remitido a ESSALUD su pronunciamiento acogiendo las observaciones de la propia ESSALUD a la liquidación, dentro del plazo previsto en el cuarto párrafo del artículo 211° del Reglamento acotado.

14. MASEDI argumenta que, habiendo sido notificada ESSALUD con la Carta N° MAS – 51-2012 (que contiene la liquidación que acogía los 3 extremos observados en su oportunidad), ésta no emitió pronunciamiento alguno ni recurrió dentro de los 15 días hábiles siguientes para solicitar la conciliación y/o arbitraje, por lo que en aplicación de lo establecido en el tercer párrafo del artículo 211° del Reglamento¹, la liquidación presentada el 20 de febrero del 2012 ha quedado consentida.

Posteriormente, con Carta N° MAS – 081-2012, notificada a ESSALUD el 27 de marzo del 2012, MASEDI acusa el consentimiento de la liquidación de obra, sin que tampoco haya obtenido respuesta.

¹ **Artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.**

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



Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

3.1.1.1 Pretensión subordinada

Si se desestimara la primera pretensión principal esgrimida por MASEDI por entenderse que la liquidación remitida a ESSALUD no quedó consentida sobre la base de lo expuesto en la Carta N° 234-OIHys-OARAR-GRAR-ESSALUD-2012, MASEDI solicita que el Árbitro Único resuelva que la liquidación notificada el 20 de febrero del 2012, mediante Carta N° MAS – 081-2012, sea aprobada al no haber emitido ESSALUD pronunciamiento en el plazo previsto y, sobre todo, por no haber recurrido ESSALUD dentro de los 15 días hábiles siguientes para solicitar la conciliación y/o arbitraje.

3.1.2 Pretensión accesoria

Declarado el consentimiento o aprobación de la liquidación de obra elaborada por MASEDI, MASEDI solicita que se proceda al pago de S/. 363,739.11, más los intereses legales generados hasta la fecha de cancelación total del saldo.

3.1.3 Tercera pretensión principal

MASEDI señala que corresponde a ESSALUD asumir el pago de la totalidad de los gastos, costos y costas incurridos como consecuencia del presente proceso arbitral.

IV. DE LA CONTESTACIÓN DE DEMANDA DE ESSALUD

Mediante escrito de fecha 25 de febrero del 2013, ingresado en término oportuno, ESSALUD contesta la demanda interpuesta en su contra por MASEDI, en los términos que se exponen a continuación.

4.1. PRONUNCIAMIENTO DE ESSALUD RESPECTO DE LA PRIMERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-



Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

1. ESSALUD señala que, respecto a la liquidación de Contrato, MASEDI no observó las normas de contratación estatal sobre, ello en razón de que no siguió el curso normal del referido procedimiento: la liquidación de contrato de obra fue presentada el 6 de diciembre del 2011 y la recepción de la obra fue realizada el 14 de diciembre del 2011. ESSALUD indica que la presentación de la liquidación de obra debió realizarse después de la fecha de recepción de obra, conforme establece el artículo 211º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado².
2. Luego, mediante Carta N° 234-OIHYS-OARAR-ESSALUD-2012 de fecha 3 de febrero del 2012, la Oficina de Ingeniería Hospitalaria y Servicios de ESSALUD devolvió el expediente de la liquidación de la obra para las correcciones necesarias.
3. Despues del pronunciamiento sobre las observaciones emitido mediante la Carta N° MAS-051-2012 de fecha 20 de febrero del 2012 por MASEDI, el Supervisor de la Infraestructura Física Hospitalaria emitió el Informe N° 55-SIFH-UMI-OIHYS-OARAR-ESSALUD-2012 de fecha 26 de abril del 2012, en el cual se concluye que el saldo que corresponde a favor de MASEDI asciende a una suma dineraria inferior a la establecida por MASEDI.
4. Seguidamente, ESSALUD hace referencia al hecho de que MASEDI pretende que se declare consentida su liquidación de obra bajo el argumento de que no se habría observado el Manual de Contrataciones de Obras Públicas del OSCE y al respecto sostiene que dicho documento no forma parte de la relación contractual entre las partes. En tal sentido, ESSALUD sostiene que la remisión que realiza MASEDI al mencionado Manual carece de relevancia y no resulta aplicable al caso de autos.

² **Artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.- Liquidación del Contrato de Obra**

"El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes". (...)



Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

5. ESSALUD enfatiza que el referido Manual es un instrumento de consulta y que correspondería que el Juzgador lo revise cuando se discuta la validez de una u otra liquidación. En tal sentido, ESSALUD señala que MASEDI ha formulado una pretensión sobre la liquidación de obra de carácter formal, esto es, pretende que se declare consentida su liquidación sin que el Árbitro Único revise cada aspecto de la misma. A criterio de ESSALUD, el Juzgador solo podría aplicar dicho Manual cuando se haya formulado una pretensión sobre el fondo de la controversia, esto es, sobre el fondo de la liquidación de obra lo cual no ha ocurrido en este caso.
6. Luego, ESSALUD afirma que no existe ninguna norma que establezca que la sola devolución del expediente origine el consentimiento de la liquidación, tal como lo entiende MASEDI basándose en que ESSALUD no observó la liquidación con sustento y/o cálculos detallados.

