

*OL
uno*

Tribunal Arbitral
Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

PROCESO ARBITRAL AD HOC:
DENTI-LAB DEL PERU SRL - ESSALUD
Contrato Nº 4600029328
CUADERNO PRINCIPAL

LAUDO ARBITRAL DE DERECHO

I. LUGAR Y FECHA

Lima 15 de junio de 2012

II. NOMBRES DE LAS PARTES

Demandante: **DENTI-LAB DEL PERU S.R.L.**

Demandado: **Seguro Social de Salud – EsSalud**

III. TRIBUNAL ARBITRAL

DAVID LEVY MARTINEZ
Presidente del Tribunal Arbitral

ALVARO GONZALES PELAEZ
Arbitro

JAIME CARREÑO QUISPE
Arbitro

MARTIN GOMEZ AGUILAR
Secretario Arbitral

IV. CUESTION SOMETIDA A ARBITRAJE

Los puntos controvertidos fijados por el Tribunal Arbitral son los siguientes:

02
dos

Tribunal Arbitral
Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

DE LA PARTE DEMANDANTE

1. Determinar si existió un ejercicio abusivo de derecho por parte de ESSALUD en perjuicio de Denti-Lab del Perú SRLtda con ocasión de la ejecución del Contrato N° 4600029328 derivado de la Licitación Pública N° 07-2007- ESSALUD/GCL según relación de Ítems N° 0799L00071 para la "Adquisición de jeringa para toma de muestra de gases en sangre"
2. Determinar si no constituye responsabilidad de Denti-Lab del Perú SRLtda. la no entrega a ESSALUD del producto Ítem 18 "Jeringa para toma de muestra de gases en sangre" esterilizado bajo la Norma ISO 11137 - Método de esterilización por radiación gamma en el marco del Contrato N° 4600029328 derivado de la Licitación Publica N° 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems N° 0799L00071 para la "Adquisición de jeringa para toma de muestras de gases en sangre"
3. Determinar si el Contrato N° 4600029328 derivado de la Licitación Pública N° 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems N° 0799L00071 para la "Adquisición de jeringa para toma de muestra de gases en sangre" resulta inejecutable al ser ejecutable solo parcialmente la prestación comprometida por causa no imputable a Dentilab del Perú SRL y carecer ESSALUD de interés en su ejecución parcial.
4. Determinar si corresponde que ESSALUD devuelva a Dentilab del Perú SRL la carta fianza de fiel cumplimiento entregada en el marco del Contrato N° 4600029328 derivado de la Licitación Publica N° 07-2007-ESSALUD/GCL Según relación de Ítems N° 0799L00071 para la "Adquisición de jeringa para toma de muestra de gases en sangre"
5. Determinar si corresponde que ESSALUD abone a Dentilab del Perú SRL la suma aprox. de S/. 93,000.00 (NOVENTA Y TRES MIL Y 00/100) nuevos soles por consumo del producto entregado esterilizado con el método de esterilización con ETO.

03
Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

6. Determinar si corresponde ordenar la suspensión definitiva de los efectos de todo acto basado en el ejercicio abusivo por parte de ESSALUD y el archivamiento definitivo de todo procedimiento basado en el supuesto incumplimiento de Dentilab de Perú SRL del Contrato N° 4600029328 derivado de la Licitación Pública N° 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems N° 0799L00071 para la "Adquisición de jeringa para toma de muestra de gases en sangre" en cuanto a la entrega del producto esterilizado bajo la Norma ISO 11137 – método de esterilización por radiación gamma.

DE LA PARTE DEMANDADA

1. Determinar si corresponde declarar que el contratista Dentilab del Perú SRLtda está actuando de mala fe procesal, al pretender reabrir un proceso arbitral que tiene carácter de cosa juzgada, por cuanto el Poder Judicial desestimo el recurso de anulación de laudo arbitral emitido con fecha 20 de diciembre de 2010
2. Determinar si corresponde declarar improcedente la pretensión del demandante referida a que se declare un presunto abuso del derecho cometido por ESSALUD, toda vez que como ha quedado demostrado por el tribunal arbitral conformado por el Dr. Luis Felipe Pardo Narváez, Dr. Juan Manuel Velarde Pairazaman y el Dr. Jorge Sánchez Capuñay, miembros y contando con la secretaria arbitral de la Dra. Alicia Vela López, ESSALUD procedió dentro de la normativa aplicable a la resolución de Contrato N° 4600029328 derivado de la Licitación Pública N° 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de ítems N° 0799L00071 para la "adquisición de jeringa para toma de muestra de gases en sangre"
3. Determinar si corresponde declarar improcedente la pretensión del demandante en el sentido que ESSALUD devuelva a Dentilab Del Perú SRL la carta fianza de fiel cumplimiento entregada en el marco del Contrato N° 4600029328 así como que Essalud abone la suma de S/. 93,000.00 nuevos soles por el consumo del producto esterilizado con el método de esterilización ETO por cuanto dichos aspectos han sido abordados en el laudo arbitral de fecha 20 de diciembre de 2010.

04
cuatro

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

4. Determinar si corresponde ordenar a Dentilab Del Perú SRLtda que asuma la totalidad de las costas y costos que demande el presente proceso arbitral, toda vez que dicha contratista ha incurrido en conducta inadecuada al haber presentado una demanda arbitral que previamente contaba con sentencia consentida o ejecutoriada.

V. DESARROLLO DEL PROCESO ARBITRAL

1. Con fecha 12 de mayo de 2011, a horas 4:00 p.m., se llevó a cabo la Audiencia de Instalación del Tribunal Arbitral en la sede del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado- OSCE.
2. Con fecha 26 de mayo de 2011, el Contratista presenta su escrito de demanda, el mismo que fue proveído mediante Resolución N° 01 de fecha 2 de junio de 2011. Por el cual el Tribunal Arbitral declaró admitida la demanda arbitral, en consecuencia, se corrió traslado de dicho demanda a Essalud, a fin de que en el plazo de diez (10) días hábiles de notificada cumpla con contestarla y, de considerarlo conveniente, formule reconvención.
3. En fecha 21 de junio de 2011, Essalud, contesta la demanda, y el Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 07, de fecha 16 de febrero de 2012, admitió la contestación de demanda presentada por Essalud, en fecha 21 de junio de 2011, y en cuanto al primer otrosi digo de la mencionada contestación de demanda, por el cual deducen excepción de cosa juzgada el Tribunal dispuso correr traslado por cinco (5) días a la parte contraria.
4. El Tribunal Arbitral mediante Resolución N° 08, de fecha 16 de marzo de 2012, dispuso de oficio declarar la nulidad parcial de la resolución N° 07, de fecha 16 de febrero de 2012, respecto al punto 2 de la parte resolutiva, declarando liminarmente improcedente por extemporánea la excepción propuesta por EsSalud; citando a la vez a las partes a la Audiencia de Conciliación y Determinación de puntos controvertidos para el día 3 de abril de 2012 a horas 10:30 a.m., a efectos de (i) Determinar las cuestiones que serán materia de pronunciamiento del Tribunal Arbitral; (ii) Admitir o

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

rechazar los medios probatorios ofrecidos por las partes; y (iii) Disponer, de estimarlo conveniente, la realización de una o más audiencias referidas a las cuestiones que serán materia de pronunciamiento por el Tribunal Arbitral.

IV. POSICIONES DE LAS PARTES**POSICION DE LA PARTE DEMANDANTE**

Mediante escrito presentado con fecha 26 de mayo de 2012, la empresa DENTI-LAB DEL PERU S.R.L. interpone demanda sobre abuso de derecho contra Seguro Social de Salud relacionada con la ejecución del Contrato Nº 4600029328 derivado de la Licitación Pública Nº 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems Nº 0799L00071 para la "Adquisición de Jeringa para toma de muestra de gases en sangre".

PETITORIO**Primera Pretensión Arbitral**

Solicitan que se declare la existencia de un ejercicio abusivo de derecho por parte de ESSALUD en perjuicio de Denti-Lab del Perú SRL con ocasión de la ejecución del Contrato Nº 4600029328 derivado de la Licitación Pública Nº 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems Nº 0799L00071 para la "Adquisición de Jeringa para toma de muestra de gases en sangre" al exigir a Denti-Lab del Perú SRL excediendo los límites de la razonabilidad y proporcionalidad, que cumpla con entregar el producto esterilizado bajo la Norma ISO 11137 Método de Esterilización por radiación gamma, cuando con posterioridad a la presentación de las propuestas y la firma del Contrato respectivo encontraron que no existía en el país ningún laboratorio que esté en posibilidad de realizar la esterilización bajo dicha norma y bajo este mismo marco de abuso de derecho rechazar que pueda entregar Denti-Lab del Perú SRL tal producto esterilizado bajo la Norma ISO 11135 Método de Esterilización por Oxido de Etileno.

Pretensiones Acumuladas

Como pretensiones acumuladas y accesorias solicitan lo siguiente:

Ob
Dels

Tribunal Arbitral
Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

- No constituye responsabilidad de Denti-Lab del Perú SRL la no entrega a ESSALUD del producto Ítem 18 "Jeringa para toma de muestra de gases en Sangre" esterilizado bajo la Norma ISO 11137 – Método de Esterilización por radiación Gamma, en el marco del Contrato Nº 4600029328 derivado de la Licitación Pública Nº 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems Nº 0799L00071 para la "Adquisición de Jeringa para toma de muestra de gases en sangre"
- Que el Contrato Nº 4600029328 derivado de la Licitación Pública Nº 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems Nº 0799L00071 para la "Adquisición de Jeringa para toma de muestra de gases en sangre" resulta inejecutable al ser ejecutable solo parcialmente la prestación comprometida por causa no imputable a Denti-Lab del Perú SRL y carecer ESSALUD de interés en su ejecución parcial.
- Que, consecuentemente ESSALUD devuelva a Denti-Lab del Perú SRL la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento entregada en el marco del Contrato Nº 4600029328 derivado de la Licitación Pública Nº 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems Nº 0799L00071 para la "Adquisición de Jeringa para toma de muestra de gases en sangre"
- Que asimismo que se corresponde que ESSALUD abone a Denti-Lab del Perú SRL la suma aprox. de S/. 93,000.00 (Noventa y tres mil y 00/10 Nuevos Soles por consumo del producto entregado esterilizado con el método de esterilización con ETO.

Segunda Pretensión Principal

Solicita que a fin de evitar o suprimir las consecuencias derivadas del ejercicio abusivo de derechos por parte de ESSALUD, se disponga la suspensión definitiva de los efectos de todo acto basado en dicho ejercicio abusivo y el archivamiento definitivo de todo procedimiento basado en el supuesto incumplimiento de Denti-Lab de Perú SRL del Contrato Nº 4600029328 derivado de la Licitación Pública Nº 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems Nº 0799L00071 para la "Adquisición de Jeringa para toma de

07
yre

Tribunal Arbitral
Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

muestra de gases en sangre" en cuanto a la entrega del producto esterilizado bajo la norma ISO 11137 – Método de Esterilización por radiación gamma.

HECHOS QUE SUSTENTAN SUS PRETENSIONES

1. Con fecha 08 de agosto de 2008 Denti-Lab del Perú SRL suscribió el Contrato N° 4600029328 con EsSalud, proveniente de la Licitación Pública N° 0799L00071 "Adquisición de Material Medico", respecto al ítem Jeringa para determinar gases en sangre por la suma de S/. 1'984,948,00 (Un millón novecientos ochenta y cuatro mil novecientos cuarenta y ocho y 00/100 Nuevos Soles) y un plazo de ejecución del contrato del 09 de agosto de 2008 hasta el 30 de Septiembre del 2009, en el marco del D.S. 083-2004-PCM TUO de la Ley 26587 de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su Reglamento aprobado por D.S. 084-2004-PCM.
2. El Artículo 117 del D.S. 083-2004-PCM TUO de la Ley 26850 prescribe que "*Una vez absueltas todas las consultas y/u observaciones, o si las mismas no se han presentado, las Bases quedarán integradas como reglas definitivas (...)*"
3. Antes de ser integradas las Bases originalmente precisaban respecto de las especificaciones técnicas exigidas con relación al ítem correspondiente a la denominada "Jeringa para toma de muestra de gases en sangre" que tenga la ***condición biológica de "estéril" de acuerdo a la Norma Internacional ISO 11135 norma que corresponde al método de Oxido de Etileno también conocido como ETO.***
4. Ya en la etapa de consultas el postor Tecnología Inteligente EIRL formuló la observación N° 36 al Comité Especial en el sentido si también podía cumplirse con la condición biológica de "estéril" esterilizando el producto por el método de radiación gamma contemplado en la ISO 11137. Esta consulta fue absuelta por el Comité Especial la cual obra a fojas 36 de las Bases Integradas indicando que también se cumplía presentando el producto esterilizado por radiación gamma.
5. De este modo, las Bases Integradas establecieron que ***se aceptaba como métodos de esterilización validos los contenidos en la ISO 11135 y la ISO 11137 es decir esterilizado por OXIDO DE ETILENO Ó esterilizado POR RADIACIÓN GAMMA, siendo por tanto ambos métodos de esterilización equivalentes.***
6. Si Denti-Lab del Perú SRL ofreció en su propuesta técnica esterilizar con radiación gamma, se debió a que ya tenían establecida una relación comercial de larga data

08/08/2010

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

con INMUNE S.A. empresa concesionaria privada especializada en esterilización industrial con radiación gamma y única en su género en el Perú, relación comercial que les permitió obrar en la certeza que dicha empresa INMUNE S.A. podía atender sus necesidades de esterilización con radiación gamma de sus productos.

7. Con fecha 18 de Enero del 2008. dos meses y medio después de la presentación de propuestas en Noviembre del 2007. obrando con la diligencia requerida Denti-Lab del Perú SRL solicito con fecha 18 de Enero del 2008 una cotización a INMUNE S.A. para que les atendieran con el servicio de esterilización por radiación gamma de la Jeringa Hepatest siendo atendida dicha solicitud con la Carta de fecha 18 de Enero de 2008.
8. Sorpresivamente meses después la referida empresa INMUNE S.A. mediante **Carta N° 034-08-GC-INMUNE S.A.** de fecha 04.03.09 informo a Denti-Lab del Perú S.R.L. que iba a tener problemas para atender sus requerimientos de esterilización por razones de excesiva demanda en su producción.
9. Obrando con esta misma diligencia requerida Denti-Lab del Perú S.R.L. insistió ante INMUNE S.A. a fin de recuperar su cupo en su limitada capacidad de producción, sin embargo, tales acciones no lograron tal objetivo.
10. También obrando con la **diligencia ordinaria requerida** acudieron al Instituto Peruano de Energía Nuclear – IPEN y al Servicio Nacional de Sanidad Agraria – SENASA, sin embargo ambas entidades contestaron mediante Carta N° 053-2010-IPEN/SEGE del 10.09.10 y Carta N° 172/2010-AG-SENASA-OCDP/UCPMF del 31.08.10 que no tenían capacidad para esterilizar insumos médicos.
11. Así finalmente Denti-Lab del Perú constato que INMUNE S.A. era la única empresa que prestaba este tipo de servicio a nivel industrial y que el Instituto Peruano de Energía Nuclear – IPEN no estaba en posibilidades de atender una demanda industrial de esterilización, contando con una unidad de esterilización sumamente diminuta útil solo para propósitos de investigación.
12. Es así que luego de obtener la buena pro con fecha 12.09.08, cursaron a la Gerencia Central de Prestaciones, la Carta DL/V N° 327-08 de fecha 03 de Septiembre de 2008 informando lo acontecido y peticionando se les permita cumplir con la condición biológica de estéril utilizando el método de esterilización vía Oxido de Etileno que de acuerdo a las propias Bases Integradas es igualmente valido que la irradiación gamma.

o/ nuevo

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

13. Mediante Carta N° 558-GCPS-ESSALUD-2009 del 22.01.09, la Gerencia Central de Prestaciones reconoció que, en efecto, en las Bases Integradas para el Ítem 18 se contemplaba que la condición biológica de estéril se podía obtener mediante dos procedimientos gas Oxido de Etileno - ETO o por el método de Radiación Gamma"; sin embargo, de manera contradictoria y sin expresar fundamento técnico científico en esta misma Carta se señaló que el tratamiento por rayos gamma tiene "significativas" ventajas sobre el Método por Oxido de Etileno, como una mayor garantía de esterilidad del producto que la filtración y producción aséptica y ausencia de residuos como los que deja el oxido de etileno.
14. Indica que esta posición carece de sustento técnico por que las propias Bases Integradas establecieron la equivalencia técnica entre ambos métodos de esterilización y porque de acuerdo al Informe Técnico remitido a vuestra solicitud por el Servicio de Control de Calidad de la Universidad Peruana Cayetano Heredia con fecha 06 de Abril de 2009 "ambos métodos de esterilización dan como resultado final la adecuada eliminación de microorganismos en un producto, siempre y cuando estos sean validados".
15. Que, el solo hecho de haberse considerado ambos métodos como igualmente validos en las Bases Integradas demuestra que, técnicamente ambos métodos, son igualmente eficaces y bioseguros pues de acuerdo al Artículo 12 del D.S. 083-2004-PCM TUO de la Ley 26798 "todas la especificaciones técnicas, deben cumplir obligatoriamente con las normas técnicas, metrológicas y/o sanitarias nacionales si las hubiere."
16. Que la solicitud de Denti-Lab del Perú SRL, no es irracional porque además, de ser ambos métodos de esterilización igualmente validos según las Bases Integradas de la Licitación, era legalmente factible formular tal ofrecimiento lo cual fue reconocido en la Carta N° 3494-OCAJ del 15 de Octubre del 2008 de la Oficina Central de Asesoría Jurídica en los siguientes términos: "en caso de asentimiento de la Entidad, este deberá contar con un Informe debidamente sustentado elaborado por la dependencia usuaria en coordinación con la dependencia encargada de las adquisiciones y contrataciones en el cual se señale que los bienes que el contratista ofrece entregar son iguales o mejores que los pactados y que tal mejora satisface las necesidades de la entidad". Esta Carta de la Oficina Central de Asesoría Jurídica se encuentra citada en la Carta N° DL/V 435-08.

V. diez

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

17. Sin embargo, la posición de Essalud no varió, así mediante Carta Nº 14000-GCPS-ESSALUD-2008 del 19 de Diciembre de 2008 señalo que "...de acuerdo a lo indicado por el Comité Especial el método declarado por Denti-Lab del Perú SRL (radiación gamma) tiene mayores ventajas sobre el método de esterilización por oxido de etileno pues permite una mayor garantía de esterilidad del producto como ausencia de residuos, razón por la cual se nos otorga la Buena Pro" y asimismo preciso que "los postores que participan (...) son responsables de los productos y las condiciones que ofertan, en consecuencia están en la obligación de cumplir lo ofertado en sus propuestas técnicas, teniendo en cuenta que las propuestas técnicas presentadas son los factores por los cuales nuestra institución le otorga la buena pro, en el proceso de selección", es decir indicando que los bienes esterilizados por radiación gamma son mejores que si fuesen esterilizados con oxido de etileno.
18. Denti-Lab del Perú SRL insiste en que esta postura, se contradice con lo establecido en las Bases Integradas y con toda la documentación técnica alcanzada a la Entidad, y en este sentido lo que se evidencia con esta incomprensible postura de la Entidad es que hay lugar a un abuso de derecho en directo perjuicio de su parte.
19. Que, el ejercicio abusivo de derechos está prohibido en el párrafo final del Artículo 103 de la Constitución Política de 1993, en cuanto señala que "La Constitución no ampara el abuso del derecho" y asimismo en el Artículo III del Título Preliminar del Código Civil según el cual "la ley no ampara el ejercicio abusivo ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso".
20. Al señalarse expresamente a nivel constitucional que, el abuso de derecho no es amparado, se busca dejar fuera de la protección del ordenamiento jurídico ciertas conductas que, estando inicialmente tipificadas, como un ejercicio legítimo de derecho, al exceder ciertos límites, pasa a ejercerse de manera abusiva, por tanto caen en desamparo legal de acuerdo a la norma constitucional.
21. La fenomenología de la situación jurídica calificada como ejercicio abusivo de derechos según la doctrina especializada (Fernández Sessarego: Abuso del Derecho. Segunda Edición, Grijley pág. 20) implica marcar límites genéricos al ejercicio del derecho subjetivo por la necesidad de proteger a los otros con quienes entra en relación el titular de tales derechos, de actitudes egoísticas, antisociales

11/09/2018

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

descritas como "irregulares". En suma lo que se protege, no son propiamente derechos de la misma perfección, sino de intereses que precisamente no están debidamente cautelados por una norma expresa, como si lo está el derecho ejercido abusivamente.

22. El concepto de abuso de derecho antes descrito subsume perfectamente a lo sucedido con relación al Contrato N° 4600029328 derivado de la Licitación Pública N° 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems N° 0799L00071 para la "Adquisición de Jeringa para toma de muestra de gases en sangre" pues ESSALUD exige a Denti-Lab del Perú SRL que cumpla con entregar el producto esterilizado con radiación gamma rechazando que pueda entregar Denti-Lab del Perú SRL tal producto esterilizado con Oxido de Etileno – ETO, excediendo los límites de la razonabilidad, porque la Ley y las Bases Integradas señalan que ambos métodos son igualmente validos y la Ley aplicable precisa que se pueden entregar bienes distintos a condición de que sean mejores o iguales que los originalmente ofertados, y asimismo por que no existía en el país ningún laboratorio que este en posibilidad de realizar la esterilización por radiación gamma.
23. Evidentemente la protección legal de que goza el interés legitimo de Denti-Lab del Perú SRL no tiene la perfección de la protección legal de que goza el derecho subjetivo de ESSALUD a decidir no aceptar la propuesta de Denti-Lab del Perú SRL, pudiendo afirmarse por tanto no hay nada en el derecho objetivo que obligue a ESSALUD a aceptar la postura de Denti-Lab del Perú SRL no obstante lo razonable de la misma.
24. Para este tipo de situaciones jurídicas complejas, es que, se ha diseñado la institución protectora del abuso de derecho.
25. En este sentido, la cláusula general prohibitiva del abuso del derecho que proviene de la Constitución y del Título Preliminar del Código Civil impone que se deba cautelar con la debida prudencia aquellos intereses que como el caso de Denti-Lab del Perú SRL no cuentan con los mecanismos legales adecuados para evitar o suprimir tanto el ejercicio abusivo como las consecuencias del mismo.
26. Por tanto, siendo esta cláusula enunciada a manera de principio del Derecho se constituye en el hilo conductor de toda interpretación jurídica tendiente a conjurar la existencia y las consecuencias del ejercicio abusivo de derechos.

*✓2
JUL*

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

27. Por esta razón, al definir su petitorio, lo que busca la demandante es basarse en una interpretación principista de la leyes para lograr alcanzar el objetivo de la clausula general prohibitiva del abuso de derecho.
28. Siendo ello así, debe declararse que en el caso expuesto, hay lugar a abuso del derecho por parte de ESSALUD cuando pudiendo optar entre aceptar o no aceptar la propuesta de Denti-Lab del Perú SRL, opto por no aceptar tal propuesta y exigir a Denti-Lab del Perú SRL que entregue el producto esterilizado con radiación gamma invocando argumentos técnicos contrarios a las Bases Integradas y contraviniendo por tanto los principios de razonabilidad y proporcionalidad.
29. En este sentido, resulta congruente con la finalidad de evitar o suprimir el abuso de derecho y sus consecuencias que se declare que no constituye responsabilidad de Denti-Lab del Perú SRL la no entrega a ESSALUD del producto Ítem 18 "Jeringa para toma de muestra de gases en Sangre" esterilizado bajo la Norma ISO 11137 – Método de Esterilización por radiación Gamma, en el marco del Contrato Nº 4600029328 derivado de la Licitación Pública Nº 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems Nº 0799L00071 para la "Adquisición de Jeringa para toma de muestra de gases en sangre", porque evidentemente es la única vía para evitar o suprimir las consecuencias del abuso de derecho denunciado.
30. Asimismo, considerando que el Contrato Nº 4600029328 derivado de la Licitación Pública Nº 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems Nº 0799L00071 para la "Adquisición de Jeringa para toma de muestra de gases en sangre" está afectado de una imposibilidad de tal naturaleza que no puede ser superada por Denti-Lab del Perú SRL y asimismo que no resulta de interés para ESSALUD que la prestación se cumpla con un Método de Esterilización distinto al ofrecido en la propuesta técnica aun cuando este previsto como valido en las Bases, debe considerarse la aplicación del artículo 1316 del Código Civil concordante con el Artículo 1317 y la Clausula VIGESIMA del Contrato a fin de declararse inejecutable el referido contrato por causa no imputable a Denti-Lab del Perú SRL y falta de interés de ESSALUD en su ejecución de modo distinto al ofrecido en la propuesta técnica.
31. Que, consecuentemente corresponde que ESSALUD devuelva a Denti-Lab del Perú SRL la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento entregada en el marco del Contrato Nº 4600029328 derivado de la Licitación Pública Nº 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems Nº 0799L00071 para la "Adquisición de Jeringa para toma de

13/Febrero

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

- muestra de gases en sangre" al no haberse verificado ninguno de los supuestos de ejecución de la garantía contemplado en el artículo 221 del D.S. 084-2004-PCM.
32. De otro lado, con relación a la petición según la cual corresponde que ESSALUD abone a Denti-Lab del Perú SRL la suma aprox. de S/. 93,000.00 (Noventa y tres mil y 00/10 Nuevos Soles por consumo del producto entregado esterilizado con el método de esterilización con ETO, esta se funda en que al haberse ejecutado el Contrato consumiendo ESSALUD el producto por un monto igual al indicado, sin duda se genera un pago adeudado a Denti-Lab del Perú SRL mas aun cuando parte de tal deuda se ha pagado ya por ESSALUD a Denti-Lab del Perú SRL, y no se han registrado quejas con la esterilidad del producto ni se han activado las Cláusulas contractuales de canje y/o reembolso por ESSALUD, situación esta última que, finalmente demuestra la aceptación tacita de ESSALUD ante la propuesta formulada por Denti-Lab del Perú SRL.
33. En consonancia con lo anterior se solicita que a fin de evitar o suprimir las consecuencias derivadas del ejercicio abusivo de derechos por parte de ESSALUD, debe disponerse por Laudo Arbitral que se ordene la suspensión definitiva de los efectos de todo acto basado en dicho ejercicio abusivo y el archivamiento definitivo de todo procedimiento basado en el supuesto incumplimiento de Denti-Lab de Perú SRL del Contrato N° 4600029328 derivado de la Licitación Pública N° 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems N° 0799L00071 para la "Adquisición de Jeringa para toma de muestra de gases en sangre" en cuanto a la entrega del producto esterilizado bajo la norma ISO 11137 – Método de Esterilización por radiación gamma.

POSICION DE LA PARTE DEMANDADA

1. Mediante escrito de fecha 21 de Junio de 2011 se apersona al proceso arbitral la demandada ESSALUD absolviendo el traslado de la demanda arbitral formulada por Denti-Lab del Perú SRLtda en relación a la controversia antes señalada solicitando el archivamiento definitivo del proceso arbitral al haberse laudado sobre la materia controvertida.
2. Invoca como fundamento que el 08 de agosto de 2008 se suscribió el Contrato N° 4600029328 con la empresa Ítem 18 Jeringa para determinar gases en sangre, Hepatest, con una contraprestación por parte de ESSALUD de S/. 1'984,948.00

*149
catell*

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

nuevos soles correspondiente a la Licitación Pública N°0799L0071 "Adquisición de Material Medico"

3. Las Bases integradas de la Licitación Pública establecieron en lo referido al ítem 18 que la esterilización de las Jeringas podía ser efectuada con el método de oxido de etileno ISO 11135, o, con radiación gamma ISO 11137.
4. En su propuesta técnica para el ítem 18 en Octubre de 2007 la empresa declaro en la Ficha Técnica del Producto – Anexo11 como método la "Esterilización con radiación gamma", sin embargo, en la etapa de ejecución contractual no cumplió con su propuesta solicitando autorización para internar el producto bajo el método de esterilización por oxido de etileno.
5. Mediante Carta Notarial N° 200-SGCyAP-GA-GCL-OGA-ESSALUD se otorgo a la empresa un plazo de cinco días para que cumpla con las entregas derivadas del contrato N° 4600029328 exigiéndole que presente otros documentos, el certificado de esterilización por el método de rayos gamma u otro documento que los acredite, bajo apercibimiento de resolver el Contrato.
6. En atención a que la empresa persistía en su incumplimiento, el 17 de Julio de 2009 se notifico la Resolución de Gerencia Central de Logística N° 1033-GCL-OGA-ESSALUD-2009 con lo que resolvió el Contrato N° 4600029328.
7. Con fecha 30 de Marzo de 2010 se notifica a ESSALUD la demanda arbitral, en la que la empresa solicita la nulidad de la Resolución del Contrato y que se acepten las Jeringas esterilizadas con el método de oxido de etileno, y por tanto dicha institución cumpla con el pago de S/. 1,984,947.00 nuevos soles como contraprestación. Como resultado del proceso arbitral se ha emitido Laudo Arbitral de fecha 20 de Diciembre de 2010.
8. En el proceso arbitral la controversia se circunscribía a determinar la validez de la resolución de Contrato N° 4600029328 la cual se sustento en el incumplimiento de la propuesta técnica de la empresa, respecto al método de esterilización de jeringas para determinar gases en sangre Hepatest. Como consecuencia de ello definir si corresponde o no el internamiento de las Jeringas esterilizadas con oxido de etileno.
9. Como defensa ESSALUD invoco el artículo 50 del TUO de la ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en el que se señala que los contratistas están obligados a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta técnica, en este caso en el Anexo 11 de la propuesta técnica de la empresa se

*15
Dímine*

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

- ofreció la esterilización bajo el método de rayos gamma y no se cumplió con ello en la etapa de ejecución contractual.
10. Asimismo, se indicó que el Contrato había sido resuelto válidamente, siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 226 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
11. El Tribunal Arbitral declaró infundada la demanda interpuesta por la empresa en todos sus extremos, debiendo cada parte asumir sus costas y costos. Como consecuencia de ello quedó consentida la Resolución del Contrato N° 460029328 correspondiendo a la Gerencia Central de Logística el inicio o prosecución del procedimiento sancionador ante el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, lo cual se ha realizado con fecha 10 de Febrero de 2011. Señala ESSALUD que la demandante pretende reactivar un proceso ya finalizado lo cual debe ser sancionado y lo que es peor aun pretende que el Tribunal Arbitral avale dicha pretensión, lo cual significaría desde su punto de vista causal suficiente para solicitar recusación del Tribunal Arbitral si se prosigue con el proceso.
12. Ampliando su contestación ESSALUD se pronuncia respecto de los hechos expuesto en la demanda señalando que en la propuesta técnica del mes de marzo de 2007 el Contratista declaró en la Ficha Técnica del Producto en lo que respecta a la esterilización que se podía ofertar los ISO 11135 (esterilización con Oxido de Etileno) y 11137 (Esterilización con radiación gamma).
13. Mediante Carta N° DL/V 327-08 recibida el 15 de Septiembre de 2008 el Contratista solicita autorización para internar el Ítem Jeringa para determinar gases en sangre mediante el método de esterilización por Oxido de Etileno y ya no por radiación gamma, variando su propuesta técnica.
14. Asimismo, adjuntaron la Carta N° 03-08-GG-INMUNE-S.A. de fecha 04 de Marzo de 2008 en la cual INMUNE SA había manifestado durante el 2008 no podía atender el servicio de esterilización para el mencionado producto.
15. Con relación a lo antes descrito debemos indicar que la comunicación del Contratista tenía las siguientes observaciones: i) entre la fecha de presentación de la propuesta técnica del Contratista, y el supuesto requerimiento a INMUNE transcurrieron aproximadamente 06 meses lo cual demuestra un actuar poco diligente pues supuestamente en la fecha de presentación de propuestas debieron verificar con INMUNE si esta podía darles el servicio para que puedan cumplir con lo ofertado en el año 2008; ii) el Contrato entre ESSALUD y el Contratista fue

*16
dic 2012*

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

suscrito el 08 de Agosto de 2008 y la orden de compra fue de la misma fecha ¿Cómo se puede entender que un postor haya suscrito un contrato sabiendo que no lo puede cumplir conforme a lo ofertado? ¿no lo sabía desde marzo de 2008? ¿Por qué recién lo menciona luego de firmado el contrato? Y iii) con la Carta N° 144-08-GG-INMUNE SA de fecha 07 de octubre de 2008, dicha empresa informo que la Contratista "nunca ha esterilizado por nuestra tecnología de rayos gamma el producto jeringas para toma de muestra gases en sangre con el nombre HEPATEST es decir se presume que nunca tuvieron vinculación cuando con mayor razón el contratista debió mantener una relación estrecha con INMUNE para evitar el incumplimiento con ESSALUD, lo que al final ocurrió.

16. Mediante Carta N° DL/V 328-08 recibida el 15 de Setiembre de 2008 Denti-Lab del Perú S.R.Ltda. solicita ampliación de plazo hasta el 13 de Octubre de 2008 señalando que se encontraban en espera de la autorización solicitada a la Gerencia de Prestaciones de EsSalud respecto de entrega el ítem Jeringa para determinar gases en sangre con esterilización mediante el Método de Oxido de Etileno y no con Rayos Gamma como lo había ofertado en su propuesta técnica. Asimismo, remite como antecedentes para la ampliación de plazo la cotización del servicio de esterilización por INMUNE SA de fecha 18 de Enero de 2008 también adjunta la Carta N° 03-08-GG-INMUNE-S.A. de fecha 04 de Marzo de 2008 en la cual INMUNE SA había manifestado durante el 2008 no podía atender el servicio de esterilización para el mencionado producto.
17. Agrega ESSALUD que de acuerdo al artículo 42 del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado los pedidos de ampliación de plazo para caso fortuito y fuerza mayor como el solicitado erradamente por la empresa, deben ser debidamente comprobados lo cual corresponde realizar obviamente al Contratista y en el presente caso no ocurrió; puesto que no presento las pruebas de que INMUNE SA era la única proveedora del servicio de esterilización en el mercado (además de dicha empresa se conoce que el INEN realiza dicho servicio) además solo solicitado por el Contratista no guarda coherencia con lo señalado en su propia Carta N° DL/GAD-119-2009 en la que se indica que con anterioridad habíamos superado impases similares con este empresa, es decir no se trataba de un hecho imprevisible, lo cual es un requisito para cualquier pedido de ampliación de plazo sustentado en el caso fortuito o fuerza mayor como el pedido del Contratista.

12
diciembre

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

18. La ampliación solicitada fue denegada mediante Carta Nº 839-GA-GCL-OGA-ESSALUD-2009 en la que se señaló que la documentación remitida, se había observado que no actuó con la diligencia ordinaria establecida en el artículo 1314 del Código Civil, toda vez que tomo conocimiento que la empresa INMUNE no realizaría el servicio de esterilización recién el 04 de Marzo de 2008.
19. Mediante Carta Nº DL/V Nº 363-08, Denti-Lab del Perú S.R.L solicita se reevalúe la ampliación de plazo solicitada; mediante Carta Nº 941-GA-GCL-OGA-ESSALUD-2008 del 15 de Octubre de 2008 se reafirma en declarar improcedente la ampliación de plazo solicitada.
20. Con Carta Nº 382-08 recibida el 21 de Octubre de 2008 Denti-Lab del Perú SRL solicita la reevaluación de la ampliación de plazo, ante lo cual mediante Carta Nº 1045-GA-GCL-OGA-ESSALUD-2008 del 03 de Noviembre de 2008 se le comunica que habiendo un pronunciamiento por parte del Área Técnica y Legal en el sentido que debe cumplir con lo ofertado en su propuesta técnica y siendo los postores los únicos responsables de los productos y las condiciones que ofertan se declara improcedente su solicitud de ampliación de plazo.
21. Mediante Carta Nº 396-08 del 04 de Noviembre de 2008 Denti-Lab del Perú SRL solicita se reevalúe la posibilidad de ítem Jeringa para determinar gases en sangre con el método de esterilización por oxido de etileno (ETO).
22. Con Carta Nº 12576-GCPS-ESSALUD-2008 del 17 de Noviembre de 2008 la Gerencia Central de Prestaciones de Salud, les manifiesta que los contratistas son responsables de los productos y las condiciones que realizan en sus ofertas motivo por el cual tiene la obligación de cumplir con lo ofertado en su propuesta técnica.
23. Mediante Carta Nº 14000-GCPS-ESSALUD-2008 del 19 de Diciembre de 2009 la Gerencia Central de Prestaciones señala que el Comité Especial está conformado por profesionales usuarios de los bienes, así como de dicha Gerencia en representación de los usuarios por lo que el material mencionado debe cumplir con la condición biológica de estéril mediante radiación gamma tal como fue ofertado por el Contratista.
24. Con Carta Nº DL/V 03-09 del 05 de Enero de 2009, Denti-Lab del Perú SRL solicita aclaración técnica, respecto a que "en las Bases integradas se indica que el ítem Jeringa para determinar gases en sangre debe cumplir con la condición biológica estéril y podrá ser realizada mediante método de gas ETO o irradiación gamma. Si

*10
Firma*

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

el producto "Jeringa para determinar gases en sangre de la marca Hepatest, cumple con ser biológicamente estéril mediante el método de esterilización por gas Oxido de Etileno puntualmente se cumpliría con la condición biológica ESTERIL que exige ESSALUD en las Bases del proceso N° 079L0071.