Al respecto, ESSALUD cita los primeros cinco párrafos del artículo 211º del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado:

“Artículo 211.- Liquidación del Contrato de Obra

El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

Si el contratista no presenta la liquidación en el plazo previsto, su elaboración será responsabilidad exclusiva de la Entidad en idéntico plazo, siendo los gastos de cargo del contratista. La Entidad notificará la liquidación al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes.

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



Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido a observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas.

En el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje."

Atendiendo a la norma precedentemente citada, ESSALUD concluye que la misma no establece expresamente lo contenido en el Manual de Contrataciones de Obras Públicas del OSCE, en consecuencia, sostiene que la demanda formulada por MASEDI debe declararse improcedente y/o infundada por cuando el sustento y/o cálculo detallado corresponde a un análisis que debería efectuarse en el caso de que la pretensión de MASEDI estuviese destinada a que el Árbitro Único declare como válida la liquidación primigenia. En tal sentido, ESSALUD recalca que cumplió con formular sus observaciones a la liquidación de obra de MASEDI, por lo tanto, resulta improcedente que dicha liquidación sea declarada consentida.

Además de ello, ESSALUD también concluye que el artículo 211° del Reglamento no establece una consecuencia jurídica en el caso de que una de las partes no acoja las observaciones formuladas por la otra. En tal sentido, ESSALUD indica que la norma solo establece que aquella parte deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto y es recién a partir de ese momento que cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de la controversia a conciliación y/o arbitraje.

Estando a lo expuesto, ESSALUD señala que el hecho de haber sido notificada por MASEDI con la Carta N° MAS-51-2012 sin que haya emitido respuesta, no implica que la liquidación de obra de MASEDI haya quedado consentida.

RSP

Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

4.1.1. PRONUNCIAMIENTO DE ESSALUD RESPECTO DE LA PRETENSIÓN SUBORDINADA A LA PRETENSIÓN PRINCIPAL.

1. ESSALUD sostiene que existe un procedimiento para la liquidación de obra, la cual fue planteada por MASEDI y esta liquidación fue debidamente observada por ESSALUD. Además, sostiene que MASEDI no estuvo de acuerdo con las observaciones formuladas, por lo que procedió a elaborar otra liquidación, la cual fue notificada el 20 de febrero del 2012.
2. En opinión de ESSALUD, el ya citado artículo 211º del Reglamento establece que en el caso de que una de las partes no hubiera acogido las observaciones formuladas por la otra, aquélla debió manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en la norma (15 días). En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje.
3. ESSALUD afirma que no existe consecuencia negativa por el hecho de que no haya dado respuesta a la Carta N° MAS-51-2012 notificada el 20 de febrero del 2012.

4.2. PRONUNCIAMIENTO DE ESSALUD RESPECTO DE LA PRETENSIÓN ACCESORIA.-

ESSALUD rechaza los términos de esta pretensión dineraria, en vista de que la liquidación de obra de MASEDI no ha quedado consentida y además no existe asidero legal para concluir que la liquidación del 20 de febrero del 2012 deba aprobarse.

4.3. PRONUNCIAMIENTO DE ESSALUD RESPECTO DE LA TERCERA PRETENSIÓN PRINCIPAL.-



Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

ESSALUD señala que las costas y costos del presente proceso arbitral deben ser de cargo de MASEDI.

V. DEL PROCESO ARBITRAL

5.1. DETERMINACIÓN DE LOS PUNTOS CONTROVERTIDOS

Con fecha 30 de abril del 2013 se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos, con la participación del Árbitro Único, doctor Rafael Aysanoa Pasco y con la asistencia de ESSALUD representado por el señor Christian Virú Rodríguez, e inasistencia de MASEDI a pesar de haber sido debidamente notificada conforme se acredita en autos.

Ante la inasistencia de una de las partes no fue posible realizar una invitación a conciliar. En ese sentido se procedió a fijar los puntos controvertidos como se detallan a continuación:

1. Determinar si corresponde, declarar el consentimiento de la liquidación de obra "Implementación de Infraestructura del Equipo PET-CT- del Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins", elaborada por el Contratista y, en caso de ser fundada, declarar la aprobación de la misma.
2. En caso se declare fundado el punto anterior, determinar si corresponde o no ordenar a la Entidad, pagar el monto de la liquidación ascendente a la suma de S/. 363,739.11 (Trescientos sesenta y tres mil setecientos treinta y nueve con 11/100 Nuevos Soles), más los intereses legales generados hasta la fecha de la cancelación total del saldo.
3. Determinar a quién y en qué proporción corresponde asumir las costas y costos del presente proceso arbitral.



Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

El Árbitro Único se reservó en dicha oportunidad el derecho de pronunciarse respecto a la materia controvertida, no necesariamente en el orden en el que fueron señalados los puntos controvertidos en la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos celebrada el 30 de abril del 2013. Asimismo, dejó sentado que podrá omitir, con expresión de razones, el pronunciamiento sobre algún punto controvertido si ello careciera de objeto en razón del pronunciamiento sobre otro u otros puntos controvertidos con los que el omitido guarde vinculación.