25. Mediante Carta N° 558-GCPS-ESSALUD-2008 del 22 de Enero de 2009 la Gerencia Central de Prestaciones de EsSalud señala: "El producto HEPATEST declara la ficha técnica declarada de la Licitación Pública al método de esterilización por radiación gamma el cual se define como: La esterilización por radiación como un proceso físico mediante el cual el producto es expuesto a radiaciones (fotones) de alta energía. El tratamiento por rayos gamma tiene significativas ventajas sobre el método por oxido de etileno a destacar: Mayor garantía de esterilidad del producto que la filtración y producción aséptica Ausencia de residuos como lo que deja el oxido de etileno (C₂H₄O). Es por estas razones que el Comité Especial, lo otorgo la buen pro al producto ofertado por su empresa"
26. Mediante Carta N° 1223-GCPS-ESSALUD-2009 de fecha 11 de Febrero de 2009 la Gerencia Central de Prestaciones de Salud, concluye que la empresa Denti-Lab del Perú no cumple con lo establecido en las Bases Integradas de la Licitación Pública N° 0799L00071.
27. Con Carta N° 1543-GCPS-ESSALUD-2009 de fecha 19 de Febrero de 2009 la Gerencia Central de Prestaciones de Salud, solicita a Denti-Lab del Perú SRL remitir el método de esterilización que están utilizando con su respectivo certificado (en este caso debe ser radiación gamma). El 03 de Marzo de 2009 mediante Carta N° 2000-GCPS-ESSALUD-2009 la Gerencia Central de Prestaciones de Salud reitera lo solicitado en el párrafo precedente.
28. Mediante Carta N° 5239-GCPS-ESSALUD-2009 del 29 de Mayo de 2009 la Gerencia Central de Prestaciones de la Salud, señala que el producto Jeringa para determinar gases en sangre debe cumplir con lo ofertado en la propuesta técnica y lo aceptado por la institución en el otorgamiento de la Buena Pro.
29. Mediante Carta Notarial N° 200-SGCSyAP-GA-GCL-ESSALUD-2009 recibida por el Contratista el 19 de Junio de 2009 se le otorgo un plazo perentorio de cinco (05) días para cumplir con las entregas derivadas del Contrato 4600029328 respecto al ítem 020101279 Jeringa para determinar gases en sangre pendientes de entrega y debiendo presentar como parte de los documentos técnicos el certificado de

19
dicembre

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

- esterilización por el método de rayos gamma y otro documento que lo acredite bajo apercibimiento de resolver el Contrato.
30. Mediante Carta Notarial N° 2295-GCL-OGA-ESSALUD- 2009 recibida el 17 Julio de 2009, se notifica la Resolución de Gerencia Central de Logística N° 1033-GCL-OGA-ESSALUD-2009 con la que se resuelve por incumplimiento de obligaciones el contrato N° 4600029328 por el contratista DENTI-LAB DEL PERU SRLTDA proveniente de la Licitación Pública N° 0799L00071 "Adquisición de Material Medico" respecto del ítem 020101279 Jeringa para determinar gases en sangre.
31. Como se puede advertir de lo expuesto en los numerales precedentes, el Contratista no cumplió con lo ofertado en su propuesta técnica, lo cual desde el punto de vista normativo es sustento suficiente para iniciar un procedimiento de resolución contractual y culminarlo si persiste el incumplimiento como ocurrió en el presente caso.
32. Con relación al pedido de Informe a cargo de la Universidad Peruana Cayetano Heredia indica ESSALUD que dicho Informe no desvirtúa el hecho que el postor no cumplió con su oferta que no tenía sustento por su errado pedido de ampliación de plazo y menos aun desvirtuaría que el Contratista antes de firmar el contrato "sabía" que su proveedor la empresa INMUNE no le iba a brindar el servicio de Esterilización y a pesar de ello suscribió el Contrato sin hacer mención de dicho hecho a ESSALUD.
33. Señala en este sentido ESSALUD que la presente controversia no puede ser materia de análisis por el Tribunal Arbitral pues el Contrato N° 4600029328 ya ha sido resuelto lo cual ha sido conformado por el Tribunal Arbitral al emitir el Laudo Arbitral de fecha 20 de Diciembre de 2010.
34. Sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo precedente, invocamos lo establecido en el artículo 50 del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en el que se señala que los contratistas están obligados a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta y en cualquier manifestación formal documentada, que hayan aportado adicionalmente, en el curso del proceso de selección o en la formalización del Contrato, como sucedió en este proceso materia de arbitraje. El Contratista no cumplió con el contrato toda vez que incumplió con su propia propuesta técnica, Anexo 11, en el que señalo que el proceso esterilización de las Jeringas era esterilización gamma.

20/07/2014
Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

35. Mediante Opinión Nº 010-2005-GTN publicada en la página web del OSCE cuya copia se alcanzara de considerarlo necesario el Tribunal, la Ex Gerencia Técnica Normativa del CONSUCODE en virtud del principio de mutabilidad previsto en el artículo 36 de TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, ha establecido como lineamiento a considerar por los operadores del sistema de contrataciones públicas, que en caso el Contratista en la ejecución del Contrato ofrezca bienes con mejores características técnicas de las ofrecidas o de igual calidad y condiciones que no impliquen incremento del precio cabría la modificación del Contrato, siempre que la modificación no esté prohibida por ley, y que tales bienes satisfagan la necesidad de la entidad, que esta manifiesta expresamente su conformidad al respecto y que tales modificaciones no varíen en forma alguna las condiciones originales que motivaron la selección del contratista. Asimismo, en la referida opinión se precisa que la modificación del Contrato es una facultad de la entidad dado que en principio está obligada a aceptar la entrega de bienes que cumplen lo pactado originalmente en el Contrato, indicando que en caso de asentimiento de la entidad esta deberá contar con un informe debidamente sustentado elaborado por la dependencia usuaria en coordinación la dependencia encargada de las adquisiciones y contrataciones en el cual se señale que los bienes que el contratista ofrece entregar son iguales o mejores que los pactados y que tal mejora satisface las necesidades de la Entidad.

36. En tal sentido, dado que existe la opinión del órgano técnico de la entidad respecto a que la esterilización por rayos gamma garantiza una mejor esterilidad del producto por lo que tiene ventajas frente al método de esterilización por oxido de etileno, no existe sustento técnico para la modificación del Contrato pues el producto que pretende entregar a la entidad la empresa Denti-lab del Perú SRLTDA a efectos de cumplir con el referido contrato de acuerdo a lo opinado por la Gerencia Central de Prestaciones de Salud no cumple con el supuesto aludido en la opinión emitida por el Ex CONSUCODE hoy OSCE.

37. ESSALUD ha seguido correctamente lo establecido en el artículo 226 del Reglamento del TUO de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado aprobado por D.S. Nº 084-2004-PCM en el cual se señala que si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones la parte perjudicada deberá requerirla mediante Carta Notarial para que las satisfaga en el plazo no de cinco

21/07/2010

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

- (5) días bajo apercibimiento de resolver el Contrato. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa la parte perjudicada resolverá el contrato en forma parcial o total mediante Carta Notarial.
38. De conformidad con el artículo 225 del Reglamento de la ley de Contrataciones y Adquisiciones el Estado la Entidad podrá resolver el Contrato cuando el Contratista incumpla injustificadamente sus obligaciones, lo que ocurrió en el presente caso al no entregar la empresa el producto solicitado y ofertado en el plazo consignado en la orden de compra de fecha 08 de Agosto de 2008.
39. Asimismo ESSALUD formula la Excepción de Cosa Juzgada por considerar que los aspectos, controversia, materia y actos ya han sido materia de Laudo Arbitral de fecha 20 de Diciembre de 2010 y por tanto no pueden ser revisados nuevamente, invocando que mediante Carta Notarial N° 200-SGCSyAP-GA-GCL-ESSALUD-2009 se le otorgo un plazo perentorio de (05) días para cumplir con las entregas derivadas del Contrato 4600029328 exigiéndole que presente entre otros documentos el certificado de esterilización del producto por el método de rayos gamma y otro documento que lo acredite, bajo apercibimiento de resolver el Contrato.
40. En atención a que la empresa persistiera en su incumplimiento el 17 de Julio de 2009 se notifico la Resolución de Gerencia Central de Logística N° 1033-GCL-OGA-ESSALUD-2009 con la que se resolvió el contrato N° 4600029328
41. Con fecha 30 de Marzo de 2010 se notifica a ESSALUD la demanda arbitral, en la que la empresa solicita la nulidad de la Resolución del Contrato y que se acepten las jeringas esterilizadas con el método de oxido de etileno y por tanto dicha institución cumpla con el pago de S/. 1,984,948.00 como contraprestación. Como resultado del proceso arbitral se ha emitido el Laudo Arbitral de fecha 20 de diciembre de 2010.
42. En el proceso arbitral la controversia se circunscribía a determinar la validez de la resolución de Contrato N° 4600029328 la cual se sustento en el incumplimiento de la propuesta técnica de la empresa, respecto al método de esterilización de jeringas para determinar gases en sangre Hepatest. Como consecuencia de ello definir si corresponde o no el internamiento de las Jeringas esterilizadas con oxido de etileno.
43. Como defensa ESSALUD invoco el artículo 50 del TUO de la ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, en el que se señala que los

21
Ventanas

Tribunal Arbitral
Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

contratistas están obligados a cumplir cabalmente con lo ofrecido en su propuesta técnica, en este caso en el Anexo 11 de la propuesta técnica de la empresa se ofreció la esterilización bajo el método de rayos gamma y no se cumplió con ello en la etapa de ejecución contractual.

44. Asimismo se indicó que el Contrato había sido resuelto válidamente siguiendo el procedimiento establecido en el artículo 226 del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.
45. El Tribunal Arbitral declaró infundada la demanda interpuesta por la empresa en todos sus extremos, debiendo cada parte asumir sus costas y costos. Como consecuencia de ello, quedó consentida la Resolución del Contrato N° 4600029328.

VII. CONSIDERANDOS

PRIMERO.- Que, la designación e instalación del Tribunal se ha realizado conforme al marco legal vigente, por lo que asume competencia para resolver esta controversia como ARBITRAJE DE DERECHO de acuerdo a las normas citadas.

SEGUNDO: Que, en cuanto al debido proceso se ha notificado a las partes con todas las actuaciones arbitrales habiendo estas ejercido plenamente su derecho de defensa.

TERCERO: Que, habiéndose presentado la demanda y la contestación de la misma dentro del plazo establecido, y no habiéndose llegado a ninguna conciliación en la etapa respectiva, en la Audiencia de Fijación de Puntos Controvertidos el Tribunal conjuntamente con las partes fijaron los puntos controvertidos y se admitieron los medios probatorios propuestos por las partes disponiéndose su actuación y estas posteriormente presentaron sus alegatos por escrito y se les concedió el uso de la palabra.

CUARTO: Que, habiéndose cumplido con las etapas del proceso arbitral, valorándose los medios probatorios admitidos, y estando dentro del plazo para laudar se emite este en concordancia con lo establecido en las reglas del proceso establecidas en el Acta de Instalación y la Ley de Arbitraje, Laudo arbitral emitido que es vinculante para las partes y pone fin al procedimiento de manera definitiva e inapelable ante cualquier instancia administrativa o ante el Poder Judicial.

P.3
Junto/Foto

Tribunal Arbitral
Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

VIII. CUESTION PREVIA

De conformidad con el numeral 17 del Acta de Instalación el Tribunal dispuso resolver la excepción de caducidad deducida por el Seguro Social del Salud – ESSALUD en su escrito de contestación a la demanda mediante Resolución N° 8 de fecha 16 de marzo de 2012 declarándola improcedente por extemporánea, sin que se hubiese interpuesto reconsideración por parte de ESSALUD quedando por tanto consentida la Resolución N° 8 del Tribunal Arbitral, que no obstante ello, sin perjuicio de lo resuelto el Tribunal ha dispuesto pronunciarse de oficio en el presente Laudo sobre la eventual contradicción entre el presente proceso arbitral con el principio de cosa juzgada, no siendo el presente un pronunciamiento sobre la excepción referida ya que esta fue declarada improcedente.

D
En este sentido, el Tribunal determina que a efecto de pronunciarse de oficio resulta necesario considerar en primer término que de acuerdo al artículo 39º de la Ley General de Arbitraje: *"los árbitros están facultados para decidir acerca de su propia competencia, incluso sobre oposiciones relativas a la existencia, eficacia o a la validez del convenio arbitral (...). Los árbitros decidirán estos temas como cuestión previa. Sin embargo, el Tribunal Arbitral podrá seguir adelante en las actuaciones y decidir acerca de tales objeciones en el laudo..."*, norma que grafica lo que se conoce como el principio Kompetenz – Kompetenz según el cual los árbitros están facultados para conocer y resolver las controversias que han sido sometidas a su conocimiento con independencia y sin la intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial.

L
Este principio se funda en la propia existencia del Convenio arbitral, es decir que la autoridad de los árbitros para resolver la controversia emana del otorgamiento de facultades por las propias partes contenido en el Convenio Arbitral, debiendo en este sentido considerarse que esta facultad no solo implica resolver sobre la controversia prevista en el convenio arbitral, sino además todas aquellas cuestiones subsidiarias, accesorias o incidentales vinculadas a la materia controvertida, ello según lo prescrito por el artículo 44º de la Ley General de Arbitraje ya que los árbitros constituyen la única jurisdicción existente en el proceso arbitral sometido a su conocimiento.

24
Juntado

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

En segundo término este Tribunal considera que siendo el presente un arbitraje de derecho que se rige consecuentemente por el Derecho Nacional debe tenerse en cuenta lo indicado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente 04422-2003-AA/TC del 19 de Abril de 2004 en su calidad de supremo interprete de la Constitución respecto a los elementos que deben concurrir entre el litigio fenecido y el que pretende tramitarse para que opere la cosa juzgada, así:

- «5. *Que para que opere la cosa juzgada deben concurrir determinados elementos en el litigio fenecido y que pretende tramitarse: los sujetos (eadem personae), el objeto (eadem res) y la causa (eadem causa petendi)* Peyrano, Jorge, “*Excepciones Procesales*” Editorial Panamericana, Santa Fe, Argentina, 1993, página 138.
6. *Que es importante precisar que “(...) el objeto del proceso lo constituye el derecho reconocido, declarado o modificado por la sentencia, en relación con una cosa o varias cosas determinadas, o la relación jurídica declarada, según sea el caso (...)”; “(...) la causa petendi es la razón de hecho que se enuncia en la demanda como fundamento de la pretensión (...)” ; “(...) la razón de hecho está formada por el conjunto de hechos alegados como fundamento de la demanda, no por cada uno de ellos aisladamente (...)” (Devis Echandía, Hernando, “*Teoría General del Proceso*” Editorial Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1985, Tomo II, páginas 569 y 572).*
7. *Que, en concordancia con lo expuesto, nuestro ordenamiento procesal civil establece que se configurará la cosa juzgada cuando inicie un proceso idéntico a otro que ya fue resuelto y cuente con sentencia o laudo firme (artículo 453º, inciso 2 del Código Procesal Civil), entendiéndose como proceso idéntico cuando las partes, el petitorio y el interés para obrar, sean los mismos (artículo 452º del Código Procesal Civil)».*

26
Valverde

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

En este sentido, siendo finalidad de la cosa juzgada que un segundo proceso quede excluido por la decisión adoptada en un primer proceso arbitral, no es menos cierto que la tal finalidad excluyente está supeditada a que se constate previamente la existencia de una identidad de acción, es decir, ante la existencia de los mismos sujetos, el mismo petitorio y la misma causa de pedir entre ambos procesos arbitrales¹.

Con relación a la identidad de los sujetos procesales, con el merito de la copia del Laudo Arbitral de fecha 20 de Diciembre de 2010 obrante como medio probatorio ofrecido en el numeral 5.1.2 de la contestación de la demanda y de los actuados en el presente proceso arbitral se tiene que en el proceso arbitral materia del Laudo de fecha 20 de Diciembre de 2010 la parte demandante fue Denti-Lab del Perú S.R.L. y la parte demandada fue Seguro Social de Salud – ESSALUD mientras que en el presente proceso arbitral presenta como parte demandante a Denti-Lab del Perú SRL y como parte demandada a Seguro Social de Salud –ESSALUD, por tanto este Tribunal constata que siendo las mismas partes o sujetos accionantes se cumple la identidad de acción.

En lo que se refiere al petitorio que se identifica con el objeto de un determinado proceso arbitral, con el merito de la copia del Laudo Arbitral de fecha 20 de Diciembre de 2010 obrante como medio probatorio ofrecido en el numeral 5.1.2 de la contestación de la demanda y de los actuados en el presente proceso arbitral, se tiene que el petitorio en el proceso arbitral materia del Laudo Arbitral del 20 de Diciembre de 2010 esta conformado por las siguientes pretensiones:

- A) Se declare la Nulidad de la Resolución de Gerencia Central de Logística Nº 1033-GCL-OGA-ESSALUD-2009; y,
- B) Se disponga el internamiento de Jeringas para determinar gases en la sangre Hepatest esterilizada con Oxido de Etileno.

¹ El Tribunal entiende que la palabra "idéntico" según la XXII Edición Virtual del Diccionario de la Real Academia Española proviene de la raíz latina **Ídem** que a su vez tiene los siguientes significados:
(Del lat. *ídem*).

1. pron. El mismo, lo mismo. U. generalmente en las citas para representar el nombre del autor últimamente mencionado, y en las cuentas y listas, para denotar diferentes partidas de una sola especie. 1. loc. adv. coloq. Lo mismo que ya se ha dicho. 2. expr. Lo mismo es lo uno que lo otro.

26/07/2015

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

Ahora bien, en cuanto al presente proceso arbitral las pretensiones conformantes del petitorio son las siguientes:

PRIMERA PRETENSION ARBITRAL

Que, se declare la existencia de un ejercicio abusivo de derecho por parte de ESSALUD en perjuicio de Denti-Lab del Perú SRL con ocasión de la ejecución del Contrato N° 4600029328 derivado de la Licitación Pública N° 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems N° 0799L00071 para la "Adquisición de Jeringa para toma de muestra de gases en sangre" al exigir a Denti-Lab del Perú SRL excediendo los límites de la razonabilidad y proporcionalidad, que cumpla con entregar el producto esterilizado bajo la Norma ISO 11137 Método de Esterilización por radiación gamma, cuando con posterioridad a la presentación de las propuestas y la firma del Contrato respectivo ya no existía en el país ningún laboratorio que este en posibilidad de realizar la esterilización bajo dicha norma y bajo este mismo marco de abuso de derecho rechazar que pueda entregar Denti-Lab del Perú SRL tal producto esterilizado bajo la Norma ISO 11135 Método de Esterilización por Oxido de Etileno – ETO.

PRETENSION ACCESORIA A LA PRIMERA PRETENSION PRINCIPAL

Que, declarada que sea fundada la primera pretensión principal solicitamos se declare que:

- A) No constituye responsabilidad de Denti-Lab del Perú SRL la no entrega a ESSALUD del producto Ítem 18 "Jeringa para toma de muestra de gases en Sangre" esterilizado bajo la Norma ISO 11137 – Método de Esterilización por radiación Gamma, en el marco del Contrato N° 4600029328 derivado de la Licitación Pública N° 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems N° 0799L00071 para la "Adquisición de Jeringa para toma de muestra de gases en sangre".
- B) Que, el Contrato N° 4600029328 derivado de la Licitación Pública N° 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems N° 0799L00071 para la "Adquisición

27
Juli 2011

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

de Jeringa para toma de muestra de gases en sangre" resulta inejecutable al ser ejecutable solo parcialmente la prestación comprometida por causa no imputable a Denti-Lab del Perú SRL y carecer ESSALUD de interés en su ejecución parcial.

- C) Que, consecuentemente ESSALUD devuelva a Denti-Lab del Perú SRL la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento entregada en el marco del Contrato N° 4600029328 derivado de la Licitación Pública N° 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems N° 0799L00071 para la "Adquisición de Jeringa para toma de muestra de gases en sangre"
- D) Que, asimismo que se corresponda que ESSALUD abone a Denti-Lab del Perú SRL la suma aprox. de S/. 93,000.00 (Noventa y tres mil y 00/10 Nuevos Soles por consumo del producto entregado esterilizado con el método de esterilización con ETO.

SEGUNDA PRETENSION PRINCIPAL

Que, a fin de evitar o suprimir las consecuencias derivadas del ejercicio abusivo de derechos por parte de ESSALUD, se disponga la suspensión definitiva de los efectos de todo acto basado en dicho ejercicio abusivo y el archivamiento definitivo de todo procedimiento basado en el supuesto incumplimiento de Denti-Lab de Perú SRL del Contrato N° 4600029328 derivado de la Licitación Pública N° 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems N° 0799L00071 para la "Adquisición de Jeringa para toma de muestra de gases en sangre" en cuanto a la entrega del producto esterilizado bajo la norma ISO 11137 – Método de Esterilización por radiación gamma.

Al respecto, el Tribunal entiende que al confrontar ambos petitorios a fin de determinar si son idénticos, debe tenerse en cuenta que ambos petitorios no son idénticos, dado que el petitorio presentado en el proceso arbitral concluido con Laudo Arbitral de fecha 20 de diciembre de 2010 contiene una pretensión enmarcada en el derecho administrativo esto es una pretension referida a la declaración de nulidad de la Resolución de Gerencia Central de Logística N° 1033-GCL-OGA-ESSALUD-2009 a la cual se acumula una pretensión por la que se disponga que ESSALUD recepcione la Jeringa para determinar gases en la sangre Hepatest esterilizada con Oxido de Etileno.

28/07/2020

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

Entre tanto el petitorio materia de la demanda presentada en el presente proceso arbitral es de naturaleza eminentemente civil y/o constitucional al mostrar una primera pretensión referida a la existencia o no de ejercicio abusivo de derechos por parte de la Entidad a la que se acumulan accesoriamente la pretensión por la cual se declare que no constituye responsabilidad de Denti-Lab del Perú SRL la no entrega a ESSALUD del producto ítem 18 "Jeringa para toma de muestra de gases en Sangre" esterilizado bajo la Norma ISO 11137 – Método de Esterilización por radiación Gamma, en el marco del Contrato N° 4600029328 derivado de la Licitación Pública N° 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de ítems N° 0799L00071 para la "Adquisición de Jeringa para toma de muestra de gases en sangre" asimismo una tercera pretensión referida a que el Contrato N° 4600029328 derivado de la Licitación Pública N° 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de ítems N° 0799L00071 para la "Adquisición de Jeringa para toma de muestra de gases en sangre" resulta inejecutable al ser ejecutable solo parcialmente la prestación comprometida por causa no imputable a Denti-Lab del Perú SRL y carecer ESSALUD de interés en su ejecución parcial, asimismo una pretensión por la que se disponga que ESSALUD devuelva a Denti-Lab del Perú SRL la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento entregada en el marco del Contrato N° 4600029328 derivado de la Licitación Pública N° 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de ítems N° 0799L00071 para la "Adquisición de Jeringa para toma de muestra de gases en sangre" y una última pretensión accesoria referida a que se disponga que ESSALUD abone a Denti-Lab del Perú SRL la suma aprox. de S/. 93,000.00 (Noventa y tres mil y 00/10 Nuevos Soles por consumo del producto entregado esterilizado con el método de esterilización con ETO).

También debe tenerse en cuenta una segunda pretensión principal según la cual a fin de evitar o suprimir las consecuencias derivadas del ejercicio abusivo de derechos por parte de ESSALUD, se disponga la suspensión definitiva de los efectos de todo acto basado en dicho ejercicio abusivo y el archivamiento definitivo de todo procedimiento basado en el supuesto incumplimiento de Denti-Lab de Perú SRL del Contrato N° 4600029328 derivado de la Licitación Pública N° 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de ítems N° 0799L00071 para la "Adquisición de Jeringa para toma de muestra de gases en sangre" en cuanto a la entrega del producto esterilizado bajo la norma ISO 11137 – Método de Esterilización por radiación gamma.

*29
Tentativo*

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

Después del análisis de las pretensiones presentadas en ambos procesos arbitrales este Tribunal puede determinar que las pretensiones planteadas tienen objeto distinto y por tanto que no se cumple el presupuesto o requisito referido a la identidad de pretensiones.

En lo referido a la identidad de la causa de pedir este Tribunal valorando de oficio la copia de Laudo Arbitral ofrecido como medio probatorio en el numeral 5.1.2 de la contestación a la demanda considera que tal causa de pedir si bien presenta hechos que coinciden en parte de los hechos presentados en la demanda materia del presente proceso arbitral no es menos cierto que también en esta última se mencionan hechos que no se encuentran en la demanda materia del Laudo Arbitral de fecha 20 de diciembre de 2010 como es el caso del hecho de haberse entregado mercadería a la Entidad cuyo pago se peticiona y la devolución de la Carta Fianza constituida y entregada como garantía del fiel cumplimiento del Contrato, no existiendo por tanto identidad entre las causas de pedir identificables en ambos procesos.

AA
En conclusión, no existiendo de modo copulativo la triple identidad en referencia este Tribunal entiende que no existe conflicto entre el presente proceso arbitral y el principio de garantía de la cosa juzgada, por tanto ello significa que es competente para pronunciarse sobre el fondo de la controversia materia del presente proceso arbitral.

PRIMER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA PARTE DEMANDANTE

AA
DETERMINAR SI EXISTIÓ UN EJERCICIO ABUSIVO DE DERECHO POR PARTE DE ESSALUD EN PERJUICIO DE DENTI-LAB DEL PERÚ SRL CON OCASIÓN DE LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO N° 4600029328 DERIVADO DE LA LICITACIÓN PÚBLICA N° 07-2007- ESSALUD/GCL SEGÚN RELACIÓN DE ÍTEM N° 0799L00071 PARA LA “ADQUISICIÓN DE JERINGA PARA TOMA DE MUESTRA DE GASES EN SANGRE”

PRIMERO: La empresa demandante Denti-Lab del Perú SRL como postor registrado en la Licitación Pública N° 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems N° 0799L00071 para la adquisición en el Ítem 18 de “Jeringa para toma de muestra de gases en sangre” oferto en la Ficha Técnica Anexo 11 de su propuesta técnica presentada en Octubre de

30/Jan/2014

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

2007 entregar su Jeringa Hepatest esterilizada con Oxido de Etileno materia de la norma internacional ISO 11135.

SEGUNDO: Las Bases integradas de la Licitación Pública establecieron en lo referido al ítem 18 que la esterilización de las Jeringas podía ser efectuada con el método de oxido de etileno ISO 11135, o, con radiación gamma ISO 11137.

TERCERO: Con fecha 18 de Enero del 2008 Denti-Lab del Perú SRL solicito con fecha 18 de Enero del 2008 una cotización a INMUNE S.A. para que les atendieran con el servicio de esterilización por radiación gamma de la Jeringa Hepatest siendo atendida dicha solicitud con la Carta de fecha 18 de Enero de 2008 en la cual la empresa INMUNE S.A. acepta formular una tarifa por los servicios de esterilización con Radiación Gamma ISO 11137, sin embargo, posteriormente la referida empresa INMUNE S.A. mediante Carta N° 034-08-GC-INMUNE S.A. de fecha 04 de marzo de 2009 comunica a Denti-Lab del Perú S.R.L. que ya no iba a prestarle sus servicios de esterilización por razones de excesiva demanda que sobrepasaba su capacidad productiva.

CUARTO: La empresa acudió al Instituto Peruano de Energía Nuclear – IPEN y al Servicio Nacional de Sanidad Agraria – SENASA, quienes mediante Carta N° 053-2010-IPEN/SEGE del 10 de Septiembre de 2010 y Carta N° 172/2010-AG-SENASA-OCDP/UCPMF del 31 de Agosto de 2010 que no tenían capacidad para esterilizar insumos médicos, constatándose por ello que INMUNE S.A. era la única empresa que prestaba este tipo de servicio industrialmente.

QUINTO: Con fecha 08 de agosto de 2008 se suscribió el Contrato N° 4600029328 entre ESSALUD y la empresa demandante respecto del ítem 18 “Jeringa para determinar gases en sangre”, con una contraprestación por parte de ESSALUD de S/. 1'984,948.00 (Un millón novecientos ochenta y cuatro mil novecientos cuarenta y ocho y 00/100 Nuevos Soles)

SEXTO: Tal como se desprende de los actuados, habiendo resultado ganadora la oferta de Denti-Lab del Perú SRLtda y suscrito el Contrato N° 46000029328, en la etapa de ejecución contractual la empresa contratista solicitó a la Entidad se modifique el contrato en lo referido al método de esterilización mediante Carta DL/V N° 327-08 de fecha 03 de

31/Febrero/09

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

Septiembre de 2008 en la cual solicita que se le autorice cumplir con la condición biológica de estéril del producto esterilizándolo aplicando el método de esterilización con Oxido de Etileno – ETO, es decir que se modifique parte del proceso productivo, alegando que de acuerdo a las propias Bases Integradas este método de esterilización tiene la misma eficacia que el método esterilización con radiación gamma, es decir que asegura que el producto cumpla con ser estéril. Luego de cursarse diversas comunicaciones entre las partes este pedido volvió a reiterarse por Denti-Lab del Perú SRLtda. Mediante Carta Nº 396-08 del 04 de Noviembre de 2008 Denti-Lab del Perú SRLtda solicitando que se reevaluara la posibilidad de entregar el producto Jeringa para determinar gases en sangre esterilizada con el método de esterilización por oxido de etileno (ETO) ISO 11135 en reemplazo del método de esterilización con Radiación Gamma ISO 11137.

SEPTIMO: La respuesta de la entidad se dio mediante Carta Nº 14000-GCPS-ESSALUD-2008 del 19 de Diciembre de 2009 de la Gerencia Central de Prestaciones en la cual señala que el Comité Especial está conformado por profesionales usuarios de los bienes, así como de dicha Gerencia en representación de los usuarios por lo que el material mencionado debe cumplir con la condición biológica de estéril mediante radiación gamma tal como fue ofertado por el Contratista.

OCTAVO: La contra respuesta de la empresa se dio con Carta Nº DL/V 03-09 del 05 de Enero de 2009, en la cual solicito una aclaración técnica, respecto a que *“en las Bases integradas se indica que el ítem Jeringa para determinar gases en sangre debe cumplir con la condición biológica estéril y podrá ser realizada mediante método de gas ETO o irradiación gamma. Si el producto Jeringa para determinar gases en sangre de la marca Hepatest, cumple con ser biológicamente estéril mediante el método de esterilización por gas Oxido de Etileno puntualmente se cumpliría con la condición biológica ESTERIL que exige ESSALUD en las Bases del proceso Nº 0799L00071”*.

NOVENO: Ante ello la respuesta definitiva de la Entidad se dio mediante Carta Nº 558-GCPS-ESSALUD-2008 del 22 de Enero de 2009 en la cual la Gerencia Central de Prestaciones de EsSalud señalo: *“El producto HEPATEST declara la ficha técnica declarada de la Licitación Pública al método de esterilización por radiación gamma el cual se define como: La esterilización por radiación como un proceso físico mediante el cual el producto es expuesto a radiaciones (fotones) de alta energía. El tratamiento por rayos*

*32
Famotodo*

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

gamma tiene significativas ventajas sobre el método por oxido de etileno a destacar: Mayor garantía de esterilidad del producto que la filtración y producción aséptica Ausencia de residuos como lo que deja el oxido de etileno (C2H4O). Es por estas razones que el Comité Especial, lo otorgo la buen pro al producto ofertado por su empresa” y en tal sentido mediante Carta N° 1223-GCPS-ESSALUD-2009 de fecha 11 de Febrero de 2009 la Gerencia Central de Prestaciones de Salud, concluye que la empresa Denti-Lab del Perú no cumple con lo establecido en las Bases Integradas de la Licitación Pública N° 0799L00071.

DECIMO: Dicho esto, corresponde que el Tribunal analice las posiciones de ambas partes antes graficadas con la finalidad de resolverse respecto del punto controvertido submateria. Bajo esta tesitura, de los antecedentes expuestos el Tribunal encuentra dos aspectos relevantes a analizar. El primero circunscrito a la posición de Denti-Lab del Perú SRL de solicitar una modificación del contrato en cuanto al proceso de producción de la Jeringa Hepatest y el segundo referido a la posición de ESSALUD de denegar lo solicitado por la empresa contratista indicando con toda precisión que: “*el tratamiento por rayos gamma tiene significativas ventajas sobre el método por oxido de etileno a destacar: Mayor garantía de esterilidad del producto que la filtración y producción aséptica Ausencia de residuos como lo que deja el oxido de etileno (C2H4O). Es por estas razones que el Comité Especial, lo otorgo la buen pro al producto ofertado por su empresa”* lo cual revela que la Entidad entendió que el proceso productivo modificado no cumplía con las mismas, similares o superiores condiciones en comparación con las ofrecidas en el proceso y que motivaron la selección de la empresa como adjudicataria de la Buena Pro.

DECIMO PRIMERO: En cuanto a la posición de la empresa el Tribunal tiene presente que si bien de conformidad con el artículo 50 del D.S. 083-2004-PCM Texto Único Ordenado de la Ley 26850 de Contrataciones y Adquisiciones del Estado los contratistas están obligados a cumplir cabalmente con su propuesta, norma inspirada en el principio contractual conocido como pacta sunt servanda a su vez fundamento de toda fuente de las obligaciones, no es menos cierto que como derivación de los principios de mutabilidad y de conservación del Contrato publico existe la posibilidad de estipularse modificaciones contractuales en etapa posterior a la celebración del Contrato administrativo, lo cual en nuestra legislación se grafica en el artículo 36 del D.S. 083-2004-PCM cuyo párrafo relevante señala: “*El contrato (...) podrá incorporar otras modificaciones, siempre que no*

33
Tribunal

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

impliquen variación alguna en las características técnicas, precio, objeto, plazo, calidad y condiciones ofrecidas en el proceso de selección” norma cabalmente interpretada mediante Opinión Nº 010-2005/GTN del 10 de Febrero del 2005 de la Dirección Técnico Normativa del entonces Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado – CONSUCODE en el sentido que “si la modificación del contrato se sustentara en alguna variación del proceso productivo de los bienes o en el cambio de fabricante de los productos cabría la modificación siempre que no implique la variación de algún requerimiento mínimo o factor de evaluación y en el caso que el cambio incidiera en estos aspectos, el contratista deberá garantizar a la entidad que el nuevo fabricante o el proceso productivo modificado cumpla con las mismas similares o superiores condiciones en comparación con las ofrecidas en el proceso y que motivaron su selección. Por ejemplo, si las bases del proceso consideraron la presentación obligatoria de determinados certificados o calificaciones respecto de la fabricación, se deberán mantener o superar tales condiciones”

DECIMO SEGUNDO: El Tribunal por lo tanto no puede negar que existe la posibilidad jurídica de modificar el contrato público submateria suscrito entre Denti-Lab del Perú y ESSALUD en el marco de la base legal prevista para el proceso de selección respectivo y a condición de que se cumplan los presupuestos establecidos en la Opinión Nº 010-2005/GTN transcrita líneas arriba y se respeten principios fundamentales que rigen nuestro ordenamiento jurídico; y en este sentido, también entiende el Tribunal que al no incluirse dentro de tales presupuestos la pre-existencia de un caso fortuito o fuerza mayor o la previa concesión de una ampliación de plazo, la determinación de si existió o no el abuso de derecho debe circunscribirse a analizar las posiciones de las partes en relación a la modificación contractual propuesta por la empresa contratista respecto del proceso productivo, máxime cuando el Laudo de fecha 20 de Diciembre de 2010 expresamente omitió pronunciarse sobre el tema técnico en base al cual se desarrollara el análisis del Tribunal, como puede advertirse de lo indicado en su página 23: “no siendo menester determinar si el método de esterilización por Oxido de Etileno es mejor o no que el de Rayos Gamma,”^(sic)

DECIMO TERCERO: Aclarado este extremo, una primera consideración a tener en cuenta en relación a la materia subanálisis es que de acuerdo a las Bases Integradas de la Licitación Pública Nº 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems Nº 0799L00071

31/12/2011

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

para la adquisición en el ítem 18 de "Jeringa para toma de muestra de gases en sangre" y a lo expresamente declarado por ambas partes en esta controversia, entre las especificaciones técnicas a cumplirse con las propuestas técnicas de los postores figuraba que el producto debía cumplir con la condición biológica de estéril obtenida mediante el método de esterilización por Oxido de Etileno materia de la Norma Técnica Internacional ISO 11135, método que antes de la etapa de consultas era el único método de esterilización considerando valido según las Bases, habiéndose agregado por el Comité Especial en la etapa de consultas del proceso de selección el método de esterilización por radiación gamma materia de la Norma Técnica Internacional ISO 11137.