5.2. ADMISIÓN Y ACTUACIÓN DE MEDIOS PROBATORIOS

Acto seguido, el Árbitro Único procedió a admitir los siguientes medios probatorios ofrecidos por las partes:

- **De la Demanda**

De parte de MASEDI: los documentos ofrecidos en el acápite VI Medios Probatorios de su escrito de demanda identificados del numeral 1 al 7.

- **De la Contestación a la demanda:**

De parte de ESSALUD: los documentos ofrecidos en el acápite VII Medios Probatorios de su escrito de contestación de demanda, identificados del numeral 1 al 5.

5.3. ALEGATOS E INFORMES ORALES DE LAS PARTES

En la Audiencia de Conciliación y Fijación de Puntos Controvertidos se otorgó a las partes un plazo de cinco (5) días hábiles para que presenten sus alegatos escritos.

Por Resolución N° 8 de fecha 16 de mayo del 2013 se citó a las partes a la audiencia de informes orales, señalándose el día 29 de mayo del 2013 como fecha para la realización de los informes orales.

RAP

Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

El día 29 de mayo del 2013 se llevó a cabo la Audiencia de Informes Orales con la asistencia de los representantes de ambas partes, realizándose en los términos del acta que al efecto se levantó.

En consecuencia, se procede a dictar el laudo arbitral dentro del plazo establecido mediante Resolución N° 10 de fecha 7 de junio de 2013 y su ampliación mediante Resolución N° 12 de fecha 15 de julio del 2013.

5.4. CONSIDERANDOS:

Que, de acuerdo a lo establecido en el Acta de Instalación de fecha 15 de enero del 2013, en el presente caso la cuestión sometida a arbitraje y que debe resolverse mediante el presente laudo, está determinada en los puntos controvertidos fijados por el Árbitro Único en base a las pretensiones promovidas por MASEDI y ESSALUD, y aceptadas por las partes a lo largo del proceso.

Que, conviene asimismo destacar que tal cual consta en el Acta de la Audiencia de Conciliación y Determinación de Puntos Controvertidos del 30 de abril del 2013, el Árbitro Único se reservó el derecho de analizar los puntos controvertidos en el orden que considere más conveniente. Asimismo, señaló que si al momento de referirse a alguno de los puntos controvertidos llega a determinarse que carece de objeto pronunciarse sobre otros con los que guarde vinculación, podrá omitir referirse a estos otros, expresando las razones de dicha omisión.

Antes de entrar a analizar las materias controvertidas, corresponde confirmar lo siguiente:

- Que este Tribunal Arbitral Unipersonal se ha constituido de conformidad con el convenio arbitral celebrado entre las partes y las normas a las que las partes se sometieron de manera incondicional.



Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

- Que en ningún momento se ha recusado al Árbitro Único o se ha impugnado o reclamado contra las disposiciones de procedimiento dispuestas en el Acta de Instalación.
- Que MASEDI presentó su demanda dentro de los plazos dispuestos y ejerció plenamente su derecho de defensa durante el presente arbitraje.
- Que ESSALUD fue debidamente notificada con la demanda, la contestó y ejercitó plenamente su derecho de defensa.
- Que, las partes han tenido plena oportunidad para ofrecer las pruebas que estimaron pertinentes para sustentar sus respectivas posiciones.
- Que, las partes han tenido la oportunidad de presentar alegatos e, inclusive, de informar oralmente.
- Que el Árbitro Único ha laudado dentro de los plazos dispuestos en el presente arbitraje.

Asimismo, el Árbitro Único previo al análisis de cada uno de los puntos controvertidos quiere dejar en claro los mecanismos de interpretación que serán utilizados en dicha labor.

MECANISMOS QUE SERÁN UTILIZADOS POR EL ÁRBITRO ÚNICO PARA INTERPRETAR EL CONTRATO MATERIA DEL ARBITRAJE

¿EN QUE CONSISTE LA INTERPRETACIÓN?

La interpretación es la acción y el efecto de interpretar, de explicar o de declarar el sentido de una cosa, principalmente el de un contrato dudoso, ambiguo o contradictorio. De esta manera, el problema de la interpretación surge como una necesidad perentoria ante la oscuridad o la ambigüedad de una norma o de un acto



Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

jurídico que suscita, en quien se enfrenta a la norma o al acto, dudas en relación a su contenido.

El punto de partida en el presente arbitraje se ubica, por tanto, en el análisis de todas y cada una de las prestaciones establecidas en el Contrato, concluyendo con su liquidación.

Así mismo se analizarán los antecedentes con el objeto de encontrar el sentido de la voluntad de las partes al momento de celebrar el Contrato; voluntad que debemos encontrar en el contenido de las propias cláusulas con total prescindencia de la denominación que las partes le dieron a dichas cláusulas en el Contrato, porque este Árbitro Único considera que los contratos son lo que son jurídicamente hablando, con total independencia de la denominación que las partes pudieran haberle atribuido al mismo o a sus cláusulas.