DECIMO CUARTO: En la fase de presentación de propuestas Denti-lab del Perú SRLtda declaro en la Ficha Técnica Anexo 11 de su propuesta técnica entregar su Jeringa Hepatest esterilizada a través de método de esterilización con Oxido de Etileno ISO 11135, habiéndosele finalmente adjudicado la Buena Pro.

DECIMO QUINTO: Posteriormente, luego de suscrito el Contrato N° 46000029328 Denti-Lab del Perú S.R.Ltda. con fecha 12 de Septiembre de 2008 curso a la Gerencia Central de Prestaciones de ESSALUD la Carta DL/V N° 327-08, peticionando se les permita que el producto cumpla con la condición biológica de estéril utilizando el método de esterilización vía Oxido de Etileno el cual de acuerdo a las propias Bases Integradas tiene la misma validez que el Método de Esterilización por radiación gamma, es decir, solicitando una modificación del contrato en cuanto al proceso de producción del producto, pedido que es reiterado mediante Carta N° DL/V N° 396-08 del 04 de Noviembre de 2008 Denti-Lab del Perú SRL solicita se reevalúe la posibilidad de entregar el ítem Jeringa para determinar gases en sangre con el método de esterilización por oxido de etileno (ETO).

DECIMO SEXTO: La postura primigenia de ESSALUD con relación al pedido de Denti-Lab del Perú SRLtda quedo expresada en diversas cartas entre ellas la Carta N° 12576-GCPS-ESSALUD-2008 del 17 de Noviembre de 2008 y la Carta N° 14000-GCPS-ESSALUD-2008 del 19 de Diciembre de 2009 de la Gerencia Central de Prestaciones mediante las cuales señala básicamente que los contratistas son responsables de los productos y las condiciones que realizan en sus ofertas motivo por el cual el material

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

35
mencionado debe cumplir con la condición biológica de estéril mediante radiación gamma tal como fue ofertado por el Contratista.

DECIMO SEPTIMO: Con Carta N° DL/V 03-09 del 05 de Enero de 2009, Denti-Lab del Perú SRL solicita aclaración técnica, respecto a que *“en las Bases integradas se indica que el ítem Jeringa para determinar gases en sangre debe cumplir con la condición biológica estéril y podrá ser realizada mediante método de gas ETO o irradiación gamma. Si el producto “Jeringa para determinar gases en sangre de la marca Hepatest, cumple con ser biológicamente estéril mediante el método de esterilización por gas Oxido de Etileno puntualmente se cumpliría con la condición biológica ESTERIL que exige ESSALUD en las Bases del proceso N° 0799L0071”.*

DECIMO OCTAVO: En respuesta a dicha comunicación, mediante Carta N° 558-GCPS-ESSALUD-2008 del 22 de Enero de 2009 la Gerencia Central de Prestaciones de EsSalud reconoció que en efecto en las Bases Integradas para el ítem 18 se contemplaba que la condición biológica de estéril se podía obtener mediante dos procedimientos gas Oxido de Etileno - ETO o por el método de Radiación Gamma sin embargo también señaló que: “El producto HEPATEST declara la ficha técnica declarada de la Licitación Pública al método de esterilización por radiación gamma el cual se define como: La esterilización por radiación como un proceso físico mediante el cual el producto es expuesto a radiaciones (fotones) de alta energía. El tratamiento por rayos gamma tiene significativas ventajas sobre el método por oxido de etileno a destacar: Mayor garantía de esterilidad del producto que la filtración y producción aséptica Ausencia de residuos como lo que deja el oxido de etileno (C₂H₄O)” y finalmente concluye en esta Carta que “Es por estas razones que el Comité Especial, lo otorgo la buena pro al producto ofertado por su empresa”

DECIMO NOVENO: Finalmente, mediante las Cartas N° 1223-GCPS-ESSALUD-2009 de fecha 11 de Febrero de 2009 N° 1543-GCPS-ESSALUD-2009 de fecha 19 de Febrero de 2009 y N° 5239-GCPS-ESSALUD-2009 del 29 de Mayo de 2009 la Gerencia Central de Prestaciones de Salud, concluyo que la empresa Denti-Lab del Perú no cumple con lo establecido en las Bases Integradas de la Licitación Pública N° 0799L00071.

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

VIGESIMO: De lo expuesto que resume las comunicaciones más relevantes cursadas entre ambas partes se tiene que la posición de Denti-Lab del Perú SRLtda se basa fundamentalmente en lo establecido en las Bases Integradas en el sentido que la Jeringa para determinar gases en sangre debe cumplir con la condición biológica estéril pudiendo ser esterilizada mediante método de gas ETO o mediante irradiación gamma ambos métodos considerados igualmente validos en tales Bases, por tanto, que el cambio de un método de esterilización al otro aseguraba igualmente la esterilidad del producto, es decir que el proceso productivo modificado cumple con las mismas condiciones en comparación con las ofrecidas en el proceso y que motivaron su selección.

VIGESIMO PRIMERO: Por su parte ESSALUD señala que el tratamiento por rayos gamma tiene significativas ventajas sobre el método por oxido de etileno como mayor garantía de esterilidad del producto que la filtración y producción aséptica, ausencia de residuos como lo que deja el oxido de etileno (C₂H₄O) y finalmente que fue por estas razones que el Comité Especial, lo otorgo la buena pro al producto ofertado por su Denti-Lab del Perú SRL

VIGESIMO SEGUNDO: Como ya se ha señalado por este Tribunal en atención a los principios de eficiencia y de preservación del Contrato Público, la incorporación de una o más modificaciones al Contrato se apoya en lo previsto en el artículo 36 del D.S. 083-2004-PCM cuya correcta interpretación fue materia de la Opinión N° 010-2005/GTN del 10 de Febrero de 2005, estableciéndose dentro de los supuestos de incorporación de modificaciones al Contrato la variación del proceso de producción del bien en tanto no implique variación de algún requerimiento mínimo, debiendo considerarse en este caso que tal requerimiento mínimo está circunscrito a la condición biológica de estéril que debe cumplir el producto, el mismo que no variaría en la medida que ambos métodos de esterilización son igualmente validos razón por la cual se incluyen ambos en las Bases Integradas, máxime cuando el artículo 12 del D.S. 083-2004-PCM establece que las características de los bienes precisadas en las Bases cumplen obligatoriamente con las normas técnicas, metrológicas y/o sanitarias nacionales si las hubiere, y en tal sentido, al haberse incluido como especificaciones técnicas el método de esterilización por oxido de etileno y posteriormente adicionado por el propio Comité Especial el método de esterilización por radiación gamma no puede negarse que ambos métodos de esterilización cumplen igualmente con las normas técnicas, metrológicas y sanitarias

37

Tribunal Arbitral
Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

nacionales, pues de no ser así ello implicaría que las Bases Integradas no cumplen con él antes citado artículo 12 del D.S. 083-2004-PCM TUO de la Ley 26850 de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, lo cual resulta absurdo.

VIGESIMO TERCERO: De lo expuesto también se desprende que de haberse presentado Denti-Lab del Perú SRL ofreciendo entregar esterilizado el producto con Oxido de Etileno hubiese sido igualmente favorecido con la Buena Pro, no pudiendo por tanto sostenerse que fue adjudicada por ofrecer esterilizar su producto con radiacion gamma ni denegarse la modificación solicitada alegando perjuicio al derecho de los otros postores no adjudicatarios.

VIGESIMO CUARTO: Contando con lo expuesto, este Tribunal considera que para ser integral y legítima la evaluación de este aspecto de la controversia debe también valorarse que de acuerdo a la mencionada Opinión N° 010-2005/GTN, otra de las condiciones requeridas para la incorporación de modificaciones al contrato se refiere a que los bienes satisfagan la necesidad de la Entidad y además que esta manifieste expresamente su conformidad con la modificación propuesta.

VIGESIMO QUINTO: Al respecto, es de tenerse en cuenta por las razones antes expuestas, que, la necesidad de la entidad se vería igualmente satisfecha de haberse aceptado la modificación contractual propuesta por Denti-Lab del Perú SRLtda al tratarse de métodos de esterilización igualmente validos, juicio que además se confirma por el hecho de haberse efectuado entregas parciales del bien esterilizado con Oxido de Etileno y ejecutado además su consumo por la Entidad que hayan solicitado canje alguno, como corresponde en casos de entregarse una mercadería que no satisface la necesidad de la Entidad.

VIGESIMO SEPTIMO: Valoración especial merece el presupuesto relacionado a la expresa conformidad de la Entidad a la modificación que se pretende incorporar al contrato, siendo entendimiento del Tribunal que tal expresa conformidad en este caso se ha denegado en función de las supuestas ventajas técnicas que ostenta a decir de ESSALUD el método de esterilización por radiación gamma en relación al método de esterilización por radiación gamma, porque a entender del Tribunal en este aspecto de los hechos corresponde evaluar si existió o no abuso en el ejercicio de derechos.

39

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

VIGESIMO OCTAVO: En este sentido, a fin de emitirse pronunciamiento expreso al respecto, debe tenerse en cuenta que el abuso en el ejercicio de derechos se encuentra proscrito por el párrafo final del artículo 103 de la Constitución Política mandato constitucional que se configura en el campo del ejercicio de los derechos subjetivos, siendo por tanto preciso referirnos al abuso en el ejercicio de derechos, antes que de abuso del derecho (Véase: *Para leer el Código Civil II*. Fondo editorial PUCP. 1987. Pág. 25)

VIGESIMO NOVENO: Hecha esta precisión, el Tribunal considera pertinente hacer un breve repaso de lo que se considera como abuso en el ejercicio de derechos a nivel doctrinario y jurisprudencial para luego adoptar una posición conceptual del mismo y finalmente proceder a determinar si se suscita tal abuso en este caso.

Eduardo J. Couture define al abuso del derecho como una "forma excesiva y vejatoria de acción u omisión de parte de quien, so pretexto de ejercer un derecho procesal, causa perjuicio al adversario, sin que ello sea requerido por las necesidades de la defensa." (COUTURE, Eduardo J. *Vocabulario jurídico*. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1983, p. 61.)

Según Carlos Fernández Sessarego: "Es un acto ilícito *sui generis* y su origen está dado por el ejercicio de un derecho que afecta un interés existencial que no se halla normativamente protegido por el ordenamiento jurídico. Que, además, acarrea un daño y origina responsabilidad civil" (FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos. *Abuso del derecho*, Bs. As., Astrea, 1992, p. 4.)

Gianluigi Palombella señala al respecto: "El abuso de derecho, el abuso de poder público y el abuso del rule of law aparecen como figuras diferenciadas pero unidas por cierto continuo revelador de un uso ilícito e instrumental del Derecho (en sentido objetivo, law)." (PALOMBELLA, Gianluigi. DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006) p. 37)

Finalmente, Josserand y Saleilles señalan que el acto abusivo se configura al existir intención de dañar (elemento subjetivo) y cuando se aparta de la función social para el

39

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

que ha sido destinado (elemento objetivo) siendo la noción fundamental es la función social, pero sin desdeñar la intención de dañar, la presencia de culpa y la falta de un interés serio y legítimo, definición que comparte este Tribunal.

TRIGESIMO: Por su parte mediante Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.º 05859-2009-PA/TC Arequipa con fecha 22 de Junio de 2010 se señalo en relación a la figura del abuso en el ejercicio de derechos lo siguiente: *“el abuso del derecho tiene la propiedad de lograr combatir el formalismo que sirve de cubierta para transgredir el orden jurídico constitucional, significando además que en la figura del abuso en el ejercicio de los derechos se presenta un conflicto entre, por un lado, las reglas que confieren atributos al titular de un derecho subjetivo, y por otro, los principios que sirven de razones últimas para su ejercicio (Atienza, Manuel y Juan Ruiz Manero. Ilícitos atípicos. Segunda edición, Trotta, 2006, pp. 58 y ss; 74 y ss) y que por tanto frente al abuso de derecho no basta que una conducta sea compatible con una regla de derecho, sino que se exige que dicha conducta no contravenga un principio, ya que resaltando la preeminencia de los principios, la Constitución niega validez a todo acto contrario a su contenido principista, pese a que encuentre sustento prima facie en una regla”*

TRIGESIMO PRIMERO: En este orden de ideas, el Tribunal acoge el concepto expresado en esta última Sentencia del Supremo Interprete de la Constitución no solo en atención a la función orientadora del órgano constitucional autónomo que la emite sino además por que resume adecuadamente las características del abuso en el ejercicio de derecho; puntualizando en todo caso en cuanto a su naturaleza jurídica, que si bien en el debate doctrinario hay posiciones que asimilan el abuso con un acto ilícito, porque se actúa de manera contraria a la ley; y otras, con un acto lícito, ya que son comportamientos aceptados por la ley; y asimismo una tercera postura que lo asimila como un acto intermedio entre lo lícito y lo ilícito, sin embargo en nuestro ordenamiento jurídico no caben mayores digresiones al respecto por la existencia del último párrafo del artículo 103 de la Constitución y el artículo II del Título Preliminar del Código Civil que claramente colocan el abuso en el ejercicio de derechos como un acto fuera de la protección del ordenamiento jurídico en otras palabras como acto ilícito.

40

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

TRIGESIMO SEGUNDO: En este sentido, este Tribunal entiende que un aspecto relevante del ejercicio abusivo de los derechos está referido a que todo abuso en el ejercicio de derechos es ilícito por definición según el párrafo final de artículo 103 de la Constitución y el artículo II del Título Preliminar del Código Civil.

TRIGESIMO TERCERO: Por otro lado, otro aspecto relevante es el relacionado al perjuicio que se genera como consecuencia del ejercicio abusivo de los derechos, pues debe entenderse que este perjuicio deviene en ilícito al ser también ilícito el ejercicio abusivo del cual es consecuencia.

TRIGESIMO CUARTO: Además este Tribunal entiende que no resulta un rasgo distintivo de la situación denominada como abuso en el ejercicio de derechos que el objeto del perjuicio sea necesariamente un interés no tutelado expresamente por el ordenamiento jurídico como propone la parte demandante en su demanda, sino en cambio que inclusive puede configurarse siendo el objeto del perjuicio otro derecho subjetivo pero que puesto en la situación jurídica de poder que enmarca el abuso en el ejercicio de derechos si titular resulte siendo víctima del ejercicio abusivo de derechos, máxime cuando existiendo norma de rango constitucional que proscribe el abuso en el ejercicio de derechos aquellos intereses que en el pasado eran pasibles de abuso virtualmente impune en el ejercicio de derechos gozan ahora de la objetiva protección genérica que les brinda la referida norma de rango constitucional.

TRIGESIMO QUINTO: En orden a lo expuesto, este Tribunal señala que si bien constituye facultad de la Entidad el conceder o denegar su conformidad en relación a la modificación contractual que se pretendía incorporar por Denti-Lab del Perú SRLtda tal discrecionalidad debe ejercerse acorde al Estado social y democrático de derecho caracterizado por el pleno y respeto y observancia de los derechos y principios fundamentales que sustentan la convivencia en nuestra sociedad y en especial la relación entre Estado en sus distintas dependencias y reparticiones y la ciudadanía², concordancia que nuestro juicio no se observa en este caso por que al sustentar la Entidad su posición,

² De una interpretación conjunta de los artículos 3 y 43 de nuestra Constitución, el Estado Peruano se erige como uno Social y Democrático de Derecho. Esto es, un Estado que sin desconocer los intereses individuales, los integra a los intereses de la sociedad, bajo el entendido que la realización de los primeros no puede darse sin el concurso de los segundos

61

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

en lugar de ejercer su derecho a denegar la petición de modificación del contrato formulada por Denti-Lab del Perú SRLtda con arreglo a los principios garantía de debida motivación y razonabilidad es decir de motivar su denegatoria de tal manera que se excluya toda posibilidad de arbitrariedad, es notorio y palmario que por el contrario se sustenta en su mera arbitrariedad reñida con el Estado social y democrático de derecho.

TRIGESIMO SEXTO: Que, el **principio de razonabilidad** exige que la medida restrictiva de derechos decidida por la autoridad se justifique en la necesidad de preservar, proteger y promover un fin constitucionalmente valioso y en esta perspectiva debe perseguirse garantizar un fin legitimo y además de rango constitucional; lo cual no se advierte en la decisión de la Entidad que por vicio de arbitrariedad se orienta a perjudicar el derecho de la contratista solicitante a solicitar modificaciones contractuales incurriendo en violación de la norma constitucional prevista en el artículo 103 de la Constitución (Ver STC N.º 01209-2006-PA/TC publicada el 22 de Octubre del 2006) no pudiendo por tanto entenderse que tal denegatoria persiga un fin constitucionalmente valioso.

TRIGESIMO SEPTIMO: Que en todo Estado constitucional y democrático de derecho la **motivación debida** de las decisiones de las entidades públicas –sean o no de carácter jurisdiccional–, es un derecho fundamental que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela procesal efectiva, por tanto, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituye una decisión arbitraria siendo inconstitucional.