Adicionalmente, se tendrá en consideración que:

*"La interpretación debe orientarse a determinar el significado más correcto del negocio, en consideración a su función y a su eficacia como acto de autorregulación de los intereses particulares. Así las cosas, es obvio que la interpretación debe guiarse directamente al contenido del acto dispositivo que debe ser destacado en su significación completa, dentro de una valoración amplia, pero también equilibrada de los puntos de vista e intereses opuestos."*³

PRINCIPIOS INTERPRETATIVOS A SER APLICADOS POR EL ÁRBITRO ÚNICO

En la tarea interpretativa, el Árbitro Único tendrá presente los siguientes principios interpretativos:

³ SCOGNAMIGLIO, Renato. **Teoría General del Contrato**. Traducción de HINESTROZA, Fernando. Universidad Externado de Colombia. Medellín. 1983. Pág. 236.



Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

- **De conservación del contrato**, por el cual cuando una cláusula del contrato es susceptible de interpretarse en dos sentidos deberá entenderse en aquél que puede producir algún efecto y no en el que no genere ninguno.

La interpretación, como señala Díez Picazo:

"(...) debe dirigirse a que el contrato o cláusula discutida sea eficaz. Entre una significación que conduce a privar al contrato o a la cláusula de efectos y otra que le permite producirlos, debe optarse por esta última"⁴.

- **De la búsqueda de la voluntad real de las partes**, que es la posición asumida por el Código Civil Peruano cuando se presenta alguna discrepancia entre lo declarado por las partes y lo querido por ellas. En efecto, en el último párrafo del artículo 1361º del Código Civil se establece la presunción *"iuris tantum"* que "la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla". Esto quiere decir que el análisis de todos y cada uno de los documentos del Contrato deberá hacerse de manera integral y completa teniendo en cuenta la "voluntad común", a la que en la Exposición de Motivos del Código Civil se la define como:

"(...) los fines idénticos buscados por los contratantes y que se expresan en la declaración que formulan al celebrar el contrato. No se trata, por consiguiente, del objetivo que busca cada contratante por sí mismo; y hay que presumir que lo que aparece en la relación contractual responde a esa intención, considerada de un modo integral y referida al contrato como un todo"⁵.

- **De la Buena fe**, que no es otra cosa que la aplicación de las ideas de confianza y auto responsabilidad en la interpretación. Así tenemos que:

⁴ DIEZ-PICAZO, Luis. **Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial**. Volumen I. Editorial Civitas. Madrid, 1993. Pág. 396.

⁵ Código Civil. **Exposición de Motivos y Comentarios**. Tomo VI. Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil. Compiladora Delia Revoredo de Debakey. Lima. 1985. Pág. 25.

Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

"(...) si una de las partes, con su expresión o su declaración, suscitó en la otra una confianza en el sentido objetivamente atribuible a dicha declaración, esta parte no puede impugnar este sentido y pretender que el contrato tiene otro diverso"⁶.

Es por esta razón, que los supuestos en que corresponde integrar –por vía del principio de la buena fe- el estatuto regulador de una determinada relación son, como expresa Ferreira Rubio:

"(...) dos: la falta de regulación de una hipótesis dada y la necesidad de corregir una regulación contraria a la buena fe."⁷

MEDIOS DE INTERPRETACIÓN QUE UTILIZARÁ EL ÁRBITRO ÚNICO PARA ENCONTRAR EL VERDADERO SENTIDO DE LO CONVENIDO POR LAS PARTES EN EL CONTRATO

Será necesario utilizar de manera conjunta distintos mecanismos de interpretación. Por ello, el Árbitro Único realizará tanto una interpretación sistemática, como una interpretación integradora y una interpretación histórica del Contrato.

- Interpretación Sistemática

La interpretación sistemática es una consecuencia de la unidad lógica del contrato, de tal modo que éste debe interpretarse en función del conjunto.

Nuestro ordenamiento jurídico acoge este mecanismo de interpretación en el artículo 169º del Código Civil, en el que se establece que:

"Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas".

En la Exposición de Motivos del Código Civil se explica que:

⁶ DIEZ-PICAZO, Luis. Op. Cit. Volumen I. Pág. 398.

⁷ FERREIRA RUBIO, D. Matilde. **La buena fe**. Editorial Montecorvo S.A. Madrid. 1984. Pág. 200.

Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

*"Se ha optado por un criterio de interpretación interdependiente o sistemático que no permite una interpretación aislada y excluye la posibilidad de que puedan alegarse pactos contradictorios, pues cada cláusula debe quedar enmarcada dentro del conjunto del acto jurídico y, por ello, para encontrar el sentido de cada cláusula es imprescindible encontrar el sentido de las demás."*⁸

- **Interpretación Integradora**

En la interpretación integradora no se atribuye a los contratantes una intención común mayor que la que ellos han tenido al momento de contratar, sino que se le agrega lo que por voluntad extraña (la del ordenamiento jurídico), de todas maneras debe incluirse.

Así tenemos que a las normas contractuales propiamente dichas del Contrato, es decir, a las que de suyo le corresponden y en donde se ubican todas y cada una de las prestaciones establecidas en el Contrato, deberán sumársele las normas dispositivas que supletoriamente integran el contenido contractual, así como las normas imperativas.

La interpretación integradora del Contrato preserva, por tanto, la coherencia de éste con el ordenamiento jurídico.

- **Interpretación Histórica**

En este caso serán valorados, principalmente, los antecedentes que permitirán explicar lo que el Contrato significa para las partes y las circunstancias posteriores a la negociación entre las que se encuentra la conducta seguida por las partes.

Se trata de realizar un estudio de todo el "iter contractual", empezando por el Proceso de Selección, atravesando por la celebración del Contrato y continuando

⁸ Código Civil. **Exposición de Motivos y Comentarios.** Tomo VI. Op. Cit. Págs. 297 y 298.

Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

con la ejecución de las prestaciones hasta la liquidación de la obra, a la luz del principio de la buena fe, según lo dispuesto por el artículo 1362º del Código Civil.

Como explica Díez-Picazo, es de una gran relevancia:

"(...) la conducta o comportamiento de las partes en la preparación de las prestaciones contractuales y en la espontánea ejecución de las mismas (sobre todo cuando todavía no existían temas controvertidos) por ser un signo indubitable de la forma como en ese momento entendían el contrato que las ligaba"⁹.

Es este comportamiento (esto es, el de las partes antes de que entre ellas surgieran discrepancias) el que será evaluado por el Árbitro Único al momento de analizar y pronunciarse sobre cada uno de los puntos controvertidos.

Utilizando, por tanto, todos los mecanismos de interpretación anteriormente señalados, el Árbitro Único procederá a integrar lo pactado en el Contrato con las normas dispositivas e imperativas pertinentes, con el objeto de dilucidar el contenido exacto de la relación obligatoria creada por las partes.

A continuación, el Árbitro Único procederá a analizar los puntos controvertidos fijados en la audiencia del 30 de abril del 2013.

1. Como cuestión previa, puede apreciarse que desde un inicio el procedimiento de la liquidación del Contrato no fue tramitado por MASEDI conforme a las normas contenidas en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. Lo anterior en razón de que no se siguió el curso normal del mencionado procedimiento tal como sostiene ESSALUD. La liquidación del Contrato fue presentada el 6 de diciembre de 2011 y la recepción de la obra fue realizada el 14 de diciembre de 2011, siendo imperativo que la presentación de la liquidación de obra deba realizarse después de la fecha de recepción de obra¹⁰. Queda claro que ESSALUD

⁹ **DIEZ-PICAZO**, Luis. Op. Cit. Volumen I. Pág. 401.

¹⁰ **Artículo 211 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.- Liquidación del Contrato de Obra**

"El contratista presentará la liquidación debidamente sustentada con la documentación y cálculos detallados, dentro de un plazo de sesenta (60) días o el equivalente a un décimo (1/10) del plazo vigente de ejecución de la obra, el que resulte

Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

procuró superar y subsanar el accionar de MASEDI y viabilizar el referido procedimiento, por lo que evaluó la liquidación de obra presentada por MASEDI y, a través del Informe N° 13-SIFH-UMI-OIHYS-OARAR-ESSALUD-2012, formuló las respectivas observaciones.

2. Ante ello, mediante Carta N° 234-OIHYS-OARAR-ESSALUD-2012 de fecha 3 de febrero del 2012, la Oficina de Ingeniería Hospitalaria y Servicios de ESSALUD devolvió a MASEDI el expediente de la liquidación de la obra para las correcciones necesarias, poniendo en conocimiento de MASEDI que observaba la liquidación en los siguientes tres extremos:
 - a) No se había consignado la fecha real de culminación de la obra.
 - b) Se había omitido la penalidad por atraso.
 - c) No se había sustentado oportunamente el pago del interés por la demora en la entrega del expediente técnico.
3. Las observaciones anteriormente referidas dieron origen a uno de los argumentos de MASEDI: la aplicación al presente caso del denominado Manual de Contrataciones de Obras Públicas de OSCE. Es cierto que este Manual, en congruencia con lo determinado en el artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, establece que una vez presentada la liquidación por parte de un contratista, la Entidad dentro de los 60 días calendario siguientes deberá pronunciarse al respecto, para lo cual señala dos maneras:
 - a) Observando la Liquidación del Contratista, observaciones que deben ser notificadas al Contratista por escrito (carta u oficio) y con sustentos y/o cálculos detallados.

mayor, contado desde el día siguiente de la recepción de la obra. Dentro del plazo máximo de sesenta (60) días de recibida, la Entidad deberá pronunciarse, ya sea observando la liquidación presentada por el contratista o, de considerarlo pertinente, elaborando otra, y notificará al contratista para que éste se pronuncie dentro de los quince (15) días siguientes". (...)

RAP

Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

b) Elaborando otra, es decir, la Entidad debe realizar su propia Liquidación Final (de acuerdo con el artículo 42º del Decreto Legislativo N° 1017, la Entidad debe emitir Resolución o Acuerdo fundamentado y notificar al Contratista).