TRIGESIMO SEXTO: En este sentido, siguiendo el criterio expresado en el Fundamento 20 de la STC recaída en el Expediente N.º 2877-2005-PHC/TC con fecha 27 de enero de 2006: “(...) *Asumiendo que no debe admitirse en un Estado social y democrático de derecho el abuso de derecho, según lo proscribe el artículo 103º de la Constitución...*” este Tribunal concluye con certeza que la denegatoria sustentada en su palmaria arbitrariedad constituye un abuso en el ejercicio de derechos por parte de ESSALUD en perjuicio del derecho de Denti-Lab del Perú SRLtda. a solicitar que se incorporen modificaciones al Contrato celebrado conforme al artículo 36 del D.S. N.º 083-2004-PCM Texto Único Ordenado de la Ley 26850 de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y la Opinión N.º 010-2005/GTN del 10 de Febrero de 2005 y que por tanto tal decisión carece de todo amparo constitucional y/o legal deviniendo en ilícita, así como resulta ilícito todo

42

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

perjuicio ocasionado a Denti-Lab del Perú SRLtda. derivado de tal abuso en ejercicio de derechos.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA PARTE DEMANDANTE

DETERMINAR SI NO CONSTITUYE RESPONSABILIDAD DE DENTI-LAB DEL PERU SRLtda. LA NO ENTREGA A ESSALUD DEL PRODUCTO ITEM 18 "JERINGA PARA TOMA DE MUESTRA DE GASES EN SANGRE" ESTERILIZADO BAJO LA NORMA ISO 11137 - METODO DE ESTERILIZACION POR RADIACION GAMMA EN EL MARCO DEL CONTRATO N° 4600029328 DERIVADO DE LA LICITACION PUBLICA N° 07-2007-ESSALUD/GCL SEGÚN RELACION DE ITEMS N° 0799L00071 PARA LA "ADQUISICION DE JERINGA PARA TOMA DE MUESTRAS DE GASES EN SANGRE"

PRIMERO: El artículo II del Título Preliminar del Código Civil señala que *"la ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho y que al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso"*; es decir, que mas allá de la posibilidad de una pretensión indemnizatoria la ley no ha establecido cual puede ser el contenido y alcance de alguna otra pretensión que la víctima de abuso en el ejercicio de derechos pudiese reclamar, lo cual además resultaría acertado dada la naturaleza subjetiva y compleja del abuso en el ejercicio de derechos.

SEGUNDO: En esta línea de razonamiento el Tribunal considera sin restricción alguna que conforme al mandato constitucional contenido en el último párrafo del artículo 103 de nuestra Constitución y a lo expuesto en las líneas que preceden toda pretensión tendiente a evitar o suprimir la conducta abusiva y/o sus efectos resulta legítima a condición claro esta de que en efecto se oriente a evitar o suprimir el abuso o sus efectos en el reclamante.

TERCERO: Por tanto, es conclusión de este Tribunal que cuando menos en principio resulta legítima la pretensión formulada por la demandante materia del presente punto controvertido, restando determinarse si es amparable o no.

43

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

CUARTO: Que, en torno a si es amparable o no debe considerarse que siendo ilícita la denegatoria arbitraria de la Entidad a la solicitud de modificación del Contrato N° 4600029328 por tratarse de un abuso en el ejercicio de derechos en perjuicio del derecho de Denti-Lab del Perú SRLtda. a solicitar que se incorporen modificaciones al Contrato celebrado conforme al artículo 36 del D.S. N° 083-2004-PCM Texto Único Ordenado de la Ley 26850 de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y la Opinión N° 010-2005/GTN del 10 de Febrero de 2005, es desde esta perspectiva que deben determinarse los efectos tal abuso en el ejercicio de derechos sobre la eventual responsabilidad de Denti-Lab del Perú SRLda. en la no entrega a ESSALUD del producto Ítem 18 "Jeringa para toma de muestra de gases en sangre" esterilizado bajo la Norma ISO 11137 - Método de Esterilización por Radiación Gamma.

QUINTO: En esta línea de razonamiento, al ser ilícita la denegatoria de parte de la Entidad a la incorporación de modificaciones al proceso productivo solicitada por Denti-Lab del Perú SRLtda. tal ilicitud genera consecuencias que en líneas generales son las siguientes: **a)** obliga a resarcir el daño causado; **b)** es una causa legítima de paralización del derecho desviado de sus fines regulares, al que se podrá desvirtuar por vía de acción o de excepción; sea para que el titular del derecho cese en su pretensión irregular, sea para que quede bloqueado el intento abusivo de lograr amparo judicial para dicho ejercicio irregular; **c)** si la conducta genera consecuencias extrajudiciales, se debe intimar al culpable para que cese en ella. (Kemelmajer de Carlucci, Aida. en la "Revista de Derecho Privado y Comunitario", N° 16, 1998, Editorial Rubinzal Culzoni, pp. 209/86, en su trabajo "Principios y Tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina")

SEXTO: Que, considerando que esto último, el Tribunal reitera que al no incluirse dentro de los presupuestos previstos en el artículo 36 del D.S. N° 083-2004-PCM TUO de la Ley 26850 de Contrataciones y Adquisiciones del Estado la pre-existencia de un caso fortuito o fuerza mayor o la previa concesión de una ampliación de plazo³ el análisis de estos aspectos no resulta relevante, corriendo asimismo igual suerte todo juicio acerca de la imprevisibilidad, extraordinariedad o irresistibilidad, así también carece de relevancia analizar si se actuó o no con la diligencia ordinaria requerida por la prestación concreta al

³ En la medida que tal modificación del modo en que está redactado el Artículo 36 del D.S. N° 083-2004-PCM puede inclusive sustentarse en la decisión razonable del deudor en este caso Denti-Lab del Perú SRLtda de modificar por diversas razones su proceso productivo de manera unilateral.

44

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

no alcanzarse la cosa con la cual la Entidad pretendía satisfacer su interés, ello porque siendo la obligación de entrega de la Jeringa para determinar gases en sangre a la Entidad una obligación de resultado y habiendo quedado excluidos los aspectos de fuerza mayor o caso fortuito, solo una imposibilidad de corte objetivo es decir aquella que afectaría igualmente a cualquier persona en la misma posición que la que ocupa el obligado puede justificar la no entrega del bien, caso en el cual no tiene relevancia alguna establecer si se actuó o no con la diligencia ordinaria requerida por la prestación concreta, todo ello fundado en el modo en que se ha redactado el supuesto de hecho contenido en el artículo 36 del D.S. 083-204-PCM TUO de la Ley 26850.

SEPTIMO: Una primera consecuencia del abuso en el ejercicio del derecho de la Entidad a denegar la propuesta de incorporación de modificaciones al contrato suscrito, es que al ser ilícita tal denegatoria queda fuera del ordenamiento jurídico es decir jurídicamente no genera efectos protegidos por el ordenamiento jurídico, por tanto, recupera vigencia la situación jurídica inmediatamente anterior a la expedición de la denegatoria abusiva, en la cual Denti-Lab del Perú SRLtda había formulado su pedido de incorporar una modificación al Contrato en cuanto al proceso de producción del bien específicamente el cambio del método de esterilización de radiación gamma ISO 11137 a Oxido de Etileno.

OCTAVO: En este sentido, no será objeto de pronunciamiento por el Tribunal si ESSALUD debió o no otorgar su anuencia a incorporar la modificación propuesta por Denti-Lab del Perú SRLtda dado que tal no es el objeto de la pretensión demandada, sino en cambio como se ha señalado en las ideas precedentes con base en doctrina y jurisprudencia invocadas proteger a la víctima de las consecuencias del abuso en ejercicio de derechos por parte de ESSALUD.

NOVENO: Por lo dicho este Tribunal es de la convicción que al analizar la situación jurídica inmediatamente anterior al abuso en ejercicio de derecho declarada al margen del ordenamiento jurídico se tiene que Denti-Lab del Perú SRLtda. tenía manifestada formalmente su voluntad de entregar el producto esterilizado con Oxido de Etileno incorporando la modificación correspondiente en el Contrato pedido que se encuentra amparado en el artículo 36 del D.S. 083-2004-PCM aclarado y precisado en la Opinión N° 010-2005/GTN del 10 de febrero de 2005 resultando por tanto evidente que la continuación de la ejecución de la obligación de Denti-lab del Perú SRLtda Contrato en las

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

condiciones pre establecidas requiere que previamente se resuelva por la Entidad el referido pedido formulado por el Contratista y en este ínterin se crea una situación jurídica especial de suspensión de la exigibilidad de su obligación de suministro en el estado en que se encontraba y en este ínterin no se puede considerar a Dentilab del Perú SRLtda obligado a cumplir con entregar el producto "Jeringa para toma de muestra de gases en sangre" esterilizado con Radiación Gamma ISO 11137..

DECIMO: En orden a lo expuesto, este Tribunal concluye por los fundamentos antes expuestos que siendo una consecuencia de declararse que ESSALUD ha incurrido en abuso en el ejercicio de su derecho a denegar la propuesta de incorporación de modificaciones al contrato suscrito la recuperación de la situación jurídica inmediatamente anterior a la ocurrencia de tal abuso, entre tanto este pendiente de resolverse tal pedido, y siempre que tal pronunciamiento sea acorde a los principios y normas antes establecidos en el presente Laudo pedido, no constituye responsabilidad de Denti-Lab del Perú SRLtda. la no entrega a ESSALUD del producto ítem 18 "Jeringa para toma de muestra de gases en sangre" esterilizado bajo la norma ISO 11137 - método de esterilización por radiación gamma.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA PARTE DEMANDANTE

DETERMINAR SI EL CONTRATO N° 4600029328 DERIVADO DE LA LICITACION PUBLICA N° 07-2007-ESSALUD/GCL SEGÚN RELACIÓN DE ITEMS N° 0799L00071 PARA LA "ADQUISICION DE JERINGA PARA TOMA DE MUESTRA DE GASES EN SANGRE" RESULTA INEJECUTABLE AL SER EJECUTABLE SOLO PARCIALMENTE LA PRESTACIÓN COMPROMETIDA POR CAUSA NO IMPUTABLE A DENTILAB DEL PERU SRL Y CARECER ESSALUD DE INTERÉS EN SU EJECUCION PARCIAL.

PRIMERO: Que, en cuanto al presente punto controvertido el Tribunal entiende que debe aplicarse mutatis mutandis el aforismo denominado "iura novit curia" precepto establece que el Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente circunscribiéndose por tanto a la invocación o no invocación de las normas jurídicas que sirven de fundamento a las pretensiones esgrimidas por las partes dentro de un proceso. Al respecto, Luis Diez

46

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

Picazo y Antonio Gullón (Sistema de Derecho Civil: Madrid, Tomos, 1982, pág.227) exponen que el juez puede alterar el fundamento jurídico de la pretensión de la parte pero que la decisión judicial vinculada con la aplicación del principio iura novit curia tiene que ser congruente con el objeto del petitum y la causa petendi (*Fundamentos 5, 6 y 11 de STC recaída en Exp. N° 0569-2003-AC/TC del 05 de abril de 2004*)

SEGUNDO: Dicho esto, corresponde tener en cuenta el pronunciamiento emitido respecto del punto controvertido anterior con relación a que una primera consecuencia del abuso en el ejercicio del derecho de la Entidad a denegar la propuesta de incorporación de modificaciones al contrato suscrito es que acto abusivo jurídicamente es ilícito y no surte efectos protegidos por el ordenamiento jurídico por tanto recupera vigencia la situación jurídica inmediatamente anterior en la cual Denti-Lab del Perú SRLtda formula su pedido de incorporar una modificación al Contrato en cuanto al proceso de producción del bien específicamente el cambio del método de esterilización de radiación gamma ISO 11137 a Oxido de Etileno y en este orden de ideas ya estando en la situación jurídicamente inmediatamente anterior al abuso en ejercicio de derecho resulta evidente que la exigibilidad de la obligación de suministro en las condiciones preestablecidas requiere que sea previamente resuelto por la Entidad el pedido formulado por el Contratista acorde a los principios y normas antes establecidos en el presente Laudo, y en este ínterin se crea una situación jurídica especial de suspensión de tal exigibilidad y entretanto no se puede considerar a Dentilab del Perú SRLtda obligado a cumplir con entregar el producto "Jeringa para toma de muestra de gases en sangre" esterilizado con Radiación Gamma ISO 11137,

TERCERO: Que siendo así, no corresponde amparar la pretensión de la demandante materia del presente punto controvertido, en la medida que por las razones antes expuestas deviene en jurídicamente imposible analizar si debe o no declararse el referido contrato inejecutable al ser ejecutable solo parcialmente, como se pretende por la parte demandante.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA PARTE DEMANDANTE

DETERMINAR SI CORRESPONDE QUE ESSALUD DEVUELVA A DENTILAB DEL PERU SRL LA CARTA FIANZA DE FIEL CUMPLIMIENTO ENTREGADA EN EL

47

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

MARCO DEL CONTRATO N° 4600029328 DERIVADO DE LA LICITACION PUBLICA N° 07-2007-ESSALUD/GCL SEGÚN RELACIÓN DE ITEMS N° 0799L00071 PARA LA "ADQUISICION DE JERINGA PARA TOMA DE MUESTRA DE GASES EN SANGRE"

PRIMERO: Que, de conformidad con el artículo 215 del D.S. 084-2004-PCM Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado: "Como requisito indispensable para suscribir el contrato, el postor ganador debe entregar a la Entidad la garantía de fiel cumplimiento del mismo. Esta deberá ser emitida por una suma equivalente al diez por cien (10%) del monto del contrato y, tener vigencia hasta la conformidad de la recepción de la prestación a cargo del contratista, en el caso de bienes y servicios, o hasta el consentimiento de la liquidación final, en el caso de ejecución y consultoría de obras".

SEGUNDO: Que, de conformidad con lo expuesto no habiéndose suscitado ninguno de los supuestos previstos en el artículo precedente para efectos de la devolución de la Carta Fianza que se indica corresponde declarar improcedente que ESSALUD devuelva a DENTI-LAB DEL PERU SRLtda la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento entregada en el marco del Contrato N° 4600029328 derivado de la Licitación Publica N° 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems N° 0799L00071 para la "Adquisición de jeringa para toma de muestra de gases en sangre"

QUINTO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA PARTE DEMANDANTE

DETERMINAR SI CORRESPONDE QUE ESSALUD ABONE A DENTILAB DEL PERU SRL LA SUMA APROX. DE S/. 93,000.00 (NOVENTA Y TRES MIL Y 00/10 NUEVOS SOLES POR CONSUMO DEL PRODUCTO ENTREGADO ESTERILIZADO CON EL MÉTODO DE ESTERILIZACIÓN CON ETO.

PRIMERO: Que, con relación a este punto controvertido debe tenerse en cuenta que mediante escrito de fecha 03 de Mayo de 2012 Denti-Lab del Perú SRLtda. presenta un escrito mediante el cual precisa que la suma adeudada asciende a S/. 80,500.00 (Ochenta mil quinientos y 00/100 nuevos soles) adjuntando para ello, como medios probatorios el merito de las facturas que se indican en el segundo otrosí del mencionado escrito y las Guías de Remisión que se indican en el Tercer otrosí de este mismo escrito y las Órdenes de Compra respectivas.

48

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

SEGUNDO: Que, en este mismo escrito además precisa Denti-lab del Perú SRLtda que luego de recepcionar el producto ESSALUD solo ha abonado la suma de S/. 32,900.00 (Treinta y dos mil novecientos y 00/100 Nuevos Soles) del total de facturas relacionadas a entregas del producto adjuntando como medios probatorios el merito de las facturas que se indican en el primer otrosí del escrito.

TERCERO: Que señala la demandante que estos hechos demuestran que ESSALUD ha consentido su postura con relación a la modificación propuesta por tanto corresponde que se ordene el pago reclamado.

CUARTO: Que en este sentido, respecto al pago de la suma adeudada este no ha sido materia del Laudo de fecha 20 de Diciembre de 2010, por tanto también se trata de un aspecto sobre el cual el Tribunal es perfectamente competente para emitir pronunciamiento.

QUINTO: Que, en este sentido, el Tribunal mediante Resolución Nº 11 de fecha 10 de mayo de 2012 puso en conocimiento de ESSALUD el mencionado escrito y los medios probatorios que se indican sin que a la fecha la Entidad haya formulado cuestionamiento alguno a los referidos medios probatorios.