En este caso, es evidente que, conforme se advierte de la Carta N° 234-OIHYS-OARAR-ESSALUD-2012 de fecha 3 de febrero del 2012, ESSALUD optó por manifestar sus observaciones por escrito a la liquidación que le fue remitida por MASEDI, sin embargo -y este es un punto neurálgico a criterio de MASEDI y del Árbitro Único- no esgrimió sustento y/o cálculo detallado que permita conocer el cálculo técnico de los extremos observados, bajo las condiciones normativas y contractuales aplicables al Contrato.

El referido Manual de Contrataciones de Obras Públicas del OSCE deja en claro que ESSALUD no podía ni debía devolver físicamente la Liquidación Final presentada por MASEDI bajo el argumento de su mala formulación, o de su formulación incompleta, etc. Ante este supuesto, ESSALUD debió haber formulado su propia Liquidación.

En consecuencia, y siempre ciñéndose al referido Manual, MASEDI concluye que, en el presente caso, al haber ESSALUD devuelto el expediente original de liquidación de obra, y no habiendo observado la liquidación de MASEDI con sustentos y/o cálculos detallados o elaborando su propia liquidación, debe considerarse que la liquidación primigenia quedó consentida.

4. No obstante, el Árbitro Único considera que todo lo argumentado precedentemente por parte de MASEDI queda desvirtuado si se atiende a que el citado Manual de Contrataciones de Obras Públicas del OSCE no está incluido entre las disposiciones que norman la relación contractual entre ESSALUD y la propia MASEDI. Ello en razón de lo establecido en la cláusula Segunda del Contrato N° 001-Adjudicación Directa Pública N° 1007C00601, "Implementación para la

RAS

Antenor Rafael Aysanoa Pasco

Árbitro Único

Infraestructura del Equipo PET CT del Hospital Nacional Edgardo Rebagliati Martins de la Red Asistencial Rebagliati", que puntualmente establece lo siguiente:

"CLÁUSULA SEGUNDA: MARCO LEGAL DEL CONTRATO

En los aspectos y cuestiones que no estén expresamente contemplados en el presente contrato regirán las disposiciones de la Ley de Contrataciones del Estado, aprobada por Decreto Legislativo N° 1017, de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y sus modificatorias y el Código Civil vigente".

Como puede apreciarse, de la citada Cláusula Segunda del Contrato en ningún momento se desprende que el referido Manual rija las relaciones establecidas en virtud del contrato entre MASEDI y ESSALUD, esto es, no forma parte de la relación contractual.

En tal sentido, el Árbitro Único considera que la referencia al mencionado Manual hecha por MASEDI carece de relevancia pues el mismo no se encuentra incorporado al Marco Legal del Contrato. Así, tenemos que el Manual de Contrataciones de Obras Públicas del OSCE es un instrumento de consulta y corresponde que el Árbitro lo revise cuando se discuta la validez de una u otra liquidación, el cual no es el caso. Por lo tanto, tomando en consideración que MASEDI ha formulado una pretensión sobre la liquidación de obra de carácter formal, esto es, que se declare consentida su liquidación sin que el Árbitro Único revise cada aspecto de su liquidación, la misma no puede ni debe ser atendida.

5. De esta manera, el hecho de que MASEDI, a pesar de sus referidos argumentos, decidiera acoger las observaciones formuladas por ESSALUD "*aun cuando eran declarativas*", no se sustenta únicamente en la buena fe como expresa en su demanda, sino en la conducta que le corresponde conforme al artículo 211° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, sin necesidad de remitirse al Manual de Contrataciones de Obras Públicas del OSCE. Así, con Carta N° MAS-51-2012, notificada a ESSALUD el 20 de febrero del 2012, MASEDI remitió nuevamente la liquidación, esta vez, considerando la fecha real de culminación de

RAS

Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

la obra, la penalidad incurrida y justificando el pago de intereses por la demora en la entrega del expediente técnico, por un monto de S/. 363,739.11, a favor de éste.

En atención a la liquidación presentada por MASEDI el 20 de febrero del 2012, el Supervisor de la Infraestructura Física Hospitalaria de ESSALUD emitió el Informe N° 55-SIFH-UMI-OIHYS-OARAR-ESSALUD-2012 de fecha 26 de abril del 2012, en el cual se concluye que el saldo que corresponde a favor de MASEDI ascendía a una suma dineraria por debajo de la cifra establecida por MASEDI.

6. De lo expuesto en el punto anterior se derivan –a criterio del juzgador- una serie de hechos controversiales:

Primero: La fecha de notificación de la Liquidación que contenía la subsanación de las observaciones formuladas por ESSALUD y supuestamente acogidas por

MASEDI. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el día 18 de febrero del 2012, fecha en que concluía el plazo que tenía MASEDI de 15 días calendario previsto en el artículo 211° del Reglamento para pronunciarse cayó sábado, día inhábil. Al respecto, es correcto lo alegado por MASEDI en el sentido que lo que correspondía era remitirse al numeral 5) del artículo 183° del Código Civil, el cual establece que *“El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente”*. En tal sentido, si el último día del plazo con el que contaba MASEDI para pronunciarse sobre las observaciones formuladas por ESSALUD, era un día inhábil (sábado), dicho plazo vencía el primer día hábil siguiente, vale decir, el lunes 20 de febrero del 2012.

Segundo: MASEDI sostiene que, notificada ESSALUD con la Carta N° MAS-51-2012, que contiene su liquidación que acogía supuestamente los 3 extremos observados en su oportunidad, ESSALUD no emitió pronunciamiento alguno y tampoco recurrió dentro de los 15 días hábiles siguientes para solicitar la conciliación y/o arbitraje. Ergo, al no haber sido observada o controvertida la

RAO

Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

liquidación presentada el 20 de febrero del 2012, ésta habría quedado consentida, en aplicación de lo establecido en el tercer párrafo del artículo 211° del Reglamento.

De lo mencionado en el párrafo anterior se aprecia que MASEDI considera que, al haber devuelto ESSALUD el expediente original de liquidación de obra y no habiéndose observado ésta liquidación con sustento y/o cálculos detallados, el Árbitro Único debería declarar consentida la liquidación primigenia. No obstante, ello carece de sustento pues no existe ninguna norma que establezca que la devolución del expediente origine el consentimiento de la liquidación. El artículo 211° establece lo siguiente al respecto en sus párrafos cuarto y quinto:

"Cuando una de las partes observe la liquidación presentada por la otra, ésta deberá pronunciarse dentro de los quince (15) días de haber recibido la observación; de no hacerlo, se tendrá por aprobada la liquidación con las observaciones formuladas.

En el caso de que una de las partes no acoga las observaciones formuladas por la otra, aquélla deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en el párrafo anterior. En tal supuesto, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, cualquiera de las partes deberá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje".

Como puede advertirse, el artículo 211° del Reglamento no establece ningún efecto jurídico inmediato en caso una de las partes no acoga las observaciones formuladas por la otra. En tal sentido, en dicha norma solo se establece que aquella deberá manifestarlo por escrito dentro del plazo previsto en la norma, por lo tanto, a partir de este momento, cualquiera de las partes podrá solicitar el sometimiento de esta controversia a conciliación y/o arbitraje. En consecuencia, para el Árbitro Único, el hecho de que MASEDI haya remitido a ESSALUD la Carta N° MAS-51-2012 sin que se haya tenido respuesta, no implica que la liquidación de obra de MASEDI haya quedado consentida. Por el contrario, se considera que el citado artículo solo ha regulado cuál sería el momento en el que, ante la existencia de una discrepancia sobre la liquidación de obra, las partes puedan recurrir a los mecanismos de solución de controversias.



Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

Tercero: Al margen de lo anterior, es importante mencionar que la Liquidación presentada por MASEDI el 20 de febrero de 2012 acoge parcialmente las observaciones realizadas por ESSALUD a la Liquidación primigenia. En efecto:

- Mientras que MASEDI, en su Carta N° MAS-51-2012, a través de la cual remite nuevamente la liquidación, determina un monto de S/. 363,739.11 (Trescientos sesenta y tres mil setecientos treinta y nueve con 11/100 Nuevos Soles) a su favor; ESSALUD, mediante el Informe N° 55-SIFH-UMI-OIHYS-OARAR-ESSALUD-2012, también determina un saldo a favor de MASEDI, pero por un monto mucho menor, ascendente a S/.216,369.21 (Doscientos dieciséis mil trescientos sesenta y nueve con 21/100 Nuevos Soles).
- Luego, en cuanto al cálculo de la penalidad por mora, vemos cómo en el anexo N° 2, "Liquidación de Obra", de la Carta N° MAS-51-2012, éste ha sido realizado de forma errónea. Lo anterior en razón de que la penalidad correspondiente a cada día de retraso asciende a S/. 11,789.59 (Once mil setecientos ochenta y nueve con 59/100 Nuevos Soles). En el presente caso, el número contabilizado de días de retraso era de 34, por tanto la penalidad resultaría de multiplicar esos 34 días por S/.11,789.59 (total S/. 400,846.06). No obstante, MASEDI determina como penalidad solo la suma de S/. 11,789.59 sin multiplicarla por los días correspondientes. Para estos efectos, es importante señalar que el tope de la penalidad por mora se encuentra constituido por el 10% del monto contractual, esto es, por la suma de S/. 159,159.49. Atendiendo a que el verdadero y correcto monto de la penalidad (S/. 400,846.06) excedía el tope establecido (S/.159,159.49), tenemos que la penalidad debe limitarse a esa suma máxima, es decir, a S/.159,159.49.
- Todo lo anterior se reduce a la siguiente fórmula para el cálculo de la penalidad por día:
Penalidad =
$$\frac{0.10 \times MC}{F \times Plazo \text{ (días)}}$$

$$\leq 0.10 \times MC$$

Rafael Aysanoa Pasco

Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

Donde MC es igual al monto contractual (S/.1,591,594.91), "F" es igual a 0.15 y el plazo de ejecución es igual a 90 días.

Por lo tanto, desarrollando dicha fórmula se tendría como resultado de la penalidad por día la suma de S/.11,789.59. Como ya se mencionó la referida suma debe ser multiplicada por el tiempo de retraso (34 días), lo cual arrojaría un resultado preliminar de S/.400,846.06. Sin embargo, dado que se establece el límite máximo del 10% (0.10) del monto contractual, esto es, S/.159,159.49., el monto total de la penalidad debería limitarse a este importe.