SEXTO: Que, en este sentido de lo expuesto en la demanda, la contestación y demás actuaciones realizadas en los autos, se desprende que en efecto Denti-Lab del Perú SRLtda hizo entregas del producto Ítem 18 "Jeringa para toma de muestra de gases en sangre" esterilizadas con Oxido de Etileno por la suma total de S/. 113,400.00 (Ciento trece mil cuatrocientos y 00/100 Nuevos Soles) monto del cual de acuerdo a lo expresado por la demandante, ESSALUD pago la suma de S/. 32,900.00 (Treinta y dos mil novecientos y 00/100 Nuevos Soles) según los siguientes documentos:

Factura	Emisión	Guía de remisión	Orden de Compra	Unidades	Monto S/.
002-0031006	02/05/2009	02-35609	4501093533	300	1,050.00
002-0030988	02/05/2009	02-35598	4501093517	3,500	15,750.00
002-0030990	02/05/2009	02-35600	4501093519	500	1,750.00
002-0030991	02/05/2009	02-35601	4501093520	1,000	3,500.00

49

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

002-0030992	02/05/2009	02-35602	4501093521	100	350.00
002-0030994	02/05/2009	02-35604	4501093523	200	700.00
002-0030993	02/05/2009	02-35603	4501093522	1,100	3,850.00
002-0030989	02/05/2009	02-35599	4501093518	200	700.00
002-0030995	02/05/2009	02-35605	4501093524	100	350.00
002-0030999	02/05/2009	02-35608	4501093532	400	1,400.00
<u>002-0030596</u>	<u>02/05/2009</u>	<u>02-35167</u>	<u>4501081952</u>	<u>1,000</u>	<u>3,500.00</u>
Total					32,900.00

Asimismo, de acuerdo a lo expresado por la demandante, ESSALUD adeuda la suma de S/. 80,500.00 (Ochenta mil quinientos y 00/100 nuevos soles) según los siguientes documentos:

Factura	Emisión	Guía de remisión	Orden de Compra	Unidades	Monto S/.
002-0030596	01/04/2009	02-35167	4501081952	1,000	3,500.00
002-0030597	01/04/2009	02-35168	4501081953	4,500	15,750.00
002-0030598	01/04/2009	02-35169	4501081954	400	1,400.00
002-0030603	01/04/2009	02-35174	4501081959	200	700.00
002-0030600	01/04/2009	02-35171	4501081956	500	1,750.00
002-0030599	01/04/2009	02-35170	4501081955	200	700.00
002-0030601	01/04/2009	02-35172	4501081957	1,000	3,500.00
002-0030612	01/04/2009	02-35183	4501081949	200	700.00
002-0030605	01/04/2009	02-35176	4501081961	100	350.00
002-0030987	01/04/2009	02-35597	4501093516	1,000	3,500.00
002-0030986	01/04/2009	02-35596	4501093515	1,000	3,500.00
002-0030985	01/04/2009	02-35595	4501093514	2,300	8,050.00
002-0030983	01/04/2009	02-35593	4501093506	7,000	24,500.00
002-0031381	01/04/2009	02-35997	4501109792	300	1,050.00
002-0031380	01/04/2009	02-35996	4501109791	200	700.00
002-0031378	01/04/2009	02-35994	4501109789	100	3,850.00
002-0031377	01/04/2009	02-35993	4501109788	100	350.00
002-0031376	01/04/2009	02-35992	4501109787	1,000	3,500.00
002-0031375	01/04/2009	02-35991	4501109786	500	1,750.00
<u>002-0031373</u>	<u>01/04/2009</u>	<u>02-35989</u>	<u>4501109784</u>	<u>400</u>	<u>1,400.00</u>
Total					S/. 80,500.00

50

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

SEPTIMO: Que, de los documentos aportados por la parte demandante, el Tribunal entiende que queda demostrado que en efecto Dentilab del Perú SRLtda entrego 30,400 (Treinta mil cuatrocientas) unidades del producto "Jeringa para toma de muestra de gases en Sangre" esterilizado bajo la Norma ISO 11135 – Método de Esterilización por Oxido de Etileno, en el marco del Contrato Nº 4600029328 derivado del Ítem 18 de la Licitación Pública Nº 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems Nº 0799L00071 por un valor total de S/. 113,400.00 (Ciento trece mil cuatrocientos y 00/100 Nuevos Soles) habiendo pagado a Dentilab del Perú SRLtda la suma de S/. 32,900.00 (Treinta y dos mil novecientos y 00/100 Nuevos Soles) quedando por tanto pendiente de pago la suma de S/. 80,500.00 (Ochenta mil quinientos y 00/100 Nuevos Soles).

OCTAVO: Que, a fin de determinar si corresponde ordenar el pago conforme a lo reclamado por Dentilab del Perú SRLtda. debe considerarse que de conformidad con el artículo 1132 del Código Civil "el acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor" precepto que constituye piedra angular del derecho de las obligaciones de dar, en la medida que el objeto de la prestación es precisamente la cosa que el acreedor espera recibir como consecuencia de la ejecución de la obligación por el deudor; sin embargo, de la lectura del artículo también se desprende en aplicación de la interpretación en contrario sensu que si el acreedor acepta recibir otro bien, la obligación debe considerarse cumplida y por tanto generarse el derecho al pago.

NOVENO: Que, de conformidad con el artículo artículo 141 del Código Civil la manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita; siendo expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo y tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

DECIMO: Si bien la incorporación de modificaciones al contrato respecto del proceso productivo ha sido denegada por la Entidad, el carácter abusivo de tal denegatoria la excluye del ordenamiento jurídico colocándola en el ámbito de lo ilícito, no siendo por tanto apta para producir los efectos que le hubiese correspondido si no hubiera ocurrido en tal ilicitud y por ello mismo no puede asumirse que la mencionada denegatoria constituya la reserva en contrario de carácter expreso respecto de las entregas

51

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

consignadas en el escrito de fecha 03 de mayo de 2012 a que se refiere la Ley, máxime cuando tampoco la Entidad ha demostrado que existan en algún otro documento la referida reserva en contrario expresamente referida a las entregas a que se refiere el escrito de la Contratista del 03 de mayo de 2012; debiendo aclararse en todo caso que la ilicitud de la denegatoria de la entidad tampoco es idónea para concluirse que haya habido aceptación por no surtir efecto valido alguno en este sentido.

DECIMO PRIMERO: Que, siendo deber del Tribunal valorar los hechos expuestos debe tenerse en cuenta que al no haberse generado pedidos de canje y/o reembolso por parte de ESSALUD respecto de las entregas, así como tampoco haber expresado nada respecto del traslado del escrito de fecha 03 de Mayo de 2012 y por el contrario haber pagado a la Contratista del total entregado la suma de S/. 32,900.00 (Treinta y dos mil novecientos y 00/100 Nuevos Soles) no se puede negar que la mercadería le haya sido útil y que exista cuando menos aceptación tacita a las entregas de la referida mercadería a que se refiere el escrito de fecha 03 de mayo de 2012 esterilizada con Oxido de Etileno por tanto que la suma reclamada deba ser pagada a la Contratista, con la precisión que esta suma debe reducirse a S/. 80,500.00 (Ochenta mil quinientos y 00/100 Nuevos Soles).

DECIMO SEGUNDO: Que, estos hechos de la Entidad si bien es cierto son congruentes con el pedido de Denti-Lab del Perú SRLtda de incorporar una modificación al Contrato no llega a generar esto último por la forma en que se ha redactado en artículo 36 del D.S. 083-2004-PCM T.U.O. de la Ley de Contrataciones del Estado interpretado por la Opinión Nº 010-2005/GTN aun cuando constituya un elemento de juicio a considerar en el pronunciamiento a emitirse en cuanto a dicho pedido, siendo por ello su efecto circunscrito exclusivamente a las entregas indicadas en el escrito de fecha 03 de mayo de 2012 presentado por la Contratista.

SEXTO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA PARTE DEMANDANTE

DETERMINAR SI CORRESPONDE ORDENAR LA SUSPENSIÓN DEFINITIVA DE LOS EFECTOS DE TODO ACTO BASADO EN EL EJERCICIO ABUSIVO POR PARTE DE ESSALUD Y EL ARCHIVAMIENTO DEFINITIVO DE TODO PROCEDIMIENTO BASADO EN EL SUPUESTO INCUMPLIMIENTO DE DENTILAB DE PERU SRL DEL CONTRATO Nº 4600029328 DERIVADO DE LA LICITACION PUBLICA Nº 07-2007-ESSALUD/GCL

52

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

SEGÚN RELACIÓN DE ITEMS N° 0799L00071 PARA LA "ADQUISICION DE JERINGA PARA TOMA DE MUESTRA DE GASES EN SANGRE" EN CUANTO A LA ENTREGA DEL PRODUCTO ESTERILIZADO BAJO LA NORMA ISO 11137 – METODO DE ESTERILIZACION POR RADIACIÓN GAMMA.

PRIMERO: Que tal como ha quedado pronunciado por el Tribunal al resolver sobre el segundo punto controvertido de la parte demandante, siendo ilícita la denegatoria de parte de la Entidad a la incorporación de modificaciones al proceso productivo solicitada por Denti-Lab del Perú SRLtda. tal ilicitud genera consecuencias que en líneas generales son las siguientes: **a)** obliga a resarcir el daño causado; **b)** es una causa legítima de paralización del derecho desviado de sus fines regulares, al que se podrá desvirtuar por vía de acción o de excepción; sea para que el titular del derecho cese en su pretensión irregular, sea para que quede bloqueado el intento abusivo de lograr amparo judicial para dicho ejercicio irregular; **c)** si la conducta genera consecuencias extrajudiciales, se debe intimar al culpable para que cese en ella. (Kemelmajer de Carlucci, Aida. en la "Revista de Derecho Privado y Comunitario", N° 16, 1998, Editorial Rubinzal Culzoni, pp. 209/86, en su trabajo "Principios y Tendencias en torno al abuso del derecho en Argentina")

SEGUNDO: Que, como se ha indicado en el literal **c)** si la conducta genera consecuencias extrajudiciales se debe intimar al culpable para que cese en ella, ello a fin de alcanzar la finalidad prevista en el artículo II del Título Preliminar del Código Civil consistente en evitar o suprimir el abuso finalidad que se extiende por extensión a las consecuencias del abuso.

TERCERO: En esta línea de razonamiento, el Tribunal considera que el pronunciamiento deberá restringirse a los actos demostradamente relacionados al acto abusivo a fin de no afectar a actos que no están directamente relacionados al acto abusivo.

CUARTO: Siendo así, corresponde que el Tribunal considere de lo expuesto por las partes en el presente proceso arbitral y las pruebas actuadas el hecho que a la fecha se viene tramitando ante el Tribunal de Contrataciones del Estado el Expediente N° 158-2011/TC un procedimiento administrativo sancionador en relación a la Resolución del Contrato N° 4600029328 por incumplimiento injustificado por Dentilab del Perú SRLtda de

53

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

su obligación de suministro materia del Contrato indicado cuya iniciación fue promovida por ESSALUD mediante escrito de fecha 03 de Febrero de 2011.

QUINTO: Siendo competente el Tribunal a fin de emitir pronunciamiento con relación a la controversia materia del presente proceso arbitral también resulta competente para pronunciarse acerca de toda otra situación conexa con el objeto del presente proceso arbitral conexidad dentro de la cual se circscribe la pretensión de la contratista demandante materia del presente punto controvertido.

SEXTO: En función a ello, se debe señalar también que la competencia del Tribunal no se extiende a disponer o no la suspensión del trámite del procedimiento administrativo sancionador indicado, sino únicamente ratificar que la no entrega del producto "Jeringa para toma de muestra de gases en sangre" materia del Contrato N° 4600029328 derivado del ítem 18 de la Licitación Pública N° 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems N° 0799L00071 no resulta de responsabilidad de Dentilab del Perú SRLtda. y por tanto todo acto de la Entidad basado en el señalamiento de dicha responsabilidad constituye consecuencia del abuso en ejercicio de derechos descrito y analizado en los considerandos precedentes y por lo tanto que tales actos de la Entidad adolecen también de la ilicitud que aqueja a la denegatoria de expresada por ESSALUD a la solicitud presentada por Dentilab del Perú SRLtda. de incorporación de modificaciones al Contrato.

SEPTIMO: Por esta situación es que el Tribunal entiende que corresponde señalar que en aplicación del inciso 2 del artículo 301 del D.S. 084-2004-PCM norma aplicable por temporalidad resulta necesario considerarse para la determinación de la responsabilidad de la contratista lo resuelto en el presente proceso arbitral, sin embargo corresponderá a la propia contratista hacer valer o no su derecho en el mencionado procedimiento administrativo sancionador.

NOVENO: Consecuentemente, por los fundamentos expuestos debe ampararse en parte el presente punto controvertido por lo tanto el Tribunal declara que quedan suspendidos definitivamente todos los efectos de todo acto de ESSALUD basado en el ejercicio abusivo de su derecho a denegar o aceptar la solicitud de incorporación de la modificación contractual propuesta por Denti-Lab del Perú SRLtda. y asimismo que deviene en improcedente el archivamiento definitivo de todo procedimiento basado en el

54

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

supuesto incumplimiento de Denti-Lab del Perú SRLtda del Contrato N° 4600029328 derivado de la Licitación Pública N° 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems N° 0799L00071 para la "Adquisición de jeringa para toma de muestra de gases en sangre" en cuanto a la entrega del producto esterilizado bajo la Norma ISO 11137 – método de esterilización por radiación gamma.

PUNTOS CONTROVERTIDOS DE LA PARTE DEMANDADA

DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR QUE EL CONTRATISTA DENTILAB DEL PERU SRLTDA ESTA ACTUANDO DE MALA FE PROCESAL, AL PRETENDER REABRIR UN PROCESO ARBITRAL QUE TIENE CARÁCTER DE COSA JUZGADA, POR CUANTO EL PODER JUDICIAL DESESTIMO EL RECURSO DE ANULACIÓN DE LAUDO ARBITRAL EMITIDO CON FECHA 20 DE DICIEMBRE DE 2010

PRIMERO: El artículo 112 del Código Procesal Civil señala los casos en los que se considera que ha existido temeridad o mala fe de la siguiente manera: 1) Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento jurídico de la demanda, contestación o medio impugnatorio; 2) Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad; 3) Cuando se sustraer, mutile o inutilice alguna parte del expediente; 4) Cuando se utilice el proceso o acto procesal para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos; 5) Cuando se obstruya la actuación de medios probatorios; 6) Cuando por cualquier medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso y 7) Cuando por razones injustificadas las partes no asisten a la audiencia generando dilación.

SEGUNDO: Que en cuanto al fundamento de la mala fe alegada por la parte demandada el Tribunal considera que este se encuadraría dentro de los supuestos previstos en los incisos 1, 2 y 4 de la norma procesal antes citada; sin embargo, al haberse pronunciando el Tribunal en el ejercicio de su competencia indicando que no existe contradicción entre la tramitación y resolución del presente proceso arbitral con el principio de cosa juzgada, se evidencia el carácter infundado de lo alegado por la Entidad en relación al presente punto controvertido, es decir, que finalmente no se encuentra que Denti-Lab del Perú SRLtda. haya incurrido en las causales 1, 2 o 4 que se mencionan; máxime si ciertas pretensiones planteadas en la demanda se han amparado en este Laudo y si la excepción de cosa juzgada propuesta por la demandada ha sido declarada improcedente por


Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

extemporánea, lo cual implica que ESSALUD ha consentido con la tramitación del presente proceso.

SEGUNDO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA PARTE DEMANDADA

DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR IMPROCEDENTE LA PRETENSION DEL DEMANDANTE REFERIDA A QUE SE DECLARE UN PRESUNTO ABUSO DEL DERECHO COMETIDO POR ESSALUD, TODAS QUE COMO HA QUEDADO DEMOSTRADO POR EL TRIBUNAL ARBITRAL CONFORMADO POR EL DR. LUIS FELIPE PARDO NARVAEZ, DR. JUAN MANUEL VELARDE PAIRAZAMAN Y EL DR. JORGE SANCHEZ CAPUÑAY, MIEMBROS Y CONTANDO CON LA SECRETARIA ARBITRAL DE LA DRA. ALICIA VELA LOPEZ, ESSALUD PROCEDIÓ DENTRO DE LA NORMATIVA APLICABLE A LA RESOLUCION DE CONTRATO N° 4600029328 DERIVADO DE LA LICITACION PUBLICA N° 07-2007-ESSALUD/GCL SEGÚN RELACION DE ITEMS N° 0799L00071 PARA LA "ADQUISICION DE JERINGA PARA TOMA DE MUESTRA DE GASES EN SANGRE"

PRIMERO: Sobre este punto el Tribunal se remite a los considerandos relacionados a la cuestión previa y el primer punto controvertido de la parte demandante por lo que en tal orden de fundamentos se reitera que no existe contradicción entre la tramitación y resolución del presente proceso arbitral con el principio de cosa juzgada; y asimismo, que en efecto, si hubo abuso en el ejercicio de derechos por parte de ESSALUD al denegar arbitrariamente la solicitud de incorporación de modificaciones al contrato formulada por Denti-Lab del Perú SRLtda.

TERCER PUNTO CONTROVERTIDO DE LA PARTE DEMANDADA

DETERMINAR SI CORRESPONDE DECLARAR IMPROCEDENTE LA PRETENSION DEL DEMANDANTE EN EL SENTIDO QUE ESSALUD DEVUELVA A DENTILAB DEL PERU SRL LA CARTA FIANZA DE FIEL CUMPLIMIENTO ENTREGADA EN EL MARCO DEL CONTRATO N° 4600029328 ASI COMO QUE ESSALUD ABONE LA SUMA DE S/. 93,000.00 NUEVOS SOLES POR EL CONSUMO DEL PRODUCTO ESTERILIZADO CON EL METODO DE ESTERILIZACION ETO POR CUANTO DICHOS

56

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

ASPECTOS HAN SIDO ABORDADOS EN EL LAUDO ARBITRAL DE FECHA 20 DE DICIEMBRE DE 2010.

PRIMERO: Sobre este punto el Tribunal se remite a los considerandos relacionados al cuarto y quinto puntos controvertidos de la parte demandante por lo que en tal orden de fundamentos se reitera que corresponde declarar improcedente que se ordene la devolución de la Carta Fianza indicada; y asimismo, que si corresponde ordenar que ESSALUD cumpla con abonar a la Contratista la suma de S/. 80.500.00 (Ochenta mil quinientos y 00/100 Nuevos Soles) por concepto de las entregas que se indican al analizarse el quinto punto controvertido de la parte demandante.

CUARTO PUNTO CONTROVERTIDO DE LA PARTE DEMANDADA

DETERMINAR SI CORRESPONDE ORDENAR A DENTILAB DEL PERU SRLTDA. QUE ASUMA LA TOTALIDAD DE LAS COSTAS Y COSTOS QUE DEMANDE EL PRESENTE PROCESO ARBITRAL, TODA VEZ QUE DICHA CONTRATISTA HA INCURRIDO EN CONDUCTA INADECUADA AL HABER PRESENTADO UNA DEMANDA ARBITRAL QUE PREVIAMENTE CONTABA CON SENTENCIA CONSENTIDA O EJECUTORIADA.

PRIMERO: Al analizar este punto controvertido el Tribunal señala en primer lugar que habiéndose amparado en parte la demanda interpuesta por Denti-Lab del Perú SRLtda y declarándose además que no existe contradicción entre el presente proceso arbitral y el principio de cosa juzgada corresponde señalar que habiendo tenido las partes motivos suficientes para accionar en el presente proceso, los gastos, costas y costos deben ser asumidos por ambas partes.

Estando a los considerandos de este Laudo, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 52 y siguientes del Decreto Legislativo N° 1071 que norma el arbitraje, y estando a lo prescrito en las normas legales invocadas el Tribunal Arbitral abajo firmante:

LAUDA:

57

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

1.- DECLARAR: Que la tramitación y resolución del presente proceso arbitral no contraviene el principio de cosa juzgada, por las razones expuestas en la cuestión previa del presente Laudo, y las demás que se exponen a lo largo de todo el Laudo.

2.- DECLARAR: Fundado el primer punto controvertido de la parte demandante, en merito a las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo en consecuencia que la denegatoria por parte de ESSALUD a la solicitud de Denti-Lab del Perú SRLtda orientada a que incorpore una modificación al proceso productivo de la "Jeringa para toma de muestra de gases en sangre" materia de suministro según Contrato Nº 4600029328 constituye abuso en el ejercicio de derechos y que por tanto tal denegatoria carece de todo amparo constitucional y/o legal deviniendo en ilícita, así como deviene en ilícito todo perjuicio ocasionado a Denti-Lab del Perú SRLtda, derivado de tal abuso en ejercicio de derechos.

3.- DECLARAR: Fundado el segundo punto controvertido de la parte demandante, en merito de las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo y en consecuencia que no constituye responsabilidad de Denti-Lab del Perú SRLtda, la no entrega a ESSALUD del producto "Jeringa para toma de muestra de gases en sangre" esterilizado bajo la norma ISO 11137 - método de esterilización por radiación gamma, según Contrato Nº 4600029328 Ítem 18 de la Licitación Pública Nº 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems Nº 0799L00071.

4.- DECLARAR: Improcedente el tercer punto controvertido de la parte demandante, en merito de las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo al ser jurídicamente imposible analizar si debe o no declararse el referido contrato inejecutable al ser ejecutable solo parcialmente, como se pretende por la parte demandante.

5.- DECLARAR: Improcedente el cuarto punto controvertido de la parte demandante, en merito de las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo y en consecuencia se declara improcedente ordenar que ESSALUD devuelva a DENTI-LAB DEL PERU SRLtda la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento entregada en el marco del Contrato Nº 4600029328 derivado de la Licitación Pública Nº 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems Nº 0799L00071 para la "Adquisición de jeringa para toma de muestra de gases en sangre".

58

Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

6.- DECLARAR: Fundado el quinto punto controvertido de la parte demandante, en mérito de las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo y en consecuencia que ESSALUD pague a Dentilab del Perú SRLtda. la suma de S/. 80,500.00 (Ochenta mil quinientos y 00/100 Nuevos Soles).

7.- DECLARAR: Fundado en parte el sexto punto controvertido de la parte demandante en mérito de las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo y en consecuencia quedan suspendidos definitivamente todos los efectos de todo acto de ESSALUD directamente basado en el ejercicio abusivo de su derecho a denegar la solicitud de incorporación de la modificación contractual propuesta por Denti-Lab del Perú SRLtda. y asimismo que deviene en improcedente el archivamiento definitivo de todo procedimiento basado en el supuesto incumplimiento de Denti-Lab del Perú SRLtda del Contrato N° 4600029328 derivado de la Licitación Pública N° 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems N° 0799L00071 para la "Adquisición de jeringa para toma de muestra de gases en sangre" en cuanto a la entrega del producto esterilizado bajo la Norma ISO 11137 – método de esterilización por radiación gamma.

8.- DECLARAR: Infundado el primer punto controvertido de la parte demandada en mérito de las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo y en consecuencia que Dentilab Del Perú SRLtda no ha incurrido en mala fe procesal al promover el presente proceso arbitral.

9.- DECLARAR: Infundado el segundo punto controvertido de la parte demandada en mérito de las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo.

10.- DECLARAR: Fundado el tercer punto controvertido de la parte demandada en mérito a las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo y en consecuencia improcedente que ESSALUD devuelva a DENTI-LAB DEL PERU SRLtda la Carta Fianza de Fiel Cumplimiento entregada en el marco del Contrato N° 4600029328 derivado de la Licitación Pública N° 07-2007-ESSALUD/GCL según relación de Ítems N° 0799L00071 para la "Adquisición de jeringa para toma de muestra de gases en sangre"

59
Tribunal Arbitral

Levy Martínez, David
González Peláez, Álvaro
Carreño Quispe, Jaime A.

11.- DECLARAR: Infundado el cuarto punto controvertido de la parte demandada en merito a las razones expuestas en la parte considerativa del presente Laudo y en consecuencia que ambas partes deben asumir las costas, costos y gastos que haya irrogado el presente proceso arbitral.

El presente Laudo es inapelable y tiene carácter vinculante e imperativo para las partes; en consecuencia, una vez firmado, notifíquese para su cumplimiento, con arreglo a lo dispuesto en la Ley General de Arbitraje.



DAVID LEVY MARTINEZ
Presidente



JAIME ALFONSO CARREÑO QUISPE
Arbitro



EDGAR MARTIN GOMEZ AGUILAR
Secretario Arbitral

60

PROCESO ARBITRAL PROMOVIDO DENTI LAB DEL PERU S.R.L CONTRA ESSALUD.

VOTO DEL ARBITRO DR. ALVARO PEDRO GONZALEZ PELAEZ, SUSTENTANDO SU PRONUNCIAMIENTO RELATIVO AL LAUDO DE DERECHO A EMITIRSE EN EL PRESENTE PROCESO ARBITRAL.

El suscrito en su condición de arbitro integrante del Tribunal Arbitral a cargo del proceso iniciado por la empresa Denti lab del Perú S.R.L. contra Essalud relacionado con las divergencias surgidas durante la ejecución Contrato N° 4600029328, ítem 18, jeringa para determinar los gases en sangre, tomando en consideración tanto el marco legal y contractual que resulta aplicable al proceso de ejecución de la citada supervisión, como los hechos presentados durante la ejecución del mismo, ampliamente expuestos, sustentados y documentados por las partes del presente proceso arbitral, considera y estima necesario emitir el presente voto sustentando las consideraciones que finalmente lo llevan a emitir un pronunciamiento discordante con los otros miembros del Tribunal.

En tal medida se procede a emitir el voto singular en los siguientes términos:

CONSIDERACIONES QUE SUSTENTAN EL VOTO.

1. Que resulta plenamente evidente que el Contrato N° 4600029328, suscrito entre la empresa Denti Lab del Perú S.R.L y Essalud, en fecha 8 de agosto del 2008, consideró el ítem 18 relacionado a Jeringa para determinar gases en la sangre, por un monto contractual de S/ 1'984,948.00 nuevos soles, el mismo que correspondía a la Licitación Pública N° 0799L00071 "Adquisición de Material Médico".
2. Que, debe tenerse presente que las bases integradas de la mencionada Licitación Pública, establecía en lo relativo al ítem 18, que la esterilización de las jeringas podía ser efectuada con el método de óxido de etileno o con radiación gama.
3. Que, en la propuesta técnica la Empresa declaró como método la "Esterilización con radiación gamma", no cumpliendo con dicha condición contractual, solicitó una autorización para internar el producto bajo el método de esterilización por óxido de etileno.
4. Que, mediante Carta Notarial N° 200-SGCSyAP-GA-GCL-OGA-ESSALUD-2009, se le otorgó a la empresa un plazo de 5 días para que cumpla con la entrega derivada del Contrato 4600029328, exigiendo entre otros documentos el certificado del producto por el método de radiación gama, bajo apercibimiento de resolverse el contrato.

- 61
5. Que, conforme obra en autos ante el incumplimiento de la demandante con fecha 17 de julio del 2009 se notificó Resolución de Gerencia Central de Logística N° 1033-GCL-OGA-ESSALUD-2009, se resolvió el Contrato N° 4600029328.
 6. Que, asimismo ante dicha comunicación la empresa demandante con fecha 30 de marzo del 2010 notificó con la demanda arbitral contra ESSALUD, cuya pretensión era: (I) Que se declare la nulidad de la Resolución de Contrato, (II) Que Essalud, acepte las jeringas esterilizadas con el método de óxido de etileno, y (iii) Que Essalud cumpla con pagar la suma de S/. 1'98,948.00 nuevos soles.
 7. Que, asimismo obra en autos la existencia del referido proceso arbitral del proceso arbitral incoado, y que culminó con la emisión del un LAUDO de derecho en fecha 20 de diciembre de 2010, en el cual se declaró Infundada la demanda en todos sus extremos, quedando en consecuencia consentido en todos sus extremos la resolución del contrato, advirtiendo de autos que desde fecha 10 de febrero de 2011 Essalud inicio un proceso sancionador ante el Organismo Supervisor de Contrataciones del Estado.
 8. Que, asimismo en virtud de lo precedentemente expuesto corresponde pronunciarse si es amparable o no la **la excepción de cosa juzgada** planteada por la entidad.
 9. Que, siendo el presente proceso un arbitraje de derecho y conforme a los numerales 4 y 6 del acta de instalación de fecha 12 de mayo del 2011, resulta de aplicación supletoria lo regulado el Código Procesal Civil en lo relacionado con el tratamiento de la cosa juzgada.
 10. Como es de conocimiento en doctrina la razón de ser de esta institución es la de la necesidad de ponerle término a los litigios decididos para impedir su sucesivo replanteamiento por la parte desfavorecida, evitando así la incertidumbre en la vida jurídica y dándole eficacia a la función jurisdiccional del estado.¹
 11. mencionado en el punto anterior tiene relación con una de las capacidades inherentes a los árbitros. Nos referimos a la capacidad de ejercer jurisdicción y todas las acciones inherentes a esta; al respecto, el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define la palabra Jurisdicción de la siguiente manera:

jurisdicción.

(Del lat. *iurisdictio*, -ōnis).

1. f. Poder o autoridad que tiene alguien para gobernar.

¹ Davis Echandía, Teoría General del Proceso, Editorial Universidad, Buenos Aires; pag. 447.

- 62
2. f. Poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.
3. f. Término de un lugar o provincia.
4. f. Territorio en que un juez ejerce sus facultades de tal.
5. f. Autoridad, poder o dominio sobre otro.
6. f. Territorio al que se extiende.
(EL SUBRAYADO ES MIO)

12. Sobre este tema, el Tribunal Constitucional refiere en la resolución que resuelve el caso signado como EXP. N.º 6167-2005-PHC/TC, específicamente en el numeral 5 de los fundamentos:

“5. El principio de unidad y la exclusividad de la función jurisdiccional reconocido en el artículo 139º, inciso 1 de la Constitución, prescribe que: “No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la arbitral y la militar. No hay proceso judicial por comisión o delegación”. En atención a ello, la Constitución ha establecido, como regla general, que corresponde al Poder Judicial el avocamiento único y singular del estudio y solución de los diversos tipos de conflictos jurídicos (principio de unidad), prohibiéndose al legislador que atribuya la potestad jurisdiccional a órganos no conformantes del Poder Judicial (principio de exclusividad).”

(EL SUBRAYADO ES MIO)

13. Según la cita antes mencionada, los árbitros están habilitados constitucionalmente para poder aplicar jurisdicción, es decir aplicar derecho y juzgar como lo haría un juez del aparato judicial e, igualmente, para preferir una norma de rango legal sobre otra de nivel anterior.

14. Cabe mencionar que en razón a lo anteriormente expuesto, el Tribunal Constitucional ha establecido que, en “la naturaleza de jurisdicción independiente del arbitraje, no significa que establezca el ejercicio de sus atribuciones con inobservancia de los principios constitucionales que informan la actividad de todo órgano que administra justicia, tales como el de independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, así como los principios y derechos de la función jurisdiccional. En particular, en tanto jurisdicción, no se encuentra exceptuada de observar directamente todas aquellas garantías que componen el derecho al debido proceso” TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ.” Sentencia recaída en el Exp. N.º 0023-2003-AI/TC. Caso Jurisdicción Militar. (Fundamento 13)

(EL SUBRAYADO ES MIO).

15. Así, siguiendo con el fundamento establecido en la resolución analizada, la facultad de los árbitros para resolver un conflicto de intereses no sólo se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes del conflicto, prevista en el artículo 2º inciso 24 literal a de

63

la Constitución, sino que tiene su origen y, en consecuencia, su límite, en el artículo 139º de la propia Constitución, siendo que el mencionado artículo establece lo siguiente:

Artículo 139º. Son principios y derechos de la función jurisdiccional: “(…)

3. La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. (...)”

16. Así pues, en función a los principios y funciones de la tutela jurisdiccional, los árbitros se encuentran obligados a dar cumplimiento a las normas constitucionales, así como a las normas con rango de ley respecto de las de menor rango, pudiendo por tanto aplicar el control difuso de las normas, tal como se desprende de la resolución del Tribunal Constitucional materia de análisis, en cuanto se señala que:

“Este Tribunal reconoce la jurisdicción del arbitraje y su plena y absoluta competencia para conocer y resolver las controversias sometidas al fuero arbitral, sobre materias de carácter disponible (artículo 1º de la Ley General de Arbitraje), con independencia jurisdiccional y, por tanto, sin intervención de ninguna autoridad, administrativa o judicial ordinaria. El control judicial, conforme a la ley, debe ser ejercido ex post, es decir, a posteriori, mediante los recursos de apelación y anulación del laudo previsto en la Ley General de Arbitraje. Por su parte, el control constitucional deberá ser canalizado conforme a las reglas establecidas en el Código Procesal Constitucional; vale decir que tratándose de materias de su competencia, de conformidad con el artículo 5º, numeral 4 del precitado código, no proceden los procesos constitucionales cuando no se hayan agotado las vías previas. En ese sentido, si lo que se cuestiona es un laudo arbitral que verse sobre derechos de carácter disponible, de manera previa a la interposición de un proceso constitucional, el presunto agraviado deberá haber agotado los recursos que la Ley General de Arbitraje prevé para impugnar dicho laudo.”

17. Que, siendo esto así corresponde analizar lo regulado en El Código Procesal Civil, en su artículo 123º, el mismo que precisa qué debe entenderse por COSA JUZGADA.

Artículo 123º.- Cosa Juzgada

Una resolución adquiere la autoridad de cosa juzgada cuando:

1. No proceden contra ella otros medios impugnatorios que los ya resueltos.
2. Las partes renuncian expresamente a interponer medios impugnatorios o dejan transcurrir los plazos sin formularlos.

18. Que, asimismo debe tenerse presente que los jueces o árbitros no pueden proveer por vía general y deben limitarse a decidir el caso

concreto y con valor para el mismo, la cosa juzgada está sujeta a dos límites: el objetivo por razón del objeto, cosa o hecho sobre que versó el litigio y de la causa o título de donde se quiso deducir la pretensión y el subjetivo en razón de las persona que ha sido parte en ese proceso.²

19. Que, efectivamente el límite objetivo de la cosa juzgada se compone de dos elementos; 1º identidad de cosa u objeto (en civil, comercial, laboral, contencioso administrativo) o de hechos; 2º identidad de causa petendi.
20. Que de autos se advierte que para el caso en particular materia de análisis el límite de la cosa juzgada está constituido por el objeto de la pretensión materia del proceso anterior, es decir, que se declare la nulidad de la Resolución de Contrato, (II) Que Essalud, acepte las jeringas esterilizadas con el método de óxido de etileno, y (iii) Que Essalud cumpla con pagar la suma de S/. 1'984,948.00 nuevos soles, negado a la demandante en el proceso arbitral anterior a través de un Laudo de derecho de fecha 20 de diciembre del 2010, que en su parte resolutoria declaró infundada la primera pretensión en consecuencia declararon valida la Resolución de contrato efectuada por Essalud a través de la Resolución de gerencia Central de Logística Nº 1033-GCL-ESSALUD-2009 y declaró a su vez infundada la segunda pretensión principal que declaró que no correspondía que el tribunal ordene el internamiento de las Jeringas para determinar gases en la sangre esterilizadas con óxido de etileno.
21. Como podrá analizarse en el presente proceso arbitral lo que pretende la demandante invocando el abuso del derecho como primera pretensión es exonerarse de responsabilidad en la ejecución del contrato y declarar vigente un contrato que fue resuelto por la entidad demandada y declarado como válidamente resuelto por un Tribunal Arbitral con anterioridad a este proceso. En materia civil o administrativa el objeto del proceso lo constituye el derecho reconocido declarado o modificado por la sentencia en relación a una cosa. Puede decirse que la cosa juzgada, en cuanto al objeto se refiere, se extiende aquellos puntos que sin haber sido materia expresa de la decisión de la sentencia por ser consecuencia necesaria o depender indispensablemente de tal decisión resulta resueltos tácitamente. Cuando en una sentencia se ha resuelto sobre un todo del que forma parte la materia de la nueva demanda, existirá sin duda, identidad de objeto.³

² Davis Echandía, Teoría General del Proceso, Editorial Universidad, Buenos Aires; pag. 458.

³ Davis Echandía, Teoría General del Proceso, Editorial Universidad, Buenos Aires; pag. 459.

65

22. Como se ha sostenido anteriormente el segundo elemento del límite objetivo es la identidad de causa petendi que es el fundamento o razón alegado por el demandante para obtener el objeto de la pretensión contenida en la demanda que al mismo tiempo es el fundamento jurídico de su aceptación o negación por el juez en la sentencia. Como es sabido en la pretensión los hechos jurídicos y las conclusiones o peticiones son dos de sus elementos esenciales: De tales hechos se hace deducir la razón de la pretensión.

23. Es por ello que la causa petendi es la razón de hecho que se enuncia en la demanda como fundamento de la pretensión. Los fundamentos de derecho invocados le son indiferentes. Pero debe tenerse en cuenta que la razón de hecho están formada por el conjunto de hechos alegados como fundamento de la demanda, no por cada uno de ellos aisladamente; por este motivo la presentación de nuevos hechos que constituyen circunstancias que no alteran la esencia de la razón de hecho discutida en el proceso anterior no constituyen una causa petendi distinta.⁴

24. Que, en virtud de lo precedentemente expuesto se puede advertir de autos que la razón de hecho en la presente demanda es exactamente la misma por el mismo conjunto de hechos que sirvieron de fundamento en la demanda anteriormente planteada y fuera desestimada por el referido tribunal arbitral existiendo consecuentemente identidad de causa petendi

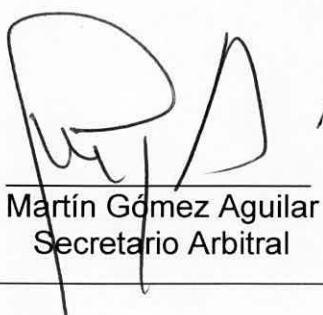
25. Asimismo es necesario precisar con relación al límite subjetivo de las partes que son las mismas. Para el caso materia de autos, resulta evidente que nos encontramos con un proceso en donde se cumple la triple identidad, es decir las partes, la pretensión, los hechos y el mismo contrato, razón por la que no cabe pronunciamiento alguno.

26. **SE RESUELVE:** Declarar **FUNDADA** la excepción de Cosa Juzgada, en consecuencia concluido el proceso.

Lima, 15 de Junio de 2012



ÁLVARO GONZÁLEZ PELÁEZ
ÁRBITRO



Martín Gómez Aguilar
Secretario Arbitral