Ante la notoria diferencia existente entre los montos de S/.11,789.59 y S/.159,159.49, el Árbitro Único considera que no es posible argüir que MASEDI "acogió" las observaciones realizadas por ESSALUD.

7. Estando a lo expuesto, corresponde declarar aprobada en parte la liquidación presentada por MASEDI, realizando el descuento del valor real de la penalidad que debe ser considerada en la liquidación. En ese sentido corresponde descontar la suma de S/. 159,159.49 al monto liquidado por MASEDI ascendente a S/. 363,739.11, lo cual arroja un saldo final de S/. 204,579.62.

VI. COSTAS Y COSTOS DEL ARBITRAJE

El convenio arbitral contenido en la cláusula Décimo Sexta del Contrato no contiene un pacto sobre las costas y costos del procedimiento arbitral.

Que, en lo que respecta a las costas y costos del proceso arbitral, el inciso 2 del artículo 56º del Decreto Legislativo N° 1071 (Ley de Arbitraje), dispone que el Tribunal Arbitral, o en su caso el Árbitro Único, se pronunciará en el Laudo sobre la distribución de los costos del arbitraje, según lo previsto en el artículo 73º del referido cuerpo legal.

Que, de igual manera, el artículo 70º del mencionado Decreto Legislativo precisa lo siguiente:



Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

"Artículo 70º.- Costos

El Tribunal Arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a) *Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.*
- b) *Los honorarios y gastos del secretario.*
- c) *Los gastos administrativos del la institución arbitral.*
- d) *Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.*
- e) *Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.*
- f) *Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales."*

Que, por su parte, el inciso 1 del artículo 73º del mismo cuerpo de leyes, señala lo siguiente:

"Artículo 73º.- Asunción o distribución de costos

El Tribunal Arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso".

Atendiendo a que no existe pacto de las partes sobre las costas y costos y considerando que, a criterio del Árbitro Único, ambas partes tenían motivos suficientes y atendibles para litigar, corresponde disponer que cada una de las partes asuma los costos y costas en los que hubiera incurrido como consecuencia del presente proceso, como son los honorarios del Árbitro Único, los gastos administrativos y los que corresponden a sus respectivas defensas legales, dejándose expresa constancia que MASEDI asumió el pago de los honorarios y gastos arbitrales que le correspondían a ESSALUD.

VI. PARTE RESOLUTIVA.

RAD

Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

Que, el Árbitro Único deja constancia que para la expedición de este laudo ha analizado todos los argumentos de defensa expuestos por las partes y examinado las pruebas presentadas por éstas, de acuerdo a las reglas de la sana crítica y al principio de libre valoración de la prueba, y que el sentido de su decisión es el resultado de ese 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, habiendo tenido también presente durante la tramitación de todo este proceso arbitral y en la expedición de este laudo, los principios del derecho a un debido proceso que orientan y ordenan todo arbitraje.

Por las razones expuestas, de acuerdo con lo establecido en la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF y por el Reglamento del Sistema Nacional de Arbitraje aprobado por Resolución N° 016-2004-CONSUCODE-PRE y en forma supletoria, el Decreto Legislativo N° 1071, Decreto Legislativo que norma el Arbitraje, el Árbitro Único en Derecho;

LAUDA:

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA la primera pretensión principal interpuesta por Masedi Contratistas Generales S.A.C.

SEGUNDO: DECLARAR FUNDADA EN PARTE la pretensión subordinada a la primera pretensión principal contendida en el escrito de demanda de Masedi Contratistas Generales S.A.C.; y en consecuencia, téngase por aprobada en parte la liquidación presentada por la demandante.

TERCERO: Estando a lo anterior, **DECLARAR FUNDADA EN PARTE** la pretensión accesoria interpuesta por Masedi Contratistas Generales S.A.C. y en consecuencia, **ORDÉNESE** al Seguro Social de Salud – ESSALUD el pago a favor de la demandante del importe de S/. 204,579.62 (Doscientos cuatro mil quinientos setenta y nueve con 62/100



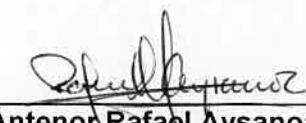
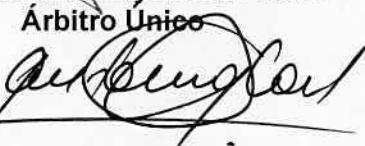
Proceso Arbitral seguido por Masedi Contratistas Generales S.A.C.
y el Seguro Social de Salud - Expediente N° A009-2013

Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

Nuevos Soles) más los intereses legales correspondientes generados hasta la fecha de pago.

CUARTO: ORDENAR que cada parte asuma las costas y costos del presente proceso en partes iguales, dejándose expresa constancia que Masedi Contratistas Generales S.A.C. asumió el pago de los honorarios y gastos arbitrales que le correspondían al Seguro Social de Salud.

Notifíquese a las partes.


Antenor Rafael Aysanoa Pasco
Árbitro Único

Antonio Corrales Gonzales
Director de Arbitraje Administrativo